

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

FIDIC İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN BORÇLARI
İLE 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA YER ALAN
ESER SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA YÜKLENİCİNİN
BORÇLARININ KARŞILAŞTIRMALI OLARAK İNCELENMESİ

Müjde MÜMİNOĞLU

114613017

Yrd. Doç. Dr. Ece Baş SÜZEL

İSTANBUL

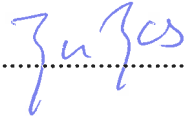
2018

FIDIC İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN BORÇLARI
İLE 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA YER ALAN
ESER SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA YÜKLENİCİNİN
BORÇLARININ KARŞILAŞTIRMALI OLLARAK İNCELENMESİ

ANALYSING THE OBLIGATIONS OF THE CONTRACTOR IN FIDIC CONDITIONS OF
CONTRACTS FOR CONSTRUCTION AND CONTRACTS OF WORK COORDINATED
IN THE LAW NUMBER 6098 TURKISH CODE OF OBLIGATIONS COMPARATIVELY

Müjde Müminoğlu
114613017

Tez Danışmanı : Yrd. Doç. Dr. Ece BAŞ SÜZEL
İstanbul Bilgi Üniversitesi

(İmza) 

Jüri Üyeleri : Doç. Dr. Yalçın TOSUN
İstanbul Bilgi Üniversitesi

(İmza) 

Doç. Dr. Seda ÖKTEM ÇEVİK
Bahçeşehir Üniversitesi

(İmza) 

Tezin Onaylandığı Tarih : 22.01.18

Toplam Sayfa Sayısı : 128

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1)FIDIC
- 2)İnşaat Sözleşmeleri
- 3)Müteahhit
- 4) Müteahhidin Borçları
- 5)İnşaatın teslimi

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1)FIDIC
- 2)Construction Contracts
- 3)The contractor
- 4) Obligations of contractor
- 5) The delivery of construction

ÖNSÖZ

Tez çalışmam boyunca hiçbir zaman desteği ve bilgisini esirgemeyen çok değerli danışman hocam Yrd. Doç. Dr. Ece BAŞ SÜZEL' e, eğitim hayatıma başladığım günden bu yana varlıklarını hep yanında hissettiğim annem ve babama, tez yazım süresince tecrübelerini bana aktaran arkadaşım Tülay GÖKDEMİR TAMER' e ve son olarak tez çalışmam konusunda bana en büyük desteği sağlayan Serhat GÜNERİ' ye sonsuz teşekkürler.



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	viii
ABSTRACT	ix
ÖZET.....	x
1.1. GİRİŞ	1
2.1. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ.....	4
3.1. GENEL OLARAK FIDIC STANDART SÖZLEŞMELERİ.....	8
4.1. BİR ESER MEYDANA GETİRME BORCU	14
4.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Borcu.....	14
4.1.1.1. Genel Olarak.....	14
4.1.1.2. Yüklenicinin Eseri Şahsen Meydana Getirme Borcu	14
4.1.1.3. Yüklenicinin Eseri Başkasına Yaptırma Yetkisi	16
4.1.1.3.1. Genel Olarak Alt Yüklenicilik İlişkisi.....	16
4.1.1.3.2. Asıl Yüklenici İle Alt Yüklenici Arasındaki İlişki ...	17
4.1.1.3.3. İş sahibi İle Alt Yüklenici Arasındaki İlişki	18
4.1.1.3.4. Asıl Yüklenicinin, Alt Yüklenicinin Eylemlerinden Dolayı İş Sahibine Karşı Sorumluluğu	19
4.1.1.4. Yüklenicinin Sözleşmeyi Bir Bütün Olarak Devir Yetkisi 19	
4.1.2. FIDIC Kapsamında Müteahhidin Borcu	20
4.1.2.1. FIDIC İnşaat Şartları Çerçevesinde Sözleşmeye Uygun Bir Eserin Meydana Getirilmesi.....	20
4.1.2.2. FIDIC İnşaat Şartları Çerçevesinde Asıl Müteahhitlik-Alt Müteahhitlik Kavramı ve İlişkisi	21
5.1. ARAÇ VE GEREÇ SAĞLAMA BORCU	25
5.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Borcu.....	25
5.1.2. FIDIC Kapsamında Müteahhidin Borcu	26
6.1. MALZEME SAĞLAMA BORCU.....	27
6.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Borcu.....	27
6.1.1.1. Genel Olarak.....	27
6.1.1.2. Malzemenin Yüklenici Tarafından Sağlanması	28

6.1.1.3. Malzemenin İş Sahibi Tarafından Sağlanması Halinde	29
6.1.1.3.1. Genel Olarak	29
6.1.1.3.2. Yüklenicinin Malzemeyi Özenle Kullanma, Hesap Verme Ve Artanı Geri Verme Borcu.....	29
6.1.1.3.3. Yüklenicinin Araştırma Ve Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü	30
6.1.2. FIDIC Kapsamında Müteahhidin Borcu	30
7.1. ESERİ TESLİM BORCU.....	32
7.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Borcu.....	32
7.1.1.1. Genel Olarak.....	32
7.1.1.2. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcu Bakımından Ek İş Ve İş Değişikliği Kavramları.....	34
7.1.1.3. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüde Düşmesinin Şartları.....	35
7.1.1.3.1. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcu Muaccel Olması..	35
7.1.1.3.2. Eseri Teslim Borcunun İfasının Mümkün Olması...	39
7.1.1.3.3. Yüklenicinin Borcunu İfa Etmemiş Olması	42
7.1.1.3.4. Yüklenicinin Temerrüdüne Engel Olan Durumların Bulunmaması	42
7.1.1.3.5. İş Sahibinin Yükleniciyi Uyarmış Olması.....	44
7.1.1.4. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüde Düşmesinin Sonuçları Ve İş Sahibinin Hakları	46
7.1.1.4.1. Genel Olarak	46
7.1.1.4.2. İş Sahibinin Müspet Zararının Tazminini Talep Etme Hakkı	49
7.1.1.4.3. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı	50
7.1.2. FIDIC Kapsamında Müteahhidin Borcu	54
7.1.2.1. Genel Olarak.....	54
7.1.2.2. Eseri Teslim Borcu Bakımından FIDIC Kırmızı Kitap'ta Yer Alan Force Majeure Kavramı Ve Sonuçları.....	61
7.1.2.3. Müteahhidin İş Zamanında Tamamlamaması Halinde İş Sahibinin Hakları	62
8.1. ÖZEN BORCU	68
8.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Borcu.....	68

8.1.1.1. Genel Olarak.....	68
8.1.1.2. Yüklenicinin Başlıca Özen Yükümlülükleri	69
8.1.1.2.1. Yüklenicinin İşsahibini Aydınlatma, Ona Bilgi Verme Yükümlülüğü	70
8.1.1.2.2. Yüklenicinin Diğer Özen Yükümlükleri.....	71
8.1.1.3. Yüklenicinin Özen Borcuna Aykırı Davranması	71
8.1.1.3.1. Genel Olarak	71
8.1.1.3.2. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı	72
8.1.1.3.3. Meydana Getirilme Sırasında Yüklenicinin Kusuru Nedeniyle Eseri, Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Bir Şekilde Meydana Getireceğinin Açıkça Görülmesi Halinde, İş Sahibinin Ayıbın Ve Aykırılığın Giderilmesinin İsteme, Aksi Halde İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı ..	77
8.1.1.3.4. Zararın Giderilmesini Tazmin Hakkı.....	79
8.1.2. FIDIC Kapsamında Müteahhidin Borcu	81
9.1. AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUK	83
9.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Sorumluluğu. 83	
9.1.1.1. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğunun Maddi Şartları .. 83	
9.1.1.1.1. Eserin Ayıplı Olması.....	83
9.1.1.1.2. Ayıbın İş Sahibine Yüklenilememesi.....	84
9.1.1.1.3. İş Sahibinin Eseri Kabul Etmemiş Olması	86
9.1.1.2. Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğunun Şekli Şartları.....	87
9.1.1.2.1. İş Sahibinin Eseri Gözden Geçirme Külfeti	88
9.1.1.2.2. İş Sahibinin Ayıbı Bildirme Külfeti.....	89
9.1.1.3. İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları	91
9.1.1.3.1. Genel Olarak	91
9.1.1.3.2. Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	92
9.1.1.3.3. Bedelden İndirim İsteme Hakkı	94
9.1.1.3.4. Eserin Onarılmasını İsteme Hakkı	96
9.1.1.3.5. İş Sahibinin Tazminat İsteme Hakkı	97
9.1.1.4. Ayıptan Doğan Davaların Tabi Olduğu Zaman Aşımı.....	99
9.1.1.5. Ayıptan Sorumluluğu Kaldıran Veya Sınırlayan Anlaşmalar	101

9.1.2. FIDIC Kapsamında Müteahhidin Sorumluluğu	101
9.1.2.1. İşin Geçici Kabulünden Sonra İş Sahibinin Ayıplı Veya Eksik İfa Nedeniyle Sahip Olduğu Hakları Kullanabilme Şartları.....	104
9.1.2.1.1. Ayıbın Makul Süre İçerisinde Giderilmemesi.....	104
9.1.2.1.2. Ayıbın Giderilmesi İçin Kesin Süre Verilmesi	105
9.1.2.2. İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları	106
9.1.2.2.1. İş sahibinin Sözleşmeye Aykırılığın Giderilmesini İsteme Hakkı	106
9.1.2.2.2. İş Sahibinin Ayıbı Kendisinin Yönetiminde Giderme Hakkı	107
9.1.2.2.3. İş Sahibinin Bedelden İndirim Yapılmasını Talep Etme Hakkı	107
9.1.2.2.4. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı	108
9.1.2.2.5. İhtiyat Kesintisinin Alıkonması	109
10.1. FIDIC ŞARTLARINDA YER ALAN DİğER Y�K�ML�L�KLER	110
10.1.1. Teminat Gösterme Yükümlülüğü	110
10.1.2. Başarılı Sonuç Yükümlülüğü	111
11.1. SONUÇ	112
KAYNAKÇA	115
ELEKTRONİK Ağ ADRESLERİ	119

KISALTMALAR

DAB	: Dispute Adjudication Board
FIDIC	: Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
İK	: 3194 Sayılı İmar Kanunu
m.	: Madde
NK	: 1512 Sayılı Noterlik Kanunu
R.G.	: Yayımlandığı Resmi Gazete
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

ABSTRACT

Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils (FIDIC) is a professional association, founded in 1913, which can be translated to Turkish as Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu.

The main purpose of FIDIC conditions of contracts for construction is to make no bones about the rights, obligations and claims of parties of construction contracts, thus risk distribution shall be fair. Due to the fact that, foreign investors would prefer to be liable to a known legal arrangement rather than an unknowable law. To this point, FIDIC conditions of contracts for construction used both international and national projects, is a standard contract cashing on foreign investors.

In terms of FIDIC conditions of contracts for construction, the fundamental obligations of contractor are to make the construction which is the subject of contract, to obtain tools-materials and supplies, duty of care and finally to deliver of construction free from defects.

Enforcement of contracts of work coordinated in the law number 6098 Turkish Code of Obligations shall come up in the case that applicable law is Turkish Law. To evaluate obligations of contractor in FIDIC conditions of contracts for construction and contracts of work together has importance, since terms of contract will be invalid in case of the terms are contrary to compulsory legal rules. The contents of thesis is arranged with aspiring to analyse these obligations comparatively.

ÖZET

Federation Internationale Des Ingenieurs-Conseils (FIDIC), Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu olarak dilimize çevrilebilecek 1913 yılında kurulmuş bir meslek örgütüdür.

FIDIC tarafından düzenlenen standart sözleşmelerin temel amacı ise; inşaat sözleşmesinin taraflarının hak ve yükümlülüklerinin, talep edebileceklerinin şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilebilmesi ve böylece hakkaniyetli bir risk dağılımının gerçekleştirilmesidir. Zira yabancı yatırımcılar; proje yapımı ve sonrasında karşılaşılabilecekleri ihtilafların çözümünde hak ve yükümlülüklerini bilemeyecekleri bir hukuka tabi olmaksızın genellikle bu hak ve yükümlüklerini detaylı olarak bilebilecekleri bir düzenlemeye tabi olmayı tercih ederler. İşte FIDIC Sözleşmeleri de; yabancı yatırımcılara bu noktada fayda sağlayan bir standart sözleşme olup yalnızca uluslararası projelerde değil, ulusal projelerde de kullanılmaktadırlar.

FIDIC Sözleşmeleri bakımından müteahhidin temel borçları; sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi, eserin yapımı için araç-gereç ve malzemelerin sağlanması, eserin yapımında özen gösterilmesi ve en nihayetinde eserin ayıpsız olarak teslimidir.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması durumunda niteliği gereği 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenen eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelecektir. İnşaat sözleşmesindeki hükümlerin Türk Hukuku'ndaki emredici hükümlere aykırı olması halinde bahse konu hükümler geçersiz olacağından, FIDIC Sözleşmeleri'nde yer alan müteahhide ait yükümlülükler ile eser sözleşmesinde yer alan yüklenicinin yükümlülüklerin bir arada değerlendirilmesi önem arz eder. Çalışmanın içeriği de bu yükümlülüklerin karşılaştırmalı olarak incelenmesini amaçlayarak düzenlenmiştir.

1.1. GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK)¹ 470 ile 486. maddeleri (m.) arasında düzenlenen eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir². İnşaat sözleşmeleri de Türk hukukunda özel bir düzenleme olarak yer almamakta ise de bu sözleşmeler hukuki nitelik olarak eser sözleşmelerinin bir türü olma özelliğini taşırlar³.

Milletlerarası özel hukukta uygulama alanı bulan FIDIC Sözleşmeleri ise; enerji santralleri, maden işletme tesisleri, fabrika binaları gibi endüstriyel inşaat sözleşmelerinde kullanıldığı gibi aynı zamanda endüstriyel nitelik taşımayan hastane, okul gibi binaların yapımını konu olan inşaat sözleşmelerinde de kullanılmaktadır⁴. Bu anlamda, FIDIC Sözleşmeleri'nin büyük ölçekli inşaat projelerinde en çok kullanılan sözleşme formu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen eser sözleşmesine göre yüklenicinin borçları olan eser meydana getirme, araç ve gereç sağlama, malzeme sağlama, özen gösterme, eserin teslimi borçları ve ayıptan doğan sorumluluk incelenirken FIDIC Sözleşmeleri'nde yer alan yükümlülükler de karşılaştırmalı olarak inceleme konusu yapılacak olup benzerlik ve farklılık arz eden noktalara da değinilecektir.

¹ Yayımlandığı Resmi Gazete (R.G.) Tarih:04.02.2011,Sayı.27836.

² Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Öze Hükümler, Ankara, 2015, s.583-584; Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2015, s.171; Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 12.Baskı, Hazırlayanlar: Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Doç. Dr. Faruk Acar, Doç. Dr. Burak Özen, İstanbul, 2013, s.507; Zevkliler, Aydın/Ertas, Şeref/Havutcu, Ayşe/Aydoğdu, Murat/ Cumalıoğlu, Emre, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler, İzmir, 2013, s.588.

³ Budak, S. Aşlı, "Türk Eser Sözleşmesi Hukuku Işığında FIDIC Sözleşmeleri", Editörler Yeşim M.ATAMER/Ece Baş SÜZEL/Elliott GEISINGER, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul/Cenevre, 2016, s.89.

⁴ Akıncı, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996, s.9.

⁵ Klee, Lukas, International Construction Contract Law, The United Kingdom, 2015, s.268.

Eseri meydana getirme borcu bakımından yüklenicinin işin yapımı için bir başkası ile anlaşp anlaşamayacağı, işin yapımı sırasında kullanılacak araç-gereç ve malzemelerin kimin tarafından sağlanacağı, özen gösterme borcunun ölçütünün farklılık arz edip arz etmediğı ve gerek Türk Borçlar Kanunu'nda gerekse FIDIC Kırmızı Kitap'ta özen borcuna ilişkin bulunan özel düzenlemeler, eserin tesliminin nasıl gerçekleştiğı ve son olarak ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin içerdiği farklılıklar çalışma içerisinde detaylıca incelenmeye çalışılacaktır.



2.1. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ

Eser sözleşmesinin bir tarafında yüklenici bir tarafında ise iş sahibi bulunmakta olup sözleşme; tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı, rızai ve ani edimli olma özelliklerine sahiptir⁶.

Sözleşmenin özelliklerinin detaylı olarak incelenmesinden önce sözleşmenin tarafları konusunda açıklama yapmak yerinde olacaktır. Sözleşmenin yüklenicisi, eseri meydana getirme yükümlülüğünde olan taraftır. İş sahibi ise eserin yapımını yükleniciden talep eden ve kendisine teslim edilecek eser karşılığında belli bir bedeli ödemeyi üstlenen kimsedir⁷.

Eser sözleşmesi, TBK m. 470'te ifade edildiği gibi, yüklenicinin bir eser meydana getirme, iş sahibinin ise bir bedel ödeme yükümlülüğü altında bulunduğu bir sözleşme olması sebebiyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Öyle ki, bahse konu yükümlülükler tarafların asli edim yükümlülükleri olup yükümlülüklerden birinin sözleşmede kararlaştırılmamış olması sözleşmeyi eser sözleşmesi olmaktan çıkarmaktadır⁸. Eğer sözleşmede bir eser meydana getirme borcu söz konusu değilse sözleşme, somut olayın özelliklerine göre hizmet sözleşmesi veya vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilecektir⁹. Yine, iş sahibinin bir bedel ödeme yükümlülüğü yok ise eser sözleşmesinin bedel unsurunun eksik olması nedeniyle sözleşmeyi, vekalet sözleşmesi ya da eser sözleşmesi benzeri isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirmek gerekecektir¹⁰.

Eser sözleşmesi, tarafların, eser sözleşmesinin asli yükümlülükleri noktasında anlaşma sağlamaları halinde kurulmakta olup eserin meydana getirilmiş ve/veya bedelin ödenmiş olması sözleşmenin kurulması için zorunlu değildir. Zira eserin meydana getirilmesi ve bedelin ödenmesi sözleşmenin ifa aşaması ile ilgilidir ve

⁶ Eren, s.587; Yavuz, s.510; Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2017, s.305.

⁷ Eren, s.584; Yavuz, s.510.

⁸ Eren, s.585; Yavuz, s.509.

⁹ Eren, s.585; Yavuz, s.511; Aydemir, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2016, s.34.

¹⁰ Eren, s.586; Yavuz, s.511.

yerine getirilmemesi borca aykırılık hükümleri çerçevesinde değerlendirilmelidir¹¹.

Eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu kabul edilmekte ise de bazı yazarlar eser sözleşmesinin bazı durumlarda zamana yayılması nedeniyle uzun süreli olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler¹². Kanaatimizce, eserin meydana getirilmesinin zaman gerektirmesi, sözleşmenin ani edimli olma özelliğini değiştirmemelidir. Zira eserin meydana getirilmesinin belirli bir zaman gerektirmesi, sözleşmenin doğasında mevcut olan bir olgudur.

Eser sözleşmesinin özelliklerinden sonra barındırdığı unsurlara da değinmek yerinde olacaktır. Eser sözleşmesi; bir eser meydana getirme, bedel ve anlaşma olmak üzere üç unsurdan oluşmaktadır¹³.

Bir eser meydana getirme unsuru bakımından nelerin eser olarak nitelendirilebileceği ve eser sözleşmesine konu olabileceği konusunda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Bir görüşe göre yalnızca maddi varlıklar eser sözleşmesinin konusu olabilecekken diğer bir görüşe göre maddi olmayan varlıklar da eser sözleşmesinin konusu olabilir. İlk görüşe göre, eserler, cismani bir varlığa sahip olmadıkça eser sözleşmesinin konusu olarak nitelendirilemeyeceklerdir ve bu durumda sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak kabulü gerekir¹⁴. Hem maddi hem gayri maddi varlıkları eser sözleşmesinin unsuru kabul eden görüşe göre ise; bir mimari projenin çizilmesi, bir video çekimi gibi belirli bir çalışmanın ürünü olan ancak maddi olarak vuku bulmayan eserler de sözleşmenin konusu kabul edilmelidir. Doktrinde görüş birliği bulunduğunu söylemek mümkün değilse de Türk hukukunda ağırlıklı olan görüş hem maddi hem de gayri maddi varlıkların eser sözleşmesine konu olabileceği yönündedir¹⁵. Meydana getirme kavramı ise bir eserin yalnızca oluşturulmasını ifade etmez; bozulup yeniden yapılması, var olan bir eserin onarılması ve hatta mevcut bir

¹¹ Eren, s.587, Yavuz, s.509.

¹² Selimoğlu, Yaşar Engin, Eser Sözleşmesi,2016, Ankara, s.34; Eren, s.587.

¹³ Eren, s.588; Yavuz, s.508.

¹⁴ Eren, s.589; Yavuz, s.508.

¹⁵ Selimoğlu, s.21; Eren, s.588; Erzurumluoğlu, s.172; Yavuz, s.508.

eserin ortadan kaldırılması kavramlarını da içerir¹⁶. Ayrıca meydana getirme unsuru, eser sözleşmesini satış sözleşmesinden de ayırmaktadır. Zira satış sözleşmesinde bir meydana getirme borcu değil, hazır bir şeyin teslim edilmesi borcu söz konusu olmaktadır¹⁷.

Eser sözleşmesinde bedel, iş sahibinin ödeme yükümlülüğünü ifade etmekle birlikte kural olarak bu bedel para olarak belirlenir¹⁸. Tarafların para dışında bir bedel kararlaştırması da mümkün olup önemli olan husus tarafların bedelin ödenmesi konusunda anlaşmış olmalarıdır¹⁹. Eğer sözleşmede bir bedel kararlaştırılmamış ise vekalet sözleşmesi söz konusu olabileceği gibi bedel olarak para dışında bir edimin kararlaştırılması halinde karma bir sözleşmenin varlığı da gündeme gelebilir²⁰. Belirtmek gerekir ki; bedelin kararlaştırılmış ve fakat miktarının açıkça belirtilmemiş olması, sözleşmenin kurulmasına engel değildir. Taraflar arasında bu konuda bir ihtilaf halinde TBK m. 481'e göre değerlendirme yapmak gerekecektir. Buna göre; bedelin kararlaştırılmamış olması halinde bedeli, eserin yapıldığı yer ve zamana göre, eserin değeri ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlemek gerekecektir²¹. Nitekim Yargıtay'ın kararlarında da sözleşmede bedelin kararlaştırılmaması veya eser bedelin kanıtlanamaması halinde eser bedelinin yapıldığı tarihteki piyasa değerine göre belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir²².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, müteahhide ödenmesi gereken bedelin bağımsız bölüm olarak kararlaştırıldığı görülmektedir. Sözleşmede bu yönde bir kararlştırma bulunup kaç bağımsız bölüm düşeceği yönünde bir

¹⁶ Eren, s.595;Erzurumluoğlu, s.172; Selimoğlu, s.20; Yavuz, s.508.

¹⁷ Selimoğlu, s.20; Yavuz, s.511.

¹⁸ Eren, s.595;Erzurumluoğlu, s.172; Yavuz, s.509.

¹⁹ Erzurumluoğlu, s.172; Yavuz, s.509.

²⁰ Eren, s. 595; Selimoğlu, s.22; Yavuz, s.509.

²¹ Erzurumluoğlu, s.172-173; Selimoğlu, s.21; Yavuz, s.509.

²² Yargıtay 3.Hukuk Dairesi'nin 30.03.2015 tarihli E.2014/20670-K.2015/5113 sayılı kararında;" İşin yapıldığı çekişme konusu değildir. Ancak taraflar arasında iş bedelinin belirlenmesine dair herhangi bir sözleşme yoktur. Bu durumda kural olarak iş bedelinin, BK. 366. maddeye göre yapıldığı tarih itibarıyla mahalli rayice göre belirlenmesi gerekir. Bedel bilirkişi incelemesi sonucunda belirlenebileceğinden likit olarak kabul edilemez." denilmektedir. (<http://www.kazanci.com.tr>)

anlaşma yok ise yine inşaatın yapıldığı tarihte, o yerdeki diğer yükleniciler ile arsa sahipleri arasındaki kabul görmüş paylaşım oranlarını esas almak gerekir²³.

