

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
DEVLETLER ÖZEL HUKUKU ANABİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN SORUMLULUĞU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Ebru TÜZEMEN ATİK

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Vahit DOĞAN

Ankara-2009

ONAY

Ebru TÜZEMEN ATİK tarafından hazırlanan “Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu” başlıklı bu çalışma, ___/___/2009 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalında yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı Soyadı] (Başkan)

.....

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı Soyadı]

.....

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı Soyadı]

.....

ÖNSÖZ

Yüksek lisans tez çalışmamızın konusunu teşkil eden “Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu” gerek millî gerekse milletlerarası alanda uygulama ve uyuşmazlıklara konu olma sıklığı nedeniyle özellik ve önem arz etmektedir.

Hukukumuzda daha ziyade eser sözleşmesi üzerinde durulmuş ve buna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Oysa inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmekle birlikte, teknik yapısı ve ticarî hayatta uygulayıcıların karşılaştığı problemler göz önüne alınarak, ayrı düzenleme ve inceleme konusu yapılması gereken bir sözleşme türüdür. Milletlerarası alanda ise çeşitli tip sözleşmelere yer verilerek, uygulamadan doğan ihtiyaçlar büyük ölçüde karşılanmıştır.

Açıklanan nedenlerle tez çalışmamızın konusu belirlenerek, buna ilişkin millî ve milletlerarası düzenlemeler doğrultusunda karşılaştırma içeren incelemeler yapılarak, konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmeye çalışılmıştır.

Konunun incelenmesine geçmeden önce:

Tezimin hazırlanması aşamasında hoşgörü ve katkılarını esirgemeyen, sadece tez hazırlık dönemimde değil, tüm lisans ve yüksek lisans eğitimim sırasında kendisinden çok şey öğrendiğim, değerli tez danışmanım sayın **Prof. Dr. Vahit DOĞAN**'a;

Zengin kütüphanesini kullanımına açan ve kıymetli vaktini tezimin incelenmesine ayıran değerli hocam sayın **Av. Prof. Dr. Kemal DAYINLARLI**'ya;

sonsuz saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
KISALTMALAR CETVELİ.....	v
GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE TAKDİMİ.....	1
II. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	5
III. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI.....	7
A. İnşa Eseri Meydana Getirme.....	7
1. İnşa Eseri (İnşaat) Kavramı.....	7
2. Meydana Getirme Kavramı.....	10
B. Ücret.....	10
C. Anlaşma.....	13
1. Genel Olarak.....	13
2. Sözleşmenin Şekli.....	14
3. Sözleşme Metninin Hazırlanması.....	15
IV. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	16
A. Müteahhit.....	17
B. İş Sahibi.....	22

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜTEAHHİDİN İNŞAATIN TESLİMİNE KADAR OLAN BORÇLARI VE BUNLARDAN DOĞAN SORUMLULUK HALLERİ

I. GENEL OLARAK.....	24
II. MÜTEAHHİDİN İFA İMKÂNSIZLIĞINA VE HASARA İLİŞKİN SORUMLULUĞU.....	26
A. İfa İmkânsızlığı Halinde Sorumluluk.....	27
1. Genel Olarak.....	27
2. Müteahhidin Şahsını İlgilendiren Bir İmkânsızlık Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi.....	29
3. Müteahhidin, İş Sahibinin Şahsını ve Riziko Alanını İlgilendiren Bir Sebeple Borcunu İfa Edememesi.....	30
B. Hasara İlişkin Sorumluluk.....	31
III. İNŞAATIN TESLİMİ VE TESLİMDE GECİKMEDEN DOĞAN SORUMLULUK.....	33
A. Müteahhidin Sorumluluğu Açısından Teslim Kavramı.....	33
B. Teslim Yeri.....	38
C. İnşaat Süresinin ve Teslim Zamanının Belirlenmesi.....	38
D. Müteahhidin İnşaatın Tesliminde Temerrüdü ve Bundan Doğan Sorumluluğu.....	43
1. Müteahhidin Teslimde Temerrüdünün Şartları.....	43
2. Müteahhidin Teslimde Temerrüdünün Sonuçları.....	44
a. Gecikmiş İfanın, Gecikme Tazminatının ve Varsa Cezaî Şartın Talep Edilmesi.....	45

b. İfadan Vazgeçip Müspet Zararın Tazmininin Talep Edilmesi ..	47
c. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmininin Talep Edilmesi.....	49
IV. MÜTEAHHİDİN İŞE ZAMANINDA BAŞLANMAMASINA VE İŞİN İCRASINDA GECİKMeye İLİŞKİN SORUMLULUĞU	52
V. MÜTEAHHİDİN SADAKAT VE ÖZEN BORCUNA İLİŞKİN SORUMLULUĞU	58
A. Sadakat ve Özen Borcu	58
B. Sadakat ve Özen Borcuna Aykırı Hareket Edilmesinden Doğan Sorumluluk	62
VI. MÜTEAHHİDİN ARAÇ, GEREÇ VE MALZEMEYE İLİŞKİN SORUMLULUĞU	62
A. Araç ve Gercin Sağlanmasına İlişkin Sorumluluk.....	63
B. Malzemenin Sağlanmasına İlişkin Sorumluluk	65
1. Malzemenin Müteahhit Tarafından Sağlanması Halinde Sorumluluk.....	66
2. Malzemenin İş Sahibi Tarafından Sağlanması Halinde Sorumluluk.....	70
a. Muayene Borcu	70
b. Özen Borcu	71
c. Hesap Verme ve Artan Kısmı İade Borcu	72
d. Genel İhbar Yükümlülüğü.....	73
VII. MÜTEAHHİDİN İNŞAATIN TESLİMİNDEN ÖNCE NOKSAN VE BOZUKLUKLARA İLİŞKİN SORUMLULUĞU	74
VIII. MÜTEAHHİDİN ŞAHSEN İFAYA VE YARDIMCI ŞAHISLARIN SEBEP OLDUKLARI ZARARLARA İLİŞKİN SORUMLULUĞU	77
A. Müteahhidin Şahsen İfaya İlişkin Sorumluluğu.....	77
B. Müteahhidin Yardımcı Kişilere İlişkin Sorumluluğu.....	79
IX. MÜTEAHHİDİN İNŞAATIN YAPIMINI ALT MÜTEAHHİTLERE DEVRİ HALİNDE SORUMLULUĞU.....	81

İKİNCİ BÖLÜM

MÜTEAHHİDİN AYIPLI İFADAN DOĞAN SORUMLULUĞU (AYIBA KARŞI TEKEFFÜL)

I. GENEL OLARAK	86
II. MÜTEAHHİDİN AYIPLI İFADAN SORUMLU TUTULMASININ MADDİ ŞARTLARI	88
A. İnşaatın Teslim Edilmiş Olması	88
B. İnşaatı Ayıbın Mevcut Olması	90
1. Ayıp Sayılan Durumlar.....	90
a. Sözleşme ile Kararlaştırılan Vasıflarda Eksiklik	90
b. Lüzumlu Vasıflarda Eksiklik	92
2. Ayıp Çeşitleri	95
C. Ayıbın İş Sahibine Yükletilememesi	97
D. İş Sahibinin İnşaatı Kabul Etmemiş Olması.....	99
E. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımına Uğramamış Olması	101

F. İş Sahibinin Muayene ve İhbar Külfetlerini Yerine Getirmiş Olması.....	106
1. Muayene ve İhbar Külfetlerinin Düzenleniş Amacı ve Hukukî Niteliği.....	106
2. İş Sahibinin Muayene Külfeti	107
a. Muayene Süresi	107
b. Muayene Yeri	109
c. Muayene Tarzı	109
3. İş Sahibinin Ayıbı İhbar Etme Külfeti.....	110
a. İhbarın Süresi.....	110
b. İhbarın Şekli	111
c. İhbarın İçeriği	112
III. İŞ SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI ..	113
A. Sözleşmeden Dönme Hakkı	113
B. Ücretin İndirilmesini Talep Etme Hakkı.....	116
C. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı	118
D. Ayıp Nedeniyle Uğranılan Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı ..	120
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
MÜTEAHHİDİN SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HUKUK	
I. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YABANCILIK UNSURU	122
A. Genel Olarak	122
B. Hukuk Seçimi ve Yabancılik Unsuru	123
II. AKDİ İLİŞKİYE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ	124
A. Yetkili Hukukun Taraf İradelerine Göre Belirlenmesi.....	124
1. Genel Olarak	124
2. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli	126
3. Hukuk Seçiminin Meydana Gelmesi ve Geçerliliği.....	128
4. Hukuk Seçiminin Zamanı.....	129
5. Hukuk Seçiminin Sınırları	130
6. FIDIC Kuralları Esas Alınan Sözleşmelerde Hukuk Seçimi	136
B. Yetkili Hukukun Objektif Esaslara Göre Belirlenmesi	138
1. Genel Olarak	138
2. İnşaat Sözleşmelerinde Karakteristik Edim.....	140
3. İstisna Kuralı	143
C. Müteahhidin Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk ve Taleplerin Yarışması	145
1. Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun Tespiti.....	145
2. Taleplerin Yarışması.....	148
III. UYUŞMAZLIĞIN TAHKİMDE ÇÖZÜLMESİ DURUMUNDA UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ	149
A. Genel Olarak	149
B. Esasa Uygulanan Hukukun Denetlenmesi	155
SONUÇ	160
KAYNAKÇA.....	163
ÖZET	169
ABSTRACT	171

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜ	: Ankara Üniversitesi
BİGŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
bkz	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C	: cilt
Çev	: çeviren
dn	: dipnot
E	: esas
f	: fıkra
FIDIC	: Fédération Internationale des Ingénieurs Conceils
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
İBD	: İzmir Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K	: karar
KİK	: Kamu İhale Kanunu
m	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖH	: Milletlerarası Özel Hukuk
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
RG	: Resmî Gazete
s	: sayfa

S	: sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
vb	: ve benzeri
vd	: ve devamı
vol	: volume
vs	: ve saire
Y	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
TMD	: Teknik Müşavir Dergisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu

GİRİŞ

I. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE TAKDİMİ

İnşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin uygulamada ön planda gözüken ve bu nedenle özellikle üzerinde durulması gereken, teknik ve karmaşık yapısı sebebiyle farklı özellikler arz eden en önemli uygulama biçimlerinden biridir¹.

Hukukumuzda 818 sayılı Borçlar Kanunu²'nin 360/3, 363 ve 367/2. maddelerinde inşaat sözleşmesi ile ilgili düzenlemelere yer verilmiş olup, bunun dışında özel bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. Bu nedenle inşaat sözleşmesine ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nun istisna sözleşmelerine ilişkin maddeleri uygulanacak, burada hüküm bulunmaması halinde Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Hukukumuzda, Borçlar Kanunu dışında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu³ ile 01.01.2003 tarihinden itibaren bu kanun yerine uygulanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu⁴, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu⁵ ve 18540 sayılı

¹ İbrahim Kaplan, "İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", **İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, BTHAE Yayınları, 1996, s. 119.

² 818 sayılı Borçlar Kanunu 22.04.1926 tarihinde kabul edilerek, 359 sayılı ve 29.04.1926 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, 29.06.1956 tarihli, 6763 sayılı; 08.07.1981 tarihli ve 2486 sayılı; 04.05.1988 tarihli, 3444 sayılı; 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı ve 01.07.2005 tarihli, 5378 sayılı kanunlar ile değişikliğe uğramıştır.

³ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu 08.09.1983 tarihinde kabul edilerek, 18161 sayılı ve 10.09.1983 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, 02.03.1984 tarihli, 2990 sayılı; 17.09.2004 tarihli, 5234 sayılı ve 31.01.2007 tarihli, 26420 sayılı kanunlar ile değişikliğe uğramıştır.

⁴ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 04.01.2002 tarihinde kabul edilerek, 24648 sayılı ve 22.01.2002 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, 12.06.2002 tarihli; 4761 sayılı; 30.07.2003 tarihli, 4964 sayılı; 12.12.2003 tarihli, 5020 sayılı; 14.07.2004 tarihli, 5226 sayılı; 03.03.2005 tarihli, 5312 sayılı; 22.02.2007 tarihli, 5583 sayılı; 28.03.2007 tarihli, 5615 sayılı; 18.04.2007 tarihli, 5625 sayılı; 07.06.2007 tarihli, 5680 sayılı ve 20.11.2008 tarihli 5812 sayılı kanunlar ile değişikliğe uğramıştır.

⁵ 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 05.01.2002 tarihinde kabul edilerek, 24648 sayılı ve 22.01.2002 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, 30.07.2003 tarihli, 4964 sayılı; 01.06.2007 tarihli, 5680 sayılı; 30.07.2008 tarihli, 5794 sayılı ve 20.11.2008 tarihli, 5812 sayılı; kanunlarla değişikliğe uğramıştır.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi⁶’nde de inşaat sözleşmeleri ile ilgili düzenlemeler getirilmiştir.

Milletlerarası alanda ise, birden fazla ulus mensubu tarafların, hukuk ve örf adet yönünden görüş ve anlayış birliğini temin etmelerinin zorluğu karşısında bir milletlerarası tip sözleşmenin varlığına ihtiyaç duyulmuştur. Milletlerarası ticarî uygulamada ise inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak çeşitli standart kurallar kullanılmaktadır⁷. Bu standart kurallar arasında ise en yaygın uygulama alanı bulan FIDIC kurallarıdır⁸.

FIDIC kuralları arasında en çok bilinen ve uygulanan FIDIC standart sözleşmesi “kırmızı kitap (red book)⁹” olarak adlandırılan tip sözleşme olduğu için çalışmamızda bu forma ilişkin açıklama ve değerlendirilmelere yer verilecektir¹⁰. Birinci kısım (genel hükümler) ve ikinci kısım (özel hükümler)

⁶ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 8. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu’nun 29.08.1984 tarihli ve 84/8520 sayılı kararı ile 09.10.1984 tarih, 18540 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir ve bu kanuna tâbi olarak yapılan kamu inşaat ihalesi sözleşmelerinin eki niteliğindedir. Yargıtay 15. H.D.’nin 15.04.1992 tarihli ve 1991/4186 E. ve 1992/1235 K. sayılı kararına göre “BİGŞ, HUMK’nun 287. maddesine göre yanlar arasında delil sözleşmesi niteliğindedir” (Cengiz Kostakoğlu, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, b. 4, İstanbul, Beta Yayın Dağıtım A.Ş., 2008, s. 61). Yapım işlerine ait eser sözleşmelerinin önemli bir kısmında uygulama alanı bulan BİGŞ, Borçlar Kanunu’nun emredici olmayan hükümlerinden farklı olduğu oranda önem taşır.

⁷ Örneğin; ABD’de AIA, Almanya’da VOB, Avusturya’da ONORM, Fransa’da AFNOR, İngiltere’de JCT ve ICE, İsviçre’de SIA (Ziya Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, s. 11).

⁸ FIDIC “Müşavir Mühendisler Milletlerarası Federasyonu (Fédération Internationale des Ingénieurs Conceils, International Federation of Consulting Engineers)” nun baş harflerinden oluşan bir kısaltmadır. FIDIC, 1913 yılında kurulmuş, müşavir mühendislerin yer aldığı millî komitelerin oluşturduğu bir milletlerarası federasyondur. FIDIC’e her ülkeden ancak tek bir kuruluş üye olabilmektedir ve Federasyon bu gün 65 in üzerinde üye ülkeden oluşan uluslararası bir meslek kuruluşu niteliğindedir (Robert F Cushman, Michael C. Loulakis, **Design-Build Contracting Handbook**, 2th Edition, New York, Apsen Law & Business, 2001, s. 208; **About FIDIC**, International Federation of Consulting Engineers, Lausanne, FIDIC, 1990, s. 3-4). FIDIC kuralları “İngiltere Müşavir Mühendisler Odası” (Institute of Civil Engineers - ICE) tarafından aynı amaç ile hazırlanan şartnameden gerek söz dizimi gerekse tanımlar ve hükümler açısından esinlenerek hazırlanmıştır (John G. Sawyer, C. Arthur Gillott, **The FIDIC Conditions Digest of Contractual Relationships and Responsibilities**, 2th Ed., London, Thomas Telford Limited, 1985, s. 2).

⁹ “Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction”.

¹⁰ Kapak rengi nedeniyle “Red Book” olarak tanınan “İnşaat İşleri İdarî Şartnamesi (Condition of Contract for Construction)” adından da anlaşılacağı üzere ihale ve inşaat sözleşmesinin temel ilkelerini tespit eden kitaptır. İlk olarak 1957 yılında yayınlanan kırmızı kitabın dördüncü ve son baskısı 1987 yılında yapılmıştır. Daha sonra 1999 yılında kitap yeniden düzenlenerek daha önce 72 maddeden oluşan birinci kısım (genel şartlar) yeni Kırmızı Kitap ile 20 maddeye indirilmiştir. 1999 yılında yapılan revizyon nedeniyle bu yayın, kitabın 5. baskısı olarak değil, yeni kırmızı kitap – uyumlu metin olarak adlandırılmaktadır. Kırmızı kitap dışında yine FIDIC tarafından hazırlanmış Sarı

olmak üzere toplam iki bölümden oluşan kırmızı kitabın ilk bölümünde genel hükümlere, yani prensip olarak tüm sözleşmeler için aynı olan hükümlere yer verilmiştir. Özel hükümler başlığını taşıyan ikinci bölümde ise, her sözleşmenin kendine özgü özellikleri yer alır ve bu bölüm genel hükümlerle bağlantılı hükümler içermektedir¹¹.

9 Mayıs 1999 tarihinden bu yana FIDIC standart kuralları Dünya Bankası ve diğer çok taraflı gelişim bankaları tarafından tavsiye edilmekte, kredi şartlarından olarak aranmaktadır¹². Bu durum, özellikle son yıllarda milletlerarası alanda FIDIC kurallarının uygulama alanının genişlemesine ve öneminin artmasına neden olmuştur.

Tarafların aralarındaki inşaat ilişkisini FIDIC kurallarını esas alarak düzenlemeleri durumunda, taraflara kanunlarca tanınan irade serbestisi sınırları çerçevesinde FIDIC kuralları uygulanacaktır¹³. Bununla birlikte taraflar arasındaki inşaat sözleşmesine ilişkin olarak hangi ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiş ise FIDIC kurallarında herhangi bir boşluk

Kitap (Yellow Book) olarak bilinen, son olarak 1999 yılında yayınlanan “Donanım İşleri ve Tasarla Yap Modeli İşler İçin İnşaat Sözleşmesi Şartnamesi (Condition of Contract for Plant and Design-Build)”, Gümüş (kurşunî renkli) Kitap (Silver Book) olarak bilinen, son olarak 1999 yılında yayınlanan “Mühendislik-Satın alma Yapım/Anahtar Teslimi Projeler İçin İnşaat Sözleşmesi Şartnamesi (Condition of Contract for EPC/Turnkey)”, Yeşil Kitap (Green Book) olarak bilinen son baskısı 1996 yılında yayınlanan “Kısa Sözleşme (Short form of Contract)”, Beyaz Kitap (White Book) olarak bilinen son olarak dördüncü baskısı 2006 yılında yayınlanan “Client/Consultant Model Services Agreement (İşveren/Müşavir Örnek Hizmet Anlaşması)”, Altın Kitap (Gold Book) olarak bilinen, 2008 yılının Eylül ayı içerisinde son haliyle yayınlanan “Conditions of Contract for Design, Build and Operate Projects (Tasarım, Yapım İşletim Projelerine Yönelik Sözleşme Şartları)” ve Turuncu Kitap (Orange Book) olarak bilinen 1995 yılında yayınlanan “Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey (Tasarım-Yapım ve Anahtar Teslimi Sözleşmelerinin İdari Şartnamesi)” gibi formlar da bulunmaktadır (L. Peter Booen, “FIDIC’s Conditions of Contract for the Next Century: 1998 Test Editions”, **International Construction Law Review**, Vol. 16, Part 2, January, 1999, s. 5; Nael G. Bunni, **The FIDIC Forms of Contract**, 4th Edition, London, Blackwell Publishing, 2005, s. 15-16).

¹¹ Akıncı, **a.g.e.**, s. 33.

¹² Götz-Sebastian Hök, **Uluslararası İnşaat Hukuku: FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) Hakkında Açıklamalar**, Çeviren ve Uyarlayan C. Gökhan Erbaş, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009, s. 2.

¹³ Akıncı, **a.g.e.**, s. 11 ve 32.

bulunması durumunda, bu boşluk seçilen millî hukuk kuralları uyarınca doldurulacaktır¹⁴.

Tez çalışmamıza konu teşkil eden “Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu” aşağıda üç bölüme ayrılarak incelenmiştir. Giriş kısmında inşaat sözleşmesinin tanımına, hukukî niteliğine, unsurlarına ve taraflarına yer verilmiş, böylelikle esas inceleme konumuza geçmeden önce çalışmamızda sık sık yer vereceğimiz kavramların neler olduğu ortaya konmak istenmiştir.

“Müteahhidin İnşaatın Teslimine Kadar Olan Borçları ve Bunlardan Doğan Sorumluluk Halleri” başlıklı birinci bölümde inşaat sözleşmelerinde müteahhidin inşaatın teslimine kadar olan borçlarına ve bunlardan kaynaklanan sorumluluk hallerine yer verilmiş, söz konusu sorumlulukların yasal dayanakları ve koşulları üzerinde durulmuştur.

“Müteahhidin Ayıplı İfadan Doğan Sorumluluğu (Ayıba Karşı Tekeffül)” başlıklı ikinci bölümde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun oluşabilmesi için gereken şartlar, sorumluluğun kapsamı ve iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları incelenmiştir.

Müteahhidin sorumluluğunun belirlenmesinde doktrin ve uygulamada sıklıkla başvuru yapılan 818 sayılı Borçlar Kanunu, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve FIDIC tarafından yayınlanan kırmızı kitap (red book) olarak bilinen kurallar ile getirilen düzenlemeler esas alınmıştır. Borçlar Kanunu’nda yer alan düzenlemeler incelenirken yakın zamanda kanunlaşması beklenen Türk Borçlar Kanunu tasarısına¹⁵ da yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunumuz ile farklılık gösterdiği ölçüde yer verilmiştir.

“Müteahhidin Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk” başlıklı üçüncü bölümde ise öncelikle inşaat sözleşmelerinde yabancılık unsuru kavramının

¹⁴ Yaşar Karayalçın, “FIDIC Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukukî Durumu”, **İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, BTHAE Yayınları, 1996, s. 307.

¹⁵ 649 maddeden oluşan 1/499 Esas nolu Türk Borçlar Kanunu tasarısı, son olarak 2007 yılında revize edilmiş, 25.12.2008 tarihinde Adalet Komisyonu’nda kabul edilmiş, 22.01.2008 tarihinde TBMM Başkanlığı’na gönderilmiştir.

belirlenmesi yapılmaya çalışılmış, daha sonra uyuşmazlığın devlet yargısında ve tahkimde çözümlenmesi durumlarında yetkili hukukun taraf iradelerine ve objektif kıstaslara göre belirlenmesi ihtimalleri üzerinde durulmuştur.

Müteahhidin sorumluluğuna uygulanacak hukukun belirlenmesi yapılırken 5718 sayılı MÖHUK¹⁶ ve 2675 sayılı mülga MÖHUK¹⁷ hükümlerine dayalı karşılaştırmalı açıklamalarda bulunulmuştur. Ayrıca yeri geldikçe her bölümde ayrı ayrı incelenen konular ile ilgili milletlerarası sözleşmelere ilişkin açıklamalara da yer verilmiştir.

Asıl inceleme konumuz olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin sorumluluğunun ve bu sorumluluğa ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun incelenmesine geçmeden önce bu kısımda konunun ve terimlerin daha iyi anlaşılması açısından, inşaat sözleşmesinin tanımı, hukukî niteliği, unsurları ve tarafları incelenecektir.

II. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte inşaat sözleşmesini "müteahhidin, rizikosu kendine ait olmak üzere, iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir ücret karşılığında taşınmaz bir yapı eserinin tamamını yahut bir kısmını inşa ederek, bunu teslim etmeyi borçlandığı sözleşme"¹⁸ olarak tanımlamak mümkündür.

İnşaat sözleşmesi, hukukî niteliği itibariyle Borçlar Kanunu'nun 355-371. maddeleri arasında düzenlenen ve iş görme sözleşmelerinden olan bir eser

¹⁶ 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 27.11.2007 tarihinde kabul edilerek, 26728 sayılı ve 12.12.2007 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁷ 20.05.1982 tarihinde kabul edilerek ve 17701 sayılı 22.05.1982 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak, yayımından altı ay sonra yürürlüğe giren 2675 sayılı MÖHUK, 5718 sayılı kanunun Resmi Gazete'de yayınlanması ile yürürlükten kalkmıştır.

¹⁸ Fikret Eren, "İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları", **İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, BTHAE Yayınları, 1996, s. 51; Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, Ankara, Fakülteler Matbaası, 1978, s. 4.

(istisna) sözleşmesidir¹⁹. Borçlar Kanunu'nun 355. maddesine göre; "istisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt ettiği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder".

Eser sözleşmesinde önemli olan, çalışmanın gerçekleştirilmesinden ziyade, çalışma sonucunda ortaya çıkan ve objektif olarak tespiti mümkün sonuçtur²⁰. Objektif olarak tespiti mümkün olan, maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi eser sözleşmesine konu olabilirken, inşaat sözleşmesine ancak maddi olan sonuçlar konu teşkil edebilir²¹. İnşaat sözleşmelerinde de diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi işin yapılmasından ziyade iş sonucunun ortaya çıkarılarak teslimi önem taşımaktadır²². Eser sözleşmesi gibi inşaat sözleşmesi de karşılıklı taahhütler içerir nitelikte olması sebebiyle ivazlı, tam iki tarafa borç yükleyen (synallagmatique) ve rızaî sözleşmelerdendir.

İnşaat sözleşmesi, müteahhidin borçlandığı edimin belirli ya da belirsiz bir süre boyunca devam eden bir ifaya yönelmiş olmaması sebebiyle kural olarak sürekli bir sözleşme olmayıp, anî edimli bir sözleşmedir²³. İnşaatın yapımı için geçen sürenin uzun olması da bu sonucu değiştirmez. Ancak, uzun süreli inşaat sözleşmelerinde müteahhidin üstlendiği edimin sadece inşa eserinin meydana getirilerek tesliminden ibaret olmayıp, aynı zamanda inşaatın yapılışını da içermiş olması dolayısıyla inşaat sözleşmesi sürekli

¹⁹ Arapça kökenli bir kelime olan istisna; sanat ve mahareti gerektiren emek sarf ederek bir şeyi meydana getirmek anlamına gelmektedir. İstisna sözleşmesine uygulamada sıklıkla mehzaz kanunun Almanca metnindeki (m. 363) ifadesine uygun olarak "eser sözleşmesi" de denmektedir (Fikret Eren, "Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri (I)", **İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici – İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, BTHAE Yayınları, 1996, s. 51, dn. 4; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, C. 2, b. 3, Ankara, Evrim Yayıncılık, 1987, s. 2). Nitekim Türk Borçlar Kanunu tasarısı ile de yedinci bölüm başlığı bu yönde değiştirilerek doktrin ve uygulamada yaygınlık kazanmış olan eser sözleşmesi teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

²⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 1.

²¹ Bilal Kartal, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Matsa Basımevi, 1993, s. 13.

²² Hasan Erman, **İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979, s. 9.

²³ Eren, **a.g.m.**, s. 52; Seliçi, **a.g.e.**, s. 53. Sürekli - anî edimli borç ilişkisi ayrımı pratikte sözleşmenin sona ermesi halinde önem kazanmaktadır. Buna göre anî edimli sözleşmeler geçmişe etkili olarak, sürekli sözleşmeler ise kural olarak ileriye etkili olarak sona erer (M. Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1989, s. 12).

sözleşme benzeri bir görünüm de vermektedir. Bununla birlikte ardarda teslimli bir inşaat sözleşmesinde de sürekli edimin varlığından söz edilebilir²⁴.

Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, inşaat sözleşmelerinde iş sahibi olarak genel ve katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin veya bir başka kamu hukuku tüzel kişinin taraf oluşu, sözleşmenin borçlar hukukuna tâbi olma niteliğini bertaraf etmez. Müteahhitler ile kamu kuruluşları arasında akdedilen inşaat sözleşmeleri, sözleşmedeki hükümler ile sözleşmenin eki Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin hükümlerinin uygulanması halleri hariç, tamamen Borçlar Kanunu'na tâbi bir istisna sözleşmesi niteliğindedir²⁵.

III. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A. İnşa Eseri Meydana Getirme

İnşaat sözleşmesinin en tipik unsuru “inşa eseri meydana getirme”dir. İnşaat sözleşmesi ile müteahhit, iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir ücret karşılığında bir inşa eseri meydana getirme borcu altına girer.

İnşa eseri meydana getirme deyimi, inşa eseri ve meydana getirme olmak üzere iki alt unsura ayrılarak incelenebilir:

1. İnşa Eseri (İnşaat) Kavramı

İnşaat sözleşmesinin konusunu teşkil eden inşaat ile kast edilen her türlü “inşa eseri”dir. İnşaat sözleşmesi açısından “inşaat”, “inşa eseri”, “yapı”, “yapı eseri” kavramları eş anlamlı ve birbiri yerine kullanılabilir niteliktedir²⁶.

²⁴ Anı - sürekli edim ayrımı ve buna ilişkin tartışmalar için bkz. Öz, **a.g.e.**, s. 12-23.

²⁵ Kaplan, **a.g.m.**, s. 123.

²⁶ Eren, **a.g.m.**, s. 53.

Geniş anlamda eser, bir objektif çalışma sonucudur²⁷. İnşaat da bir eser olmakla birlikte eser kavramından daha dar kapsamlıdır. Zira inşaat yani inşa eseri mutlaka maddî, cismanî bir şey olduğu halde, eser maddi olabileceği gibi maddi olmayan bir emek ürünü de olabilir²⁸. Bununla birlikte inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan inşa eseri, taşınmaz eser niteliğinde olurken, eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eser ilke olarak taşınır eser niteliğinde olmaktadır²⁹.

İnşaat sözleşmesinde müteahhit yapı eseri inşasını borçlanır ve yapı daima maddi varlık olarak dışarıya aksedecek bir eserdir³⁰. Bu açıdan inşa eseri, yalnız belli bir biçimde maddi varlığa, bir cisme sahip bulunan, insan emeği ürünü olan başkasına devir ve teslimi mümkün yapı eserleridir³¹.

Borçlar Kanunumuzda yapı eserinin ne olduğuna yönelik bir tarif bulunmamakla birlikte, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi 3. maddesinde yapı eserini (iş); “müteahhide ihale edilen her türlü yapım ve hizmet işleri” olarak tanımlamaktadır. 3194 sayılı İmar Kanunu³²,’nun 5. maddesinde ise bu kanun uygulaması açısından yapının; “karada ve suda, daimî veya muvakkat, resmî veya hususî, yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişikliklerine ve tamirlerine, sabit ve müteharrik tesislerine şamil” olduğu belirtilmiştir.

²⁷ Herman Becker, **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri**, 1934, Çev. A. Suat Dura, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1993, s. 589. BK m. 355 te “eser” yerine “şey” kavramı kullanılmıştır. Ancak bu sözcük eser kavramını karşılamamaktadır ve daha dar kapsamlıdır. “Şey” sözcüğü yalnızca maddi malları ifade eder. Oysa eser kapsamına maddi olmayan sonuçlar da dâhildir. Türk Borçlar Kanunu tasarısı ile de bu yanlış ibare düzeltilerek, 470. maddedeki tanımda eser kavramına yer verilmiştir.

²⁸ Edim sonucu olarak meydana getirilecek eserin, sadece maddi varlığı olan şeyler mi olduğu, yoksa maddi varlığı olmasa da objektif olarak belirlenebilir bir sonucun da mı bu kavram içerisinde sayılacağı konusu tartışmalıdır. Ancak doktrinde büyük bir çoğunlukla kabul gören (Necip Bilge, **Borçlar Hukuku: Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, BTHAE Yayınları, 1971, s. 213; Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, b. 4, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008, s. 8-9; Senai Olgaç, **Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu: Akdin Nevileri**, b. 2, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1970, s. 677-687; Kenan Tunçomağ, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, cilt II, baskı 3, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1978, s. 498) eserin maddi olmayan bir varlık da olabileceği görüşü bu çalışma açısından kabul edilmiş ve incelememiz bu yönde yapılmıştır (Tartışmalar için bkz. Öz, **a.g.e.**, s. 3-7; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 5 vd.).

²⁹ Eren, **a.g.m.**, s. 53.

³⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s. 6.

³¹ Eren, **a.g.m.**, s. 54.

³² 3194 sayılı İmar Kanunu 03.05.1985 tarihinde kabul edilerek, 18749 sayılı ve 09.05.1985 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve çeşitli tarihlerde değişikliklere uğramıştır.

Buradan yola çıkarak inşaatın, yapı tekniği ile ilgili olduğunu ve yapı tekniği kurallarının uygulandığı yapılardan meydana geldiğini söylemek mümkündür³³.

İnşaat, maddi nitelikteki her türlü yapı eserini ifade etmektedir. Bir şeyin yapı eseri sayılabilmesi için, bunun insan emeğinin sonucu olarak ortaya çıkması ve az veya çok, doğrudan ya da dolaylı olarak arza (toprağa) bağlı olması gerekir³⁴.

İnşaat, “taşınır inşaat” ve “taşınmaz inşaat” olarak ikiye ayrılabilir. BK m. 363’te taşınmaz inşaattan, TMK m. 728’de taşınır inşaattan söz edilmektedir. İnşaat sözleşmesinin konusunu ilke olarak taşınmaz inşaat oluşturur³⁵. Mevcut bir inşaat ile bağlantılı olmak kaydıyla taşınır inşaat da inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. İnşaat, karada, suda, kara veya suyun altında ya da üzerinde olabilir³⁶. Yapı eseri sürekli olabileceği gibi, geçici de olabilir.

İnşa eseri kavramı bir başka açıdan bina ve diğer inşaat olarak ayrılabilir. BK’nın 58. maddesinde malikin sorumluluğu açısından “bina” ve “diğer inşa eseri” kavramlarına yer verilmiştir. Bina, İmar Kanunu’nun 5. maddesinde “kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri; insanların oturma, çalışma, eğlenme ve dinlenmelerine ya da ibadet etmelerine; hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapı” şeklinde tanımlanmıştır. Bina dışında kalan yapılara “diğer inşaat” adı verilmektedir. Bina ve diğer inşaat, inşa eseri kavramı kapsamında olmakla birlikte ondan daha dar bir çerçeveye sahiptir.

³³ Seliçi, **a.g.e.**, s. 5; Sezer Özyörük, **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Vedat Kitapçılık, 1988, s. 1.

³⁴ Henri Deschenaux, Pierre Tercier, **Sorumluluk Hukuku**, 1975, Çev: Salim Özdemir, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1983, s. 96.

³⁵ Taşınmaz inşaattan sadece binalar değil, arza bağlılık teşkil eden, belli bir iktisadi önem taşıyan ve insan emeğiyle yapılan bağımsız şeyler anlaşılmalıdır. Bunlara örnek olarak köprüler, istinat duvarları, parmaklıklar, bir su haznesi ve ona bağlı borular gösterilebilir (Haluk Tandoğan, İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı”, **Prof. Dr. Fadıl H. Sur’un Anısına Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1983, s. 330). Taşınmaz inşaat bağımsız, başlı başına bir bütünlük arz eden inşa eseri olarak ortaya çıkabileceği gibi, bütünleşerek eseri meydana getirecek kısmî inşaat işleri olarak da ortaya çıkabilir (Seliçi, **a.g.e.**, s. 210).

³⁶ Eren, **a.g.m.**, s. 54.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, inşaatın yeni yapılan bir şey olması zorunlu değildir. Mevcut bir yapıda yapılacak ilaveler, böyle bir yapıda gerçekleştirilen değişiklikler, iyileştirme ve düzeltmeler ve hatta yapının yıkılması da inşaat kapsamındadır³⁷.

2. Meydana Getirme Kavramı

Borçlar Kanunu'nun istisna sözleşmesini düzenleyen 355. maddesinde "imal etme" sözcüğü kullanılmıştır. Oysa tıpkı mehz kanun ifadesinde olduğu gibi burada anlaşılması gereken "meydana getirme"dir. Meydana getirme kavramı yerine bununla eş anlamlı olan "yapma", "inşa etme" kavramlarını da kullanmak mümkündür.

İnşaat sözleşmesinde müteahhidin borçlandığı edim, bir inşa eseri meydana getirme edimidir. İnşaat sözleşmesinin konusunu yeni bir inşa yapısı oluşturabileceği gibi, bir yapıya ilaveler yapılması (büyütülmesi, genişletilmesi), bir yapının onarımı ya da değiştirilmesi de oluşturabilir³⁸. Bununla birlikte bir yapı eserinin yıkılması suretiyle ortadan kaldırılmasının da inşaat sözleşmesine konu olması mümkündür³⁹. Çalışma ve emek sonucunda ortaya çıkan eserin az veya çok kendine özgü bir şekli olmasının, işlenen maddeye göre az veya çok değer taşımasının bir önemi yoktur. Burada önemli olan, tarafların niyetlerine ve işlerde yaygın olan telâkkilere göre eskisinden farklı bir hukukî varlık ortaya çıkmasıdır⁴⁰.

B. Ücret

³⁷ Deschenaux, Tercier, **a.g.e.**, s. 96; Eren, **a.g.m.**, s. 55.

³⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s. 6.

³⁹ Eren, **a.g.m.**, s. 56.

⁴⁰ Kemal Dayınlı, **İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Ankara, Dayınlı Hukuk Yayınları, 1986, s. 4.

İstisna sözleşmesi ve dolayısıyla inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Bu özelliği itibarıyla istisna sözleşmesi benzer sözleşmelerden ayrılmaktadır.

İnşaat sözleşmesinde müteahhidin inşa eseri meydana getirme borcu karşısında, iş sahibinin en önemli ve temel karşı edimi ücret ödeme borcudur. Eser bir ücret karşılığı imal edilmemiş ise yani sözleşme ivazsız ise ya bir vekâlet sözleşmesi yahut karma tipli bir sözleşme söz konusu olur.

Ücret isteği müteahhitçe açıkça yöneltilmiş olabileceği gibi hâl ve şartlardan da anlaşılabilir⁴¹. Ücretin mutlaka para olarak tayini gerekmez. Bazı hallerde aynî bir hakkın devri yahut bir işgörmeye edimi de ücret kapsamında tayin edilebilir. Bunun en yaygın karşılaşılan örneği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir.

Taraflarca kararlaştırılan ücret, açık ya da örtülü bir anlaşmaya dayanabilir. Çoğu zaman sözleşme ile ücretin miktarı belirlenmiş olacaktır. Yapılacak işin niteliğinin ve niceliğinin çok iyi tanımlandığı işlerde müteahhit, işin tamamı için bir ücret teklif eder ve bu ücret sabitlenir⁴². Bu ücret, yapılacak iş karşılığında kesin olarak önceden öngörülmüş ise “götürü ücret”ten söz edilir.

Götürü ücret, yapı eserinin inşası ve teslimi karşılığında ödenecek en yüksek (azamî) ve aynı zamanda en düşük (asgarî) ücrettir⁴³. Tarafların sözleşme ile öngörmüş olduğu götürü ücret miktarı sözleşmeye bağlılık (ahde vefa - pacta sunt servanda) ilkesi gereğince her iki taraf için de bağlayıcıdır. Bu halde müteahhit, kural olarak ücret rizikosunu üstüne almıştır. Yapı eserinin meydana getirilmesi, kararlaştırılan ücretten fazlaya mâl olsa dahi müteahhit, BK nun 365. maddesinin birinci fıkrası gereğince fazlayı talep

⁴¹ Becker, **a.g.e.**, s. 591.

⁴² A. Erkan Şahmalı, “İhale Fiyat Sistemleri”, **TMD**, Ocak, Şubat, Mart, sayı 6, 2003, s. 10.

⁴³ Cem Baygın, *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tâbi Olduğu Hükümler*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999, s. 30.

edemez⁴⁴. Ücretin götürü olarak tespiti durumunda ancak Borçlar Kanunu'nun 365. maddesinin 2. fıkrası gereğince müteahhit, olağanüstü sebepler yapının maliyetini fevkalade artırmış ise ücretin artırılmasını ya da sözleşmenin feshini talep etme hakkına sahip olur⁴⁵. Bundan başka, müteahhidin ücretin artırılmasını talep hakkı, iş sahibinin kusurlu davranışlarından, alacaklının temerrüdüne düşmesinden yahut yapılan işin niteliklerine ilişkin taleplerindeki değişiklik nedeniyle fazla masraflara yol açmasından kaynaklanabilir⁴⁶.

Bununla birlikte götürü ücret tespiti halinde iş sahibi de yapı eserinin maliyetinin kararlaştırılanın altında kalması halinde ücretin indirilmesini talep edemez (BK m. 365/3).

Ücretin birim fiyat üzerinden yani parça başına, ölçü veya ağırlığa ya da çalışılan saat yahut gün sayısına göre tayin edilmesi de mümkündür⁴⁷. Bu durumda her kısmın bedeli, o kısmın teslimi zamanında ödenir. Ancak Borçlar Kanunu'nun 364. maddesi gereğince genel kural ücretin teslim zamanında ödenmesidir.

Borçlar Kanunu'nun 366. maddesine göre ücret, taraflarca önceden kararlaştırılmamış yahut takribi olarak kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda ücret yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir.

Bir diğer ücret ise Borçlar Kanunu'nun 367. maddesi ile düzenlenen "tahmini ücret"tir. Bu durumda inşa eserinin meydana getirilmesinin ne kadara mâl olacağı kesin olarak tespit edilmiş değildir. Müteahhit, inşa

⁴⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s. 6. Burada "Clausula Rebus Sic Stantibus" (akdin değişen hal ve şartlara uyarlanması) ilkesi gereğince götürü bedel artırılabilir. Bu durumda ücretin artırılması tarafların anlaşması ile olabileceği gibi hâkimden de istenebilir (Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 18).

⁴⁵ BK m. 365/2'ye göre; "...evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da taraflarca nazara alınmayan (olağanüstü) haller için (kararlaştırılan götürü ücret ile) yapılmasına manî olur veya yapılmasını son derece işkal ederse (zorlaştırırsa) hâkim (müteahhidin talebi halinde), haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyler". FIDIC Kuralları'nda da "öngörülemezlik" kavramının tanımına yer verilmiştir. FIDIC m. 1.1.6.8 uyarınca, tecrübeli bir müteahhit tarafından teklifin sunulma anında normal şartlar altında önceden tahmin edilmesi imkânsız olan durumlar öngörülemez olarak nitelendirilir.

⁴⁶ Baygın, **a.g.e.**, s. 32.

⁴⁷ Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 19.

eserinin meydana getirilmesi sırasında, keşif bedelinin önemli derecede aşılabacağını müşahade ederse iş sahibini derhal uyararak yükümlüdür. Aksi halde özen borcuna aykırı davranmış olacağı için sorumlu olur.

Borçlar Kanunu'na göre ücretin tespitini ele aldıktan sonra FIDIC kuralları uyarınca ücret ile ilgili olarak yapılan düzenlemelere de değinmekte yarar vardır. FIDIC kuralları ile de iş sahibinin ücret ödeme borcu ile ilgili olarak birçok madde öngörülmüş⁴⁸ ve ücretin zamanında ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir. FIDIC kurallarının 14. maddesinde, ödemenin yapılacağı zamanla ilgili düzenlemeler getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeler ile müteahhide, öngörülen süreler içerisinde ödeme yapılmaması durumunda, sözleşmeyi feshetme imkânı tanınmıştır. Aynı şekilde, iş sahibinin müteahhide yapması gereken ödemeleri yapmaması durumunda, müteahhidin, işi yavaşlatma ve durdurma hakları da mevcuttur⁴⁹.

BİGŞ ile de inşaat sözleşmesinde ücretin tayinine ilişkin doğrudan ve dolaylı hükümlere yer verilmiştir⁵⁰. Şartnamenin 19 uncu maddesi ile iş miktarında işin bedelinin yüzde otuzuna kadar olan artma ve eksilmelerde sözleşme fiyatlarının uygulanacağı düzenlenmiştir. BİGŞ'nin 20. maddesi fiyatı belli olmayan işlerin fiyatlarının tespitine ilişkin esasları hükme bağlamıştır.

C. Anlaşma

1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmesi niteliği itibarıyla rızaî bir sözleşmedir. İnşaat sözleşmesinin geçerli bir biçimde meydana gelebilmesi için tarafların akdin

⁴⁸ Ücret ödeme borcunun konu edildiği maddeler şu şekilde özetlenebilir: FIDIC kuralları m. 5.4, 14.1-14.15, 15.4, 16.4.

⁴⁹ Akıncı, **a.g.e.**, s. 38.

⁵⁰ Şartnamenin 2, 19, 20, 21, 22, 39, 40 ve 45. maddeleri ücretin tayin ve tespitine ilişkin usul ve esaslarla ilgilidir.

esaslı unsurları olan meydana getirilecek inşa eseri ve bunun karşılığı olan ücret konusunda anlaşmış olmaları gerekir.

2. Sözleşmenin Şekli

İnşaat sözleşmesinin geçerliliği BK'nın 11. maddesi gereğince kanunda aksi belirtilmedikçe herhangi bir şekle tâbi değildir ve hatta yazılı bir biçimde yapılması dahi gerekmez. Ancak sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasının ispat hukuku açısından yararı bulunmaktadır⁵¹. Uygulamada da âkit tarafların inşaat sözleşmelerini yazılı ve hatta resmî şekilde yaptıkları görülmektedir.

Bununla birlikte, taşınmaz arsa payının ya da taşınmazın satımı yahut devri bir inşaat sözleşmesi ile birlikte yapılıyorsa, bu durumda sözleşmenin geçerliliği için resmî şekil şarttır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de resmî şekil şartına uyulması gerekmektedir. Ancak sözleşme gereken resmî şekilde yapılmamış olmasına karşılık, taraflar edimlerini tamamen ifa etmişlerse tarafların ve özellikle müteahhidin şekil şartını ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması durumunu oluşturur.

Taraflar isterlerse inşaat sözleşmesini BK'nın 16. maddesine göre iradî yazılı veya resmî şekle tâbi tutabilirler⁵². Bu halde taraflarca kararlaştırılan şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersiz olur.

Diğer yandan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca, genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin inşaat işlerine ait ihalelerin kural olarak bir sözleşmeye bağlanması gerekmektedir. Bu sözleşmedeki imzaların ihaleden itibaren 15 gün içinde noterlikçe tasdiki şarttır. Aksi halde geçerli bir sözleşme kurulması mümkün değildir. Anılan

⁵¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi birçok kararında inşaat sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekmediğini, ancak karşı tarafın inkârı halinde iddia edenin akdin varlığını ispat hukuku kuralları gereğince ortaya koyması gerektiğini belirtmiştir. Burada HUMK m. 288/1 gereğince belirli bir meblağın üstündeki iddiaların senetle ispatı gerektiğinden, bu hususta inkâr edenin muvafakati olmadıkça tanık dinlenemeyecektir (Y.15.HD. 08.06.1989 T., 1988/4869 E., 1989/2711 K.; Y.15.HD. 25.04.1985 T., 1985/118 E., 1985/1395 K.; Y.15.HD. 20.03.1979 T., 1979/407 E., 1979/540 K. (Anılan karar metinleri için bkz. Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 47-56).

⁵² Eren, **a.g.m.**, s. 58.

kanuna tâbi inşaat sözleşmelerinin içeriği BİGŞ'ye göre belirlenmektedir. Şartnamenin 1. maddesinde 2886 sayılı Kanuna tâbi kuruluşlar tarafından “Kanunda yazılı usullerden biri ile yaptırılan ve tanımları aynı Kanunun (4). maddesinde yapılmış olan her türlü yapım ve hizmet işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasları tespit eder” denmekle bu husus açıkça belirtilmiştir.

3. Sözleşme Metninin Hazırlanması

Taraflar, inşaat sözleşmesinin içeriğini belirlemek konusunda BK'nın 19 ve 20. maddeleri sınırları çerçevesinde serbesttirler. Sözleşme metinleri ya yapılan sözleşmeye münhasır olarak yapılan müzakereler sonucu hazırlanır ya da uygulamada çoğu kez karşılaşıldığı gibi önceden hazırlanmış, matbu metinlerin yahut daha önce uygulanmış sözleşme metnlerinin şart ve ihtiyaçlara uyarlanması suretiyle oluşturulur⁵³.

Uygulamada, özellikle kamu ihaleleri ile üstlenilen inşaat işlerinde sözleşme metinleri iş sahibi tarafından hazırlanmaktadır. Ülkemizde buna ilişkin çeşitli formlar bulunmaktadır⁵⁴. Ancak iç hukukumuzda bu tarz çalışma ve metinlerin azlığı nedeniyle sıklıkla Avrupa ve ABD kaynaklı tip sözleşmelere başvurulmaktadır⁵⁵. Bunlardan özellikle FIDIC tip sözleşmesi birçok konuda esas alınmaktadır.

FIDIC kuralları olarak adlandırılan bu sözleşme, milletlerarası münasebetlerde farklı milletlerden gelen tarafların, hukuk, örf, âdet yönünden

⁵³ Yüksel Ersoy, “Eser Sözleşmesinin Hazırlanmasında ve Uygulanmasında Mühendis-Hukukçu İlişkileri”, **İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, BTHAE Yayınları, 1996, s. 27; Necip Türegün, “FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, BTHAE Yayınları, 1996, s. 253.

⁵⁴ Bayındırlık Bakanlığınca hazırlanmış olan “Sözleşme Tasarısı”, “Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi”, “Yapım İşleri için Kapalı Teklif Usulü ile İhale Şartnamesi”, “Teklif Formu” bunlara örnek gösterilebilir (Ersoy, **a.g.m.**, s. 27).

⁵⁵ Bunlara örnek olarak ICE (Institution of Civil Engineers) Design and Construction Conditions of Contract (İngiltere - 1992), ENAA Model Forms International Contract for Power Plant Construction (Japonya - 1996), EIC (European International Contractors) Contract, ABT 94 - General Conditions for Design Build Contracts (İsveç), FIDIC Gümüş (Kurşuni) Kitap ve FIDIC Turuncu Kitap sayılabilir (Agne Sandberg, “A Contractor’s View in FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects”, **International Construction Law Review**, Volume 16, Part 2, 1999, s. 50).

görüş ve anlayış birliğini temin etmelerinin zorluğu karşısında oluşturulmuştur⁵⁶. Tarafların aralarındaki inşaat sözleşmesini FIDIC kurallarını esas alarak düzenlemeleri durumunda, taraflara kanunlarca tanınan irade serbestisi çerçevesinde, FIDIC kuralları uygulanacaktır⁵⁷. Bununla birlikte taraflar, FIDIC tarafından getirilen genel ve özel şartlarda diledikleri değişiklikleri yapabilirler⁵⁸.

Tarafların FIDIC kurallarının tamamının ya da bir kısmının sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırmaları mümkündür. Örneğin İslam hukukunun geçerli olduğu ve faiz uygulamasının yasak olduğu bir ülkeye mensup bir veya birden fazla âkit tarafın bulunması halinde taraflar, aralarındaki inşaat sözleşmesine FIDIC kurallarının faize ilişkin hükümleri hariç diğer hükümlerinin tatbik edileceğini kararlaştırabilirler.

FIDIC kuralları ekinde örnek sözleşmeye yer verilmiş olup, FIDIC kuralları esas alınarak hazırlanan bir sözleşmenin ekleri; iş sahibinin kabul mektubu (letter of acceptance), müteahhidin teklifi, sözleşme şartlarının (FIDIC kurallarının) birinci ve ikinci kısımları (conditions of contracts), teknik şartnameler, projeler ve keşif cetvellerinden oluşur⁵⁹.

IV. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

İnşaat sözleşmesinin tarafları olan müteahhit ve iş sahibinin oluşum biçimleri, bunlar arasında yapılan sözleşmenin ifası sırasında gerek sözleşme, gerekse kanun hükümleri uyarınca temerrüde düşme açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle sorumluluk hallerinin daha iyi incelenmesi

⁵⁶ Türegün, **a.g.m.**, s. 253.

⁵⁷ Akıncı, **a.g.e.**, s. 32.

⁵⁸ Karayalçın, **a.g.m.**, s. 307.

⁵⁹ Richard H. Clough, Glenn A. Sears, **Construction Contracting**, 6th Edition, Canada, John & Willey Sons. Inc. , 1994, s. 3. Sözleşme eki olarak kabul edilen belgeler birbirlerini tamamlayıcı ve açıklayıcı olarak kabul edilmesine karşın, anlamda belirsizlik ve aykırılıklar olması halinde sıralama durumuna göre öncelik kazanmaktadır (Celalettin Güvenç, **Uluslararası İhalelerde Örnek Alman FIDIC Şartnamelerinin ve Türkiye Uygulamasının İncelenmesi**, Ankara, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 69).

için öncelikle inşaat sözleşmesinin tarafları olan müteahhit ve iş sahibi terimlerinin anlamlarını ve kimlerin sözleşmenin tarafı olarak karşımıza çıkmasının mümkün olduğunu belirlemek gerekir.

A. Müteahhit

Müteahhit, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. İnşaat ortaklıkları, sermaye ortaklığı olarak anonim veya limited ortaklık, kişi ortaklığı olarak kollektif veya komandit ortaklık olarak kurulmuş olabilir. Bunun gibi müteahhit tarafın adi ortaklık şeklinde bir araya gelmiş kişilerden oluşması da mümkündür. Bu durumda ortaya çıkan ortaklık, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu⁶⁰'nun 04.12.1985 tarih ve 3239 sayılı Kanun ile değişik 6. maddesi anlamında bir iş ortaklığıdır⁶¹.

İşin gereği gibi ifası açısından müteahhidin, iş sahibinin potansiyel isteklerini de göz önüne alarak teklifini vermiş olması, üstlendiği işe ilişkin yeterli teknik bilgi, yetenek ve desteğe, gerekli tecrübeye ve finansal açıdan yeterli birikime sahip olması gerekir⁶².