Son olarak, eser sözleşmesinin kurulmuş olması için tarafların anlaşmış olmaları gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlanmamış olmakla birlikte, çalışma, inşaat sözleşmelerini de içerdiğinden belirtmek gerekir ki; eser sözleşmesi, taşınmaz mal satışını da içeriyorsa sözleşmenin resmi yazılı şekilde yapılması gerekir²⁴. TBK m. 237'ye göre "Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır. Taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz." Nitekim 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun (NK)²⁵ 60. maddesinde ve yine 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)²⁶ 706. maddesinde de aynı yönde düzenlemeler bulunmaktadır²⁷. Bu kuralın tek istisnası şekle aykırı olması nedeniyle geçersiz olan bir sözleşmenin taraflarca ifa edilmiş olmasıdır. Şöyle ki; resmi şekil şartı yerine getirilmeden taraflar arasında mevcut bir taşınmaz satış vaadi ifa edilmiş ise artık taraflardan birinin şekil noksanlığı nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder²⁸. Nitekim Yargıtay'ın da görüşü aynı doğrultudadır²⁹.

²³ Selimoğlu, s.22; Yavuz, s.556.

²⁴ Eren, s.596;Erzurumluoğlu, s.173; Yavuz, s.561.

²⁵ R.G. Tarih:05.02.1972,Sayı:14090.

²⁶ R.G. Tarih:08.12.2001, Sayı:24607.

²⁷ Eren, s.596; Yavuz, s.561.

²⁸ Eren, s.597; Yavuz, s.563.

²⁹ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi'nin 30.01.2014 tarihli ve E.2013/5641-K.2014/557 sayılı kararında; "...resmi şekilde yapılmamış olmakla birlikte arsa payı sahibi tarafından tapuda devir yapılması halinde veya eserin büyük ölçüde başka deyişle tamamına yakınının tamamlanmış ve iş sahibi tarafından kabule icbar edilebilecek düzeye getirilmiş olması halinde şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılma niteliğinde sayıldığı, bu kapsamda dava konusu sözleşmenin davalılar Rahim ve Durmuş'un taraf olduğu Konya 1. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2004/484 E., 2009/507 K. sayılı ilamında da tartışılıp değerlendirildiği, adı geçen dosyada davalı olan S.S. İ... Konut Kooperatifinin sözleşmenin geçersizliğini savunduğu, ancak ilgili mahkemeye tarafların karşılıklı edimlerini yerine getirmeleri nedeni ile sözleşmenin geçerli olduğunun kabul edilip, bunlar hakkında Yargıtay denetiminden geçip kesinleştiği, bu dava ile eldeki davanın tarafları aynı olup kesin delil niteliğinde olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı kooperatif vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerekçeleri sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir." denilmektedir. (<http://www.kazanci.com.tr>)

3.1. GENEL OLARAK FIDIC STANDART SÖZLEŞMELERİ

Standart sözleşmeler; konunun uzmanı olan kişiler tarafından hazırlanması, geçmiş uyuşmazlıklardan edinilen tecrübelerden yararlanılarak geliştirilmesi, risklerin önceden öngörülmesini sağlaması bakımından büyük ölçüde fayda sağlarlar³⁰.

Her ne kadar sözleşmede tarafların hak ve yükümlülükleri düzenlenmiş olsa da, sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi de bu hak ve yükümlülüklerin tespiti bakımından önem arz eder³¹. Zira FIDIC Sözleşmeleri'nde yer alan düzenlemeler, emredici hüküm niteliğinde değildirler³².

Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırmış olması halinde; taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde öncelikle FIDIC'in konuya ilişkin düzenlemeleri dikkate alınacak ve fakat FIDIC'te boşluk olması durumunda bu boşluk sözleşmeye uygulanacak hukukun hükümlerine göre doldurulacaktır. FIDIC Sözleşme hükümlerinden herhangi birinin sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olması halinde ise bahse konu hüküm geçersiz sayılacaktır. Buna mukabil; tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırmamış olması halinde ise, yalnızca FIDIC Sözleşmesi uygulama alanı bulacak ve boşluklar, milletlerarası ticari uygulamaya göre doldurulabilecektir. Taraflar arasında akdedilmiş sözleşmede sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda hüküm bulunmaması durumunda uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak hakem heyetinin yalnızca FIDIC Sözleşmesi uyarınca karar verebileceği ve verilecek kararın da 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi uyarınca tenfizinin mümkün olduğu doktrinde kabul edilmektedir³³.

FIDIC Sözleşmeleri'nin Anglosakson hukuk sisteminin özelliklerini taşıması ve Türk Hukuku'nun da Kıta Avrupası sistemini benimsemiş olması nedeniyle,

³⁰ Sözen, Zeynep, FIDIC Genel Koşullarından Örneklerle İnşaat Sözleşmelerinin Yönetimi, İstanbul, 2015, s.10.

³¹ Acar, Hakan, FIDIC Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri, 2015, Ankara, s.3.

³² Budak, s.92.

³³ Akıncı, s.30.

tarafklar arasındaki inşaat sözleşmesine uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak belirlenmesi halinde, farklı hukuk sisteminin bir arada uygulanmasından kaynaklı birtakım sorunlar gündeme gelebilecektir. rnek olarak, Türk hukukuna tabi bir inşaat sözleşmesinin yorumunda tarafların gerçek iradeleri dikkate alınırken Anglosakson hukuk sisteminde lafzi yorum esastır. Bu halde, uyuşmazlık söz konusu olduğunda yorumun, Türk hukukuna uygun şekilde yapılması gerekecektir³⁴.

Yapılacak işe ve tarafların yükümlülüklerine göre çeşitli tiplere ayrılan FIDIC Sözleşmeleri’ni kırmızı kitap, sarı kitap, gümüş kitap ve altın kitap olmak üzere dört(4) ana başlıkta toplamak mümkündür.

Kırmızı kitap; inşaat işlerinin yapımında tarafların hak ve ykmllklerin belirlenmesi için düzenlenen ve sözleşmenin yönetimi (hak edişlerin onaylanması, ödemelerin yapılması, ek süre tayin edilmesi vb.) görevinin mühendisin üstlendiği szleřmelerdir³⁵. Kırmızı kitap inşaat sözleşmesinde yer alması gereken temel ilkelerden oluşan Genel İdari şartname ve işin niteliği gereği iş sahibine tavsiye niteliği taşıyan zel İdari şartname’ den oluşmaktadır. Genel İdari şartname’ sinin birinci kısmının sonunda ikinci bölüme atıf yapılmakta ve sözleşmeye eklenebileceği dzenlenmektedir³⁶. Kırmızı kitabın ilk basımı 1957 yılında, dördüncü basımı ise 1987 yılında yayımlanmıştır. Son olarak 1999 yılında revize edilen kırmızı kitapta Genel İdari şartname’de yer alan madde sayısı 20’ye indirilmiřtir³⁷. Çalışmamızda da incelemeye ve karşılaştırmaya esas alınan kitap 1999 yılında güncellenen Kırmızı Kitap olacak ve 1987 tarihli dördüncü basıma gerektiğinde yer verilecektir.

³⁴ Budak, s.93.

³⁵ Acar, s.5.

³⁶ Köksal, Tunay, Model Sözleşme rnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku, Ankara, 2011, s. 101.

³⁷ Atik, Ebru Tüzemen, FIDIC Kırmızı Kitap (New Red Book) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII Y.2014, Sa.2, s.53-84, s.55.

Sarı kitap, tesis inşasının konu olduğu sözleşmeler için hazırlanmış olup mühendisin kırmızı kitaba ek olarak taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü görevi bulunmaktadır³⁸.

Gümüş kitap; elektrik santrali, fabrika vb. maliyeti yüksek olan işlerde, yapılan işin zamana yayılmasından dolayı ücretin artması riskinin müteahhit üzerinde bırakıldığı, sözleşme bedelinin götürü bedel olarak kararlaştırıldığı ve mühendisin rolünün bulunmadığı sözleşme tipidir³⁹.

Altın kitap, müteahhit tarafından inşa edilen yapıda ortaya çıkabilecek bozulmalara katlanma riskinin müteahhit üzerinde bırakılmasını ve yapının 20 yıl süreyle müteahhit tarafından işletilmesini düzenlemiştir⁴⁰.

Müteahhit, genel olarak, sözleşme süresince ortaya çıkabilecek durumları öngörerek sözleşme ile üstlendiği işi sahip olduğu geniş mesleki bilgi ile yerine getiren kişi olarak tanımlanabilir. Ancak FIDIC Sözleşmeleri'nin uygulandığı uluslararası inşaat sözleşmelerinin tarafı olarak müteahhit, küçük çaplı gerçek veya tüzel kişiler olmayıp aksine inşaat işlerini kapsamlı şekilde yerine getiren kişilerdir⁴¹. Uluslararası inşaat sözleşmelerinin müteahhit tarafında genellikle konsorsiyum veya joint venture olarak iş ortaklığı şeklinde yer alındığı görülmektedir.

Konsorsiyum, iş ortaklığını oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin üstlendikleri proje için geçici olarak ve belirli bir amaç için bir araya gelmesidir⁴². Konsorsiyum iş ortaklığında, iş sahibi ile akdedilen sözleşme uyarınca bu ortaklığı oluşturan ortakların müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırılmaktadır⁴³. Diğer bir ifadeyle, her bir ortak, iş sahibine karşı yalnızca üstlendiği işin yerine getirilmesinden sorumludur. Öyle ki, konsorsiyum ortaklıklarından birinin işin

³⁸ Hök, Götz-Sebastian, Uluslararası İnşaat Hukuku FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) 1999 Hakkında Açıklamalar(Çeviren C. Gökhan Erbaş), Ankara, 2009, s.6.

³⁹ Acar, s.7.

⁴⁰ Acar, s.7; Hök, s.7.

⁴¹ Töre, Nazlı, FIDIC Kurallarının Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri, Ankara, 2011, s.160.

⁴² Köksal, Tunay, International Construction Law, Ankara, 2013, s.63..

⁴³ Köksal, International Construction Law, s.64.

tamamından sorumlu olacağı sözleşmede kararlaştırılıyor ise artık teknik anlamda bir konsorsiyumun varlığından söz edilemez⁴⁴.

Joint venture için doktrinde görüş birliğine varılmış bir tanım bulunmamakla birlikte, uluslararası ticari iş birliklerinde en çok tercih edilen iş ortaklığı türü joint venture olarak kurulan iş ortaklıklarıdır⁴⁵. İki veya daha fazla kişinin bir araya gelerek yönetilen joint venture ortaklıklarının özelliği bu ortaklığı oluşturan her bir müteahhidin üstlendikleri işin tamamından iş sahibine karşı sorumlu olmalarıdır. Joint venture ortaklıklarını konsorsiyum ortaklığından ayıran nokta ise ortaklığı oluşturan her bir müteahhidin, ortaklığa sermaye koymasındır⁴⁶.

Türk hukuk sistemi bakımından joint venture ortaklığının, adi ortaklık veya bir ticaret şirketi olarak kurulması mümkün olduğu gibi mevcut bir şirkete katılma yolu ile oluşturulması da mümkündür. Önemli olan husus, ortaklaşa yapılacak işin tüm ortaklar açısından bir yükümlülük teşkil etmesidir⁴⁷. Yine belirtmek gerekir ki, joint venture ortaklığını oluşturan ortakların joint venture zararına davranışlardan kaçınması ve rekabet etmemesi gerekir. Bu davranışların, joint venture ortaklığı açısından bir zarar veya rekabet yasağına aykırılık teşkil edip etmediği dürüstlük kuralına göre belirlenecektir⁴⁸.

Anglosakson hukuk sisteminde yer alan ve fakat Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancı olan; FIDIC Sözleşmeleri'nde de düzenlenen mühendisin konumundan da bahsetmek yerinde olacaktır. Mühendis, sözleşmenin tarafları olan müteahhit ve iş sahibinden başka inşaat işinin yapımında birtakım roller üstlenen ve fakat inşaat sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişidir. Mühendis, inşaat sözleşmesinin tarafı olmamakla birlikte; görevini, yetkilerini ve mukabilinde alacağı ücreti belirlemek için iş sahibi ile arasında bir başka sözleşme akdedecektir⁴⁹. Bu sözleşme ile iş sahibi, bir bedel ödemeyi üstlenirken mühendis de teknik uzmanlık

⁴⁴ Köksal, International Construction Law, s.64.

⁴⁵ Köksal, International Construction Law, s.66.

⁴⁶ Töre, s.164.

⁴⁷ Dayınlarlı, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi, 1999, Ankara, s.226.

⁴⁸ Dayınlarlı, s.267.

⁴⁹ Budak, s.95.

gerektiren bir konuda hizmet vermeyi üstlendiğinden sözleşmenin hukuki niteliği vekalet sözleşmesi olarak tanımlanabilir⁵⁰.

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 1.1.2.4. maddesinde de belirtildiği üzere; mühendis, sözleşmenin yönetimi kapsamında değerlendirilen edimin ifası için ek süre verilmesi, hak ediş belgelerinin düzenlenmesi gibi görevlerin yerine getirilmesi amacıyla iş sahibi tarafından atanmaktadır⁵¹. Buna mukabil, mühendisin sözleşmeyi değiştirme yetkisinin bulunmadığını belirtmek gerekir⁵². Mühendis, her ne kadar iş sahibi tarafından atanıyor olması nedeniyle onun temsilcisi sıfatıyla hareket etmekteyse de, görevinin ifası sırasında hakkaniyetli davranma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğe ilişkin sözleşmede özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, FIDIC Kırmızı Kitap'ın 3.5. maddesinde mühendisin; müteahhide ilave süre verilmesi, ilave masrafların belirlenmesi, yapının inşaa sırasında ortaya çıkan ayıpların tespiti gibi konularda sözleşmenin şartlarına uygun ve hakkaniyetli bir tespit yapması gerektiği belirtilmiştir⁵³.

Mühendisin, iş sahibi ile yaptığı sözleşmede, müteahhit ile iş sahibi arasında oluşacak ihtilafların çözümünde arabuluculuk görevini yerine getireceği de kararlaştırılır⁵⁴. Ancak mühendisin bu göreviyle ilgili takdir yetkisini kullanırken, bulunulan koşulların tamamını tarafsız bir gözle değerlendirmesi beklenir⁵⁵. Mühendisin arabuluculuk görevini yerine getirmesi, iki farklı sonucu doğurmaktadır⁵⁶. İlk sonuç, mühendisin öncelikli görevinin, tarafların ihtilafla düştükleri konularda her iki tarafın kabul edebileceği bir çözüme varmalarını ve anlaşmalarını sağlamasıdır⁵⁷. Tarafların anlaşmaya varmasının sağlanamaması halinde ise mühendis, tarafların sözleşmeden kaynaklanan haklarını göz önünde

⁵⁰ Aydın, Yakup, FIDIC Sözleşmelerinde Mühendis Kavramı, Mali Hukuk, Sayı: 144, Kasım-Aralık 2009, www.malihakem.com (erişim tarihi:24.12.2017).

⁵¹ Acar, s.13.

⁵² Hök, s.9.

⁵³ Acar, s.16.

⁵⁴ Lina, Chen, Role of Engineer Under FIDIC Form Contract, Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice, April 1997, s.48-50, s.48.

⁵⁵ Bunni, Nael G., The FIDC Forms of Contract Third Edition, The United Kingdom, 2005, s.524; Köksal, International Construction Law, s.163.

⁵⁶ Lina, s.48; Acar, s.16

⁵⁷ Lina, s.48;Bunni, s.163; Acar, s.16

bulundurarak ihtilaf konusu hakkında bir nihai belirleme yapacaktır. Mühendisin arabuluculuk görevinin diğer bir sonucu ise, taraflar arasındaki ihtilafı çözüme kavuşturacak hakem heyeti ya da Dispute Adjudication Board⁵⁸ (DAB) tarafından karar verilinceye kadar mühendisin kararının bağlayıcı olmasıdır⁵⁹.

Yukarıda adı geçen ve bir uyuşmazlık çözüm yolu olan DAB, yargılama yetkisini haiz bir kuruldur. Kurulun FIDIC'te düzenlenme amacı, taraflar arasındaki ihtilafların çözümü için kararlaştırılan tahkimin taraflar için oldukça masraflı olması ve hızlı bir yargılama sağlamamasıdır. FIDIC Kırmızı Kitap'ın 20.7. maddesine göre; tarafların, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların çözümü için doğrudan tahkime gitmeleri mümkün olmayıp öncelikle DAB'a başvurarak kanun yolunu tüketmeleri gerekmektedir. Sözleşmede uyuşmazlığın çözümüne ilişkin bir kurulun düzenlenmesi, öncelikle dostane çözüm yollarının tüketilmesi kuralının benimsenmiş olmasının bir sonucudur⁶⁰.

Gerçekten de inşaat sözleşmesinden kaynaklanan sorunların teknik sorunlar olması nedeniyle, uyuşmazlığın çözümünde teknik uzmanların yer alması oldukça fayda sağlamaktadır. Uyuşmazlığın DAB tarafından çözümlenmesinin sağladığı temel fayda ise, kurulu oluşturan uzmanların inşaatın yapıldığı alandan ayrılmadan ve alanı bizzat gözlemleyerek hızlıca karar verebilir olmalarıdır⁶¹.

DAB bir veya üç üyeden oluşabileceği gibi, DAB'ın faaliyete başlayabilmesi için DAB üyeleri ile sözleşmenin tarafları arasında sözleşme imzalanması gerekmektedir⁶².

⁵⁸ Uyuşmazlık Çözüm Kurulu.

⁵⁹ Ndekugri, Issaka/ Smith, Nigel/ Hughes, Will, The Engineer Under FIDIC's Conditions of Contract for Construction, Construction Management and Economics, July 2007-25, s.791-799, s.795.

⁶⁰ Acar, s.188.

⁶¹ Seifert, Bryan M., International Construction Dispute Adjudication Under International Federation of Consulting Engineers Conditions of Contract and the Dispute Adjudication Board, Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice, April 2005, s.149-157, s.152.

⁶² Acar, s.189; Seifert, s.153.

4.1. BİR ESER MEYDANA GETİRME BORCU

4.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Borcu

4.1.1.1. Genel Olarak

Yüklenicinin bir eser meydana getirme yükümlülüğü altında bulunduğu Türk Borçlar Kanunu’nun 470. maddesinde belirtilmiştir⁶³. Her ne kadar eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğu kabul edilmekteyse de bazı yazarlar, inşaat sözleşmelerinde, yapının meydana getirilmesi uzun süre aldığından aksi görüştedirler⁶⁴.

Türk Borçlar Kanunu’nun ifade sıra başlıklı 97.maddesinde “*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.*” denilmektedir. Bu nedenle, yüklenicinin, eser meydana getirme borcunun ifasını yerine getirmesi için öncelikle iş sahibinin inşaat yapılacak arsayı inşaata elverişli şekilde teslim etmesi gerektiğini belirtmek gerekir⁶⁵.

4.1.1.2. Yüklenicinin Eseri Şahsen Meydana Getirme Borcu

Türk Borçlar Kanunu’nun 83. maddesine genel kural, alacaklının herhangi bir yararı bulunmadıkça borçlunun borcunu bizzat ifa etme yükümlülüğü bulunmamasıdır. Ne var ki; borçlunun yetenek ve uzmanlığının önem arz ettiği sözleşmesel ilişkilerde bu genel kural uygulama alanı bulmaz. Eser sözleşmeleri de yüklenicinin yetenek ve uzmanlığının önem arz ettiği sözleşmeler olduğundan yüklenici, eseri doğrudan kendi yapma veya kendi yönetimi altında bir başkasına yaptırma yükümlülüğü altındadır⁶⁶.

⁶³ Eren, s.608; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, 2015, s.369; Yavuz, s.508; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.588; Öz, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2016; Akıntürk/Ateş, s.306.

⁶⁴ Eren, s.608; Yavuz, s.511.

⁶⁵ Kostakoğlu, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2015, s.261; Yavuz, s.556.

⁶⁶ Selimoğlu, s.101, Yavuz, s.518; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.594.

Türk Borçlar Kanunu'nun 471. maddesinin 3. fıkrasında “Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.” denilmekle yüklenicinin eseri doğrudan kendisi yapma veya kendi yönetimi altında olmak şartıyla başkasına yaptırma yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir. Ancak fıkranın son cümlesinde ifade edildiği üzere, iş sahibi, yüklenicinin kişisel özellik ve yeteneklerini dikkate almaksızın eser sözleşmesini kurmuş ise artık yüklenici, eseri şahsen meydana getirme borcu altında değildir ve bir başkasına yaptırabilir. Bu halde, şahsen ifa yükümlüğünün bir istisnası söz konusudur⁶⁷. Yüklenici bu alt yüklenicilik sözleşmesini iş sahibi adına değil, kendi ad ve hesabına akdetmektedir⁶⁸.

Yüklenicinin, eseri meydana getirme borcunun ifası amacıyla bir başkasına yaptırıp yaptıramayacağı üç başlık altında toplanabilir⁶⁹. İlk halde, yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği edim kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edimdir ve yüklenicinin eseri şahsen meydana getirmemesi Türk Borçlar Kanunu'nun 112. ve 125. maddesi gereğince borca aykırılık hükümlerinin uygulanmasını gündeme getirir. Bu tip sözleşmelerde, yüklenicinin ölümü veya eseri meydana getirme yeteneğini kusuru olmaksızın kaybetmesi hallerinde eser sözleşmesi ifa imkansızlığı nedeniyle sona erecek ve fakat eserin tamamlanan kısmı iş sahibi için kullanılabilir ise iş sahibi, TBK m. 486'ya göre tamamlanan kısmı kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlü olacaktır⁷⁰. İkinci halde, iş sahibi, yine yüklenicinin özellik ve yeteneklerini dikkate alarak eser sözleşmesini akdetmiştir; ancak bu durumda artık ilk ihtimalde olduğu gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı olma durumu söz konusu değildir ve yüklenicinin talimatı ve yönetimi ile eser bir başkasına yaptırılabilir. Yardımcı kişilerin eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibine verecekleri zararlardan ise yüklenici, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun

⁶⁷ Eren, s.608; Erzurumluoğlu, s.178; Yavuz, s.521; Öz, s.123; Aydemir, s.322.

⁶⁸ Aral/Ayrancı, s.372; Yavuz, s.521.

⁶⁹ Eren, s.609; Yavuz, s.518..

⁷⁰ Selimoğlu, s.102; Yavuz, s.519.

düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesine göre sorumlu olacaktır⁷¹. Son halde ise yüklenicinin kişisel özellik ve yetenekleri eser bakımından herhangi bir önem arz etmez ve yüklenici, kurduğu bir başka sözleşme ilişkisi kapsamında eseri bir başkasına yaptırır⁷².

İnşaat sözleşmelerinde yüklenici genellikle faaliyet alanı inşaat olan bir tüzel kişidir ve inşaatın yapımı için birden fazla kişiyi organize ederek eseri meydana getirme borcunu ifa edecektir⁷³. İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin özellikle; elektrik, su, asansör gibi her biri ayrı uzmanlık alanı olan işlerin yapımı için alt yüklenici ile anlaşması mümkündür. Fakat burada asıl yüklenicinin, işin tamamından iş sahibine olan sorumluluğu devam eder⁷⁴. Belirtmek gerekir ki; Türk Borçlar Kanunu'nun 471.maddesinin 3. fıkrası düzenleyicidir ve taraflar; yüklenicinin eseri şahsen yerine getirme borcu olup olmadığını, kendi yönetimi altında veya herhangi bir yönetimi olmaksızın bir başkasına yaptırıp yaptıramayacağını serbestçe kararlaştırabilirler⁷⁵.

4.1.1.3. Yüklenicinin Eseri Başkasına Yaptırma Yetkisi

4.1.1.3.1. Genel Olarak Alt Yüklenicilik İlişkisi

Yüklenicinin özellik ve yeteneklerinin eser sözleşmesi bakımından önem arz etmediği ve yüklenicinin eserin tamamını veya bir kısmını bir başkasına yaptırdığı hallerde de bir eser sözleşmesi kurulmuş olur⁷⁶. Yüklenicinin eserin yapımı için kurduğu bu eser sözleşmesinde bir tarafta asıl yüklenici bir tarafta alt yüklenici bulunur⁷⁷. Yüklenicinin eserin meydana getirilmesini bir başkasına yaptırabileceği iş sahibi ile yüklenici arasında kurulmuş eser sözleşmesinde açıkça kararlaştırılmış olabileceği gibi işin niteliğinden de kaynaklanabilir⁷⁸. Belirtmek gerekir ki; iş sahibinin eserin başkasına yaptırılabilmesi yönündeki rızasının

⁷¹ Selimoğlu, s.103; Yavuz, s.519; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.595; Öz, s.124.

⁷² Eren, s.609; Yavuz, s.521.

⁷³ Öz, s.123.

⁷⁴ Selimoğlu, s.104; Yavuz, s.522.

⁷⁵ Eren, s.609.

⁷⁶ Eren, s.610; Yavuz, s.521.

⁷⁷ Eren, s.610; Selimoğlu, s.104; Yavuz, s.521.

⁷⁸ Eren, s.611; Yavuz, s.521.

mutlaka sözleşmenin kurulması sırasında verilmiş olması gerekmez, sözleşmenin kurulmasından sonra da rızanın verilmesi mümkündür. Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinin geçerliliği, herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığından rızanın verilmesi de şekle tabi değildir. Ancak olası bir ihtilaf halinde rızanın verildiğine ilişkin ispat yükü yüklenici tarafta olacağından yazılı olarak alınması doğru olacaktır⁷⁹.

Asıl yüklenicilik-alt yüklenicilik ilişkisini diğer kavramlardan ayırmak gerekir. Örnek olarak; işin devri, asıl yüklenicilik-alt yüklenicilik ilişkisinden farklı bir kurumdur ve yüklenicinin kendi sorumluluğu olmaksızın işi başkasına yaptırmasını ifade eder. Bu halde iş sahibinin rızası aranır⁸⁰. Bununla birlikte, işin bir kısmının yapımı için asıl yüklenici ile değil de iş sahibi ile sözleşme kuruluyorsa artık işi üstlenen alt yüklenici değil kısmi yüklenici olarak nitelendirilmelidir⁸¹.

4.1.1.3.2. Asıl Yüklenici İle Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında kurulan eser sözleşmesinde, alt yüklenici uzmanlığının bulunduğu bir mesleği icra eder. Örnek olsun, bir bina yapımında yüklenicinin boya işlemlerini alt yükleniciye yaptırması böyledir. Bu nedenle, alt yüklenici, asıl yükleniciden bağımsızdır⁸². Bazı yazarlar, alt yüklenicinin tam bağımsız olarak çalışmasının zorunlu bir unsur olmadığını ve sözleşme ile kararlaştırıldığı veya işin niteliğinin gerekli olduğu hallerde asıl yüklenicinin yönetim ve denetiminin söz konusu olabileceğini de ileri sürmektedirler⁸³. Alt yüklenicinin malzeme sağlamayı taahhüt etmesi ise alt yüklenicilik sözleşmesinin kurulması için zorunlu bir unsur değildir⁸⁴.

Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşmesel ilişki, iş sahibi ile asıl yüklenici arasındaki eser sözleşmesinden bağımsız olduğundan alt yüklenicinin

⁷⁹ Eren, s.611.

⁸⁰ Selimoğlu, s.104.

⁸¹ Selimoğlu, s.105.

⁸² Eren, s.610; Yavuz, s.521.

⁸³ Eren, s.611; Yavuz, s.521.

⁸⁴ Aral/Ayrancı, s.373; Yavuz, s.522.

eseri meydana getirme borcunun da iş sahibine karşı değil asıl yükleniciye karşı olduğunu belirtmek gerekir. Buna mukabil, asıl yüklenici de belirli bir bedeli alt yükleniciye ödemeyi taahhüt eder⁸⁵.

4.1.1.3.3. İş sahibi İle Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

İş sahibi ile alt yüklenici arasında sözleşmesel bir ilişki mevcut olmaması nedeniyle iş sahibinin, alt yükleniciye karşı eserin teslim edilmesi gibi asıl yüklenici ile akdettiği sözleşmeden doğan alacaklarını talep etmesi mümkün değildir⁸⁶. İş sahibi eğer şartları varsa ancak haksız fiil hükümleri çerçevesinde alt yükleniciye karşı başvurabilecektir. Ne var ki; alt yüklenici, asıl yükleniciye karşı olan borçlarını sözleşme ile aynı zamanda iş sahibine karşı da üstlenmiş olabilir. Bu durumda, iş sahibi aradaki akdi ilişki nedeniyle alt yükleniciden talepte bulunabilecektir. Ayrıca, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında mevcut sözleşmede alt yüklenici, iş sahibi yararına da bir sözleşme akdetmiş olabilir⁸⁷.

Sözleşmesel ilişkinin var olmaması aynı zamanda asıl yüklenicinin de iş sahibinden herhangi bir ücret talebinde bulunamamasına neden olacaktır. Ancak, iş sahibi, asıl yüklenicinin alt yükleniciye sözleşmeden doğan ücret borcunu müşterek borçlu veya müteselsil kefil sıfatıyla üstlenmiş olabilir. Bu halde, asıl yüklenicinin ücret borcundan iş sahibinin de sorumluluğu söz konusu olacaktır⁸⁸.

İş sahibinin alt yükleniciye karşı sorumluluğu hakkında TMK m. 893'te düzenlenen kanuni ipotek hakkından da bahsetmek gerekir. İlgili maddede; bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârların kanuni ipotek haklarının tescilini talep edebilecekleri düzenlenmiştir. Alacaklının sahip olduğu bu hak, yenilik doğuran hak niteliğinde olup tapu memuruna karşı yapılacak tek taraflı bir beyan ile kullanılabilir. Buna mukabil, tescilin icra edilebilmesi için

⁸⁵ Eren, s.612; Selimoğlu, s.105; Yavuz, s.521.

⁸⁶ Selimoğlu, s.105; Aral/Ayrancı, s.373; Yavuz, s.522.

⁸⁷ Eren, s.612; Yavuz, s.522.

⁸⁸ Eren, s.613; Yavuz, s.523.

alacağın taşınmaz maliki tarafından tanınması veya bir mahkeme kararı ile tespit edilmesi gerekir⁸⁹. İş sahibinin asıl yükleniciye ücret borcunu ödemiş olmasına rağmen; alt yüklenicinin asıl yükleniciden ücret alacağını tahsil edememiş ve kanuni ipotek hakkına başvurmuş olması ihtimalinde iş sahibi mükerrer ödeme yapmak durumunda kalacaktır⁹⁰. Üstelik, Türk Medeni Kanunu'nun 893 maddesinin 2. fıkrasına göre; kanuni ipotek hakkından önceden feragat mümkün değildir. İş sahibinin sorumluluğu, tüm malvarlığıyla sınırsız bir sorumsuzluk olmayıp yalnızca ipotek tescil edilen taşınmaz ile sınırlıdır⁹¹.

4.1.1.3.4. Asıl Yüklenicinin, Alt Yüklenicinin Eylemlerinden Dolayı İş Sahibine Karşı Sorumluluğu

Asıl yüklenicinin, eserin tamamının veya bir kısmının yapımı için alt yüklenici ile anlaşma yetkisi var ise alt yüklenici bağımsız da olsa asıl yüklenicinin ifa yardımcısıdır ve asıl yüklenici alt yüklenicini eylemleri nedeniyle iş sahibine karşı Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi gereğince sorumlu olur⁹². Kanun koyucu, vekalet sözleşmelerine ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 507. maddesinin 2. fıkrasına göre, vekilin bir başkasını vekil tayin etme yetkisinin bulunması halinde, yalnızca seçme ve talimat vermede kusurlu olması halinde sorumlu olmasını tercih etmişken eser sözleşmelerinde durum böyle değildir. Asıl yüklenici, seçme ve talimat vermede kusurlu olmadığını ispat etse dahi sorumluluktan kurtulamayacaktır⁹³.

Diğer bir ihtimal, asıl yüklenicinin bir alt yüklenici ile anlaşma yetkisinin bulunmamasıdır. Bu durumda da asıl yüklenicinin Türk Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi gereğince sorumluluğu devam eder⁹⁴.

4.1.1.4. Yüklenicinin Sözleşmeyi Bir Bütün Olarak Devir Yetkisi

⁸⁹ Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir, Saibe Oktay, Eşya Hukuku, İstanbul,2009, s.787.

⁹⁰ Eren, s.613; Selimoğlu, s.105.

⁹¹ Eren, s.614; Yavuz, s.523.

⁹² Eren, s.614; Erzurumluoğlu, s.179; Selimoğlu, s.105.

⁹³ Eren, s.614; Yavuz, s.522.

⁹⁴ Eren, s.615; Yavuz, s.523.

Yüklenici, iş sahibinin iznini almak şartıyla, iş sahibinin ad ve hesabına hareket ederek eser sözleşmesini bir üçüncü kişiye devredebilir; ancak iş sahibinin iznini almaksızın böyle bir sözleşme devri gerçekleşmiş ise yetkisiz temsil hükümleri uygulama alanı bulur ve yüklenicinin bu hükümler kapsamında sorumluluğu doğar. Bu nedenle yüklenici, iş sahibinin, işin yetkisiz temsille devredilmesinden doğan her türlü zararını karşılayacaktır. İş sahibi, işin yapımının devredildiği kişilerin eserin yapılacağı alana girmesini haklı olarak engelleyebilir ve bu durumda alacaklı temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulmaz. İş sahibi, zararının tazminini talep hakkı yanında borçlu yükleniciyi temerrüde düşürerek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir⁹⁵.

Buna mukabil, sözleşme, sözleşmenin devri hükümleri uyarınca iş sahibinin onayıyla üçüncü bir kişiye devredilmişse; iş sahibi ile yüklenici arasında kurulmuş eser sözleşmesi, yüklenici tarafının değişmesiyle devam eder. Bu halde, asıl yüklenicilik-alt yüklenicilik ilişkisi ve ikinci bir eser sözleşmesi söz konusu değildir⁹⁶.

4.1.2. FIDIC Kapsamında Müteahhidin Borcu

4.1.2.1. FIDIC İnşaat Şartları Çerçevesinde Sözleşmeye Uygun Bir Eserin Meydana Getirilmesi

Müteahhidin, sözleşmenin, eserin yapımını meslek edinmiş tarafı olarak sözleşme bedeli teklifi vermesinden önce dahi birtakım yükümlükleri vardır. Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşme bedeli teklifi verilmesinden önce bir yükümlülük düzenlenmemiş olması nedeniyle bahse konu yükümlülük, eserin meydana getirilmesi başlığı altında incelenecektir.

FIDIC Kırmızı Kitap m.4.10.'a göre; müteahhit, sözleşme bedeline ilişkin teklifini iş sahibi ne sunmadan önce, inşaatın meydana getirileceği alanı incelemelidir. Bu inceleme yükümlülüğü kapsamında müteahhidin; inşaatın meydana getirileceği yerin iklimi ile yer altı jeolojik yapısı hakkında yeterli bilgiyi edinmesi, inşaatın

⁹⁵ Öz, s.125; Yavuz, s.523.

⁹⁶ Eren, s.615; Yavuz,s.523.

yapımı sırasında meydana gelebilecek riskleri işin uzmanı olarak değerlendirmesi ve yorumlaması, inşaatın meydana getirileceği yerin hukuk mevzuatına hakim olması beklenmektedir⁹⁷. Müteahhidin inşaatın yapılacağı yeri incelediği sırada iş sahibinin de birtakım bilgileri edinmesi halinde bu bilgileri müteahhit ile paylaşması beklenmektedir. Müteahhidin, iş sahibinin sahip olduğu bilgiyi paylaşmadığına yönelik iddiasında ise bu iddiayı ispatla mükellef olan müteahhit olacaktır⁹⁸.

Müteahhidin inşaatın yapılacağı alanı incelemesinden sonra söz konusu olacak eseri meydana getirme borcu bakımından ise, FIDIC Kırmızı Kitap'ın 4.1. maddesine göre; müteahhit, sözleşme ile üstlendiği işi yine sözleşme hükümleri ve mühendisin talimatı uyarınca yerine getirmeli, tamamlamalı ve eserdeki tüm kusurları gidermelidir⁹⁹. Belirtmek gerekir ki; müteahhidin ediminin kapsamı sözleşme hukuku hükümlerine göre belirlenecektir¹⁰⁰.

4.1.2.2.FIDIC İnşaat Şartları Çerçevesinde Asıl Müteahhitlik-Alt Müteahhitlik Kavramı ve İlişkisi

FIDIC Kırmızı Kitap 1.1.2.8. maddesine göre; alt müteahhit, sözleşmede işlerin bir kısmının yapımı için belirtilen ya da atanan kişiler olarak tanımlanmıştır¹⁰¹. Asıl müteahhit, işin belirli bir kısmının yapımı için alt müteahhit atadığı sözleşmede iş sahibi adı ve hesabına değil kendi adı ve hesabına hareket etmektedir¹⁰².

Alt müteahhitlik kavramı, atanmış alt müteahhit ve onaylanmış alt müteahhit olmak üzere iki şekilde gündeme gelebilir. FIDIC Kırmızı Kitap 5.1.maddesindeki ifadeden de hareketle, alt müteahhit, “mühendisin asıl müteahhide alt müteahhit olarak görevlendirilmesi talimatını verdiği kişiler” olarak tanımlanabilir. Buna

⁹⁷ Barr, Brian and Grutters, Leo, FIDIC Users' Guide, London, 2014, s.134; Acar, s.22.

⁹⁸ Atik, s.59.

⁹⁹ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.125.

¹⁰⁰ Hök, s.33.

¹⁰¹ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.84.

¹⁰² Köksal, Tunay, Contract Management and Dispute Resolution in International Construction, Ankara, 2016, s. 105.

mukabil, onaylanmış alt müteahhit, asıl müteahhidin alt müteahhit olarak çalışmasını önerdiği ve onay aldığı kişilerdir. Sözleşmede atanmış müteahhit listesinin bulunmasına ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır. Buna mukabil bu yönde bir belirleme var ise; kural, asıl müteahhidin atanmış alt müteahhit ile çalışmasıdır. Asıl müteahhit, FIDIC Kırmızı Kitap'ın 5.2. maddesinde düzenlenen makul sebeplerin varlığını ve bu sebepleri ispatlamaya elverişli bilgi ve belgeleri mühendise bildirerek atanmış alt müteahhitte çalışmaktan kaçınabilir ve başkaca bir alt müteahhitte sözleşme akdedebilir¹⁰³. Bu makul sebepler tahdidi olmamakla birlikte FIDIC Kırmızı Kitap 5.1. maddesinde örnek olarak sayılmıştır. Bu sebeplere; alt müteahhidin işinde ehil olmaması, mali gücünün işi tamamlamaya yeterli olmaması, alt müteahhidin veya işçilerinin eylemlerinden asıl müteahhidin zarara uğraması halinde bu zarardan sorumlu olacağına dair alt müteahhitlik sözleşmesinde hüküm bulunmaması gibi durumlar örnek olarak verilebilir. Belirtmek gerekir ki; makul sebeplerin varlığı halinde dahi, iş sahibi asıl müteahhidin zararını karşılayacağını taahhüt ederse asıl müteahhit atanmış müteahhitte çalışma zorunluluğu ile karşı karşıya kalacaktır¹⁰⁴.

Asıl müteahhit, FIDIC Kırmızı Kitap 4.4. maddeye göre, çalıştığı alt müteahhidin işe başlangıç tarihini en az 28 gün öncesinde bildirmekle de yükümlüdür¹⁰⁵.

FIDIC Kırmızı Kitap'ta müteahhide işin tamamını bizzat yapma yükümlülüğü getirilmemiş olmakla birlikte 4. madde ile işin tamamının alt müteahhide devredilmesi yasaklanmıştır¹⁰⁶. Diğer bir ifadeyle, asıl müteahhidin, eserin bir kısmının yapımı için alt müteahhit ile anlaşabileceğini düzenlemiştir.

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 4.4. maddesine göre; asıl müteahhidin alt müteahhit ile akdedeceği sözleşme, mühendisin onayına bağlı olacaktır¹⁰⁷. Mühendise alt müteahhit atayarak onunla çalışma yetkisi esas sözleşme ile verilebileceği gibi

¹⁰³ Atik, s.62.

¹⁰⁴ Acar, s.107.

¹⁰⁵ Atik, s.63.

¹⁰⁶ Acar, s.103.

¹⁰⁷ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.130.

daha sonradan yapılacak bir sözleşme ile de verilebilir¹⁰⁸. Ancak iki halde bu onayın zorunlu olmadığı söylenebilir. Bu haller; inşaatın yapımında kullanılacak araç ve makine dışında kalan malların tedariki için alt müteahhit ile sözleşme akdedilmesi veya asıl müteahhidin sözleşme konusu ne olursa olsun iş sahibi ile akdettiği sözleşmeyle atanmış alt müteahhit ile anlaşılmasıdır¹⁰⁹.

Alt müteahhit ile bir anlaşma yapılması iş sahibinin onayına bağlı olduğu hallerde dahi verilen bu onay, asıl müteahhidin sözleşme ile üstlendiği sorumlulukları ortadan kaldırmayacak ve alt müteahhidin personellerinin eylemleri nedeniyle asıl müteahhidin sorumluluğu devam edecektir¹¹⁰. Diğer bir ifadeyle, FIDIC'e göre, asıl müteahhidin sorumluluğu alt müteahhidin atanmış veya onaylanmış olması bakımından herhangi bir değişiklik göstermemektedir. Buna mukabil, asıl müteahhidin atanmış alt müteahhidi yeterince denetlemesine rağmen ortaya çıkan veya öngörülemeyen nedenlerden doğan zararlardan iş sahibinin sorumluluğunun bulunduğunu söylemek gerekecektir¹¹¹.

1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'ın 63.1. maddesi uyarınca; asıl müteahhidin, alt müteahhidin seçimindeki hükümlere aykırı davranması halinde iş sahibi, asıl müteahhit ile arasındaki sözleşmeye son vererek işin devamını başka bir müteahhide verebilir veya kalan işleri kendisi tamamlayabilir¹¹².

İş sahibinin alt müteahhidin ücret alacağından sorumlu olup olmadığına ilişkin olarak FIDIC Kırmızı Kitap'ta herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu hususta nasıl hareket edileceği sözleşmeye uygulanacak hukukun hükümlerine göre de belirlenecektir¹¹³.

1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'ın 59.5. maddesine göre taraflar, mühendis veya asıl müteahhidin onayı üzerine, iş sahibinin alt müteahhide ödeme yapacağı

¹⁰⁸ Köksal, Contract Management, s.105.

¹⁰⁹ Acar, s.106.

¹¹⁰ KÖKSAL, Tunay, Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt 2010-1 Sayı 20, s.95; Selimoğlu, s.106.

¹¹¹ Atik, s.63.

¹¹² Selimoğlu, s.106.

¹¹³ Atik, s.64.

hususunda anlaşabilirler¹¹⁴. Bu yönde bir anlaşma yapılmadığı hallerde mühendisin, işin tamamlanmasına ilişkin onay belgesini vermeden önce asıl müteahhidin alt müteahhide ödeme yaptığına ilişkin belgeleri talep etmesi mümkündür. Aksi halde, iş sahibinin, ödemeyi yine alt müteahhide yapması gündeme gelecektir¹¹⁵. İş sahibinin alt müteahhide yapacağı ödeme, asıl müteahhidin iş sahibinden olan alacağını etkilemez ancak alt müteahhide yapılan bu ödeme asıl müteahhidin hesabında sebepsiz zenginleşme teşkil edeceğinden iş sahibi, yapmış olduğu bu ödemeyi kendi borcundan mahsup etme hakkına sahip olur¹¹⁶.

Belirtmek gerekir ki; iş sahibinin tek bir müteahhit ile sözleşme akdetmesi yerine, inşaat yapımında her bir ayrı iş için ayrı bir müteahhitlik sözleşmesi akdettiği fast trak¹¹⁷ denilen sözleşmelerde her bir sözleşmenin eşzamanlı ifasının bazı teknik problemlere yol açabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁸.

¹¹⁴ Köksal, Contract Management, s.106.

¹¹⁵ Köksal, FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları, s.95; Acar, s.108.

¹¹⁶ Acar, s.109.

¹¹⁷ Hızlı yol.

¹¹⁸ Köksal, FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları, s.95-96.

5.1. ARAÇ VE GEREÇ SAĞLAMA BORCU

5.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Borcu

Yüklenicinin genel olarak borçlarının düzenlendiği TBK m. 471’de müteahhidin araç ve gereç sağlama borcu da yer almaktadır. Araç ve gereçler, eser meydana getirilirken kullanılır ve eserin meydana getirilmesinden sonra ondan ayrılırlar¹¹⁹. Maddede; “*Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır.*” denilmekle yüklenicinin bu yöndeki yükümlülüğü açıkça düzenlenmekle birlikte tarafların, aksini kararlaştırabileceği belirtildiğinden emredici değil düzenleyici bir hukuk kuralı olduğu anlaşılmaktadır¹²⁰. Ayrıca belirtmek gerekir ki; işin icra edileceği yerdeki âdete göre de araç ve gereç sağlama borcu yükleniciye ait değilse artık yüklenicinin böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığının kabulü gerekecektir¹²¹.

Gerekli araç ve gereçleri sağlama borcu kural olarak yükleniciye ait olduğundan eğer bunların satın alınması, kiralanması, eserin yapılacağı yere getirilmesi ve hatta eserin tamamlanmasının ardından geri götürülmesi gerekiyor ise tüm bu borçlara da yüklenici katlanmalıdır¹²².

Yüklenicinin araç ve gereç sağlama borcu, eserin yapımı için yeterli araç ve gerecin sağlanmasını ifade etmekle birlikte aynı zamanda ayıpsız araç ve gerecin sağlanmasını da ifade eder. Aksi halde, müteahhidin ayıplı ifası söz konusu olacak ve iş sahibi, Türk Borçlar Kanunu’nun 473. maddesinin 2. fıkrası kapsamında; ayıbın giderilmesi için yükleniciye uygun bir süre verecek, bu süre içerisinde eksikliğin giderilmesi halinde onarımın veya işin devamının masrafları

¹¹⁹ Selimoğlu, s.107; Yavuz, s.523; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.595.

¹²⁰ Eren, s.615; Selimoğlu, s.107; Yavuz, s.524; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.595.

¹²¹ Selimoğlu, s.108; Aral/Ayrancı, s.375.

¹²² Selimoğlu, s.107.

yükleniciye ait olmak üzere üçüncü bir kişiye devredileceğini ihtar edebilecektir¹²³.

Yüklenicinin araç ve gereç sağlama yan yükümlülüğünü hiç yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi halinde ise sözleşme hükümlerine aykırılık söz konusu olacak ve iş sahibi, TBK m. 473'e göre teslim için belirlenen günü beklemeden sözleşmeden erken dönebilecektir¹²⁴.

5.1.2. FIDIC Kapsamında Müteahhidin Borcu

1987 tarihli dördüncü basım FIDIC Kırmızı Kitap'ın 54. maddesinde araç ve gereç sağlama yükümlülüğü düzenlenmiş ve bu yükümlülüğün Türk Borçlar Kanunu hükümlerinde olduğu gibi müteahhide ait olduğu düzenlenmiştir¹²⁵.

Aynı metnin 36.1. maddesine göre ise, yüklenici, araçların mühendis tarafından sözleşmeye uygunluğunun kontrol edilmesi için gerekli yardımı sağlamakla yükümlüdür ve işin yapımında kullanılacak araç ve gereçler mühendisin talimatına uygun olmalıdır. Aksi halde mühendisin, 37.4. maddeye göre, sözleşmeye uygun olmayan araç ve gereci kabul etmeme ve işin yapıldığı yerden kaldırılması talimatını verme yetkisi bulunmaktadır¹²⁶. Sözleşmeye uygun olmayan aracın işin yapıldığı alandan kaldırılması talimatına müteahhidin uymaması halinde, iş sahibi, 1999 tarihli FIDIC' in 15. maddesine göre sözleşmeyi feshedebilecektir¹²⁷.

¹²³ Eren, s.616; Yavuz, s.524.

¹²⁴ Selimoğlu, s.108; Yavuz, s.524.

¹²⁵ Selimoğlu, s.108.

¹²⁶ Akıncı, s.35.

¹²⁷ Atik, s.72.