Adi ortaklık şeklinde oluşturulan birlikteliğin uygulamada en çok görülen türleri “joint venture (ortak girişim)” ve “konsorsiyum” halleridir⁶³.

⁶⁰ 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu, 03.06.1949 tarihinde kabul edilerek, 7229 sayılı ve 10.06.1949 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak 01.01.1950 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Birçok kez değişikliğe uğrayan kanun metni son olarak 22.12.2005 tarihli ve 5436 sayılı kanun ile tadil edilmiştir.

⁶¹ Anılan maddeye göre: “Birinci maddenin A, B, C ve D bentlerinde yazılı kurumların kendi aralarında, şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerle belli bir işin birlikte yapılmasını müştereken taahhüt etmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan vergi dairesinden bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler iş ortaklığıdır.

Bunların tüzel kişiliklerinin olmaması mükellefiyetlerini etkilemez”. İş ortaklığı kavramı daha önce Türk Ticaret Kanunu ya da Borçlar Kanunu ile kullanılmamış olup, anılan kanun ile birlikte mevzuatımıza girmiştir (İş ortaklıkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dayınlarlı, **Joint Venture**, s. 227 vd.).

⁶² John G. Sawyer, C. Arthur Gillott, **The FIDIC Digest**, London, Thomas Telford Limited, 1990, s. 8.

⁶³ Eren, **a.g.m.**, s. 50; Seliçi, **a.g.e.**, s. 18.

Çoğu zaman tek bir inşaat ortaklığının iş gücü ve sermaye kapasitesini çok aşacak, makine parkı, büyük baraj veya komple tesis yapımı gibi büyük işlerde gerek millî gerekse milletlerarası alanda birbirinden bağımsız müteahhitler bir araya gelerek iş ortaklıkları oluşturmaktadırlar⁶⁴. Genellikle bu gruplaşmalara konsorsiyum adı verilmektedir. Konsorsiyumlar tamamen akdî bir esasa dayanır ve belirli bir işin ifasını amaçlar. İnşaat konsorsiyumunda yer alan ortaklar inşaat sözleşmesinin ifasından iş sahibine karşı kendi iş bölümünden sorumludurlar.

Müteahhitlerin bu tür iş ortaklıkları meydana getirmelerinin bir diğer sebebi ise, patent veya know-how'ı yurt dışında olan ve yurt içinde yerli müteahhitler tarafından henüz yapılmayan işlerin varlığıdır⁶⁵. Bu durumda yerli ve yabancı müteahhitler bir araya gelerek bir ortak girişim oluştururlar. Söz konusu ortaklardan birisi pilot firma olup, iş ortaklığını temsilen iş sahibi ile muhatap olur⁶⁶. Bu tarz iş ortaklıkları ile işin yapım sorumluluğu ve risk paylaşılmış olmaktadır⁶⁷. İş ortaklıkları, inşaat sözleşmesinin ifasından iş sahibine karşı Borçlar Kanunu'nun 534. maddesi gereğince müteselsilen sorumludurlar.

Müteahhit, iş sahibine karşı yapı eserinin tamamının inşası ile teslimini borçlanmışsa "genel müteahhitlik"ten söz edilir⁶⁸. Anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde müteahhidin durumu böyledir⁶⁹. Büyük çapta olmayan inşaat sözleşmelerinde genel müteahhidin yapı eserini kendisine hizmet sözleşmesi ile bağlı, kendi yönetimi altındaki işçilerle yaptırması mümkün iken, büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde bu son derece güçtür. Kısımî edimlerin her biri

⁶⁴ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 26; Seliçi, **a.g.e.**, s. 18.

⁶⁵ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 26.

⁶⁶ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m. 14.

⁶⁷ İş ortaklıklarının söz konusu olduğu durumlarda müteahhidin sorumluluğu açısından genel kural ortakların birlikte sorumlu olmasıdır. Sözleşmede sorumluluğun paylaşımına ilişkin düzenleme bulunması ortaklaşa sorumluluk açısından gerekli değildir. Bunun için sözleşmede aksinin kararlaştırılmamış olması gerekli ve yeterlidir (John J. P. Krol, **Construction Contract Law**, New York, John Wiley and Sons, 1993, s. 84).

⁶⁸ Uygulamada genel müteahhide (general contractor), asıl müteahhit (prime contractor) de denilmektedir. Özellikle büyük çaplı inşaat işlerinde genel müteahhit, işin yapımını koordine eden kişi olarak karşımıza çıkar (Clough, Sears, **a.g.e.**, s. 4).

⁶⁹ Seliçi, **a.g.e.**, s. 17.

ayrı bir uzmanlık ve ekipman gerektirdiğinden bu durumda işin belirli kısımları bir veya birden fazla alt müteahhide bir başka ifade ile taşeron (subcontractor) bırakılabilir.

Taşeron ile genel müteahhit arasındaki ilişki de bir inşaat sözleşmesidir⁷⁰. Bu sözleşme ile taşeron, genel müteahhide karşı kısmî edimin tamamlanarak teslimi borcunu üstlenmektedir. Bununla birlikte alt müteahhit ile iş sahibi arasında herhangi bir akdi ilişki mevcut değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki işin bir veya birden fazla bölümünün alt müteahhide bırakılabilmesi için sözleşmede bunu engelleyici bir düzenlemeye yer verilmemiş olmalıdır⁷¹.

Genel müteahhit, çoğu zaman iş sahibi tarafından belirlenmiş ve bazen resmî makamlarca tasdik edilerek kendisine verilmiş plan ve projeye uygun olarak inşa eserini meydana getirecektir. Bununla birlikte müteahhit, inşaatın yapımı yanında plan ve proje yapımını da üstlenebilir. Bu tür müteahhide doktrinde “proje genel müteahhit” veya “total müteahhit” denilmektedir⁷². Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde de durum böyledir.

Bazı durumlarda iş sahibi, inşaatın tamamının ifasından ve tesliminden sorumlu tek bir müteahhitte anlaşmak yerine, kendi yönetimi ya da görevlendireceği bir mimar veya mühendisin yönetimi altında inşaatı yürütmek isteyebilir. Bu durumda inşaatın tamamının yönetimi, kısmî edimler arasında organizasyon ve koordinasyonun sağlanması kendi sorumluluğundadır ve kısmî edimler birbirinden bağımsız müteahhitlere verilecektir. Bu halde her bir müteahhit ile iş sahibi arasında ayrı bir inşaat (eser) sözleşmesi kurulacaktır. Bu tür kısmî edimleri yerine getirirken birbirinden bağımsız çalışan müteahhitlere yan müteahhit denir⁷³.

⁷⁰ Clough, Sears, **a.g.e.**, s. 4.

⁷¹ Clough, Sears, **a.g.e.**, s. 4.

⁷² Eren, **a.g.m.**, s. 50; Kaplan, **a.g.m.**, s. 122.

⁷³ Seliçi, **a.g.e.**, s. 18.

FIDIC kurallarında da müteahhidin tanımına yer verilmiştir. Anılan tip sözleşmenin 1.1.2.3 maddesine göre müteahhit (yüklenici); “teklifi iş sahibince kabul edilen kişi ile onun kanunî mirasçıları demek olup (iş sahibinin mutabakatı hariç) bu kişinin tayin ettiği herhangi bir kimse müteahhit olarak kabul edilemez”. Anılan madde ile genel müteahhit tanımına yer verilmiş, alt müteahhidin (taşeronun) tanımı ayrıca yapılmıştır. FIDIC 1.1.2.8 maddesi ile taşeron; “Sözleşmede işlerin bir kısmı için belirtilen veya mühendisin⁷⁴ oluruyla işlerin bir kısmının verildiği kişi ile onun kanunî mirasçıları demek olup, bu kişinin tayin ettiği herhangi bir kimse alt müteahhit olarak kabul edilemez” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere FIDIC kuralları gereğince sözleşme ile yüklenilen işin tamamının ya da bir kısmının taşerona devri için işverenin olurlarına ihtiyaç vardır. FIDIC’in 4.4. maddesinde, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça işin taşerona devrinin mümkün olmadığı açıkça belirtilmiştir.

FIDIC kuralları ile alt (tâli) müteahhitlik kavramı üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur. FIDIC açısından alt müteahhitler, onaylanmış tâli müteahhit ve atanmış tâli müteahhit olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Müteahhidin kendisinin teklif ettiği ve onay istediği müteahhit, onaylanmış tâli müteahhittir. FIDIC 4.4. hükmünde işçi temin etme, sözleşmede belirtilen standartlara uygun malzeme satın alma, işçilerin herhangi bir kısmını, sözleşmede adı geçen tâli müteahhide verme konuları hariç asıl müteahhidin, mühendisin onayı olmaksızın işlerin bir kısmını başkalarına (alt müteahhitlere) devredemeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca onaylanmış müteahhitlerin yaptıkları işlerden doğan tüm sorumluluk asıl müteahhide aittir. Onaylanmış alt müteahhidin iş sahibine karşı tüm

⁷⁴ FIDIC kurallarının “Tanımlar” başlıklı 1.1.2.4. maddesi ile mühendis; “sözleşme hükümlerine göre mühendis olarak faaliyette bulunmak üzere tayin edilen ve ismen belirtilen kişi” olarak tanımlanmıştır. FIDIC kuralları açısından mühendis, teknik, mâli konulara ve uzlaştırmaya ilişkin görevler üstlenir. Müşavir mühendisler iş sahibi ve müteahhit dışında, gerçek ya da tüzel kişilerdir (Kemal Dayınlarlı, **İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1998, s. 50).

sorumluluğu asıl müteahhit tarafından üstlenildiği için, onun malî durumunun araştırılmasına da asıl müteahhit tarafından özen gösterilmelidir⁷⁵.

Atanmış tâli müteahhitler (nominated subcontractor) ise asıl müteahhit tarafından kendi iradesi ile seçilemeyen, iş sahibi ya da mühendis tarafından seçilen veya ileride seçilecek olan müteahhitlerdir. Atanmış tâli müteahhitler FIDIC kurallarının 5.1. maddesinde düzenlenmiştir. Atanmış alt müteahhitler, FIDIC gümüş kitabın 4.5. maddesinde “iş sahibinin asıl müteahhide tâli müteahhit olarak istihdam edilmesi tâlimatı verdiği müteahhit” olarak tanımlanmıştır.

Asıl müteahhidin makul bir itirazı bulunmadığı takdirde atanmış tâli müteahhitler ile çalışma zorunluluğu vardır. Ancak müteahhidin, mümkün olan en uygun zamanda makul itirazlarını bir ihtar ile ve destekleyici ayrıntılarla (particulars) birlikte ileri sürmesi halinde atanmış tâli müteahhit istihdam etmek ile zorunlu tutulmaması mümkündür. Bununla birlikte atanmış tâli müteahhitler, asıl müteahhidin iş sahibine karşı üstlendiği sorumlulukları aynen asıl müteahhide karşı kabul ve garanti etmek, asıl müteahhidin geçici tesislerinin, malzeme ve teçhizatının kötü kullanılmasının veya kendi personelinin hatalarının tüm sonuçlarına karşı asıl müteahhidi garantiye almak ve zararını tazmin etmek mecburiyetindedir. Asıl müteahhit, bu koşulları kabul etmeyen atanmış tâli müteahhitleri reddedebilir. Asıl müteahhit, atanmış alt müteahhidi yeterli derecede denetlediği halde, kusurları varsa bunlardan iş sahibi sorumlu olmalıdır⁷⁶.

Asıl müteahhidin atanmış tâli müteahhitlerle çalışmak istememesi halinde, iş sahibinin yeni bir (atanmış) alt müteahhit önermesi ya da alt müteahhit sözleşmesinin hükümlerini değiştirmeyi talep etmesi mümkündür. Ancak ayrıca ifade etmek gerekir ki, asıl müteahhidin alt müteahhit ile ilgili olarak

⁷⁵ Türegün, **a.g.m.**, s. 266-268.

⁷⁶ Türegün, **a.g.m.**, s. 268-270.

ileri sürebileceği itirazlar genellikle alt müteahhidin teknik ve finansal yeterliliğine ilişkindir⁷⁷.

Hukukumuzda genel müteahhidin, inşa eserinin yapımına bizzat katılmadan inşaatı kendi nâm ve hesabına kısım kısım alt müteahhitlere dağıtmasına engel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, FIDIC kurallarının 4.4. maddesi ile müteahhidin, işin tamamını başkasına veremeyeceği açıkça düzenlenmiştir⁷⁸.

B. İş Sahibi

İş sahibi de tıpkı müteahhit gibi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Doktrinde ve uygulamada “işveren”, “ismarlayan” ve “yapı sahibi” olarak da adlandırılan iş sahibini, inşaat sözleşmesine konu inşa eserinin meydana getirilmesinde ve böylelikle müteahhit tarafından inşa edilen eserin teslim alınmasında menfaati bulunan, genelde üzerinde inşaat yapılan arzun sahibi olarak karşımıza çıkan, gerçek veya tüzel kişiler veya iş ortaklıkları veya gruplaşmış müesseseler olarak tanımlamak mümkündür⁷⁹.

Kâr amacı güden kuruluşlardan, özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket eden bazı kamu kuruluşları yahut tümüyle kamu hizmeti gören bir devlet kuruluşu da iş sahibi olabilir⁸⁰. Bununla birlikte 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 1. maddesi gereğince “kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşları” da iş sahibi olarak görülebilmektedir.

⁷⁷ Türker Yalçınduran, **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000, s. 52-53.

⁷⁸ “Gautschi, müteahhidin, yapının inşasının hiç olmazsa bir kısmını kendisinin yapması veya kendi yönetimi altında yaptırması gerektiğini, bütün kısmî edimlerin yerine getirilmesinin alt müteahhitlere bırakılması halinde artık eser sözleşmesinden söz edilemeyeceğini, bu halde bir inancılı vekâletin varlığını kabul etmek gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak sözleşmeyi nitelendiren edim bizatihi sözleşmede üstlenilen edim olmak gerekir; edimin kısmî edimler tarzında alt müteahhitlere bırakılarak yerine getirilmesi sözleşmenin niteliğini değiştirememelidir” (naklen, Seliçi, **a.g.e.**, s. 17).

⁷⁹ Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 31; Kaplan, **a.g.m.**, s. 120.

⁸⁰ Özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket eden kamu kuruluşlarına Türkiye Şeker Fabrikaları Genel Müdürlüğü, özelleştirme öncesi Sümerbank gösterilebilir. Tümüyle kamu hizmeti gören iş sahibi sınıfına da Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü ve Karayolları Genel Müdürlüğü örnektir (Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 31).

İş sahibi de iş ortaklıkları veya gruplaşmış müesseseler şeklinde karşımıza çıkabilir. Örneğin hidroelektrik santral yapımı gibi büyük kapsamlı ve birden fazla kurumun çalışma alanı kapsamına giren işlerde bu idarelerin bir araya gelerek iş sahibi sıfatını kazanması mümkündür.

BİRİNCİ BÖLÜM

MÜTEAHHİDİN İNŞAATIN TESLİMİNE KADAR OLAN BORÇLARI VE BUNLARDAN DOĞAN SORUMLULUK HALLERİ

I. GENEL OLARAK

Çalışmamıza model alacağımız büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde, işlerin aksamadan yürümesi ve her bir kısmî edimin süresinde, noksansız ve ayıptan arî olarak yerine getirilmesinin sağlanması ancak iyi bir organizasyon ile mümkündür. Yapı işine katılan teknik kişilerin çokluğu ve kısmî edimler arasındaki işlevsel bağ inşaat sözleşmesinin ifasında yapı işlerine özgü birtakım esasların göz önünde bulundurulmasını gerektirir⁸¹.

İnşaat sözleşmesinde inşa eserinin tamamlanarak teslimi belirli bir süreyi gerektirir. İfa amacıyla geçirilen bu sürede müteahhidin, inşaatın tamamlanmasını önleyecek her türlü tehlikeye karşı önlem almasında iş sahibinin menfaatinin bulunduğu açıktır. Sözleşme konusu eserin tamamlanması ve teslimi için müteahhidin nasıl bir davranış biçimi sergilemesi gerektiği dürüstlük kuralına göre tayin edilebilir⁸². Bununla birlikte ifaya giden süreçte iş sahibine de belirli davranış vecibeleri yüklenebilir⁸³.

İnşaat sözleşmesinin ifası, müteahhidin sözleşme konusu inşa eserinin tamamlanarak teslimi ve bunun karşılığında iş sahibinin ücret ödemesi ile mümkündür. Böylece müteahhidin bir inşa eseri meydana getirme ve teslim olmak üzere iki aslî borcu bulunmaktadır. Bununla birlikte müteahhidin bu iki

⁸¹ Seliçi, **a.g.e.**, s. 19.

⁸² Seliçi, **a.g.e.**, s. 19.

⁸³ İş sahibinin borçları içerisinde daha önce değinilen ücret ödeme borcu (bkz. I. Bölüm, II, D) yanında taahhüt edilmiş olması durumunda, inşaat malzemesini sağlamak, sağladığı malzemenin ya da onarılacak inşaatın eski projesinin kendisince bilinen ve müteahhidin gözüne çarpmayacak tehlikeli veya işi etkileyecek diğer niteliklerine ilişkin olarak müteahhide bilgi vermek, inşa eserinin tesliminden sonra ayıplı olup olmadığını muayene etmek, ayıp mevcutsa bunu müteahhide ihbar etmek ve gerek bulunması halinde yer tesliminin zamanında gerçekleştirilmesinde müteahhitle işbirliği yapmak sayılabilir (Kaplan, **a.g.m.**, s. 125; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 223 vd.).

ana borçtan doğan, bu borçların akde ve tarafların menfaatlerine en uygun surette ifasını sağlayan diğer birtakım borçları da bulunmaktadır. Öğretide, özen yükümlülüğünden çıkarılan bu tür borçlara “yan borçlar” veya “özen borçları” da denilmektedir⁸⁴.

Her somut olayın özelliklerine göre farklılık gösterebilen yan borçlar, sözleşme ile açıkça belirlenmiş olabileceği gibi kanundan da çıkarılabilir. Zira, gerek İsviçre gerek Türk Borçlar Kanunu’nda gerekse FIDIC kurallarında bu tür yan borçlara açıkça yer veren hükümler bulunmaktadır⁸⁵.

İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin sorumlu olduğu davranış borçlarını belirlerken öncelikle üzerinde durulması gereken husus, inşaat işinin teknik bir iş, müteahhidin de bir teknik adam olduğudur⁸⁶. Teknik işi yapmayı üstlenen müteahhit, bu teknik işe ilişkin “yapı tekniği kuralları”nı ve aynı zamanda “meslek borcu” olarak da nitelendirilebilen davranış borçlarını bilmek durumundadır⁸⁷. Sözleşme ile üstlenilen işin müteahhidin meslek çevresince olağan olarak bilinen ve uygulanan yapı tekniği kurallarını bilmek ve bunlara uygun davranmak müteahhidin sorumluluğundadır ve inşaat sözleşmesinde risk dağıtımı müteahhidin bu hususları bildiği varsayımı ile yapılır⁸⁸.

Borçlar Kanunu açısından müteahhidin borçları, işin teslimine kadar olan yani iş görme ediminin iyi surette ifasına, sözleşme konusu inşa eserinin akde uygun meydana getirilmesine ilişkin borçlar ve işin teslimine bağlı olan borçlar olmak üzere iki gruba ayrılabilir⁸⁹. FIDIC kuralları açısından ise müteahhidin borçlarını işe başlamadan önce, işin ifası süresince ve iş tamamlandıktan sonra olmak üzere üç aşamaya ayırarak incelemek mümkündür.

⁸⁴ Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Vedat Yayınevi, 1975, s. 302; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 48.

⁸⁵ Bunlara örnek olarak İBK, m. 365/II-III, 369; BK, m. 357/II-III, 361; FIDIC, m. 4.1, 4.4 gösterilebilir.

⁸⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s. 20.

⁸⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s. 21.

⁸⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s. 21.

⁸⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 48; Bunni, **a.g.e.**, s. 223.

FIDIC Kuralları'nın 4.10. maddesi ile düzenlenen ve işe başlamadan önce müteahhit açısından en önemli olan borç, inşaatın yapılacağı sahanın incelenmesidir. Anılan madde uyarınca müteahhit, yükleneceği işe ilişkin olarak teklifini sunmadan önceki süreçte (pre-tender period) sahayı yani işyerini ve çevresini incelemiş, burada işin yürütümü ve şartlarına, coğrafi koşullara ilişkin olan gerekli bilgileri elde etmiş, teklifini etkileyecek bütün risk ve koşullar hakkında gereken bilgiyi edinmiş sayılacaktır⁹⁰. İş sahibi, sahaya ilişkin olarak eldeki bütün bilgileri müteahhide temin eder. Ancak bu bilgilerin yorumlanmasından müteahhit sorumlu tutulur. Bununla birlikte müteahhit, teklifini verirken kendisine verilen bilgiler doğrultusunda işin ifasını etkileyebilecek her türlü riski, olağanüstü halleri göz önünde bulundurmakla yükümlüdür ve teklifini bu koşullar altında vermiş kabul edilir⁹¹.

BİGŞ ile de müteahhidin işe ilişkin teklifini verirken olağanüstü halleri göz önünde bulundurması gereği kabul edilmiş ve bu yönde açık bir düzenleme olmamakla birlikte müteahhidin bu halleri göz önünde bulundurarak teklifini vermesini gerektiren düzenlemelere yer verilmiştir⁹².

II. MÜTEAHHİDİN İFA İMKÂNSIZLIĞINA VE HASARA İLİŞKİN SORUMLULUĞU

Sözleşme ile üstlenilen işin ifasının imkânsızlaşması ile henüz tamamlanmamış eserde hasar meydana gelmesi durumlarını birbirinden ayrı değerlendirmek gerekmektedir⁹³.

⁹⁰ Akıncı, **a.g.e.**, s. 34; Bunni, **a.g.e.**, s. 223; Sawyer, Gillott, **FIDIC Conditions**, s. 28.

⁹¹ Bunni, **a.g.e.**, s. 223; Sawyer, Gillott, **FIDIC Digest**, s. 8.

⁹² Örneğin, BİGŞ'nin 19 uncu maddesi ile keşif ve sözleşmede öngörülmemiş olan iş artışı ya da eksilişinin zorunlu hale gelmesi durumunda müteahhidin keşif bedelinin %30'una kadar olan değişiklikleri sözleşme ve şartnamedeki (süre hariç) mevcut hükümler çerçevesinde yapmakla yükümlü olduğu kabul edilmiştir.

⁹³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 330. Hasarın kime ait olacağı sorunu ve ifa imkânsızlığı konusu ayrı bir inceleme konusu teşkil edeceğinden bu çalışmada müteahhidin sorumluluğu kapsamına girdiği ölçüde yer verilecektir.

A. İfa İmkânsızlığı Halinde Sorumluluk

1. Genel Olarak

İnşaatın tamamlanmasını ve teslimini kesin olarak engelleyen bir durumun ortaya çıkması halinde inşaat sözleşmesinin ifasının imkânsızlığından söz edilir⁹⁴. İşin ifasının karmaşık hale gelmesi veya işçi ve malzeme ücretlerindeki artışlar imkânsızlık olarak değerlendirilemez. İmkânsızlık, fiilî yahut hukukî nedenlerden kaynaklanabilir. Hukukî bir nedenden kaynaklanan imkânsızlık haline eserin tamamlanması için mutlaka kullanılması gereken bir maddenin ithalinin yasaklanması örnek gösterilebilir⁹⁵. Fiilî imkânsızlık ise doğal afetler gibi çeşitli zorlayıcı nedenlerden kaynaklanabilir.

Borçlar Kanunumuzda inşaat sözleşmesinde müteahhidin sorumlu tutulacağı ifa imkânsızlığına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşılık müteahhidin meslekî rizikosu dışındaki olağanüstü haller nedeniyle masrafların aşırı derecede atmasına (BK m. 365/2), yapılmakta olan eserin yok olması veya hasara uğramasına (BK m. 368) ve eserin meydana getirilmesinin müteahhidin yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesine ilişkin bazı kurallar bulunmaktadır.

Sözleşme konusu olan inşaatın meydana getirilmesini sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra imkânsızlaştıran hallere ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, bu şekilde bir imkânsızlık halinde Borçlar Kanunu'nun borca aykırılığa ilişkin genel hükmü olan 96. maddesi

⁹⁴ Borçlar Kanunu ile sözleşmenin kuruluşunda edimin imkânsız olması ve sözleşmenin kuruluşundan sonra edimin imkânsızlaşması ile bunlara bağlı hukukî sonuçları birbirinden ayırmaktadır. BK m. 20 gereğince edim başlangıçta objektif olarak imkânsızsa sözleşme hükümsüz sayılacaktır. Buna karşılık sadece borçlunun kişisel durumu dolayısıyla edimi yerine getirememesi (subjektif imkânsızlık) halinde sözleşme geçerli olarak kurulur ve borçlu edimi yerine getiremezse kusurlu olup olmamasına göre sonraki imkânsızlık hükümlerine tâbi olur. BK m. 96 gereğince, sonraki imkânsızlıktan borçlu kusuru sebebiyle sorumlu ise imkânsızlık dolayısıyla karşı tarafın müspet zararını tazminle yükümlüdür (Seliçi, **a.g.e.**, s. 44).

⁹⁵ Akıncı, **a.g.e.**, s. 34, dn. 87.

uygulanacaktır⁹⁶. Buna göre müteahhit, iş sahibinin inşaatın meydana getirilememesinden kaynaklanan müspet zararını tazmin etmek ile mükelleftir. Burada karşımıza çıkan kusurlu imkânsızlıktır. Müteahhidin BK m. 96 gereğince sorumluluğunu belirlerken yapı tekniği kurallarını ve uygulanacak mevzuatı bilmek ile mükellef olduğu göz önünde tutulur⁹⁷. Teknik kurallara aykırı davranış müteahhidin kusurunu oluşturur.

Müteahhidin kusurlu objektif imkânsızlığına uygulamada ender rastlanır. Zira inşaat işleri açısından objektif imkânsızlığın gerçekleşmesi zordur. Üzerinde inşaat yapılan yer var olduğu ve inşaat yapılması mümkün olduğu sürece imkânsızlıktan söz edilemez⁹⁸. Müteahhidin yapmış olduğu inşaatın kendi kusuru ile yıkılması halinde dahi müteahhit, aynı yere tekrar inşaat yapmak ile yükümlüdür, bu durum sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle sona ermesini gerektirmez.

FIDIC kurallarının 17.3. maddesi ile bu kurallar esas alınan işlerde imkânsızlık olarak nitelendirilebilecek hallere yer verilmiştir⁹⁹. Bu çeşit imkânsızlıkların ortaya çıkması halinde müteahhit, eseri teslim borcundan kurtulacaktır.

⁹⁶ Borçlar Kanunu’nun 96. maddesi gereğince; “Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur”.

⁹⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s. 47.

⁹⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s. 47.

⁹⁹ FIDIC kurallarının 17.3. maddesinde düzenlenen imkansızlık halleri şunlardır;

“ (a) Savaş, düşmanca filler (savaş ilanı olsun olmasın), istilâ, yabancı düşmanların fiilleri,
 (b) İsyân, ihtilâl, ayaklanma veya askerî darbe ya da iç savaş,
 (c) İyonize radyasyon ya da bir nükleer yangından, radyoaktif toksit patlayıcıdan çıkan nükleer yakıt veya nükleer atıkların veya patlayıcı nükleer santrallerin veya nükleer madde-lerin veya diğer tehlikeli maddelerin sebep olduğu radyoaktif kirlenme,
 (d) Ses hızında veya sestten hızlı hareket eden uçakların veya diğer hava araçlarının sebep olduğu basınçlı hava dalgaları,
 (e) Münhasıran müteahhidin veya müteahhit taşeronlarının elemanlarından kaynaklan-madıkça, her türlü isyan karışıklık ya da düzensizlik,
 (f) Sözleşme ile öngörülen hallerin haricinde işveren tarafından kalıcı işlerin herhangi bir kısmı veya parçasının kullanılmasından ya da işgal edilmesinden kaynaklanan zarar,
 (g) İşlerin projelendirilmesinden kaynaklanan zarar,
 (h) Normal olarak deneyimli ve basiretli bir yüklenicinin önlem almasının beklenemeyeceği doğal afetler” (Akıncı, **a.g.e.**, s. 34-35, dn. 88).

2. Müteahhidin Şahsını İlgilendiren Bir İmkânsızlık Nedeniyle Borcun İfa Edilememesi

Sözleşmeye konu inşaatın icrasına engel teşkil eden husus, müteahhidin kusuru olmaksızın ortaya çıkan imkânsızlık ise Borçlar Kanunu’nun 117. maddesi gereğince müteahhit borcundan kurtulur¹⁰⁰. BK m. 371 gereğince, inşaat sözleşmesi müteahhidin Őahs  nitelikleri göz önünde bulundurularak yapılmış ise, müteahhidin ölümü yahut kusuru bulunmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda BK m. 117 anlamında imkânsızlık söz konusu olacaktır. Bu durumda işin o zamana kadar tamamlanan kısmının kullanılması mümkün ise, iş sahibi onu kabul ve o oranda ücret ödemekle yükümlüdür (BK m. 371/II).

Sözleşmenin müteahhidin Őahs  niteliklerinin  n pl nda tutularak yapılmış olup olmadığı tarafların sözleşmedeki iradelerinden ya da sözleşme konusu işin niteliğinden anlaŐılacaktır¹⁰¹.

BİGŞ’nin 49 uncu maddesinde müteahhidin ölümü halinde sözleşmenin akıbetine ilişkin olarak özel bir düzenlemeye yer verilmiŐtir¹⁰². BİGŞ m. 49’a göre; “Müteahhidin  l m  halinde iş tasfiye edilir. Yapılmış olan işlerin (47). maddedeki esaslara göre kesin hesabı çıkarılarak müteahhidin kesin teminatı ve varsa diğer alacakları ile birlikte miras larına verilir”. Bununla birlikte miras lardan istekli olanların idare tarafından yeterli görülmesi durumunda, ölüm tarihinden itibaren 30 gün içinde kesin teminat vermeleri Şartı ile sözleşme devredilebilir. Yani burada yine BK m. 371/I’ deki düzenlemeye uygun olarak müteahhidin Őahs   zelliklerinin önem arz etmesi halinde sözleşme sona erecektir.

¹⁰⁰ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1043.

¹⁰¹ Mustafa Reşit Karahasan, **İnşaat İmar İhale Hukuku**, C.1, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997, s. 214; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 333; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1095; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler**, b. 6, Ankara, Beta Yayınları, 2007, s. 456.

¹⁰² Şartnamenin 50. maddesi ile müteahhidin iflası halinde de 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 68. maddesi gereğince sözleşmenin sona ereceği düzenlenmiştir.

3. Müteahhidin, İş Sahibinin Şahsını ve Riziko Alanını İlgilendiren Bir Sebeple Borcunu İfa Edememesi

BK m. 370 gereğince müteahhit, sözleşme ile üstlenilen işin ifası iş sahibi nezdinde meydana gelen bir sebeple imkânsızlaşmış ise BK m. 117'deki sorumluluğundan kurtulur. Bu durumda yapılan işin kıymeti oranında ücretini ve bu ücrete dâhil olmayan masraflarını iş sahibinden talep edebilir. Bununla birlikte iş sahibinin inşaatın icrasını engelleyen olgunun ortaya çıkmasına ilişkin kusuru bulunması durumunda, müteahhidin bu nedenle uğradığı zararın tazminini istemesi de mümkündür.

İş sahibinin şahsını ilgilendiren ve onun tehlike alanı içerisinde gerçekleşen kazanın objektif nitelikte olması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰³. Bir başka görüşe göre ise sadece objektif imkânsızlık hallerinde değil, sözleşmenin devamının iş sahibinden beklenemeyeceği, onun için katlanılmaz bir hal alacağı subjektif imkânsızlık hallerinde de BK m. 370 hükmü uygulanabilmelidir¹⁰⁴.

BK m. 370/I'in sadece tamamlanmış eserler için mi uygulanacağı, yoksa tamamlanıp da teslimi henüz gerçekleşmemiş eserler için de mi uygulanacağı tartışmalıdır¹⁰⁵. Bizim de katıldığımız, çoğunlukla kabul gören görüş gereğince bu hüküm, tamamlanıp da teslimi imkânsız hâle gelen eserler için de uygulanabilir¹⁰⁶.

¹⁰³ İş sahibinin nezdinde ortaya çıkan ifa engellerine iş sahibinin maliki olduğu arsanın toprak kayması veya zelzele gibi sebeplerle yok olması, parçalanması, daimî su altında kalması, kamulaştırılması, iş sahibinin önerdiği yapı sistemine yetkili makamların izin vermemesi veya sonradan konulan bir inşaat yasağının konulması örnek gösterilebilir (Becker, **a.g.e.**, s. 644; Karahasan, **a.g.e.**, s. 211; Seliçi, **a.g.e.**, s. 51; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 328; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1092).

¹⁰⁴ Yavuz, **a.g.e.**, s. 455. Bu hallere örnek olarak iş sahibinin iflası ve borç ödemediği aczi gösterilebilir.

¹⁰⁵ Tartışmalar hakkında bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 327.

¹⁰⁶ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1092; Yavuz, **a.g.e.**, s. 455. BK m. 370/I'in uygulama alanına giren durumlarda taraflar arasındaki sözleşmenin kendiliğinden mi yoksa iş sahibinin fesih beyanı ile mi sona ereceği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

B. Hasara İlişkin Sorumluluk

Müteahhidin sözleşme ile üstlenmiş olduğu inşaatın tesliminden önce hasara uğraması durumunda meydana gelen hasardan kimin sorumlu olacağı sorunu BK'nın 368. maddesinin birinci fıkrası ile düzenlenmiştir. Buna göre; “Yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyesini isteyemez. Bu takdirde, telef olan malzeme kime ait ise hasarı da ona aittir”. Kısaca belirtmek gerekirse teslimden önce inşaatın hasara uğraması ve telef olması riski müteahhidin üzerindedir. Bu, müteahhidin edim sonucu sorumluluğunu üstlenmiş olmasının bir sonucudur¹⁰⁷.

Böylece ferdi ile belli olan bir eser tamamlanıp da teslimden önce ya da tamir veya işlenmek üzere müteahhide bırakılan eser teslim edilmeden önce taraflara isnadı kabil olmayan bir nedenden dolayı telef olursa, müteahhit açısından kusursuz ifa imkânsızlığı söz konusu olur ve müteahhidin borcu BK m. 117 gereğince sona erer¹⁰⁸. Buna ilişkin hasar, BK m. 117/II'nin birinci cümlesi ve BK m. 368/I gereğince müteahhide ait olur. Yani müteahhit, sözleşme ile üstlenmiş olduğu yükümlülüklerinden kurtulmuş olur ve fakat bununla birlikte ücret alacağını ve masraflara ilişkin alacağını da kaybeder.

İnşaat sözleşmesi ile üstlenilen işin tamamlanması ihtimali olan ve bunun mümkün olduğu hallerde inşaat tamamlanmadan önce kaza sonucu telef olursa, kusursuz imkânsızlık ve buna ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olmaz. Yani sözleşme ile kararlaştırılan niteliklere uygun bir yapının inşa edilmesi imkânı mevcut olan hallerde artık imkânsızlıktan söz edilemez.

BİGŞ'ye tâbi işlerde şartnamenin 24. maddesi gereğince “olağan üstü haller ve doğal afetlerin işyerlerinde ve yapılan işlerde meydana getireceği hasar ve zararlar 7. maddede belirlenen sigorta kapsamında bulunduğundan

¹⁰⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s. 63.

¹⁰⁸ Karahasan, **a.g.e.**, s. 42; Yavuz, **a.g.e.**, s. 453.

müteahhit, bu hasar ve zararlar için İdareden hiç bir bedel isteyemez". Burada müteahhidin meydana gelen hasar ve zararlar dolayısıyla ancak ek süre isteme hakkının bulunduğu ifade edilmiştir.

Şartnamenin 24. maddesinin ikinci fıkrasında savaş, yurt içinde seferberlik, ayaklanma, iç savaş ve bunlara benzer olaylar veya bir nükleer yakıttan kaynaklanan radyasyonlar ve bunların gerektirdiği önlemler sonucunda meydana gelebilecek riskler ile idarenin işlerin tamamlanmış kısımlarını teslim alarak kullanmasından dolayı bu kısımlarda doğacak risklerin idareye ait olacağı düzenlenmiştir.

FIDIC kuralları ile de hasara ilişkin sorumluluğa ilişkin genel kurallara yer verilmiş, müteahhidin hasara ilişkin sigorta yaptırması gerektiğine¹⁰⁹, müteahhidin sigorta tarafından karşılanmayan ya da sigortadan tahsil edilmeyen hasar ve zararlardan da sorumlu olduğuna değinilmiştir. FIDIC kuralları gereğince müteahhit, istisnalar hariç¹¹⁰, kusuru ile yahut kusuru dışında ortaya çıkan her türlü zararı tazmin ile yükümlüdür. Buna göre kabul mektubunun verilmesine kadar meydana gelecek hasar müteahhide ait olacaktır. Kabul mektubunun verilmesinden sonra ise meydana gelecek hasarlar iş sahibinin sorumluluğundadır ve bu halde müteahhit yine tam ücrete hak kazanacaktır.

¹⁰⁹ FIDIC kurallarının 18.2. maddesi gereğince müteahhit, işlerde kullanılan malzeme ve demirbaşları sigortalamakla yükümlüdür. Ayrıca müteahhit, sözleşmenin ifasından kaynaklanan her türlü ölüm veya yaralanma ya da maddi hasarlardan kaynaklanan sorumluluklar için, kendinin ve iş sahibinin adına müşterek bir sigorta yaptırmak zorundadır. Müteahhidin sözleşme gereğince sigorta yapmakta ve primlerini yatırmakta temerrüde düşmesi halinde, iş sahibi bu sigortayı yaptırabilir ve prim tutarlarını müteahhitten talep edebileceği gibi, müteahhide yapılacak ödemelerden de mahsup edebilir.

¹¹⁰ FIDIC kurallarının 18.3. maddesi ile müteahhidin hasara ilişkin sorumluluğunun istisnaları düzenlenmiştir. Anılan madde gereğince, işlerin sözleşme uyarınca gerçekleştirilip tamamlanması veya kusurlarının giderilmesinin kaçınılmaz sonucu olarak meydana gelecek hasar müteahhidin sorumluluğu dışında kalmaktadır.

III. İNŞAATIN TESLİMİ VE TESLİMDE GECİKMEDEN DOĞAN SORUMLULUK

A. Müteahhidin Sorumluluğu Açısından Teslim Kavramı

İnşaat sözleşmesinde müteahhidin aslî edimi, inşa eserinin zamanında ve eksiksiz olarak meydana getirilmesi ile teslim edilmesidir¹¹¹. Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde ve Türk Borçlar Kanunu tasarısının 470. maddesinde sadece eserin meydana getirilmesinden söz edilmektedir. Ancak teslimden bahseden birçok madde bulunması dolayısıyla müteahhidin eserin meydana getirilmesi yanında teslimini de aslî olarak üstlenmiş olduğuna ilişkin tereddüt yoktur¹¹².

Teslim, tamamlanan yapı eseri üzerinde fiilî iktidarın ifa amacı ile iş sahibine veya onun yetkilendirdiği kişiye geçirilmesi veya inşaatın kullanmaya hazır halde olduğunun bildirilmesidir¹¹³. Sözleşme konusu olan iş taşınır bir eser imal veya inşasını öngörüyorsa, teslim, zilyetliğin geçirilmesi suretiyle sağlanır. Ancak, iş sahibine ait arsa üzerinde meydana getirilen yapı işlerinde zilyetliğin geçirilmesinin yerini, kural olarak müteahhit tarafından eserin tamamlandığının iş sahibine açık ya da örtülü biçimde bildirilmesi alır¹¹⁴. Müteahhit, işin tamamlandığını açıkça bildirebilir. Bununla birlikte işi, gözle görülür bir şekilde tamamlamış ve iş sahibinin üzerinde tasarruf edebileceği bir hale getirmişse örtülü bildirmeden de söz edilebilir.

Teslim borcunun bildirim ile yerine getirildiği hallerde iş sahibinin sözleşme konusu inşaat üzerinde egemenliğini gereği gibi sürdürmesi

¹¹¹ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku: Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 354.

¹¹² Borçlar Kanunu m. 358/1'de "...teslim için tayin edilen zaman...", m. 329/1'de "...imal olunan şeyin tesliminden sonra...", m. 360/1'de "...iş sahibi, o şeyi kabulden...", m. 362'de "...sarahaten veya zımnen kabulü...", m. 363/2'de "...tesellüm zamanından..." şeklinde yer alan düzenlemelerden kanunun eserin teslimini aslî edim olarak gördüğü açıkça anlaşılmaktadır. (Seliçi, **a.g.e.**, s. 19; Tandoğan, **a.g.e.**, Özel Borç İlişkileri, s. 124).

¹¹³ Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 49; Seliçi, **a.g.e.**, s. 35.

¹¹⁴ Hasan Seçkin Ozanoğlu, "İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezaî Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları", **GÜHFD**, Haziran – Aralık, cilt III, sayı 1-2, 1999, s. 67; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 125.

sağlanmış olmadıkça (yapının anahtarının teslimi gibi) ya da egemenliği kısıtlayıcı durumlar ortadan kaldırılmadıkça (inşaat iskelesinin sökülmesi, kullanılan araç ve gerecin kaldırılması gibi) teslim borcu sadece bildirim ile yerine getirilmiş sayılmaz¹¹⁵.

Yapı eseri tamamlandığı halde iş sahibine teslimi gerçekleşmemişse müteahhidin sorumluluğu devam eder¹¹⁶. Tamamlanmış ve teslim hazır hale getirilmiş inşaatın (ya da bağımsız bölümün) iş sahibine teslim edildiği hususu bir hukukî fiil olması sebebiyle tanıkla ispat olunabilir.

Teslim müteahhit açısından, teslim alma (tesellüm) ise iş sahibi açısından gerçekleşen hukukî kavramlardır. İş sahibi, tamamlanmış yapı eserini müteahhidin bildirimine rağmen teslim almaktan kaçınırsa alacaklının temerrüdü söz konusu olur. Bunun için kural olarak ön şart eserin sözleşmeye uygun olarak tamamlanmış olmasıdır. Bununla birlikte bazı cüz'i şeylerin eksik yahut tamamlanmamış olması halinde tesellümden kaçınma TMK m. 2'ye aykırılık teşkil edeceğinden teslim gerçekleşmiş sayılmalıdır¹¹⁷. Ancak taraflar, sözleşmeye koyacakları bir hüküm ile eserin tesliminin gerçekleşmesini, tamamlanmış olmasından başka şartların varlığına da bağlayabilirler.

İnşaat sözleşmesi açısından teslim alma kabul anlamı taşımaz¹¹⁸. Kabul teslim almadan farklı olarak bir irade beyanıdır¹¹⁹. Zira inşaatın sözleşmeye uygun meydana getirilip getirilmediğinin muayenesi ancak iş sahibinin eseri teslim alması ile mümkün olacaktır. Borçlar Kanunu'nun 362. maddesine karşılık gelen İsviçre Borçlar Kanunu'nun 370. maddesinde "teslim edilen eser iş sahibi tarafından açıkça ya da zımnen kabul edilirse..." denmekle de

¹¹⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 127; Karahasan, **a.g.e.**, s. 255.

¹¹⁶ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 685.

¹¹⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s. 40; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 126. Bu tarz eksikliklere örnek olarak tamamlanmış bir binada bir yerin musluğunun takılmaması gösterilebilir.

¹¹⁸ "Buna karşılık bazı yazarlar (Gautschi ve Dürr) teslim almanın sadece bir fiilî iktidarı elde etme sonucunu değil, aynı zamanda borcun gereği gibi ifa edilmiş olduğunu beyan olarak da kabul etmek istemekte ve böylece teslim almayı BK'nın 362. maddesindeki kabul (veya İsviçre kaynak metnindeki ifadesi ile muvafakat) kavramı ile eş tutmaktadırlar" (naklen, Seliçi, **a.g.e.**, s. 35-36).

¹¹⁹ Eren, **Müteahhidin Borçları**, s. 73.

iki kavram arasındaki farklılık açıkça ortaya konulmuş olmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 362. maddesi anlamında kabul, işin sözleşmeye uygun olarak ve gereği gibi yerine getirildiğinin iş sahibince açık ya da örtülü beyanıdır¹²⁰. FIDIC kurallarında ve BİGŞ'nde geçici (muvakkat) kabul ve kesin (kat'i) kabule ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

BİGŞ m. 27 gereğince ihale edilen işin, sözleşme ile belirlenen zamanda tamamlanıp geçici kabule elverişli bir biçimde teslim edilmesi sözleşmenin en önemli şartlarından biridir. Şartnamenin 41 ve 44. maddeleri nde teslim etme, teslim alma ve kabul hakkında ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

BİGŞ'nin 41. maddesi ile düzenlenen geçici kabul, tamamlanan eserin teslimi anlamına gelmektedir. "Geçici Kabul" başlıklı 41. madde uyarınca sözleşme konusu iş tamamlandığında, müteahhit idareye vereceği bir dilekçe ile geçici kabul isteğinde bulunacaktır. Yapılan işler idarece verilecek talimat üzerine kontrol edecek teknik kişiler (kontrol teşkilatı) tarafından ön incelemeden geçirilir. Ön inceleme sonucunda işin taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olarak tamamlandığı ve kabul işlemlerinin yapılmasında bir sakınca bulunmadığı anlaşılırsa Muayene ve Kabul İşlemlerine İlişkin Yönetmelik¹²¹ gereğince geçici kabul heyeti oluşturulur.

Geçici kabulün yapılabilmesi için işin noksansız olarak tamamlanmış olması yahut noksan varsa kusurlu ve eksik kısımların bedelleri toplamının işin tamamına ait bedelin yüzde beşini aşmaması ve bu noksanların inşaatın

¹²⁰ 26.04.1985 tarihinde 85/9453 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilen ve 10.06.1985 tarihli resmî gazetede yayınlanan "Muayene ve Kabul İşlerine Ait Yönetmelik"'in 1. maddesinde geçen "...teslim edilen mal, hizmet, yapım veya yapılan işin muayene ve kabul işlemleri..." ifadesi ile Devlet İhale Kanunu anlamında da teslim ve kabul kavramlarının ayrı anlamlar taşıdığı açıkça anlaşılmaktadır.

¹²¹ Muayene ve Kabul İşlemlerine İlişkin Yönetmelik, 2886 sayılı kanunun verdiği yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulu'nun 85/9453 nolu ve 26.04.1985 tarihli kararı ile kabul edilmiş ve 18780 sayılı ve 10.06.1985 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

kullanılmasına engel olmayacak, tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte olması gerekir¹²² (BİGŞ m. 41/4).

Şartnamenin 41. maddesinin yedinci fıkrasına göre geçici kabul tarihi olarak esas alınacak tarih, işin geçici kabule elverişli olarak hazırlandığı tarihtir. Geçici kabul, tamamlanan inşaatın teslim alındığını kanıtlar. Bunun dışında müteahhidin sorumluluğu açısından herhangi bir etkisi bulunmamaktadır¹²³. Zira BİGŞ m. 23/1 ile kesin kabul işlemlerinin idarece onaylandığı tarihe kadar üstlenilen işe ilişkin her türlü sorumluluğun müteahhide ait olacağı açıkça düzenlenmiştir. BİGŞ açısından kesin kabul ile muayene ve ihbar süresi sona erer ve bildirilmemiş açık ayıplar açısından müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkar¹²⁴.

FIDIC tip sözleşmesinde de inşaatın teslimi özel usullere tâbi tutulmuştur. FIDIC m. 10.1 uyarınca müteahhit, işlerin tamamının esas itibariyle tamamlanmış (substantially completed) olduğunu yazılı olarak iş sahibine ve mühendise bildirir. İşin esas itibariyle tamamlanmasından kasıt, sözleşme ile üstlenilen işin iş sahibinin kullanması ve yararlanması mümkün

¹²² İşin geçici kabul için arz edildiği zamanda mevcut noksanlar için bedelinin yüzde beşini aşacak olursa yahut inşaatın kullanılmasına engel teşkil edecek nitelikte ise bir geçici kabul zabıtnamesi hazırlanır ve söz konusu eksikliklerin giderimi için müteahhide süre verilir. “Kabul heyeti varsa keşif artışı ile yaptırılan işler de dahil olmak üzere gerçekleştirilen işlerin türünü, niteliğini, sözleşme ve ekleri ile teknik gereklere ve iş sırasında onaylanan değişikliklere uygunluğunu ve kabule hazır olup olmadığını inceler. Bu inceleme sonucunda heyet, nitelikleri yukarıda belirtilen kusur ve eksikliklerin varlığını tespit ederse, kabul tutanağını yapmakla birlikte, gördüğü kusur ve eksikliklerin dökümünü gösterir bir liste düzenler ve bunların giderilmesi için gerekli olan süreyi belirler” (BİGŞ m. 41/5). Ancak özellikle büyük ve karmaşık inşaat tekniği gerektiren işlerin geçici kabul süresi içinde şartnameye ve teknik kurallara uygunluğunun denetlenmesi mümkün olmayabilir. Bu nedenle geçici kabul belgesine ekli listede gösterilip, tamamlanması istenen kusur ve eksikliklerin dışındaki bozuklukların varlığı BİGŞ m. 42 ile getirilen teminat süresi içerisinde, yani geçici kabulden kesin kabule kadar olan süre içerisinde belirlenirse bu eksiklik ve bozukluklardan müteahhit sorumlu olacaktır (BİGŞ m. 43).

“Kabul heyetinin tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede müteahhit tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmede gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranı tutarında ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir. Ancak bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde İdare, Müteahhit hesabına eksikliklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir” (BİGŞ m. 41/6).

¹²³ Seliçi, **a.g.e.**, s. 38.

¹²⁴ BİGŞ m. 44 gereğince kesin kabul, geçici kabulün tâbi olduğu usul ve yöntemle yapılır.

olacak şekilde bitirilmiş olmasıdır¹²⁵. Mühendis bu bildirinin kendisine ulaşmasını izleyen 28 gün içerisinde işin geçici kabule uygun bulunması halinde bir geçici kabul belgesi (taking over certificate) düzenleyerek müteahhide ve iş sahibine verir. Geçici kabulü istenen inşaatda geçici kabule engel eksiklik ve bozuklukların bulunması durumunda mühendis bu eksiklikleri içeren bir yazı hazırlar ve bunu müteahhide iletir. Müteahhit, inşaatdaki eksiklik ve bozuklukları gidermesi ve bunu bildirmesi durumunda kusurları giderdikten sonraki 28 gün içinde geçici kabul belgesi almaya hak kazanır.

İç hukukumuzdaki uygulamaların aksine FIDIC kuralları ile işin tamamlanma seviyesi mühendisin kanaatine göre tespit edilir. Geçici kabul işlemlerini iş sahibinin kuracağı bir heyet değil, doğrudan mühendis kendi elemanları ile yapacaktır¹²⁶.

Geçici kabul belgesinin tarihi FIDIC kuralları esas alınan sözleşmeler açısından teslim tarihidir ve bununla kesin kabul dönemi başlar (FIDIC m. 10).

Geçici kabul belgesinin verilmesi açısından işin bir kül olarak kabulü ve tamamının 10 uncu maddeye uygun hale getirilmiş olması esastır¹²⁷. Ancak FIDIC kurallarının 10.2. maddesi ile bölümlerin ve kısımların da sözleşmede ayrı bitirme süresi öngörülmüş olması halinde teslimine imkân tanınmıştır. Buna göre sözleşmede belirli bölümler için ayrı bitirme süreleri var ise (FIDIC m. 10.2 (a)) ya da bitmeden iş sahibi tarafından kullanılmış kısımların (FIDIC m. 10.2 (b)) varlığı halinde mühendis, müteahhidin talebi üzerine (FIDIC m. 10.2 (c)) bu bölüm ve kısımlar için geçici kabul belgesi düzenleyebilir.

¹²⁵ Edward C. Corbett, **FIDIC 4th - A Practical Legal Guide**, London, FIDIC, 1991, s. 113.

¹²⁶ Türegün, **a.g.m.**, s. 284.

¹²⁷ Türegün, **a.g.m.**, s. 283.

FIDIC kuralları uyarınca inşaatın kısmen teslimi (m. 10.2) ya da kararlaştırılan kısımların (m. 10.1) esas itibarıyla mümkündür¹²⁸. Bu halde işveren, yapı eserini kısmî olarak kullanabilecektir.

B. Teslim Yeri

Teslim yeri ilke olarak ifa yerine ilişkin BK m. 73 hükmüne göre belirlenir. Buna göre öncelikle tarafların konuya ilişkin açık ya da örtülü iradelerinin araştırılması gerekir.

İnşaat, belli bir şeye ilişkin olduğu için burada genellikle “aranacak borç” söz konusudur¹²⁹. İnşa eseri meydana getirme şeklinde oluşan iş görme sonucu taşınmazın bulunduğu yerde meydana gelir. Bu nedenle teslim yeri inşaatın bulunduğu yer olmalıdır. Bununla birlikte taşınmazın mütemmim cüzünü veya teferruatını teşkil eden eserler de (makinalar gibi) inşaatın bulunduğu yerde takılmalı ya da teslim edilmelidir¹³⁰.

C. İnşaat Süresinin ve Teslim Zamanının Belirlenmesi

İnşaat sözleşmesinin akdedilmesi ve işe başlanması ile tamamlanarak teslimi arasında bir süreye ihtiyaç vardır. Bu süre sözleşme ile üstlenilen işin büyüklüğü, müteahhidin teknik kapasitesi, işçi, malzeme, finansman gücü, hayatın olağan akışı içerisinde rastlanabilecek aksamalar (hafta tatili, genel tatiller, hava muhalefeti vb. gibi durumlar) göz önünde tutularak belirlenir. Teslim borcu böylece zaman bakımından iş görme borcundan sonra yerine getirilir¹³¹.

¹²⁸ Hök, **a.g.e.**, s. 72.

¹²⁹ Eren, **Müteahhidin Borçları**, s. 73.

¹³⁰ Karahasan, **a.g.e.**, s. 258; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 127-128; Yavuz, **a.g.e.**, s. 472.

¹³¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 128.

Teslim zamanı eserin bütünüyle teslimi borcunun muaccel olduğu ânı ifade eder¹³². Teslimin zamanı genellikle taraflar arasındaki sözleşme ile kararlaştırılır. Bu zaman kesin bir tarih¹³³ yani bir takvim günü olabileceği gibi belli bir olayın gerçekleşmesine bağlı tutulmuş da olabilir. Örneğin tarafların, inşaatın tesliminin, üzerine inşaat yapılacak arsanın teslimi ya da inşaat ruhsatının alınmasından itibaren geçecek belirli bir süre sonunda, bir fabrikanın işletmeye alınması halinde gerçekleşeceğini kararlaştırmaları mümkündür¹³⁴.

Teslim zamanının belirlenmesinde BK'nın 74. maddesi ile getirilen esaslardan hareket edilir. Teslim zamanı sözleşme ile kararlaştırılmamışsa BK m. 74'e dayanarak teslim borcunun sözleşmenin yapılmasının hemen ardından ifası istenemez¹³⁵. Bu durumda müteahhide işin tamamlanması için zorunlu olarak uygun bir süre verilir. Bu süre belirlenirken ticarî hayatın adetlerinin, işin niteliğinin ve tarafların farazî iradelerinin göz önüne alınması gerekir¹³⁶.

Teslim zamanının belirlenmesi açısından işin tamamlanma süresinin tespiti önem arz etmektedir. Kural olarak işin tamamlanması için öngörülen bitim tarihi teslim zamanı olacaktır. İş sahibi açısından işin zamanında yapılması kadar önemli bir başka nokta işin zamanında bitirilmesidir. İşin zamanında bitirilmesi ile iş sahibi inşaatı bir an önce teslim alıp, işletme yahut kullanma imkânına sahip olacaktır. Bununla birlikte işin zamanında bitirilmesi sadece iş sahibinin değil, müteahhidin de menfaatinedir. Zira işin zamanında bitirilmemesi, ödemelerin zamanında yapılması, süreye bağlı giderler, kira,

¹³² Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 69.

¹³³ Teslim zamanı taraflarca kesin bir biçimde bir takvim günü olarak ya da objektif kıstaslara göre belirlenebilecek bir tarih olarak kararlaştırılmış ise BK m. 101/2'de söz edilen "borcun ifa edileceği gün(ün) mütefikân tayin edilmiş" olması durumu ortaya çıkar.

¹³⁴ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 51; Seliçi, **a.g.e.**, s. 66; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 128.

¹³⁵ BK m. 74 gereğince işin hemen tesliminin istenebilmesi ancak mahiyeti gereği çok az bir zamanı gerektiren işlerde mümkündür.

¹³⁶ Becker, **a.g.e.**, s. 607; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 129; Yavuz, **a.g.e.**, s. 472.

faiz gibi masrafların artması ve bunun gibi müteahhidi doğrudan ilgilendiren konuları etkileyecektir¹³⁷.

Teslim tarihinin kararlaştırılmış olduğu hallerde müteahhit öngörülen tarihte teslim ile mükelleftir. Kararlaştırılan sürenin yetersiz olduğu hallerde dahi gecikmeden kaynaklanan sorumluluk müteahhide ait olacaktır. Sözleşme ile kararlaştırılan süreyi kabul etmiş olan müteahhit, öngörülen süre içinde inşaatı bitirmek için gereken önlemleri almak, gerekirse teknik desteğini ve işçi sayısını çoğaltmak, fazla mesaî yaptırmak, gerekli malzemeleri önceden sağlamak ile mükelleftir¹³⁸. Aksi halde müteahhidin normal bir tempoda ve normal bir çaba ve işgücü ile çalıştığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Zira daha önce de belirtildiği gibi müteahhit, yapılan işe ilişkin teklifini verirken ve sözleşmeyi imzalarken deneyimli ve basiretli bir iş adamı gibi davranarak, işin gereği gibi ve süresinde ifasına ilişkin her türlü koşulu ve riski göz önünde bulundurmak zorundadır.

BİGŞ'ye tâbi işlerde müteahhidin şartnamenin 16. maddesi gereğince bir iş programı hazırlayarak bunu iş sahibine onaylatması gerekir. Anılan maddeye göre iş programının hazırlanma ve onaylanma tarihleri sözleşme ve ekleri ile belirlenir¹³⁹. İş programı hazırlanırken resmî tatil günleri ile sözleşmede belirtilmiş olması halinde hava muhalefeti nedeniyle işin devamının mümkün olmadığı günler¹⁴⁰ dışında tüm günlerin çalışılarak geçirileceği esası göz önünde tutulur. Müteahhit iş sahibince onaylanan iş programına aynen uymakla mükelleftir. Ancak zorunlu hallerde idarenin uygun görüşü ile iş programında değişiklik yapılması mümkündür (BİGŞ m. 16/5).

¹³⁷ Akıncı, **a.g.e.**, s. 53.

¹³⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s. 67. FIDIC kurallarında işin ilerleme hızının inşaatın zamanında tamamlanma-sına imkân vermeyecek şekilde yavaş olması halinde müteahhidin gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Aksi halde müteahhidin, mühendisin talimatını yerine getirmemesi dolayısıyla temerrüdünden söz edilir ve bu sözleşmenin feshi sonucuna neden olabilir.

¹³⁹ İşlerin miktarında iş programını etkileyecek düzeyde önemli bir artış ya da idarece onaylanan bir süre uzatımı olması halinde müteahhit, bu hususun kendine tebliğinden itibaren on gün içinde yeni bir iş programı hazırlamak zorundadır (BİGŞ m. 16/6).

¹⁴⁰ Büro çalışmalarına ilişkin program bölümlerinde iklim şartları dikkate alınmaz.

FIDIC kurallarının 8. maddesinde işin süresinde bitirilip bitirilmeye-diğinin tespiti açısından işin ne zaman bitirilmiş sayılacağına da yer verilmiştir¹⁴¹. Anılan düzenleme gereğince, geçici kabul belgesine ilişkin 10 uncu maddeye uygun olarak, işe başlama tarihinden itibaren hesaplanmak üzere işe ilişkin teklifin ekinde yer alan işin tamamına yahut bir bölümüne ait süre içerisinde yahut uzatılan süre içerisinde o bölüm ya da işin tamamı bitirilir. FIDIC kuralları açısından esas olan, işin tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları sürede bitirilmesidir.

İnşaat sözleşmelerinde kararlaştırılan teslim zamanının tek tarafı olarak uzatılması ya da kısaltılması mümkün değildir. Ancak sözleşme ile süre uzatımını gerektiren haller açıkça tespit edilmiş olabilir. BİGŞ ve FIDIC kuralları ile süre uzatımına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

BİGŞ m. 27/2 gereğince müteahhit iş programına uygun hareket etmiş olduğu halde taraflar arasındaki sözleşmede yer alan ve sorumluluğu müteahhide ait olmayan zorunlu nedenlerin ortaya çıkması ile işin zamanında meydana getirilmesi imkânı ortadan kalkmışsa, ortaya çıkan zorunlu nedenler ve yapılacak inşaatın niteliği göz önünde bulundurularak kısmî edimin ya da tüm inşaatın teslim süresi uzatılabilir¹⁴².

FIDIC kurallarının 8.4. maddesinde işin süre uzatımı verilmesini gerektiren hallere açıkça yer verilmiştir. FIDIC kuralları esas alınan inşaat sözleşmelerinde süre uzatımı talepleri, uluslararası yeknesaklığı sağlamak amacıyla sıkı kurallara bağlanmıştır. Süre uzatımında muhtemel haksızlıkların önlenmesi bakımından taleplerin zamanında yapılması ve

¹⁴¹ Akıncı, **a.g.e.**, s. 53.

¹⁴² “Müteahhit, sürenin uzatılmasını gerektiren nedenlerin ortaya çıkışından başlamak üzere on gün içinde, olayların ayrıntılarını ve sonuçlarını ve iş süresinin ne kadar uzatılması gerektiğini, uzatılacak sürenin belirlenmesi o anda mümkün değilse nedenlerini belirten bir yazı ile İdareye başvuracak ve durumun açıklık kazanmasından sonra istediği süre uzatımını da ayrı bir yazı ile derhal bildirecektir. Ancak İdarenin neden olduğu, süre uzatımını gerektiren gecikmelerde müteahhidin başvurusunun on gün içinde yapılması şartı aranmaz” (BİGŞ m. 27/2).

“Zamanında yapılmayan başvurular dikkate alınmaz ve müteahhit başvuru süresini geçirdikten sonra süre uzatımı isteğinde bulunamaz. Zorunlu nedenlerin devamı sırasında yapılacak başvuru, on gün öncesinden geçerli olmak üzere dikkate alınabilir” (BİGŞ m. 27/3).

delillendirilmesi önem arz etmektedir¹⁴³. Buna göre projede bulunmadığı halde yapılan fazladan ve ek işlerin¹⁴⁴, beklenmeyen istisnaî nitelikli olumsuz iklim koşullarının, iş sahibinden kaynaklanan gecikmelerin ve engellerin, müteahhidin kusuru ve sözleşmeye aykırı davranışı olmaksızın ortaya çıkan özel durumların¹⁴⁵ ve FIDIC kuralları ile atıfta bulunulan diğer nedenlerin¹⁴⁶ varlığı halinde süre uzatımı söz konusu olabilecektir¹⁴⁷. Ancak sayılan nedenlerin varlığı tek başına yeterli olmayıp, bunların süre uzatımı hakkı kazandıracak nitelikte olması gerekir.

FIDIC kuralları ile işin zamanında bitirilmesini temin için bazı tedbirler de öngörülmüştür¹⁴⁸. BİGŞ'ye tâbi işlerde olduğu gibi FIDIC kuralları uygulanan inşaat sözleşmelerinde de müteahhit, sözleşme kapsamındaki işlerin ifasına ilişkin bir program hazırlayacaktır. Müteahhitçe hazırlanan bu program mühendisin onayına sunulur. Mühendisin işin yürütümünün programa uygun

¹⁴³ Y.15.HD'nin, 26.02.2001 tarihli ve 2000/4429 E., 2001/1032 K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Mevzuat Bilgi Bankası).

¹⁴⁴ Bu tür fazladan ve ek işler, FIDIC m. 13.1 uyarınca iş değişiklikleri (change orders) kapsamına girmektedir. Anılan madde ile mühendisin ihtiyarında olan ve müteahhidin yerine getirmekle mükellef olduğu sözleşme kapsamındaki iş miktarının azaltılması, artırılması veya bazı işlerden vazgeçilmesi, işin niteliğinin, cinsinin, kalitesinin değiştirilmesi, işin yapımına ilişkin teknik değişiklikler (seviyenin, konumun, hatların, boyutların değiştirilmesi gibi), işin tamamlanması için gerekli ek işler, işlerin yapım sırasının ve zamanlamasının değiştirilmesi değişiklik olarak nitelendirilmiştir. Ancak bunlardan işin miktarının azaltılması ya da bazı işlerden vazgeçilmesi hali ile işin kalitesinin değiştirilmesi halleri kural olarak FIDIC kurallarının 13. maddesinin kapsamı dışında kalacaktır.

¹⁴⁵ Burada esas alınacak olan hakkaniyet gereği süre uzatımı talebinin haklı görüleceği hallerdir. Bu halin mühendis ve hakemler tarafından dar yorumlanması gerektiği savunulmaktadır (Corbett, **a.g.e.**, s. 251).

¹⁴⁶ FIDIC kurallarının birçok maddesi ile müteahhidin süre uzatımı talep edebileceği hallere 8.4. maddeye atıfta bulunmak suretiyle yer verilmiştir. FIDIC kurallarına göre çizimlerdeki gecikme, olumsuz fiziksel engel ve koşullar, işyerinde bulunacak fosiller, eski paralar, kıymetli ve antika eşyalar, arkeolojik açıdan değer taşıyan her türlü yapı enkaz ve kalıntılar, öngörülmemiş bulunan ancak sonradan mühendisçe gerekli bulunan testler, işin durdurulması, sahanın zamanında ya da hiç teslim edilmemesi, yüklenicinin işi durdurması veya çalışma hızını düşürmesi hallerinde süre uzatımı talebi yapılabilir.

¹⁴⁷ Müteahhit, FIDIC kuralları ile belirlenen nedenlerin varlığı halinde, bu nedenin ortaya çıkmasından itibaren 28 gün içerisinde mühendise haber vermelidir (FIDIC m. 20.1(a)). Bu ihbarı takip eden 28 gün içerisinde de süre uzatımı talebine dayanak teşkil eden neden hakkında ayrıntılı bilgi verecektir (FIDIC m. 20.1(b)). Mühendisin buna ilişkin herhangi bir tespit yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilginin hazırlanması için öngörülen 28 günlük süre mühendis tarafından uzatılabilir (FIDIC m. 20.1(b)). Ancak mühendisin ayrıntılı bilginin verilmesi için makul bir süre vermek yetkisi istisnaî hallerin varlığı halinde söz konusudur ve müteahhidin bu istisnaî hallerin gerçekleştiğine ilişkin olarak müteahhidi ikna etmesi gerekmektedir (Corbett, **a.g.e.**, s. 258). İşin uzatılacağı sürenin tespiti yetkisi mühendise aittir. Ancak mühendis, bu yetkiyi iş sahibi ve müteahhit ile yapacağı müzakereler sonucunda kullanır.

¹⁴⁸ Akıncı, **a.g.e.**, s. 56.

olmadığı kanısına varması veya FIDIC m. 13 gereğince sahip olduğu “değişiklikler” konusunda talimat verme yetkisini kullanması halinde programda değişiklik yapılması her zaman mümkündür.

D. Müteahhidin İnşaatın Tesliminde Temerrüdü ve Bundan Doğan Sorumluluğu

Müteahhidin tayin edilen süre içerisinde inşaatı tamamlayarak, noksansız ve ayıpsız bir biçimde teslim edememesi halinde müteahhidin temerrüdünden söz edilir. Müteahhidin teslimde temerrüde ilişkin sorumluluğunda BK m. 101-105 arasında yer alan genel olarak borçlunun temerrüdüne dair esaslar ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ilişkin BK m. 106-108 hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁹. Burada BK m. 358/1 hükmünün doğrudan ya da kıyas yolu ile uygulanması söz konusu olamaz¹⁵⁰.

1. Müteahhidin Teslimde Temerrüdünün Şartları

Müteahhidin teslim borcunu ifada temerrüdünün söz konusu olabilmesi için öncelikle teslim süresinin dolmuş olmasına rağmen yükümlülüğüne objektif olarak aykırı biçimde eseri tamamlamamış veya tamamlanmış eseri teslim etmemiş olması gerekir¹⁵¹. Burada sözleşme ile aksi kararlaştırılmış olmadıkça müteahhidin gecikmede kusurunun bulunması aranmaz. Bununla

¹⁴⁹ Seliçi, **a.g.e.**, s. 69; Karahasan, **a.g.e.**, s. 545; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 130; Yavuz, **a.g.e.**, s. 472. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 25.01.1984 tarihli ve 1/3 sayılı kararı ile de “İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuru ile işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanunu’nun 106-108 maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine, ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun’un 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına...” karar verilmiştir (kararın tam metni için bkz. Karahasan, **a.g.e.**, s. 545-549).

¹⁵⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 130. BK m. 358/1’e göre “Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vâki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir”.

¹⁵¹ Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 74; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 130.

birlikte temerrüde düşmede kusuru bulunması halinde müteahhit, BK m. 102/1 gereğince “kazara vuku bulacak zarardan” yani beklenmeyen haller dolayısıyla edimin imkânsız hale gelmesinden de sorumlu olacaktır. Müteahhit, beklenmeyen hâl dolayısıyla sorumluluğundan teslim borcunu zamanında ifa etseydi dahi teslimin beklenmeyen hâl nedeniyle imkânsızlaşacağını ispatlayarak kurtulabilir¹⁵².

Müteahhidin teslim borcunu ifada temerrüdü için kural olarak iş sahibinin teslim borcunun yerine getirilmesi yönünde ihtarı gerekir. Ancak BK m. 101/2’de belirtilen durumlarda ve BK 107’de belirlenen hallerde ihtar ve mehil tayinine gerek bulunmaksızın temerrüt gerçekleşmiş olacaktır¹⁵³.

İş sahibinin, müteahhidin temerrüdü nedeniyle borçlu temerrüdünün iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü sonuçlarından yararlanabilmesi için BK m. 106 hükümleri çerçevesinde uygun bir mehil tayin etmesi veya ettirmesi gerekir. Aksi halde iş sahibi sadece ifayı talep edebilir. Mehil verilmesine rağmen teslimin gerçekleştirilmemesi halinde BK m. 106/2 uygulama alanı bulacaktır. Mehil tayini ihtarla birlikte yapılabileceği gibi ihtardan sonra da yapılabilir.

2. Müteahhidin Teslimde Temerrüdünün Sonuçları

Müteahhidin inşaatın teslimini süresi içerisinde gerçekleştirilmemesi halinde “müteahhidin temerrüdü”nden söz edilir. Bu durumda iş sahibi BK m. 106’da yer alan seçimlik haklardan birini kullanabilecektir.

¹⁵² Tandoğan, **a.g.e.**, s. 133.

¹⁵³ Yavuz, **a.g.e.**, s. 472-473. BK m. 101/2’ye göre “Borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tespit etmiş ise, mücerret bugünün hitamı ile borçlu mütemerrit olur”. BK m. 107’ye göre ise “borçlunun hal ve vaziyetinden bu tedbirin tesirsiz olacağı anlaşılırsa” (f.1), “borçlunun temerrüdü neticesi olarak borcun ifası alacaklı için fidesiz kalmış ise” (f.2), “akdin hükümlerine göre borç tayin ve tespit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa” (f.3) mehil tayinine gerek yoktur.

a. Gecikmiş İfanın, Gecikme Tazminatının ve Varsa Cezaî Şartın Talep Edilmesi

İş sahibinin, müteahhidi temerrüde düşürmeden, geciken inşaatın tamamlanmasını ve teslimini (gecikmiş ifa) beklemesi mümkündür. İş sahibinin teslim borcunu süresi içerisinde yerine getirmeyen müteahhide uygun mehil verip de bu sürenin sonunda ifadan vazgeçtiğini bildirmemesi iş sahibinin gecikmiş ifayı talep ettiğine karinedir¹⁵⁴. Yargıtay'ın kararlılık kazanan uygulamasına göre, müteahhidin teslim süresinin bitimine rağmen inşaatı tamamlayamaması ve teslimde borcunu yerine getirememesi halinde iş sahibi BK m. 106'daki seçimlik haklarını kullanmaya zorlanamaz¹⁵⁵. Seçimlik haklarını belirli bir süre içerisinde kullanmayan iş sahibinin müterafik (birlikte) kusurundan söz edilemez¹⁵⁶. Ancak aynen ifayı talep eden iş sahibinin, bu talep ve tazminat hakkını iyiniyet kuralları çerçevesinde kullanması gerekmektedir¹⁵⁷. Bu halde iş sahibi, dürüstlük kuralı gereğince makûl bir süre için işin tamamlanmasını bekledikten sonra sözleşmeden dönebilir.

İş sahibinin müteahhidi temerrüde düşürmeyip gecikmiş ifayı talep etmesi müteahhidin gecikmeden kaynaklanan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu halde dahi gecikme tazminatı ve kararlaştırılmış olması halinde cezaî şart talep edilebilir. Müteahhidin gecikme tazminatı ödemeye mahkum edilmesi için kusurlu olması gerekir. Bu nedenle gecikmede BK m. 161/2 hükmü gereğince kusuru olmadığını ispat ederek tazminat borcundan kurtulması mümkündür.

¹⁵⁴ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 128.

¹⁵⁵ Yargıtay 15. HD. daha önce yerleşik içtihatlarında (Örneğin; Y.15.HD. 14.10.1991 tarih ve 1991/4043 E., 1991/4748 K. sayılı kararı) seçimlik hakkın uygun bir süre içerisinde kullanılmayarak beklenmesini müteahhidin zararını artırıcı eylem olarak nitelendirip, müterafik kusur kabul ediyor ise de bu görüşten Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.10.1991 tarihli ve 1991/15-340 E., 1991/491 K. sayılı kararı ile dönülerek bu durumda iş sahibinin kusurundan söz edilemeyeceği benimsenmiştir (Anılan karar metinleri için bkz. Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 711-728).

¹⁵⁶ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 689.

¹⁵⁷ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 130-131.

Uygulamada tarafların genellikle gecikme tazminatı yerine geçmek üzere cezaî şart konusunda anlaşma yaptıkları görülmektedir. Cezaî şartın ödenmesi için müteahhidin kusurunun bulunması gerekmeyeceği kararlaştırılmamış olsa da kural olarak cezaî şartın ödenmesi müteahhidin gecikmede kusurlu olmasına bağlıdır¹⁵⁸. Buna göre inşaat sözleşmesi ile üstlendiği borçlarına aykırı davranan, teslimdeki gecikme nedeniyle sorumlu olan müteahhidin teslim zamanının geçirilmesi ile işleyecek cezaî şartı tam olarak ödemesi gerekir¹⁵⁹.

Cezaî şartın ödenmesi açısından iş sahibinin zararının olup olmaması önem taşımaz. Ancak iş sahibi cezaî şart olarak kararlaştırılan miktardan daha fazla zarara uğramışsa, cezaî şart miktarını aşan kısım için müteahhidin kusurlu olduğunu ispat ederek tazminat talep edebilir¹⁶⁰.

İnşaat sözleşmesi ile taraflar, inşaatın zamanında teslim edilmemesi halinde cezaî şart uygulanacağını kararlaştırmış ise, iş sahibinin gecikmiş ifayı beklemeyip seçimlik haklarından birini kullanmış olması durumunda cezaî şartın uygulanması söz konusu olmayacaktır¹⁶¹.

Cezaî şart uygulamasında bir diğer önemli husus da gecikmiş inşaatın teslimi sırasında iş sahibinin cezaî şart talebine ilişkin ihtirazî kayıt koyması gereğidir¹⁶². Aksi halde BK m. 158/2 gereğince cezaî şart talep etme hakkı düşer. İşin geçici ve kesin kabule tâbi tutulduğu sözleşmelerde teslim zamanı olarak belirlenen geçici kabul zamanında ihtirazî kaydın konması gerekir.

¹⁵⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s.72.

¹⁵⁹ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 132-133; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 135.

¹⁶⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 135.

¹⁶¹ Yargıtay 15.HD.'nin 04.03.1981 tarih ve 1981/414 E., 1981/447 K. sayılı kararı ile de "Sözleşmenin 6. maddesine göre, sözleşmenin belli edilen sürede davalı yüklenici tarafından yerine getirilmemesi halinde öngörülen ceza şartının istenebilmesi için sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak seçimlik hakkının kullanılmaması gerekir. Başka bir deyişle Borçlar Kanunu'nun 158/II. maddesi uyarınca, temerrüde düşen borçludan hem (ifa) ve hem de (cezaî şart) istenmemelidir ki, burada ifaya eklenen (cezaî şarttan) söz edilir. Eğer davacı ifa istemeyip de sözleşmeden dönerse (bozarsa) kararlaştırılan gecikme cezasının ödenmesi artık söz konusu olamaz" ifadesine yer verilmiştir (Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 135-136, dn. 225).

¹⁶² Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 136.

BİGŞ m. 47/1 uyarınca şartnameye tâbi işlerde idarenin müteahhide işi tamamlanması için noter aracılığı ile göndereceği bir uyarı yazısı ile on günden aşağı olmamak üzere süre vermesi mümkündür. Şartnamenin aynı fıkrası ile, verilen sürenin gecikme cezası talebini etkilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Bununla birlikte müteahhit, uyarı yazısı ile verilen tâlimata uymazsa ayrıca herhangi bir ihtar ve ihbara lüzum kalmaksızın sözleşme feshedilir ve Devlet İhale Kanunu'nun 62. maddesi gereğince verilen teminat hazineye irat kaydedilir (BİGŞ m. 47/2-3).

FIDIC kuralları ile getirilen düzenlemede müteahhidin işin tamamını veya bir bölümünü süresi içinde tamamlayamaması halinde gecikilen her gün için teklif ekinde belirlenen miktarda gecikme tazminatı ödemekle yükümlü olduğuna yer verilmiştir (m. 8.7)¹⁶³. Aynı hükümle iş sahibine bu tazminatı müteahhidin hâlihazırda mevcut olan veya doğacak istihkaklarından kesme imkânı tanınmıştır. Ancak, gecikme tazminatının ödenmesi müteahhidi işin tamamlanarak tesliminden ve sair borçlarından kurtarmaz.

b. İfadan Vazgeçip Müspet Zararın Tazmininin Talep Edilmesi

İş sahibi, müteahhide mehil verirken aynı zamanda bu mehilin sonunda teslim borcunun yerine getirilmemesi halinde ifadan vazgeçip müspet (olumlu) zararın tazminini de talep edebilir¹⁶⁴. İş sahibi edimin yerine getirilmesinden vazgeçme ve müspet zararın tazminini talep etme yönündeki iradesini bu şekilde önceden bildirmemiş ise bunu derhal (gecikmeksizin) müteahhide bildirmelidir. Bu durumda sözleşme feshedilmiş olmaz, teslim borcunun yerini tazmin borcu alır¹⁶⁵. Ancak fark teorisinin kabul edilmiş

¹⁶³ FIDIC kuralları ile müteahhidin temerrüdü halinde iş sahibinin hakları gecikmiş ifa ile birlikte cezaî şartın ödenmesini talep etme ve sözleşmeden dönme olarak belirlenmiştir. Yukarıda değinilen süre uzatımı verilmesi gereken hallerin varlığı halinde işin zamanında bitirilmemesi sebebiyle ortaya çıkan haklar ancak verilen ek süre içerisinde de işin tamamlanamaması halinde söz konusu olacaktır.

¹⁶⁴ Dayınlı, **a.g.e.**, s. 139; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 138.

¹⁶⁵ Karahasan, **a.g.e.**, s. 515.

olduğu hallerde zararlarının tazminini talep eden alacaklı kendi edimini yerine getirmekten kurtulmuş olur¹⁶⁶.

Müteahhide inşaatın teslimi için verilen mehilin yararsız kalmış olmasına rağmen iş sahibi, ifaya ihtiyacı var ise birden fazla mehil tayin ederek, bunun sonunda derhal ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep edebilir¹⁶⁷.

Daha önce de belirtildiği üzere BK m. 107'de düzenlenen hallerde mehil tayinine gerek bulunmamaktadır. Bu durumda iş sahibinin müteahhidin temerrüdü üzerine ifadan vazgeçtiğini bildirmesine gerek olup olmadığı hususu tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, müteahhidin kesin olarak ifade bulunmayacağını bildirdiği hallerde ifadan vazgeçme beyanının derhal bildirilmediği savunmasını yapamayacağını kabul etmiştir¹⁶⁸. Zira ifayı kesin olarak yerine getirmeyeceğini beyan eden müteahhide karşı iş sahibinin ifadan vazgeçtiğini bildirmesinin pratikte bir önemi bulunmamaktadır¹⁶⁹.

İş sahibinin talep edebileceği müspet zararın tazmininin konusu ifadaki menfaattir ve bu tazminatın miktarı edimin aynen yerine getirilmesinden vazgeçtiği zamana göre belirlenir¹⁷⁰. Müspet zarar miktarı hesap edilirken, eserin ifasından vazgeçildiği andaki değeri esas alınmalıdır. Eğer müteahhidin temerrüde düşmesinden sonraki ve fakat iş sahibinin ifadan vazgeçmesinden önceki bir zamanda edim konusu şeyin değeri artarsa, iş sahibinin bundan elde edeceği faydayı ispat etmesi kaydıyla aradaki değer artışı da müspet zarar hesabında göz önüne alınır¹⁷¹. Vazgeçmeden sonra meydana gelen değer artış ve azalışları dikkate alınmaz. Vazgeçme bildiriminin yapılmasına gerek bulunamayan hallerde zarar müteahhidin temerrüde düşmüş olduğu tarihe göre hesaplanır¹⁷².

¹⁶⁶ Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, Çev: Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1953, s. 674; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 531.

¹⁶⁷ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 139; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 138.

¹⁶⁸ Tandoğan, **a.g.e.**, 139.

¹⁶⁹ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 140.

¹⁷⁰ Karahasan, **a.g.e.**, s. 516; Tuhr, **a.g.e.**, s. 673.

¹⁷¹ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 140; Karahasan, **a.g.e.**, s. 516; Tuhr, **a.g.e.**, s. 674.

¹⁷² Karahasan, **a.g.e.**, s. 516.

Müspet zarar kavramına gecikme dolayısıyla uğranılan zararın dâhil olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Burada önemli olan iş sahibinin ifadan vazgeçmekle, gecikmiş ifayı talep etmesi halinden daha fazla zararlı çıkacak bir hale düşmemesidir. Bu görüşten yola çıkarak çoğunlukla kabul gören görüş¹⁷³ doğrultusunda olmak üzere, müspet zararın hesabında gecikme dolayısıyla uğranılan zararın da dikkate alınmasının uygun olacağını söylemek mümkündür.

Müspet zararın tazminini talep eden iş sahibi, BK m. 357/II kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle eserin vazgeçme anına kadar yapılan kısmının kullanılması mümkün ise bunu kabul etmeli ve bu kısım ile orantılı bedelin tazminattan indirilmesine rıza göstermelidir¹⁷⁴.

c. Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmininin Talep Edilmesi

İş sahibi, teslim borcunu ifada temerrüde düşen müteahhide ifa için uygun mehil verirken veya verilen mehilin yararsız kalmış olması durumunda bu sürenin sonunda derhal, ifadan vazgeçtiğini ve sözleşmeden döndüğünü bildirerek bu seçimlik hakkını kullanabilir.

Sözleşmeden dönme yenilik doğuran bir hukukî işlemdir. BK m. 106/II'den doğan bu hakkın kullanılarak sözleşmeden dönülmesinin hukukî sonuçları BK m. 108 hükmüne tâbidir. Öğretide baskın görüş gereğince BK m. 108'e göre sözleşmeden dönme tıpkı BK m. 358'de olduğu gibi geriye etkili (ex tunc) olarak sonuç doğurur¹⁷⁵. Anılan maddenin birinci fıkrası gereğince iş sahibi, kararlaştırılan ücreti vermektan kaçınabilir ve verdiklerini geri alabilir¹⁷⁶. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise müteahhit

¹⁷³ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 140; Karahasan, **a.g.e.**, s. 516; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 140.

¹⁷⁴ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 141; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 140.

¹⁷⁵ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 141; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 141; Tuhr, **a.g.e.**, s. 675.

¹⁷⁶ BK'nın 108/I. maddesi Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 124 uncu maddesinin üçüncü fıkrasında karşılığını bulmuştur. Buna göre "sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda

kusursuzluğunu ispat edemezse iş sahibinin müspet (olumsuz) zararını tazmin etmek mecburiyetindedir.

Teslimde temerrüde düşen müteahhit, BK m. 369'dan farklı olarak sözleşmenin iş sahibince tek taraflı olarak sona erdirilmesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edemez¹⁷⁷. Anılan görüş gereğince sözleşmeden dönme ile bu sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirilen edimlerin sebebi ortadan kalkar ve buna ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklar sebepsiz zenginleşme hükümlerine tâbidir. Buna karşılık yeni dönme teorisine göre ise sözleşme ilişkisi ortadan kalkmayıp, sadece müteahhidin inşaatı tamamlama, iş sahibinin ise ücret ödeme borcu ortadan kalkar¹⁷⁸. Bu görüş gereğince tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması güçlükler arz edecektir.

BİGŞ ile müteahhidin temerrüdüne özel bir düzenleme getirilmemiş ancak bu durumu da içeren genel bir fesih hükmüne yer verilmiştir. Şartnameye göre geçici ve kesin kabulün yapılmamış olması şartı ile idarenin müteahhidi temerrüde düşürerek sözleşmeden dönmesi mümkündür. Bu işlemler için teslim zamanının gelmiş olması gerekir. Bununla birlikte daha önce de ifade edildiği üzere idarenin işlerin tamamlanması için uygun bir süre vermesi de mümkündür. Bu durumda artık verilen sürenin bitim tarihi beklenmelidir ve bu sürenin de geçirilmesi halinde idare sözleşmeden dönebilecektir¹⁷⁹.

borçlu, direnime düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse, alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”.

¹⁷⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 141.

¹⁷⁸ Seliçi, **a.g.e.**, s. 77. Sözleşmeden dönme ile sözleşmenin hiç var olmamışçasına mı ortadan kalkacağı yoksa içerik değiştirerek yeni bir gelişme içine mi gireceği ve dönmenin geriye etkili olmasının istisnâ hallerinin var olup olmadığı konusundaki tartışmalar ve ayrıntılı açıklama için bkz. Öz, **a.g.e.**, s. 186 vd.

¹⁷⁹ BİGŞ'nin 47. maddesinin I. ve II. fıkraları gereğince “Sözleşme yapıldıktan sonra müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi halinde, İdarenin noter aracılığı ile göndereceği bir uyarı yazısı ile ve nedenleri açıkça belirtilerek gereğinin yapılması için kendisine belirli bir süre verilir. Bu süre, ivedi durumlar dışında, uyarı yazısının müteahhide tebliği tarihinden başlamak üzere on günden aşağı olamaz. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikme cezasının uygulanmasını da engelleyemez. Bu süre içinde Müteahhit, uyarı yazısındaki tâlimata uymazsa ayrıca protesto çekmeğe ve hüküm almağa gerek kalmaksızın İdare, sözleşmeyi bozmak hak ve yetkisine sahip olur”.

Sözleşmeden dönme halinde genel hükümlere göre menfi zararın tazmini talep edilebilecekken, BİGŞ ile farklı bir düzenleme getirilmiştir. Şartnamenin 47. maddesinin 12. fıkrasına göre; “Gerek sözleşmenin bozulması, gerekse tasfiye halinde kesin hesabın yapılabilmesi için işlerin ve ihzaratın ölçülebilir duruma getirilmesi, teknik zorunluluklar nedeniyle veya yapılmış iş kısımlarının korunmasını sağlamak üzere işlerin belli bir aşamaya kadar yapılması gerekiyorsa, bu husus ayrıntılı olarak tasfiye geçici kabul tutanağında veya sözleşmenin bozulması hali için ‘durum tespit tutanağı’nda belirtilir. İdare, belirli bir süre vererek bu işlerin müteahhit hesabına yapar veya yaptırır. Bu işlerin yaptırılması bedeli, sözleşmeye göre müteahhide ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark müteahhidin alacaklarından düşülür, alacağı kalmamışsa teminatından kesilir”.

Anılan düzenlemede “sözleşmenin bozulması” ile ifade edilen “sözleşmeden dönme”dir. Şu halde BİGŞ’ye tâbi işlerde idareye sözleşmeden dönme üzerine müspet zararının tazminini talep etme imkânı tanınmıştır. Zira sözleşmeden dönme işlemine rağmen eksik işlerin tamamlanması için müteahhide süre verilmesi ve bu süre zarfında gereken yapılmamışsa işin tamamlanması için gereken masrafların müteahhitten talep edilmesi ifadan beklenen faydanın bir çeşididir¹⁸⁰.

FIDIC kurallarında da tıpkı BİGŞ de olduğu gibi müteahhidin teslimde temerrüdüne ilişkin özel bir düzenleme getirilmemiş, sözleşmenin feshini düzenleyen ve fakat müteahhidin temerrüdünü de kapsayan genel bir düzenlemeye yer verilmiştir (FIDIC m. 15). Fesih hakkının kullanılması için mühendisin gerekli şartların oluştuğunu tespit etmiş olması lâzımdır. Anılan madde gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönme seçimlik hakkını tercih etmiş olması durumunda işi kendisinin tamamlaması ya da bir başka müteahhitle anlaşması mümkündür. Bu halde iş sahibi yahut yeni anlaştığı müteahhit, müteahhide ait olan ve işin tamamlanması için gerekli gördükleri bütün malzeme ve ekipmanları kullanabilir.

¹⁸⁰ Öz, a.g.e., s. 303.

İş sahibi tarafından sözleşmenin feshi halinde müteahhit, fesih tarihinde fiilen yapılmış olan işlerin bedelini talep edebilecektir. Bu bedel, FIDIC m. 12 uyarınca mühendis tarafından tespit edilir. Ayrıca iş sahibi veya yeni müteahhit, müteahhidin malzeme ve ekipmanlarını kullanmışsa bunların karşılığı da mühendis tarafından tespit edilecektir.

İş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi üzerine, ayıplarla ilgili garanti süresinin dolmasına kadar müteahhide yapılan ödemeler durdurulur. Bu süre sonunda, müteahhide yapılan ödemeler, fiilen tamamlanan işlerin bedeli, sözleşme ile kararlaştırılmış olması halinde kararlaştırılan gecikme tazminatı ve diğer tüm masraflar ile kıyaslanarak müteahhide ödenecek miktar belirlenir. Müteahhide yapılan ödemelerin fiilen tamamlanmış işlerin bedelini aşması halinde müteahhit, bu fazla ödemeleri iade ile yükümlüdür ve bu meblağ müteahhidin borcu olarak kabul edilir. Bunun dışında iş sahibinin isteyebileceği tazminata ilişkin herhangi bir hüküm getirilmemiştir.

Gerek FIDIC kuralları esas alınan, gerekse BİGŞ'ye tâbi olan işlerde müteahhidin temerrüdü halinde sözleşmeden dönmenin ileriye etkili sonuç doğuracağı sonucuna varmak ve anılan işlere ilişkin tasfiyenin taraflar arasındaki sözleşmeye ve sözleşme eki niteliğindeki bu düzenlemelere göre yapılacağına tartışmaya mahal bırakmayacak bir biçimde ortaya konmuş olduğunu söylemek mümkündür.

IV. MÜTEAHHİDİN İŞE ZAMANINDA BAŞLANMAMASINA VE İŞİN İCRASINDA GECİKMEYE İLİŞKİN SORUMLULUĞU

İnşaatin yapımına ne zaman başlanacağı sözleşme ile kararlaştırılmış olabilir. Buna ilişkin belirli bir zaman tayin edilmemişse BK m. 74 gereğince müteahhidin, işe sözleşme yapılır yapılmaz derhal (gecikmeksizin) başlaması ve çalışmalara ara vermeksizin devam etmesi gerekir¹⁸¹. Ancak işe derhal

¹⁸¹ Karahasan, a.g.e., s. 250; Öz, a.g.e., s. 56.

başlamasına engel teşkil edecek bir durumun varlığı halinde öncelikle bunun bertaraf edilmesi yahut bu engelin ortadan kalkmasının beklenmesi gerekir. Örneğin, üzerine inşaat yapılacak arsanın bulunduğu yerdeki hava koşulları inşaatın yapımına imkân vermeyecek derecede soğuk ise yahut inşaat ruhsatı henüz alınmamış ise müteahhidin işe derhal başlaması beklenemez¹⁸². Diğer yandan müteahhidin işe başlaması için iş sahibinin arsanın ve plan projenin teslimi gibi yükümlülüklerini yerine getirmiş olması lazımdır. Aynı şekilde müteahhit, inşaata başladıktan sonra işin yapımı aşamasında işi benzer işlerdeki normal tempoyla yürütmüyorsa, iş sahibi yine BK m. 106'daki seçimlik haklardan yararlanabilecektir¹⁸³.

Borçlar Kanunu sistemi işgörme sürecindeki gecikmelerin işin tamamlanmasını ve teslimini kesin bir şekilde etkileyeceği, zamanında teslimi olanaksız kılacağı anlaşılan hallerde, iş sahibine teslim için belirlenen sürenin geçmesini beklemeksizin BK m. 106 vd. maddelerinin sağladığı hakları “önceden” kullanma yetkisi tanımaktadır. Borçlar Kanunumuzun 358. maddesinin düzenlenişinde yatan temel düşünce budur¹⁸⁴. BK m. 358/i gereğince; “Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akdi feshedebilir¹⁸⁵”.

Sözü edilen düzenleme ile inşaat sözleşmesinde sadece tamamlanmış bir inşaatın tesliminin değil, aynı zamanda onun meydana getirilmesinin de

¹⁸² Seliçi, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁸³ Yavuz, **a.g.e.**, s. 470.

¹⁸⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s. 79.

¹⁸⁵ Anılan maddenin “akıt dairesinde işe başlama ve icra” şeklinde düzenlenmiş olan başlığı tıpkı İsviçre Borçlar Kanunu’nun 366. maddesinde olduğu gibi “işe zamanında başlama ve işi sözleşme uyarınca yapma” olarak anlaşılmalıdır. Türk Borçlar Kanunu tasarısı ile de madde başlığı “işe başlama ve yürütme” olarak değiştirilmiştir. Ancak kullanılan bu yeni tâbir de maddenin içeriğini ve düzenleniş amacını tam yansıtmamaktadır. Bununla birlikte 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 358. maddesinin sonunda yer alan “feshedebilir” sözcüğü de yine mehz kanun metninde olduğu gibi “dönebilir” olarak anlaşılmalıdır. Nitekim bu husus da Türk Borçlar Kanunu tasarısı ile düzeltilerek “dönebilir” sözcüğüne yer verilmiştir. Zira burada sözleşmenin feshinden değil bir sözleşmeden dönme şeklinden söz edilmektedir.

borçlanılmış olduğu dolaylı bir biçimde ifade edilmekte ve inşaatın tesliminden önceki temerrüt düzenlenmektedir¹⁸⁶.

Doktrinde, müteahhidin işe zamanında başlama¹⁸⁷ ve devam etme borcunun sözleşmede inşaatın teslimi zamanının belirli olup olmamasına göre farklı sonuçlara tâbi olacağından söz edilmektedir. BK m. 358/I hükmü kural olarak sadece, inşaatın teslim zamanının belirlenmemiş olduğu hallerde başlı başına sözleşmeden dönmeye gerekçe olabilecektir¹⁸⁸. Teslim zamanının taraflarca önceden kararlaştırılmış olduğu hallerde işe başlama ve icrasında gecikme nedeniyle inşaatın teslim zamanında bitirilmesinin mümkün olmadığı kesin olarak önceden anlaşılması halinde iş sahibi BK m. 358/I gereğince sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır¹⁸⁹. Nitekim Yargıtay da teslim zamanının sözleşme ile belirlenmiş olduğu hallerde işe başlamada ve işin icrasında gecikme olması hallerinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için işi bitirme olanağının kalmamış olması şartını aramaktadır¹⁹⁰.

Bununla birlikte inşaatın tamamlanması için belirlenen sürenin müteahhidin işe başlaması tarihinden itibaren işleyeceğinin kararlaştırılmış olması halinde de müteahhidin işe hiç başlamaması üzerine, işe başlamakta gecikme nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması mümkündür.

¹⁸⁶ Yavuz, **a.g.e.**, s. 471.

¹⁸⁷ İşe başlamadan ilk yerine getirme eylemleri anlaşılmalıdır (Becker, **a.g.e.**, s. 607). Buna örnek olarak plan ve projelerin yapılması gösterilebilir.

¹⁸⁸ Öz, **a.g.e.**, s. 55. Bizim de katılmakta olduğumuz bu görüşe karşılık, doktrinde çoğunluk tarafından BK m. 358/I hükmünün teslim zamanı belirli olan işlerde uygulama alanı bulacağı, buna karşılık teslim zamanı belirli olmayan işlerde ise BK m. 106'daki seçimlik hakların kullanılacağından söz edilmektedir. Bu görüş gereğince teslim zamanının belirlenmemiş olduğu işlerde BK m. 106'daki seçimlik hakların kullanılmasının mümkün olması nedeni ile BK m. 358/I hükmünün uygulamasına gerek kalmamaktadır. (Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 49; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 124; Yavuz, **a.g.e.**, s. 470-471).

¹⁸⁹ Öz, **a.g.e.**, s. 55.

¹⁹⁰ "Sözleşmede işe başlama ve bitirme tarihlerinin gösterilmesi, meydana getirilecek eserin en geç iki süre içerisinde bitirilmesini sağlamak amacıyla. İşe sözleşmeden sonra başlanmış olması muhakkak sözleşmenin bozulmasını gerektirmez. Sözleşmeyi bozmak hakkı, davalının usulsüz olarak sözleşmeyi bozduğu 01.12.1972 tarihi ile işin bitimi için geri kalan süre içinde davacı müteahhidin sözleşme gereğince yüklenilen borcu yerine getirmesine maddeten olanak kalmamasına bağlıdır. İşe başlamak ve onu yapmak hususundaki gecikmeye rağmen müteahhit için tayin edilen tarihte işi bitirme olanağı varsa sözleşmenin bozulması yoluna gidilemez". Yargıtay 15. HD.'nin 26.12.1974 tarih ve 1974/898 E., 1974/1922 K. sayılı kararı (Karahasan, **a.g.e.**, s. 240).

BK m. 358/I hükmünün uygulama alanı bulacağı haller;

- İnşaatın yapımına zamanında başlanmaması,
- Müteahhidin sözleşmeye aykırı bir biçimde faaliyetlerini yavaş yürütmesi ve geciktirmesi,
- Müteahhidin inşaatın tamamlanmasını ve teslimini sözleşme ile öngörülen sürede gerçekleştiremeyeceğinin kesin bir biçimde anlaşılması,
- İnşaatın tamamlandığında ayıplı ya da sözleşmeye aykırı halde olacağının belli olmasına rağmen üçüncü kişiye yaptırılmasının mümkün olmaması halleridir¹⁹¹.

BK m. 358/I hükmü ile işe başlamakta gecikme ve işin icrasının geciktirilmesi halleri aynı hukukî sonuca bağlanmıştır. Söz konusu hükmün uygulanması için yukarıda anılan şartların yanısıra iş sahibinin işin gecikmeden ifası için müteahhide iltarda bulunması ve mehil vermesi gerekmektedir. Doktrinde hâkim olan ve bizimde katıldığımız görüşe göre, müteahhide işe başlaması ve işin ifasını sürdürmesi için verilen mehilin faydasız kalacağının anlaşıldığı hallerde iş sahibi dilerse BK m. 358/I uyarınca sözleşmeden döner ya da BK m. 106'da öngörülen seçimlik haklarından birini kullanabilir¹⁹².

İnşaatın belirlenen süre içerisinde tamamlanmaması cezaî şart yaptırımına bağlanmış ve BK m. 358/I'e göre sözleşmeden dönülmüş ise iş sahibi cezaî şart talep edemeyecektir¹⁹³. Zira cezaî şart müspet zarar

¹⁹¹ Becker, **a.g.e.**, s. 607-609; Seliçi, **a.g.e.**, s. 79; Yavuz, **a.g.e.**, s. 475.

¹⁹² Karahasan, **a.g.e.**, s. 238; Seliçi, **a.g.e.**, s. 80; Yavuz, **a.g.e.**, s. 475. Aksi görüşte olan Öz'e göre BK m. 358/I ile iş sahibine sözleşmeden dönme dışında hiçbir hak tanınmamıştır ve bu madde bir temerrüt durumu oluşturmayacağından, iş sahibinin bu halde artık BK m. 106'daki seçimlik hakları kullanması mümkün değildir (Öz, **a.g.e.**, s. 49-51). Ancak belirtmek gerekir ki anılan madde ile kanun koyucu iş sahibine, iş görme süreci devam ederken müteahhidi temerrüde düşürme imkânı sağlamaktadır. Bu nedenle iş sahibine, temerrüde düşeceği önceden belli olan müteahhide karşı borçlu temerrüdünden kaynaklanan seçimlik hakların kullandırılması maddenin düzenleniş amacına ve iş hayatının genel işleyiş menfaatine uygun olacaktır.

¹⁹³ Karahasan, **a.g.e.**, s. 242. Y.15.HD.'nin 22.12.1977 tarih ve 1977/2192 E., 1977/2329 K. sayılı kararına göre; "Sözleşme hükmüne göre, teslimde gecikme olursa, günde 100 lira cezaî şart ödeneceği yazılıdır. Şu var ki, eserin belirli günde teslim edilmesine bağlanan cezanın istenebilmesi için

kapsamına girer, sözleşmeden dönme halinde ise talep edilecek olan menfi zarardır¹⁹⁴.

BİGŞ m. 47 ile getirilen düzenleme ile de BK m. 358 hükmüne benzer bir düzenleme getirilmiş olmakla birlikte bazı farklılıklar bulunmaktadır. BİGŞ m. 47'ye göre; "Sözleşme yapıldıktan sonra müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi halinde, idarenin noter aracılığı ile göndereceği bir uyarı yazısı ile ve nedenleri açıkça belirtilerek gereğinin yapılması için kendisine belirli bir süre verilir. Bu süre, ivedi durumlar dışında, uyarı yazısının müteahhide tebliği tarihinden başlamak üzere on günden aşağı olamaz. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikme cezasının uygulanmasını da engelleyemez.

Bu süre içinde müteahhit, uyarı yazısındaki tâlimata uymazsa ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın idare, sözleşmeyi bozmak hak ve yetkisine sahip olur".

Müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi hali BK m. 358 ile düzenlenen sözleşmeden dönme sebeplerine karşılık gelmektedir. Ancak BİGŞ'ye tâbi işlerde ortaya çıkan sözleşme ihlallerinin inşaatın tamamlanmasına imkân vermeyecek nitelikte olması aranmaksızın iş sahibi idare şartnamede belirtilen haklarını kullanabilecek, böylece idare usulüne uygun olmak kaydıyla belirlenen sürenin dolması beklenmeksizin sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır¹⁹⁵.

BİGŞ ile mehil tayinine ilişkin olarak ayrıntılı, özel hükümlere yer verilmiştir. İdare teslim zamanının önceden belirlenmiş olduğu hallerde dahi noter kanalı ile müteahhide süre vermek zorundadır. Ayrıca yine BK m. 107

sözleşmeden dönmeye ilişkin seçimlik hakların kullanılmaması gerekir. Eğer alacaklı (...) sözleşmeden dönerse kararlaştırılan cezanın ödetilmesi artık söz konusu olamaz".

¹⁹⁴ Karahasan, **a.g.e.**, s. 239; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 123.

¹⁹⁵ Öz, **a.g.e.**, s. 64.

hükmüne kıyasen süre verilmesine gerek olmayan hallerde iş sahibi, derhal sözleşmeden dönebilir¹⁹⁶.

FIDIC kuralları ile işin zamanında tamamlanmasını temin amacıyla bazı tedbirlere yer verilmiş ve iş sahibine işe zamanında başlanmaması ve işin ifasında gecikme hallerinde sözleşmenin feshi imkânı tanınmıştır. Bu tedbirler, işin ilerleme hızının kontrolü ve gerek görülmesi halinde bu duruma müdahale edilmesi, işin zamanında bitirilip bitirilemeyeceğinin kontrolü için işlerin belirli bir programı takiben yapılması ve gecikme halinde cezaî şart ödenmesidir.

FIDIC m. 8.1 gereğince mühendis, en az 7 gün öncesinden başlangıç tarihini müteahhide bildirecektir. Taraflarca özel şartlarda aksi kararlaştırılmış olmadıkça, başlangıç tarihi müteahhidin kabul mektubunu (letter of acceptance) almasından sonraki 42 gün içerisinde olmalıdır. Müteahhit, inşaatın yapımına mühendisliğin bu yönde bildirisini aldıktan sonra makul en kısa süre içerisinde başlamakla ve işlerin yürütülmesini belirtilen hızda ve gecikmeksizin yerine getirmekle mükelleftir.

FIDIC m. 8.5 ile müteahhide süre uzatımı verilmesini gerektirecek bir sebep bulunmaması halinde, işin ilerleme hızının sözleşme ile kararlaştırılan teslim zamanına uygun olmayan bir biçimde yavaş olması ihtimali düzenlenmiştir. Bu halde mühendis, durumu müteahhide bildirecek ve müteahhit de işin uygun hızda ilerlemesini sağlamak üzere alınabilecek önlemleri tespit ederek (tatil günlerinde de çalışılması, fazla mesai yapılması gibi), bunu mühendisin onayına sunacaktır. Mühendisin işin hızlandırılması yolundaki tâlimatına rağmen, müteahhidin gerekeni yapmaması, müteahhidin temerrüdüne ve bunun sonucu olarak sözleşmenin feshine yol açabilecektir.

¹⁹⁶ Y. 4. HD.'nin 14.04.1957 tarihli ve 1957/2158 E. ve 1957/2026 K. sayılı kararı gereğince; BİGŞ m. 47'deki "10 günlük ihtar hükmü, Borçlar Kanunu'nun 107/I. maddesi hükmünce ihtarsız olarak akdin feshi yoluna gidilmesine engel olmaz. Müteahhide birkaç mehil verilmiş olmasına rağmen, akdin yerine getirilmemiş bulunması, BİGŞ'nin 31. (47.) maddesi uyarınca ihtarın faydasızlığını gösterir" (Karahasan, **a.g.e.**, s. 242).

FIDIC kurallarının 8. maddesi gereğince, sözleşme süresi esas alındığında işin ilerleme hızının yavaş olması ve bu nedenle mühendisin talimatı üzerine işin hızlandırılması için gereken talimatın alınması sebebiyle müteahhide herhangi bir ek ödeme yapılması söz konusu değildir¹⁹⁷. Bununla birlikte, işin hızlandırılması amacıyla alınan bu ek tedbirler dolayısıyla, iş sahibi ek denetim masrafları yapmış ise, bu ek masraflar müteahhide yapılması gereken ödemelerden düşülebilecektir.

FIDIC kurallarının esas alındığı sözleşmelerde, işin yürütümü aşamasında öngörülen bir başka denetleme yöntemi de işlerin önceden hazırlanmış bir programa uygun olarak ifasıdır. Projenin çeşitli aşamalarının bitiriliş süresi bir program çerçevesinde düzenlenerek, işin ifasının söz konusu programa uygun hızda yürütülüp yürütülmediği mühendislikçe kontrol edilir. Bu amaçla, FIDIC kurallarının 8.3. maddesi müteahhidin sözleşme kapsamındaki işlerin ifasına ilişkin olarak bir program hazırlaması ve bu programı, mühendisin onayına sunması gerektiğini düzenlemektedir. Bununla birlikte, gerek işin ilerleme hızına ilişkin gelişmeler sonucu gerekse mühendisin FIDIC m. 13'teki yetkisini kullanması sonucu bu programda değişiklik yapılması mümkündür¹⁹⁸.