6.1. MALZEME SAĞLAMA BORCU

6.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Borcu

6.1.1.1. Genel Olarak

Malzeme, en basit anlatımıyla eseri oluşturan madde olarak ifade edilmektedir. Belirtmek gerekir ki; eserin meydana getirilmesi esnasında kullanılan araç ve gereçler eserin oluşturulmasından sonra ondan ayrılması nedeniyle malzeme olarak nitelendirilemezler ve bu yönüyle malzemedan ayrılırlar¹²⁸. Malzeme, eserin tamamlayıcı parçası niteliğinde olup mülkiyeti iş sahibinindir¹²⁹.

Türk Borçlar Kanunu’nda malzeme sağlama borcunun kime ait olduğu konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır; ancak genel olarak varsayılan malzemenin yüklenici tarafından sağlanacağıdır¹³⁰. Taraflar, bu yükümlülüğün kime ait olacağını serbestçe kararlaştırabilirler¹³¹. Taraflarca malzeme sağlama yükümlülüğü ile ilgili bir kararlaştırma yapılmadığı hallerde, bu yükümlülüğün, yükleniciye ait olduğu kabul edilmelidir¹³². Ancak doktrinde aksi yönde görüşler de mevcuttur. Bu görüşe göre; Türk Borçlar Kanunu’nun 472. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası ile 471. maddenin dördüncü fıkrasından, yükümlülüğün kural olarak iş sahibine ait olduğu anlaşılmaktadır¹³³. Kanaatimizce, kanun koyucu her ne kadar açık bir düzenleme getirmemiş ise de Türk Borçlar Kanunu’nun “malzeme bakımından” başlıklı 472. maddesinin yüklenicinin borçları içerisinde düzenlemesi, bilinçli bir tercihtir ve bu nedenle aksi ispatlanmadığı sürece bu borcun yükleniciye ait olduğu kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay’ın da görüşü de bu borcun yükleniciye ait olduğu ve malzeme sağlama yükümlülüğünün kime ait olduğu konusunda ihtilaf bulunması halinde bu hususta tanık dinletilebileceği yönündedir¹³⁴.

¹²⁸ Selimoğlu, s.107; Yavuz, s.524.

¹²⁹ Aydemir, s.316; Aral/Ayrancı, s.377; Yavuz, s.524.

¹³⁰ Aydemir, s.317; Yavuz, s.524.

¹³¹ Eren, s.61; Selimoğlu, s.110; Yavuz, s.524.

¹³² Selimoğlu, s.110; Erzurumluoğlu, s.179; Yavuz, s.524.

¹³³ Eren, s.617.

¹³⁴ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 26.09.2013 tarihli ve E.2012/7114-K.2013/5213 sayılı kararında; “Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında akdi ilişkinin varlığı halinde

Sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak, taraflar, sözleşmede eserin yapımında kullanılacak malzemenin iş sahibinden satın alınacağını da kararlaştırmış olabilirler. Bu halde, yüklenici, satım sözleşmesinin yapılması yüklenici açısından bir yan yükümlülük teşkil edecektir¹³⁵.

6.1.1.2. Malzemenin Yüklenici Tarafından Sağlanması

Türk Borçlar Kanunu'nun 472.maddesinin birinci fıkrasında; *“Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.”* denilmekle yüklenicinin yalnızca eserdeki ayıptan değil, eserin meydana getirilmesinde kullandığı malzemedeki ayıptan da sorumlu olduğu düzenlenmektedir¹³⁶. Malzemenin ayıplı olması, eserin meydana getirilmesi bakımından elverişsiz olmasını ifade eder. Ayıp, malzemenin sözleşme ile taahhüt edilen nitelikte olmaması şeklinde vuku bulabileceği gibi sözleşmede yüklenicinin bu yönde bir taahhüdü olmasa bile dürüstlük kuralına göre olması gereken kalitede olmaması şeklinde de vuku bulabilir¹³⁷. Sözleşmede malzemenin niteliği belirtilmemişse, malzemenin sahip olması gereken nitelik belirlenirken birinci sınıf malzeme anlaşılmaması gerektiği gibi diğer taraftan alelade seçilmiş malzeme olarak da anlaşılmaması gerekir. Malzeme seçiminin, işin yapısına uygun malzeme olarak anlaşılması gerekir¹³⁸.

Yüklenicinin malzemeyi kendisinin imal üretme borcu olmadığından, malzemedeki yapısal bozukluklar nedeniyle sorumluluğu da bulunmamaktadır. Meğer ki; yüklenici, malzemeyi seçmede kusurlu olsun¹³⁹.

kapsamının yazılı belge dışında diğer deliller ve tanık beyanları ile de kanıtlanabileceği kabul edilmektedir. İşin yapıldığı tarihle dava ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanun'un 357/I. maddesinde, yüklenici imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinste olmamasından dolayı iş sahibine karşı sorumlu ve bu hususta satıcı gibi mütekeffil olur şeklindeki düzenleme karşısında, aksine sözleşme bulunmadığı ya da aksi karşı tarafça kanıtlanmadığı sürece malzemenin yüklenici tarafından temin edildiğinin kabulü zorunludur.” denilmektedir. (<http://www.kazanci.com.tr>)

¹³⁵ Duman, İlker Hasan, İnşaat Hukuku, Ankara, 2016, s.329.

¹³⁶ Eren, s.618;Erzurumluoğlu, s.179;Selimoğlu, s.110.

¹³⁷ Eren, s.617; Selimoğlu, s.110; Aral/Ayrancı, s.378; Öz, s.122.

¹³⁸ Aydemir, s.320.

¹³⁹ Duman, İnşaat Hukuku, s.329.

6.1.1.3. Malzemenin İş Sahibi Tarafından Sağlanması Halinde

6.1.1.3.1. Genel Olarak

TBK m. 472 malzeme sağlama yükümlülüğünün iş sahibine ait olması halinde yüklenicinin yükümlülüklerini de düzenlemiştir. İkinci fıkraya göre; yüklenici, iş sahibinin sağladığı malzemeyi özenle kullanmak, iş sahibine hesap vermek ve artanı iade etmekle yükümlüdür¹⁴⁰.

6.1.1.3.2. Yüklenicinin Malzemeyi Özenle Kullanma, Hesap Verme Ve Artanı Geri Verme Borcu

Yüklenicinin malzemeyi özenle kullanma yükümlülüğü, malzemenin niteliği itibariyle korunması gereken çevre koşullarının sağlanmasını ve aynı zamanda çalınma, kötü kullanma gibi üçüncü kişilerin müdahalelerinin engellenmesini ifade eder.

İş sahibinin malzemeyi sağladığı hallerde, malzemenin sigorta ettirilmesi de kural olarak iş sahibine aittir; ancak malzemenin zarar veya ziyan tehlikesi ile karşı karşıya olduğu hallerde yüklenici, masrafı iş sahibine ait olmak üzere malzemeyi sigorta ettirme yükümlülüğü altındadır¹⁴¹.

Yüklenici, malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı hallerde, kullanıma ilişkin hesap verme ve arta kalanı iade etmekle de yükümlüdür¹⁴². Taraflar, hesap vermenin hangi sıklıkla olacağı, hangi bildirim usulünün kabul edileceği gibi hususları sözleşmede detaylı olarak kararlaştırabilirler¹⁴³.

Yüklenicinin malzemeyi özenle kullanmaması nedeniyle iş sahibinin sağladığı malzemede bir azalma meydana geldiyse bu kez, yüklenici, malzemeyi özenli bir biçimde kullansaydı iş sahibine geri vermekle yükümlü olacağı malzemenin

¹⁴⁰ Eren, s.618; Selimoğlu, s.111; Yavuz, s.524.

¹⁴¹ Eren, s.618.

¹⁴² Aral/Ayrancı, s.380.

¹⁴³ Eren, s.618.

bedelini ödemekle yükümlüdür ve malzemenin bedeli ifa tarihine göre hesaplanmalıdır¹⁴⁴.

6.1.1.3.3. Yüklenicinin Araştırma Ve Bildirimde Bulunma Yükümlülüğü

Yüklenici, işin uzmanı olması nedeniyle iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin veya eserin yapımı için gösterilen yerin ayıplı olup olmadığını tespit edebilecek uzman kişidir. Bu tespit kapsamında, yüklenicinin, malzemenin veya eserin yapımı için gösterilen yeri yeterli nitelikte olup olmadığını araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır; fakat tazminat miktarının hesabında malzemenin veya eserin yapımı için gösterilen yerin ayıplı olmasında iş sahibinin de müterafik kusurlu olması hali dikkate alınacaktır¹⁴⁵.

Bildirim yükümlülüğü ise, araştırma yükümlülüğünü müteakiben gündeme gelecek bir yükümlülüktür. Bildirim yükümlülüğü, Türk Borçlar Kanunu’nun 472.maddesinin 3.fıkrasında düzenlenmiş olup madde metninde ; *“Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.”* denilmektedir.

Belirtmek gerekir ki; bildirim yükümlülüğü ile iş sahibinin yeterli bilgi sahibi olması ve buna göre işin devamı konusunda karar vermesi amaçlandığından yüklenicinin soyut ve genel ifadelerle bildirimde bulunması yeterli olmayıp ayıbın niteliği ve sonuçları hakkında detaylı ve somut bir bildirim yapılması gerekir¹⁴⁶.

6.1.2. FIDIC Kapsamında Müteahhidin Borcu

İnşaat sözleşmesinin yapımında kullanılacak malzemenin, objektif olarak orta kalitede olması ve sözleşmede nitelikleri kararlaştırılmış ise bu niteliklere uygun

¹⁴⁴ Duman, İnşaat Hukuku, s.337.

¹⁴⁵ Duman, İnşaat Hukuku, s.337; Yavuz, s.524.

¹⁴⁶ Selimoğlu, s.113.

olması beklenir. FIDIC kapsamında malzeme sağlama borcu Türk Borçlar Kanunu kapsamında eser sözleşmelerinden doğan malzeme sağlama borcu ile bu açıdan paralellik göstermektedir¹⁴⁷.

1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'ın 36.maddesine göre; müteahhit, sözleşmede belirtilen niteliklere ve mühendisin talimatlarına uygun malzeme temin etmekle yükümlüdür.

Mühendisin, malzemenin muayene edilmesi talimatını verme konusunda da yetkisi bulunmaktadır. Malzemelerin niteliğinin tespiti için yapılan bu testlerin olumsuz sonuçlanması halinde ise malzemeler kabul edilmez ve hatta bu malzemeler kullanılmış ise yerinden sökülerek yeniden yapılması gerekir¹⁴⁸.

Sözleşmede öngörülmeeyen testlerin masrafları içinde FIDIC' te kesin olarak bir tercih yapılmamıştır. Yine 1987 tarihli dördüncü basım FIDIC Kırmızı Kitap'ın 36.4. maddesine göre; bu durumda masraflar, testlerin sonucuna göre müteahhide veya işverene ait olacaktır. Diğer bir ifadeyle, testler olumsuz sonuçlar masraflar müteahhide aksi halde işverene yüklenecektir.

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 7.4. maddesine göre; test sonucu sözleşmeye uygun olmadığı anlaşılan malzemeler mühendis tarafından reddedilerek müteahhide gerekçeli olarak bildirilir¹⁴⁹. Bu bildirimle rağmen malzemelerin değiştirilmemesi halinde iş sahibi FIDIC Kırmızı Kitap'ın 15. maddesi uyarınca sözleşmeyi feshedebilecektir.

Son olarak; müteahhidin özen yükümlülüğünün düzenlendiği FIDIC Kırmızı Kitap'ın 17.2. maddesine göre, müteahhit, malzemenin iyi şekilde muhafazasını sağlamakla yükümlüdür ve malzemenin zarar görmesi halinde bu zararlar müteahhit tarafından tazmin edilecektir¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Atik, s.72.

¹⁴⁸ Selimoğlu, s.112.

¹⁴⁹ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.159.

¹⁵⁰ Atik, s.72.

7.1. ESERİ TESLİM BORCU

7.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Borcu

7.1.1.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'ndaki eser sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde açıkça eseri teslim borcuna ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte; yüklenicinin eseri teslim etmekle yükümlü olduğu, eseri meydana getirme borcunun doğal bir sonucudur¹⁵¹. Kaldı ki; kanun koyucunun eserin teslimine bazı sonuçlar bağladığı da görülmektedir. Örnek olsun; iş sahibinin eseri gözden geçirme ve bildirme külfeti m.474'te, yüklenicinin eserin bedeline ilişkin alacağının muaccel olması m.479'da ve yarar ile hasarın iş sahibine geçişi m.483'te eserin teslimine bağlanan sonuçlardır¹⁵².

Teslim, eserin iş sahibinin hakimiyetine sokulması ile zilyetliğin devredilmesini ifade eder ve eserin kabul edilmesi kavramı ile karıştırılmaması gerekir. Eserin kabul edilmesi iş sahibi tarafından eserin sözleşmeye uygun olduğunu kabule ilişkin bir irade beyanıdır ancak teslim yüklenicinin ifa amacıyla fiili bir davranışını ifade eder¹⁵³. Diğer bir ifadeyle teslim, hukuki bir eylemdir ve teslimin gerçekleştiği yüklenici tarafından tanıkla ispatlanabilir¹⁵⁴.

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde teslim, bazı yönleriyle farklılık arz eder. Şöyle ki; inşaat sözleşmesinde, yapı kullanma izinlerinin alınması teslim şartı olarak kararlaştırılmış olabilir. 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun (İK)¹⁵⁵ 30.maddesine göre, yapı kullanma izni, mal sahibinin müracaatı üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğini tespit eden belgedir¹⁵⁶.

¹⁵¹ Aral/Ayrancı, s.393; Eren, s.526; Yavuz, s.526; Zevkliler/Ertas/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.590; Aydemir, s.324.

¹⁵² Eren, s.621; Selimoğlu, s.134; Aydemir, s.325.

¹⁵³ Eren, s.621; Selimoğlu, s.135; Yavuz, s.526; Zevkliler/Ertas/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.591.

¹⁵⁴ Selimoğlu, s.135.

¹⁵⁵ R.G. Tarih:09.05.1985,Sayı.18749.

¹⁵⁶ Ayanoglu, Taner, Yapı Hukukunun Genel Esasları, İstanbul, 2014, s.308.

Yapı kullanma izinlerinin alınması teslim şartı olarak kararlaştırılmış olduğu hallerde, teslim, yapı kullanma izni alınmaksızın gerçekleştirilmiş ise iş sahibi tarafından herhangi bir çekince konulmamış olsa dahi geçerli bir teslimden bahsedilmez. Yine, teslim için tarafların teslim tutanağının düzenlenmesini veya tasfiyenin gerçekleşmesini kararlaştırdığı da görülmektedir¹⁵⁷. Bu yöndeki sözleşme hükümleri, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)¹⁵⁸ 193.maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir ve tanıkla ispat mümkün değildir. Buna göre, delil sözleşmesi, belli bir olayın belirli bir delille veya diğer delillere ek olarak bu kararlaştırılan delille de ispat edilebileceği konusunda tarafların anlaştığı bir sözleşmedir. Delil sözleşmesi, usul hukukunda, ispat konusundan doğan bir kavramdır¹⁵⁹.

Teslim, yapı kullanma izninin alınmasına tabi kılınmamış ise izin alınmaksızın gerçekleştirilen teslim, geçerli bir teslimdir ve iznin alınmamış olması hukuki ayıp niteliğindedir¹⁶⁰. İşsahibi, bu halde, ayıptan doğan haklarını zamanaşımı süresi içerisinde kullanabilir¹⁶¹.

Yüklenici tarafından sözleşmeye uygun şekilde teslim edilmek istenen eserin sebepsiz şekilde teslim alınmaması halinde alacaklı temerrüdü oluşur. Eser ancak kabul edilemeyecek nitelikte eksik ve ayıplı ise iş sahibi eseri kabulden kaçınabilir. Eser, kabule engel olmayacak mahiyette eksik ve ayıplı ise iş sahibi öncelikle eksik ve ayıpların giderilmesini talep edebileceği gibi eksik ve ayıpların sonradan giderilmesi kaydıyla çekinceli kabul yapabilir¹⁶².

Eseri teslim yeri taraflarca sözlü ya da yazılı olarak açıkça veya örtülü olarak kararlaştırılabileceği gibi bu yönde bir anlaşma bulunmadığı takdirde Türk Borçlar Kanunu'nun ifa yerine ilişkin 89.maddesi uygulama alanı bulacaktır. Eser sözleşmesinin konusu taşınır ise burada aranacak borç söz konusu olduğundan

¹⁵⁷ Duman, İnşaat Hukuku, s.558.

¹⁵⁸ R.G. Tarih:04.02.2011, Sayı:27836.

¹⁵⁹ Atalay, Oğuz, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Editörler Hakan PEKCANITEZ/ Muhammet ÖZEKES/ Mine AKKAN/ Hülya TAŞ KORKMAZ, İstanbul, 2017, s.1741; Postacıoğlu, İlhan E./Altay, Sümer, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul, 2015, s.621.

¹⁶⁰ Selimoğlu, s.137.

¹⁶¹ Selimoğlu, s.137.

¹⁶² Aydemir, s.325.

borçlunun yerleşim yeri ifa yeri olarak kabul edilirken sözleşmesinin konusu bir taşınmaz ise taşınmazın bulunduğu yer de teslim yeri olarak kabul edilir¹⁶³.

Belirtmek gerekir ki; yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için kusurun varlığı aranmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, borçlu temerrüdünün şartları gerçekleşmişse, yüklenicinin kusuru bulunmasa dahi temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Buna mukabil, kusur, temerrüdün sonuçları bakımından önem arz etmektedir. TBK m. 118'e göre, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmekte kusuru var ise alacaklı, temerrüt nedeniyle uğradığı zararı talep edebilecektir¹⁶⁴.

Eser sözleşmesinin konusu olan eser, taşınır veya taşınmaz malların devrine ilişkin Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre mülkiyet devrine konu olacaktır. Buna göre eğer bir taşınır eser söz konusuysa mülkiyetin devrine ilişkin tarafların anlaşması ve zilyetliğin devri ile ancak bir taşınmaz eser söz konusuysa tescil talebi ve tescil ile birlikte mülkiyet geçmiş olacaktır. Eser sözleşmesinin konusu yeni bir eser meydana getirme değil de mevcut bir eserin yeniden yapılandırılması, düzeltilmesi vb. fiiller ise bu durumda da yüklenici eseri iade etmekle yükümlü olacaktır¹⁶⁵.

7.1.1.2. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcu Bakımından Ek İş Ve İş Değişikliği Kavramları

Yüklenicinin eser sözleşmesi kapsamındaki temel borcu eserin teslimi olmakla birlikte, sözleşmenin kurulmasından sonra iş sahibinin talebi üzerine veya zorunlu nedenlerle, yapılacak eserin kapsamında birtakım değişiklikler meydana gelebilir veya yapılacak işin genişlemesi söz konusu olabilir¹⁶⁶. Ek iş, sözleşmenin kurulması esnasında yüklenicinin yükümlülüğü olmadığı halde sonradan yüklenicinin ifa yükümlülüğüne dahil olan işlerdir. Buna mukabil, iş değişikliği,

¹⁶³ Eren, s.622;Selimoğlu, s.138; Yavuz, s.526.

¹⁶⁴ Duman, İlker Hasan, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusur, Ankara, 2016, s.80; Yavuzü s.527.

¹⁶⁵ Eren, s.623; Yavuz, s.526.

¹⁶⁶ Gökyayla, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009, s.30.

sözleşme ile yüklenicinin yükümlülüğü kapsamında kalan işlerin azaltılması veya bu işlerin yapımına ilişkin yöntemlerin değiştirilmesini ifade eder¹⁶⁷.

Ek iş ve iş değişikliği kavramları, eseri teslim zamanı bakımından önem arz ederler. Belirtmek gerekir ki; ek iş ve iş değişikliğinin söz konusu olduğu durumlarda, yükleniciden, eseri kararlaştırılan teslim zamanında teslim etmesi beklenemez. Bu nedenle, ek iş ve iş değişikliği için, dürüstlük kuralı ve işin niteliğine göre belirlenecek bir sürenin teslim zamanına eklenmesi gerekir. Yine, ek iş ve iş değişikliği yüklenicinin kusurundan kaynaklanmadığı sürece, bu süre için gecikme cezası da talep edilemeyecektir¹⁶⁸.

Sözleşme dışında kalan ek işlerin yapılması, iş sahibinin yararına olması koşuluyla vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde değerlendirilmekte ve bu ek işlerin bedeli TBK m.481'e göre belirlenmektedir. Maddenin düzenlemesine göre bu bedel, ek işin yapıldığı yer ve zamandaki değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak hesaplanacaktır¹⁶⁹. Ek işler, iş sahibinin yararına değilse veya kamu düzenine aykırılık arz ediyorsa yüklenici, yaptığı ek işin bedelini veya bu bedele ikame olarak zararının tazminini talep edemeyecektir¹⁷⁰. Buna mukabil, özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından ek iş sayılamayacak ancak iş değişikliği olarak nitelendirilebilecek “ortak alanda kullanılan asansörün kararlaştırılan nitelikten daha nitelikli olması”, “binanın değerini artıran işçilik” gibi hallerde yüklenici de menfaat sağlamaktadır. Zira, bu hallerde yüklenicinin payına düşen bağımsız bölümlerin değerinde de bir artış olacaktır. Bu hallerde, yüklenicinin, bu iş değişikliklerinin karşılığını isteme hakkı bulunmamaktadır¹⁷¹.

7.1.1.3. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüde Düşmesinin Şartları

7.1.1.3.1. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcu Muaccel Olması

Borcun muaccel olması kavramını öncelikle borcun ifa edilebilir olması kavramından ayırmak gerekecektir. Borcun ifa edilebilir olması, yüklenicinin

¹⁶⁷ Gökyayla, s.108.

¹⁶⁸ Gökyayla, s.202.

¹⁶⁹ Selimoğlu, s.246; Gökyayla, s.202.

¹⁷⁰ Selimoğlu, s.246; Gökyayla, s.208.

¹⁷¹ Selimoğlu, s.251; Gökyayla, s.208.

borcunu ifaya hazır olması ve ifayla birlikte borcundan kurtulmasını ifade eder. Buna mukabil, borcun muaccel olması, iş sahibinin alacağını talep edebilmesi ve dava ile ileri sürebilmesidir¹⁷².

İfa zamanına ilişkin olarak da taraflarca bu yönde bir anlaşma yok ise Türk Borçlar Kanunu'nun tamamlayıcı nitelikteki 90.maddesi uyarınca borç, doğum anında muaccel olacaktır. Ancak ortalama düzeyde bir yüklenicinin eseri teslim edebileceği makul zaman, teslim zamanı olarak kabul edilir¹⁷³. Teslim zamanı, bir takvim günü olarak veya belirli bir süre şeklinde kararlaştırılabilir¹⁷⁴. Yalnızca makul zamanın dolması borcu muaccel hale getirmeyecek olup muacceliyetin gerçekleşmesi için iş sahibinin ifayı talep etmesi gerekir. İş sahibini bu talebi, yükleniciyi temerrüde düşürmemekte ve yalnızca borcun muaccel olmasını sağlamaktadır¹⁷⁵.

Yüklenicinin borcun doğumundan sonra eserin yapımına gecikmeksizin başlaması gerektiğinden yüklenicinin işin yapımına başlamaması halinde iş sahibi Türk Borçlar Kanunu'nun 473. maddesinin 1. fıkrası kapsamında erken dönme hakkını kullanabileceği gibi, işe başladıktan ve eserin tamamlanması için gereken uygun süre bekleyip eserin teslimi talep ettikten sonra yüklenicinin teslim yükümlülüğüne aykırı davranması halinde TBK m. 125 uyarınca da sözleşmeden dönebilir¹⁷⁶.

İnşaat sözleşmelerinde ifa zamanı özel bir önem arz ettiğinden teslim tarihinin genellikle kararlaştırıldığı görülmektedir. Teslim tarihi, eser sözleşmesinin kurulması bakımından zorunlu bir unsur olmadığından sözleşmenin kurulmasından sonra kararlaştırılmasına da bir engel bulunmamaktadır. Borcun ifa zamanının çeşitli şekillerde kararlaştırılması mümkündür. Vade, bir "takvim günü" olarak kararlaştırılabileceği gibi, sözleşmenin kurulmasından sonra

¹⁷² Kurt, Leyla Müjde, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012, s.89; Öz, s.142; Akıntürk/Ateş, Derya, s.128

¹⁷³ Eren, s.622-623; Yavuz, s.527; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.591; Öz, s.143.