V. MÜTEAHHİDİN SADAKAT VE ÖZEN BORCUNA İLİŞKİN SORUMLULUĞU

A. Sadakat ve Özen Borcu

Sadakat borcu, “İş sahibi yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak¹⁹⁹” anlamını taşımaktadır.

¹⁹⁷ Akıncı, **a.g.e.**, s. 56.

¹⁹⁸ Akıncı, **a.g.e.**, s. 57.

¹⁹⁹ Yavuz, **a.g.e.**, s. 457, dn. 51b; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 34.

Müteahhidin sadakat borcu Borçlar Kanunu'nun istisna sözleşmelerine ilişkin bölümünde açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, inşaat sözleşmelerinin bir iş görme sözleşmesi niteliği taşımasından kaynaklanmaktadır. İş görme, genellikle başkasının menfaatine uygun hareketi gerektirdiğinden²⁰⁰, inşaat sözleşmelerinde müteahhit, işi, kendisine duyulan güvene uygun ve sadık bir biçimde yapmakla yükümlüdür²⁰¹. İnşaat sözleşmeleri iş sahibi ile müteahhit arasındaki karşılıklı güven ilişkisine dayanmaktadır ve bu nedenle müteahhidin, iş sahibinin edim sonucundan beklediği menfaate uygun davranması asıldır²⁰².

Mehaz kanunun vekâlet sözleşmelerine ilişkin 398. maddesinde vekilin özen borcunun yanında sadakat borcundan da açıkça söz edilmiş olmasına karşılık, kanun metni dilimize çevrilirken sadakat yükümlülüğüne ilişkin kısmına yer verilmemiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu tasarısının 471. maddesinin birinci fıkrasında da 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin birinci fıkrasından farklı olarak, yüklenicinin sorumluluğunun belirlenmesinde, hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlere yollama yapılması yerine, yüklenicinin, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Böylelikle mehaz kanuna uygun bir düzenleme esas alınarak, bu yönde bir kavram kargaşasına mahal kalmamıştır.

Akdî bir ilişkiye dayanmayan vekâletsiz iş görme sözleşmesinde dahi sadakat yükümlülüğünden söz edilmekte iken, taraflar arasındaki karşılıklı güven ilişkisini temel alan ve bir akit gereğince yapılan iş görmeye sadakat borcunun varlığının evleviyetle kabulü gerekmektedir. Bununla birlikte

²⁰⁰ İstisnaen, aksi duruma gerçek olmayan (eksik) vekaletsiz iş görmeye rastlamak mümkündür. Bu halde iş gören başkasının menfaatine olduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiği bir işi kendi menfaatine yapmaktadır (Tandoğan, **a.g.e.**, s. 33, dn. 4 ve s. 446).

²⁰¹ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 34; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 33.

²⁰² Y. 15. HD. 25.01.1999 tarih ve 1998/4289 E., 1999/115 K. sayılı kararında "Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi, kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. (...)Yüklenici, sözleşmeye uygun olmayan proje ve bu projeye aykırı iş yapmakla sadakat ve özen borcunu ağır biçimde ihmal etmek, davacıda varolan güveni kökünden sarsmakla kusurlu olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin imar kurallarına uymamakla da başka bir neden aranmaksızın kusurludur" ifadesine yer vererek inşaat sözleşmelerinde taraflar arasındaki güven esasına değinmiştir (Yayımlanmamış Yargıtay kararı).

sadakat borcu ile özen borcu birbirine sıkı sıkıya bağlıdır ve müteahhidin özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur²⁰³. Buradan yola çıkarak müteahhidin sadakat borcunun varlığına ulaşmak mümkündür²⁰⁴.

Borçlar Kanunu'nun 357. maddesi sadakat borcunun iki özel görüntüsünü düzenlemektedir. Bunlardan birincisi, malzemenin iş sahibi tarafından verilmiş olması durumunda, müteahhidin malzemenin kullanılışı ile ilgili olarak hesap vermekle ve artan kısmı iş sahibine iade ile mükellef olmasıdır (BK m. 357/II)²⁰⁵. Diğer özel durum ise, müteahhidin, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın, eserin gereği gibi veya vaktinde ifasının tehlikeye sokacak ayıplardan iş sahibini haberdar etme yükümlülüğüdür (BK m. 357/son). Bu yükümden hareket edilerek, müteahhidin, yalnız malzeme ve arsaya ilişkin ayıpları değil, işin gereği gibi veya vaktinde ifasını engelleyecek diğer halleri de iş sahibine derhal haber vermekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir²⁰⁶. Bir diğer değişle, akdin ifası sırasında müteahhit, mesleği icabı bilmesi gereken ve ifayı engelleyecek veya ayıplı ifaya yol açabilecek herhangi bir hususta iş sahibini zamanında uyarmalıdır²⁰⁷.

Müteahhidin inşa eseri meydana getirirken, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Buna göre, müteahhit, eseri meydana getirirken öğrenmiş olduğu yeni teknik veya fikirleri kendi hesabına başka bir işte kullanamaz ve başkalarının kullanımına sunamaz²⁰⁸. Bu borcun varlığı açısından söz konusu fikir ya da tekniklerin bir patent hakkına (ihtira beratı) konu olması gerekmez. Ancak patent hakkının varlığı durumunda müteahhidin göstereceği sadakat daha fazla önem

²⁰³ Y. 15. HD. 25.01.1999 tarih ve 1998/4289 E., 1999/115 K. sayılı kararı.

²⁰⁴ Yavuz, **a.g.e.**, s. 53. Bununla birlikte Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 08.06.2004 tarih ve 2003/6368 E., 2004/3196 K. sayılı kararında “(...) sadakat ve özen borcu TMK.nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralının bir uzantısıdır” demek suretiyle bu borçların dürüstlük kuralından kaynaklanmış olduğunu kabul etmiştir (Yavuz, **a.g.e.**, s. 53).

²⁰⁵ Bkz. aşağıda s. 79 vd.

²⁰⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 34.

²⁰⁷ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 35-36.

²⁰⁸ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 35; Yavuz, **a.g.e.**, s. 458.

kazanacaktır²⁰⁹. Müteahhidin bu borcu akdin sona ermesinden sonra da devam eder.

Müteahhidin, sadakat borcundan çıkarılan bir diğer yükümlülüğü de, iş sahibinin eserin zamanında ya da gereği gibi inşa edilmesini engelleyecek veya tehlikeye düşürecek, amaca elverişli olmayan talimatı karşısında iş sahibini uyarmasıdır²¹⁰. Borçlar Kanunu'nun 361. maddesi gereğince; müteahhidin bu yükümlülüğü yerine getirmiş olmasına karşılık, iş sahibinin talimatın yerine getirilmesi yolunda ısrar etmesi durumunda, müteahhit, doğacak zararlardan sorumlu tutulamaz. Eğer yapılan şey, iş sahibi tarafından imal ve inşa tarzı hakkında verilen talimata uygun davranılması nedeniyle telef olursa, müteahhit, bu tehlikeleri zamanında ihbar etmiş olmak koşulu ile yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masrafların iadesini talep edebilir (BK m. 368/son).

Müteahhit, eserin teslimi sırasında, eserin bakım ve onarım talimatını iş sahibine vermeli, sözleşmede buna ilişkin hüküm bulunması halinde iş sahibinin tesisi işletecek personelinin eğitimi müteahhit tarafından verilmelidir²¹¹.

FIDIC kurallarının 17.2. maddesinde de müteahhidin işler için olan zen yükümlülüğünden söz edilmektedir. Buna göre işin başlangıç tarihinden geçici kabul belgesinin düzenlenmesine kadar olan süreçte işler ve mallar açısından müteahhidin zen yükümlülüğü bulunmaktadır. Geçici kabul belgesi düzenlenmiş olmasına karşılık, eksik kalan işler bulunması halinde ise eksik kalan işler için müteahhidin zen yükümlülüğü devam etmektedir.

²⁰⁹ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 36.

²¹⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 56.

²¹¹ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 36.

B. Sadakat ve Özen Borcuna Aykırı Hareket Edilmesinden Doğan Sorumluluk

Müteahhidin sadakat borcuna aykırı hareket etmesi durumunda, bu davranışı sonucunda ortaya çıkan zararın tazmini, eser akde uygun olarak eser meydana getirilmiş ve teslim edilmiş olsa dahi istenebilecektir²¹².

Müteahhit, iş sahibinin akdin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye düşürecek, akdin ifasına elverişsiz talimatı karşısında uyarma yükümünü yerine getirmemesi durumunda, iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ileri sürebilecek ve bunun yanı sıra tazminat da talep edebilecektir.

Müteahhidin sadakat borcuna aykırı davranışı sonucunda bir kâr elde etmiş olması durumunda, BK nun vekâletsiz iş görmeye ilişkin 414. maddesi kıyas yolu ile uygulanabilir, yani iş sahibi işten elde edilen faydaların kendisine devrini talep edebilir.

FIDIC kurallarının 17.2. maddesinde de geçici kabul belgesinin düzenlenmesine kadar olan süreçte işverenin riskleri içerisinde sayılmayan durumlardan kaynaklanan her türlü özen yükümlülüğünün ihlali durumunda oluşacak zarar ve kayıpların müteahhit tarafından giderileceği açıkça düzenlenmiştir.

VI. MÜTEAHHİDİN ARAÇ, GEREÇ VE MALZEMEYE İLİŞKİN SORUMLULUĞU

Çalışma araçlarını malzemeden ayırt etmek gerekir. Hammadde ya da gereçler; “araçlar (vasıtalar) ile âlet ve takımlar (edevat)” kavramına girmez²¹³. Çalışma araçları; tamamlanmış eserin tesliminden sonra ondan yeniden uzaklaştırılabilen ya da müteahhit tarafından kendi mülkiyetinde

²¹² Tandoğan, **a.g.e.**, s. 50.

²¹³ Mustafa Reşit Karahasan, **Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1975, s. 1081.

olduğu için geri alınabilen şeylerdir²¹⁴. Araç, gereç ile malzeme kavramlarının ayrı özellik ve anlam taşımaları nedeniyle müteahhidin araç ve gereç ile malzemeye ilişkin sorumluluğu ayrı ayrı inceleme konusu edilecektir.

A. Araç ve Gerecin Sağlanmasına İlişkin Sorumluluk

Borçlar Kanunu'nun 356/III. maddesine göre; "Hilâfına âdet veya mukavele olmadıkça, müteahhit imâl olunacak şeyin icrası için lâzım olan vasıtaları ve alât ve edevatı kendi masrafı ile tedarik etmeye mecburdur". Müteahhidin araç ve gereci sağlama borcuna ilişkin BK'nın 356/son maddesi düzenleyici bir hükümdür; taraflar, sözleşmede bunun aksini de kararlaştırabilirler. İşin gereği gibi ifası için ne ölçüde el emeğine, ne ölçüde araç ve makinelere başvurulacağını tayin etmek görevi sözleşmede aksine hüküm yoksa teknik kişi olan müteahhide aittir²¹⁵.

Diğer taraftan müteahhidin, bu inşaat araç ve gereçlerini eserin tesliminden sonra iş mahallinden kaldırması gerekir²¹⁶. Bu kaldırma ve alıp götürme işlemi esasen müteahhidin eseri teslim borcunun bir bölümüdür, burada ortaya çıkacak masrafların karşılanması için aksine sözleşme yoksa ayrı bir ücret istenemez. Müteahhit tarafından kurulmuş iskeleler sökülmeden, arsanın bir kısmına yığılmış kalıplar müteahhit tarafından kaldırılmadan, kireç çukurları kapatılmadan, tamamlanmış olsa bile eserin tamamen iş sahibine teslim edilmiş olduğu düşünülemez.

Başka türlü sözleşme ya da âdet yok ise çalışma araçlarının sağlanması, kullanılması ve aşındırılmasının giderleri yükleniciye aittir²¹⁷.

²¹⁴ Araç ve gereç sağlama borcuna bilhassa iş makineleri parkının temini, şantiye binasının ve işçi lojman ve yemekhanesinin yapılması; şantiye ve inşaat için gerekli elektrik ve su tesislerinin kurulması; servis araçlarının tedariği; mazot, petrol vs. sağlanması örnek gösterilebilir (Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, Ankara, b. 7, Yetkin Yayınları, 2003, s. 343; Eren, **a.g.e.**, s. 68).

²¹⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 61.

²¹⁶ Dayınlı, **a.g.e.**, s. 47.

²¹⁷ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 513.

Ancak BK'nın 366. maddesinde öngörülen durumda, kendi çalışma araç ve benzeri şeylerin kullanılması ve eskimesi gider olarak düşülür²¹⁸.

Araç ve gereç sağlama borcu, iş sahibine ait olup da onun tarafından temin edilmesi halinde, müteahhidin bunları özenle kullanması gerekir²¹⁹. Buna karşılık bu borç müteahhide aitse, onun kararlaştırılan işte kullanmaya elverişli ve yeterli araç gereç sağlaması gerekir. Müteahhit işin görülmesi için yetersiz, elverişsiz veya ayıplı araç gereç sağlarsa, iş sahibinin BK m. 358/II'ye göre hareket etmesi mümkündür²²⁰. Yani müteahhit, araç ve gerecin iyi cinsten olmasından iş sahibine karşı sorumlu ve satıcı gibi mütekeffildir. Müteahhidin bu sorumluluğu, "mülkiyetten sorumluluk" (BK'nın 699. maddesindeki gibi) ve "işe yararlılık" (elverişlilikten sorumluluk) anlamındadır²²¹.

Müteahhit, gereçler kendisine sağlansa ve iş sahibinin istediği gereci kullansa bile, özen ve teknik bilgisi yönünden, iş sahibini uyarma borcu altındadır. Uyarmaya karşın, iş sahibi; o gerecin kullanılmasında ısrar etmişse bundan böyle doğan zarardan ötürü müteahhit sorumlu tutulmayacaktır²²² (BK m. 361, 368).

Müteahhit, karayolu üzerinde hareket eden makinelerin ve taşıt araçlarının sebep olduğu zararlardan Karayolları Trafik Kanunu m. 50 ile mülkiyeti kendisine ait olan ve Medeni Kanun'a göre taşınır sayılan malların (iskele, baraka gibi) sebep olduğu zararlardan da BK m. 58 gereğince sorumlu olur. BiGŞ'nin 25. maddesinde de BK 356/III ile aynı yönde bir hüküm getirilmiş ve araç, gereç kapsamına nelerin girdiği de ayrıca belirtilmiştir.

²¹⁸ Osman Kiper, **Mühendisin ve İnşaatçının Hukuk Rehberi**, İstanbul, TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Yayını, 1985, s. 93.

²¹⁹ Burada BK m. 357/II ve BK m. 368/III hükümleri kıyasen uygulanabilir.

²²⁰ Eren, **a.g.m.**, s. 68; Aral, **a.g.e.**, s. 344.

²²¹ Kiper, **a.g.e.**, s. 93.

²²² Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 515.

B. Malzemenin Sağlanmasına İlişkin Sorumluluk

Malzeme; eserin imali için gerekli olan ve eserin bünyesine giren ve daimi olarak eserin içinde kalan maddelerdir²²³. Bunlar bir bina yapılırken kullanılan taş, kum, tuğla, çakıl, çimento, inşaat demiri, doğramalar, lavabolar, sıhhi tesisat, elektrik boruları, kabloları, kapı, pencere gibi maddelerdir. Malzeme, ham madde (taş, kum gibi) olabileceği gibi, önceden imal edilmiş bir şey (prefabrik yapı elemanları) de olabilir²²⁴. Arsa ve planlar bu anlamda malzeme sayılmaz. Bununla birlikte BK m. 357/II bunlara da kıyas yoluyla uygulanır. Müteahhit üzerine eser inşa edilecek arsayı da kendisi sağlamışsa bu takdirde istisna sözleşmesiyle birlikte taşınmaz satımı vardır ve arsanın ayıpları için taşınmaz satımına ilişkin hükümler uygulanacaktır²²⁵.

Bu malzemeler eserin meydana getirilmesinde kullanılmakla beraber, bizzat kendileri istisna sözleşmesinden doğan eser meydana getirme yükünün konusu değildir; müteahhit malzemeyi kullanmakla yükümlü olup, bunu imâl zorunda değildir²²⁶.

BK m. 357 malzemeyi sağlama borcunu taraflardan birine yüklemiş değildir. Bunların sağlanması taraflar arasında yapılan sözleşmede yer alan açık veya örtülü bir hükme göre iş sahibine veya müteahhide ait olabilir. Ancak istisna akdinde herhangi bir hüküm ya da bu konuda bir âdet yoksa malzeme temininin kime ait olacağı konusunda doktrinde farklı yorumlar getirilmiştir. Bir görüşe göre²²⁷; BK m. 357/II'in ifadesinden ve 356/III'ün zıt anlamından, aksine bir anlaşma bulunmadığı takdirde, gerekli malzemelerin iş sahibi tarafından sağlanmasının zorunlu olduğu sonucu çıkarılabilir. Bu görüşe göre şüphe halinde müteahhidin malzeme temin borcunun bulunmadığını kabul etmek gerekir. BK m. 357/II'in metni, İsviçre Borçlar

²²³ Eren, **a.g.m.**, s. 68; Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 45.

²²⁴ Aral, **a.g.e.**, s. 344.

²²⁵ Aydın Zevkliler, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, b. 8, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 321.

²²⁶ Aral, **a.g.e.**, s. 344; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 104.

²²⁷ Aral, **a.g.e.**, s. 344; Eren, **a.g.m.**, s. 69.

Kanunu'nun Fransızca metnine uygun ise de, Almanca ve İtalyanca metinlerindeki ifade farklıdır: "Müteahhit malzemeyi sağlamayı üstlendiği takdirde onun iyi vasıfta olmasından dolayı iş sahibine karşı sorumlu ve bir satıcı gibi mütekeffildir"²²⁸. Bu durum malzemeyi temin borcunun iş sahibine ait olacağını savunan yazarların dayanağını oluşturmaktadır.

Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre²²⁹ ise; BK m. 357/l'in "müteahhit imal ettiği şeyde, kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mes'ul ve bu hususta satıcı gibi mütekeffildir"²³⁰, biçimindeki ifadesinin, bu malzemenin iş sahibi tarafından verilmesine ilişkin ikinci fıkradan önce yer alması, kural olarak malzemeyi sağlama borcunun müteahhide ait olacağı yorumuna daha elverişlidir. Bu fikre göre BİGŞ'nin malzeme ocaklarına ilişkin 6. ve 29. maddeleriyle, "müteahhide ait giderler" kenar başlığını taşıyan 25. maddesinden malzemenin kural olarak müteahhit tarafından sağlanacağı dolaylı olarak da olsa anlaşılmaktadır²³¹.

Malzemenin iş sahibi ya da müteahhit tarafından sağlanması durumlarında müteahhit bazı yükümlülükler altına girer.

1. Malzemenin Müteahhit Tarafından Sağlanması Halinde Sorumluluk

İstisna sözleşmelerinde, malzemenin sağlanması borcunun müteahhit tarafından yüklenilmesi durumunda "eser teslim sözleşmesi"nin varlığından söz edilir. Eser teslim sözleşmesi de niteliği itibarıyla bir istisna sözleşmesidir. Borçlar Kanunumuz malzemeyi müteahhidin sağladığı eser teslimi

²²⁸ Aral, **a.g.e.**, s. 345.

²²⁹ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 45; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 62-63.

²³⁰ Türk Borçlar Kanunu tasarısının 472. maddesinin birinci fıkrasında söz konusu hüküm "Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur" ifadesiyle yer almıştır.

²³¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 29.12.1976 tarih ve 1976/2645 E., 1976/3968 K. sayılı kararına göre de; "Emanet usulünde aslanan inşaat malzemesinin yükleniciye idarece verilmesidir. Yasanın getirdiği bu karinenin aksini iddia eden davacı, dava konusu malzemelerin dışarıdan alındığını kanıtlamalıdır. Dışarıdan malzeme alındığını ileri süren davacı kesin hesap cetveli düzenlendiğinde bunu açıklayarak sözleşmenin eki olan şartnamenin 34. maddesinde belli edilen ihtirazi kayıtlı imzalaması gerekirdi. Bu yön delil sözleşmesi niteliğindedir" (YKD, 1977, S. 5, s. 704-705).

sözleşmesini, ortak hukukta Alman Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi bir çeşit satış sözleşmesi olarak saymamaktadır. Bununla birlikte, böyle bir sözleşmede, müteahhidin kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı sorumlu ve bu malzeme nedeniyle satıcı gibi tekeffülle borçlu olduğunu beyan etmektedir²³² (BK m. 357/I).

Müteahhit, sağlamış olduğu malzemenin ayıplı olmasından dolayı sorumlu olduğu gibi²³³; başkasının bu şey üzerinde üstün hak iddia etmesi halinde de zapta karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olur. BK m. 357/I'de "bu hususta satıcı gibi mütekeffildir" sözü, zapta karşı tekeffülü ifade eder.

Ayıba karşı tekeffülde satım sözleşmesine değil, istisna sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Buradaki ayıba karşı tekeffül borcu önemlidir ve akdin feshi sonucunu doğurabilir. Buna karşılık, müteahhidin zapta karşı tekeffül sorumluluğunda satım sözleşmesine ilişkin BK'nın 189-193 maddelerinde düzenlenmiş olan zapta karşı tekeffül hükümleri uygulanır.

BK m. 357/I'deki ayıba karşı tekeffül, müteahhidin verdiği malzemedeki ayıplara ilişkindir. BK m. 360'da ise ortaya konan eserdeki ayıplar dolayısıyla müteahhidin tekeffülü söz konusudur. Bu sonuncu tekeffül, malzemeyi müteahhit sağlamamış olsa bile ortaya çıkar. Bu takdirde, daha ziyade işin iyi icra edilmemesinden veya kullanılan malzemenin kendisi ayıplı olmasa bile o iş için elverişli olmamasından veya imalatın veya inşaatın yanlış tarzda düşünülmüş yahut yanlış hesaplara dayandırılmış olmasından ileri gelen ayıplar karşısında bulunulur²³⁴. Müteahhit malzemeyi kendisi sağlamış ve malzemedeki ayıptan dolayı eser de bozuk ise yine BK m. 360'a da dayanılabilir.

Tunçomağ'a göre²³⁵; müteahhit kendi sağladığı malzemenin bozukluğu yüzünden doğmuş zarardan, ancak malzemeyi seçmede kusurlu ise sorumlu

²³² Tandoğan, **a.g.e.**, s. 63; Lütfü Dalamanlı, **Borçlar Kanunu Şerhi**, C. 2, Ankara, 1977, s. 606.

²³³ Bu kural, yalnız taşınır şeylerin imaline ilişkin eser teslimi sözleşmelerinde değil, malzemenin müteahhit tarafından getirildiği (BİGŞ'ne tâbi olanlar dışında) yapı işlerinde de uygulanır.

²³⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 64.

²³⁵ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 515.

olacaktır. Bu fikre göre; müteahhidin sağladığı malzemeyi bizzat imal borcu yoktur ve bu malzemeyi kendisine satan imalatçı da onun BK m. 100 anlamında yardımcısı değildir. Tandoğan'a göre ise²³⁶; BK m. 357/I malzemeyi kendi sağlayan müteahhidin bundaki ayıplardan satıcı gibi tekeffül borcunu öngördüğünden malzemeyi ayıplardan doğrudan doğruya zarardan, müteahhit kendi imal etmese ve seçmede bir kusuru olmasa bile, BK m. 205/II kıyasen uygulanarak sorumlu tutulmak gerekir.

İş sahibi eser için elverişli olmayan belli bir malzeme çeşidinin kullanılmasında müteahhidin ihtarına rağmen ısrar etmişse, müteahhidin tekeffülü ortadan kalkar (BK m. 361) ve hakkında BK m. 368/III hükmü uygulanır; yani şey elverişsizliği yüzünden telef olmuşsa, müteahhit yaptığı işin değerini ve masrafları talep edebilir. Buna karşılık iş sahibi inşaata getirilen sözleşmeye aykırı malzemenin kullanılmasına borca aykırılık hükümlerine göre (BK m. 356/I; 96) engel olabileceği gibi bu malzemeler yerine konulmuşsa sökülerek sözleşmeye uygun malzeme koymasını talep edebilir²³⁷.

Müteahhidin kullandığı malzemenin iş sahibinin yararına ve güdülen amaca uygun olup, ayıplı bulunmaması şarttır. Aksi takdirde iş sahibi BK m. 360'da yer alan hakları kullanabilir. İyi cins veya ayıpsız malzeme, sözleşmede vaat ve zikredilen veya dürüstlük kuralına göre beklenen (lüzumlu) vasıfları taşıyan malzemelerdir; dürüstlük kuralı gereğince beklenen vasıflara sahip deyiminden, eserin sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilmesine elverişli malzemeler anlaşılır²³⁸.

Gerek sözleşmeye gerekse işin niteliğine göre müteahhidin yükleniminden kaynaklanan durumlarda, özen borcunun ihmalinden doğan zararların tamamından müteahhit sorumludur. Örneğin; yapımını malzemesi ile birlikte yüklendiği bir inşaatta kullanılan çimentonun yanık yahut diğer

²³⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 64.

²³⁷ Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1986, s. 37.

²³⁸ Aral, **a.g.e.**, s.345-346; Eren, **a.g.m.**, s. 69.

malzemelerinin ayıplı olmasından; yükümlülüğünde olan plan proje ve inşaat hesaplarının fenne uymayan hatalarından; inşaat alanının toprak yapısını incelemeden ve gerekli tedbirleri almadan yapmakta olduğu veya yaptığı inşaatın yıkılması üzerine doğan zararların tamamından müteahhit sorumludur²³⁹.

Orta kalitedeki malzeme en azından “iyi cins” malzemedir. Orta kalitedeki (iyi cinsten) malzeme, sözleşmede kararlaştırılan eseri, sözleşmeye uygun olarak meydana getirmeye elverişli malzeme demektir. Sözleşmede taraflarca kararlaştırılmış olan eser, kararlaştırıldığı tarz ve nitelikte meydana geldiği takdirde, söz konusu elverişlilik gerçekleşmiş olur²⁴⁰. Uyuşmazlık halinde malzemenin kalitesi, iyi niyet kurallarına göre belirlenir.

FIDIC kurallarının 7. maddesi de kullanılacak malzeme, araç ve işçiliğin sözleşmeye uygun olmasını düzenlemekte ve 11. madde ayıba karşı tekeffül borcunu ele almaktadır. FIDIC kuralları uyarınca, yapılması öngörülen testlerin sonucu olarak mühendis, ayıplı olduğunu veya sözleşmeye uygun olmadığını belirterek, malzeme ve aracı reddedebilir²⁴¹. Böyle bir durumda, mühendis, gerekçesi ile birlikte durumu derhal müteahhide bildirecektir. Durumun kendisine bildirilmesine rağmen müteahhidin ayıpları gidermemesi durumunda, FIDIC Kuralları’nın 15. maddesi uyarınca, sözleşmenin feshi söz konusu olabilecektir²⁴².

Yine, FIDIC Kuralları esas alınan inşaat sözleşmelerinde mühendisin, sözleşmeye uygun olmayan malzeme veya araçların sahadan uzaklaştırılması hususunda talimat verme yetkisi vardır. Müteahhidin, mühendisin bu talimatını yerine getirmemesi durumunda, sözleşmenin ihlali söz konusu olacak ve 15. maddenin hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

²³⁹ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 305.

²⁴⁰ Aral, **a.g.e.**, s. 346; Eren, **a.g.e.**, s. 70.

²⁴¹ Akıncı, **a.g.e.**, s. 45.

²⁴² Akıncı, **a.g.e.**, s. 45.

2. Malzemenin İş Sahibi Tarafından Sağlanması Halinde Sorumluluk

İstisna sözleşmelerinde eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemenin iş sahibi tarafından sağlanacağını kararlaştırılması mümkündür. Bu takdirde “olağan istisna sözleşmesi” söz konusu olur.

Malzemelerin iş sahibi tarafından sağlanması, onun malzemeleri doğrudan müteahhide teslimi, iş sahibinin kendisinden malzemeleri satın aldığı üçüncü kişinin teslimi veya iş sahibinin ad ve hesabına müteahhit tarafından başkalarından satın alınma şekillerinde gerçekleşebilir; bizzat iş sahibinin teslimi dışında kalan hallerde, iş sahibinin temsilcisi olarak hareket edilir²⁴³.

FIDIC Kuralları'nın 7. maddesi uyarınca, mühendis, gerekli vasıfları taşımayan veya sözleşmeye uygun olmayan malzemeleri kabul etmeyebilir²⁴⁴.

Malzemenin iş sahibi tarafından doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak teslim edilmesi halinde 818 sayılı Borçlar Kanunu müteahhide aşağıdaki mükellefiyetleri yüklemektedir:

a. Muayene Borcu

Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa, müteahhidin işe başlamadan önce malzemeyi muayene ederek akitte öngörülen işin yapılmasına elverişli olup olmadığına tespit etmesi, malzeme ayıplı ise bunu iş sahibine bildirmesi gerekir. Malzemenin ayıplarının veya arsanın elverişsizliğinin işin devamı sırasında ortaya çıkması halinde de müteahhit derhal iş sahibini haberdar etmeye ve onun tâlimatını beklemeye mecburdur. Aksi takdirde bundan doğacak zararı BK m. 96 gereğince tazminle yükümlüdür.

²⁴³ Aral, **a.g.e.**, s. 346.

²⁴⁴ Akıncı, **a.g.e.**, s. 35.

b. Özen Borcu

Müteahhit iş sahibi tarafından verilen malzemenin kullanılmasında ve muhafazasında gerekli özeni göstermekle de yükümlüdür (BK m. 357/II); aynı yükümlülük yalnız malzeme için değil iş sahibi tarafından tamire verilen şeyler (özellikle kürk manto, saat, süs eşyası, otomobil gibi değerli şeyler) için de söz konusu olur²⁴⁵. Bu yükümlülüğe aykırı hareket yüzünden malzeme ya da şey telef olacak yahut hasara uğrayacak yahut kaybolacak olursa BK m. 96 gereğince müteahhidin zararı tazmin etmesi gerekir.

Malzemenin özenle kullanılması, bir yandan onu cins ve niteliğine uygun bir biçimde koruyup muhafaza etmeyi, diğer yandan da bu malzemeyi üçüncü kişilerin olumsuz etkilerinden korumak için değer ve özelliğine uygun her türlü tedbiri almayı ifade eder²⁴⁶. Koruma ve muhafaza yükümlülüğünün başında, malzemenin uygun bir depoya konulması gelir. Üçüncü kişilerin olumsuz etkisine, malzemenin çalınması, hasar görmesi, tahrip olması, kötü (hor) kullanılması gibi insan müdahaleleri girer. Müteahhidin malzemeyi kötü çevre koşullarına karşı da koruması gerekir.

Özenle kullanma ve saklama yükümlülüğü kural olarak malzemeyi sigorta ettirme mecburiyetini de yüklemeyiz. Malzemeyi sigorta ettirme yükümlülüğü, ilke olarak iş sahibine aittir. Bunun yanı sıra çalışmaya bağlı ve iş sahibinin bilmediği olağanüstü bir tehlike yüzünden sigorta uygun görünüyorsa, müteahhidin iş sahibini sigorta yaptırması konusunda uyarması, iş sahibini bu durumdan derhal haberdar etmesi, acil hallerde de masrafı iş sahibine ait olmak üzere onun adına malzemeyi sigorta ettirmesi gerekir. Taraflar sözleşmede sigorta ettirme yükümlülüğünün müteahhide ait olacağını da kararlaştırabilirler.

FIDIC kuralları esas alınan inşaat sözleşmelerinde de müteahhidin araç, gereç ve malzemeye ilişkin özen yükümlülüğünden söz edilmektedir. FIDIC

²⁴⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 65; Yavuz, **a.g.e.**, s. 469.

²⁴⁶ Eren, **a.g.m.**, s. 70-71.

kurallarının müteahhidin genel özen yükümlüğüne ilişkin 17.2. maddesinde müteahhidin işin yapımına ilişkin özen yükümlülüğü düzenlenirken, malzemeye ilişkin özen yükümlülüğünden de söz edilmektedir. Buna göre, müteahhidin özen yükümlülüğü bulunduğu zaman dilimi içerisinde yani işe başlanmasından geçici kabul belgesi düzenlenmesine kadar işlerde, malzemelerde ve müteahhidin dokümanlarında meydana gelebilecek zarar ve kayıplar müteahhit tarafından karşılanır.

c. Hesap Verme ve Artan Kısmı İade Borcu

Müteahhit, iş sahibine malzeme ile ilgili olarak hesap vermek zorundadır. Hesap verme yükümlülüğünün ayrıntıları sözleşme ile kararlaştırılabilir. Hesap verme hakkında, vekaletle ilişkin BK m. 392'de yer alan esaslar kıyas yoluyla uygulanır. Müteahhidin hesap verme yükümlülüğü eser tamamlanmadan sözleşme sona ermiş olsa bile yine de mevcuttur.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 357. maddesinin ikinci fıkrasında ve Türk Borçlar Kanunu tasarısının 472. maddesinin ikinci fıkrasında müteahhidin artan malzemeyi iade yükümlülüğünden söz edilmiştir. Artan malzemedan kasıt, imal edilen inşa eserinin bütünleyici parçası olmayan her türlü malzemedir²⁴⁷. Söz konusu düzenlemelerde malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması durumunda yüklenicinin, onları gereken özeni göstererek kullanmak ve bundan dolayı hesap vermekle yükümlü olduğu gibi, eserin meydana getirilmesinde kullanılmayan, başka bir ifadeyle artan malzemeyi de geri vermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir.

²⁴⁷ Eren, **a.g.m.**, s. 71.

d. Genel İhbar Yükümlülüğü

Borçlar Kanunu'nun 357. maddesinin son fıkrasına göre; "iş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalâtın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hâl hadis olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeğe mecbur, aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir". Üçüncü kişinin borçlu olduğu malzemeyi vaktinde teslim etmemesi, bir grev, bizzat iş sahibinin malzemeyi teslimde gecikmesi gibi durumlar buna örnek olarak gösterilebilir.

Borçlar Kanunumuzda özel olarak düzenlenen bu ihbar yükümü, bir yandan müteahhidin genel özen ve sadakat yükümünün bir uzantısı; diğer yandan da iş sahibi tarafından sağlanan malzemeyle ilgili özel bir bilgi verme yükümlülüğüdür²⁴⁸.

Bu borcunu ihlal eden müteahhit, BK m. 96 vd. hükümleri çerçevesinde sorumlu olur. Müteahhit vaktinde ihtarda bulunursa iş sahibi, müteahhidin zararını tazmin suretiyle akdi feshedebileceği (BK m. 369) gibi, akde devam edilmesinde ısrar da edebilir. İsrar halinde yapılan şey telef olursa BK m. 368/III uygulanır. Müteahhit yaptığı işin bedelini ve bu bedelde olmayan diğer masraflarını ve iş sahibinin kusurlu olması halinde fazla zararının tazminini de talep edebilir; şu halde iş sahibinin işe devam hususundaki ısrarı hasarı ona geçirir²⁴⁹.

BK m. 357/III'e göre müteahhidin yerine getirmek zorunda olduğu ihbar yükümlülüğü arasında bilhassa iş sahibi tarafından kendisine teslim edilen malzeme ile arsada ortaya çıkan ayıpları bildirme borcu gelir. Müteahhit ayrıca işin gereği gibi veya zamanında icrasını tehlikeye sokan durumları da iş sahibine derhal ihbar etmek zorundadır. İşin zamanında veya gereği gibi ifasını tehlikeye sokan durumlar arasında üçüncü kişilerin müdahalesini veya

²⁴⁸ Aral, **a.g.e.**, s. 347; Eren, **a.g.m.**, s. 71.

²⁴⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 66.

BK m. 368/II'ye göre ortaya çıkan olağanüstü durumları göstermek mümkündür.

İhbar, müteahhit veya yetkili mümessil tarafından, bizzat iş sahibine veya yetkili temsilcisine, sözlü veya yazılı olarak yapılır. Müteahhit, ihbardan sonra iş sahibinin işin devamı hakkındaki kararını verinceye kadar beklemek zorundadır. İş sahibi, müteahhidin ihbar yükümlülüğü altında bulunan ayıp veya durumları müteahhit dışında başka kaynaklardan öğrenmişse, müteahhidin, böyle bir ihbarda bulunmaması, istisnaî olarak onun ihbar yükümlülüğünü ihlâlden söz edilemez.

Müteahhidin genel ihbar yükümlülüğünden doğan çeşitli özel açıklama ve yol gösterme yükümlülükleri vardır. Örneğin müteahhit, eser yaklaşık maliyet tahminlerini aşırı derecede aşacak bir fiyata mal olacaksa (BK m. 357/I) bu durumu iş sahibine bildirmekle yükümlüdür²⁵⁰.

VII. MÜTEAHHİDİN İNŞAATIN TESLİMİNDEN ÖNCE NOKSAN VE BOZUKLUKLARA İLİŞKİN SORUMLULUĞU

Müteahhit, inşaatın zamanında, eksiksiz ve ayıpsız bir biçimde tesliminden iş sahibine karşı sorumludur. Zira, inşaat noksan ve bozukluklarla teslim edilmişse, iş sahibi BK m. 359 vd. hükümleri uyarınca müteahhide başvurabilir.

Teslimden önce inşaatın yapımı aşamasında müteahhidin kusurlu davranışından inşaatın noksan ve bozukluklarla teslim edileceği önceden ve kesin bir biçimde öngörülebiliyorsa BK m. 358/2 hükmü, iş sahibinin teslimi beklemeye gerek kalmadan daha önce borca aykırılığa ilişkin

²⁵⁰ Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 58; Yavuz, **a.g.e.**, s. 470.

sorumluluğunda açıklamış olduğumuz önlemleri almak hak ve yetkisine sahip olur²⁵¹.

İş sahibi, inşaattaki bozukluğu tespit ettiğinde müteahhide keşide edeceği bir ihtarla noksanların giderilmesi için bir mehil tayin eder. Verilen mehilin yararsız kalması halinde iş sahibi, bozukluğun giderilmesini masrafı müteahhide ait olmak üzere bir başka müteahhide bırakabileceği gibi işin devamını da bu müteahhide bırakabilir veya BK m. 106/2'deki haklarını kullanabilir²⁵². Bozukluğun müteahhit tarafından giderilmesinin imkânsız olduğu veya müteahhidin açıkça bozukluğu gideremeyeceğini bildirdiği hallerde süre tayinine gerek yoktur.

İnşaatin icrası safhasında ortaya çıkan eksiklik ve bozukluklara ilişkin olarak BİGŞ ile özel hükümler getirilmiştir. BİGŞ'ye tâbi işlerde idarenin işin yapımı esnasında eksiklik ve bozuklukları öğrenebilmesi için kontrol teşkilatının gerek inşaatın yapımı aşamasında gerekse kesin kabule kadar olan süreçte müteahhidi denetlemesi esası getirilmiştir. BİGŞ m. 22/1'e göre "Kontrol teşkilatı, Müteahhit tarafından yapılmış olan işin eksik, hatalı ve kusurlu olduğunu malzemenin şartnamesine uygun olmadığını gösteren belirtiler ve kanıtlar gördüğü takdirde, gerek işin yapımı sırasında ve gerekse kesin kabule kadar olan sürede bu gibi eksiklik hata ve kusurların incelenmesi ve tespiti için gerekli görülen yerlerin kazılmasını ve/veya yıkılıp yeniden yapılmasını müteahhide tebliğ eder".

BİGŞ m. 22/2'ye göre incelemeler kural olarak müteahhidin veya vekilinin hazır bulunması ile yapılır. Müteahhit veya vekili bu konuda yapılacak çağrıya uymazsa incelemeler kontrol teşkilatı tarafından tek taraflı olarak yapılarak durum bir tutanakla tespit edilir. Anılan maddenin 3. fıkrasına göre; "bu gibi inceleme ve araştırmaların giderleri, işlerin hatalı ve kusurlu olduğunun anlaşılması halinde müteahhide ait olur. Aksi anlaşılırsa genel hükümlere göre işlem yapılır".

²⁵¹ Bkz. s. 57 vd.

²⁵² Seliçi, **a.g.e.**, s. 119.

Nihayet BİGŞ m. 22/4'e göre müteahhidin kusuru ile ortaya çıktığı ya da müteahhidin sorumluluğu kapsamına girdiği tespit edilen hatalı, kusurlu ve malzemesi kötü işlerin bedelleri müteahhidin hakedişlerinden ya da teminatından kesilir.

BİGŞ'ye tâbî işlerde üstlenilen işlerin her türlü sorumluluğunun kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanması tarihine kadar tümüyle müteahhide ait olması nedeniyle müteahhit, gerek malzemenin kötülüğünden ve gerekse yapım ve hizmet işlerinin kusur ve eksikliklerinden dolayı, idarece gerekli görülecek bütün onarım ve düzeltmeleri, sürekli bakım işlerini kendi hesabına derhal yapmak zorundadır (m. 23/1). Bu düzeltmenin yapılması için bir süre tayini gerekli değildir. BİGŞ'nin 23. maddesinin ikinci fıkrasının düzenleniş biçiminden müteahhidin eksiklik ve bozuklukların ortaya çıkmasında kusurunun bulunmasının şart olmadığı anlaşılmaktadır.

FIDIC kurallarının 11. maddesinde de işin yapılması aşamasında meydana gelen kusur ve hasarlardan müteahhidin sorumlu olacağına dair düzenlemelere yer verilmiştir. Öncelikle teslimden önce bir kusur ya da hasarın meydana gelmesi durumunda müteahhidin, durumu iş sahibine ya da temsilcisine gecikmeksizin bildirme yükümlüğü bulunmaktadır. Söz konusu eksik işler ya da hasar, müteahhidin sorumlu olduğu bir planlamadan kaynaklanmakta ise, sözleşmeye uygun olmayan tesis, malzeme ya da ifadan kaynaklanıyor ise ya da müteahhidin diğer bir yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklanıyor ise müteahhidin bu kusurları giderme yükümlülüğü bulunmaktadır (FIDIC m. 11.1).

Müteahhidin kendisine verilen makul süre içerisinde kusur ya da hasarı gidermemesi durumunda işverenin öncelikle müteahhide bu konuda ek süre tanınması gerekmektedir (FIDIC m. 11.4). Bu süre içerisinde de zararların giderilmemesi halinde iş sahibinin bazı seçimlik hakları doğmaktadır. Buna göre iş sahibi:

(a) İşleri makul bir biçimde müteahhit hesabına kendisi yapabilir ya da başkasına yaptırabilir. Bu durumda müteahhit, doğan masrafları ödemekle mükelleftir.

(b) Sözleşme bedelinin indirilmesini mühendisten talep edebilir.

(c) İşlerdeki kusur ya da hasar işverenin işin tamamından ya da önemli kısımlarından yararlanmasına engel olacak nitelikte ise sözleşmenin tamamını ya da kullanılamayan kısımlarla ilgili bölümünü sona erdirebilir.

Tüm bu durumlarda iş sahibinin diğer tazminat haklarına hanel gelmez. İş sahibinin, seçimlik haklarını kullanırken bunun yanı sıra uğramış olduğu zararın tazminini FIDIC m. 17.1 (i) uyarınca talep etmesi her zaman mümkündür.

VIII. MÜTEAHHİDİN ŞAHSEN İFAYA VE YARDIMCI ŞAHISLARIN SEBEP OLDUKLARI ZARARLARA İLİŞKİN SORUMLULUĞU

Müteahhidin şahsen idare görevini ihlal etmesi dolayısıyla sorumluluğu ile kullandığı yardımcı kişilerin sebep olduğu zararlardan dolayı sorumluluğu birbirinden farklıdır. Şahsen idare borcuna aykırı davranış sebebiyle sorumluluk, doğrudan doğruya bir sorumluluktur. Buna karşılık müteahhidin kullandığı yardımcı kişilerin sebep olduğu zararlardan sorumluluğu, dolayısıyla sorumluluktur²⁵³.

A. Müteahhidin Şahsen İfaya İlişkin Sorumluluğu

BK m. 356/II'ye gereğince müteahhit, üstlenmiş olduğu inşa eserini şahsen meydana getirmek ve kendi yönetimi altında başkasına yaptırmakla yükümlüdür. Anılan maddenin düzenleniş biçiminden anlaşılacağı üzere

²⁵³ Ahmet M. Kılıçoğlu, "Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu", **AÜHFD**, C. 32, S. 1-4, 1975, s. 191.

müteahhit eseri ya bizzat meydana getirecek ya da kendi yönetimi altında bir başkasına yaptıracaktır.

İnşaat sözleşmeleri de diğer iş görme sözleşmeleri gibi borcun bizzat ifa edilmesinde alacaklının menfaatinin bulunduğu kabul edilen sözleşmelerdendir²⁵⁴. Üstlenilen işin müteahhit tarafından şahsen veya kendi yönetimi altında bir başkası vasıtasıyla meydana getirilmesi borcu, inşaat sözleşmesinde müteahhidin kişiliğinin, özellikle kişisel yetenek ve becerilerinin önem taşıdığı, karşılıklı itimat ve güvenin esas olduğu fikirlerine dayanır²⁵⁵. Burada iş sahibi, müteahhidin kişiliğini onun kişisel yetenek ve becerilerini göz önünde tutarak, ona güvenerek sözleşme yapar. Müteahhit bu edim yükümüne aykırı hareket eder, yani işi şahsen yerine getirmezse, iş sahibi BK m. 106'ya göre hareket edebilir. Söz konusu hüküm bir emredici hüküm değildir. Buna göre tarafların sözleşme ile aksini kararlaştırmaları her zaman mümkündür.

İncelememize esas teşkil eden büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde müteahhit genellikle bir tüzel kişi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda bizzat yapmadan değil, kendi yönetimindeki yetkili organların ya da gerçek kişilerin yapmasından söz edilecektir²⁵⁶. Ayrıca inşaat sözleşmelerinde işin uzmanlık gerektiren belli bölümlerinin müteahhidin yönetiminde başkasına ya da kendi yönetiminde olmaksızın kendi adına ve hesabına anlaşma yaptığı alt müteahhitlere yaptırılması kararlaştırılabilir²⁵⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki inşaat sözleşmelerinde genellikle işlerin niteliği ve kapsamı bunların tamamının bizzat müteahhit tarafından ifasına imkân verecek mahiyette değildir. Zira farklı alanlarda uzmanlık gerektiren (örneğin; elektrik tesisatı, havalandırma tesisatı, dış yüzey yapımı gibi), rasyonalize edilmiş ve iş bölümüne dayanan işlerin tek bir kişi (müteahhit) tarafından yapılması beklenemez.

²⁵⁴ Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 192.

²⁵⁵ Eren, **a.g.m.**, s. 64; Tuhr, **a.g.e.**, s. 514.

²⁵⁶ Dayınlı, **a.g.e.**, s. 43; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 71; Yavuz, **a.g.e.**, s. 467.

²⁵⁷ Eren, **a.g.m.**, 64; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 73; Yavuz, **a.g.e.**, s. 467.

Müteahhidin inşaatın icrasını mutlaka bizzat yapmasının zorunlu olduğu hallerde yardımcı kişiler kullanması, onun şahsen ifa borcunun ihlali sayılır ve BK m. 96 gereğince sorumluluğunu gerektirir. Ancak inşaat sözleşmeleri büyük bir çoğunlukla müteahhidin bizzat ifasını gerektirmeyen ve hatta bunun mümkün olmadığı mahiyettedir. İnşaatın yapımında yardımcı şahıs kullanmaya olanak varsa, müteahhit şahsen ifa ile görevlidir. Bu görevini ihlal etmesi sonucunda iş sahibi bir zarara uğrarsa, idare görevinin ihlali, sözleşmeden doğan mükellefiyetlerin ihlalidir. İş sahibinin bu ihlal sonunda doğrudan doğruya ya da dolayısıyla bir zarara uğradığını ispat etmesi gerekli ve yeterlidir²⁵⁸. Kusursuzluğunu ispat yükü müteahhide düşer.

Şahsen idare mükellefiyetinin ihlali aynı zamanda bir haksız fiil teşkil edebilir. Bu takdirde, istisna sözleşmesinden doğan sorumluluk ile haksız fiilden doğan sorumlulukların yarışması söz konusu olur. İdare görevinin ihlali aynı zamanda cezayı gerektiren bir suç teşkil edebilir. Bu durumda ise, müteahhidin cezaî sorumluluğu da söz konusu olur²⁵⁹.

Müteahhidin şahsen idare borcuna aykırı hareket etmesi nedeniyle üçüncü kişiler zarar görmüş ise müteahhit, zarara uğrayan bu şahısların zararlarını haksız fiil hükümlerine göre tazmin edecektir.

Müteahhidin şahsen idare görevini ihlali dolayısıyla doğan zarara iş sahibinin kusurlu hareketinin etkili olması halinde bu durum hükmedilecek tazminat miktarından bir miktar indirim, bazen de tazminata hükmedilmemesine sebep olabilir.

B. Müteahhidin Yardımcı Kişilere İlişkin Sorumluluğu

Müteahhidin işin şahsen ifasını borçlanmış olması kural olarak onun sözleşme konusu inşaatın meydana getirilmesinde yardımcı kişiler

²⁵⁸ Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 191.

²⁵⁹ Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 191; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 512.

çalıştırılmasına engel teşkil etmeyecektir. İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin kişisel özelliklerinin ve yeteneklerinin önem taşıması ve bunlara güvenilerek işin ona verilmiş olması halinde dahi müteahhidin kendi gözetimi altında yardımcı kişi çalıştırmasının işin kalitesini etkilemeyeceğinden hareketle, inşaatı üstlenen müteahhidin çeşitli usta ve işçiler çalıştırması olağandır²⁶⁰.

Yardımcı kişilerin kendilerine bırakılan işi gereği gibi yerine getirmemesi halinde, müteahhidin BK'nın 100. maddesine göre sorumluluğu söz konusu olacaktır²⁶¹. Müteahhit, gerek yardımcı kişilerin seçiminde gerekse onlara nezaret etmekte kusurlu hareket etmediğini ispat etse dahi sorumluluktan kurtulamaz²⁶².

Müteahhidin yardımcı şahısların iş sahibine vermiş olduğu zararlardan doğan sorumluluğu açısından bu kişilerin kusurlu olup olmasının bir önemi yoktur. BK'nın 100. maddesi ile müteahhide bu hususta bir kurtuluş beyyinesi getirme olanağı tanınmamıştır. Müteahhidin inşaatın yapımında bir yardımcı kullanması ve yardımcının fiili ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir. Ancak müteahhidin haberi olmaksızın, inşaatın yapımı işine yetkisiz bir biçimde dahil olan bir yardımcının fiilinden veya inşaatın yapımı ile ilgili olmayan fiillerden doğan zararlar nedeniyle müteahhidin BK m. 100 gereğince sorumluluğundan söz edilemez²⁶³.

Yardımcı şahsın fiilinin aynı zamanda bir haksız fiil teşkil etmesi durumunda iş sahibi, müteahhit ile birlikte yardımcı şahsın da sorumluluğuna başvurabilir. Ancak inşaat sözleşmelerinde müteahhidin yanında yardımcı şahsa da başvurulabilir olmasının müteahhidin ve yardımcı şahsın maddi durumları göz önüne alındığında pratikte bir önemi bulunmamaktadır.

²⁶⁰ Yavuz, **a.g.e.**, s. 467-468; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 74.

²⁶¹ BK m. 100'e göre; "Bir borcun ifasını veya bir borçtan mütevellit bir hakkın kullanılmasını kendisi ile beraber yaşayan şahıslara veya mahiyetinde çalışanlara velev kanuna muvafık surette tevdi eden kimse, bunların işlerini icra esnasında ika ettikleri zarardan dolayı diğer tarafa karşı mesuldür".

²⁶² Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 192.

²⁶³ Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 193.

BK m. 100/II gereğince, sözleşme ile müteahhidin yardımcı şahıslara ilişkin sorumluluğunun kısmen veya tamamen sınırlandırılması mümkündür. Bununla birlikte yardımcı şahsın fiili nedeniyle gerek iş sahibinin gerek üçüncü şahsın uğradığı zararı tazmin eden müteahhidin, kusurlu olan yardımcısına rücu etmesi mümkündür. Bu halde yardımcının kusuru önem taşır.

IX. MÜTEAHHİDİN İNŞAATIN YAPIMINI ALT MÜTEAHHİTLERE DEVRİ HALİNDE SORUMLULUĞU

BK m. 356/II'de müteahhidin bizzat ifa borcuna bir istisna getirilmiştir. Buna göre, işin niteliğini bakımından kişisel yetenek ve becerinin önem arz etmediği işlerde müteahhit yüklendiği inşaatı başkası ya da başkaları vasıtasıyla meydana getirebilir. Bu takdirde alt müteahhitlik söz konusu olur ve burada asıl müteahhit, inşa eserinin tamamını yahut bir kısmını üçüncü bir kişiye, bir alt müteahhide (taşeron - yardımcı kişiye) yaptırır²⁶⁴.

Burada öncelikle belirtmek gerekir ki asıl müteahhidin inşaatın tamamını ya da bir kısmını meydana getirmek üzere alt müteahhit ile yaptığı alt müteahhitlik sözleşmesi de bir inşaat sözleşmesidir²⁶⁵. Asıl müteahhit bu sözleşmeyi iş sahibi adına değil kendi nam ve hesabına yapar. Alt müteahhit, asıl müteahhidin bağımlı değil, bağımsız yardımcısı olup, üstlendiği işe ilişkin olarak meslekî açıdan gerekli bir uzmanlığa sahiptir. Asıl müteahhidin sözleşmeyi kendi nam ve hesabına yapmasının bir sonucu olarak alt müteahhidin inşaatı meydana getirme ve teslim borcu iş sahibine karşı değil, asıl müteahhide karşı söz konusu olur.

Asıl müteahhidin alt müteahhide işin tamamını veya bir kısmını devretme yetkisi sözleşme ile açıkça kararlaştırılabileceği, iş sahibinin iznine bırakılabileceği gibi işin niteliğinin de bir başkası tarafından da yapılmaya

²⁶⁴ Eren, **a.g.m.**, s. 64-65.