¹⁷⁴ Karadaş, İzzet, Eser Sözleşmeleri, Ankara, 2016, s.193.

¹⁷⁵ Öz, s.143; Aral/Ayrancı, s.395; Yavuz, s.527.

¹⁷⁶ Selimoğlu, s.124; Yavuz, s.527.

başlayan ve bitiminde muacceliyet sonucu doğuran “teslim süresi” şeklinde de kararlaştırılabilir. Son olarak, tarafların anlaşarak, iş sahibine tek taraflı bir bildirimde bulunarak vadeyi belirleme yetkisi tanınması da mümkündür. İş sahibinin yapacağı bu bildirim, “muacceliyet ihbarı” olarak adlandırılır¹⁷⁷.

Eser sözleşmelerinde eserin teslimi önem arz ettiğinden dolayı, işin belirtilen tarihte teslim edilmemesi halinde cezai şart ve belirtilen tarihten önce teslim edilmesi halinde de teşvik primi kararlaştırılarak eserin zamanında teslim edilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır¹⁷⁸.

Taraflar, sözleşme ile ifa zamanı konusunda anlaşmışlar ise pacta sunt servanda ilkesi gereği artık bu ifa zamanı taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle değiştirilemez¹⁷⁹. Ancak, taraflar, esas sözleşmenin tabi olduğu bir şekil şartı var ise bu şekil şartına uymak kaydıyla, yapacakları ek bir sözleşmeyle ifa zamanını uzatabilirler veya hangi hallerde ifa zamanının uzayacağını esas sözleşmede kararlaştırabilirler. İşte, tarafların, ifa zamanının değiştirilmesi konusunda anlaşmaları erteleme sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Sürenin uzatılmasını düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 95. maddesinde, yeni sürenin, taraflar aksini kararlaştırmadıkça önceki sürenin sona ermesini izleyen birinci günden başlayacağı belirtilmiştir¹⁸⁰.

Gecikme yükleniciden kaynaklanıyor ise ek süre verilmesi söz konusu olmaz ve yüklenicinin bu gecikmenin sonuçlarına katlanması gerekir. Yükleniciden kaynaklanan nedenle eserin yapımının durması halinde, yüklenicinin, eserin kararlaştırılan zamanda teslim edilebilmesi için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Yüklenici; işgücü ve çalışma süresini artırmak, ek araç ve gereç sağlamak gibi eylemlerle eseri teslim borcunda temerrüde düşmenin önüne geçebilir. Aksi takdirde iş sahibi, Türk Borçlar Kanunu’nun 473. maddesinin 1.fıkrasındaki eserin teslim zamanından öncesini kapsayan erken

¹⁷⁷ Kurt, s.91.

¹⁷⁸ Selimoğlu, s.124.

¹⁷⁹ Yüce, Melek Bilgin, Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, İstanbul, 2015, s.255; Yavuz, s.527.

¹⁸⁰ Yüce, s.258.

dönme hakkını veya TBK m. 123 ve devamı maddelerindeki eserin teslim zamanından sonrasını kapsayan dönme hakkını kullanabilecektir¹⁸¹.

İş sahibinden kaynaklanan veya taraflara yüklenemeyen nedenlerden dolayı gecikme söz konusu olduğunda ise yükleniciye ek süre verilmesi gerekir. İş sahibinden kaynaklanan nedenlere örnek olarak malzeme sağlama yükümlülüğünün iş sahibine ait olacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, eserin meydana getirileceği arsanın yükleniciye teslim edilmemesi veya ara ödemelerin iş sahibince yapılmaması gösterilebilir. Ne var ki; iş sahibinden kaynaklanan nedenlerle gecikme halinde yükleniciye ek süre tanınması için, yüklenicinin, gecikmeden kaynaklı olarak inşaatın zamanında teslim edilmesinin tehlikede olduğunu iş sahibine bildirmiş olması gerekir. İş sahibinin gecikmeyi biliyor olması dahi yüklenicinin bu yöndeki yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Yüklenicinin bu yöndeki bildirim yükümlülüğünün nedeni, iş sahibinin eserin tesliminin zamanında gerçekleşeceğine dair güvenidir. Sözleşme hükümlerine ve dürüstlük kuralına göre aksi gerekmiyorsa, yükleniciden, iş sahibinden kaynaklanan gecikme nedeniyle ek önlemler alarak eseri kararlaştırılan sürede teslim etmesi kendisinden beklenemez¹⁸².

Doğa olayları, salgın hastalıklar veya imar mevzuatında yapılan değişikliklerle taraflara ek yükümlülükler getirilmesi ise taraflara yüklenemeyen sebeplere örnektir¹⁸³.

Yükleniciye verilecek ek süre belirlenirken bu ek sürenin dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı değerlendirilecektir. Eserin geline aşamadaki tamamlanma oranı, işin tamamı için kararlaştırılan süre bu değerlendirmede dikkate alınacak kıstaslardır¹⁸⁴.

¹⁸¹ Duman, İnşaat Hukuku, s.550; Yavuz, s.527.

¹⁸² Duman, İnşaat Hukuku, s.549.

¹⁸³ Selimoğlu, s. 129.

¹⁸⁴ Duman, İlker Hasan, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralı, Ankara, 2016, s.72; Yavuz, s.527.

Türk Borçlar Kanunu'nun 95. maddesi uyarınca taraflar arasında aksi yönde bir anlaşma olmadığı sürece ek süre, önceki sürenin sona ermesini izleyen birinci günden başlayacaktır¹⁸⁵. İfa zamanının ek süre ile uzatılması söz konusu olduğunda ek süre sona ermediği sürece yüklenicinin borca aykırılığı da söz konusu olmayacaktır¹⁸⁶.

Taraflar, ifa zamanının ek süre ile uzamasından farklı olarak sözleşmede cezalı süre de kararlaştırabilirler. Cezalı sürede, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı bu cezalı sürenin sonuna ertelenmekte ve bu cezalı süre için bir cezai şart ödenmektedir. Örnek olsun, teslim tarihi ve teslim tarihinden sonraki 30 gün için bir cezalı süre sözleşmede kararlaştırıldığında yüklenicinin teslim tarihinde eseri teslim etmemesi ile borca aykırılık gerçekleşmektedir. Ancak iş sahibi, 30 günlük cezalı sürenin sonunda sözleşmeden dönmekte ve bu 30 günlük süre için cezai şart isteyebilmektedir. Sözleşmeden dönmenin gerçekleştiği tarihten sonrası içinse bir cezai şart talep edilmesi artık mümkün değildir¹⁸⁷. Nitekim Yargıtay kararları da aynı yöndedir¹⁸⁸.

7.1.1.3.2. Eseri Teslim Borcunun İfasının Mümkün Olması

¹⁸⁵ Selimoğlu, s.125.

¹⁸⁶ Selimoğlu, s.126.

¹⁸⁷ Selimoğlu, s.133.

¹⁸⁸ Yargıtay 15.Hukuk Dairesi'nin 04.04.2011 tarihli ve E.2010/7438.- K.2011/2040 sayılı kararında; "Düzenleme Şeklinde Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin İnşaat Süresi ve Seyri başlıklı 6. maddesinde inşaat ruhsatı alınmasından itibaren tüm binaların 36 ayda anahtar teslimi hale getirileceği, arsa sahiplerine ait 23 adet dairede mücbir sebepler hariç gecikme halinde geçen her ay için kooperatifin daire başına 100 Dolar ceza ödeyeceği, ancak bu cezalı sürenin 6 ayı geçmesi halinde arsa sahibinin sözleşmeyi tek taraflı fesih etme yetkisine haiz olduğu kararlaştırılmış, aynı noterlikte düzenlenen 26.03.2001 gün 1430 yevmiye numaralı ek sözleşmeyle asıl sözleşmenin 6. maddesindeki inşaat ruhsatının alınmasını müteakip 36 ay olup 09.09.2001 tarihinde bitecek olan inşaat süresinin bu tarihten, yani 09.09.2001 tarihinden itibaren 10 aylık ek süreyle 09.07.2002 tarihine kadar uzatılmıştır. Dosya kapsamına göre davalı yüklenicinin uzatılan sürede de edimini yerine getirmediği ve davacı arsa sahiplerine ait bağımsız bölümleri bitirip teslim etmediği anlaşılmaktadır. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre fesih halinde sözleşmede kararlaştırılan BK'nın 158/II. maddesine uygun ifaya ekli gecikme cezası ya da müspet zarar kapsamındaki gecikme tazminatının talep edilmesi mümkün değil ise de; sözleşmedeki cezai şart gecikme halinde fesih edilemeyen süreyle ilgili olarak kararlaştırılmış olduğundan, bu hüküm gereğince yüklenici temerrüdü gerçekleşse dahi belirtilen süre geçinceye kadar arsa sahibinin sözleşmeyi fesih etmesi mümkün değildir. Bu halde davacı arsa sahibi daha sonra fesih hakkını kullansa dahi fesih edilemeyen cezalı süreyle sınırlı olarak gecikme cezası yada tazminatını isteyebilir." denilmektedir. (<http://www.kazanci.com.tr>)

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesinin bir diğer şartı, ifanın mümkün olmasıdır. Ancak bazı durumlarda sözleşme konusu borcun ifa olanağını ortadan kaldıran durumlar söz konusu olabilir¹⁸⁹. Sözleşme konusu eserin ifası, sözleşmenin kurulmasından sonra objektif ve sürekli olarak imkansız hale gelmişse artık borçlunun temerrüdünden söz edilemeyecek ve borcun imkansızlığına ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır¹⁹⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nda imkansızlık tanımı yapılmamıştır. İmkansızlık kavramı, olayların meydana gelebilmesi için gerekli şartların bulunmamasını ifade eder¹⁹¹. İfa imkansızlığı sözleşmenin kurulması aşamasında mevcutsa TBK m. 27'ye göre sözleşme artık geçersiz sayılacaktır. Eseri teslim borcunda temerrüt bakımından önem arz eden husus ise imkansızlığın sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmesidir¹⁹².

Objektif imkansızlık, sözleşme ile üstlenilen edimin yalnızca yüklenici açısından değil aynı zamanda başkaca yükleniciler açısından da imkansız hale gelmesini ifade ederken sübjektif imkansızlık yalnızca sözleşme ile edimi ifa yükümlülüğünde olan yüklenici açısından imkansızlığı ifade eder. Sübjektif imkansızlık halinde borçlu temerrüdünün oluşup oluşmayacağı konusunda iki farklı görüş vardır. Bir görüşe göre; sübjektif imkansızlık halinde de ifa imkansızlaştığından artık borçlunun temerrüdünden bahsedilemeyecektir. Buna mukabil diğer görüşe göre; sübjektif imkansızlıkta, imkansızlık hükümlerinin uygulanacağını kabulü imkansızlık hükümlerini genişletmek olacaktır ve bu nedenle temerrüt hükümleri uygulama alanı bulmalıdır¹⁹³.

Burada çalışmamızın konusunu oluşturan inşaat sözleşmeleri bakımından bir hususu belirtmek gerekecektir. İnşaatın belirli bir aşamaya geldikten sonra

¹⁸⁹ Karadaş, s.198; Öz, s.144.

¹⁹⁰ Kurt, s.120; Öz, s.144.

¹⁹¹ Gündoğdu, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul, 2014, s.83.

¹⁹² Karadaş, s.199.

¹⁹³ Kurt, s.123.

öngörülemeyen bir nedenle yok olması durumunda, inşaat yeniden meydana getirilebileceğinden imkansızlıktan söz edilemez¹⁹⁴.

İfa imkansızlığının bakımından nisbi kesin vadeli işlemleri ve mutlak kesin vadeli işlemleri de değerlendirmek gerekecektir. Nisbi kesin vadeli işlemlerde, alacaklı alacağını talep ettiğinde borçlu borcunu ifa edebileceğinden ifa imkansızlığı söz konusu olmaz ve borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur. Buna mukabil, kesin vadeli işlemlerde hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağı tartışmalıdır. Bir görüş mutlak kesin vadeli işlemlerin söz konusu olduğu sözleşmelerde edimin vadesinde ifa edilmemesi halinde borçlu temerrüdünün oluşacağı kanaatindedir. Diğer görüşe göre, alacaklı için, edimin ifasıyla sağlayacağı menfaat kadar bu edimin vadesinde ifası da önem arz eder ve edimin vadesinde ifa edilmemesi sonradan telafi edilebilir nitelikte değildir. Kesin vadenin geçmesiyle ifa artık mümkün olmayacağından imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁹⁵.

Yüklenicinin kusuru nedeniyle meydana gelen imkansızlıkta, yüklenici, TBK m. 112 gereğince iş sahibinin uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle, bu halde, borç sona ermemekte borcun yalnızca içeriği değişmektedir. Borcun kendisinin sona ermeyip yalnızca içeriğinin değişmesinin önemli bir hukuki sonucu, iş sahibinin alacağına bağlı tüm ferî hakların ve teminatların varlığını devam ettirmesidir¹⁹⁶.

Kusurun taraflardan birine atfedilemediği kusursuz imkansızlıkta ise Türk Borçlar Kanunu'nun ifa imkansızlığı başlığı altında düzenlenen 136.maddesi uygulama alanı bulacak ve bu nedenle borç sona erecektir.

Belirtmek gerekir ki; temerrüt gerçekleştikten sonra oluşan imkansızlıkta da yüklenicinin temerrüt hali sona erecektir. Ancak, gecikme cezası gibi, temerrütten

¹⁹⁴ Duman, İnşaat Hukuku, s.563.

¹⁹⁵ Kurt, s.128.

¹⁹⁶ Gündoğdu, s.195.

sonra imkansızlığın gerçekleştiği zamana kadar işlemiş olan temerrüdün sonuçları ortadan kalkmayacaktır¹⁹⁷.

7.1.1.3.3. Yüklenicinin Borcunu İfa Etmemiş Olması

Yüklenicinin temel borcu, yapımı üstlendiği eserin tam ve ayıpsız olarak vadesinde teslim edilmesidir. Eseri teslim borcunda temerrüde düşmenin ilk şartı da bu temel edimin yerine getirilmemesidir. Eser tesliminin nasıl ifa edilmesi gerektiğini yukarıda açıklamıştık. Tekrardan kaçınmak adına, bu açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz¹⁹⁸.

7.1.1.3.4. Yüklenicinin Temerrüdüne Engel Olan Durumların Bulunmaması

Yüklenicinin borcunu ifa etmede gecikmesinin hangi hallerde temerrüt oluşturmayaacağına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nda ayrıca düzenlenmiş bir madde hükmü bulunmamaktadır; ancak bazı haller vardır ki yüklenicinin temerrüde düşmesinin önüne geçerler.

Bu hallerden ilki, borçlu yüklenicinin; ödemezlik def'i, borç ödemediği acz def'i ve zamanaşımı def'ilerini ileri sürmesidir¹⁹⁹.

TBK m. 479'a göre; iş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olmaktadır. Anlaşılmaktadır ki; yüklenici, kanundaki düzenleme kapsamında kendi eseri meydana getirme ve teslim borcunu yerine getirmediği ödemezlik def'ini ileri sürerek kendi borcunu ifa etmekten kaçınamaz. Ancak kanunun, bedelin muacceliyetine ilişkin düzenlemesi emredici olmayıp taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Buna göre; taraflar, iş sahibinin bedeli ödeme borcunu yüklenicinin teslim borcundan önce ifa edeceğini kararlaştırmışlarsa yüklenici, eserin bedeli ödenmediği hallerde ödemezlik def'ini ileri sürerek eseri teslimden haklı bir sebeple kaçınabilir ve bu durum borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanmasını engeller²⁰⁰. Ancak; yüklenicinin ödemezlik def'ini ileri sürerek

¹⁹⁷ Öz, s.144.

¹⁹⁸ Bakınız Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eseri Teslim Borcu-Genel Olarak.

¹⁹⁹ Kurt, s.153; Öz, s.149.

²⁰⁰ Duman, İnşaat Hukuku, s.567.

kendi borcunun ifasından kaçınması sözleşmede kararlaştırılan edimler arasındaki dengenin bozulmasına sebebiyet veriyor ve hakkaniyete aykırı bir durum oluşturuyorsa, yüklenicinin defiyi ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir²⁰¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun ifa güçsüzlüğü başlığı altında düzenlenen 98.maddesinde; *“Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.”* denilmektedir. Buna göre; iş sahibinin sözleşmenin kurulmasından sonra borç ödemediği acze düşmesi halinde iş sahibi, yüklenicinin alacağını garanti eden bir teminat sunmadığı takdirde yüklenici kendi borcunu ifadan kaçınabilecek ve bu durum onun temerrüde düşmesini de engelleyecektir²⁰².

Yüklenicinin ileri sürebileceği defilerden sonuncusu ise zamanaşımı defii olup yüklenici tarafından bu definin ileri sürülmesi, yüklenicinin, borçlu temerrüdüne düşmesini diğer defilerden farklı olarak herhangi bir süreye tabi olmaksızın engellemektedir²⁰³.

Yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesini engelleyen ikinci durum, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesidir. Alacaklı temerrüdü, TBK m. 106'da düzenlenmiştir. Buna göre; alacaklı temerrüdü, borçlunun borcunu ifa edebilmesi için alacaklının yerine getirmesi gereken hazırlıkları yerine getirmemesi şeklinde söz konusu olabileceği gibi borçlunun gereği gibi ifasını kabulden kaçınması şeklinde de söz konusu olabilir. Belirtmek gerekir ki; alacaklı temerrüdünün oluşması için iş sahibinin kusurunun varlığı şartı bulunmamaktadır. Önemli olan, gecikmenin, iş sahibinin faaliyet alanından kaynaklı olarak gerçekleşmesidir ve bu

²⁰¹ Kurt, s.155.

²⁰² Kurt, s.156.

²⁰³ Kurt, s.157.

durum borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanmasını engelleyecektir²⁰⁴.

Yasal izinlerin alınması amacıyla yetkili mercilere başvurulması yetkilerini içeren vekaletnamenin iş sahibi tarafından verilmemesi de yine iş sahibinden kaynaklanan ve borçlunun temerrüdü sonucunu doğurmayan hallere örnektir.

Alacaklının yerine getirmesi gereken hazırlıklardan olmadığı için alacaklının temerrüdü halini doğurmayan ve fakat yine de iş sahibinin katlanması gereken risklerden olması sebebiyle borçlunun temerrüde düşmesine engel olan beklemeyen durumlar da söz konusu olabilir. İş sahibinin arsası üzerine inşa edilecek yapıya ilişkin alınması gereken idari izinlerin alınamaması riski bu gibi hallere örnek olarak gösterilebilir. Bu halde borçlu temerrüdü söz konusu olmayacak ve gecikme riskine iş sahibi katlanacaktır²⁰⁵.

Son olarak, hem yükleniciden hem de iş sahibinden kaynaklanan nedenlerin varlığı halinde tarafların gecikmeye olan etkileri oransal olarak tespit edilecek ve sorumlulukları bu orana göre belirlenecektir²⁰⁶.

Yüklenicinin borcunu ifade gecikmesine yol açan yukarıda sayılı hallerde, gecikme, objektif olarak borca aykırıdır. Belirtmek gerekir ki; yüklenici, bu gecikmenin sonuçlarından kurtulmak için, gecikmeye sebebiyet veren durumu iş sahibine derhal bildirmeye ilişkin yükümlülüğünü de yerine getirmiş olmalıdır. Tüm bu şartların varlığı halinde, yüklenici, borçlu temerrüdüne düşmekten kurtulur ve fakat borcun varlığı devam eder²⁰⁷.

7.1.1.3.5. İş Sahibinin Yükleniciyi Uyarmış Olması

Genel olarak borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK m. 117'ye göre; yüklenicinin borçlu temerrüde düşmesi, kural olarak, iş sahibi veya onun yetkili temsilcisi tarafından ihtar edilmiş olmasına bağlıdır. İhtar; varması gerekli, tek

²⁰⁴ Kurt, s.160.

²⁰⁵ Kurt, s.166.

²⁰⁶ Öz, s.150.

²⁰⁷ Kurt, s.172.

tarafli ve hukuki işlem benzeri bir irade beyanı olup yüklenicinin hakimiyet alanına varmasıyla sonuç doğurur²⁰⁸.

İhtarın hukuki niteliğinin hukuki işlem benzeri işlem olması onun kural olarak şekle tabi olmaması sonucunu doğurmakla birlikte, sözleşmede bir şekil şartı kararlaştırılmış ise iş sahibinin bu şekil şartına uygun şekilde temerrüt ihtarında bulunması gerekir. Yine, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun²⁰⁹ (TTK) 18. maddesinin 3.fıkrasına göre, tacirler arasındaki temerrüt ihtarlarının şekil şartı belirlenmiştir. Buna göre; tacirler arasındaki temerrüt ihtarları noter aracılığıyla, iadeli taahhütlü posta yoluyla ya da güvenli elektronik imzayla kayıtlı elektronik posta ile gerçekleştirilmelidir²¹⁰.

Kural, iş sahibinin ihtarında bulunma şartını gerçekleştirmesi ise de, bazı hallerde bu şart aranmamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 117.maddesinin 2.fıkrasına göre; borcun ifa edileceği gün taraflarca belirlenmiş veya sözleşme ile vadeyi belirleme yetkisine sahip olan taraf bu tarihi usulüne uygun şekilde karşı tarafa bildirmişse artık belirli bir vade söz konusudur. Bu halde, ihtarında bulunma şartı aranmaz ve bu günün gelmesiyle temerrüt gerçekleşir²¹¹. Sözleşmenin kurulması sırasında belirli olmakla iş sahibinin risk alanından kaynaklanan nedenlerle yüklenici açısından haklı bir gecikmenin yaşandığı hallerde, artık belirli bir vade söz konusu olmadığından yüklenicinin temerrüde düşürülmesi için iş sahibinin ihtarında bulunması gerekecektir²¹².

İhtar şartının aranmayacağı bir diğer hal, eserin teslim edilmeyeceğinin açıkça iş sahibine bildirildiği durumlarda olduğu gibi, yüklenicinin bulunduğu durumdan ihtarın faydasız kalacağının anlaşılmasıdır. Yine, ihtarında bulunması iş sahibinden dürüstlük kuralı uyarınca beklenemiyorsa ihtar şartı aranmayacaktır²¹³.

²⁰⁸ Öz, s.151; Akıntürk/Ateş, s.128.

²⁰⁹ R.G. Tarih:14.02.2011,Sayı:27846.

²¹⁰ Öz, s.151.

²¹¹ Duman, İnşaat Hukuku, s.568; Yavuz, s.527; Öz, s.153; Akıntürk/Ateş, s.129.

²¹² Kurt, s.178.

²¹³ Öz, s.152; Akıntürk/Ateş, s.130.

Son olarak, yüklenicinin ihtarın kendisine ulaşmasını kasten engellediği hallerde de, Türk Borçlar Kanunu'nda şarta bağlı borçlar bakımından düzenlenmiş olan 175.maddesinin 1.fikrasının kıyasen uygulanmasıyla şart gerçekleşmiş sayılacak ve ihtarda bulunma şartı aranmayacaktır²¹⁴.

7.1.1.4. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüde Düşmesinin Sonuçları Ve İş Sahibinin Hakları

7.1.1.4.1. Genel Olarak

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklının talep edebileceği haklar TBK m. 125.'te düzenlenmiştir. Buna göre; alacaklı borçlunun sözleşme ile yüklendiği edimin aynen ifasını ve ifanın zamanında gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir. İş sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilmesi için yükleniciye uygun bir süre verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte; TBK m. 118'e göre, gecikme tazminatının kabulü için yüklenicinin kusurlu olması aranmaktadır²¹⁵.

Aynen ifa, TBK m. 113'e dayanılarak, inşaatın iş sahibi tarafından tamamlanmasına izin verilmesi ve eksik işlerin tamamlanması için yapılacak giderlerin müteahhitten tahsili talebiyle açılacak bir dava ile ileri sürülebilir. Bu halde, eksik işlerin bedeli dava tarihindeki değerlerine göre hesaplanacaktır. Eksik işler için yapılması gereken masrafların inşaatın tamamlanmasına kadar geçecek sürede artması halinde oluşan bu farkın tahsili talebi ise ancak davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmuş olması halinde mümkün olacaktır²¹⁶.