²⁶⁵ Eren, **a.g.m.**, s. 64.

elverişli olmasına dayanır (BK m. 356/II). Asıl müteahhide işin tamamını ya da bir kısmını alt müteahhide devir yetkisi sözleşmenin yapılması esnasında verilmiş olabileceği gibi daha sonra da ayrı bir sözleşme ile verilebilir. Sözleşmede yer alan işin alt müteahhitlere devir yetkisi bazen sadece belirli işlerin devredilebileceği şeklinde kararlaştırılabilir.

BİGŞ m. 46 hükmü uyarınca “Müteahhit üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez. Devredilebilmesi için birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirinin yazılı izninin alınması gereklidir. Ayrıca, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır”. Ayrıca 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 16. maddesine göre “Sözleşme, zorunlu hallerde ihale yetkilisinin yazılı izni ile başkasına devredilebilir. Ancak, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartların aranması zorunludur. Ayrıca, isim ve statü değişikliği gereği yapılan devirler hariç olmak üzere, bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde aynı yüklenici tarafından başka bir sözleşme devredilemez veya devir alınamaz. İzinsiz devredilen veya devir alınan veya bir sözleşmenin devredildiği tarihi takip eden üç yıl içinde devredilen veya devir alınan sözleşmeler feshedilerek, devreden ve devir alanlar hakkında 20, 22 ve 26. madde hükümleri uygulanır²⁶⁶”.

Anılan düzenlemeler ile “sözleşmenin devri” kavramının işin alt müteahhitlere yaptırılmasını mı yoksa asıl müteahhidin iş sahibinin katılımı ile iş sahibi ad ve hesabına sözleşmeyi bir başka alt müteahhide devretmesini mi ifade ettiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak işin kısımlar halinde devrinin bu kısımların alt müteahhide devrini de kapsadığı dikkate alınmalıdır²⁶⁷.

BİGŞ’nin 17. maddesi gereğince “Müteahhit üstlenmiş olduğu işin devamı süresince iş yerinden ayrılamaz. Ancak idare tarafından kendi yerine kabul edilecek birisini, işlerin gecikmesini ve durmasına hiç bir şekilde yol

²⁶⁶ Anılan yollama ile maddeye aykırı hareket halinde 20 ve 22. maddeler ile düzenlenen idarenin sözleşmeyi feshi, 24. madde ile ihale katılmaktan men sonuçları öngörülmüştür.

²⁶⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 81.

açmamak şartı ile vekil bırakarak iş başından ayrılabilir. Müteahhit veya vekili işyerinden ayrılmalarını gerektiren zorunlu hallerde, kontrol teşkilatından izin almak zorundadırlar.

Müteahhit veya vekilinin, istendiği zaman işlerle ilgili denetimler ve çalışmalar sırasında kontrol teşkilatı ile birlikte bulunmaları gereklidir”.

BİGŞ'nin yukarıda anılan 17. ve 4. maddelerindeki düzenlemeler karşısında şartnameye tâbî inşaat sözleşmelerinin büyük bir kısmında kural olarak işi kendi yönetimi altında yaptırma borcunun var olduğu kabul edilmektedir²⁶⁸.

Müteahhidin inşaatın yapımını devretmiş olduğu alt müteahhitlerin davranışlarına ilişkin sorumluluğu yapılan devrin yetkili yahut yetkisiz bir biçimde yapılmış olmasına göre farklı özellikler arz eder.

Müteahhidin işin alt müteahhide devrine yetkisi bulunuyor ise, şahsen ifa ve idare mükellefiyetinin ihlalinden doğan sorumluluk ortadan kalkar²⁶⁹. Ancak bu müteahhidin inşaatın yapımında alt müteahhitlerin kusurlu hareketlerinden de sorumlu tutulmaması anlamına gelmez.

Müteahhidin inşaatın yapımının tamamını ya da bir kısmını alt müteahhitlere devir yetkisi bulunmaktaysa, alt müteahhit asıl müteahhidin yardımcı kişisi sayılır²⁷⁰ ve bunların eylemlerinden dolayı asıl müteahhit iş sahibine karşı, ancak bunları seçmekte veya talimat vermekte kusurlu olması halinde BK m. 100'e göre sorumlu olur²⁷¹. Burada asıl müteahhidin alt

²⁶⁸ Yavuz, **a.g.e.**, s. 467; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 72-73.

²⁶⁹ Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 197.

²⁷⁰ Kılıçoğlu'na göre alt müteahhitlerin asıl müteahhidin yardımcı kişisi sayılmasına imkan yoktur. Ancak müteahhidin, alt müteahhidin kusurlu davranışlarından sorumlu tutulması konusunda alt müteahhidin yardımcı kişi gibi değerlendirilerek hareket edilmesinden başka çare bulunmamaktadır (Kılıçoğlu, **a.g.m.**, s. 198). Tuhr'a göre ise işin icrası kendilerine devredilen şahıslar tam olarak BK'nın 100. maddesindeki (İBK m. 101) yardımcı şahıslar kavramına dahil edilemediği halde, bu gibi kişiler dolayısıyla müteahhidin sorumluluğunun da bu madde kapsamında değerlendirilmesi mümkündür (Tuhr, **a.g.e.**, s. 636).

²⁷¹ Eren, **a.g.m.**, s. 67.

müteahhidi denetim yetkisi olmadığından, onun denetimindeki özensizlik nedeniyle asıl müteahhidin sorumlu olması söz konusu olmaz.

Müteahhit, alt müteahhidi seçmekte gerekli özeni gösterdiğini, ona gerekli talimatı verdiğini ispat suretiyle sorumluluktan kurtulamaz²⁷². İnşaat sözleşmesinde alt müteahhit, bağımsız da olsa asıl müteahhidin yardımcı kişisidir. Bu nedenle asıl müteahhit, alt müteahhidin eyleminden ancak böyle bir eylemde kendisi bulunmuş olsaydı kusurlu sayılamayacak idiyse, bunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir²⁷³.

Buna karşılık müteahhit, işi alt müteahhide devir yetkisi bulunmamasına rağmen, böyle bir devirde bulunmuş ve alt müteahhidin eylemi iş sahibine zarar vermişse, asıl müteahhit bunların borca aykırı, kusurlu hareketlerinden BK m. 96'ya göre sorumlu olur. Yine devir yetkisi olmayan hallerde müteahhidin, iş sahibine karşı alt müteahhidin zarar veren eyleminden dolayı BK m. 100'e göre de sorumlu olması mümkündür. İşin devrinin caiz olmaması bu sonucu değiştirmez.

İş sahibinin zararını tazmin etmek zorunda kalan müteahhidin, daha sonra alt müteahhitlere rücu edilebilip edilemeyeceği taraflar arasındaki ilişkiye göre tayin edilir.

FIDIC kuralları esas alınan inşaat sözleşmelerinde ise FIDIC kurallarının 4.4. maddesi gereğince müteahhidin, işlerin tamamını alt müteahhitlere devri mümkün değildir²⁷⁴. Alt müteahhidin kendisinin, temsilcisi ya da yanında çalıştırdığı kişilerin fiillerinden ya da görev ihmallerinden asıl müteahhit sorumlu olacaktır.

Taraflar özel şartlarda aksini kararlaştırmış olmadıkça müteahhit, malzemelerin temini konusunda alt müteahhitlerle çalışırken yahut

²⁷² Eren, **a.g.m.**, s. 67; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 34.

²⁷³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 94.

²⁷⁴ İşlerin tamamının işverenin rızası olmaksızın alt müteahhitlere devri, FIDIC m. 15.2 (d) gereğince işverene sözleşmeyi fesih hakkı kazandırmaktadır. Bu halde iş sahibi, 14 gün öncesinden haber vermek suretiyle sözleşmeyi feshederek, müteahhidi inşaat sahasından çıkarabilir.

sözleşmede ismi belirtilen bir alt müteahhitle anlaşma yaparken muvafakat almak zorunda değildir. Anlaşma yapılması öngörülen diğer alt müteahhitler için ise mühendisten onay alınmalıdır. Müteahhit, mühendise en az 28 gün öncesinden alt müteahhidin işlerinin öngörülen başlangıç tarihi ve bu işlerin başlaması hakkında bilgi vermelidir (FIDIC m. 4.4 (c)).

Ancak FIDIC kurallarının esas alınmış olduğu sözleşmelerde onaylanmış (tayin edilmiş) alt müteahhitle²⁷⁵ çalışılması halinde müteahhit, bu alt müteahhidi denetleme imkânına sahip olmasına karşın, onaylanmış alt müteahhidin kusurları var ise bundan doğan sorumluluk iş sahibine ait olacaktır²⁷⁶.

²⁷⁵ Onaylanmış alt müteahhit ya da bir diğer söyleyişle atanmış tali müteahhit (nominated subcontractor) hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. yukarıda s. 30 vd.

²⁷⁶ Yalçınduran, **a.g.e.**, s. 53.

İKİNCİ BÖLÜM

MÜTEAHHİDİN AYIPLI İFADAN DOĞAN SORUMLULUĞU (AYIBA KARŞI TEKEFFÜL)

I. GENEL OLARAK

İş sahibine teslim edilen inşa eseri, müteahhit tarafından garanti edilen, iş sahibi tarafından beklenen ve sözleşmede öngörülen nitelikleri taşımadığı takdirde müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olur.

İnşaat sözleşmesinde aynen satım sözleşmesinde olduğu gibi teslim borcunun bir tamamlayıcısı olarak ayıba karşı tekeffül borcunun varlığı kabul edilmiştir²⁷⁷. Bu şekilde ortaya çıkan ayıba karşı tekeffül borcu müteahhidin inşaatı, taahhüt ettiği ve sözleşmede öngörülen kullanım amaçları açısından gerekli niteliklere uygun olarak teslim edilmesi borcunu ifade etmektedir²⁷⁸.

Ayıba karşı tekeffül borcu BK m. 359-363 hükümleri arasında düzenlenmiş ve bu hükümlerde esasa ilişkin şartlar (maddi şartlar), kullanma şartları (şekli şartlar) ve ayıba karşı tekeffülün sonuçlarına yer verilmiştir.

FIDIC kurallarının 11. maddesi ile ayıba karşı tekeffül borcu düzenlenmiştir. Ayıplı ve noksan işlerin müteahhide bildirilmesi prosedürü ise FIDIC m. 11.1 ile düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca, müteahhit işi bitirip, sözleşmede öngörülen testlerden olumlu sonuç aldıktan sonra, durumu mühendis ve iş sahibine bildirecektir. Bu bildirim aynı zamanda, müteahhidin mühendisten kesin kabul belgesini talep etmesi anlamına gelecektir. Bu bildirim üzerine mühendis, 21 gün içerisinde ya kesin kabul belgesini verecek ya da eksik işlerin bulunması durumunda, bu işlerin

²⁷⁷ Eren, **a.g.m.**, s. 78; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 160; Yavuz, **a.g.e.**, s. 477.

²⁷⁸ Karahasan, **a.g.e.**, 135; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 160; Abdullah Uğur, **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1988, s. 43; Yavuz, **a.g.e.**, s. 94.

tamamlanması hususunda talimat verecektir. Mühendis, bu süre içerisinde ayıpları da bildirecektir. Görüldüğü üzere, muayene ve bildirim yükümlülüğü, FIDIC kuralları uyarınca hem noksan hem de ayıplı işler için söz konusudur²⁷⁹.

Hukukumuzda ayıplı ve noksan işler, hukukî nitelikleri itibariyle birbirinden farklı anlamlar taşımaktadır. Ayıplı işte, inşaatın sözleşmeye aykırı olarak veya inşaatın kullanım amacı için gerekli vasıfları taşımaksızın teslimi söz konusu olmaktadır²⁸⁰. Noksan işlerin bu durumdan farklılığı ise Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.06.1988 tarih ve 1988/3812 E., 1988/2287 K. sayılı kararı ile açıkça ifade edilmiştir. Buna göre; noksan işte, iş yapılmadığından niteliğinin sözleşmeye uygun olup olmadığı, diğer bir deyimle, ayıplı bulunup bulunmadığı üzerinde durulmaz. O halde, noksan işin ayıplı işlerle bir arada ifade edilmesi ve yukarıda sözü edilen madde hükümlerinde düzenlenen ayıplı işler kavramına dâhil edilmesi olanağı yoktur²⁸¹.

İnşaatın eksik bir biçimde yapılması halinde ayıplı ifa değil, ifanın hiç yerine getirilmemesi söz konusu olacaktır. Zira bu durumda sözleşmedeki anlamıyla bir inşaat ortaya çıkmamıştır. Bu durumda temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁸².

Ayıplı ve noksan işlerin birbirinden ayrı tutulmasının bir sonucu olarak BK m. 194 ve devamı maddelerinde düzenlenen ihbar ve muayene yükümlülüğünün yalnızca ayıplı işleri kapsayacağı, noksan işler için böyle bir yükümlülüğün bulunmadığı kabul edilmektedir²⁸³.

²⁷⁹ FIDIC kuralları yorumlanırken ayıplı işler kavramı, Türk hukukundakinin aksine noksan işleri de kapsamaktadır. Ayıp kavramı tanımlanırken “miktar ve vasıfları itibariyle inşaat sözleşmesinde açıkça veya örtülü olarak taahhüt edilen edimlerin miktar ve vasıflarına aykırılık olarak ifade edilmektedir (Akıncı, **a.g.e.**, s. 46; Bunni, **a.g.e.**, s. 255).

²⁸⁰ Akıncı, **a.g.e.**, s. 46; Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 389; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 160; Uğur, **a.g.e.**, s. 43.

²⁸¹ Akıncı, **a.g.e.**, s. 46. Ancak Y. 15. HD. 06.04.1978 tarih ve 1978/2203 E. ve 1978/745 K. sayılı ilamına göre bozukluk (ayıp) “eserin taşınması gereken niteliklerden ayrılarak meydana getirilmesini içerir. Eksik işler de bu kavramın kapsamında yer alır” (Karahasan, **a.g.e.**, s. 259).

²⁸² Öz, **a.g.e.**, s. 104.

²⁸³ Kostakoğlu, **a.g.e.**, s. 390.

İfa ile iş sahibinin menfaatinin karşılanıp karşılanmadığı normal olarak eserin tesliminde belli olacaktır. Teslim alınan inşaatta mevcut olan ayıp ve noksanlar nedeniyle borcun gereği gibi ifa edilmesine Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerindeki gibi bir tazminata dönüşme sonucu bağlanmayarak, özel bir sorumluluk düzeni getirilmiştir²⁸⁴. BK'nın 325 vd. maddelerinde yer alan, eserdeki noksan bozukluklardan dolayı müteahhidin sorumluluğunu düzenleyen hükümlerin amacı, bozukluk dolayısıyla iş sahibinin karşılanamayan ifa menfaatinin, sağlanan imkânlarla kendisince en uygun tarzda dengelenmesidir.

II. MÜTEAHHİDİN AYIPLI İFADAN SORUMLU TUTULMASININ MADDİ ŞARTLARI

Borçlar Kanunu'nun 359 uncu maddesine göre; "İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur". Söz konusu düzenlemeden anlaşıldığı üzere iş sahibi lehine, BK'nın 360. maddesinde tanınan hakların doğması için; inşaatın teslim edilmiş olması, inşaatın ayıplı olması ve iş sahibinin inşaatı zamanında muayene ederek ayıpları müteahhide bildirmiş olması gerekmektedir.

A. İnşaatın Teslim Edilmiş Olması

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun ilk şartı, müteahhidin inşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan inşaatı tamamlayarak iş sahibine teslim etmiş olmasıdır. İnşaatın tesliminden ne anlaşılması gerektiği ve teslimin ne zaman yapılmış sayılacağı daha önce açıklanmıştır²⁸⁵. Kısaca tekrar edilecek olursa tamamlanmamış inşaatın teslim edilmesi mümkün

²⁸⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s. 129.

²⁸⁵ İnşaatın teslimine ilişkin olarak bkz. yukarıda s. 46 vd.

değildir. İnşaatın tamamlanması için müteahhidin sözleşmede kararlaştırılmış bulunan bütün inşaat işlerini bitirmiş olması gerekir. Bunun sınırı ise dürüstlük kuralıdır²⁸⁶. Yapılan işin tümü dikkate alındığında, eksik kalan işlerin fevkalade az ve önemsiz olması halinde, iş sahibinin inşaatın tamamlanmamış ve bu yüzden teslim alınmayacak durumda olduğunu ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı düşecekse, inşaat teslimi elverişlidir. Tamamlanmış inşaatın teslim alınması, müteahhidin teslim borcunun ifasında iş sahibine düşen bir hazırlık fiilidir. İnşaatı teslim almaktan kaçınan iş sahibi alacaklının temerrüdüne düşer.

Sözleşme konusu inşaata ilişkin tüm yükümlülükler yerine getirilmemiş ise inşaat tamamlanmış sayılamayacağı için inşaatın teslimi ve dolayısıyla ayıba karşı tekeffül borcu söz konusu olmayacaktır²⁸⁷. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 13.11.1984 tarih ve 1984/1074 E. ve 1984/3475 K. sayılı kararında “ayıba karşı tekeffül borcunun eserin fiilen ve tamamen tesliminin gerçekleşmesi halinde söz konusu olabileceği” açıkça ifade edilmiştir²⁸⁸.

Tamamlanmış inşaatın teslimi, iş sahibi lehine ayıba karşı tekeffüle ilişkin talep haklarının doğması için zorunlu koşuldur. İnşaat tamamlanmamış olması sebebiyle teslim edilemiyorsa, müteahhidin, iş görme sürecinde borca aykırı davranışı nedeniyle sorumluluğu söz konusu olabilir. İnşaatın teslim alınmış olması kural olarak tamamlanmış olduğunu belirtir. Teslim ile iş sahibi inşaatta mevcut olan ayıpları muayene ile tespit etmek imkânına sahip olacaktır²⁸⁹. Muayene ile belirlenebilen ayıpların müteahhide bildirilmesi ile

²⁸⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s. 134.

²⁸⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s. 134; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 160

²⁸⁸ Karahasan, **a.g.e.**, s. 259-260.

²⁸⁹ Y. 15. HD.'nin 29.05.1986 tarih ve 1986/4033 E. ve 1986/2198 K. sayılı kararında göre; “Davacı Ayşe, dava dilekçesinde kendisine ait dairelerdeki noksan ve ayıplı işler bedelini dava etmiştir. Borçlar Kanunu’nun 359 ve 362. maddeleri gereğince, iş sahibi, imal olunan şeyin tesliminden sonra işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz, o şeyi muayene ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur. Yapılan şeyin sarahaten ve zımnen kabulünü müteakip müteahhit, her türlü mesuliyetten kurtulur. Ancak, müteahhidin kasten sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahade edilmeyecek olan (gizli ayıp) konular hakkında mesuliyet bakidir (YKD., Kasım 1986, S: 11, s: 1683).

tamamlanmış eserdeki bozukluklar dolayısı ile sorumluluk artık BK m. 360 çerçevesinde tayin edilecektir²⁹⁰.

B. İnşaatla Ayıbın Mevcut Olması

Ayıp, sözleşme konusu inşaatla sözleşme ile üzerinde anlaşılan niteliklerin veya sözleşme ile belirlenmiş olmakla birlikte dürüstlük kuralı gereği lüzumlu vasıfların bulunmaması halidir²⁹¹. Bir başka deyişle, ayıp eserdeki nitelik eksikliğidir. İnşaatın ayıplı olduğunu ispat yükü iş sahibine düşer.

BK m. 360'da da belirtildiği üzere, inşaatla ayıp, sözleşmede kararlaştırılan vasıfların eksikliği ya da lüzumlu vasıfların eksikliği olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkar. FIDIC kuralları ile mühendisin talimatlarına aykırılık da ayıp kavramı içerisinde nitelendirilmiştir.

1. Ayıp Sayılan Durumlar

a. Sözleşme ile Kararlaştırılan Vasıflarda Eksiklik

Uygulamada genellikle taraflar arasında imza edilen sözleşmede ve özellikle de eki sayılan teknik şartnamelerde inşaatın taşınması gereken özellikleri, kullanım amacı, işleyiş biçimi, kalitesi vb. gibi nitelikler belirlenir²⁹². Sözleşmede taraflarca kararlaştırılan nitelikler yer, biçim, ölçü, imal tarzı gibi somut eseri belirlemeye yarayan vasıflar veya eseri daha yakından tanımlayan özel vasıflar²⁹³ da olabilir.

Müteahhidin ayıp sonucunda doğan yasal sorumluluktan daha ağır bir sonucu sözleşme ile kabul etmesi de mümkündür. Örneğin; müteahhidin vaat

²⁹⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s. 134.

²⁹¹ Eren, **a.g.e.**, s. 77-78; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 161; Yavuz, **a.g.e.**, s. 477.

²⁹² Tandoğan, **a.g.e.**, s. 162.

²⁹³ Çatının veya yüzme havuzunun su geçirmezliği, tesisatta kullanılacak enerjinin derecesi vb gibi.

etmiş olduğu vasıflarda eksiklik nedeniyle başka bir şart aranmaksızın fesih hakkı tanınması ya da ayıp sonucu zarar için kusur sorumluluğuna rıza göstermesi gibi şartlar sözleşme ile kararlaştırılmış olabilir. Sözleşme ile kararlaştırılan bir vasfın eksik olması halinde, inşaatın bu haliyle teknik olarak kusursuz olması halinde dahi inşaat ayıplı kabul edilecektir²⁹⁴. Ancak bu durumda fesih, ücret indirimi veya tamir ve düzeltmeyi talep etme haklarının şartları bulunmayabilir ya da bunların ileri sürülmesi TMK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması kabul edilebilir²⁹⁵.

Bazı hallerde inşaatın bulunması istenilen asgarî nitelik düzeyinin sözleşme ile belirlenmesi mümkündür. Kararlaştırılan niteliğin üzerinde bir kalitenin varlığı sözleşmeye aykırılık teşkil etmez. Bu durumda sözleşmede kararlaştırılardan daha iyi kalitede ve fazladan eklenen niteliğin eserin kullanılmasını etkilememesi gerekmektedir. Ancak örneğin inşaatın duvarlarının normal sıva yerine mermer ile kaplanması halinde mermerin ağırlığı inşaatın dayanıklılığını olumsuz etkiliyorsa yine ayıbın varlığından söz edilir²⁹⁶.

Tarafların, eserin belirli bir vasfı hususunda anlaşıp anlaşmadıkları veya hangi vasıflar üzerinde anlaştıkları her münferit olayda sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumlanması ile tespit edilir²⁹⁷. Bu noktada özellikle sözleşmenin lafzı ve amacı dikkate alınır.

Sözleşme ile taahhüt edilen ve niteliklere aykırılıklardan kaynaklanan ayıplara ilişkin olarak FIDIC kuralları ile de düzenlemeler getirilmiştir. Yine FIDIC kuralları gereğince mühendisin tâlimatlarına aykırılıktan kaynaklanan ayıp da müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kapsamındadır.

FIDIC kurallarının 11.1. maddesi uyarınca, bütün malzeme araç ve işçiliğin sözleşmede taahhüt edilen özelliklere uygun olması gerekmektedir.

²⁹⁴ Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2002, s. 95.

²⁹⁵ Yavuz, **a.g.e.**, s. 479; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 163-164.

²⁹⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s. 139; Yavuz, **a.g.e.**, S. 479.

²⁹⁷ Şenocak, **a.g.e.**, s. 95.

Bu şartlar, iş sahibi ve müteahhit arasında yapılan sözleşmede ve projede belirlenir. Müteahhidin sözleşme ile taahhüt etmiş olduğu bir vasfın eksikliği inşaatın ayıplı sayılması için yeterli olacaktır.

FIDIC kurallarının 11.1. maddesi, malzeme, araç ve işçiliğin sözleşmeye uygun olması gerektiği kadar, mühendisin tâlimatlarına da uygun olması gerektiğinden söz etmektedir. Burada dikkati çeken nokta, mühendisin verdiği tâlimatların sözleşmede yer alan malzeme, araç, işçilikle ilgili hükümlere aykırı olması durumudur. Bu halde, mühendisin sözleşmede belirlenenden daha yüksek bir standart öngörmesi durumunda, işte değişiklik yapılmasına ilişkin hükümler uygulanacaktır²⁹⁸.

Mühendisin sözleşme ile belirtilenden daha düşük bir standart öngörmesi durumunda ise bazı problemler ortaya çıkar. Zira mühendisin görev ve yetkilerini belirleyen 1.1.2.4. maddesi uyarınca mühendisin, müteahhidi sözleşme ile belirtilen edimlerden muaf tutma yetkisi yoktur. Görüldüğü üzere FIDIC m. 13.1 ile mühendise verilen değişiklik yetkisi, kullanılacak malzeme, işçilik ve araçta, sözleşmede belirlenenden daha düşük bir standardın uygulanmasını engelleyecek şekilde FIDIC kurallarının 1.1.2.4. maddesi ile sınırlanmıştır.

b. Lüzumlu Vasıflarda Eksiklik

Sözleşmede eserin taşınması ve taşınmaması gereken nitelikler düzenlenmemiş ise, müteahhidin kullanmaya elverişli ve normal yapıda bir eser teslim etme borcunun varlığı kabul edilir²⁹⁹. Bu durum ise sözleşmenin

²⁹⁸ Akıncı, **a.g.e.**, s. 47.

²⁹⁹ Y. 15. HD.'nin 17.03.1977 tarih ve 1977/5464 E., 1977/1290 K. sayılı kararına göre; "Eser sözleşmesinden doğan, yüklenicinin borçları, bozukluklara karşı sağlama (ayıba karşı tekeffül) borcunu da kapsar. Bozukluk, bir malda normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunması caiz olmayan bozuklukların bulunmasıdır. Diğer bir söyleyişle, bozukluk (ayıp), eşyanın normal niteliklerinden ayrılmasıdır. Eserin taşınması gereken nitelikleri ise, özellikle sözleşme ile belirlenir. Tersî durumda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 05.10.1960 tarih ve 1960/4-46 E. ve 1960/248 K. sayılı inancında da belirtildiği üzere, yüklenici, TMK m. 2 uyarınca, sözleşme konusu

dürüstlük kuralına göre yorumlanmasından, hayat tecrübelerinden ve edimin amacından çıkarılabilir. İnşaatta lüzumlu vasıfların eksikliği ve bulunmaması gereken vasıfların bulunması, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna yol açar³⁰⁰.

İnşaatin normal yapısı ve bu çerçevede sahip olması gereken normal vasıflar, onun çeşidi ve kullanma amacı açısından normal olana göre belirlenir. Hangi özelliklerin o inşaat açısından mutad olduğu hususunda belirleyici olan, iş çevrelerindeki yaygın görüşlerin objektif açıdan makul ve doğru bulduğu prensiplerdir³⁰¹. Bu çerçevede müteahhit en azından orta kalitede bir inşaat yapmakla mükelleftir (BK m. 70). Teslim edilen inşaat kullanılan malzeme ve yapım açısından orta kalitenin altında ise, bu inşaat sahip olması gereken normal vasıfları taşıyor demektir.

Müteahhit, herhangi bir şekilde kullanılmaya elverişli bir inşaat değil, mevcut sözleşmedeki kullanım amacına elverişli inşaat teslim etmek ile yükümlüdür. Sözleşmede açıkça veya örtülü bir biçimde özel kullanım amacı öngörüldüğü takdirde, inşaatın bu amaca uygun bir biçimde tamamlanarak teslim edilmesi gerekmektedir³⁰².

İnşaat sözleşmesinde yapımı üstlenilen inşaatın kullanım amacı kural olarak sözleşme ile belirlenir. İnşaat, teknik bir iş olarak belirli plan ve projeler doğrultusunda yapılır ve planda inşaatın ne tür bir inşaat olduğu (konut, termik santral, baraj vb. gibi) belirtilir. Sözleşmede sarih ya da zımnî olarak

yapılan eserin kullanılacağı yeri göz önünde bulundurarak uygun nitelikteki eseri meydana getirmelidir. Eser belli niteliklerden yoksunsa bozuk (ayıplı) sayılır” (Karahasan, **a.g.e.**, s. 265).

³⁰⁰ Şenocak, **a.g.e.**, s. 97; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 164; Yavuz, **a.g.e.**, s. 478.

³⁰¹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 97.

³⁰² Tandoğan, **a.g.e.**, s. 164; Yargıtay HGK’nun 05.10.1960 tarih ve 1960/4-46 E., 1960/248 K. sayılı kararına göre; “Eserde bulunması gerekli vasıflar sözleşmede gösterilmemiş ve bu konuda bir numune de verilmemişse, müteahhit, TMK m. 2 uyarınca sözleşme yorumlanarak, şeyin kullanılacağı yeri göz önünde tutmak suretiyle imalatla bulunmalıdır. Bu nedenle, eski bir anıta kullanılmak üzere çini ısmarlanmış, fakat numune verilmemişse, müteahhit alelade çini değil, dayanıklı çini teslim etmek zorundadır”(Tandoğan, **a.g.e.**, s. 164, dn. 182).

bir kullanım amacı kararlaştırılmadığı takdirde ise, eserin dahil olduğu çeşidine göre mutad olan kullanımına göre uygun olması gerekir³⁰³.

Tekniğin genel kabul görmüş kurallarına³⁰⁴ göre hareket eden müteahhidin kural olarak kullanıma elverişli bir inşaat yaptığı kabul edilir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere teknik şartnamenin yapı tekniği kurallarını ifade ettiği yönünde aksinin ispatı mümkün bir karene mevcuttur. Bu nedenle inşaat tekniği kurallarına aykırılık halinde ayıp söz konusu olur³⁰⁵. BİGŞ'ye tâbi olan inşaat sözleşmelerinde 23. madde gereğince “malzemenin kötülüğünden, yapım ve hizmet işlerinin kusur ve eksikliklerinden” müteahhit sorumlu tutulmaktadır. İnşaatın yapı tekniğine uygun bir biçimde yapılmaması BİGŞ açısından da bir ayıp olarak kabul edilmiştir.

Müteahhit, inşaatın amacına uygun olarak kullanılmasından ve inşaatın gerek iş sahibi gerekse üçüncü kişiler açısından tehlike yaratmamasından sorumludur. Örneğin, tehlike yaratacak düzeyde arızalı olarak işleyen bir asansör kullanılmaya elverişli sayılamaz³⁰⁶.

İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin, sözleşme konusu inşaatı tamamladıktan sonra belirli testleri yapması, inşaatın ya da tesisin gereği gibi işleyip ilemediğini anlamak için deneme amaçlı çalıştırılması ve bakımının yapılması yükümlülüğü söz konusudur. Sözleşme hükümleri çerçevesinde yapılması zorunlu ola bu testlerin, deneme amaçlı çalıştırmaların ve bakımın gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle eserin bozulmuş olması halinde ayıba karşı tekeffüle değil, borcun gereği gibi yerine getirilmemesine ilişkin olarak genel hükümlere göre hareket edilmelidir³⁰⁷.

³⁰³ Öz, **a.g.e.**, s. 92-93; Seliçi, **a.g.e.**, s. 140; Şenocak, **a.g.e.**, s. 98; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 164-165.

³⁰⁴ Tekniğin genel kabul görmüş kuralları; “bir eserin tamamlanması ve meydana getirilme-sinde kullanılan genel kurallar olup, bilimsel çevrelerde teorik açıdan doğruluğu sabit ve kabul edilmiş olan ve bu kuralları uygulamaya yetkili, en yeni bilgilerle donatılmış teknik elemanlar tarafından bilinen ve de (süreklilik taşıyan uygulamadan doğan) tecrübeye göre teknik açıdan elverişli, uygun ve gerekli görülen kurallardır” (naklen, Şenocak, **a.g.e.**, s. 99).

³⁰⁵ Seliçi, **a.g.e.**, s. 141.

³⁰⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s. 141.

³⁰⁷ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 166.

FIDIC kurallarının 4.10 uncu maddesi gereğince müteahhidin, sözleşmeyi incelerken veya ifa ederken, proje veya şartnamede hata veya eksiklik görmesi durumunda, durumu mühendise bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Anılan düzenleme inşaatın sözleşmede öngörülen amaca uygun olarak kullanılması için gerekli vasıfları taşımasını sağlamaya yöneliktir³⁰⁸.

2. Ayıp Çeşitleri

İnşaattaki ayıp, fiilî - hukukî ayıp, açık - gizli ayıp, önemli - daha az önemli ayıp gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

Niteliğine göre ayıp, fiilî (maddi) ayıp ve hukukî ayıp olmak üzere ikiye ayrılır. Eserdeki fizikî vasıfların eksikliği halinde fiilî (maddi) ayıp söz konusu olur.

Hukukî ayıplar genellikle binalar, makineler, araçlar ve imal olunan diğer şeylerin kullanılması veya işletilmesi için güvenlik veya başka sebeplerle kamu hukukuna ilişkin düzenlemelerden kaynaklanırlar³⁰⁹. Müteahhidin oturma izni almayı üstlendiği, ancak oturma izni almaksızın inşaatı teslim ettiği bir inşaat sözleşmesinde hukukî ayıbın varlığından söz edilir³¹⁰. Bununla birlikte, inşaatın beklenen verimin alınamaması durumunda ise ekonomik ayıp söz konusu olur³¹¹.

³⁰⁸ Akıncı, **a.g.e.**, s. 48.

³⁰⁹ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 52-53; Şenocak, **a.g.e.**, s. 103; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 167.

³¹⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s. 138. Aksi görüşte bkz. Tandoğan, **a.g.e.**, s. 163. Hukukî ayıp, maddi bir ayıba dayanmadığı sürece, bu konuda aykırılığa ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı yönündeki görüş için bkz. Öz, **a.g.e.**, s. 93. Y. 15. HD.'nin 15.03.1999 tarih ve 1998/5091 E. ve 1999/940 K. sayılı kararına göre "yüklenici yaptığı imalatın gerek teknik ve gerek yasal sonuçlarından sorumludur. Alınan bilirkişi raporunda sayılan projeye aykırılıklar nedeniyle binaya iskan ruhsatı alınmayacağı belirtilmiştir. Yüklenici bu hukukî ayıptan da sorumlu olduğundan mahkemece, inşaatın projeye ve imara, dolayısıyla iskân alımına ne şekilde uygun hale getirilebileceği hakkında bilirkişilerden detaylı bir ek rapor alınmalı ve bunun davacı tarafından ifasına imkan verecek şekilde bir hükme varılması gerekirken bu konuda müspet-menfi bir karar verilmemiş olması mümkün görülmemiştir" (YKD, C. XIX, S. 218/01, Ocak, 2000, s. 88).

³¹¹ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 52.

Hukukî ayıp ile hakta ayıp kavram birbirinden farklı anlamlar ifade etmektedir. Hakta ayıp halinde zapta karşı tekeffül söz konusu olup, inşaat sözleşmesinde malzemeyi sağlama borcunu üstlenmiş olan müteahhidin başkasının malzemesi ile inşaatı meydana getirmesi halinde hakta ayıp söz konusu olur³¹². Bu takdirde, BK m. 357/I gereğince satım sözleşmesinde zapta karşı tekeffülü düzenleyen BK m. 189 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır³¹³.

İnşaatın teslimi ve usulüne uygun incelenmesi sonucu görülebilecek ayıplar açık ayıp, usulüne uygun bir muayene ile tespit fark edilmeyen ayıplar ise gizli ayıptır. Gizli ayıplar, usulüne uygun, özenli bir muayene ile tespit edilemeyen ancak zaman içerisinde inşaat kullanılırken ortaya çıkan ayıplardır³¹⁴.

İş sahibi açısından inşaatı kullanılamaz ve kabule zorlanamaz kılan ayıplar tam önemli ayıplardır. Satım sözleşmesinden farklı olarak inşaat sözleşmesinde önemsiz ayıpların ileri sürülmesi TMK m. 2 anlamında hakkın kötüye kullanılması durumunu oluşturmadığı sürece ayıba karşı tekeffül hükümlerini uygulanmasını gerektirir. Ortaya çıkan ayıp ister önemli olarak, ister önemsiz olarak nitelendirilsin BK m. 359 vd. hükümlerine göre müteahhidin sorumluluğunu gerektirir.

Ayıbın tam önemli ya da daha az önemli olması, iş sahibine aşağıda inceleyeceğimiz BK m. 360'da tanınmış olan haklar açısından önem taşır³¹⁵. Zira BK m. 360/I'e göre, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için ayıbın önemli olması, yani inşaatın iş sahibi açısından kullanılamayacak, onu kabule zorlanamayacak derecede ayıplı olması

³¹² Şenocak, **a.g.e.**, s. 104.

³¹³ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 357. maddesinin birinci fıkrasında kullanılan "...malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir." şeklindeki ibare, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 472. maddesinin birinci fıkrasında "...bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur" ifadesiyle yerini almıştır. Böylece yüklenicinin, kendisi tarafından sağlanan malzeme bakımından, zaptan sorumluluğunun değil, ayıptan sorumluluğunun söz konusu olduğu, fıkra da duraksamaya yer bırakmayacak biçimde belirtilmiştir.

³¹⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s. 143; Şenocak, **a.g.e.**, s. 104; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 167.

³¹⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s. 104-105.

gerekir. Aksi takdirde, iş sahibi, ücretten indirim yapılması ya da ayıbın giderilmesini isteme haklarına sahip olacaktır. Bununla birlikte, müteahhidin kusuru bulunması halinde ayıptan doğan zararları da tazminat olarak talep edebilecektir.

Ayıp çeşitleri konusunda yapılan bir başka ayırım da aslî - ikincil ayıp ayırımıdır. Buna göre inşaatın teslimi sırasında var olan ayıplar aslî, teslim sırasında bulunan ayıbın sonradan neden olduğu ayıplar ise ikincil ayıplar olarak nitelendirilmektedir³¹⁶.

Ayrıca belirtmek gerekir ki kararlaştırılan şey dışında başka bir şeyin teslimi (aluid), eksik işler, müteahhidin özensizliği sonucu işçi ve malzeme masraflarının artması ve teslim edilmiş bir eserin kötüleşmesi durumları kural olarak ayıp olarak nitelendirilemez³¹⁷.

C. Ayıbın İş Sahibine Yükletilememesi

BK m. 361 hükmü³¹⁸ uyarınca, inşaatın kusurlu olmasına müteahhidin uyarılarına rağmen iş sahibinin emir ve talimatları neden olduğu takdirde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları düşer³¹⁹.

³¹⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 167.

³¹⁷ Ayıp sayılmayan durumlar hakkında ayrıntılı açıklama ve bu hallerde hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda bkz. Şenocak, **a.g.e.**, s. 105-107.

³¹⁸ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 361. maddesinin sonunda kullanılan "o şeyin kusurlu olmasından" şeklindeki ibare, Türk Borçlar Kanunu tasarisinin 476. maddesinde "eserin ayıplı olmasından" şeklinde düzeltilmiştir. Gerçekten, eserin kusurlu olmasından değil, ayıplı olmasından söz edilmelidir.

³¹⁹ BİGŞ m. 11/9 ve m. 13/4-5 hükümlerinde konuya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. BİGŞ m. 11/9'a göre "İ İşlerin devamı sırasında Müteahhit, proje uygulaması konusunda kendisine yapılan tebligatın sözleşme hükümlerine aykırı olduğu veya tebligat konusunun teknik ve sanat kurallarına uygun olmadığı kanısına varırsa, bu husustaki karşı görüşlerini (13). madde hükümlerine göre İdareye bildirmek zorundadır".

BİGŞ m. 13/4-5'e göre ise "Bununla birlikte, Müteahhit kendisine verilen projelerin ve/veya teknik belgelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya teknik ve sanat kurallarına uymadığını ileri sürerse bu husustaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya tâlimat alış tarihinden başlayarak onbeş gün içinde (nitelik ve özelliği bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, müteahhidin isteği halinde bu süre İdarece arttırılabilir.) hem kontrol teşkilatına, hem de İdareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu süre aşılmıca müteahhidin itiraz hakkı kalmaz.

Ayıbın iş sahibine isnat edilebilmesinin tekeffülden doğan hakları ortadan kaldırabilmesi için müteahhidin sorumlu olduğu uygun bir nedenle ayıbın doğmasına katkıda bulunması ve katkının ayıba tek başına sebep olacak kadar da ağır olması gerekmektedir. Bununla birlikte, müteahhidin kusuru ya da yardımcı kişinin fiili ayıbın ortaya çıkmasına neden oluyorsa, BK m. 44/I gereğince iş sahibinin “ortak kusuru”nun varlığı kabul edilerek, uygulanacak tazminat miktarında indirim yapılır³²⁰.

BK m. 361'in uygulanabilmesi için esasa dair olan ayıplardan ayıbın iş sahibine atfı kabil bir husustan meydana gelmemiş olması gerekir. Bir diğer deyişle, eserin ifasında müteahhidin kusurlu olması gerekir. Taraflar sözleşmede eserin teknik normlara uygun olarak vaat edilen kalitesini kararlaştırabilirler. Bu durumda eserden beklenen nitelik müteahhit tarafından iyiniyet kuralları içinde yerine getirilmelidir.

BK m. 361 hükmü uyarınca, iş sahibinin işin projesini verdiği, planlarını temin ettiği, talimatları verdiği ve bazen de malzemeyi ve arsayı gösterdiği takdirde, bundan dolayı meydana gelen ayıpların giderilmesini müteahhide yüklemek iyiniyet kurallarına uymayacaktır.

BK m. 357/III'e göre “İmal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebi ile ayıplı veya mukaveleye muhalif bir surette yapılacağını katiiyetle tahmin etmek mümkün olursa, iş sahibi, bunlara mani olmak için müteahhide munasip bir mühlet tayin ederek veya ettirerek bu mühlet içinde icabını icra etmediği halde hasar ve masraflar müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalata devamın üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir”. Anılan hükme göre, örneğin iş sahibi tarafından verilen malzeme ayıplı ise, bunun sonuçlarına kusuru olmasa dahi iş sahibi katlanacaktır. Buna karşılık, müteahhit ancak istisnai olarak, malzemedeki ayıbı ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemiş ise ortaya çıkan sonuçlardan sorumlu olur. İş sahibinin teknik anlamda kusurundan söz etmeyen bu madde çerçevesinde, duruma

Müteahhidin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde Müteahhit, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur”.

³²⁰ Eren, **a.g.e.**, s. 79; Öz, **a.g.e.**, s. 111; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 209.

göre iş sahibi veya müteahhit tarafından katlanması gereken neticelere, ayıplı ifadan dolayı sorumluluk da dâhildir³²¹.

Kusurun iş sahibine yükletilmesi için, ayıbın iş sahibinin bir talimatından³²² veya diğer herhangi bir kusurundan kaynaklanmalı, müteahhit aydınlatma ve uyarma borcunu yerine getirmiş olmalı³²³, eserdeki ayıp ile iş sahibinin talimat veya şahsî kusuru arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır³²⁴.

D. İş Sahibinin İnşaatı Kabul Etmemiş Olması

İş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmesi için gerekli koşullardan bir diğeri de, iş sahibinin kendisine teslim edilen inşaatı kabul etmemiş olmasıdır. BK m. 362 hükmü uyarınca, gizli olan ve kasıtlı olarak gizlenen ayıplar dışındaki ayıplar hariç olmak üzere, inşaatın iş sahibi tarafından kabul edilmesi ile müteahhit sorumluluktan kurtulur³²⁵.

³²¹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 132. müteahhit iki durumda iş sahibine karşı ihbar yükümlülüğü altındadır. Bunlardan birincisi onun inşaatın sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmesine ilişkin bir tehlike ortaya çıktığını fark etmesi, ikincisi ise, bunun farkına varmasa bile farkına varmasının gerekmesidir. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, ayıbın iş sahibine isnadı mümkün bir sebepten kaynaklanması ve fakat müteahhidin ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda, bazen bunun neticelerine tek başına müteahhit katlanmaz. Somut olayın hal ve şartlarına göre eserdeki ayıptan hem iş sahibi hem de müteahhit birlikte sorumlu tutulabilir (Şenocak, **a.g.e.**, s. 132, dn. 271).

³²² Öneri niteliğindeki bildirimler talimat kapsamı içerisinde değerlendirilemez. Talimatlar genellikle sözleşmenin kurulmasından sonra verilir. Fakat bunlara sözleşme içinde veya ihale şartnamesinde yer verildiği de görülmektedir. Hatta iş sahibi, bu talimatları sözlü veya yazılı olarak ya da plan vermek suretiyle kendisi veya yetkili temsilcisi vasıtasıyla bildirebilir (Eren, **a.g.m.**, s. 79; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 210).

³²³ İş sahibinin talimat ve fiilleri karşısında müteahhit, kendi üzerine düşen uyarma borcunu yerine getirip, iş sahibini uyarmış, buna rağmen iş sahibi bu talimatında ısrar etmiş olmalıdır.

³²⁴ Eren, **a.g.m.**, s. 79-81.

³²⁵ BK'nın 362. maddesi: "Yapılan şeyin sarahaten veya zımnen kabulünü müteahhit müteahhit, her türlü mesuliyetten beri olur. Ancak müteahhidin kasten sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahade edilemeyecek olan kusurlar hakkında, mesuliyeti bakidir" hükmünü havidir. Madde metninde yer alan "iş" ve "yapılan şey" ifadeleri İsviçre Borçlar Kanunu'na uygun olarak "yapı (eser)" olarak; "kusur" ifadesi "bozukluk(ayıp)" olarak; "kabulü" ve "kabul edilmiş" şeklindeki ifadeler de "onaylanması" ve "onaylanmış" olarak anlaşılmalıdır (Karahasan, **a.g.e.**, s. 264, dn. 123). Ancak Türk Borçlar Kanunu tasarısı ile de söz konusu kavram karışıklığı tam olarak giderilememiş, yine "kabul" terimine yer verilmiştir. Tasarının "eserin kabulü" başlıklı 477. maddesine göre: "Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun

İnşaatın kabulü, müteahhit tarafından yapılan işin sözleşmeye uygun bulunduğu ve ayıp iddiasında bulunulmayacağı konusunda iş sahibi tarafından yapılan irade açıklaması olup, daha önce de ifade edildiği üzere inşaatın teslim alınması kural olarak kabul anlamına gelmemektedir³²⁶. Kabulün açık ya da zımnî bir biçimde yapılması mümkündür.

Kabul tek taraflı bir irade beyanı niteliği taşıdığı için, müteahhidin bu konuda muvafakatine gerek yoktur. Bununla birlikte, iş sahibinin iradesini sakatlayan nedenlerden biri gerçekleşmediği sürece, iş sahibinin tek taraflı olarak kabul beyanından dönmesi söz konusu olmaz. Bu bağlamda, iş sahibinin önce eseri kabul etmesi, ardından da kabulden vazgeçerek BK m. 360 ile düzenlenen yenilik doğuran haklardan birini kullanması mümkün değildir³²⁷.

Önemle vurgulanması gerekir ki, eserin kabulü gizli ayıpları kapsamayacaktır. BK m. 362/I'in ikinci cümlesi uyarınca, iş sahibi, müteahhidin kasten sakladığı ve uygun bir muayene sonucu anlaşılamayan ayıpları hâvi inşaatı kabul etmiş dahi olsa müteahhidin sorumluluğu devam edecektir. BK m. 362/III'e göre, ayıbın gizli olması halinde, ayıp ortaya çıktığında iş sahibi bu ayıbı derhal iş sahibine bildirmelidir. Aksi halde inşaatı kabul etmiş sayılacaktır.³²⁸ Müteahhidin kasten sakladığı ayıplar ile gizli ayıplar söz konusu düzenleme ile birbirlerine eşit tutulmuştur³²⁹.

tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder”.

³²⁶ Eren, **a.g.m.**, s. 217; Karahasan, **a.g.e.**, s. 264.

³²⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s. 199.

³²⁸ Y. 15. HD'nin 19.11.1974 tarih ve 1974/210 E., 1974/208 K. sayılı kararına göre “Borçlar Yasası, madde 359'a göre teslimden sonra iş sahibinin (davacının) meydana getirilen eseri (dava konusundaki daireleri) gözden geçirmek ve bozukluk varsa, bunları müteahhide bildirmek zorundadır. İş sahibi davacı gözden geçirme ödevini, işlerin olağan gidişine göre imkân bulur bulmaz yapmalı ve bozukluğu çabucak (derhal) müteahhide bildirmelidir. Tersî durumda müteahhit her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur (BK m. 362/II). Böylece inceleme ve ayıbı giderme ödevini yapmayan iş sahibi davacı, artık kusurlu imal yüzünden haklarını kullanmaktan yoksun kalır. Üstelik Borçlar Yasası m. 359 uyarınca gözden geçirme (muayene) işleminin yapılmaması ve bozuklukların haber verilmemesi sonucu olarak meydana getirilen eserin (dava konusundaki dairelerin) kabul edilmiş sayılacağına ilişkin hukukî karine kesin olup bu karinenin karşıt bir delille çürütülmesi mümkün değildir. Ancak kasten sakladığı bozukluklarla usulüne uygun yapılan muayenede görülmeyecek kusurlar hakkında müteahhidin sorumluluğunun devam edeceği, yukarıda anılan yasanın 362.

E. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımına Uğramamış Olması

Genel olarak ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tâbi olduğu zamanaşımı BK m. 363, 126/IV ve 207 hükümlerinde düzenlenmiştir. BK m. 363/I uyarınca “Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir”. Satım akdine yapılan bu yollama nedeniyle iş sahibinin eserin ayıplı olması yüzünden ileri sürebileceği haklar, BK m. 207/I’de olduğu gibi genellikle teslim tarihinden itibaren bir yıllık zamanaşımına tâbi tutulmalıdır³³⁰. Bununla birlikte ticarî nitelikteki inşaat sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı BK m. 25/IV hükmü gereğince teslim tarihinden itibaren altı ay olarak kabul edilmelidir³³¹.

BK m. 363/II’de taşınmaz inşaatla³³² ilişkin ayıplardan dolayı iş sahibinin müteahhide karşı olan talep hakları için teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı öngörülmektedir³³³.

maddesinin birinci fıkrasındaki ikinci cümlede öngörülen hüküm gereğindendir” (Karahasan, **a.g.e.**, s. 266).

³²⁹ Karahasan, **a.g.e.**, s. 264; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 218.

³³⁰ Tandoğan, **Ayıba Karşı Tekeffül**, s. 329.

³³¹ Seliçi, **a.g.e.**, s. 203; Tandoğan, **a.g.m.**, s. 329.

³³² Taşınmaz inşaatın tanımına ilişkin olarak bkz. dn. 29.

³³³ 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 363. maddesinin birinci fıkrasından ve bu fıkrayı karşılayan kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun birinci fıkrasından farklı olarak, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 478. maddesinde, kendisine ayıplı mal teslim edilen alıcının, ayıptan doğan haklarının tâbi olduğu zamanaşımı süresine yollama yapılması yerine, çeşitli olasılıklar ve eserin niteliği göz önünde tutularak, herbirinin tâbi olduğu zamanaşımı süresi ayrı ayrı belirtilmiştir. Buna göre:

1. Yüklenicinin, bilerek veya ağır kusuru ile ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı bir eser meydana getirmesi nedeniyle açılacak davaların, eserin taşınır veya taşınmaz eser niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın, teslim tarihinden başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmiştir. Böylece, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, haksız fiillerde zamanaşımına ilişkin tasarının 71. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesiyle uyumlu bir düzenleme yapılmıştır. Ancak, haksız fiiller için öngörülen iki yıllık kısa zamanaşımına, taraflar arasındaki ilişkinin bir eser sözleşmesi olduğu göz önünde tutularak Tasarıda yer verilmemiştir.

2. Yüklenicinin, bilerek veya ağır kusuru ile ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı bir eser meydana getirmesi dışında kalan diğer durumlarda açılacak davaların tâbi olduğu zamanaşımı süresi ise, eserin taşınır veya taşınmaz eser niteliğinde olmasına göre belirlenmiştir. Şöyle ki: Taşınır eserlerin ayıplı olması durumunda açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak iki yılın; taşınmaz eserlerin ayıplı olması durumunda açılacak davalar, Tasarının 146. maddesinin (6) numaralı bendinde de belirtildiği gibi, teslim tarihinden başlayarak beş yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

Ayıbın kasten gizlenmiş olması halinde bir yıllık, altı aylık veya beş yıllık zamanaşımı göz önüne alınmaz. Satım akdine yapılan atıf nedeniyle BK m. 207/III hükmü kıyas yoluyla uygulanarak böyle bir halde on yıllık zamanaşımının uygulanacağını kabul etmek gerekir. Ancak bu halde dahi iş sahibinin ayıbı fark eder etmez hemen iş sahibine bildirme külfeti vardır.

BK m. 363 hükmü yorumlayıcı niteliktedir. Ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının zamanaşımı sürelerini tarafların anlaşma ile uzatmaları ya da kısaltmaları mümkündür³³⁴. Ancak bu anlaşma on yılı aşmayacağı gibi, ayıbın kasten saklanması halinde ya da ayıplı ifanın müteahhidin ağır kusurundan ileri gelmesi halinde kısaltmaya ilişkin anlaşma geçerli olmaz³³⁵.

BK m. 363 ile düzenlenen bir ve beş yıllık süreler zamanaşımı süreleri olup, hak düşürücü süreler değildir³³⁶. Ancak ayıp nedeniyle iş sahibine tanınan haklardan dönme ve ücretin indirilmesini talep etme hakları yenilik doğuran haklardır. Kural olarak yenilik doğuran haklar hak düşürücü sürelerle tâbi değildir. Bir ve beş yıllık süreler zamanaşımı süreleri olduğundan, sürenin geçmesi hakkın düşmesine sebep olmaz. Bu durumda kendisine karşı dava açılan müteahhit zamanaşımı def'inde bulunarak iş sahibinin hakkını kullanmasına engel olabilir.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus deprem durumunda ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tabi olduğu zamanaşımıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 22.10.2003 tarihli, 2003/4-603 E., 2003/594 K. sayılı kararında 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen deprem sonucu uğranılan zararın tazmini talebine ilişkin davada tazminat talebinin hukukî dayanağını haksız fiil

³³⁴ Orhan Cevdet Kural, **Açıklamalı, İlmî ve Kazaî İçtihatlı İnşaat Hukuku: Borçlar Kanunu**, INTES, 1983, s. 367.

³³⁵ Bir görüşe göre, BK m. 126/IV hükmü ile eser sözleşmesinden doğan bütün davalar hakkında zamanaşımı süresi tayin edilmiş, bu nedenle BK m. 363/I hükmü ilga edilmiştir (Karahasan, **Mülkiyet Hukuku**, s. 1190). Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Tandoğan, **a.g.m.**, s. 333-337. Ancak ifade etmek gerekir ki, yasalaşması beklenen Türk Borçlar Kanunu tasarıları ile madde metninin Türkçeleştirme ve ayrıntılı açıklama harici değişikliğe uğramayacağı sebebi ile söz konusu tartışma bu gün önemini yitirmeye başlamıştır.

³³⁶ Seliçi, **a.g.e.**, s. 206; Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1041.

olarak nitelendirmiş, zamanaşımının zararın ortaya çıktığı anda yani depremin etkisiyle binanın yıkılması sonucu başladığını kabul etmiştir³³⁷.

³³⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.10.2003 tarihli ve 2003/4-603 E., 2003/594 K. sayılı kararına göre deprem sonucu meydana gelen zararın tazmini konulu davada "(...)Davanın haksız fiilden kaynaklandığı ileri sürülen zararın tazmini istemine ilişkin bulunduğu çekişmesizdir.

Davalının işlediği ileri sürülen haksız fiil, yapım hataları taşıyan bir bina inşa etmek ve deprem bölgesinde yapılacak yapılara ilişkin proje ve uygulama kurallarına uymamaktır.

Maddi olgu, davanın hukuksal temeli ve istemin niteliği bu şekilde belirlendikten sonra, şimdi sıra, böyle bir davanın tabi bulunacağı zamanaşımı süresi ile bunun başlangıç tarihinin belirlenmesinde esas alınması gereken hukuksal düzenlemeler ile ilkelerin ortaya konulmasına gelmiştir. (...)

Haksız fiil, hukuka aykırı bir eylemle başkasına zarar verilmesidir. Haksız fiilden söz edilebilmesi için, şu dört unsurun birlikte bulunması zorunludur: Öncelikle ortada hukuka aykırı bir fiil bulunmalıdır. İkinci unsur, fiili işleyen kusurdur. Üçüncü olarak, kusurlu şekilde işlenen ve hukuka aykırı olan bu fiil nedeniyle bir zarar doğmalıdır. Nihayet, doğan zarar ile, hukuka aykırı fiil arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu unsurların tümünün bir arada bulunmadığı, bir veya birkaç unsurun eksik olduğu durumlarda, haksız fiilin varlığından söz edilemez.(...)

B.K.nun 60. maddesi, gerek bir ve gerekse 10 yıllık sürelerin başlayabilmesini, bir zarara neden olmuş, dolayısıyla haksız fiil olarak varlık kazanmış bir fiilin varlığına bağlamaktadır. Dolayısıyla, neden olduğu zarar henüz gerçekleşmemiş bir fiilin salt işlenmiş olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir.

Öte yandan, zamanaşımı başlangıcına ilişkin genel hüküm niteliğindeki B.K. nun 128. maddesine göre de, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihte başlar. Buradaki "muacceliyet" kavramının, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilir hale gelmiş olma anlamını taşıdığına, dolayısıyla, öncelikle doğmuş bir alacağın varlığını (haksız fiil açısından bakıldığında, tazminat alacağına neden olan zararın gerçekleşmiş olmasını) gerektirdiğinde; yine "alacak" kavramının, haksız fiile dayalı tazminat alacağını da kapsayan bir genişlik taşıdığına kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Kısaca, tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süresi de, diğer alacaklar gibi, onun alacaklısınca talep ve dava edilebilir hale geldiği anda başlayacaktır.

Bütün bu açıklamalar, B.K. nun 60. maddesindeki 10 yıllık sürenin, her halükarda, zararın meydana geldiği; haksız fiilin bütün unsurlarıyla gerçekleşip hukuken bu niteliğe büründüğü tarihten itibaren işlemeye başlayacağını ortaya koymaktadır. Öğretideki farklı görüşler Hukuk Genel Kurulundaki görüşme sırasında dile getirilip değerlendirilmiş, ancak, açıklanan gerekçe karşısında çoğunluk tarafından benimsenmemiştir.

Somut olay bu hukuksal çerçevede değerlendirildiğinde: Davacıya ait mesken her ne kadar Yapı Kullanma İzin Kağıdına göre 06.11.1975 tarihinde tamamlanıp teslim edilmiş ve o tarih itibarıyla hukuken binanın davalılar ile ilişkisi kesilmiş ise de, davalıların haksız fiili, onun sonucunda oluştuğu ileri sürülen zararın meydana geldiği (zararın oluşmasına neden olan olgu olarak depremin oluştuğu) 17.8.1999 tarihinde gerçekleşmiş sayılmalıdır. Dolayısıyla, B.K. nun 60. maddesindeki bir ve 10 yıllık zamanaşımı sürelerinin başlangıcına bu tarih esas alınmalıdır.

Görülmekte olan dava, 28.10.1999 günü, yani, zararın varlığının ve zarar verenin kim olduğunun davacı tarafından öğrenildiği deprem tarihinin üzerinden bir yıllık süre geçmeden açılmıştır. Dolayısıyla, zamanaşımı gerçekleşmemiştir.

Diğer yandan, Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, 17 Ağustos 1999 tarihli depreme ilişkin bir ceza davasında, TCK. nun 383/2. maddesinde düzenlenen suçun, binanın tamamlandığı (Yapı kullanma izin belgesinin alındığı) tarihte değil, binanın deprem sonucunda yıkıldığı anda işlenmiş sayılması gerektiğine oybirliğiyle karar vermiştir. (Y.C.G.K. nun 4.3.2003 gün 2002/9-314 esas, 2003/15 karar sayılı kararı). Davaya atfedilen haksız fiilin, aynı zamanda cezayı da gerektiren bir fiil niteliği taşıdığı, dolayısıyla, söz konusu Y.C.G.K. kararının, eldeki davaya konu haksız fiil yönünden de geçerli bir saptamayı içerdiği kuşkusuzdur". HGK'nun 04.06.2003 tarihli, 2003/4-400 E. ve 2003/393 K. sayılı kararı da aynı şekilde deprem nedeniyle oluşan zararların tazminine ilişkin davalarda, zararın öğrenildiği tarihin, dolayısıyla, evleviyetle o zararın ortaya çıktığı deprem tarihinin zamanaşımı sürelerine başlangıç olarak alınması gerektiği yönündedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu da 08.06.2006 tarihli ve 2006/226 E., 2006/535 K. sayılı kararında da Yargıtay'la aynı yönde bir tutum sergilemiştir³³⁸. Gerek Yargıtay gerekse Danıştay kararları gereğince depremde doğan zararlarda on yıllık zamanaşımı süresinin başlangıcı, zararın gerçekleştiği ve bu zararın tazminat olarak talep edilebilir hale geldiği andır.

Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre deprem sebebiyle uğranılan zararın tazmininin talep edilebilmesinde zamanaşımının başlangıcı olarak zararın objektif bir biçimde ilk ortaya çıktığı tarih esas alınmalıdır³³⁹. Bir diğer görüşe göre ise, on yıllık sürenin dolmasından sonra meydana gelen zararların zamanaşımına uğradığını kabul etmek, hukukun temel ilkelerine aykırı düşeceğinden, burada “gerçek olmayan bir kanun boşluğu³⁴⁰”nun var olduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda kanun koyucunun amacı araştırılarak, Medeni Kanun'un 1. maddesinden alınan yetkiye istinaden boşluğun hâkim tarafından doldurulması gerekir³⁴¹. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, gerek Yargıtay'ın gerekse Danıştay'ın görüşlerine katılmak mümkün değildir³⁴². Buna göre depremde doğan zararların tazmininde haksız fiilin tamamlandığı tarih değil, zarara yol açan fiilin tamamlandığı tarih esas alınmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu tasarısının 71. maddesinde bu karışıklığı önlemek amacıyla bir düzenleme yer almıştır. Tasarının 71. maddesi gerekçesinde; “818 sayılı Borçlar Kanununda on yıllık uzun zamanaşımı süresi için kullanılan ‘zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren’ şeklindeki ibarenin haksız fiilin, ‘zarar’ unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihte itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına

³³⁸ Veysel Başpınar, Mehmet Altunkaya, “Depremde Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımın Başlaması ve Süresi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 1, 2008, s. 117.

³³⁹ Deschenaux, Tercier, **a.g.e.**, s. 166-167.

³⁴⁰ Gerçek olmayan kanun boşluğunda somut olaya uygulanması gereken bir kural olmasına rağmen, kuralın olduğu gibi somut olaya uygulanması mümkün değildir.

³⁴¹ Çelik Ahmet Çelik, **Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004, s. 161.

³⁴² Başpınar, Altunkaya, **a.g.m.**, s. 118-119.

uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare ‘her halde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak’ şeklinde değiştirilmiş ve 818 sayılı Borçlar Kanunundaki on yıllık uzun zamanaşımı süresinin de, bu değişiklik göz önünde tutularak yirmi yıla çıkarılması öngörülmüştür. Nitekim, haksız fiil zamanaşımı süreleri olarak Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) 852. maddesinde on ve otuz yıllık süreler öngörülmüştür” açıklamasına yer verilmiştir.

Kamu vicdanını rahatlatmak ve hakkaniyetine uygun davranmak adına verilen yüksek mahkeme kararları ile inşaat sözleşmelerinde müteahhit, söz konusu karar ve uygulama ile neredeyse süresiz bir sorumluluk altına girmektedir ki bu durum hukuk güvenliğini zedeleyici mahiyettedir. Açıklanan nedenle Türk Borçlar Kanunu tasarısında yer verilen düzenlemenin ve tasarı gerekçesinin bu açıdan yerinde olduğunu söylemek mümkündür.

BİGŞ’ye tâbi işlerde ise şartnamenin 23/IV. maddesi gereğince ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı kesin kabul tarihinden beş yıl olarak belirlenmiştir.

FIDIC kurallarının 11.1. maddesi gereğince taraflar, ayıplardan sorumluluk süresini teklif ekinde ayrıca kararlaştıracaklardır. Tarafların bu süreyi kararlaştırmamış olmaları halinde uygulanacak hukukta yer alan düzenlemeler dikkate alınacaktır. Uygulamada müteahhidin ayıplardan sorumlu olduğu süre geçici kabul belgesinin verilmesinden itibaren altı ve oniki ay olarak tespit edilmektedir³⁴³. FIDIC kuralları ile bu sürenin iki yıldan fazla olmaması önerilmektedir (FIDIC m. 11.3).

FIDIC kuralları esas alınan inşaat sözleşmelerinde teklif ekinde kararlaştırılan ya da uygulanacak hukukun düzenlemiş olduğu ayıplardan sorumluluk süresinin geçmesi ile ya da müteahhidin kendisine bildirilen ayıpları gidermesi üzerine, müteahhide bir ayıba karşı tekeffül belgesi verilir. Bu belgenin verilmesi ile iş sahibi inşaatı kabul etmiş sayılacaktır.

³⁴³ Corbett, a.g.e., s. 284.

F. İş Sahibinin Muayene ve İhbar Külfetlerini Yerine Getirmiş Olması

İş sahibinin inşaatın ayıplı teslimine ilişkin haklarını kullanabilmesi için gerekli bir diğer şart, inşaatı muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olmasıdır. BK m. 359/I hükmü uyarınca, inşaatın tesliminden sonra iş sahibi, işlerin olağan akışına göre fırsat bulur bulmaz, eseri muayene etmeye ve ayıpların bulunması halinde bunları müteahhide bildirmeye mecburdur. İş sahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmemesi halinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakları düşer.

1. Muayene ve İhbar Külfetlerinin Düzenleniş Amacı ve Hukukî Niteliği

Müteahhidin, iş sahibinin tamamlanarak teslim edilen inşaatın memnun olup olmadığı hususunda bilgi sahibi olmasında menfaati bulunmaktadır. Zira müteahhidin gerekli araştırmaları yapması ve ayıp bulunmadığı yönünde itirazda bulunması ancak bu bildirim ile mümkün olacaktır³⁴⁴. BK M. 359/I ile iş sahibine yüklenen inşaatı muayene ve ayıbı ihbar külfetleri, müteahhidin, iş sahibinin inşa eserini kabul edip etmediği hususunda mümkün olduğu ölçüde hızlı bir şekilde bilgi sahibi olabilmesini sağlamak ve bu suretle ona, gereğince bizzat muayeneyi yaparak, edimin gereği gibi yerine getirilmediği itirazı karşısında nasıl bir tutum alacağına dair bir karar verebilme imkânı sağlamak amacıyla öngörülmüştür³⁴⁵.

Muayene ve ayıbı ihbar külfetleri aynen satım akdindeki gibi, gerçek anlamda bir borç olmayıp, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden dayalı haklarının doğumu için şarttır³⁴⁶. Söz konusu külfetleri süresi içerisinde yerine getirmeyen iş sahibi inşaatı zımnen kabul etmiş sayılır ve müteahhit, böylece bildirilmeyen ayıplar dolayısıyla BK m. 362/I gereğince sorumluluktan kurtulur. Anılan nedenle inşaatın muayenesi ve ayıpların ihbarı iş sahibinin

³⁴⁴ Öz, **a.g.e.**, s. 112; Şenocak, **a.g.e.**, s. 108.

³⁴⁵ Şenocak, **a.g.e.**, s. 108.

³⁴⁶ Şenocak, **a.g.e.**, s. 108; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, s. 167-168; Cevdet Yavuz, **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Yayınları, 1989, s. 107.

haklarının muhafazası açısından önem arz eder. Açıkça anlaşılacağı üzere iş sahibinin ayıplı ifadan doğan haklarının kaybına neden olacak olan, doğrudan doğruya eserin muayene edilmemesi değil, mevcut ayıpların süresi içerisinde ihbar edilmemesidir³⁴⁷.

BK m. 359/I'de yer alan açık hüküm gereği, iş sahibinin muayene ve ihbar külfetleri inşaatın teslimi ile ortaya çıkar. Dolayısıyla aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, inşaat tamamlanmadan önce iş sahibi inşaatı muayene edebilme imkanına sahip olsa ve hatta bu şekilde ayıptan haberdar olsa dahi, bu yükümlülükleri yerine getirmek zorunda değildir³⁴⁸.

2. İş Sahibinin Muayene Külfeti

a. Muayene Süresi

İş sahibi eseri usulüne uygun olarak muayene etmelidir. Muayenenin usulüne uygun olarak yapılması öncelikle vaktinde yapılmasını gerektirir. İnşaatın teslimiyle ortaya çıkan hukukî ve fiilî ilişkilerin mümkün olduğu kadar hızlı bir biçimde açıklığa kavuşturulması zorunluluğu, iş sahibi ile müteahhidin menfaatlerinin çatışmasını da beraberinde getirmektedir.

İş sahibinin hukukî ve fiilî durumun aydınlatılmasındaki menfaatinin, müteahhidin durumdan en hızlı biçimde haberdar olması bilgi sahibi olmasındaki menfaati dolayısıyla zaman yönünden sınırlandırılması her iki menfaat arasındaki dengenin sağlanmasını gerektirir³⁴⁹. İşte bu dengenin sağlanması amacıyla BK m. 359/I ile iş sahibi, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz inşaatı muayene etmek ve tespit ettiği ayıpları müteahhide bildirmekle yükümlü tutulmuştur.

³⁴⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s. 145.

³⁴⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s. 109.

³⁴⁹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 110.

Muayeneye ne zaman başlanması gerektiği hususunda kanun koyucu “işlerin olağan akışı” ibaresi ile teamüle yollama yapmaktadır. Bu suretle, muayene süresini tespitinde ilk planda iş sahibi ve müteahhidin dahil olduğu çevrede, sözleşmede kararlaştırılan türden bir eserin muayenesi için geçerli olan teamül dikkate alınacaktır³⁵⁰. BK m 359/I’de yer alan “imkanını bulur bulmaz” tabiri ise, söz konusu alanda bir teamülün bulunmadığı hallerde uygulama alanı bulacaktır. Buna göre normal bir iş sahibinin inşaatı muayeneye başlaması ve bu muayeneyi özenle yapması için ne kadar vakte ihtiyaç duyacağı burada baz alınacaktır³⁵¹.

Muayene ne zaman başlanacağı hususunda olduğu gibi muayenenin hangi süre içinde bitirilmesi gerektiği de BK m. 359/I çerçevesinde tayin edilir. Buna göre iş sahibi, işlerin olağan akışının, yani teamülün gerektirdiği süre içerisinde; teamülün mevcut olmaması halinde ise, normal bir iş sahibinin somut olaydaki türden bir eseri özenli bir şekilde muayene için ihtiyaç duyduğu süre içinde muayeneyi tamamlamak zorundadır³⁵².

İş sahibinin muayene külfetinden muaf tutulması mümkündür. Bu takdirde muayene süresi de söz konusu olmayacaktır. Ancak iş sahibi sonradan ortaya çıkacak ayıpları öğrenir öğrenmez BK m. 362/III uyarınca müteahhide ihbar etmek zorundadır.

³⁵⁰ Aral, **a.g.e.**, s. 369; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 169. İş sahibinin kendi şahına ait bir sebeple muayeneye başlayamaz ise bu durumun sonuçlarına kendisi katlanacaktır. Ancak teknik güçlükler, genel tatil günleri, su baskını ya da grev gibi iş sahibinin şahsından kaynaklanmayan bir nedenle muayeneye başlayamaması, iş sahibinin bu külfeti yerine getirmekte geciktiği anlamına gelmez. Bunun gibi müteahhidin kusurundan kaynaklanan gecikmelerden de dürüstlük kuralı uyarınca iş sahibi sorumlu tutulamaz (Şenocak, **a.g.e.**, s. 111-112).

³⁵¹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 110; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 170.

³⁵² Haluk Burcuoğlu, “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi için Uyulması Gereken Süreler”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’a Armağan (1925-1988)**, Ankara, 1990, s. 310; Şenocak, **a.g.e.**, s. 112; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 169.

b. Muayene Yeri

Sözleşme ile aksi kararlaştırılmamış ise muayene, inşaatın teslim yerinde yapılır. Zira BK m. 359/I'de geçen "imkan bulur bulmaz" ifadesinden, muayene ve teslimin aynı yerde gerçekleştirilmesinin gerektiği sonucu ortaya çıkar³⁵³. İnşaat sözleşmelerinde muayene yeri teslim yeri yani inşaatın bulunduğu alan olarak karşımıza çıkar. Ancak somut olayın özelliklerine göre teslim alınan inşa eserinin muayenesinin bir başka yerde, başka bir kişi tarafından yapılması da mümkündür.

c. Muayene Tarzı

İş sahibi, inşaatı ortalama bir kişinin göstereceği dikkat ve özenle, mutad bir biçimde ve sözleşmeye uygunluk ve ayıp bulunup bulunmadığı yönlerinden makul bir değerlendirme yapacak biçimde muayene etmelidir³⁵⁴.

İş sahibinin muayeneyi kendisi yapması zorunluluğu bulunmamaktadır. Hal ve şartlara göre muayeneyi şahsen yapabileceği gibi yetkili kıldığı bir başkasına ya da uzman bilirkişiye yaptırmaları mümkündür. Ancak Borçlar Kanununa tâbî işlerde sözleşme veya teamül gerektirmedikçe iş sahibi, muayeneyi, bir uzmana, bir bilirkişiye yaptırmak zorunda da değildir. Bununla birlikte gerek iş sahibinin gerekse müteahhidin BK m. 359/II gereğince masrafı kendisine ait olmak üzere inşaatın bilirkişice muayene edilerek, buna ilişkin bir rapor tanzim edilmesini isteme hakkı mevcuttur³⁵⁵.

³⁵³ Şenocak, **a.g.e.**, s. 113.

³⁵⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 170.

³⁵⁵ BK m. 359/II'de sözü edilen bilirkişinin kanunda belirtilmemiş olmakla birlikte resmen tayin edilmiş bir bilirkişi olması gerektiği belirtilmektedir (Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 525). Özel bilirkişiye yaptırılan tespit, bir taraf beyanı olmaktan ileriye gidemez; ancak özel bilirkişi uzman tanık olarak dinlenebilir (Tandoğan, **a.g.e.**, s. 171).

BİGŞ'ye tâbî işlerde inşaatın muayenesi, Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelik³⁵⁶ hükümleri gereğince, iş sahibi idarece kurulacak olan en az üç kişilik muayene ve kabul heyeti tarafından yapılır. BİGŞ m. 41/II gereğince muayene kabul heyeti tarafından, müteahhit veya yetkili temsilcisi tarafından yapılır, işin durumu uygun görüldüğü takdirde bir geçici kabul tutanağı düzenlenir ve bunu müteahhit veya vekili de imzalar. Anılan maddenin üçüncü fıkrası gereğince müteahhit veya vekili, yazı ile yapılacak çağrıya rağmen kabulde hazır bulunmazsa veya kabul tutanağını imzalamak istemezse tutanakta bu husus belirtilir. Kabul heyeti inşaatın niteliklerinin sözleşme, şartname hükümlerine ve yapı tekniği kurallarına uygun olup olmadığını inceler; bozukluklar varsa bunların müfredatını gösterir bir liste düzenleyerek düzeltilmesi ve tamamlanması için bir süre tayin eder.

FIDIC kurallarının 12.1 maddesi gereğince kabul işlemlerinin ve ayıp ihbarının mühendis tarafından yapılması gerekir.

3. İş Sahibinin Ayıbı İhbar Etme Külfeti

İş sahibinin BK m. 360 ile düzenlenen haklarını kullanabilmesi için, BK m. 359/I hükmü uyarınca, tespit edilen ayıpları müteahhide veya temsilcisine vaktinde bildirmesi gerekir. Söz konusu ihbar külfeti muayene ile ortaya çıkan açık ayıplar için söz konusu olduğu gibi, muayene ile belli olmayan gizli ayıplar için de söz konusudur.

a. İhbarın Süresi

Ayıpların bildirimi iş sahibi tarafından tespiti üzerine derhal yapılmalıdır. BK m. 359/I'de bu husus açıkça ifade edilmemiş ise de BK m. 362/III' de gizli

³⁵⁶ 08.09.1983 tarihli ve 2886 nolu kanuna dayanarak çıkarılan, 26.04.1985 tarihli ve 85/9453 nolu Muayene ve Kabul İşlemlerine Ait Yönetmelik, 10.06.1985 tarihli ve 18780 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

ayıpların ortaya çıkar çıkmaz bildirilmesine dair hüküm, anlam itibariyle açık ayıplar için de uygulanır³⁵⁷. Buna göre iş sahibi veya yetkili temsilcisi tarafından fark edilen her türlü ayıp, ister muayene sonucu anlaşılın, ister teslim anında açıkça görülsün ister gizli ayıp olsun, müteahhide veya yetkili temsilcisine hemen bildirilmelidir. Hemen bildirimden kasıt, gecikmeksizin bildirimdir.

Ayıbın bildirilmesi külfeti ayıbın varlığından haberdar olma ile başlar. Tarafların bildirim süresinin başlama ve bitiş zamanını sözleşme ile kararlaştırmaları mümkündür. BİGŞ m. 42 ile düzenlenen teminat süresi bu tür bir süredir³⁵⁸.

Tarafların bir garanti süresi kararlaştırmış olmaları halinde, bu anlaşma muayene külfetinin ortadan kaldırıldığını gösterir; fakat ayıbı ihbar süresinin garanti süresinin sonuna kadar uzatılması anlamına gelmeyecektir³⁵⁹.

FIDIC tarafından yayınlanan örnek şartlar içerisinde de kusurun bildirilmesine ilişkin olarak inşaatın tesliminden başlayan 365 günlük bir süre öngörülmüştür³⁶⁰. Ancak tarafların aralarında anlaşarak bu süreyi uzatmaları ya da kısaltmaları mümkündür.

b. İhbarın Şekli

İhbarın müteahhide ya da ayıp ihbarını almaya yetkili temsilcisine yapılması gerekmektedir. İnşaattaki ayıpların bildirilmesi herhangi bir şekil

³⁵⁷ Seliçi, **a.g.e.**, s. 153; Şenocak, **a.g.e.**, 122; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 172.

³⁵⁸ BİGŞ m. 42'ye göre; "Geçici kabul ile kesin kabul arasında geçecek süreye teminat süresi denir. Bütün yapım ve hizmet işlerinde teminat süresi genel olarak on iki aydır. Ancak bazı işlerin özelliğine göre teminat süreleri arttırılabilir veya eksiltilebilir. Bu süreler sözleşme veya eklerinde belirtilir".

³⁵⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 174-175; Karahasan, **İnşaat**, s. 262-263. Şenocak'a göre garanti anlaşması derhal ihbar külfetini kural olarak ortadan kaldırmaz. Ancak garanti süresi, ayıbın ihbar edileceği azami sürenin (bu süre BK m. 363'te öngörülmüş olan zamanaşımı süresidir) uzatıldığı anlamına gelebilir. Bunun ancak somut olayın tarafların iradesine göre yorumlanması ile tespiti mümkündür (Şenocak, **a.g.e.**, s. 124).

³⁶⁰ Hök, **a.g.e.**, s. 77.

şartına tâbi değildir. Bu bildirim sözlü olarak ve hatta telefonla dahi yapılabilir³⁶¹.

Ayıp ihbarının yazılı olarak yapılacağına dair taraflar arasında bir anlaşma mevcut olsa dahi BK m. 16 hükmü gereğince bunun bir geçerlilik şartı olacağı karine olarak kabul edilemez³⁶². Bu durumda ayıp ihbarının usulüne uygun olarak yapılarak postaya verildiğinin ispatı halinde, bunun müteahhide ulaşmaması riski müteahhide ait olacaktır.

Ayıp ihbarı doğrudan doğruya iş sahibi tarafından yapılabileceği gibi, onun yetkili temsilcisi tarafından ya da bir aracı vasıtasıyla yapılabilir. BK m. 359/II çerçevesinde resmen tayin edilen bilirkişinin raporunun müteahhide mahkemece tebliğ edilmesi kural olarak ayıp ihbarı yerine geçecektir³⁶³.

c. İhbarın İçeriği

İhbar, müteahhit tarafından da ayrıca bir muayene yapılabilmesi, ihtarın haklı olup olmadığını anlayabilmesi ve müteahhidin durumun gerektirdiği tedbirleri alması açısından, ayıbın türü ve kapsamı hakkında yeterli bilgiyi içermelidir³⁶⁴. Genel nitelikli, sadece inşaatın ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olduğunu ifade eden bir hoşnutsuzluk açıklaması ayıp ihbarı olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte iş sahibi ayıbı, tüm ayrıntıları ve teknik sebepleri ile belirtmek zorunda da değildir.

İş sahibi inşaatta yer alan açık ayıpların bir kısmını bildirmiş, bir kısmından söz etmemiş ise, sözü edilmeyen kısımlara ilişkin olarak bir kabulün var olduğu kabul edilir ve iş sahibinin buna ilişkin yasal hakları düşer.

³⁶¹ Y. 15. HD.'nin 04.02.1988 tarih ve 1988/4166 E. ve 1988/389 K. sayılı kararına göre “Davalı sipariş ettiği kat kalorifer kazanı ve teferruatının ayıplı olduğunu, bu ayıbı telefonla davacıya bildirdiğini savunmuştur. Gerçekten davalı tanıklarından Mustafa ifadesinde teslim edilen malzemenin ayıplı olduğu hususunu davacıya bildirdiklerini ifade etmiştir. Bilindiği gibi ayıp ihbarı şekle bağlı değildir” (Karahasan, **a.g.e.**, s. 272).

³⁶² Tandoğan, **a.g.e.**, s. 172.

³⁶³ Öz, **a.g.e.**, s. 118; Seliçi, **a.g.e.**, s. 151. Aksi görüşte Şenocak, **a.g.e.**, 125.

³⁶⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s. 151; Şenocak, **a.g.e.**, s. 126.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki ayıp ihbarı, hukukî işlem benzeri bir fiildir ve müteahhide karşı yöneltilmesi gerekmektedir³⁶⁵.

FIDIC kurallarının uygulandığı inşaat sözleşmelerinde ayıbın söz konusu olduğu hallerde, mühendisin bu ayıpları iş sahibine bildirmesi gerekmektedir. FIDIC m. 11.1 uyarınca, müteahhit işi tamamlayıp, sözleşmede öngörülen testlerden olumlu sonuç aldıktan sonra, durumu mühendis ve iş sahibine bildirecektir. Böyle bir bildirim, aynı zamanda müteahhidin mühendisten geçici kabul belgesi talep etmesi anlamına gelecektir. Müteahhide geçici kabul belgesinin verilmesi ile, FIDIC kurallarının 11.3. maddesinde öngörülen, müteahhidin ayıplardan sorumlu olduğu süre işlemeye başlayacaktır.

III. İŞ SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI

BK m. 360 muayene ve ihbar külfetini yerine getiren iş sahibi için ayıba karşı tekeffül borcundan dolayı seçimlik haklar öngörmüştür. Bunlar, sözleşmeden dönme, ücret indirimi yapılmasını isteme ve ayıbın giderilmesini isteme haklarıdır.

A. Sözleşmeden Dönme Hakkı

BK m. 360/I hükmü uyarınca, inşaatın iş sahibi tarafından kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak şekilde ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olması halinde iş sahibi inşaatı kabulden kaçınabilir, yani sözleşmeden dönebilir³⁶⁶.

Sözleşmeden dönme açık veya zımni olarak yapılabilir. Dönmeye ilişkin irade beyanı iş sahibi tarafından açılan dava dilekçesinde yer alabileceği gibi,

³⁶⁵ Seliçi, **a.g.e.**, s. 152.

³⁶⁶ Eren, **Müteahhidin Borçları**, s. 84.

müteahhit tarafından açılan davada da itiraz yoluyla ileri sürülebilir. Her iki tarafın da tacir olması halinde, dava dışında geçerli olacak bir dönme beyanı TTK m. 20/III gereğince noter vasıtasıyla veya iadeli taahhütlü mektupla ya da telgrafla yapılmalıdır.

İş sahibi sözleşmeden dönme hakkını, tek taraflı varması gerekli bir irade açıklaması ile kullanır. Yenilik doğurucu bir hak olan dönme, sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdirir³⁶⁷. Sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesinden ne anlayacağı klasik (eski) ve yeni dönme teorilerine göre farklılık arz etmektedir. Klasik dönme teorisine göre³⁶⁸, dönme bildirimi sözleşmeyi geriye etkili (ex tunc) olarak ortadan kaldırmaktadır. Bu halde sözleşme hiç kurulmamış sayılacaktır. Ortadan kalkan sözleşme gereği ifa edilmiş olan borçların ne olacağı, sözleşme kuralları dışında belirlenir. Burada henüz ifa edilmeyen borçların ortadan kalkması sorun yaratmamakla birlikte, yerine getirilmiş edimler hakkında hukukî sebepten yoksun kaldıkları için sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaktadır. Uygulanacak zamanaşımı süresi ise dönme bildiriminin ulaşmasından itibaren bir yıldır³⁶⁹.

Yeni dönme teorisine³⁷⁰ göre ise, dönme ile sözleşme ilişkisi ne geçmişe (ex tunc) ne de ileriye (ex nunc) yönelik olarak ortadan kalkacaktır. Bu teoriye göre, dönme sonucunda sözleşmenin konusu değişir ve taraflar arasındaki ilişki artık bir tasfiye ilişkisi haline gelir. Yerine getirilmemiş borçlar son bulmaz; fakat borçlunun ifadan kaçınmasını sağlayan bir def'i hakkı doğar. İfa edilmiş borçların iadesini istemek ise yine aynı sözleşmeden doğan bir borcun ifasını istemektir. Burada uygulanacak zamanaşımı süresi ise 10 yıldır³⁷¹.

Sözleşmeden dönme sonucu ortaya çıkan geri verme yükümleri sözleşmenin değişen içeriğine göre tasfiye edilir. Dönme beyanının

³⁶⁷ Karahasan, **a.g.e.**, s. 284; Öz, s. 128; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 177; Yavuz, **a.g.e.**, s. 484.

³⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, **a.g.e.**, s. 34 vd.

³⁶⁹ Öz, **a.g.e.**, s. 34-35.

³⁷⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s. 209; Serozan, **a.g.e.**, s. 78 vd.

³⁷¹ Öz, **a.g.e.**, s. 37-38.

kullanılması ile sözleşme hiç var olmamışçasına yok kabul edilemez. Böylelikle geri verme yükümlülüklerine sebepsiz zenginleşme borcu niteliği yüklenerek bunlara BK m. 66'daki 1 yıllık zamanaşımı süresi değil, BK m. 363'teki zamanaşımı süreleri uygulanmalıdır. Sözleşmeden döndükten sonra, müteahhit, ücretini aldığı takdirde bunu faizi ile birlikte, iş sahibi ise inşaatı ondan elde etmiş olduğu yararlarla birlikte geri vermek zorundadır.

İş sahibi inşaat için yapmış olduğu bakım, tamir, sigorta giderleri gibi harcamaları eserde kullanılan malzemenin değerinin tazminini müteahhitten talep edebilir. Şayet malzemenin değerinde müteahhit veya onun yardımcılarının kusuru nedeniyle bir azalma ortaya çıkmış ise bu da müteahhit tarafından tazmin edilmelidir³⁷².

Dönmenin tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. Bununla birlikte dönme ile içeriği değişen sözleşme ilişkisi taraflarca yeniden eski içeriği ile canlandırılabilir. Bu halde canlandırılan sözleşme ise yeni bir sözleşme sayılmamalıdır³⁷³.

İnşaatın sade bir kısmının ayıplı olması halinde, bu kısım büyük bir güçlük olmaksızın inşaattan ayrılabilse bile, sözleşmeden dönmek isteyen müteahhit bu hakkını ancak sözleşmenin tamamı için kullanabilecektir. Bununla birlikte iş sahibinin inşaatın ayıpsız kısmını ücret mukabili kabule zorlanması mümkün değildir.

FIDIC kurallarının 15. maddesi ile iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Buna göre mühendisin teslim belgesini verirken ayıpları bildirmiş olmasına rağmen, müteahhidin bu ayıpları yerine getirmemesi üzerine, iş sahibi eseri kabulden kaçınmaya ve sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır. Çünkü sözleşmenin ifa edilmiş sayılabilmesi için, ayıba karşı tekeffül belgesinin imzalanması gerekmektedir. Bu belge, her türlü ayıpların

³⁷² Eren, **a.g.m.**, s. 85; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 178-179; Yavuz, **a.g.e.**, s. 485.

³⁷³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 180.

giderilmesi şartıyla, ayıptan sorumluluk süresinin dolmasından itibaren 28 gün içerisinde düzenlenecektir³⁷⁴.

Ayıpların giderilmemesi durumunda, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır. Ayıbın inşaatı tamamen değersiz kılması veya inşattaki ayıbın giderilemeyecek türden ve kullanımı engelleyecek durumda olması halinde de artık ayıbın giderilmesi yollarından sözleşmeden dönme hakkının kullanılması söz konusu olacaktır³⁷⁵.

B. Ücretin İndirilmesini Talep Etme Hakkı

BK m. 360/II uyarınca, inşaatın ayıplı olmaması ya da sözleşmeye aykırılığın ağır olmaması halinde iş sahibi ücretin indirilmesini talep edebilir. İş sahibinin ücretin indirilmesini talep edebilmesi için ayıplı inşaatın değerinin, ayıpsız olsaydı taşıyacağı değerden objektif olarak daha düşük olması gerekmektedir. Bundan maksat inşaatın piyasa değeri ya da satış değeridir. Hatta iş sahibi normal, basiretli bir iş adamı olarak ayıplı bir inşaatı ayıpsız fiyatına satmış, müteahhit, alt müteahhide yaptırdığı şeyi iş sahibine teslim ettiği halde iş sahibi ayıp iddiasında bulunmamış olsa dahi ücret indirimi talep edebilir³⁷⁶.

İş sahibinin bedel indirimini seçtiğini müteahhide bildirmesi üzerine bedelin bu kısmını müteahhide verme zorunluluğu ortadan kalkar. İnşaatın bedeli iş sahibi tarafından tamamen ödenmiş ise, bu kısım geri istenecektir.

³⁷⁴ Müteahhidin ayıpları gidermesi, ayıptan sorumlu olduğu süreyi aşıyorsa, 28 günlük süre ayıplarından giderilmesi anından itibaren başlayacaktır.

³⁷⁵ Akıncı, **a.g.e.**, s. 51.

³⁷⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 188-189. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 09.07.1985 tarihli, RO 111 II 173 sayılı içtihadı gereğince; "İş sahibi için, ayıpların giderilmesi ile kullanma arasındaki ilişki nispeten olduğu zaman tamirat masrafları BK'nın 368. maddesinin 2. fıkrası anlamında aşırıdır. Bu iki unsurun karşılaştırılmasında, hâkim yalnızca iş sahibinin ekonomik menfaatlerini değil, ekonomik olmayan menfaatlerini de dikkate alacaktır" (Kemal Dayınlı, **İsviçre'de Hukuk Davalarına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları**, Ankara, Dayınlı Hukuk Yayınları, 2001, s. 236-237).

Söz konusu iade talebi sebepsiz zenginleşmeye değil, inşaat sözleşmesinden kaynaklanan bir iade borcuna dayanmaktadır³⁷⁷.

İnşaattaki ayıbın yarattığı değer kaybının zamanla artması ya da eksilmesi mümkündür. Bu nedenle bedel indirimine esas teşkil edecek değerlerin hangi tarih esas alınarak belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, açık ayıplar için bedel indiriminde inşaatın teslim alındığı tarih, gizli ayıplar için ise ayıbın ortaya çıktığı tarih üzerinden değerlendirme yapılmalıdır³⁷⁸.

İş sahibinin ücretin indirilmesini talebi halinde indirilecek tutarın hesaplanmasında en sık kullanılan yöntem nisbi metottur. Bu metoda göre, inşaatın ayıpsız değerinin ayıplı değerine oranı, BK m. 365'e göre taraflarca götürü (sabit) olarak belirlenen ücrete uygulanır ve indirilecek tutar bu şekilde bulunur³⁷⁹.

İş sahibinin ücretin indirilmesini talep hakkını kullanması ile diğer seçimlik hakları ortadan kalkacaktır. Bu bildirimin muhataba ulaştıktan sonra tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir³⁸⁰.

BİGŞ m. 41/17 ile de ücret indirilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre; "Geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren, kusur ve eksiklikler görülecek olursa müteahhidin hakediş veya teminatın en uygun görülecek bir bedel kesilmek şartı ile, iş idare tarafından bu hali ile kabul edilebilir. Bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gereklidir. Müteahhit bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait

³⁷⁷ Öz, **a.g.e.**, s. 95-96.

³⁷⁸ Karahasan, **a.g.e.**, s. 292; Öz, **a.g.e.**, s. 96.

³⁷⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 190-191; Yavuz, **a.g.e.**, s. 487. Y. 15. HD.'nin 23.10.1976 tarih ve 1976/1644 E. ve 1976/3316 K. sayılı kararına göre; "Öğretide de desteklenen bu düşünceye göre, burada uygulanması gereken yöntem nisbî metod olarak nitelenir. Öyleyse bu yöntem uyarınca, eser sözleşmesinin kurulması anında nesnenin ayıpsız olarak ya da vaat edilen niteliklerle taşıyacağı değer ile gerçekte bulunduğu bozuk (ayıplı) durumda taşıdığı değer arasındaki orana göre, eser ücretinden indirilmesi gereken tutar bulunmalıdır" (Karahasan, **a.g.e.**, s. 290).

³⁸⁰ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 187.

olmak üzere, kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve gidermek zorundadır”.

C. Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı

İş sahibinin diğer bir seçimlik hakkı da ayıbın giderilmesi talep hakkıdır. Bu hakkın kullanımı m. 360/II’ye göre, onarım faaliyetinin aşırı masraf gerektirmemesi ve onarımın objektif olarak mümkün olması şeklinde iki özel koşulun varlığına bağlanmıştır³⁸¹.

İnşaattaki ayıpların giderilmesi aşırı masrafa yol açacaksa, müteahhit koşulları var ise sözleşmeden dönebilir ya da ücret indirimini talep edebilir. İnşaatin onarımının aşırı masrafa yol açıp açmayacağı, onarım üzerine iş sahibinin elde edeceği yarar ile müteahhidin yapacağı masraflar arasında açık bir dengesizlik olup olmadığına bakılarak tespit edilir. Açık bir dengesizliğin varlığı halinde masraflar aşırı kabul edilir³⁸².

Müteahhidin ayıbı giderme masrafları nedeniyle kâr edemeyecek, hatta üstüne harcama yapacak olması onarım masraflarının aşırı sayılmasını gerektirmeyecektir³⁸³.

Onarım masraflarını belirlerken, doğrudan ayıbın giderilmesi için gerekli olan malzeme ve işçilik giderlerinin yanı sıra, bu onarım sırasında bozuk olmayan kısımlarda oluşacak zararlar ve bunların giderilmesi masrafları da alınmalıdır³⁸⁴.

Kural olarak ayıbın giderilmesi masrafları müteahhit tarafından karşılanır. Bununla birlikte bu kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. Örneğin, ayıbın giderilmesi aşırı masrafa yol açacaksa, masrafların bir kısmını iş sahibi üstlenebilir. Ayrıca ayıbın ortaya çıkmasında iş sahibinin müterafik

³⁸¹ Yavuz, **a.g.e.**, s. 487-488.

³⁸² Öz, **a.g.e.**, s. 97; Seliçi, **a.g.e.**, s. 175; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 197.

³⁸³ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 197.

³⁸⁴ Öz, **a.g.e.**, s. 97.

kusuru var ise veya iş sahibi haklı bir neden olmaksızın ayıbın giderilmesini talep hakkını kullanmakta gecikmiş ise yine iş sahibi masraflara katlanmalıdır³⁸⁵.

İş sahibinin onarımı talep etmesi, diğer seçimlik hakları kesin olarak ortadan kaldırmaz. Eğer müteahhit, onarımı reddeder ya da onarım uygun bir süre içerisinde gerçekleştirilmez ise, iş sahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilir; hatta koşulları varsa sözleşmeden de dönebilir³⁸⁶. Bununla birlikte müteahhit ayıbın giderilmesi çalışmalarına başladıktan sonra iş sahibi ayıbın giderilmesini talebinden vazgeçemeyecektir.

Onarım sonunda müteahhit, ayıbı ortadan kaldırmak ve onarım sırasında başka yerleri de tahrip etmiş ise onları da düzeltmek ile yükümlüdür. Fakat onarım sırasında iş sahibi inşaat dışında başka bir zarara uğramış ise, iş sahibi, sırf bu gerekçeyle BK m. 360 ile düzenlenen diğer seçimlik haklarını kullanamayacaktır. Bu zararlar için BK m. 96'ya dayanarak tazminat talebinde bulunulabilir³⁸⁷.

Kural olarak müteahhit, BK m. 74 gereğince ayıbın giderilmesi çalışmalarına derhal başlamalı ve makul bir süre içerisinde bu çalışmaları tamamlamalıdır. Müteahhit, bu süre içerisinde ayıbı gidermez ise, iş sahibi bir ihtar ile müteahhidi temerrüde düşürerek BK m. 360'daki haklardan bir diğerini kullanabilecektir.

Müteahhidin ayıpları giderme borcu FIDIC kurallarının 13.1. maddesi ile "müteahhidin genel sorumluluğu" başlığı altında düzenlenmiştir³⁸⁸. FIDIC m. 49.3. ile hangi durumlarda ayıpları gidermek için yapılan masrafların müteahhide yükleneceği belirtilmiştir. Buna göre, mühendis kullanılan malzeme, araç ve işçiliğin sözleşmeye aykırı olduğu, müteahhidin projesinin hatalı olduğu ya da sözleşmede belirtilen herhangi bir borca aykırı davrandığı

³⁸⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 195-196.

³⁸⁶ Öz, **a.g.e.**, s. 97-98.

³⁸⁷ Öz, **a.g.e.**, s. 98.

³⁸⁸ Sandberg, **a.g.e.**, s. 52.

görüşünde ise, ayıpların giderilmesi için yapılan masraflar müteahhide ait olacaktır. Buna karşılık yapılan işin sebebinin bu haller dışında tutulması durumunda, artık ayıptan söz edilemeyecek ve yapılan masraflar iş değişikliği olarak değerlendirilerek, bu esasa göre bedelleri tespit edilecektir.

Yine, FIDIC kurallarının 11.3 maddesi uyarınca, müteahhit, mühendisin kendisine bildirdiği ayıpları, ayıba karşı tekeffül borcunun süresi içerisinde gidermekle yükümlüdür. FIDIC kuralları uyarınca müteahhit, ayıpları giderirken de aynı işin ifasında olduğu gibi, işin yapıldığı yerin bütün hukuk kurallarına ve yetkili mercilerin kararlarına uygun davranmakla yükümlüdür.

FIDIC kuralları ile getirilen düzenleme gereğince kural olarak ayıpları giderecek olan müteahhittir. FIDIC m. 11.1 ile, mühendis tarafından bildirilen ayıpların makul bir süre içerisinde giderilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Müteahhit, mühendisin talimatı üzerine, inşaatın masrafı kendisine ait olmak üzere, sözleşmeye uygun (ayıpsız) hale getirilmesini sağlamakla yükümlüdür.

FIDIC m. 11.4 ile uyarınca mühendis tarafından verilen tâlimata rağmen, müteahhidin ayıpları makul süre içerisinde gidermemesi durumunda, iş sahibi masrafları müteahhide ait olmak üzere ayıpların üçüncü bir kişi tarafından giderilmesine karar verebilir. Bu durum ancak ayıpların iş sahibine yükletilmemesi halinde söz konusu olacaktır³⁸⁹.

D. Ayıp Nedeniyle Uğranılan Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı

BK m. 360 hükmü uyarınca iş sahibi sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi veya ayıbın giderilmesi taleplerinin yansıra, ayıp nedeniyle uğranılan zararın tazminini de talep edebilecektir. İş sahibi tazminat talep etme hakkını adı geçen üç haktan biri ile birlikte kullanabileceği gibi tek başına da kullanabilir³⁹⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, iş sahibi tarafından

³⁸⁹ FIDIC kuralları uygulanan inşaat sözleşmelerinde ayıbın iş sahibine ait olup olmayacağına müteahhide ve iş sahibine danıştıktan sonra mühendis karar verir.

³⁹⁰ Karahasan, **a.g.e.**, s. 395-396; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 204; Yavuz, **a.g.e.**, s. 488.

tazminat talebinde bulunulabilmesi için belli şartların ve özellikle de müteahhidin kusurunun varlığı gerekir. Buna göre, inşaat ayıplı olmalı, iş sahibi zarara uğramalı, ayıp ve zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalı ve müteahhit kusurlu olmalıdır³⁹¹.

Ayıp sonucu ortaya çıkan zararın, sözleşmeden dönmeye, ücret indirilmesine yahut onarıma rağmen giderilemeyen ve uygun nedenini ayıbın oluşturduğu zarar olarak tanımlanması mümkündür³⁹².

İnşaattaki ayıp sonucu oluşan zararın, müteahhidin yardımcı kişilerinin fiilleri sonucu ortaya çıkması halinde, BK m. 100 uyarınca müteahhidin kusursuz sorumluluğuna gidilir. Müteahhit, sorumluluktan ancak kendisi de yardımcı kişisi gibi davransaydı bu davranışın kusurlu sayılamayacak nitelikte olduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir³⁹³.

Müteahhit, kendi ayıbı sonucu doğan zarardan ise sorumluluğu kusur esasına dayandığı için kusurlu olmadığı kanıtlayarak kurtulabilecektir. Kusur ancak tazminatın belirlenmesinde önem taşır. Zira müteahhidin kusur oranına göre tazminat miktarı belirlenecektir. Bununla birlikte, iş sahibinin müterafik kusuru da tazminat miktarının tayininde etkilidir.

Bununla birlikte inşaatta mevcut bulunan ayıpların iş sahibine yükletilmesinin mümkün olmadığı hallerde, ayıp dolayısıyla ortaya çıkabilecek muayene, deneme, taşıma gibi masraflar da müteahhitten talep edilebilecektir³⁹⁴.

Ayrıca belirtmek gerekir ki ayıbın iş sahibine isnat edilebilecek bir sebepten kaynaklanması, iş sahibinin muvafakati ve zamanaşımı süresinin dolması hallerinde müteahhit, ayıba karşı tekeffül borcundan kaynaklanan sorumluluklarından kurtulur.

³⁹¹ Eren, **Müteahhidin Borçları**, s. 86.

³⁹² Tandoğan, **a.g.e.**, s. 204; Yavuz, **a.g.e.**, s. 488.

³⁹³ Tandoğan, **a.g.e.**, s.206.

³⁹⁴ Akıncı, **a.g.e.**, s. 51.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MÜTEAHHİDİN SORUMLULUĞUNA UYGULANACAK HUKUK

I. İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE YABANCILIK UNSURU

A. Genel Olarak

Milletlerarası özel hukuk belirli bir olay ya da ilişkinin birden fazla devletin özel hukuk sistemi ile irtibat halinde bulunması durumunda ortaya çıkan problemleri çözmeye yarayan hukuk dalıdır. Bir olay ya da ilişkiyi birden fazla hukuk sistemi ile bağlantılı kılan unsur ise “yabancılık unsuru (milletlerarası unsur)” olarak adlandırılmaktadır. 5718 sayılı MÖHUK’un 1. maddesinde de “Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu kanunla düzenlenmiştir” demek suretiyle 5718 sayılı Kanunun ve Milletlerarası Özel Hukukun alanı belirlenmiştir.

Bir sözleşmenin ne zaman milletlerarası karakterli olacağı meselesine kanunlar ihtilâfı metodu, klasik yabancı unsur kavramından hareketle yaklaşmaktadır. Bir sözleşmede yabancı unsur, tarafların vatandaşlığı, ikâmetgahı, akdin yapıldığı veya ifa edildiği ya da malların bulunduğu, hizmetin yapıldığı yer vs. gibi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir³⁹⁵. Bir hukukî ilişki birden çok hukuk sistemi ile bağlantı halinde ise, söz konusu yabancılık unsuru ilişkiye milletlerarası karakter vermektedir.

³⁹⁵ Ergin Nomer, Cemal Şanlı, **Devletler Hususî Hukuku**, İstanbul, b. 16, Beta Yayıncılık, 2008, s. 5; Cemal Şanlı, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1986, s. 30; Gülören Tekinalp, **Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları**, İstanbul, b. 9, Beta Yayıncılık, 2006, s. 16.

Milletlerarası alanda son dönemlerde ağırlık kazanan eğilim, yabancı unsur taşımayan fakat milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendiren sözleşmelerin milletlerarası sözleşme olarak nitelendirilmesi yönündedir³⁹⁶. Söz konusu görüşün kabulü, milletlerarası sonuçlar doğuran sözleşmelerin yerel ilişkilerden farklı olarak milletlerarası karakterli sayılmasını sağlayacak, sözleşmenin ekonomik karakteri ve milletlerarası ticaretin yarar alanına girme kriterleri sözleşmeyi yabancı unsurlu hale getirecektir³⁹⁷. Kanunlar ihtilâfı meselelerinin düzenlendiği MÖHUK'ta yabancı unsurun tanımı yapılmamış olmakla birlikte, yabancı unsur kavramının böylesine geniş yorumlanmasını destekleyen bir eğilim söz konusu değildir³⁹⁸.

B. Hukuk Seçimi ve Yabancılık Unsuru

Hukuk seçiminin yapılabilmesi için, akdin yabancılık unsuru taşımasının gerekip gerekmediği konusunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre bunun için yabancılık unsurunun mevcut olması gerekmez³⁹⁹. Zira, “yabancı bir hukuk seçimi” ile o hukukî ilişki zaten yabancı unsurlu bir hukukî ilişki haline gelecektir⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, b. 9, Beta Yayıncılık, 2009, s. 252. Milletlerarası akit kavramının tespitinde yabancılık unsurunun bulunması her zaman zorunlu olmamakla birlikte, sözleşmenin ekonomik karakteri ve milletlerarası ticaretin yarar alanına girme kriterleri etkilidir (Şanlı, **a.g.e.**, s. 31-33). Yabancı unsurun belirlenmesine ilişkin olarak 1920’li yıllardan bu yana Fransız mahkeme kararlarında gelişen yaklaşım, uyuşmazlığın milletlerarası niteliğinin belirlenmesinde, uyuşmazlığa konu olan hukukî ilişkinin ekonomik amaçlarının dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır (Akıncı, **a.g.e.**, s. 8).

³⁹⁷ Milletlerarası sözleşme ve yabancılık unsuru kavramlarının karşılaştırılması ve yabancılık unsurunun Roma Konvansiyonu açısından değerlendirilmesi için bkz. Nuray Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı”, **MHB**, Yıl 12, S.1-2, 1992, s. 2 vd.

³⁹⁸ Akıncı, **a.g.e.**, s. 9.

³⁹⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 252; Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 307.

⁴⁰⁰ YHGK’nun 06.05.1998 tarih ve 12-287 E., 325 K. sayılı kararına göre “Eğer taraflar aralarındaki akde yabancı bir hukukun uygulanacağını kararlaştırmışlarsa, yani akitleri için yabancı bir hukuk seçimi yapmışlarsa, bu akit artık «yabancı unsur» taşıyan bir akitir” (Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 307).

Bir diğerk görüşe göre ise hukuk seçiminin ancak yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelere ilişkin olarak yapılması mümkündür⁴⁰¹. Buna göre, haklı menfaat ve benzeri gibi sınırları değışken veya taraflar dışındaki kişilerin yorumlayacakları başka kriterler yerine, sözleşmenin yabancı unsurları bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve ancak sözü edilen yabancılık unsuru var ise taraflar hukuk seçimi yapmakta serbest bırakılmalıdır.

Kanaatimizce MÖHUK'un 24. maddesinin açık ifadesinde böyle bir sınırlama bulunmadığı da dikkate alınarak yabancı unsur taşımayan sözleşmelerin hukuk seçimi ile yabancı unsur taşır hâle gelecekleri yönündeki görüşün kabulü, milletlerarası ticaret hayatının ve bunun içinde özellikle incelememiz konusu inşaat sözleşmelerinin ihtiyaçlarına uygun düşer niteliktedir.