Gecikme tazminatı ise, inşaatın vadesinde teslim edilmemesi ile nedensellik bağı kurulabilecek tüm zararları kapsamaktadır. Buna mukabil, gecikme cezası, gecikme tazminatından farklı bir hukuki kavramdır ve gecikme tazminatı ile karıştırılmamalıdır. İfa zamanının yüklenici açısından önemli olması nedeniyle inşaat sözleşmelerinde genellikle gecikme cezası kararlaştırıldığı görülmektedir. Gecikme cezası, yüklenicinin, geciktiği süre için bir ceza bedeli ödemesi olup

²¹⁴ Kurt, s.181.

²¹⁵ Duman, İnşaat Hukuku, s.578; Yavuz, s.528; Öz, s.153; Akıntürk/Ateş, s.131.

²¹⁶ Kostakoğlu, s.585.

TBK m. 179 uyarınca ifa ile birlikte talep edilebilen cezai şart niteliğindedir. Bu nedenle, iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa işlemiş cezai şartı talep edemeyecektir. Bununla birlikte, sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan müspet zararın tazmini talep edilirse yalnızca bu talep anına kadar işlemiş cezai şart talep edilebilir. Yüklenici, kusursuz olduğunu ispat ederek bu gecikme cezasını ödemekten kurtulabilecekse de zararın, kararlaştırılan gecikme cezası kadar fazla olmadığını ileri sürerek ödemedi kaçınmaz. Diğer bir ifadeyle, yüklenici, iş sahibinin hiç zararı doğmamış olsa dahi gecikme cezasını ödemekle yükümlüdür²¹⁷.

Borçlunun temerrüde düşmesinin bir diğer hukuki sonucu, temerrüt sonrasında sözleşme konusunda meydana gelecek hasar ve zararın da yükleniciye ait olmasıdır. Yüklenicinin bu hasar ve zarardan sorumluluktan kurtulabilmesi, ancak kusuru olmaksızın temerrüdü düştüğünü ispatlaması ile mümkün olabilir²¹⁸.

İş sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi, borçlu temerrüdünün sonucu olup TBK m. 125'e göre alacaklının aynen ifadan derhal vazgeçerek borcun ifa edilmemesi nedeniyle olumlu zararını talep etmek ve sözleşmeden dönmek olmak üzere seçimlik hakları mevcuttur²¹⁹.

İş sahibinin sahip olduğu seçimlik hakları kullanabilmesini en önemli şartı, yükleniciye ek süre tayin edilmesi ve bu sürede borcun ifası için son bir olanak sunulmasıdır. Ek süre tayini, yükleniciye ulaşmakla TBK m. 125'te bağlanan sonuçlarını doğuracaktır²²⁰.

Yükleniciye verilecek uygun ek süre yüklenicinin temerrüde düşmesinden önce verilemeyeceği gibi, yüklenicinin temerrüt hali, verilen ek süre boyunca varlığını koruyacaktır²²¹.

Buna mukabil, TBK m. 124, seçimlik hakların kullanılması için süre verilmesini gerektirmeyen durumları düzenlenmiştir. Buna göre; borçlunun içinde bulunduğu

²¹⁷ Öz, s.157.

²¹⁸ İnan, Ali Naim/Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014, s.621.

²¹⁹ Kurt, s.238; Yavuz, s.527.

²²⁰ Kurt, s.239; Yavuz, s.527; Aydemir, s.480.

²²¹ Kurt, s.240.

durumdan veya tutumundan süre vermenin faydasız olacağı anlaşılıyorsa, edimin ifası alacaklı için faydasız kalmışsa ve son olarak borcun ifasının zamanında gerçekleşmemesi sonucu ifanın artık kabul edilemeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa artık borçluya ek süre tanımaya gerek yoktur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 124.maddesinin 3.bendinde bahsedilen “borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılması” halinden anlaşılması gereken ise mutlak kesin vadeli işlemler değildir. Zira, mutlak kesin vadeli işlemlerde borcun zamanında yerine getirilmemesi artık ifayı objektif olarak imkansız kıldığından imkansızlık hükümleri uygulanacaktır. Maddede anlatılmak istenen ise, ifa zamanının öneminin, borcun niteliğinden değil tarafların iradelerinden kaynaklandığı nisbi kesin vadeli işlemlerdir²²².

İş sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için, ek süre tayin etmesinden sonra aynen ifadan vazgeçtiğine ilişkin beyanda da bulunması gerekir. Aynen ifadan vazgeçme halinde, yüklenici, eseri gelmiş olduğu vaziyette bırakmalıdır. Zira, aynen ifadan vazgeçme beyanından sonra artık eseri teslim borcu sona ermektedir²²³.

İş sahibinin gerek aynen ifadan vazgeçme ve gerekse seçimlik haklarını kullanmaya dair beyanları yenilik doğurucu hak niteliğindedir ve iş sahibi her iki konudaki iradesini tek seferde bulunacağı bir beyan ile ifade edebilir. İş sahibi, aynen ifadan vazgeçtiğine ilişkin beyanının yükleniciye varmasından sonra bu beyanı geri alamaz²²⁴.

İş sahibinin, iradesini ifade biçiminden hangi seçimlik hakkını kullandığı anlaşılamiyorsa, bu halde, iş sahibinin gerçek iradesini ortaya koymaya yönelik yorum yapılarak sonuca ulaşılmalıdır. Örnek olsun, iş sahibinin, hem sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi feshetme yönündeki iradesini ortaya koyduğu hem de sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararını talep ettiği hallerde iş sahibinin

²²² Kurt, s.246; Yavuz, s.527.

²²³ Duman, İnşaat Hukuku, s.605; Aydemir, s.484.

²²⁴ Kurt, s.248.

gerçek iradesinin müspet zararının tazmini olduğu anlaşılmalıdır. Yorum yapılarak dahi iş sahibinin iradesi bakımından tereddüdün giderilemediği hallerde ise, iş sahibi için en faydalı olan hak tercih edilmiş kabul edilmelidir²²⁵.

7.1.1.4.2. İş Sahibinin Müspet Zararının Tazminini Talep Etme Hakkı

Müspet zarar, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmiş olsaydı alacaklının bulunacağı durumun, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olması nedeniyle sağlanmamış olmasından doğan zarardır²²⁶.

Müspet zarar, yüklenici tarafından ifa edilmeyen borcun değeri ile gecikmeden doğan zararları kapsar. Yüklenici sözleşmeyi gereği gibi ifa etmiş olsaydı meydana gelecek eserin değeri iş sahibinin malvarlığına dahil olacağından, malvarlığına dahil edilemeyen bu değer iş sahibi açısından bir zarar kalemidir. Buna ek olarak, yüklenicinin temerrüde düşmüş olması nedeniyle uğradığı zarar da müspet zarar kavramına dahil edilir ve TBK m. 118’de düzenlenen gecikme tazminatı ile nitelik olarak benzerlik gösterir.

Gecikme tazminatının hesabında ise; fiili zarar ve yoksun kalınan kar olmak üzere iki kalem dikkate alınır. Fiili zarar, iş sahibinin malvarlığının pasifinde artış ve/veya aktifindeki azalma olarak tanımlanır. Eser sözleşmesi çerçevesinde fiili zarar kavramına verilebilecek en doğru örnekler; iş sahibinin eserin tamamlatılması için üçüncü kişilerle yapacağı sözleşmedeki maliyet artışı, eserin zamanında teslim edilmemesi nedeniyle iş sahibinin üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı muaccel kira bedelleridir. Yapılacak hesaplamada, yalnızca eserin tamamlatılması için üçüncü kişilerle yapılacak sözleşmedeki malzeme ve işçilik bedeli değil aynı zamanda iş sahibinin yükleniciye ödeyeceği kar da dikkate alınacaktır. Belirtmek gerekir ki; hakim, karar tarihine en yakın tarihteki rayiç değeri dikkate alarak hüküm tesis etmelidir²²⁷. Yoksun kalınan kar da inşaat sözleşmeleri bakımından sıklıkla karşılaşılan bir zarar kalemi olup yüklenicinin

²²⁵ Kurt, s.256.

²²⁶ Duman, İnşaat Hukuku, s.606; Öz, s.165; Aydemir, s.527; Akıntürk/Ateş, s.138.

²²⁷ Öz, s.166.

temerrüt nedeniyle ifa etmediği eserden elde edilecek kira geliri gibi kalemler bu kapsamda değerlendirilir²²⁸.

Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sorumlu tutulabilmesi, onun kusurlu bulunmasına bağlıdır. Zira, tazminat sorumluluğunda kural olarak kusur sorumluluğu ilkesi geçerlidir ve kanun koyucu aksi yönde bir düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle, yüklenicinin, temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispatlaması halinde tazminat sorumluluğu da ortadan kalkacak ve bu hak hiç tercih edilmemiş kabul edilecektir²²⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun "geçici ödemeler" başlıklı 76. maddesinin, müspet zararın tazmini bakımından da uygulanabileceğini söylemek gerekir. İlgili düzenleme, zarar görene, haklılığının inandırıcı olması ve ekonomik durumunun gerektirmesi durumunda geçici ödeme yapılmasını talep etme hakkı tanımaktadır. Haksız fiile ilişkin düzenlemelerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık halinde de uygulanacağı dikkate alındığında düzenlemenin, aynen ifadan derhal vazgeçerek sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararı talep halinde de uygulanabileceğini söylemek gerekir. Hakimin talep üzerine karar vermesi ve fakat yargılama sonunda zarar görenin haksız çıkması halinde geçici olarak ödenen bu bedel, yükleniciye yasal faiziyle birlikte iade edilecektir²³⁰.

7.1.1.4.3. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

İş sahibinin müspet zararının tazmini dışında kullanabileceği diğer hakkı ise sözleşmeden dönmedir²³¹.

Sözleşmeden dönme; tek taraflı, yenilik doğurucu ve yükleniciye varmakla sonuç doğuran bir haktır. İş sahibinin, koşulları gerçekleşmeden bu hakkını kullandığı, mahkeme aracılığıyla tespit edilse dahi mahkemenin tespiti kurucu değil bildirici nitelik arz edecektir²³².

²²⁸ Kurt, s.259.

²²⁹ Kurt, s.260; Yavuz, s.528.

²³⁰ Öz, s.167.

²³¹ Aral/Ayrancı, s.396; Yavuz, s.527; Öz, s.171; Akıntürk/Ateş, s.138.

²³² Kurt, s.285.

İş sahibinin, müspet zararının tazmini hakkında farklı olarak, sözleşmeden dönme hakkını kullanması için yüklenicinin kusurlu olması şart değildir²³³.

Sözleşmeden dönmeyle birlikte, taraflar, henüz ifa etmemiş oldukları asli edim ve yan edim yükümlülüklerinden kurtulurlar²³⁴. Asli edim yükümlülüğünün sona erdiği, alacağın temlik durumunda alacağı temlik alana karşı da ileri sürülebilecektir²³⁵. Buna mukabil, taraflar, ifa edilen edimleri ise iade etme yükümlülüğü altındadırlar²³⁶. Sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi ortadan kalkmakta ise de tarafların, iade yükümlülüğü bakımından de ödemezlik def'i ileri sürebilecekleri kabul edilmektedir²³⁷.

Bu noktada, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun E.1983/3-K. 1984/1 sayılı ve 25.1.1984 tarihli kararını açıklamak yerinde olacaktır. Bahse konu kararda, eser sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuru nedeniyle işi zamanında bitirmeyerek temerrüde düşmesi halinde uyuşmazlığın kural olarak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt hükümleri doğrultusunda çözülmesi gerektiği ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda MK. m.2'ye göre sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı belirtilmektedir²³⁸. Sözleşmeden dönme yerine ileriye etkili feshin kabul edilmesinin sonucu, yapılan iş oranında bedelin müteahhide ödenmesi ve müteahhidin eksik ifa teşkil eden kısım için herhangi bir talepte bulunamamasıdır. Belirtmek gerekir ki; iş sahibi, bu halde de gecikmeden dolayı uğradığı zararı müteahhitten talep edebilecektir²³⁹.

Yargıtay 15.Hukuk Dairesi Başkanlığı, ileriye etkili fesih sonucunun doğması için %90 ve daha fazla bir oran aramaktadır²⁴⁰. Ancak belirtmek gerekir ki; somut

²³³ Kurt, s.287.

²³⁴ Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s.505.

²³⁵ Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 2014, s.156.

²³⁶ Kurt, s.291; Serozan, s.510.

²³⁷ Öz, s.173.

²³⁸ www.kazanci.com

²³⁹ Selimoğlu, s.374.

²⁴⁰ Yargıtay 15.Hukuk Dairesi'nin 07.05.2001 tarihli ve E.2001/548- K.2001/2453 sayılı kararında;" Dava, kat karşılığı eser sözleşmesinin feshi ve davalıya devredilen tapu kayıtlarının iptali için açılmış, mahkemece inşaatın %95 oranında tamamlandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa dosya kapsamı ve mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporlarına göre

olayın özellikleri haklı kılıyor ise daha düşük bir oran da ileriye etkili fesih için yeterli kabul edilmelidir²⁴¹.

Sözleşmeden dönme ile birlikte; sözleşmeden doğan borçların feri niteliğindeki teminatların hukuki durumunun ne olacağı gündeme gelecektir. Bu durumda genel kabul gören görüş, teminat anlaşmalarının yorumlanmasıyla varılacak sonucun kabul edilmesidir. Teminat anlaşmasının yalnızca sözleşmeden doğan asli edim borcu için yapıldığı anlaşılıyorsa, teminat asıl borcun feri niteliğinde olduğundan, sözleşmeden dönme ile asli edim borcu ile birlikte teminat da sona erecektir. Buna mukabil, teminat, yalnızca asli edim borcu için değil ve aynı zamanda sözleşmeden dönme sonrası iade yükümlülüğü için de kararlaştırılmışsa artık teminatın geçerliliğini koruduğu kabul edilecektir²⁴². Diğer bir ifadeyle, sözleşmeden dönme ile birlikte tasfiye sürecine girilse de yüklenicinin, sözleşmeden dönme sonrası iade borcunun teminat altına alındığı banka teminat mektubu, teminat senedi, ipotek ve zararın karşılanması için garantör sıfatıyla üçüncü kişilerle yapılan sözleşmeler varlığını devam ettirecektir²⁴³.

Eserin, iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı hallerde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının nasıl sonuçlar doğuracağını da açıklamakta fayda vardır. Sözleşmeden dönme ile birlikte ifa edilen edimleri iade borcu doğmakla birlikte, yüklenicinin belirli bir noktaya getirmiş olduğu eserin iadesini talep etmesinin faydasız olacağı açıktır. Bu durumda, yüklenicinin, tamamladığı kısmın objektif

arsa sahiplerine verilecek dairelerin bulunduğu blokun tamamlanma seviyesi %95 olup bu oran tespit edilirken diğer bloktaki inşaatın seviyesi hiç nazara alınmamıştır. Bu nedenle mahkemece, işin devam ettiğine ilişkin iddialarda dikkate alınarak ve yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan mahallinde keşif yapılmak suretiyle tamamlanma oranı işin tamamı üzerinden hesaplatılarak bu seviyeye göre olaya 25.1.1984 gün 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının uygulanarak akdin ileriye etkili biçimde feshinin hakkaniyet kurallarına uygun bulunup bulunmadığının tartışılması, sözleşmenin 11. maddesi ile de fesih hakkı tanındığından tespit olunacak seviyeye göre akdin ileriye etkili feshi gerekiyorsa tamamlanan işlere tekabül eden nispette, tapu iptali ile davacılar adına tesciline karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde davanın reddedilmesi sözleşme hükümlerine aykırı bulunmuş kararın bozulması gerekmiştir.” denilmektedir. (www.kazanci.com).

²⁴¹ Selimoğlu, s.374.

²⁴² Buz, s.159.

²⁴³ Duman, İnşaat Hukuku, s.646.

değerini talep edebileceği kabul edilmektedir. Meğer ki; meydana getirilen eser, hiçbir ekonomik değer arz etmeyecek kadar ayıplı ve /veya imara aykırı olsun²⁴⁴.

İş sahibi ise ödemiş olduğu bedelin iadesini ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte talep edebilecek ve ödenmemiş bedeller nedeniyle var olan borcu da sona erecektir²⁴⁵. Bununla birlikte, yükleniciye, sözleşmeye dayalı olarak gayrimenkul devri yapılmış ise sözleşmeden dönme sonrası bu gayrimenkulün iş sahibine iadesi talebinin hukuki dayanağını da açıklamak gerekecektir. Sözleşmeden dönme ile birlikte, gayrimenkul tescilinin hukuki sebebi ortadan kalkmış olacağından tescil, yolsuz tescil haline gelecektir. İş sahibi, TMK m. 933'te düzenlenen yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile yüklenici adına tescil ettirdiği gayrimenkulü iade alabilecektir²⁴⁶.

Eserin, iş sahibinin arsasının üzerine yapıldığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenici adına tescil edilen arsa payının üçüncü kişilere satılarak mülkiyetinin devredilmesi sonrasında bahse konu arsa payının bir mahkeme kararıyla iptal edilmesi halinde üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının ihlal edilip edilmediği ile ilgili olarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, 22.06.2017 tarihli ve 2014/11410 başvuru numaralı kararında “mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna” oy birliği ile karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, kararında, “inşa edilecek bir bağımsız bölüme ait arsa payının satın alındığının tapu kaydından açıkça anlaşıldığına, başvurucunun düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde yüklenicinin haklarına sahip olduğuna ancak öte yandan yüklenicinin edimlerinden de sorumlu tutulduğuna, başvurucunun borçlar hukuku kurallarına göre arsa payını satan kişi ve yükleniciye dava açma ve zararını tazmin etme imkanı bulunduğu” dikkat çekmekte ve bu gerekçeye dayanmaktadır²⁴⁷.

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin borcunu ifasında kural, bölünmezlik ise de, borcun bölünebilir olduğu bazı istisnai haller söz konusu olabilir. Borcun

²⁴⁴ Kurt, s.309; Yavuz, s.566; Öz, s.172.

²⁴⁵ Duman, İnşaat Hukuku, s.647.

²⁴⁶ Buz, s.172; Öz, s.174.

²⁴⁷ www.kazanci.com.

bölünebilir olduğu hallerde ise, iş sahibi, kısmi ifayı kabul etmekle yükümlü olmadığı halde ifayı kabul edebilir²⁴⁸. Kısmi ifada, yüklenicinin ifa etmediği kısım için temerrüde düşmesi halinde iş sahibi, yalnızca ifa edilmeyen kısım bakımından sözleşmeden dönebilecektir. Kısmi dönme halinin şartı ise, ifa edilmeyen kısım sözleşme konusu olmasaydı dahi sözleşmenin kurulacağını kabul edilebilmesidir²⁴⁹.

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması yüklenicinin kusuruna bağlı olmamakla birlikte, sözleşmeden dönme yanında menfi zararın tazmini de talep ediliyorsa, bu talebin kabul görmesi yüklenicinin kusurunun varlığına bağlıdır. Menfi zarar talebine dahil olacak zarar kalemleri ise fiili zararlar ve yoksun kalınan kardan.

Fiili zararlar, iş sahibinin malvarlığındaki pasiflerin çoğalması veya aktiflerin azalmasını ifade eder²⁵⁰. İş sahibinin noter, vergi, aracı kurumlara komisyon vb. gibi sözleşmenin kurulması için yapmış olduğu masraflar; iş sahibinin kendi edimini yerine getirmek için yapmış olduğu masraflar; sözleşmeden dönme gibi usul işlemleri için yapılan masraflar fiili zarar kalemleri kapsamında yer alırlar²⁵¹.

Yoksun kalınan kar da menfi zarar kapsamında talep edilen bir zarar kalemidir. Ancak, bu zarar kalemi, zarar hesabında dikkate alınan hususlar bakımından müspet zarar kapsamında talep edilen yoksun kalınan kardan ayrılmaktadır. Müspet zararda, sözleşme gereği gibi yerine getirilseydi iş sahibinin bulunacağı durum esas alınırken; menfi zararda, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı iş sahibinin bulunacağı durum esas alınır²⁵².

7.1.2. FIDIC Kapsamında Müttaahhidin Borcu

7.1.2.1. Genel Olarak

²⁴⁸ Kurt, s.397.

²⁴⁹ Duman, İnşaat Hukuku, s.635; Serozan, s.385.

²⁵⁰ Ergüne, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s.288; Aydemir, s.530.

²⁵¹ Ergüne, s.297; Aydemir, s.531.

²⁵² Ergüne, s.299.

FIDIC Kırmızı Kitap'ta işin tamamlanması ve kabulü farklı hükümlerle düzenlenmiştir. FIDIC Kırmızı Kitap'ın 8.2 maddesine göre; işin tamamının veya sözleşmede kararlaştırılmış olması şartıyla bir bölümünün sözleşmede belirtilen özelliklere uygun olarak iş sahibinin kabulüne hazır edilmesi halinde iş tamamlanmış sayılır²⁵³. Sözleşmenin bahse konu maddesinden müteahhidin teslim borcu altında olduğu anlaşılmaktadır; ancak dikkat etmek gerekir ki, mühendis tarafından işin ayıpsız olarak sözleşmeye uygun şekilde tamamlandığını gösteren ve kesin kabul belgesi olarak nitelendirilen belge iş sahibine teslim edilmedikçe müteahhit, teslim borcunu yerine getirmiş kabul edilemez²⁵⁴.

Sözleşmenin kurulmasından sonra gerek iş sahibi gerekse müteahhit tarafından birtakım hazırlıkların yapılması gerektiği gerçeği karşısında FIDIC Sözleşmeleri'nde işin yapımına başlama zamanı ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Öyle ki; FIDIC Kırmızı Kitap'ın 8.1. maddesinde, mühendisin, işe başlama tarihinden en az 7 gün önce müteahhide bildirimde bulunması gerektiği ve müteahhidin de iş sahibinin kabul beyanının kendisine ulaşmasından itibaren en geç 42 gün içinde işe başlaması gerektiği düzenlenmiştir²⁵⁵. Belirtmek gerekir ki; mühendis tarafından böyle bir bildirim yapılmasa dahi işe başlama tarihi, iş sahibinin kabul beyanının müteahhide ulaşmasından itibaren en geç 42.gün olarak kabul edilir. Sözleşme serbestisine uygun olarak taraflar, sözleşmeye koyacakları özel bir hükümle işe başlama tarihini açıkça da belirleyebilirler. Bu halde, bu tarih, taraflar için bağlayıcı olacak ve işe başlama tarihi bu tarih olarak kabul edilecektir²⁵⁶.

İşe başlama tarihi, işin teslim tarihinin hesaplanması bakımından da taraflar için önem arz etmektedir. Örnek olsun; işin kaç ayda tamamlanacağı sözleşmede kararlaştırılmış ise teslim süresi, işe başlama tarihine bu sürenin eklenmesiyle bulunacaktır²⁵⁷.

²⁵³ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.168.

²⁵⁴ Acar, s.24.

²⁵⁵ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.167.

²⁵⁶ Acar, s.30.

²⁵⁷ Acar, s.29.

İnşaat işlerinin geniş kapsamlı olması ve sözleşmede düzenlenen maddelerin daha detaylı açıklanması zorunluluğu iş programı şartnamelerini gündeme getirmiştir. İş programı şartnameleri, hangi işin ne zaman ve ne kadar zamanda tamamlanacağını belirleyen ve sonradan değiştirilmesi mümkün olan belgelerdir²⁵⁸.

İş sahibinin, işin zamanında tamamlanıp tamamlanamayacağını anlaşılmaması bakımından elinde mevcut olan en önemli veri, FIDIC Kırmızı Kitap'ın 8.3.maddesine göre, müteahhidin mühendise işe başlama tarihinden itibaren 28 günlük süre içerisinde vermekle yükümlü olduğu bu iş programıdır²⁵⁹. Buna göre; mühendis, iş programını teslim aldığı tarihten itibaren 21 gün içinde programın sözleşmeye aykırı olması nedeniyle reddedebilir; ancak red gerekçesi sözleşmeye aykırılıktan başkaca bir gerekçe olamaz. Bununla birlikte; mühendisin bu 21 günlük süre içerisinde sessiz kalması halinde, müteahhit teslim ettiği iş programına göre işin yapımına devam edebilir²⁶⁰. Belirtmek gerekir ki; müteahhidin sunduğu iş programı, işin yapımı sırasında yaşanan gelişmeler veya FIDIC Kırmızı Kitap 13.madde'ye dayanarak mühendisin kullanacağı yetki ile değiştirilebilir²⁶¹.