II. AKDİ İLİŞKİYE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

A. Yetkili Hukukun Taraf İradelerine Göre Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Borçlar hukukunda akdi ilişkilerde taraflara tanınan irade özgürlüğünün, milletlerarası özel hukuktaki yansıması akde uygulanacak hukukun taraflarca tayin edilebilmesi şeklinde olmuştur. Bu ilke hemen hemen bütün ülkelerde ve uluslararası sözleşmelerde kabul edilmiştir ve kural olarak tarafların uygulanmasını kararlaştırdıkları hukuk hiçbir şarta bağlı olmaksızın uygulanacaktır⁴⁰².

⁴⁰¹ Ziya Akıncı, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992, s. 9; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 288.

⁴⁰² Musa Aygöl, "Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Sözleşmesi", **SÜHFD**, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 238; Şanlı, **a.g.e.**, s. 105.

Milletlerarası özel hukukta irade serbestisi, tarafların borç doğuran bir özel hukuk sözleşmesini belirli bir hukuka tâbi tutabilme iktidarını ifade eder⁴⁰³.

MÖHUK'un 24. maddesinin birinci fıkrasında "Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbidir" demek suretiyle bu serbestiye açıkça yer verilmiştir. Mülga 2675 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinde de aynı düzenleme yer almakta iken, yeni düzenlemede yalnızca "kanuna" şeklindeki ibare yerinde olarak "hukuka" biçiminde değiştirilmiştir⁴⁰⁴.

Kural olarak akit statüsü olarak tabir edilen, akdin kuruluş ve hükümlerine uygulanacak hukuk, öncelikli olarak tarafların seçtiği hukuktur⁴⁰⁵. Seçilen hukuk, Türk hukuku olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilir.

Tarafların sahip oldukları irade serbestisi sonucu seçecekleri hukuk, akdin ehliyet ve şekil meseleleri hariç⁴⁰⁶, bütünü ile tâbi olduğu "yetkili hukuk" yani "akit statüsü (proper law)" olacaktır. Bu durumda tarafların bizzat kendi iradeleri ile serbestçe tayin edecekleri hukuk, kanunlar ihtilâfı kuralı niteliğini kazanmaktadır⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Şanlı, **a.g.e.**, s. 103; Nihal Uluocak, **Kanunlar İhtilâfı: Yasama Yetkisi Kuralları**, İstanbul, 1971, s. 138.

⁴⁰⁴ Taraflarca uygulanması kararlaştırılabilecek hukuk, belirli bir devlete ait hukuk kurallarının bütününe ifade eder. Buna göre Lex marcetoria, UNIDROIT prensipleri gibi uygulanma alanı belirli bir ülke ile sınırlanmamış, birden çok ülkeyi kapsayan hukuk kuralları MÖHUK m. 24 anlamında "hukuk" kavramı dışında kalır. Bununla birlikte bir devlete ait olmayan bir hukuk nizamının belirli hukuk kurallarına yapılan atıf, mümkün ve kabul edilebilir bir seçimdir (Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 308).

⁴⁰⁵ Çelikel, **a.g.e.**, 2009, s. 250.

⁴⁰⁶ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 308. Sözleşme yapma ehliyeti MÖHUK'un 9/I. maddesine göre ilginin millî hukukuna, sözleşmenin şekil şartları da MÖHUK'un 7. maddesine göre sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukuka tâbidir.

⁴⁰⁷ Cüneyt Çilingiroğlu, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Bir Bağlama Kuralı Olarak Taraf İradeleri", **MHB**, 1989, S.2, Yıl 9, s. 103; Erdoğan Göğer, "Devletler Hususi Hukukunda Âkit Taraflarca Yetkili Hukukun Seçilmesi", **A.Ü. Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966, s. 304; Uluocak, **a.g.e.**, s. 140.

2. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli

Milletlerarası özel hukukta akdî borç ilişkilerine ve dolayısıyla inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun taraflarca seçimi “açık” veya “zımnî (örtülü)” olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Bununla birlikte hukuk seçimi olarak kabul edilen, ancak gerçekte taraf iradelerinin hiçbir şekilde rol oynamadığı farazi hukuk seçimi olarak nitelendirilen bir durum daha mevcuttur⁴⁰⁸.

Tarafların ana sözleşmede yahut müstakil bir sözleşmede yer alan akdî ilişkinin hangi hukuka tâbi olacağına yönelik anlaşmaları, hem hukukî sonuca varma iradesini, yani akdî ilişkiyi muayyen bir hukuka tâbi kılma iradesini hem de bu sonuca yönelik iradeyi açıkça belirtmeye elverişli ise bir açık hukuk seçiminden bahsedilir⁴⁰⁹. Buna karşılık tarafların akdî ilişkilerine uygulanmak üzere belli bir hukuku seçtikleri açık olarak anlaşılmıyor; bir yorum sonucu, bazı beyan ve davranışları yardımıyla, hukuk seçimi yaptıkları sonucuna varılabiliyor ise, hukuk seçiminin zımnî irade ile yapılması söz konusu olmaktadır⁴¹⁰.

5718 sayılı MÖHUK’un 24. maddesinin birinci fıkrasında hukuk seçiminin açık ya da zımnî olarak yapılabileceği kabul edilmektedir⁴¹¹. Anılan maddenin ilk cümlesinde açık hukuk seçiminin geçerli olacağı düzenlenmiş

⁴⁰⁸ Vahit Doğan, *Uluslararası Ticarete Bir Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, b.2, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 139.

⁴⁰⁹ Şanlı, *a.g.e.*, s. 104.

⁴¹⁰ Doğan, *a.g.e.*, s. 139.

⁴¹¹ 5718 sayılı MÖHUK’un yürürlüğe girmesinden önce, 2675 sayılı MÖHUK’un yürürlüğü döneminde açık irade beyanı ile hukuk seçiminin geçerliliği konusunda hiçbir tereddüt mevcut değil iken, zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminin geçerli olup olmayacağı konusunda görüş birliği bulunmamaktaydı. Bir görüşe göre, kanunda geçen “açık” kavramından hareketle kanun koyucu bilinçli olarak zımnî irade beyanı ile hukuk seçimini reddettiği ileri sürülüyordu (Çelikel, *a.g.e.*, s. 252; Nomer, Şanlı, *a.g.e.*, s. 309). Ancak Nomer’e göre tarafların bir hukuk seçimi yapma iradeleri açık olarak belirlenebiliyorsa hukuk seçiminin varlığı kabul edilmelidir. Bu durumda yazara göre taraf iradelerinden bir hukuk seçimini isteyip kabul ettikleri açıkça anlaşıldığından kanunun aradığı anlamda açık bir hukuk seçimi mevcuttur (Nomer, Şanlı, *a.g.e.*, s. 309). Diğer görüşe göre ise, sözleşmenin taraflarının belirli bir ülke hukukunu seçtikleri yönündeki iradeleri tereddüde mahal bırakmayacak şekilde tespit edilebiliyor ise zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminin de kabul edilmesi gerektiği savunuluyordu (Şanlı, *a.g.e.*, s. 104; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 291).

iken⁴¹², ikinci cümlesinde “Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir” demek suretiyle zımnî (örtülü) hukuk seçiminin de geçerli olacağı kabul edilmiştir. Böylelikle zımnî hukuk seçiminin geçerli olup olmayacağı hakkındaki tartışmalara da açık kanun düzenlemesiyle son verilmiştir.

Zımnî hukuk seçiminde de tarafların hukuk seçimi konusunda gerçek bir iradeleri mevcuttur. Sadece bu irade açık olmayıp, olayın özelliklerinden veya hâl ve şartlardan “tereddüde yer vermeyecek biçimde” anlaşılmaktadır. 5718 sayılı MÖHUK ile zımnî hukuk seçiminin de kabul edilmesiyle milletlerarası ticaretin ve bunun içerisinde tabii ki incelememiz konusu olan milletlerarası unsurlu inşaat sözleşmelerinin ihtiyaçlarına daha uygun bir anlayış benimsenmiştir.

Hukuk seçiminin bir diğer şekli ise farazi hukuk seçimidir. Farazi hukuk seçiminde bir varsayıma dayanılmaktadır. Buna göre, uyuşmazlığı çözmekle görevli hâkim veya hakemler kendilerini tarafların yerine koyarak, taraflar akdin inikadı anında yetkili hukuk hususunda düşünmüş olsalardı, mantıklı ve dürüst kişiler olarak hangi hukuku seçecekleri konusunda taraf iradelerinin tahminini yapmaya çalışacaklardır⁴¹³. Bununla birlikte farazi iradenin objektif olarak yani taraf menfaatlerinin ve objektif kıstasların değerlendirilmesi ile tespiti de mümkündür. Günümüzde farazi irade ile hukuk seçimi metodu kabul edilmemektedir⁴¹⁴. Ancak farazi hukuk seçimi metodu zamanla

⁴¹² MÖHUK’un 24. maddesinin birinci cümlesinde hukuk seçiminin “açık” olarak yapılabileceği belirtildikten sonra ikinci cümlesinde “sözleşme hükümlerinden (...) tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk seçimi geçerlidir” şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olması gereksiz bir tekrar olarak yorumlanmaktadır. Buna göre “sözleşme hükümlerinden tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen hukuk seçimi”, açık hukuk seçimi anlamına gelmektedir (Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 309). Ancak kanaatimizce pratikte açık hukuk seçimi oluşturmamakla birlikte sözleşme hükümlerinden anlaşılabilen hukuk seçimi ile karşılaşılabilmesi mümkündür. Zira, tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmeye hukuk seçimini içeren bir madde koymayarak, diğer maddelerinde hukuk seçimi yapılmış gibi düzenlemelere gitmeleri mümkündür. Açıklanan nedenle sözleşme hükümlerinden tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen her hukuk seçiminin açık hukuk seçimi sayılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

⁴¹³ Doğan, **a.g.e.**, s. 141-142; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 292.

⁴¹⁴ Doğan, **a.g.e.**, 142; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 292.

sözleşmenin sıkı irtibatlı yer hukukuna bağlanması kuralının kabulü sonucunu doğurmuştur⁴¹⁵.

3. Hukuk Seçiminin Meydana Gelmesi ve Geçerliliği

Hukuk seçiminin yapılışı için herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. Tarafların sözleşmeye koyacakları bir madde ile, sözleşmenin bir hükmü görüntüsünde yahut ayrı bir sözleşme ile uygulanacak hukuku belirlemeleri mümkündür. Hukuk seçimi beyanı ana sözleşme içerisinde, bu sözleşmenin bir maddesi olarak düzenlenmiş olsa da kendi varlık sebebini teşkil eden esas sözleşmeden bağımsızdır. Zira bu klotların konusu ve amacı, ana sözleşmeden farklıdır ve tamamen ana sözleşmeden doğacak uyumsuzlukların hangi hukuk kuralına göre çözümleneceğini belirlemekten ibarettir. Dolayısıyla asıl sözleşmenin şekli geçerliliği ile hukuk seçimi sözleşmesinin şekli geçerliliği birbirinden ayrı değerlendirilir⁴¹⁶.

Asıl sözleşmenin şekli açıdan geçersiz olması, hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğini hiçbir şekilde etkilemeyecektir. Hukuk seçimi sözleşmesinin şekli geçerliliğinin yapıldığı yer hukukuna veya esasa uygulanacak hukuka uygunluğunun araştırılması gerekecektir⁴¹⁷.

Türk hukukunda, hukuk seçimi sözleşmesinin maddi geçerliliği hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde hukuk seçimi sözleşmesinin maddi geçerliliğinin seçilen hukuka tâbi olması gerektiği savunulmaktadır⁴¹⁸. Kanaatimizce de böyle bir yorum tarzı tarafların önceden

⁴¹⁵ Doğan, **a.g.e.**, s. 142, Tekinalp, **a.g.e.**, s. 292; Uluocak, **a.g.e.**, s. 144.

⁴¹⁶ Doğan, **a.g.e.**, s. 143; Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 310; Şanlı, **a.g.e.**, s. 107; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 287.

⁴¹⁷ Doğan, **a.g.e.**, s. 146; Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 311; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 259.

⁴¹⁸ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 311; Tekinalp, **a.g.e.**, s.287. 5718 sayılı MÖHUK ile getirilen ve mülga 2675 sayılı MÖHUK'ta karşılığı bulunmayan "Sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliği" başlıklı 32. maddesinde "Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir" ifadesine yer verilmiştir. Yeni MÖHUK'un 32. maddesinin ikinci fıkrasında ise, birinci fıkraya bir istisna hükmü getirilmiştir. Buna göre, sözleşmenin kuruluşu kapsamında olmakla beraber, taraflardan birinin bir davranışı veya susması hâlinde, bunlara hüküm tanıma konusunda, rızası olmadığı iddiasında bulunan tarafın mutad meskeni hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir.

beyan etmiş oldukları iradelerine uygun olacaktır. Ayrıca ifade etmek gerekir ki, hukuk seçimi sözleşmesinin meydana gelmesi ve geçerliliğinin lex foriye tâbi tutulması da mümkün değildir⁴¹⁹. Zira hukuk seçimi sözleşmesi yapıldığı anda, hangi hukukun lex fori olarak hukuk seçimi sözleşmesine hâkim olacağının önceden bilinmesi mümkün değildir.

4. Hukuk Seçiminin Zamanı

Hukuk seçiminin zamanı konusunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. İnşaat sözleşmelerinde taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku genellikle akdin yapılması sırasında kararlaştırırlar.

5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince "Hukuk seçimi her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir".

Buna göre tarafların, yaptıkları hukuk seçimini sonradan değiştirmeleri, hatta yargılama esnasında dahi yeni bir hukuk seçimi yapmaları mümkündür. Sonradan yapılan ve değiştirilen hukuk seçimi geriye etkili olarak geçerli olacak, burada üçüncü kişilerin hakları saklı kalacaktır.

Diğer taraftan sonradan yapılacak hukuk seçimi ile yetkili kılınan hukuk, akdin şeklî geçerliliği ve üçüncü kişilerin hakları üzerinde etkili olmayacaktır. Şeklî açıdan geçersiz olan bir akit, sonraki hukuk seçimi ile geçerli hale gelmeyeceği gibi, geçerli ise de geçersiz olmayacaktır⁴²⁰.

Sonradan seçilen hukuk önceki akit statüsüne oranla üçüncü kişilerin hukukî durumunu kötüleştirmekte ise, hukuk seçiminin sonuçları kanunlar ihtilâfı bakımından esas aktin tarafları arasındaki ilişkiyle sınırlı kalır.

⁴¹⁹ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 310.

⁴²⁰ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 312.

Tarafların üçüncü kişilerle olan ilişkilerinde önceki akit statüsü geçerli olmaya devam eder⁴²¹.

5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinin 3. fıkrasında "Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir" düzenlemesine yer verilmiştir. Mülga MÖHUK'ta karşılığı olmayan maddeyle bu konuda karşılaşılabilecek problemlerin kısmen dahi olsa önüne geçilmiştir.

Anılan düzenleme yukarıda değindiğimiz esaslara uygun olmakla birlikte taraflara sözleşmenin ileriye yahut geriye etkili olup olmayacağını belirleme imkânı vermemektedir. Kanaatimizce milletlerarası ticarî ilişkilerde ihtiyaçlar hâl ve şartlara göre değişir nitelikte olabileceğinden tarafların sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçiminin hangi andan itibaren etkili olacağını belirleme yetkisi tanınmamalı, böyle bir iradenin mevcut bulunmaması halinde geriye etkili olarak sonuç doğuracağı yönünde bir düzenleme getirilmelidir.

5. Hukuk Seçiminin Sınırları

Hukuk seçimi uygulamasında taraflara tanınan irade muhtariyeti ilkesine değişik esaslardan hareketle bir kısım sınırlamalar getirilmektedir. Bu sınırlamalar üzerinde tam bir görüş birliği bulunmamakla birlikte, sınırlamaların akdin niteliği, seçilecek hukuk, seçimin kapsamı ve kamu düzeni gibi açılardan ele alınması mümkündür.

Milletlerarası özel hukukta irade serbestisine getirilen sınırlamaların ilki akdin niteliğine ilişkindir. Bu hususa yukarıda yer verildiğinden burada tekrar inceleme konusu edilmemiştir⁴²².

⁴²¹ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 312.

⁴²² Bkz. üçüncü bölüm başlık I/A-B.

Hukuk seçiminde bir diğer sınır ise seçilebilecek hukuk düzenleri bakımındandır. Burada seçilen hukuk ile sözleşme veya taraflar arasında coğrafi veya şahsî bir bağın olması gerektiğinden bahsedilmiştir⁴²³. Bu görüşe göre, seçilen hukukun “haklı menfaat”e dayanması, borç ilişkisi ile “tabii bir ilişki” içerisinde bulunması gerekir⁴²⁴.

Buna karşılık taraflar aralarındaki borç ilişkilerine uygulanmak üzere diledikleri ülke hukukunu seçme serbestisine sahiptirler ve ilke olarak tarafların hukuk seçimi konusunda tamamen serbest oldukları kabul edilir⁴²⁵. Kaldı ki, milletlerarası inşaat sözleşmelerinde tarafların, sözleşme ile herhangi bir hukukî, ticarî ya da malî ilgisi bulunmayan bir hukukun sözleşmelerine uygulanmasını kararlaştırmaları ihtimalinin oldukça zayıf olması karşısında bu sınırlama güncel bir önem taşımamaktadır.

MÖHUK’un 24. maddesinde getirilen düzenlemede de taraflara bu konuda herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Çünkü tarafların hiçbir menfaati bulunmayan bir hukuku seçmeyeceklerine muhakkak gözüyle bakılmaktadır.

Kural olarak her hukuk düzeni hukuk seçiminin konusunu oluşturabilir. İrade serbestisi bir bütün olarak emredici olan veya olmayan bütün hükümleri kapsar. Bu konuda kanunda sözleşmeden doğan borç ilişkileri arasında herhangi bir ayırım yapılmamış, tarafların diledikleri bir ülke hukukunu seçme serbestilerinin olduğu kabul edilmiştir.

Bununla birlikte doktrinde yapılan haklı eleştiriler doğrultusunda 5718 sayılı MÖHUK gereğince tüketici akitleri, iş akitleri gibi hukuk seçimini sınırlayan bazı akit tiplerinde, tarafların seçtikleri hukukun yanında objektif bağlama noktasına göre uygulanması gereken hukukun emredici hükümleri uyarınca asgari koruma içeren kuralları geçerliliğini koruyacağı ifade

⁴²³ Bu düşüncede olan yabancı yazarlar, söz konusu görüşün eleştirisi ve ayrıntılı açıklaması için bkz. Şanlı, **a.g.e.**, s. 116-120.

⁴²⁴ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 288. Sözleşme ile seçilen hukuk arasında bahsi edildiği gibi bir ilişkinin yahut taraf menfaatlerinin bulunması Polonya, Portekiz, İspanya ve ABD gibi bazı ülkelerin milletlerarası özel hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir (Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 252, dn. 72).

⁴²⁵ “İsviçre Federal Mahkemesi de, 1965 tarihli «Ades» davasında, tarafların, akitle ilgisi olmayan bir hukuku seçmede haklı bir menfaate sahip olduklarının kabulü için, akdin bu hukukla maddî (yersel) bir bağa sahip olmasının zorunlu olmadığına karar vermiştir” (naklen, Şanlı, **a.g.e.**, s. 119).

edilmektedir⁴²⁶. Bunun nedeni anılan sözleşmelerde menfaatleri korunmaya değer bir zayıf âkit tarafın bulunmasıdır.

Milletlerarası uyuşmazlıkların çözümünde lex mercatorianın esas alınıp alınamayacağı da tespiti gereken bir başka husustur. Burada öncelikle üzerinde durulması gereken uyuşmazlığın devlet yargısında mı yoksa tahkimde mi çözüleceğidir. Uyuşmazlığın devlet yargısında çözülmesi durumunda esasa uygulanacak hukuk lex forinin kanunlar ihtilâfı kuralları ile belirleneceği için, lex mercatorianın uygulanabilmesi, tamamıyla hâkimin hukukunun lex mercatoriaya olan yaklaşımına bağlıdır. Bir diğer deyişle, lex mercatorianın uyuşmazlığa özerk bir sistem olarak uygulanabilmesi için, uyuşmazlığa bakan mahkemenin millî hukuku uyarınca, lex mercatorianın bağımsız bir hukuk sistemi olarak kabul edilmesi ve yine mahkemenin millî hukukunda yer alan kanunlar ihtilâfı kurallarının, uyuşmazlığa lex mercatorianın uygulanmasını öngörmesi gerekmektedir⁴²⁷.

Milletlerarası özel hukukta, irade serbestisine getirilen sınırlamalardan biri de kamu düzenine aykırılık istisnasıdır. Bu sınırlama konusunda tüm millî hukuk sistemlerinde bir ittifak vardır⁴²⁸. MÖHUK'un 5. maddesinde de yetkili yabancı hukukun uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hükmün uygulanmayacağı, gerekli görülen hallerde Türk hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir.

Hukuk seçiminde prensip olarak seçilen hukukun kanunlar ihtilâfı normlarının değil, sadece maddi hukuk normlarının uygulanacağı kabul edilir⁴²⁹. Zira seçilen hukuk, kanunlar ihtilâfı kurallarını da ihtiva ederse bağlama kurallarının yaptığı gönderme nedeniyle tarafların seçtikleri hukukun uygulanmaması gibi bir durumun ortaya çıkması muhtemeldir. Taraflar

⁴²⁶ Doğan, **a.g.e.**, s. 161, Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 313.

⁴²⁷ Akıncı, **a.g.e.**, s. 22. Uyuşmazlığın tahkim yolu ile çözülmesi durumunda lex mercatorianın esas alınıp alınmayacağı konusunda bkz. Üçüncü Bölüm başlık III/A.

⁴²⁸ Clive M. Schmitthoff, "The Law of International Trade", **Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law**, The Netherlands, Dordrecht, 1988, s. 222.

⁴²⁹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 318; Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 311; Şanlı, **a.g.e.**, s. 121; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 290.

seçtikleri hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının da dikkate alınmasını istiyor iseler bu konuda hukuk seçimi sözleşmesine açıklık getirmelidirler.

Bununla birlikte 5718 sayılı MÖHUK'un 2. maddesinin üçüncü fıkrasında “Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır” ve üçüncü fıkrasında “Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hükümleri uygulanır” demek suretiyle bu hususa yasal düzenleme ile de açıklık getirilmiştir⁴³⁰.

Hukuk seçimi konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus kısmi hukuk seçiminin mümkün olup olmadığıdır. Hukukumuzda 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta bu yönde herhangi bir hüküm bulunmazken 5718 sayılı MÖHUK ile kısmî hukuk seçiminin mümkün olduğu düzenlenmiştir.

5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca “Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler”. Söz konusu düzenleme, doktrinde kabul gören, tarafların karşılıklı anlaşması ile sözleşmenin muayyen kısımlarının farklı hukuklara tâbi tutulabileceği görüşünü yasal olarak desteklemiş ve kanaatimizce yerinde bir düzenlemedir. Anılan fıkra gereğince şekil ve ehliyetle ilişkin akit şartları zaten farklı hukuklara tâbi iken, akdin meydana gelişi ve hükümleri de kendi aralarında birbirinden ayrılabilir.

⁴³⁰ “2675 sayılı Kanunun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve “atıf” “renvoi” diye isimlendirilen bu hüküm, her türlü hukukî ihtilâf için uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması hâlinde bu hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanmasını öngörmekteydi. Tatbikatta, mahkemelerin yabancı hukuku uygulamasındaki güçlükler ve özellikle yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı hükümlerinden hareketle, diğer bir yabancı hukuku araştırıp bulmasındaki zorluklar dikkate alınarak, mevcut hüküm sadece “kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarla” sınırlandırılmıştır. Çünkü, milletlerarası özel hukuk kuralları düzenlenirken kişinin menfaatinden hareket edilen kişinin hukuku ve aile hukuku alanında, kişiye en yakın hukuk olarak kabul edilen “millî hukuk” gibi bir hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının da dikkate alınarak uygulanması adil bir yaklaşımdır. Ayrıca 2. maddenin üçüncü fıkrasında atfın genel olarak uygulanacağına ilişkin hüküm yanında uygulanmayacağı halleri saymak yerine, kişinin hukuku ve aile hukuku gibi uygulanacağı konular açıkça hüküm altına alınarak basit ve anlaşılması kolay bir düzenleme getirmek amaçlanmıştır” (5717 sayılı MÖHUK tasarısı 2. madde gerekçesi).

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan herbirinin borcu için ayrı ayrı yahut sadece taraflardan birinin edimi için hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilmektedir⁴³¹. Buna göre, milletlerarası inşaat sözleşmelerinde müteahhidin sorumluluğunun ayrı bir hukuka tâbi olacağının kararlaştırılması mümkün olacaktır. Bununla birlikte birbirinden muhteva itibariyle ayrılamayacak hususların farklı hukuka tâbi tutulamayacağı da kabul edilmektedir⁴³².

Ayrıca belirtmek gerekir ki, hukuk seçiminin, taraflarca farklı bir şekilde kararlaştırılmadıkça, yaptıkları akdi, ehliyet ve şekil meseleleri hariç bütünüyle seçilen hukuka tâbi tuttukları anlamına geldiği kabul edilir. Bir hukuk seçiminin yorumu yoluyla kısmî bir biçimde yapılmış olduğu sonucuna varmak mümkün değildir⁴³³.

Askıda hukuk seçiminin yapılabilip yapılamayacağı konusunda da kanunda bir açıklık bulunmamaktadır⁴³⁴. Ancak hukuk seçiminin her zaman yapılmasının ve değiştirilmesinin mümkün olması bu tür bir hukuk seçimini de olanaklı hale getirmektedir⁴³⁵. Örneğin, tarafların aralarındaki davanın ikâme edildiği mahkemenin maddî hukukunun uygulanacağını kararlaştırmaları mümkündür. Bu durumda uygulanacak hukukun sonradan belli olması durumunda hangi andan itibaren sonuç doğuracağı konusu yoruma açıktır. Ancak sonradan hukuk seçimi yahut değiştirilmesi durumlarında olduğu gibi bu halde de akdin şekli geçerliliği ve üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla seçilen hukukun akdin inikadı anından itibaren uygulanacağı kabul edilmelidir⁴³⁶.

Seçilen hukukun uygulanması konusunda karşılaşılabilecek bir diğer sınırlama seçilen hukukta değişiklikler olması durumunda hangi düzenlemenin uygulanacağıdır (Inter-Temporal Problems). Bununla birlikte

⁴³¹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 289.

⁴³² Tekinalp, **a.g.e.**, s. 289.

⁴³³ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 311.

⁴³⁴ Askıda hukuk seçimine (“floating” choice of law clause) “dalgalı” yahut “şartlı” hukuk seçimi de denmektedir.

⁴³⁵ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 312; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 289-290.

⁴³⁶ Aynı görüşte Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 313.

genel olarak (devletle şahıslar arasında yapılan sözleşmeler hariç) seçilen hukukta zaman içerisinde meydana gelen değişikliklerin, bu hukukun uygulanması kararlaştırılmış olan sözleşmeleri de etkileyeceği kabul edilmelidir⁴³⁷. Kanaatimizce seçilen hukukta mevcut normların zaman içinde değişmesi sorunu söz konusu düzenlemelerin yürürlük hükümleri nazara alınarak çözülmeli ve ilgili yürürlük hükmü uyuşmazlığın çıktığı anda yeni düzenlemenin uygulanacağını öngörüyorsa uyuşmazlığın çözümlenmesinde artık mevcut düzenleme esas alınmalıdır.

Diğer yandan devlet ile özel kişiler arasındaki sözleşmelerde değişen hukuk kurallarının uygulanmaması, bir diğer deyişle “sabitleşme”nin tercih edilmesi isabetli olacaktır⁴³⁸. Böylelikle, devletin tek taraflı olarak yapılabileceği kanun değişiklikleri karşısında özel kişilerin haklarının korunması mümkündür.

Burada ayrıca ifade etmek gerekir ki, tüm objektif bağlamaya esas olacak hukuk düzenlerini bertaraf etmemek şartıyla negatif hukuk seçimi de mümkündür⁴³⁹. Zira tarafların hukuk seçimi konusunda anlaşılamamış olmaları ve bununla birlikte objektif bağlamada uygulanması muhtemel bir hukukun uygulanmasını istememe yönünde iradelerinin uyuşması her zaman mümkündür. Negatif hukuk seçiminin mümkün olması milletlerarası akitlerde taraflara tanınan irade serbestisinin bir sonucu olarak kabul edilmelidir.

Ayrıca inşaat sözleşmelerine inşaatın yapıldığı yer hukukundan farklı bir hukuk uygulansa dahi teknik standartlar, inşaat izni, imar durumu, güvenlikle ilgili tedbirlere ilişkin düzenlemeler, inşaatla kullanılacak alet ve malzemenin tâbi olacağı ithalat rejimi gibi konular, sözleşme statüsü içinde kalarak, inşaatın yapıldığı yer hukukuna tâbi olacaktır⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 300.

⁴³⁸ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 313.

⁴³⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 289.

⁴⁴⁰ Akıncı, **a.g.e.**, s. 72.

6. FIDIC Kuralları Esas Alınan Sözleşmelerde Hukuk Seçimi

FIDIC kurallarının 1.4. maddesi uyarınca, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku, özel şartların düzenlendiği II. kısımda kararlaştırabilirler. FIDIC kurallarının düzenleniş itibarıyla tarafların belirli bir hukuku aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçmeleri için II. kısımda yer alan 5.1. maddeye seçtikleri devletin ismini yazmaları gerekmektedir.

Hukuk seçiminin yapılış şekli açısından FIDIC kurallarında herhangi bir sınırlama mevcut değildir. Bununla birlikte, uyuşmazlığın devlet yargısında çözülmesi durumunda, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları dikkate alınacağından hukuk seçiminin açık olmasını öngören bir devlet mahkemesinde davanın görülmesi durumunda, tarafların yetkili hukuku açıkça belirlememiş olmaları halinde hukuk seçimi dikkate alınmayabilir.

Uyuşmazlığın tahkimde görülmesi halinde ise hakemlerin tâbi olacakları bir lex fori bulunmadığı görüşünden⁴⁴¹ hareket edilecek olursa hakemlerin böyle bir sınırlandırmaya tâbi olmayacakları söylenebilir ise de, hakem kararının verildiği yer veya kararın tenfiz edileceği yer hukuklarında, hukuk seçiminin açık yapılması gerektiği düzenleniyor ve hakemlerin bu kurallar ile bağlı olduğu kabul ediliyorsa hakem kararlarının geçerliliği ve tenfizi tehlikeye girecektir⁴⁴². Ancak, FIDIC kuralları uyarınca hukuk seçiminin yapılması sadece II. kısımda yer alan ilgili bölüme uygulanması kararlaştırılan hukukun ait olduğu devletin adını yazmaktan ibaret olduğundan, tarafların hukuk seçimini tartışmalı hale getirmek yerine böylesine basit olan bir prosedürün yerine getirilmesi çok daha isabetli olacaktır.

İnşaat sözleşmesinin taraflarının FIDIC kurallarının 1.4 maddesi uyarınca, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlemeleri durumunda, uyuşmazlığa irade serbestisi prensibinden hareketle, taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, yani FIDIC kuralları uygulanacaktır. Buna karşılık

⁴⁴¹ Alan Redfern, Martin Hunter, **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, Forth Edition, London, Sweet & Maxwell, 1986, s. 95.

⁴⁴² Akıncı, **a.g.e.**, s. 25.

uyuşmazlığın çözümü ile ilgili olarak FIDIC kurallarında bir boşluk olması durumunda bu boşluk, seçilen millî hukuk kuralları uyarınca doldurulacaktır.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, FIDIC kurallarının uygulanması, seçilen hukukun emredici hükümleri ile sınırlıdır⁴⁴³. Yani, FIDIC kurallarının herhangi bir hükmünün seçilen millî hukukun emredici hükümlerine aykırı olması halinde, FIDIC kurallarının söz konusu hükmü geçersiz sayılacaktır.

FIDIC kurallarının milletlerarası alanda uygulanmasında özellik arz eden durumlardan biri de, inşaat sözleşmesinin FIDIC kuralları esas alınarak düzenlenmiş ve yetkili hukukun belirlenmiş olduğu hallerde, hakemlerin karar verirken, tarafların seçmiş olduğu bu millî hukuka başvurmaya gerek duymaması ihtimalidir. Bu konu Türk hukukunda özellikle hakem kararlarının denetlenmesi halinde önem taşıyacaktır. Yargıtay, bu konuda ileride ilgili bölümde inceleneceği üzere, uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun uygulanacağını kararlaştırıldığı durumlarda, hakemlerin Türk hukukunu doğru uygulayıp uygulamadığının Yargıtay’ca denetlenebileceğini belirtmiştir⁴⁴⁴.

FIDIC kurallarının esas alınması ve uygulanacak hukukun belirlenmesi durumunda, uygulanması kararlaştırılan hukuk, yetkili hukuk yani akit statüsü olacak, FIDIC kuralları bu hukuka ait kuralların taraflara tanıdığı serbesti çerçevesinde uygulanacaktır. Seçilen hukukun Türk hukuku olması halinde FIDIC kuralları taraflara Türk hukuku tarafından tanınan irade serbestisi sınırları içerisinde uygulanacağından bu şekilde seçilen hukukun uygulanmasına gerek kalmaksızın verilen bir hakem kararının anılan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının yaklaşımı gereği esastan incelenmesi gerekecektir⁴⁴⁵.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus, tarafların FIDIC kurallarını esas aldıkları sözleşmelerde, FIDIC kurallarının belgelendirmeye ilişkin hükümlerinin Türk Usul Hukuku açısından değerlendirilmesidir. Bu bakımdan

⁴⁴³ Akıncı, **a.g.e.**, s. 25.

⁴⁴⁴ Esasa uygulanan hukukun denetlenmesi konusunda daha fazla açıklama ve Yargıtay’ın 28.01.1994 tarih ve 1993/4 E., 1994/1 K. sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. III. Bölüm 3-B.

⁴⁴⁵ Akıncı, **a.g.e.**, s. 26.

FIDIC sözleşmesinde yer alan bu hükümler HUMK'un 287. maddesi anlamında delil sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir⁴⁴⁶. FIDIC kuralları işin teslimi ve hakedişlerin imzalanması ile ilgili hükümler içermektedir. Söz konusu hükümler taraflar arasında yapılmış delil sözleşmesi niteliğinde olduğundan, bu hükümlerin hâkim veya hakemler tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekmektedir.

B. Yetkili Hukukun Objektif Esaslara Göre Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda yetkili hukukun belirlenmesi problemi ortaya çıkacaktır. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde tarafların yetkili hukuku belirlememeleri durumunda, uygulanacak hukukun tespitinde hareket noktası olmak üzere çeşitli bağlama noktaları önerilmektedir. Bunlar arasında sözleşmenin yapıldığı yer hukuku (lex loci conclusionis), ifa yeri hukuku (lex loci solutionis), tarafların tâbi olduğu ülke hukuku, işin yapıldığı yer hukuku, en sıkı irtibatlı hukuk, tarafların mutad mesken ve yerleşim yeri hukukları, lex fori uygulanacak hukukun belirlenmesinde en yaygın olarak dikkate alınan bağlama noktalarını oluşturur.

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmemiş olması durumunda, karşılaştırmalı hukukta müteahhidin edimini ifa ettiği yer veya müteahhidin işletmesinin merkezinin bulunduğu yer hukuku dikkate alınmaktadır⁴⁴⁷.

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden doğan bir uyuşmazlığın çözümü için yetkili hukukun belirlenmesinde hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı

⁴⁴⁶ Akıncı, **a.g.e.**, s. 27.

⁴⁴⁷ Akıncı, **a.g.e.**, s. 79; Carley Wiegand, "The Applicable Substantive Law in the Case of International Contracts", **The Application to Constructions in Private International Law**, 1989, 1 ICL 148, s. 106.

kuralları dikkate alınacaktır⁴⁴⁸. Anılan nedenle milletlerarası inşaat sözleşmelerinden doğan bir uyuşmazlığa bakan devlet mahkemesi, yetkili hukukun tespitiinde kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği bağlama noktalarını dikkate alacaktır.

5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinin dördüncü fıkrasında tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde uygulanacak hukukun tespiti için kademeli bir bağlama kuralı getirilmiştir. Buna göre; "Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur⁴⁴⁹".

Söz konusu düzenlemede objektif bağlama kuralı sözleşme ile en sıkı ilişki içinde olan devletin hukukudur. Maddede, sözleşmenin en sıkı ilişki içerisinde olduğu hukuk da açıklanmıştır. Buna göre karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, sözleşme ile en sıkı ilişki içerisinde olan hukuktur. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk ise karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde ise, karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukukudur.

⁴⁴⁸ Yetkili hukukun hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenmesi, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun davanın açılacağı ülkeye göre değişebileceği ve bu durumun da tarafların hak ve borçlarının tâbi olacağı hukuku önceden bilememesi sonucunu doğurabileceği yönlerinden eleştirilmiştir (Akıncı, **a.g.e.**, s. 83). Söz konusu eleştiriler haklılık arz etmekle birlikte, muhtemel olumsuzlukların giderilmesinin basit ve kesin çözüm yolu tarafların hukuk seçimi yapmalarıdır.

⁴⁴⁹ 2675 sayılı mülga MÖHUK'un 24. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise "Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır".

Karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa, söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri hukuku uygulanır.

Müteahhidin sorumluluğuna uygulanacak hukukun tespitinde uygulamada ortaya çıkabilecek ayıksı durumlar hariç olmak üzere esas alınacak hukuk aynı zamanda borç ilişkisinin esasına yani inşaat sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukuktur. Bu nedenle çalışmamızda bu başlık altında inşaat sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukuk üzerinde durulacaktır.

5718 sayılı MÖHUK'un 24/IV. maddesinde yer alan bağlama kuralı, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanan genel kural olması sebebiyle milletlerarası inşaat sözleşmelerinde de uygulanacak hukukun belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere milletlerarası inşaat sözleşmeleri iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir⁴⁵⁰.

2. İnşaat Sözleşmelerinde Karakteristik Edim

İnşaat sözleşmeleri gibi birden fazla edimin söz konusu olduğu sözleşme türlerinde MÖHUK m. 24/IV uyarınca sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, bağlama kuralı olarak dikkate alınacaktır. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde karakteristik edim önem taşımaktadır. Karakteristik edim, sözleşmeye sosyal içeriğini ve karakterini veren, daha rizikolu olduğu düşünülen edimdir⁴⁵¹.

Edimlerden birinin para değerinin ise paradan başka bir şey olduğu iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, paradan başka bir şey olarak karşımıza çıkan edimin sözleşmeyi karakterize eden edim olduğunu söylemek mümkündür⁴⁵². Zira muayyen bir bedel ödenmesi şeklinde ortaya çıkan edim,

⁴⁵⁰ Bkz. s. 5 vd.

⁴⁵¹ Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 39-40; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 297-298.

⁴⁵² Akıncı, **İnşaat**, s. 84. Her iki edimin de paradan oluştuğu sözleşmelerde rizikoyu üstlenen tarafın edimi karakteristik edim sayılacaktır.

çok genel ve yaygın bir biçimde ortaya çıkmakta ve sözleşmeyi karakterize etmemektedir.

İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin üstlendiği edim bir inşa eseri meydana getirilmesi iken iş sahibinin ediminin de ücret ödeme karşı edimi olduğu düşünülürse, karakteristik edim borçlusunun müteahhit olduğu sonucuna varılacaktır⁴⁵³. Zira meydana getirilecek inşaat, sözleşmenin ağırlık noktasını teşkil etmektedir. Bu durumda tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde müteahhidin işyeri hukuku yetkili hukuk olacaktır⁴⁵⁴.

5718 sayılı MÖHUK uyarınca genel kural yukarıda açıklandığı gibi olmakla birlikte, milletlerarası ticarî alanda müteahhidin ediminin ağırlıklı edim olarak kabul edilmesi gerektiğini söylemek birtakım tereddütlere yol açmaktadır⁴⁵⁵. İnşaat sözleşmelerinde iş sahibinin asıl edimi ücret ödemek ise de milletlerarası ticarî uygulamada inşaat sözleşmelerinin içeriği incelendiğinde çok daha karmaşık bir yapıya rastlanmaktadır.

Özellikle büyük çaplı milletlerarası inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin edimini yapılan işin bedelini ödemek ile sınırlandırmak mümkün değildir. Bu ticarî ilişkide iş sahibi, işin projelendirilmesi, hakedişlerin verilmesi aşamalarında yapılan işin denetlenerek geçici ve kesin kabul belgeleri gibi işin yapımına uygun belgelerin düzenlenmesi, tarafların aralarındaki anlaşmaya göre kredi kurumları ile ilişkiye girerek finansmanın sağlanması, malzemenin temini gibi işin yapılması için gerekli ve son derece karmaşık birçok edimi yerine getirmek durumunda olabilir⁴⁵⁶.

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinin birçoğunda sözleşmenin işleyişi incelendiğinde, yüklenilen işin tamamlanması için müteahhit ile iş sahibinin yoğun bir işbirliği içerisinde olmaları gerektiği göze çarpmakta ve bu durum

⁴⁵³ İsviçre (IPRG m. 117/III-c) ve Alman (EGBGB m. 28/II) Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında, inşaat sözleşmelerinde karakteristik edimin müteahhidin edimi olduğuna açıkça yeren özel düzenlemeler yer almaktadır (Akıncı, **a.g.e.**, s. 84).

⁴⁵⁴ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 320, dn. 150; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 320.

⁴⁵⁵ Akıncı, **a.g.e.**, s. 89; Wiegand, **a.g.e.**, s. 81.

⁴⁵⁶ Akıncı, **a.g.e.**, s. 89.

müteahhidin ediminin tek başına sözleşmenin karakteristik edimi olarak kabulünü güçleştirmektedir.

Buna karşılık yine de kanaatimizce sözleşmeyi karakterize eden edim olarak nitelendirilebilecek olması yönünden müteahhidin ediminin karakteristik edim sayılması milletlerarası uygulama da dikkate alındığında yerinde olacaktır. Zira milletlerarası inşaat sözleşmelerinde müteahhidin borçları ve dolayısıyla sorumluluğu iş sahibinden fazladır.

2675 sayılı mülga MÖHUK düzenlemesinde, borcun ifa yeri hukukuna bağlama kuralı olarak yer verilmiştir. Söz konusu objektif bağlama kuralının taraf menfaatlerine göre değil, işlem menfaatine göre düzenlenmiş olduğunu ve bu uygulamanın somut olay hakkaniyetine uygun düşmeyeceğini söylemek mümkündür⁴⁵⁷.

Bu konudaki haklı eleştiri ve önerileri, milletlerarası sözleşmeleri ve düzenlemeleri dikkate alan kanun koyucu, 5718 sayılı MÖHUK'la borcun ifa yeri yerine karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni bağlama noktasına yer vermiştir.

Yukarıda açıklanan uygulama sıkıntılarının giderilmesi ve milletlerarası düzenlemelerle uygunluk sağlanması açısından kanaatimizce müteahhidin yani karakteristik edim borçlusunun edimini ifa yerinin değil, mutad meskeninin veya yerleşim yerinin uygulanacak hukukun belirlenmesinde esas alınması isabetli bir düzenlemedir.

Diğer yandan gerek 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'nda gerekse çeşitli millî hukuk sistemlerinde⁴⁵⁸ karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku objektif bağlama kuralı olarak esas alınmıştır⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Wiegand, **a.g.e.**, s. 87.

⁴⁵⁸ Örneğin; İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 117/II, Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 28/II.

⁴⁵⁹ Gülören Tekinalp, “Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu”, **MHB**, 1988, S. 1, C. 8, s. 59.

3. İstisna Kuralı

Karakteristik edimin ifa yerinin tespitinin zor veya imkânsız olduğu hallerde 2675 sayılı mülga MÖHUK'un 24. maddesinin ikinci fıkrasında hâkime kanundaki ifadesi ile “sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer” hukukuna göre uygulanacak hukuku belirleme yetkisi verilmişti⁴⁶⁰. Söz konusu düzenleme gereğince en yakın irtibatlı hukukun uygulaması sadece karakteristik edimin ifa yerinin belirlenememesi halinde uygulama alanı bulacak yardımcı kural niteliğindedir.

2675 sayılı mülga MÖHUK'un 24. maddesinin inşaat sözleşmelerine uygulanması durumunda devletler özel hukuku hakkaniyetini sağlayan tek çözümün maddenin son fıkrasında yer alan “en sıkı ilişkili hukuk” gerçek bir istisna kuralıymış gibi hâkime serbestçe kullanma konusunda takdir hakkının tanınması yoluyla mümkün olabileceği kabul edilmekteydi⁴⁶¹. Böylece hâkimin sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuku, objektif bağlama kuralı ile bağlı olmaksızın, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni ya da işyeri gibi hâl ve şartlara göre en sıkı ilişkili hukuku uygulama imkanı olacaktı.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin çözüm tekniği olan objektif bağlama kuralının her durumda katı bir biçimde uygulanmasından kaynaklanabilecek haksızlıkların, somut olayda ortadan kaldırılmasını sağlayan bir istisna kuralı olarak, en yakın irtibat noktalarına göre uygulanacak hukukun tespiti imkânı 5718 sayılı MÖHUK'un kabulü ile Türk hâkimine verilmiştir⁴⁶².

5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesinde gerçek bir istisna kuralı getirilmiştir. Maddede objektif bağlama

⁴⁶⁰ MÖHUK m. 24/II ile getirilen “sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer” kavramı hakkında daha detaylı değerlendirme için bkz. Gülören Tekinalp, “Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması”, **Prof Dr. E. Hirsch'in Anısına Armağan**, Ankara, 1986, s. 439 vd.; Akıncı, **Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, s. 42-50.

⁴⁶¹ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 338.

⁴⁶² Tekinalp, **Akdi Borç Statüsü**, s. 69-71. Genel istisna kuralı olarak daha yakın irtibatlı hukukun uygulanmasına milletlerarası alanda birçok düzenlemede yer verilmiştir. . Örneğin; İsviçre MÖHK m. 15, Avusturya MÖHK m.1, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki AT Roma Sözleşmesi, m. 4/V.

kuralının tespitinin ardından “Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur” düzenlemesine yer verilmiştir⁴⁶³.

5718 sayılı MÖHUK’un 24. maddesinin dördüncü fıkrası ile getirilen, birçok Avrupa ülkesi (Almanya, İsviçre vs.) düzenlemelerine ve doktrinindeki haklı eleştirilere⁴⁶⁴ uygun olarak geliştirilen düzenleme, sözleşmeden doğan borç ilişkileri açısından genel olarak ele alındığında kanaatimizce günümüzde milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve somut olay adaletini sağlamaya uygun düşer niteliktedir. Ancak her sözleşme tipinin kendine özgü özellikler barındırması göz önünde tutularak ayrı değerlendirilmesi milletlerarası sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde daha etkili ve faydalı olacaktır.

MÖHUK’un 24. maddesinde daha sıkı ilişkili hukukun nasıl tespit edileceği hususunda bir açıklık yoktur. Daha sıkı ilişkili hukuk uygulamasında hâkim, sözleşmenin çeşitli unsurları ile bağlantı içerisinde olduğu ülkelerden, bu unsurlar dikkate alındığında en yakın irtibat içerisinde olduğu hukuku dikkate alacaktır. Buna göre, İki ülke arasında boru hattı inşası, deniz altından kablo çekilmesi, ülkeler arası köprü ve tünel yapımı gibi edimleri içeren inşaat sözleşmelerinde müteahhidin edimini ifa ettiği yerinin tespitinde güçlüklerle karşılaşılacak ve en yakın irtibatlı hukuk kuralı uygulama alanı bulacaktır.

Sözleşmeyi çeşitli hukuk düzenleri ile sıkı ilişki içerisine sokan unsurlar tarafların tâbiyeti, ikametgâhları ve ticaret merkezlerinin bulunduğu yer, sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, sözleşmenin dili ve uyuşmazlıkların çözümü için yetkilendirilen mahkemenin bağlı bulunduğu devlet gibi unsurlardır⁴⁶⁵. Söz konusu unsurların hiçbirisi tek başına daha sıkı ilişkiyi kurmak için yeterli kabul edilemeyeceğinden, ancak bu unsurlardan birden

⁴⁶³ Madde gerekçesinde ifa yerinin pek çok sözleşmede tesadüfi olması ve sözleşmeden doğan sorunlara sözleşmeyle ve taraflarla ilgisi zayıf bir hukukun uygulanması sonucunu doğurması nedenleriyle söz konusu bağlama noktasına birinci sırada yer verildiğinden söz edilmektedir.

⁴⁶⁴ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 253; Tekinalp, **MÖH**, s. 298.

⁴⁶⁵ Akıncı, **İnşaat**, s. 92.

fazlasının aynı hukuku göstermesi halinde daha sıkı ilişkinin varlığı sonucuna ulaşılabilecektir⁴⁶⁶.

C. Müteahhidin Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk ve Taleplerin Yarışması

İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin sorumluluğuna yol açan hususların aynı zamanda haksız fiil teşkil etmesi mümkündür. Bu durumda tek bir fiil ile hem haksız fiilden hem de sözleşmeden doğan sorumluluğun ortaya çıkması durumunda bunların tek bir talep hakkında birleştirmesinin mümkün olup olmayacağı konusu gündeme gelecektir.

Tek bir fiil ile birden fazla kanunlar ihtilâfı kuralına bağlanması durumunda hangi kanunlar ihtilâfı kuralının tercih edileceği meselesine geçmeden önce haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukukun belirlenmesinde fayda vardır.

1. Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun Tespiti

Haksız fiil sorumluluğu hukukumuzda 5718 sayılı MÖHUK'un 34. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrası uyarınca; "Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabidir". Yabancılık unsuru taşıyan haksız fiillerden doğan borçlarda "lex loci delicti commissi" (haksız fiilin meydana geldiği yer - ika yeri) bağlama kuralı hâkimdir. Gerçekten haksız fiilin ika yeri, fiil ile en yakın irtibatlı hukuktur. Ancak bazı durumlarda bu hukukun uygulanmasının tatminkâr sonuçlar vermeyeceğini düşünen kanun koyucu ikinci fıkra da fiilin sonuçlarının meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasını kabul etmiştir⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 315.

⁴⁶⁷ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 383.

Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği her zaman aynı ülkede olmayabilir. Bu durumda MÖHUK'un 34. maddesinin ikinci fıkrasına göre; "Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır".

Sorumluluğun belirleyicisi, hukukî değer taşıyan bir varlığın zarara uğramasıdır. Zararın meydana geldiği yer ise hakkın konusu olan varlığın "bulunduğu" mahaldir (place of injury)⁴⁶⁸.

Diğer yandan zarar yeri, hem zarar yeri, hem zarar veren hem de zarara uğrayan bakımından tesadüfi bir mahal olabilir. Buna karşılık yine de hukukî kesinlik ve güvenliğin, milletlerarası karar uyumunun sağlanması, tarafların haklı menfaat beklentilerine uygunluk, ika yerindeki toplumsal düzenin korunması gibi etkileri yönünden tarafların şahsi hakları yerine tarafsız ve objektif bir bağlama noktası olan ika yeri hukukunun uygulanması tarafların yararına kabul edilmelidir⁴⁶⁹.

Kanun koyucu, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak MÖHUK'un 34. maddesinin üçüncü fıkrasında genel bir istisna kuralına yer vermiştir. Buna göre; "Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanır".

2675 sayılı MÖHUK'ta söz konusu düzenlemede "uygulanabilir" ifadesine yer verilmesine karşılık, 5718 sayılı MÖHUK'ta "uygulanır" ifadesi kullanılmıştır. Böylelikle 2675 sayılı MÖHUK düzenlemesi gereğince bu uygulama hâkimin takdirine bırakılmış iken, 5718 sayılı MÖHUK'ta bu hükmün uygulanmasında hakime takdir hakkı tanınmamış, hakim görevi, var ise daha sıkı ilişkinin tespiti ve uygulanması şeklinde sınırlandırılmıştır.

⁴⁶⁸ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 339. 5718 sayılı MÖHUK'un 34. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan düzenlemeler, 2675 sayılı MÖHUK'un 25. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları düzenlemesi ile neredeyse aynıdır. Aralarındaki tek fark birinci fıkra da "haksız fiilin işlendiği yer hukuku" yerine "haksız fiilin işlendiği ülke hukuku" tabirinin yer alması ve yine ikinci fıkra da "zararın meydana geldiği yer hukuku" yerine "zararın meydana geldiği ülke hukuku" tabiri tercih edilmiştir. Söz konusu düzenlemede daha uygun bir söyleyiş kullanılmış olmakla birlikte, esas yönünden herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır.

⁴⁶⁹ Turgut Turhan, **Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989, s. 346-354.

Bu durumda hakim ya da hakem, önüne gelen uyuşmazlıkta tarafların vatandaşlığı, mutad meskeni, ikâmetgahı, işin yapıldığı yer bağlantılarının hâkimin hukuku ile uyuşması dikkate alınarak, haksız fiil ile en yakın irtibatlı hukukta karar kılacaktır⁴⁷⁰.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus, yakın irtibatın ne şekilde ve hangi şartlarla gerçekleşebileceğinin tespitidir. İlk ihtimal, fiilin ika yeri ile bağlantısının geçici olması ve taraflar arasında ikâmetgah ya da mutad mesken hukuku gibi yakın irtibatı gerçekleştiren müşterek bir millî hukuk bulunmasıdır. Bu ihtimalde haksız fiile, anılan müşterek millî hukuk uygulanacaktır⁴⁷¹. Daha yakın irtibat tespit edilirken, sadece tarafların ortak vatandaşlığı değil, fakat haksız fiilin tüm irtibat noktaları dikkate alınacaktır⁴⁷².