İş programının akışı ve işin yürütülmesinde bir engelle karşılaşılmaması halinde, durumun müteahhidin sorumluluk alanında olmayan bir nedenden kaynaklanması şartıyla müteahhide ek bir süre isteme hakkı tanınmıştır. Sözleşmede, ek süre talep hakkını sağlayan durumların neler olduğu ve gecikmeler halinde hangi yaptırımların uygulanacağı kararlaştırılabilir²⁶². FIDIC Kırmızı Kitap'ın 8.4. maddesinde ek süre talep hakkı sağlayacak durumlar sayılmış olup bu durumlara örnek olarak olumsuz iklim koşulları, iş sahibinden kaynaklanan gecikmeler ve müteahhidin kusuru olmaksızın meydana gelen durumlar sayılabilir²⁶³. Müteahhidin süre uzatımına ilişkin talebinin, mühendis tarafından süre uzatım

²⁵⁸ Uyanık, Nedim, İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi, İstanbul, 2004, s.32.

²⁵⁹ Sözen, s.58.

²⁶⁰ Acar, s.32.

²⁶¹ Atik, s.61.

²⁶² Sözen, s.83.

²⁶³ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.172.

talebine neden oluşturan durumun şartlarının olup oluşmadığı incelenerek, mühendis tarafından kabul edilmesi halinde yine mühendis, işin zamanında tamamlanması için ne gibi çalışmalar yapılacağını içeren bir raporun sunulmasını isteyebilir²⁶⁴.

Müteahhidin ek süre talep etme hakkı, FIDIC Kırmızı Kitap'ın 20.1.maddesinde, belirli bir süre şartına bağlanmıştır²⁶⁵. Buna göre; müteahhit, ek süre ve/veya tazminat talep edebileceği bir durumun varlığını fark ettiği veya fark etmesi gerektiği tarihten itibaren 28 gün içerisinde mühendise bir ihbarda bulunmalıdır²⁶⁶. Belirtmek gerekir ki; müteahhidin, bu bildirimden sonra yeni bildirimlerde bulunma hakkı ortadan kalkmamaktadır. Öyle ki; müteahhit, yaptığı ihbardan sonra yine olayı fark ettiği veya fark etmesi gerektiği tarihten itibaren 42 gün içinde olaya dair başkaca bilgi ve belgeler de ekleyerek ihbarda bulunabilir²⁶⁷. Yargıtay kararları²⁶⁸ da aynı yönde olup kararlarda süre uzatım talebinin sıkı şartlara bağlandığına değinilmektedir²⁶⁹.

²⁶⁴ Acar, s.35.

²⁶⁵ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.262.

²⁶⁶ Bunni, s.536.

²⁶⁷ Acar, s.36; Ndekugri/Smith/Hughes, s.796.

²⁶⁸ Yargıtay 15.Hukuk Dairesi'nin 26.02.2011 tarihli ve E.2000/4429- K.2001/1032 sayılı kararında; "Söz konusu sözleşmenin 44. maddesinde süre uzatımı verilmesi gereken haller ve bu konudaki talebin nasıl yapılacağı açıklanmıştır. Maddenin 1. fıkrasında; hangi hallerde süre uzatımına hak kazanılacağı 2. fıkra ise süre uzatımı verilebilmesi için yüklenicinin 28 gün içerisinde durumu mühendise bildirmesi ve bir kopyasını da iş sahiplerine göndermesi, belge ve kanıtların da süre uzatım talebine ekleneceği belirtilmiştir. Aynı sözleşmede çalışılmayan dönem diye bir tanıma yer verilmemiş ve istisnai hava şartlarının 44/1. maddesinde değerlendirilmesi öngörülmüştür. Dava konusu olayda bilirkişilerce süre uzatımına esas olarak kabul edilen hususlardan, Prefabrik elemanları için davacı yüklenicinin herhangi bir talepte bulunmadığı, avansın geri ödenmesinde yapılan hata TEK Trafo -TRI bağlantısı için vaki talebin süresinde olmadığı, Elektrik Projesi ve SSK Lojmanları altyapısı için süresinde talepte bulunulmuş ise de bu isteklerin Mühendisin 3 kez istemesine rağmen belgelendirilmediği, anlaşılmaktadır. Bu haliyle taleplerin sözleşmede uygulanması gereken koşullarda yapılmadığı ortadadır. (FIDIC) inşaat sözleşmelerinde süre uzatımı talepleri, uluslararası yeknesaklığı sağlamak amacıyla sıkı kurallara bağlanmıştır. Süre uzatımının da muhtemel haksızlıkların önlenmesi bakımından taleplerin zamanında yapılması ve delillendirilmesi önem arz etmektedir. Bu nedenle davacının süresinde sözleşmeye uygun talepte bulunmaması ve belgelendirilmemesi nedeniyle süre uzatımı taleplerinin mühendis firmaca reddedilmesinde sözleşmeye aykırı bir tutum ve davranış yoktur. Davacının davadaki alacak talepleri süre uzatımına hak kazanmasına bağlı olup, ortada davacıya verilmesi gereken süre olmadığına göre davanın tümüyle reddi yerine kabulü doğru olmamıştır." denilmektedir. (<http://www.kazanci.com.tr>)

²⁶⁹ Selimoğlu, s.130-131.

28 günlük bildirim süresinin niteliği, FIDIC Kırmızı Kitap'ın son baskısının, 1987 tarihli baskıdan farklılık gösterdiği bir noktadır. 1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap baskısında müteahhidin 28 günlük bildirim süresinden sonra bir bildirimde bulunması halinde mühendisin ek süre talep hakkına sebebiyet veren durum ile ilgili olarak tespit yapma yükümlülüğü düzenlenmekteydi. Diğer bir ifadeyle, önceki baskıda, bildirim süresi kesin nitelikte değildi. 1999 tarihli son baskı ile birlikte mühendisin ek süre talep hakkına dayanak durumla ilgili tespit yükümlülüğü kaldırılmış ve süreye riayet edilmemesi halinde ek süre talep hakkının ortadan kalkacağı 20.1.maddesinde kesin olarak ifade edilmiştir. 28 günlük bildirim süresinin kesin nitelikte kabul edilmesi ve mühendisin ek süre talebine sebebiyet veren durumla ilgili olarak tespit yükümlülüğünün ortadan kaldırılması bu kez, iş sahibinden kaynaklanan bir gecikme olması durumunda bu hususun tespit edilemeyeceği yönünde eleştirileri doğurmuştur. Zira, böyle bir durumda iş sahibi, müteahhidin ek süre talep hakkına sahip olmaması nedeniyle kendisinden kaynaklı bir gecikmeye dayalı olarak müteahhitten birtakım taleplerde bulunabilecektir²⁷⁰.

Ek süre talebinin kabul edilebilir olması; bu talebe neden olan olayın öngörülemez, yüklenici tarafından denetlenemez ve yüklenicinin kusurundan kaynaklanmıyor olmasına bağlıdır²⁷¹. Müteahhide ek süre verilmesi, onun doğrudan ek ücret talep etme hakkına sahip olacağını göstermemektedir²⁷².

Sözleşmenin konusu olan işte iş sahibinin birtakım değişiklik talepleri, uygun olmayan iklim şartları, mühendisin müteahhide vermesi gereken çizim ve talimatlarda gecikmesi, iş sahibinin işin yapılacağı yerin tesliminde gecikmesi, mücbir sebepler ve benzeri durumlar müteahhidin süre talep etme hakkına örnek olarak gösterilebilir hallerdir²⁷³. Bu haller, 1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'ın 44.1. maddesinde yer almakta olup tahdidi olarak sayılmış değildir²⁷⁴. Ancak;

²⁷⁰ Töre, s.280.

²⁷¹ Sözen, s.88.

²⁷² Akıncı, s.53.

²⁷³ Acar, s.41.

²⁷⁴ Köksal, Uluslararası İnşaat Hukuku, s.129.

benzeri durumların ek süre talep etme hakkı sağlayıp sağlamayacağı değerlendirilirken geniş yorumdan kaçınılmalıdır²⁷⁵.

1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap'ta ek süre talep hakkı veren durumlar son baskıda da varlığını korumakla birlikte başkaca durumlar da eklenmiştir. Bunlar; FIDIC Kırmızı Kitap'ın 8.4. maddesine göre salgın hastalıklar ile 8.5. maddesine göre inşaatın yapıldığı ülkedeki devlet yetkililerinden kaynaklanan sebeplerdir²⁷⁶. Müteahhidin tüm mevzuata uygun davranmasına rağmen yetkili makamlarca işin durdurulması gündeme gelmişse ve bu durdurma müteahhit tarafından önceden öngörülebilir nitelikte değilse ek süre talep edilebilecektir²⁷⁷.

Müteahhidin ek süre talep etme hakkı, FIDIC Kırmızı Kitap'ta sıkı şartlara bağlanmış ise de mühendisin ne kadar sürede süre uzatım kararı vermesi gerektiği belirtilmiş değildir. Buna mukabil, FIDIC Kırmızı Kitap'ın 1.3. maddesinde, verilecek sürelerden makul olmayan nedenlerle kaçınılmaması ve geciktirilmemesi gerektiği düzenlenmiştir²⁷⁸. Bu nedenle, mühendis ek süre tayin ederken hangi durumlarda makul olmayan nedenlerle kaçınılmış veya geciktirilmiş olacağının açıklanması gerekir. Belirtmek gerekir ki ek süre tayininin fazla gecikmeksizin yapılması, mümkün olan en kısa sürede yapılması gerekliliğini vurgulamaktadır. FIDIC Kırmızı Kitap'ta bu yönde yapılmış olan düzenleme, iş programını yapabilmesi için ek süre tayinin gerektiği durumlarda müteahhide sorgulama imkanı tanımaktadır. Tüm bu düzenlemelerin sonucu olarak, mühendis, ek süre tayinine gerçekten gerek olup olmadığının tespiti için işin tamamlanmasına kadar bekleyemeyecektir²⁷⁹.

FIDIC Kırmızı Kitap, inşaatın tamamlanmasından ve fakat tesliminden önce sırasıyla ön değerlendirme, değerlendirme ve deneme testlerinin yapılmasını düzenlemektedir.

²⁷⁵ Akıncı, s.55.

²⁷⁶ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.174.

²⁷⁷ Töre, s.279.

²⁷⁸ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.172.

²⁷⁹ Itani, A. Hilal, The Consequences of Belated Determination of Extension Claims Under FIDIC Contracts, Cost Engineering, August 2009, Vol. 51 Issue 8, sayfa 24-29, s.25.

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 10.1. maddesine göre; müteahhit, teslim tarihinden en az 14 gün önce olmak kaydıyla işin tamamlandığını mühendise bildirir. Mühendis de bu bildirimden sonra 28 gün içerisinde inşaatı inceleyerek geçici kabul belgesini düzenleyecektir. Ancak geçici kabule engel oluşturan eksik ve ayıpların varlığı halinde mühendis bu eksik ve ayıpları müteahhide bildirecek, müteahhit de ancak bu eksik ve ayıpları giderdikten sonra geçici kabul belgesini almaya hak kazanacaktır²⁸⁰. Belirtmek gerekir ki; mühendis de bu eksik ve ayıpların giderilmesinden sonraki 28 gün içerisinde geçici kabul belgesini düzenlemekle yükümlü olacaktır²⁸¹.

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 10.2. maddesinde işin bir kısmını teslim edilebileceği de düzenlenmiştir. Buna göre; işin belirli kısımları için ayrı bir bitirme süresi öngörülmüş veya işin tamamı tamamlanmadan belirli kısımları iş sahibi tarafından kullanılmakta ise mühendis yalnızca bu kısımlar için geçerli olmak üzere geçici kabul belgesi de düzenleyebilir²⁸².

İnşaat sözleşmelerinde eseri teslim borcu bakımından ifada imkansızlık hallerinde çok sık rastlanmamaktadır. Zira, inşaatın meydana getirileceği alan mevcut ve inşaatın yapılabilmesi olanaklı oldukça imkansızlıktan bahsedilemez. FIDIC Kırmızı Kitap m.17.3.' te bu imkansızlık halleri sayılmış olup bu hallerin varlığı halinde müteahhidin eseri teslim yükümlülüğü sona erecektir²⁸³. Örnek olsun; savaş, müteahhitten önlem alınmasını beklenemeyecek nitelikteki doğal afetler, müteahhidin çalışanlarından kaynaklanmayan isyan ve karışıklık halleri ifada imkansızlık sonucunu doğuracaktır²⁸⁴.

Hasarın geçişi de eserin teslim yükümlülüğünün yerine getirilmesiyle doğacak sonuçlardan biridir. İş sahibinin inşaatı kesin kabulünden sonra meydana gelen hasarlardan sorumluluk iş sahibine ait olacaktır²⁸⁵.

²⁸⁰ Bunni, s.545.

²⁸¹ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.183.

²⁸² Atik, s.66.

²⁸³ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.243.

²⁸⁴ Atik, s.69.

²⁸⁵ Atik, s.70.

7.1.2.2. Eseri Teslim Borcu Bakımından FIDIC Kırmızı Kitap'ta Yer Alan Force Majeure Kavramı Ve Sonuçları

Force majeure kavramı hukuk sistemlerinde tanımlanmış bir kavram olmamakla birlikte, özellikle uluslararası sözleşmelerde taraflarca düzenlendiği görülmektedir. Force majeure kavramını, öncelikle genel hukuk kuralları çerçevesinde açıklamak ve daha sonra FIDIC Kırmızı Kitap'ta nasıl düzenlendiğini incelemek yerinde olacaktır.

Genel olarak force majeure, borçlunun kontrolü dışında gerçekleşen ve riskinin öngörülemediği halleri ifade etmektedir²⁸⁶. Taraflarca sözleşmede düzenlenen force majeure, hukuki açıdan bazı sonuçlar doğurmaktadır. Genel hukuk kuralları çerçevesinde kabul edilen, force majeure nedeniyle mazur görülen ifa etmeme halinin, alacaklıya borcun aynen ifasını veya zararının tazminini talep hakkı sağlamayacağıdır. Buna mukabil, alacaklının sözleşmeyi feshetme ve sözleşmeden doğan kendisine ait yükümlülüğü ifa etmeme gibi hakları mevcuttur²⁸⁷. Force majeure halinin varlığı sözleşmeden doğan borcu kendiliğinden ortadan kaldırmamakta ve sözleşmenin geçerliliği kural olarak devam etmektedir²⁸⁸.

Hukuk sistemlerinin aksine FIDIC Kırmızı Kitap'ın 19.1. maddesinde force majeure kavramı tanımlanmış ve sonuçları düzenlenmiştir²⁸⁹. Buna göre, force majeure, tarafların sözleşmenin yapılması sırasında öngörememeleri nedeniyle önlem alamadıkları ve ortaya çıkmasından sonra müdahale edilemeyen olağan üstü hallerdir²⁹⁰.

Force majeure sayılan durumların varlığı halinde ortaya çıkacak sonuçlar FIDIC Kırmızı Kitap'ın 19.4. maddesinde düzenlenmiştir²⁹¹. Buna göre; müteahhit, işin tamamlanmasının gecikme süresi kadar uzatılmasına ve bu nedenle yapılan

²⁸⁶ Brunner, Christoph, Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles, The Netherlands, 2009, s.75.

²⁸⁷ Brunner, s.345.

²⁸⁸ Brunner, s.346.

²⁸⁹ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.255.

²⁹⁰ Töre, s.228.

²⁹¹ Bunni, s.534.

masrafların tazmin edilmesine hak kazanacaktır²⁹². Ancak force majeure hali müteahhidin eseri teslim yükümlülüğünü tamamen ortadan kaldırmamaktadır.

Force majeure nedeniyle müteahhidin eseri teslim borcu ortadan kalkmamakta ise de FIDIC Kırmızı Kitap, bazı durumlarda sözleşmenin feshedebileceğini düzenlemektedir. Force majeure nedeniyle sözleşmenin feshi, FIDIC Kırmızı Kitap'ın 19.4. maddesine göre mühendise tanınan bir yetki ve aynı zamanda 19.6. maddesine göre taraflara tanınan bir haktır.

Mühendis, taraflara danışarak sözleşmenin feshi konusunda bir uzlaşma sağlamaya çalışacak ve fakat bir uzlaşma sağlayamaz ise en hakkaniyetli kararı verecektir.

Müteahhidin FIDIC Kırmızı Kitap'ın 19.2. maddesine göre force majeure nedeniyle borcunu ifa edemeyeceğini iş sahibine bildirmesinden sonra inşaatın yapımı, aralıksız olarak 84 gün veya aralıklı olarak 140 günden daha fazla bir süre gecikmişse bu kez, taraflar, sözleşmeyi feshedebilecektir. Yapılan bu fesih bildirimi, yapıldıktan 7 gün sonra hüküm doğuracaktır. Bu halde mühendis, fesih anına kadar yapılan işlerin bedelini belirleyerek müteahhide ödenmesine karar verecektir²⁹³.

1987 tarihli FIDIC Kırmızı Kitap baskısında force majeure nedeniyle meydana gelen zararları azaltma yükümlülüğü yalnızca müteahhide yüklenmişken, bu yükümlülük, 1999 tarihli son baskı FIDIC Kırmızı Kitap'ın 19.3. maddesine göre her iki tarafa ait bir yükümlülük olarak değişiklik göstermiş ve düzenlenmiştir²⁹⁴.

7.1.2.3. Müteahhidin İş Zamanında Tamamlamaması Halinde İş Sahibinin Hakları

²⁹² Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.258.

²⁹³ Töre, s.243.

²⁹⁴ Töre, s.247.

Müteahhidin sözleşme konusu işi zamanında tamamlayamaması nedeniyle iş sahibinin FIDIC Kırmızı Kitap m.8.7.' ye göre tazminat talep etme hakkı ve m.15.2.' ye göre sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmaktadır²⁹⁵.

Müteahhidin işi, kararlaştırılan sürede tamamlayamaması nedeniyle müteahhitten talep edilebilecek gecikme tazminatının hesabında; iş sahibinin fiili zararı, yoksun kaldığı kar ve iş sahibinin personellerine uzama süresi için ödemek zorunda kaldığı ücretler dikkate alınır. Tarafların sözleşme ile belirledikleri bu tazminatı günlük olarak hesap edilip sözleşme bedelinin belirli bir yüzdesini aşmayacağı kararlaştırılır. Müteahhit tarafından ödenecek gecikme tazminatı onun eseri tamamlayarak teslim etme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır²⁹⁶.

Müteahhit tarafından ödenecek gecikme tazminatının hukuki niteliği Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ifaya eklenen cezai şart ile örtüşmektedir. Buna göre; taraflar arasındaki inşaat sözleşmesine uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması halinde, iş sahibinin gecikme tazminatı ile birlikte aynen ifayı da talep edebilmesi için Türk Borçlar Kanunu'nun 179.maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye uymak gerekecektir. Düzenlemeye göre, iş sahibinin ifaya eklenen cezai şart ve aynen ifayı aynı anda talep edebilmesi için, cezai şart hakkından açıkça vazgeçmiş veya aynen ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmaması gerekir²⁹⁷.

Çekince, alacaklının, borcun ifası aşamasında herhangi bir hak kaybına uğramaması için alınan bir önlem niteliğindedir²⁹⁸. İş sahibinin, en geç eseri teslim anına kadar ifaya eklenen cezai şart istemini saklı tuttuğunu beyan etmesi gerekmektedir²⁹⁹. Teslim vadesi geçtikten sonra ve fakat teslimden önce bu beyanda bulunulmuş olması halinde de yapılan beyan geçerli olacaktır. İş sahibi, herhangi bir teslim yapılmaksızın eseri kullanmaya başladı ise tasarruf etmeye

²⁹⁵ Klee, s.281.

²⁹⁶ Acar, s.60.

²⁹⁷ Ekinci, Hüseyin, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Ankara, 2015, s.177; Aydemir, s.380; Akıntürk/Ateş, s.166.

²⁹⁸ Yılmaz, Halil, Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi ve Uygulanması, Ankara, 2015, s.59.

²⁹⁹ Yılmaz, s.151.

başlar başlamaz beyanda bulunması gerekecektir³⁰⁰. Yine, teslim öncesinde iş sahibi tarafında müteahhide bir ihtar yapılarak cezai şart talep edileceğinin bildirilmesi de hukuken çekince niteliğindedir³⁰¹.

İfaya eklenen cezai şartın en önemli fonksiyonunun borçluyu sözleşmeden doğan asıl yükümlülüğünü yerine getirmesini sağlamak olduğu söylenebilir³⁰². Niteliği bakımından ifaya eklenen cezai şart olarak nitelendirilen FIDIC Kırmızı Kitap'taki gecikme tazminatı, esasen sözleşmeye uygulanacak hukukun hükümleri ile birlikte değerlendirilecekse de, bu tazminatın sözleşmede belirlenmesi iş sahibini zararı ispat külfetinden kurtarmaktadır. Zira, taraflar, sözleşmenin yapılması aşamasında alacaklının uğrayacağı zararı götürü olarak hesap etmektedirler³⁰³.

İş sahibinin uğradığı zarar ifaya eklenen cezai şarttan az ise, uğranılan zararın tazmini ve ifaya eklenen cezai şart aynı anda talep edilemeyecektir. Buna mukabil, TBK m. 180'e göre, sözleşmede kararlaştırılan ceza miktarını aşan bir zarar varsa bu zararın tazmini ancak yüklenicinin kusurunun ispatlanması halinde talep edilebilecektir³⁰⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin 3.fıkrasına göre, hakim, tarafların belirlediği gecikme halinde ödenecek ifaya eklenen cezai şartın miktarını fahiş olarak takdir ederse bu miktarı indirebilecektir³⁰⁵. İndirim yapılırken iş sahibinin genel hükümlere göre talep edebileceği tazminat tutarının altında kalan bir bedele hükmedilmemelidir³⁰⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 179.maddesinin 2.fıkrasında düzenlenmiş olan ifaya eklenen cezai şart, aynı maddenin 1.fıkrasında düzenlenen seçimlik cezai şarttan ayrılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 179.maddesinin 1.fıkrasında seçimlik

³⁰⁰ Yılmaz, s.153.

³⁰¹ Kostakoğlu, s.359.

³⁰² Ekinci, s.183.

³⁰³ Ekinci, s.184.

³⁰⁴ Kostakoğlu, s.361.

³⁰⁵ Acar, s.61.

³⁰⁶ Duman, İlker Hasan, İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Yargıcın Rolü ve Takdir Yetkisi, Ankara, 2016, s.146.

cezai şart; “Bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumu için bir ceza kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alacaklı, ya borcun ya da cezanın ifasını isteyebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu bakımdan, seçimlik cezai şart, borçlunun borcuna aykırı davranması halinde alacaklıya borcun ifası veya cezanın ödenmesini talep etmek olmak üzere seçimlik hak tanımaktadır. Ancak, ifaya eklenen cezai şartta seçimlik cezai şarttan farklı olarak borcun aynen ifası ve cezanın ödenmesi kümülatif olarak talep edilebilmektedir³⁰⁷.

Gecikme tazminatının talep edilmesi usulü FIDIC Kırmızı Kitap ‘ın 2.5.maddesinde düzenlenmiştir Buna göre; iş sahibi, müteahhide yazılı olarak gecikme tazminatını dayanağını ve miktarını bildirmeli ve bir örneğini de incelemek üzere mühendise iletmelidir³⁰⁸. Mühendis, FIDIC Kırmızı Kitap’ın 3.5.maddesine göre talebi incelemek yetkisine haiz olup gecikme tazminatı miktarını değerlendirirken sözleşmenin her iki tarafının menfaatlerini hakkaniyete uygun şekilde göz önünde bulundurmalıdır. Bu yetkisini kullanan mühendis, değerlendirmeleri sonucunda, iş sahibinin tazminat miktarı talebini yerinde görebileceği gibi bu miktarda indirim de yapabilir. Mühendisin iş sahibinin talep ettiği tazminat miktarında indirim yapması halinde, iş sahibinin, mühendisin belirlediği bu miktardan fazlasını müteahhidin hak edişlerinden mahsup etme hakkı bulunmamaktadır. Mühendisin belirlediği tazminat miktarına taraflardan herhangi birinin itirazının vaki olması halinde ise; itirazda bulunan taraf, FIDIC Kırmızı Kitap’ın 20. maddesi uyarınca bağımsız bir heyet olan DAB’ın bu miktarı belirlemesini isteyebileceği gibi dostane çözüm yollarına başvurabilir veya International Chamber of Commerce (ICC)’e başvurarak tahkim yoluyla çözümlenmesini talep edebilir³⁰⁹.