Bir diğer ihtimal ise haksız fiilin tarafları arasında başka bir hukukî ilişki olması ve haksız fiilin bu ilişki ile irtibatlı olmasıdır. Bu durumda anılan ilişkinin tâbi olduğu hukuk haksız fiili de hâkimiyet altına almaktadır. Burada haksız fiilin “fer’i bağlanma noktası”ndan söz edilir⁴⁷³. Bir inşaat sözleşmesi hükümlerini ihlal eden haksız fiilin meydana gelmesi durumunda, haksız fiilden kaynaklanan tazmin talepleri inşaat sözleşmesinin tabi olduğu hukuka göre çözümlenecektir.

5718 sayılı MÖHUK’ta, yürürlükten kalkan 2675 sayılı MÖHUK’ta yer almayan iki fıkraya daha yer verilmiştir. 5718 sayılı MÖHUK’un 34. maddesinin dördüncü fıkrasına göre; “Haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir”. Anılan düzenleme gereğince sigortacıya başvuru imkânı, haksız fiil statüsüne ya da sigorta statüsüne tâbi olacaktır.

Maddenin beşinci fıkrasında ise “Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler” hükmüne

⁴⁷⁰ Çelikel, Erdem, **a.g.e.**, s. 266.

⁴⁷¹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 362.

⁴⁷² Turhan, **a.g.e.**, s. 386.

⁴⁷³ Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 341.

yer verilmiştir. Burada taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Hukuk seçiminin açık olması gerektiğine yer verilmekle birlikte, hukuk seçiminin haksız fiil gerçekleştikten sonra yapılabileceği öngörülmüştür. Her ne kadar haksız fiil taraflarının haksız fiil gerçekleşmeden evvel hukuk seçimi yapma ihtimalleri sözleşme ilişkilerine nazaran ender rastlanır yapıda ise de hukuk seçiminin sadece haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra yapılabileceği kuralının tatminkâr bir gerekçesi bulunmamaktadır⁴⁷⁴.

Haksız fiillerde hukuk seçimine kısmen de olsa imkan tanıyan düzenlemenin milletlerarası gelişmelere uygunluk göstermekle birlikte, hukuk seçiminin haksız fiilin gerçekleşmeden evvel yapılamaması yönündeki sınırlamanın gerek taraf menfaatlerine, gerekse hukuk düzenine herhangi bir katkısı olmayacağı kanaatindeyiz.

2. Taleplerin Yarışması

Bir hukukî olay neticesinde ortaya çıkan sorumluluğun aynı anda hem haksız fiil hem de taraflar arasındaki inşaat sözleşmesi olmak üzere iki doğuş sebebi olabilir. Ancak söz konusu olayın tek bir olay olması nedeniyle bundan doğan talep hakkı bir defa kullanılabilir. Taleplerin yarıştığı bir olayda haksız fiil sorumluluğuna ve sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin ayrı ülkelerin hukuklarının uygulanması gündeme gelebilir.

Milletlerarası özel hukukta tek bir hukukî olaya tek bir hukukî ilişkiye ait hükümlerin uygulanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, özel bir sözleşme için daha geniş ve ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiş bulunan sözleşme statüsünün tercih edilmesi uygun olacaktır. Bu uygulama ancak haksız fiil ile taraflar arasındaki sözleşme arasında bir irtibatın bulunmasına bağlıdır. Nitekim, 5718 sayılı MÖHUK'un haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin 34. maddesinin üçüncü fıkrası da bu uygulamaya imkan verir mahiyettedir.

⁴⁷⁴ Aynı görüşte bkz. Nomer, Şanlı, **a.g.e.**, s. 343.

Haksız fiilin, irtibat ülkesine göre, arada mevcut bulunan sözleşmenin tâbi olduğu hukuka bağlanması, bu anlamda da seçilen hukukun uygulanması anlamına gelecektir⁴⁷⁵. Bu konuda muhtemel suiistimallerin kamu düzeni ilkesi ile ortadan kaldırılması mümkündür.

Bununla birlikte haksız fiilde üçüncü kişiler yer alıyorsa, bu kişiler hakkında hukuk güvenliği açısından sözleşme statüsü bir yana bırakılarak haksız fiile ilişkin genel kurallar uygulanır⁴⁷⁶.

İnşaat sözleşmelerinde haksız fiil ile sözleşmeden doğan sorumluluğun aynı anda söz konusu olduğu haller genellikle yardımcı şahısların fiilinden sorumluluk ve şahsen idare mükellefiyetinin ihlalidir. Bu hallerde yahut söz konusu olabilecek diğer durumlarda akit statüsü esas alınacak, taraflar uygulanacak hukuku belirlemişlerse bu hukuk söz konusu sorumluluğa uygulanacaktır.

III. UYUŞMAZLIĞIN TAHKİMDE ÇÖZÜLMESİ DURUMUNDA UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

A. Genel Olarak

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkimde çözülmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu durum uygulanacak hukukun belirlenmesi yönünden önemli değişiklikler doğuracaktır. Uyuşmazlığın devlet yargısında çözülmesi durumunda hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları uygulanacak iken, tahkimde bu şekilde bir kesinlik söz konusu olmamaktadır.

Uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi halinde hangi hukukun yetkili olacağının tespitinin yanı sıra hangi kanunlar ihtilâfı kuralının uygulama alanı bulacağı da tartışma konusu olacaktır. Doktrin ve uygulamada milletlerarası

⁴⁷⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 304.

⁴⁷⁶ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 304.

tahkimde hakemlerin de zorunlu olarak millî bir kanunlar ihtilâfı sistemine dayanması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁷⁷. Bu görüşün kabulü halinde hangi millî hukukun kanunlar ihtilâfı kuralının dikkate alınacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Tarafların yetkili hukukun tespitinde esas alınacak kanunlar ihtilâfı sistemini kararlaştırmış olduğu durumlarda bu konuda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır.

Tarafların yetkili hukuku tespitinde uygulanacak kanunlar ihtilâfı kurallarını yahut yetkili hukuku belirlememiş oldukları durumlarda, hakemlerin uygulayacağı yöntem açısından bir belirsizlik ortaya çıkacaktır⁴⁷⁸.

Uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukukun belirlenmesinde en yaygın ve geleneksel çözüm tahkim yeri veya merkezinin kanunlar ihtilâfı sisteminin uygulanmasıdır⁴⁷⁹. Ancak bu görüş tahkim yerinin çoğu sözleşmede sadece tarafsızlık ve coğrafî uygunluk açısından belirlenen bir kriter olduğu ve uyuşmazlık üzerinde bu derece etkili olmasının taraf ve işlem menfaatlerine uygun düşmeyeceğinden hareketle eleştirilmektedir⁴⁸⁰. Tahkim sözleşmesinde tahkim yerinin belirlenmemiş olması da mümkündür ve bu durumda söz konusu çözüm tekniği ile bir kanunlar ihtilâfı sisteminin uygulanması sonucu ortaya çıkamayacaktır. Söz konusu klasik görüşün sakıncalarına karşılık ortaya bir başka görüş de milletlerarası ticaretin özerk kurallarının dikkate alınacak kanunlar ihtilâfı sisteminin belirlenmesinde kullanılmasıdır⁴⁸¹.

Hakemlerin hangi kanunlar ihtilâfı sistemini esas alacakları konusunda ortaya çıkan sorun ilk kez 1961 tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemliğe ilişkin

⁴⁷⁷ Frederick Alexander Mann, "Lex Fecit Arbitrum", **International Arbitration**, Liber Amicorum for M. Domke, Ed. P. Sanders, The Hague, 1967, s. 164. Anılan görüş gereğince millî hukuk sistemlerinde yer almayan kuralların hukukî bağlayıcılıkları bulunmamaktadır.

⁴⁷⁸ Tahkimde hakemlerin uygulayabileceği bir lex forileri bulunmaması nedeniyle devlet yargısının aksine tahkimde hakemlerin tereddüt etmeksizin uygulayacakları bir kanunlar ihtilâfı sisteminin bulunmadığı ifade edilmektedir (Şanlı, **a.g.e.**, s. 227).

⁴⁷⁹ Akıncı, **a.g.e.**, s. 94; Mann, **a.g.e.**, s. 164; Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s. 215.

⁴⁸⁰ Akıncı, **a.g.e.**, s. 94; Mann, **a.g.e.**, s. 164.

⁴⁸¹ Akıncı, **a.g.e.**, s. 95.

Avrupa Sözleşmesi⁴⁸²’nin “Tatbik Edilecek Hukuk” başlıklı VII/1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “Taraflar, hakemlerin ihtilâfın esasına tatbik edecekleri hukuku tâyin etmekte serbesttirler. Eğer taraflar tatbik edilecek hukuku kararlaştırmamışlar ise, hakemler, ihtilâfın nev’ine göre münasip görecekları kanunlar ihtilâfı kaidesinin tayin ettiğı kanunu tatbik edeceklerdir”.

UNCITRAL Tahkim Kuralları⁴⁸³ (m. 33) ve Milletlerarası Ticaret Odası’nın Tahkim Kuralları⁴⁸⁴ (m. 17) da yaklaşık olarak aynı ifadeler ile tarafların kararlaştırmamış oldukları hallerde hangi kanunlar ihtilâfı kurallarının dikkate alınacağına hakemler tarafından belirleneceğini öngörmektedir.

FIDIC standart sözleşmesi, inşaat sözleşmelerinde uygulanacak hukuk hakkında herhangi bir kurala yer vermemiştir. Bununla birlikte FIDIC kurallarının 1.4. maddesinde tarafların uygulanacak hukuku ikinci kısımda (özel şartlar) kararlaştırmaları önerilmektedir⁴⁸⁵.

Milletlerarası Tahkim Kanunu⁴⁸⁶’nın 12. maddesinin C bendine uyarınca “Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve

⁴⁸² 10 Haziran 1958 tarihinde New York’ta yapılan konferans neticesinde Cenevre’de yapılan milletlerarası ticarî hakemlik konusundaki 21 Nisan 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi (European Convention on International Commercial Arbitration) 10 maddeden oluşmaktadır. 23.09.1991 tarihli ve 21000 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Avrupa Sözleşmesi hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Cemal Şanlı, “21 Nisan 1961 tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Kanunu”, **Avrupa (Cenevre) - New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 10 Mayıs 1990, s. 1-12.

⁴⁸³ 41 maddeden oluşan UNCITRAL Tahkim Kuralları BM Uluslararası Ticaret Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law) tarafından çeşitli tahkim kuruluşları ve tahkim uzmanlarıyla yapılan yoğun dayanışmalar sonucunda 15.12.1976 tarihinde kabul ve ilan edilmiştir. Aynı yıl, BM Genel Kurulu’nun 31/98 sayılı kararı ile uluslararası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmak üzere tavsiye edilmiştir. UNCITRAL Tahkim Kuralları hakkında ayrıntılı bilgi ve kuralların İngilizce’den Türkçe’ye tercümesi için bkz. Kemal Dayınlarlı, **UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim**, 2.baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2007.

⁴⁸⁴ 1919 yılında kurulan ve merkezi Paris’te bulunan Milletlerarası Ticaret Odası (ICC - International Chamber of Commerce) tarafından hazırlanan ICC Tahkim Kuralları son olarak 1998 yılında gözden geçirilerek 01.01.1998 tarihinde yayımlanmıştır.

⁴⁸⁵ “Birleşmiş Milletler Ekonomik Komisyonu’nun hazırlamış olduğu standart kuralların 28/II. maddesi uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmadıkça sözleşmeye uygulanacak hukuk, işin yapıldığı yer ülkesi izin verdiği nispette müteahhidin ülkesinin hukuku olacaktır (ECE Form 188/A 574A madde 28/II)” naklen, Akıncı, **a.g.e.**, s. 96.

⁴⁸⁶ 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, 21.06.2001 tarihinde kabul edilerek, 24453 sayılı ve 05.07.2001 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir". Söz konusu düzenleme ile tarafların hukuk seçimi yapabilecekleri düzenlenmiş⁴⁸⁷ iken hukuk seçimi yapılmamış olması halinde uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği düzenlenmemiştir. Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamındaki bir tahkimde⁴⁸⁸, hakemlerin esasa uygulanacak hukuku, Türk kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle belirlemeleri mümkündür. Bu durumda esasa uygulanacak hukuk belirlenirken uyuşmazlıkla ilgili Türk kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır⁴⁸⁹.

Uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi halinde dikkate alınacak kanunlar ihtilâfı kurallarının mutlaka bir millî hukukun kuralları mı olması gerektiği herhangi bir millî hukuka ait olmayan kuralların esas alınmasının mümkün olup olmadığı hususu da üzerinde durulması gereken bir başka problemidir. Tümüyle yerel uyuşmazlıkların çözümü amacıyla getirilen millî hukuklarda yer alan maddi hukuk kurallarının milletlerarası uyuşmazlıklarda da yetkili olması, milletlerarası ticaret hukukunun kendine özgü özellikleri ve gelişmelerinin göz önünde tutulmaması gerekçeleri ile eleştirilmektedir⁴⁹⁰.

Milletlerarası alanda mevcut ihtiyaçlar ve eleştiriler doğrultusunda uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun millî hukuklar dışında aranması ve milletlerarası ticaretin kendi kurallarının belirlenmesi eğilimlerini doğurmuştur⁴⁹¹. Bu yaklaşım gereğince milletlerarası ticaretin kendine özgü kuralları, "lex mercatoria" olarak ifade edilen milletlerarası ticaretten doğan kurallardır.

⁴⁸⁷ Taraflar ayrı bir sözleşme ile, sözleşmelerine koyacakları bir maddede veya tahkim şartı içerisinde hukuk seçimi yapabilirler. Tarafların tahkim şartında hukuk seçimi yapmış olmaları durumunda seçilen hukukun, tahkim usulüne mi yoksa uyuşmazlığın esasına mı uygulanacağını açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bu konuda bir açıklık yoksa Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca yetkili hukukun uyuşmazlığın esasına uygulanacağı kabul edilir (Ziya Akıncı, **Milletlerarası Ticari Tahkim**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 159).

⁴⁸⁸ Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 1. maddesinin ikinci fıkrasında "Bu kanun, yabancılar unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinden taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır" denilmekle ve yine 1. maddenin sair fıkralarında kanun kapsamına giren uyuşmazlıklar belirlenmiştir.

⁴⁸⁹ Akıncı, **a.g.e.**, s. 162.

⁴⁹⁰ Şanlı **a.g.e.**, s. 247 vd.; Akıncı, **a.g.e.**, s. 59 vd.

⁴⁹¹ Akıncı, **İnşaat**, s. 97.

Milletlerarası ticaret alanında yapılan milletlerarası sözleşmelerde benimsenen yaklaşımlar, UNCITRAL, ICC gibi milletlerarası organizasyonların bu alandaki düzenlemeleri, yine milletlerarası ticaretin çeşitli alanlarında kullanılmak üzere oluşturulan FIDIC kuralları gibi standart sözleşmeler ve milletlerarası ticaret alanında uygulanan örf ve âdetin *lex mercatorian*ın kaynağını oluşturacağı belirtilmektedir⁴⁹².

Günümüzde *lex mercatorian*ın millî hukuk sistemlerinde yer alan ve tarafların millî hukukun uygulanması hususundaki iradesine rağmen, milletlerarası ticaretin kendine özgü kuralları olması sebebiyle uluslarüstü (*supra-national*) olarak uygulanan bir bağımsız hukuk sistemi olarak kabulü mümkün değildir⁴⁹³.

Tarafların uygulanacak hukuku belirlememiş olduğu hallerde *lex mercatorian*ın hakemlerce uygulanarak uyuşmazlığın çözümü hususunda, tahkim yeri ülkesi ve hakem kararının tenfizinin muhtemel olduğu ülke hukuklarının hakemlere böyle bir yetki tanıyıp tanımadıkları göz önüne alınmalıdır. Aksi halde, hakemlerin kendilerine verilen yetki dışına çıkmış olmaları gerekçesi ile hakem kararının iptali yahut tenfizinin mümkün olmaması gibi sonuçlarla karşılaşılması söz konusu olabilecektir.

Buna karşılık tarafların aralarındaki uyuşmazlığın *lex mercatoria* kurallarına göre çözülmesini kararlaştırmaları halinde hakemlerin bu doğrultuda hareket etmeleri gerekecektir. Bu durum irade serbestisi ilkesinin bir gereğidir.

FIDIC kuralları esas alınan ve tahkim yoluyla çözümlenen inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda hakemlerin herhangi bir millî hukuka atıf yapmaksızın karar tesis etmeleri mümkündür. Zira, daha önce de ifade edildiği üzere FIDIC kuralları, milletlerarası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları, millî sistemlerdeki düzenlemelere nazaran oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlemekte ve bu sebeple uygulamada

⁴⁹² Akıncı, **a.g.e.**, s. 97.

⁴⁹³ Akıncı, **a.g.e.**, s. 23.

uyuşmazlık özölürken FIDIC kurallarındaki uyuşmazlıkların millî hukuklar tarafından doldurulması ihtiyacına nadiren rastlanmaktadır⁴⁹⁴.

FIDIC kuralları esas alınan inşaat sözleşmelerinden doğan tahkimde, FIDIC kurallarının başka herhangi bir millî hukuka gerek kalmaksızın uygulanmış olması hakem kararlarının verilmesinde uygulanan kuralların denetimi açısından önem taşımaktadır. Hakemler uyuşmazlığı çözerken esas aldıkları kanunlar ihtilâfı kuralı gereğı yetkili olan millî hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla FIDIC kurallarını uygulayacak ve boşluklar yine bu hukuk uyarınca doldurulacaktır. Bununla birlikte hakemler, herhangi bir millî hukuka atıf yapmaksızın, tarafların FIDIC kurallarının esas alınmasını kararlaştırmış oldukları hallerde, uyuşmazlığı FIDIC kuralları çerçevesinde çözebilecekleri gibi, ortaya çıkan boşluklar için de milletlerarası ticarî uygulamayı dikkate alabilirler⁴⁹⁵.

FIDIC kurallarının, kaynaklarını milletlerarası ticaretin uygulama alanı içerisinde bulması yönünden lex mercatoria teorisine uygun olmasına karşılık, uygulanmasındaki yaygınlık söz konusu kuralların bir bütün olarak lex mercatoria kuralları olarak kabulünü sağlayacak nitelikte değildir⁴⁹⁶. Anılan sebeple tarafların FIDIC kurallarına atıf yapmadıkları sözleşmelerde söz konusu kuralların lex mercatoria olarak uygulanması söz konusu olmayacaktır⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ Bunni, **a.g.e.**, s. 14-19.

⁴⁹⁵ Akıncı, **a.g.e.**, s. 30.

⁴⁹⁶ FIDIC kuralları günümüzde MTO tahkimine havale edilen uyuşmazlıkların yaklaşık %30' unda uygulanmakta, ayrıca başta Dünya Bankası olmak üzere, birçok uluslararası finans kurumu tarafından finansını sağladıkları projelerde FIDIC kurallarının esas alınması şartını öngörmektedir.

⁴⁹⁷ Yargıtay da, inşaat sözleşmelerinde standart kuralların uygulanabilmesi için bu hususta açık taraf iradesinin bulunması gerektiğini vurgulamıştır. "Her ne kadar davalı kooperatif, Yapı Kooperatifleri Birliğı'ne (Kent-Koop) üye ise de, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 70. madde hükmü gereğince birliğin görevi üye kooperatiflerin menfaatlerini korumak, amaçlarını geliştirmek için iktisaden yardımda bulunmak ve faaliyetlerini koordine ederek, iç işlerinde denetlemek olup tüm bu yetkiler, birlik arasındaki iç ilişkileri içermektedir. Öte yandan, davalının temyiz nedenlerine dayanarak yaptığı, Kent Koop tarafından 1984 yılında yayınladığı anlaşılan inşaat işlerine ait ihale yönetmeliğı sözleşmenin eki olmadığı gibi, sözleşmede de yapılan ihalenin birlik tarafından tasdik edilmesi şartına bağlanmamıştır (15. HD'nin 11.04.1989 tarih ve 1989/958 E., 1989/1879 K. sayılı kararı)" Akıncı, **a.g.e.**, s. 31.

B. Esasa Uygulanan Hukukun Denetlenmesi

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların devlet yargısında çözülmesi durumunda uygulanacak hukuk, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince belirlenecek ve bu kurallara uyulmaması HUMK'un 437. maddesinin birinci fıkrası uyarınca temyiz sebebi olabilecektir.

Buna karşılık esasa uygulanacak hukuka ilişkin problemler, uyuşmazlığın tahkimde çözülmesi durumunda birçok farklı boyut kazanmaktadır. Bu noktada esasa uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği sorunu ile yakından alakalı bir başka sorun esasa uygulanan hukukun yanlış belirlendiği gerekçesi ile hakem kararının iptalinin istenip istenemeyeceğidir. HUMK kapsamında cereyan eden tahkimde, hakemlerin esasa uyguladıkları kurallar ve bu kuralların doğru olup olmadığı Yargıtay tarafından denetlenebilmektedir⁴⁹⁸.

Tahkim mevzuatımızda hakem kararlarının iptal, temyiz⁴⁹⁹ ve tenfiz aşamalarında uygulanan kanunlar ihtilâfı kuralları bakımından denetlenmesine ilişkin açık bir hüküm mevcut değildir. Yukarıda açıklandığı üzere, milletlerarası tahkimde hakemlerin esas aldığı kanunlar ihtilâfı kurallarının, millî mahkemeler tarafından denetlenip denetlenemeyeceği meselesinde

⁴⁹⁸ 28.01.1994 tarihli, 1993/4 E. ve 1994/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca; “Hakem sözleşmesinin tarafları, hakem sözleşmesi veya şartında, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiğini öngörmüşlerse, artık hakemler bu kurallar uyarınca karar vermelidirler. Maddi hukuk kurallarının uygulanmasında, başta Anayasa olmak üzere kamu düzenine ilişkin kurallar ile öğretildeki bilimsel görüşler ve bu konudaki Yargıtay uygulaması da göz önüne alınmalıdır. Hakemlerin öngörülen bu maddi hukuk kurallarına uymadığı hususu tarafların herhangi biri tarafından ileri sürülerek bir temyiz nedeni yapılabilir. Ve bu temyiz isteminin de Yargıtayca, mahkeme kararı gibi temyizen incelenmesi gerekir” (YKD., C. 20, S. 4, Nisan 1994, s. 519-543).

⁴⁹⁹ İç tahkime ilişkin kurallar getiren HUMK'un 533. maddesi hakem kararlarının hangi hallerde temyiz edileceğini düzenlemektedir. Buna göre: “Hakemlerin kararı ancak aşağıdaki hallerde temyizen nakzolunur:

1. Tahkim müddetinin inkızasından sonra karar verilmiş olması,
2. Talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmesi,
3. Hakemlerin salahiyetleri dahilinde olmayan meseleye karar vermeleri.

4. Hakemlerin, iki tarafın iddialarından her biri hakkında karar vermemeleri”. HUMK'nun söz konusu maddesi açık düzenleme getirmemekle birlikte, hakemlerin yetkilerini düzenleyen 533/3 maddesi, devlet yargısına bazı durumlarda, hakemlerin uyuşmazlığın esasına uyguladıkları hukuku denetleme yetkisi vermektedir.

dikkate alınması gereken önemli bir hüküm, Avrupa Sözleşmesi'nin VII. maddesinde yer almaktadır.

Buna göre tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda, hakemler, “uygun gördükleri” kanunlar ihtilâfı kurallarının tayin ettiği hukuku uygulayacaklardır. Hakemlere, hangi kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanacağı hususunda bu denli serbesti tanıdıktan sonra, mahkemelerin bu husustaki denetimi pratik bakımdan önem arz etmeyecektir.

Kanunlar ihtilâfı kurallarının, usul hukuku kuralları ile olan ilişkisi göz önüne alınarak, hakemlerin esasa uyguladıkları hukukun iptal davası için bir sebep oluşturup oluşturmayacağı meselesinin öncelikli olarak ele alınması gerekmektedir. Zira, kanunlar ihtilâfı kuralları usul hukuku kuralları içerisinde değerlendirildiğinde, hakemlerin uygulanması gereken kanunlar ihtilâfı kurallarına aykırılık, hakem kararın tâbi olduğu usul hukuku kurallarına aykırılık oluşturacaktır.

Hakem kararının tahkim usulüne aykırı bir biçimde verilmesi halinde bu durum, hakem kararının iptali sonucunu doğurabileceği gibi, New York Sözleşmesi⁵⁰⁰'nin V(l) d maddesi uyarınca tenfizinin engellenmesine de yol açabilecektir. Anılan durum New York Sözleşmesi'nin V(l) d maddesi'nde “Hakem mahkemesinin teşkili veya hakemlik prosedürü tarafların mukavelesine ve sözleşmede sarahat olmayan hallerde hakemliğin cereyan ettiği mahal kanunu hükümlerine uygun değilse” ifadeleri ile yer almıştır. Aynı şekilde 5718 sayılı MÖHUK'un 62/f maddesi uyarınca “Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma

⁵⁰⁰ 3731 sayılı ve 08.05.1991 tarihli kanunla onaylanması uygun bulunan “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki 10 Haziran 1958 tarihinde New York'ta yapılan Sözleşme”nin mezkûr kanunun 2. maddesinde yer alan beyan yapılmak kaydıyla onaylanması Bakanlar Kurulunca 15.08.1991 tarihinde kararlaştırılmıştır (25.09.1991 tarih ve 210002 sayılı RG., Karar Sayısı: 91/2151).

yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise” yabancı hakem kararlarının tenfizi talebi reddedilecektir⁵⁰¹.

Prensip olarak, kanunlar ihtilâfı kuralları, usûl hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara doğrudan çözüm getiren maddi hukuk kurallarından farklıdır⁵⁰². Bu açıdan söz konusu kurallar arasında bir irtibat kurulmaya çalışılsa da, kanunlar ihtilâfı kuralları sadece yabancı unsur ihtiva eden uyuşmazlıklara uygulanacaktır.

Kanunlar ihtilâfı kuralları ile milletlerarası usûl hukuku kuralları arasında çözümlemeye çalıştıkları problemler ve getirdikleri çözümler bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Bu sebeple, kanunlar ihtilâfı kurallarının nitelik bakımından usûl hukuku kuralları içerisinde yer aldığını iddia etmek, söz konusu kuralların amacına ve işlevine aykırı düşecektir⁵⁰³. Bir diğer deyişle, kanunlar ihtilâfı kurallarının usûl hukuku kuralları olarak değerlendirilmemesi ve hakemlerin uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlerken dikkate almaları gereken kanunlar ihtilâfı kurallarına aykırılığın, tahkim usulün uygulanan kurallara aykırılık olarak nitelendirilmemesi yerinde olacaktır⁵⁰⁴.

Hakemlerin esasa uyguladıkları hukuk, hakemlerin yetkilerini aşım aşmadığının belirlenmesi yoluyla da denetlenebilir. Hakemlerin uyuşmazlığın esasına uyguladıkları hukukun tarafların iradelerine aykırı olması durumunda, hakemlerin yetkilerini aşmaları söz konusu olabilecektir. Zira, taraflar, aralarındaki tahkim sözleşmesine veya esas sözleşmeye ekleyecekleri bir tahkim şartıyla taraflara uyuşmazlığı çözme yetkisi vermekte ve bu tahkim sözleşmesi ya da şartı içerisinde bu yetkinin kullanılmasına ilişkin hükümler öngörebilmektedirler⁵⁰⁵.

Tarafların esasa uygulanacak hukuku ve esas alınacak kanunlar ihtilâfı kurallarını belirlemeleri, tarafların hakemlere vermiş oldukları yetkinin nasıl

⁵⁰¹ New York Sözleşmesi’nin V (I) d maddesi ile MÖHUK’un 45/g maddelerinin karşılaştırmalı olarak incelemesi için bkz. Ziya Akıncı, “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi”, **İBD**, S. 2, Yıl 1994, s. 9.

⁵⁰² Akıncı, **Tahkim**, s. 165.

⁵⁰³ Şanlı, **a.g.e.**, s. 237.

⁵⁰⁴ Akıncı, **İnşaat**, s.106.

⁵⁰⁵ Akıncı, **Tenfiz**, s. 175-176.

kullanılacağını göstermekte, bu esaslara uyulmaması ise hakemlerin yetkilerini aşmaları anlamına gelmektedir. Bu sebeple, hakemlerin, tarafların seçtikleri hukuka ve esas alınmasını kararlaştırdıkları kanunlar ihtilâfı kurallarına aykırı hareket etmeleri, söz konusu hakem kararının iptaline ve tenfizinin engellenmesine sebep olacaktır.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 tarihli New York Sözleşmesi'nin V (I) c maddesi uyarınca, hakemlerin kendilerine verilen yetkiyi aşarak karar vermeleri hakem kararının tenfizine engel teşkil edebilecektir. 5718 sayılı MÖHUK'un 62. maddesinin g fıkrası da, hakemlerin yetkilerini aşmaları durumunu söz konusu hakem kararlarının tenfizini engelleyen bir durum olarak düzenlenmiştir. Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusundaki 1961 Avrupa Sözleşmesi'nin IX (c) ve HUMK'un 533/III. maddelerinde de, hakemlerin yetkileri dışında karar vermelerinin iptal ve temyiz sebebi olacağını düzenlemektedir.

Tarafların esasa uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda, hakemlerin esas aldıkları kanunlar ihtilâfı kurallarının denetlenmesinde ortaya çıkabilecek güçlükler de üzerinde durulması gereken bir başka husustur. Zira taraflar uygulanacak hukuk hakkında herhangi bir kararlaştırma yapmadıkları için, hakemlerin de yetkilerini aşması gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Ancak, daha önce de ifade edildiği üzere milletlerarası düzenlemelerdeki gelişmeler, tarafların yetkili hukuku ve esas alınacak olan kanunlar ihtilâfı kurallarını belirlemedikleri durumlarda, hakemlere zaten geniş serbesti tanımaktadır⁵⁰⁶. Anılan nedenle, bu gibi durumlarda hakem kararının taraf iradesine aykırılığının denetlenmesi gibi bir sakınca olmayacaktır. Bu durumda tarafların bu konuda bir anlaşma yapmayarak yetkili hukukun belirlenmesini hakemlere bırakmış sayılacağını ve dolayısıyla artık hakem

⁵⁰⁶ Daha önce de belirtildiği üzere 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin VII. maddesi, UNCITRAL Tahkim Kuralları'nın 33 (I) maddesi ve ICC Tahkim Kuralları'nın 13 (II) maddesi gibi milletlerarası düzenlemelerde, tarafların yetkili hukuku veya esas alınacak kanunlar ihtilâfı kurallarını belirlememiş oldukları hallerde, hakemlerin "uygun görecekları" kanunlar ihtilâfı kurallarından hareket edecekleri belirtilmektedir.

kararının bu bakımdan mahkemelerin denetimine tâbi olmayacağını söylemek mümkündür⁵⁰⁷.

Hakemlerin esasa uyguladıkları hukukun tenfiz aşamasında denetlenmesinin bir başka yolu da, New York Sözleşmesi'nin V (I) e maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “hakem kararı taraflar için henüz vacibürriaye olmamış olur veya bunun, verildiği memleket kanunu yahut tâbi olduğu kanun bakımından iptâl veya hükmünün icrası geri bırakılmış bulunursa” hakem kararının tenfizine itiraz edilebilecektir.

Burada karşılaşılan bir diğer problem ise tarafların aralarında yapacakları bir sözleşme ile devlet yargısının hakem kararı üzerindeki denetiminden feragat edilmesinin mümkün olup olmadığı meselesidir. Bu konuda klasik görüş, tahkim yeri ülkesinin mahkemelerinin hakem kararı üzerinde denetleme yetkisine sahip olması gerektiği yolundadır⁵⁰⁸. Bununla birlikte milletlerarası ticarî tahkimin millî hukuklardan ayrılması olarak adlandırılan özellikle Belçika, Fransa ve İsviçre hukuklarında kabul gören görüş ise mahallî yargının milletlerarası ticarî tahkimin üzerindeki denetimini sorgulamakta ve milletlerarası ticarî hakem kararlarının millî hukuklardan ayrılmasını sağlayacak düzenlemeler geliştirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır⁵⁰⁹.

⁵⁰⁷ Akıncı, **Tahkim**, s. 168.

⁵⁰⁸ Akıncı, **Tenfiz**, s. 8.

⁵⁰⁹ Akıncı, **İnşaat**, s. 100; Cemal Şanlı, “Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu”, Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, **II. Tahkim Haftası**, Ankara, 1984, s. 176.

SONUÇ

Çalışmamızda vardığımız belli başlı sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür:

İnşaat sözleşmesi, “müteahhidin, rizikosu kendine ait olmak üzere, iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir ücret karşılığında taşınmaz bir yapı eserinin tamamını yahut bir kısmını inşa ederek, bunu teslim etmeyi borçlandığı sözleşme”dir.

Bu sözleşmenin tarafları iş sahibi ve müteahhittir. İnşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesinin türlerinden olması sebebiyle hukukumuzda eser sözleşmelerine ilişkin düzenlemelere tâbidir. Bu sözleşmede iş sahibinin idare olması, BİGŞ hükümlerinin uygulama alanı bulacağı haller hariç olmak üzere, inşaat sözleşmelerinin eser sözleşmesine ilişkin hükümlere tâbi olmasına engel değildir. İnşaat sözleşmeleri; inşaat meydana getirme, ücret ve anlaşma unsurlarının varlığı ile ortaya çıkar.

İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin sorumlu olduğu davranış borçları belirlenirken inşaat işinin teknik bir iş, müteahhidin de bir teknik adam olduğundan hareket edilmiştir. Sözleşme ile üstlenilen işin müteahhidin meslek çevresince olağan olarak bilinen ve uygulanan yapı tekniği kurallarını bilmek ve bunlara uygun davranmak müteahhidin sorumluluğundadır ve inşaat sözleşmesinde risk dağıtımı müteahhidin bu hususları bildiği varsayımı ile yapılır.

İnşaat sözleşmesinin ifası müteahhidin sözleşme konusu inşa eserinin tamamlanarak teslimi ve bunun karşılığında iş sahibinin ücret ödemesi ile mümkündür. Böylece müteahhidin bir inşa eseri meydana getirme ve teslim olmak üzere iki aslî borcu bulunmaktadır.

Borçlar Kanunu açısından müteahhidin borçları, inşaatın teslimine kadar olan yani iş görme ediminin iyi surette ifasına, sözleşme konusu inşaatın

akde uygun meydana getirilmesine ilişkin borçlar ve işin teslimine bağlı olan borçlar olmak üzere iki gruba ayrılabilir.

Müteahhidin inşaatın teslimine kadar olan borçları ve bunlardan kaynaklanan sorumlulukları; ifa imkânsızlığına ve hasara ilişkin sorumluluk, inşaatın teslimi ve teslimde gecikmeden kaynaklanan sorumluluk, işe zamanında başlamama ve işin icrasında gecikmeden kaynaklanan sorumluluk, sadakat ve özen yükümlülüğünden doğan sorumluluk, araç, gereç ve malzemeye, teslimden önce ortaya çıkan ayıplara ilişkin sorumluluk ve şahsen ifaya, yardımcı kişilerin sebep olduğu zararlara ilişkin sorumluluktur.

İnşaatın tesliminden sonra ise müteahhidin ayıplı ifadan doğan sorumluluğu karşımıza çıkar.

İnşaat sözleşmelerinde yabancılık unsuru tarafların vatandaşlığı, ikâmetgahı, akdin yapıldığı veya ifa edildiği ya da malların bulunduğu, hizmetin yapıldığı yer vs. gibi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Hukuk seçimi ile sözleşmenin yabancı unsur kazanıp kazanmayacağı konusu ise tartışmalı olmakla birlikte bu konuda yeni eğilim hukuk seçiminin sözleşmeyi yabancı unsur taşıır hâle getireceği yönündedir.

İnşaat sözleşmelerinde ve dolayısıyla müteahhidin sorumluluğuna uygulanacak hukukun belirlenmesinde MÖHUK'ta özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkındaki düzenlemeye tâbi olacaktır.

İnşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tarafların yetkili hukuku belirlemeleri her zaman mümkündür. Ancak uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmemiş olduğu hallerde MÖHUK'un 24. maddesi uyarınca uygulanacak hukuk, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuktur. Sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunu olan müteahhidin sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukukudur. Ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde müteahhidin işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, müteahhidin birden çok işyeri varsa söz

konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içerisinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir.

Ancak bu konuda genel bir istisna kuralına yer verilmiştir. Buna göre hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

Uyuşmazlığın devlet yargısında çözümlenmesi durumunda tarafların hukuk seçimi yapmamış oldukları hallerde yetkili hukuk hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilecektir. Uyuşmazlığın tahkimde çözümlenmesi durumunda ise hakemlerin uygulaması mümkün olan bir lex fori bulunmadığından tahkim yeri hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması mümkün olacaktır.

Milletlerarası ticaretin kendine özgü kurallarının yetkili hukuk olarak uygulanması ise uygulanacak kanunlar ihtilâfı kurallarının buna izin vermesine ve söz konusu uygulamanın hakem kararının iptalinin istenebileceği veya tenfiz edilmesi muhtemel olan ülke hukuklarında bu yönde bir engel bulunmamasına bağlıdır.

Milletlerarası inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesi halinde söz konusu hakem kararlarında esasa uygulanan hukukun, öncelikle temyiz ve iptal talepleriyle millî mahkemelerde, hakem kararının taraflarca rızaen yerine getirilmemesi halinde söz konusu olacak tenfiz davasında devlet mahkemelerince denetlemesi mümkündür.

KAYNAKÇA

About FIDIC, International Federation of Consulting Engineers, Lausanne, FIDIC, 1992.

AKINCI, Ziya; **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996 (İnşaat).

AKINCI, Ziya; **Milletlerarası Ticarî Tahkim**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003 (Tahkim).

AKINCI, Ziya; **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992 (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk).

AKINCI, Ziya; “Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi”, **İBD**, S. 2, 1994 (Tenfiz).

ARAL, Fahrettin; **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, 7. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2007.

AYGÜL, Musa; “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Sözleşmesi”, **SÜHFD**, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 229-270.

BAŞPINAR, Veysel, ALTUNKAYA, Mehmet; “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 1, 2008, s. 95-131.

BAYGIN, Cem; **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tâbi Olduğu Hükümler**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1999.

BECKER, Herman; **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi: İkinci Bölüm: Çeşitli Sözleşme İlişkileri**, 1934, Çev. A. Suat DURA, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1993.

BİLGE, Necip; **Borçlar Hukuku; Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, BTHAE Yayınları, 1971.

BOOEN, L. Peter; “FIDIC’s Conditions of Contract for the Next Century: 1998 Test Editions”, **International Construction Law Review**, Vol. 16, Part 2, January, 1999, s. 5-26.

BUNNI, Nael G.; **The FIDIC Forms of Contract**, 4th Edition, London, Blackwell Publishing, 2005.

BURCUOĞLU, Haluk; “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi için

Uyulması Gereken Süreler”, **Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’a Armağan**, Ankara, 1990, s. 283 vd.

CLOUGH, Richard H., SEARS, Glenn A.; **Construction Contracting**, 6th Edition, Canada, John Wiley & Sons. Inc., 1994.

CORBETT, Edward C.; **FIDIC 4th - A Practical Legal Guide**, London, FIDIC, 1991.

CUSHMAN, Robert F., LOULAKIS, Michael C.; **Design-Build Contracting Handbook**, 2th Edition, New York, Apsen Law & Business, 2001.

ÇELİK, Çelik Ahmet, **Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2004.

ÇELİKEL, Aysel, ERDEM, Bahadır; **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2009.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt; “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Bir Bağlama Kuralı Olarak Taraf İradeleri”, **MHB**, 1989, S.2, Yıl 9, s. 103-120.

DALAMANLI, Lütfü; **Borçlar Kanunu Şerhi**, C. 2, Ankara, Ünal Matbaası, 1977.

DAYINLARLI, Kemal; **İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1998 (Müşavir Mühendislik).

DAYINLARLI, Kemal; **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, 4. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2008 (Temerrüt).

DAYINLARLI, Kemal; **İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları**, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1986 (Ademî İfa).

DAYINLARLI, Kemal; **İsviçre’de Hukuk Davalarına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2001 (Federal Mahkeme içtihatları).

DAYINLARLI, Kemal; **UNCITRAL Kurallarına Göre Uzlaşma ve Tahkim**, 2. Baskı, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 2007 (UNCITRAL).

DESCHENAUX, Henri, TERCIER, Pierre; **Sorumluluk Hukuku**, 1975, Çev. Salim ÖZDEMİR, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1983.

DOĞAN, Vahit; **Uluslararası Ticarete Bir Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005.

EKŞİ, Nuray; “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı”, **MHB**, S. 1-2, Yıl 12, 1992, s. 1-10.

EREN, Fikret; “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri (I)”, **İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, BTHAE Yayınları, 1996, s. 45-58 (İnşaat Sözleşmesi).

EREN, Fikret, “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, BTHAE Yayınları, 1996, s. 59-86 (Müteahhidin Borçları).

ERMAN, Hasan; **İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979.

ERSOY, Yüksel; “Eser Sözleşmesinin Hazırlanmasında ve Uygulanmasında Mühendis-Hukukçu İlişkileri”, **İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, BTHAE Yayınları, 1996, s. 17-44.

GÖĞER, Erdoğan; “Devletler Hususi Hukukunda Âkit Taraflarca Yetkili Hukukun Seçilmesi”, **A.Ü. Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1966, s. 299-315.

GÜVENÇ, Celalettin; **Uluslararası İhalelerde Örnek Alınan FIDIC Şartnamelerinin ve Türkiye Uygulamasının İncelenmesi**, Ankara, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.

HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdülkadir; **Borçlar Hukuku: Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.

HÖK, Götz-Sebastian; **Uluslararası İnşaat Hukuku: FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) Hakkında Açıklamalar**, Çeviren ve Uyarlayan C. Gökhan Erbaş, Ankara, Adalet Yayınevi, 2009

KAPLAN, İbrahim; “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, BTHAE Yayınları, 1996, s. 119-171.

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **İnşaat İmar İhale Hukuku**, İstanbul, C.1, Beta Yayıncılık, 1997 (İnşaat).

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1975 (Mülkiyet).

KARAYALÇIN, Yaşar; “FIDIC Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukukî Durumu”, **İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, BTHAE Yayınları, 1996, s. 291-315.

KARTAL, Bilal; **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Matsa Basımevi, 1993

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”, **AÜHFD**, C. 32, S. 1-4, 1975, s.185-199.

KİPER, Osman; **Mühendisin ve İnşaatçının Hukuk Rehberi**, İstanbul, TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Yayını, 1985.

KOSTAKOĞLU, Cengiz; **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 6. Baskı, İstanbul, Beta Yayın Dağıtım A.Ş., 2008.

KROL, John J. P.; **Construction Contract Law**, New York, John Wiley and Sons, 1993.

KURAL, Orhan Cevdet; **Açıklamalı, İlmî ve Kazaî İçtihatlı İnşaat Hukuku: Borçlar Kanunu**, INTES, 1983.

MANN, Frederick Alexander; “Lex Fecit Arbitrum”, **International Arbitration**, Liber Amicorum for M. Domke, Ed. P. Sanders, The Hague, 1967.

NOMER, Ergin, ŞANLI, Cemal; **Devletler Hususî Hukuku**, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2008.

OLGAÇ, Senai; **Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu: Akdin Nevileri**, b. 2, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1970.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin; “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezaî Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, **GÜHFD**, Haziran – Aralık, cilt III, sayı 1-2, 1999, s. 63-121.

ÖZ, M. Turgut; **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte**, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1989.

ÖZYÖRÜK, Sezer; **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, Vedat Kitapçılık, 1988.

REDFERN, Alan/ HUNTER, Martin; **Law and Practice of International Commercial Arbitration**, Fourth Edition, London, Sweet & Maxwell, 1986.

SANDBERG, Agne; “A Contractor’s View on FIDIC Conditions of Contract For EPC Turnkey Projects”, **International Construction Law Review**, Volume 16, Part 2, 1999, s. 47 - 58.

SAWYER, John G., GILLOTT, C. Arthur; **The FIDIC Digest**, London, Thomas Telford Limited, 1990 (FIDIC Digest).

SAWYER, John G., GILLOTT, C. Arthur; **The FIDIC Conditions Digest of Contractual Relationships and Responsibilities**, London, 2th Edition, Thomas Telford Limited, 1985 (FIDIC Conditions).

SCHMITTHOFF, Clive M.; "The Law of International Trade", **Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law**, The Netherlands, Dordrecht, 1988, s. 219-230.

SELİÇİ, Özer; **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, Ankara, Fakülteler Matbaası, 1978.

SEROZAN, Rona; **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, Vedat Yayınevi, 1975.

ŞAHMALI, A. Erkan; "İhale Fiyat Sistemleri", **TMD**, Ocak, Şubat, Mart, sayı 6, 2003, s. 8-10.

ŞANLI, Cemal; "Milletlerarası Ticarî Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu", Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, **II. Tahkim Haftası**, Ankara, 1984, s. 165-185 (Tenfiz).

ŞANLI, Cemal; **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1986 (Esasa Uygulanacak Hukuk).

ŞANLI, Cemal; **Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002 (Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları).

ŞANLI, Cemal; "21 Nisan 1961 tarihli Avrupa Anlaşması ve Türk Tahkim Kanunu", **Avrupa (Cenevre) - New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 10 Mayıs 1990, s. 1-12 (Avrupa Antlaşması).

ŞENOCAK, Zarife; **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, Turhan Yayınevi, 2002.

TANDOĞAN, Haluk; **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, cilt 2, baskı 3, Ankara, BTHAE Yayınları, 1987 (Özel Borç İlişkileri).

TANDOĞAN, Haluk; "İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı", **Prof. Dr. Fadıl H. SUR'un Anısına Armağan**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1983, s. 329-338 (Ayıba Karşı Tekeffül).

TEKİNALP, Gülören; "Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması", **Prof Dr. E. HIRSCH'in Anısına Armağan**, Ankara, 1986, s. 439-456 (En Yakın İrtibatlı Hukuk).

TEKİNALP, Gülören; **Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama Kuralları**, İstanbul, b. 9, Beta Yayıncılık, 2006 (MÖH).

TEKİNALP, Gülören; "Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu", **MHB**, 1988, S.1, C. 8, s. 59-70 (Akdî Borç Statüsü).

TUHR, Andreas von; **Borçlar Hukuku**, Çev: Cevat EDEGE, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1953.

TUNÇOMAĞ, Kenan; **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, cilt II, baskı 3, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1978.

TURHAN, Turgut; **Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1989.

TÜREGÜN, Necip; "FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri", **İnşaat Sözleşmeleri: Yönetici - İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, 2. Tıpkı Basım, Ankara, 1996, BTHAE Yayınları, s. 249-285.

UĞUR, Abdullah; "**İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**", İstanbul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 1988.

UĞUR, Latif Onur, ERDAL, Mürsel; "FIDIC İnşaat İşleri Genel Şartnamesinde Sorumluluk ve Risklerin İşveren, Mühendis ve Yükleniciye Dağılımının İnşaat Süresine Etkisi", **Selçuk Üniversitesi, Teknik-Online Dergi**, cilt 7, sayı 1, 2008, s.18-33.

ULUOCAK, Nihal; **Kanunlar İhtilâfı - Yasama Yetkisi Kuralları**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1971.

WIEGAND, Carley; "The Applicable Substantive Law in the Case of International Contracts", **The Application to Constructions in Private International Law**, 1989, 1 ICL 148.

YALÇINDURAN, Türker; **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.

YAVUZ, Cevdet; **Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu**, İstanbul, Beta Yayınları, 1989 (Satıcının Sorumluluğu).

YAVUZ, Cevdet; **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, Beta Yayınları, 2007 (Borçlar Hukuku).

ZEVLİLİLER, Aydın; **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, Ankara, baskı 8, Seçkin Yayıncılık, 2004.

ÖZET

TÜZEMEN ATİK, Ebru. Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1999.

Milletlerarası alanda, birden fazla ulus mensubu tarafların, hukuk, örf, adet yönünden görüş ve anlayış birliğini temin etmelerinin zorluğu karşısında milletlerarası bir tip sözleşmenin varlığına ihtiyaç duyulmuştur. Milletlerarası ticarî uygulamada ise, inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak çeşitli tip sözleşmeler (standart kurallar) kullanılmaktadır.

Bu anlayışla inşaat sözleşmelerinde var olan teknik ve hukukî ihtiyaç sonucunda hazırlanan FIDIC standart kuralları, Dünya Bankası gibi kuruluşların da tavsiyesi ve finansmanını sağladığı işlerde kredi şartları arasında araması sonucunda, uygulamada birçok inşaat sözleşmesinde benimsenmektedir.

Genel olarak inşaat sözleşmelerinde taraflar arasında bir denge kurmak ve tarafların, henüz düzenleme aşamasındayken dahi sözleşmeye duydukları güveni pekiştirmek sağlamak amacıyla oluşturulan FIDIC kurallarında bu amacın büyük ölçüde gerçekleştirilmiş olduğunu söylemek mümkündür.

Taraflar, FIDIC standart kurallarının sözleşmelerine uygulanmasını benimsemeleri halinde, hem zamandan tasarruf edecekler hem de önceden tayin edilmesi zor olan durumları henüz sözleşme düzenlenirken belirleyerek hukukî uyuşmazlıklara meydan verilmesini çoğu zaman önleyebileceklerdir. Buna karşılık, FIDIC tip sözleşmeleri, uyuşmazlıkların çözümünde her zaman tek başına yeterli olamayacağından, tarafların ek düzenlemeler yaratma yahut bir hukuk sisteminin uygulanması yoluna gitmeleri gerekmektedir.

İnşaat sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yahut taraf iradeleri tarafından belirlenmesi durumunda ise 818 sayılı Borçlar Kanunu ve diğer ilgili iç hukuk düzenlemeleri uygulama alanı bulacaktır.

İnşaat sözleşmeleri, teknik ve karmaşık yapısı nedeniyle özel bir düzenleme gerektirmektedir. Buna karşılık, hukukumuzda ise 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmelerine ilişkin hükümleri ve inşaat sözleşmelerine ilişkin teknik hükümler içeren 18540 sayılı Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi hükümleri genel olarak uygulanmaktadır.

Hukukumuzda, inşaat sözleşmelerine ilişkin özel hükümler içeren düzenlemeler oldukça az ve yetersizdir. Gerek 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda gerekse yakın zamanda kanunlaşması beklenen Borçlar Kanunu tasarısında yalnızca eser sözleşmelerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak, teknik ve karmaşık yapısı nedeniyle özellik arz eden inşaat sözleşmeleri hakkında hukukumuzda özel düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır.

İnşaat sözleşmesinde tipik edim borçlusu müteahhidin borçlarını ve bundan doğan sorumlulukları, inşaatın teslimine kadar ve inşaatın tesliminden sonra olmak üzere iki aşamada ele almak mümkündür.

Bu tez çalışmasında, konu üç ana bölüme ayrılarak incelenmiştir. Birinci bölümde müteahhidin inşaatın teslimine kadar olan borçlarına ve bunlardan doğan sorumluluk hallerine yer verilmiştir. İkinci bölümde, inşaatın tesliminden sonraki aşama, yani ayıplı ifadan doğan sorumluluk, şartları ve sonuçları ile birlikte incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise müteahhidin sorumluluğunda esasa uygulanacak hukuk tespit edilmek istenmiştir. Bu tespitin yapılması amacıyla, 2675 sayılı mülga MÖHUK ile 2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı MÖHUK hükümleri karşılaştırmalı olarak incelenmiş, bununla birlikte FIDIC kurallarının da ilgili hükümlerine yer verilmiştir.

Anahtar Sözcükler

1. İnşaat Sözleşmeleri
2. Müteahhidin Sorumluluğu
3. FIDIC Kırmızı Kitap
4. Türk Borçlar Kanunu
5. İnşaat hukuku

ABSTRACT

TÜZEMEN ATİK, Ebru. Contractor's Responsibility in Construction Contracts in International Private Law, Master Thesis, Ankara, 2009.

A need for a standard international contract has arisen in the presence of the difficulty for parties from more than one nation to compromise over such points as law, tradition, and custom in the international environment. As regards international trade practice, various standard contracts related to construction business are already in use.

FIDIC standard rules in construction contracts arranged as a result of technical and legal needs are adopted in practice into many construction contracts due to the fact that such institutions as the World Bank recommend and require them in affairs that they fund.

FIDIC rules were created to establish a balance between parties and reaffirm the parties' faith in the contract even at the arrangement stage, especially in construction contracts. It is now possible to say that this goal has been achieved to a great extent.

When parties agree to apply FIDIC standard rules in their contracts, they will not only save time but can avoid future legal conflicts by determining, even at the arrangement stage, points that are difficult to assess in advance. On the other hand, since FIDIC standard contracts alone cannot be enough to resolve disagreements all the time, parties need to either create additional regulations or choose to apply a law system.

If Turkish Law is was determined as the law to be applied in international construction contracts as a result of the rules of law controversy or on the will of the parties involved, then the Turkish Code of Obligations, No. 818, and other related domestic law arrangements will be used.

Due to their technical and complex structure, construction contracts require a special arrangement. However, in our law, the rules of the Turkish

Code of Obligations, No. 818, regarding work contracts and the General Specifications of Public Works containing technical rules are used in construction contracts.

Regulations with private clauses related to construction contracts are very few in our law system. Only regulations related to contracts for works exist in the Turkish Code of Obligations, No. 818, and in the draft bill for the new code of obligations expected to pass into law soon. Yet, private regulations in construction contracts are needed in our law due to their technical and complex structure.

Obligations and other responsibilities of the contractor in a construction contract can be divided into two as those until the date of submission and those after.

In this thesis, the subject matter was studied in three main sections. The first section focused on the obligations and responsibilities of the contractor until the submission date. In the second section, the stage after submission was analysed, that is, responsibilities arising from faulty performance, conditions, and consequences.

In the third section, the law to be applied as the basis in the contractor's responsibility was aimed to be determined. For this determination, the previously abolished Turkish Code Concerning Private International Law And Civil Procedure (MÖHUK), No. 2675, and Turkish Code Concerning Private International Law And Civil Procedure, No. 5718, which came into force in 2007, were comparatively analysed, and the related clauses of FIDIC rules were also included.

Key Words

1. Construction Contracts
2. Contractor's Responsibility
3. FIDIC Red Book
4. Turkish Code of Obligations
5. Construction Law