Müteahhidin sözleşme ile kararlaştırılan sürede teslim borcunu yerine getirememesi durumunda, iş sahibinin sahip olduğu sözleşmeyi fesih hakkı FIDIC Kırmızı Kitap ‘ın 15.2. maddesinde düzenlenmiştir.

³⁰⁷ Şen, Mustafa Serhat/Şen, Mustafa Kamil, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Gecikme Tazminatı ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Kira Tazminatı, Ankara, 2017, s.279.

³⁰⁸ Barr/Grutters, FIDIC Users’ Guide, s.111.

³⁰⁹ Acar, s.63; Bunni, s.549.

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 15. maddesine göre; 8.1. madde uyarınca inşaatın yapımına başlanmaması, 8.3. madde uyarınca iş programının aksaması, 8.6. madde uyarınca makul bir sebep olmamasına ve müteahhidin mühendis tarafından işin zamanında tamamlanması için uyarılmasına rağmen müteahhidin bu uyarıya uymaması ve işin tesliminde gecikme olması durumları iş sahibine sözleşmeyi fesih hakkı tanımaktadır.

Maddenin düzenlemesinden, işin zamanında tamamlanmamasının veya iş programında aksamaların olmasının sözleşmeyi fesih hakkının doğumu için yeterli olmayacağı ve bununla birlikte gecikmelerin makul sebebe dayanmaması şartının da aranacağı anlaşılmaktadır. Makul sebebin tanımı FIDIC Kırmızı Kitap'ta yapılmamış olmasına rağmen müteahhidin işin teslimi için ek süre isteyebileceği haller, makul sebep olarak nitelendirilebilecektir³¹⁰.

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 15.2. maddesine göre, iş sahibinin usulüne uygun göndermiş olduğu fesih bildirimini müteahhide varma anından 14 gün sonra sonuçlarını doğuracaktır. İş sahibinin sözleşmeyi feshi, iş sahibinin işin süresinde teslim edilmemesinden doğan gecikme tazminatı hakkını da ortadan kaldırmamaktadır³¹¹.

Sözleşmenin feshinden sonra, iş sahibi, işin kalan kısmını kendi tamamlayabileceği gibi bu kalan kısmın yapımı için yeni bir müteahhit ile sözleşme de akdedebilir. Sözleşmesi feshedilen müteahhide ait malzeme ve araçlar, iş sahibi veya yeni müteahhit tarafından kullanılabilir; fakat mühendis, bu kullanımların karşılığını tespit edecektir. Müteahhidin sözleşmenin fesih tarihine kadar yapmış olduğu işlerin bedeli de müteahhit tarafından talep edilebilir olduğundan bu bedeli belirleme görevi de FIDIC Kırmızı Kitap'ın 12. maddesine göre yine mühendise aittir. Müteahhide ödenecek bedelin hesabında; fesih tarihine kadar müteahhide yapılmış ödemeler, işin tamamlanan kısmının karşılığı, iş sahibine ödenmesi gereken gecikme tazminatı da dikkate alınır. Bu

³¹⁰ Acar, s.65.

³¹¹ Acar, s.66.

hesap sonucunda, müteahhide fazla ödeme yapıldığının anlaşılması halinde müteahhit, bu fazla ödemeyi iade etme borcu altında olacaktır³¹².



³¹² Atik, s.71.

8.1. ÖZEN BORCU

8.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Borcu

8.1.1.1. Genel Olarak

Özen kavramı, belli bir işin yerine getirilmesinde gösterilmesi gereken dikkat ve çaba olarak tanımlanabilir³¹³.

Türk Borçlar Kanunu'nun 471.maddesinin ikinci fıkrasında “*Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.*” denilmekle yüklenicinin özen borcu düzenlenmektedir.

Kanun koyucunun yükleniciden göstermesi beklediği özen borcunda ölçüt olarak belirlediği “benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin özeni” doktrinde objektif özen yükümlülüğü olarak adlandırılmaktadır³¹⁴. Yüklenici, eser sözleşmesi kapsamında üstlendiği işi meslek edinmiş kişi olduğundan hizmet sözleşmesinde işçinin göstermesi gereken özenden daha fazla bir özen borcu altındadır³¹⁵. Genelde tacir sıfatına haiz olan yüklenicinin basiretli bir işadamı gibi davranma yükümlülüğü, onun aynı zamanda göstermesi gereken özenin derecesini belirler³¹⁶.

Mesleki ve teknik kural ise, bilim alanında ve meslek çevresinde her uygulayıcı tarafından kabul edilme ve/veya yazılı olma şartı aranmamakla birlikte, doğruluğu büyük çoğunluk tarafından kabul edilen kuralı ifade etmektedir. Teknolojideki gelişmeler karşısında teknik kurallar da değişiklik gösterdiğinden sözleşmede eski teknik kuralların kararlaştırılmış olması ihtimalinde dahi yeni teknik kuralların da yüklenicinin özen yükümlülüğü kapsamında olduğunun kabulü gerekmektedir³¹⁷. Ayrıca belirtmek gerekir ki; Türk Borçlar Kanunu'nun 471.maddesinde

³¹³ Duman, İnşaat Hukuku, s.273.

³¹⁴ Eren, s.624; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.591.

³¹⁵ Erzurumluoğlu, s.179; Duman, İnşaat Hukuku, s.272.

³¹⁶ Selimoğlu, s.100.

³¹⁷ Eren, s.625; Öz, s.120.

düzenlenen özen borcu emredici olmayıp iş sahibi, eserin teknik kurallara uygun olarak meydana getirilmesinden feragat edebilecektir³¹⁸.

Yüklenicinin özen borcuna dair yükümlülüğü, sözleşmenin kurulması anından başlayarak işin eksik ve ayıpsız olarak teslimine kadar devam etmektedir. Buna göre; yüklenicinin, sözleşme ile yüklendiği edimi ifa etmek için yeterli bilgi ve beceriye sahip olmadığını bilmesi, meydana getirilmesi gereken eser için imkanların yeterli olmadığı konusunda bilgi sahibi olmasına rağmen sözleşme akdetmesi, eser için imar izni/yapı ruhsatı/iskan izni vb. alınamayacağını bilmesine rağmen yine de sözleşme akdederek eser yapımını üstlenmesi gibi durumlar da özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil edecek başlıca hallerdir³¹⁹.

8.1.1.2.Yüklenicinin Başlıca Özen Yükümlülükleri

Yüklenicinin özen borcu TBK m. 471’de genel olarak ifade edilmiş olmakla birlikte kanunu koyucu bu özen borcu kapsamında somut olarak bazı özen yükümlülüklerine de yer vermiştir. Bu bağlamda; Türk Borçlar Kanunu’nun 472.maddesinin 2.fikrasında, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması halinde malzemeyi özenle kullanma, iş sahibine hesap verme ve kalanı iade etme yükümlülüğü düzenlenirken 3.fikrasında ise iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin veya eseri meydana getirilmesi için gösterilen yerin ayıplı olması halinde bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir³²⁰. Yine TBK m. 476’ya göre yüklenici; iş sahibinin talimatları, malzeme seçimleri vb. ile ilgili olarak iş sahibini bilgilendirme ve aydınlatma yükümlülüğü altında olup bu düzenleme de özen yükümlülüğün somut bir görünüş biçimidir³²¹. Kanunda normatif olarak yer alan özen yükümlülüklerinin yanı sıra doktrinde de bazı özen yükümlülüklerinin olduğu kabul edilmektedir³²².

³¹⁸ Eren, s.626.

³¹⁹ Duman, İnşaat Hukuku, s.277.

³²⁰ Eren, s.626.

³²¹ Eren, s.627.

³²² Eren, s.626.

8.1.1.2.1. Yüklenicinin İşsahibini Aydınlatma, Ona Bilgi Verme Yükümlülüğü

Yüklenici, mesleki bilgiye sahip kişi olduğundan eserin meydana getirilmesi ile ilgili her konuda iş sahibini aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü altındadır. Örnek olsun; iş sahibinin verdiği talimatlar, yükleniciye teslim ettiği malzemenin eser için uygun olmaması halinde yüklenici gerekçeleriyle birlikte bu hususlarda iş sahibini aydınlatmalıdır³²³.

İş sahibinin sorumluluğu başlığı altında düzenlenen TBK m. 476'ya göre; *“Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.”* Her ne kadar maddede iş sahibinin sorumluluğunun düzenlenmesi amaçlanmış ise de *“yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın”* ibaresi yüklenicinin, iş sahibini, verdiği talimatıyla ilgili bilgilendirmekle ve aydınlatmakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Yine Türk Borçlar Kanunu'nun 472.maddesinin 3.fıkrasında yüklenicinin malzemenin ve eserin yapılması için iş sahibi tarafından sağlanan yerin ayıpları hakkında bilgi vermekle yükümlü olduğunun düzenlenmesi, özen yükümlülüğünün aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğü şeklinde somutlaşmış halidir. TBK m. 472'ye göre, son olarak, eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka durumların iş sahibine bildirilmesinin de yüklenicinin bilgi verme yükümlülüğü kapsamında olduğunu söylemek gerekir. Aksi halde, yüklenici, gecikmeden doğan zarardan sorumlu olacaktır³²⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 482.maddesinin 1.fıkrasında, sözleşmenin bedelinin yaklaşık olarak kararlaştırıldığı ve bu bedelin iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılabileceğinin anlaşılacağı hallerde iş sahibine eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönme yetkisi tanınmıştır. Madde lafzından yüklenicinin bildirimde bulunma yükümlülüğü olduğu açıkça

³²³ Eren, s.626.

³²⁴ Eren, s.627; Selimoğlu, s.116.

anlaşılmamakla birlikte; iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi, yüklenicinin bu konuda iş sahibini bilgilendirmiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle; yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması halinde durumu, iş sahibine bildirmekle yükümlüdür³²⁵.

8.1.1.2.2. Yüklenicinin Diğer Özen Yükümlükleri

Yüklenicinin diğer yan yükümlülükleri temelde özen borcuna dayanmaktadır³²⁶. Öyle ki; yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşmesel bir ilişkinin varlığı tarafların birbirleri hakkında bazı bilgilerin edinilmesi sonucunu doğuracaktır. İşte, yüklenici, bu sözleşmesel ilişki nedeniyle doğrudan ve/veya dolaylı olarak edindiği iş sahibine ait bilgileri, projeleri, sırları, planları, ticari bilgileri vb. saklamakla ve üçüncü kişilerle paylaşmamakla yükümlüdür³²⁷. Yüklenicinin sır saklama yükümlülüğü olarak adlandırılan bu özen borcu, yalnızca sözleşmenin varlığı sırasında değil aynı zamanda sözleşmenin sona ermesinden sonrasında da devam edecektir³²⁸. Yüklenicinin sır saklama yükümlülüğü, bazı yazarlar tarafından sadakat yükümlülüğü olarak da nitelendirilmektedir³²⁹.

8.1.1.3. Yüklenicinin Özen Borcuna Aykırı Davranması

8.1.1.3.1. Genel Olarak

İş sahibi, yüklenicinin özen borcunu yerine getirip getirmediğini sözleşmenin devamı süresince her zaman kontrol edebilecektir. Yüklenicinin özen borcuna aykırılığı nedeniyle iş sahibinin bir zararının doğmuş olması halinde, yüklenici, bu zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır³³⁰.

TBK m. 473'te yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması halinde iş sahibinin diğer hakları düzenlenmiştir. Buna göre; iş sahibi, yüklenicinin işe geç başlaması veya işi geciktirmesi ya da kendisinden kaynaklanmayan bir nedenle yüklenicinin üstlendiği işi kararlaştırılan zamanda teslim edemeyeceğinin anlaşılması halinde

³²⁵ Duman, İnşaat Hukuku, s.368.

³²⁶ Selimoğlu, s.100.

³²⁷ Öz, s.121.

³²⁸ Eren, s.628; Öz, s.121.

³²⁹ Selimoğlu, s.99.

³³⁰ Kostakoğlu, s.322.

sözleşmeden dönebilir. Ayrıca, eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak iş yapılacağı açıkça anlaşılıyorsa iş sahibi, yükleniciye aykırılığı gidermek üzere uygun bir süre vermek şartıyla işin devamını ve onarımını üçüncü bir kişiye devredebilir³³¹. İş sahibinin kanunda düzenlenen sözleşmeden dönme ve işi devretme haklarının şartları ise aşağıdaki gibidir.

8.1.1.3.2. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir nedenle işin taahhüt edilen zamanda tamamlanamayacağının açıkça anlaşılması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kanunda düzenlenmiş olup iş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için gerekli şartlar aşağıdaki gibidir. Belirtmek gerekir ki; iş sahibine TBK m. 473 ile tanınan sözleşmeden dönme hakkı, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdüne değil, eseri meydana getirme borcundaki temerrüdüne dayanmaktadır³³². Dolayısıyla, TBK m. 473'te tanınan dönme hakkını, Türk Borçlar Kanunu'nun 125.maddesinin 2.fikrasında düzenlenen dönme hakkından ayırmak gerekir. TBK m. 125'te yer alan dönme hakkı, borçlunun vadesi gelmesine rağmen eseri teslim etmemesi nedeniyle başvurulabilecek bir haktır. Buna mukabil, Türk Borçlar Kanunu'nun 473.maddesinin 1.fikrasında, vadenin gelmesi söz konusu değildir ve özen borcuna aykırılık nedeniyle tanınan bir dönme hakkından bahsedilir³³³. İş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması aranmaz; sözleşmeye aykırılığa uygun nedensellik bağının varlığı yeterlidir³³⁴.

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı, Türk Borçlar Kanunu'nun 473.maddesinin 1.fikrasında; *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir*

³³¹Eren, s.629.

³³²Eren, s.631; Erzurumluoğlu, s.180; Yavuz, s.525; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s.597; Öz, s.127.

³³³Selimoğlu, s.117; Aral/Ayrancı, s.390; Yavuz, s.525; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s.597; Aydemir, s.474.

³³⁴Selimoğlu, s.123.

sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.” şeklinde düzenlenmiştir. Eser sözleşmeleri, yalnızca teslim borcunun değil aynı zamanda eseri teslim borcuna hazırlık sürecinin de önem arz ettiği sözleşmeler olduğundan kanun koyucu hazırlık aşamasına ilişkin özel bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir³³⁵.

Buna göre yüklenicinin temerrüdü üç farklı şekilde söz konusu olabilir. Birinci ihtimal, yüklenicinin işe zamanında başlamamasıdır. Burada işe başlama kavramından ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. İşe başlama, en yalın tanımıyla, yüklenicinin temel borcu olan eseri teslim borcunu yerine getirebilmesi amacıyla ilk işlemlerin yapılmasıdır. İşe başlamış sayılmak için yüklenicinin, mutlaka fiziksel olarak bir eylemde bulunulması gerekmemektedir. Yüklenicinin inşaat projesini onaylatması, şantiyenin eserin yapımına hazırlanması vb. eylemler de işe başlama olarak kabul edilmelidir³³⁶.

Taraflar, yüklenicinin işe başlama zamanını sözleşme ile kararlaştırmış olabilecekleri gibi bu yönde bir anlaşma yapmamış da olabilirler. Eğer bu yönde bir anlaşma yok ise TBK m.90’a göre her borç doğumu anında muaccel olacağından yüklenici, sözleşmenin kurulması ile işe başlama yükümlülüğü altında olacaktır³³⁷. Ancak yüklenicinin eseri meydana getirmek üzere tamamlaması gereken hazırlıklar için de yükleniciye makul bir süre tanınması gerekir³³⁸. Zira, eser sözleşmelerinde yüklenicinin yüklendiği edim, niteliği gereği uzun zamana yayılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, sözleşmede ifaya başlama tarihi kararlaştırılmamış ve fakat teslim tarihi belirtilmiş ise yüklenicinin işe geç başlaması erken dönme için yeterli değildir. Yüklenicinin ifaya başlamada gecikmesi halinde dahi iş sahibinin erken dönme hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin, teslim tarihinde eseri teslim edemeyeceğinin tereddüde yer

³³⁵ Duman, Kusur, s.121; Yavuz, s.525; Öz, s.127.

³³⁶ Duman, İnşaat Hukuku, s.385; Yavuz, s.525.

³³⁷ Eren, s.630; Selimoğlu, s.119; Yavuz, s.525.

³³⁸ Eren, s.630; Selimoğlu, s.121; Yavuz, s.525.

vermeyecek şekilde anlaşılması gerekir. Teslim tarihinde eserin teslim edilemeyeceğinin kesin bir şekilde anlaşılması halinde Türk Borçlar Kanunu'nun 473.maddesinin 1.fıkrasına göre iş sahibi, artık erken dönme hakkını kullanabilecektir³³⁹. Buna mukabil, tıpkı işe başlama zamanı belirtilmediği gibi eserin teslim tarihi de belirtilmemiş olabilir. Bu halde artık bir teslim tarihi kararlaştırılmamış olduğundan yükleniciye ifaya başlaması için makul bir süre tanınmalı ve buna rağmen başlanılmaz ise yalnızca işe geç başlanması nedeniyle sözleşmeden erken dönülebilmelidir. Bununla birlikte, taraflar işe başlama tarihini sözleşme ile kararlaştırmış olabilirler. Bu halde de, iş sahibi, yükleniciye işe başlanması için bir süre tanınmalıdır. Bu sürede işe başlanmaz ise iş sahibi, erken dönme hakkını kullanabilir³⁴⁰.

İkinci ihtimalde, yüklenici, zamanında işe başlamış olmasına rağmen işin yapımı sırasında işi geciktirebilir³⁴¹. Yüklenicinin bu yöndeki temerrüdü de iş sahibine sözleşmeden dönme hakkını tanımaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, yükleniciye verilecek sürenin, inşaatın teslimine ilişkin değil inşaatın yapım hızının arttırılmasına ilişkin olmasıdır. İş sahibinin, belirli bir süre tanımaksızın derhal işe devam edilmesi yönünde bir ihtarda bulunması da yeterli kabul edilmelidir³⁴².

Son olarak, işin iş sahibine yüklenemeyecek bir nedenle kararlaştırılan teslim süresinde teslim edilemeyeceğinin tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması halinde de iş sahibi, yükleniciye tanınan teslim süresini beklemeden sözleşmeden dönebilecektir³⁴³.

Eserin, zamanında teslim edilemeyeceğinin kesin olarak anlaşılması için, eserin geldiği aşama itibariyle hangi oranda tamamlandığının ve teslim tarihine kadar geçecek sürenin eserin kalan kısmının tamamlanması için yeterli olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Kalan sürenin yeterli olup olmadığının tespitinde ise,

³³⁹ Selimoğlu, s.119; Yavuz, s.525.

³⁴⁰ Selimoğlu, s.121; Yavuz, s.525.

³⁴¹ Öz, s.133.

³⁴² Öz, s.134; Yavuz, s.525.

³⁴³ Eren, s.630; Yavuz, s.525.

yüklenicinin, objektif kurallara göre sahip olması gereken çalışma hızı esas alınmalıdır³⁴⁴.

Bu noktada; sözleşmede, belirli işlerin yapılması için ara vadelerin kararlaştırılmış olması ihtimalinde erken dönme hakkının nasıl kullanılması gerektiğini de incelemek gerekecektir. Taraflar, eser sözleşmesinin yanında, belirli işlerin hangi tarihlerde biteceğini kararlaştırdıkları bir iş programı da yapabilirler. Tarafların düzenledikleri bu iş programı, iş sahibi bakımından işin yapımının takibini denetleyebilmesini sağlar. Ne var ki; yüklenicinin, yalnızca bu programın gerisinde kalması erken dönme hakkının kullanılması için tek başına yeterli değildir. Ek olarak, yüklenicinin eseri, teslim zamanında sözleşmeye uygun şekilde tamamlayıp teslim edilemeyeceğinin kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması aranacaktır³⁴⁵. Buna mukabil, sözleşme serbestisi prensibi uyarınca yüklenicinin, iş programının gerisinde kalması hali de erken dönme nedeni olarak sözleşmede kararlaştırılmışsa artık iş sahibinin erken dönme hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir. İnşaatın teslim tarihinde teslim edilemeyeceği anlaşılmasına rağmen bu gecikme iş sahibi açısından önem arz etmeyecek nitelikte ise iş sahibinin erken dönme hakkını kullanması TMK m. 2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecektir³⁴⁶.

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yukarıda açıkladığımız yüklenicinin temerrüt hallerinin iş sahibinden kaynaklanmıyor olması gerekir. Bununla birlikte, iş sahibinin öncelikli olarak yerine getirmesi gereken bir edim var ise öncelikle bu edimin tamamlanması da şarttır³⁴⁷. Örnek olsun, eseri meydana getirme borcunun ifası amacıyla işe başlamak için iş sahibinin alan tesis etmesi gerekmesine rağmen teslim gerçekleştirilmedi ise, burada artık iş sahibinin kusuru söz konusu olduğundan sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır³⁴⁸. Zira iş sahibi, eserin yapılacağı yeri tüm kusur ve engellerden ari olarak ayıpsız şekilde yükleniciye teslim etmekle yükümlüdür.

³⁴⁴ Duman, İnşaat Hukuku, s.394; Öz, s.134.

³⁴⁵ Duman, İnşaat Hukuku, s.398; Öz, s.134.

³⁴⁶ Öz, s.135.

³⁴⁷ Selimoğlu, s.117.

³⁴⁸ Eren, s.630;Erzurumluoğlu, s.180.

Diğer bir ifadeyle, eser sözleşmeleri, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme niteliği taşıdığından iş sahibinin TBK m. 97'ye göre önce kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını önermiş olması aranır³⁴⁹. Gecikme, iş sahibinin faaliyet alanından veya tamamen öngörülemeyen nedenlerden kaynaklanmasına rağmen yüklenici, önlemlerin alınabilmesi amacıyla yerine getirmesi gereken bildirim yükümlülüğünü ihlal etmiş ise artık gecikmenin yükleniciden kaynaklandığını ve iş sahibinin erken dönme hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekir³⁵⁰.

Erken dönme hakkının kullanılması, borçlu temerrüdünün Türk Borçlar Kanunu'nun 117. ile 125.maddesi arasında düzenlenen borçlu temerrüdüne ilişkin diğer şartların gerçekleşmiş olmasına da bağlıdır³⁵¹. Buna göre; iş sahibinin yükleniciyi temerrüde düşürebilmesi için onu uyarması ve yükleniciye işe başlaması veya sözleşmeye uygun olarak devam etmesi için uygun bir süre vermesi gerekir. Süre vermenin uyarıyla birlikte yapılmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır³⁵². Yüklenicinin bu süre içerisinde de işe başlamaması veya sözleşmeye uygun olarak işe devam etmemesi halinde, iş sahibi, artık eserin teslimi için yükleniciye tanınan sürenin dolmasını beklemeden sözleşmeden dönebilecek ve yüklenicinin kusurlu olması halinde uğradığı menfi zararın tazminini ve yoksun kaldığı karı talep edebilecektir³⁵³. Belirtmek gerekir ki; TBK m. 124 uyarınca süre verilmesini gerektirmeyen durumların varlığı halinde iş sahibi süre vermeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

İş sahibinin Türk Borçlar Kanunu'nun 473. maddesinin 1.fırfasında düzenlenen erken dönme hakkını kullanabilmesi yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı değildir; fakat yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışları ile erken dönme hakkı arasında uygun nedensellik bağının kurulabilmesi aranmaktadır³⁵⁴.

³⁴⁹ Duman, İnşaat Hukuku, s.391.

³⁵⁰ Öz, s.130.

³⁵¹ Eren, s.630; Yavuz, s.525.

³⁵² Duman, İnşaat Hukuku, s.393; Yavuz, s.525.

³⁵³ Eren, s.631.

³⁵⁴ Duman, Kusur, s.129.

İş sahibine TBK m. 473 ile tanınan hak yalnızca erken dönme hakkı olup iş sahibine aynen ifa ve gecikme tazminatı ya da aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini isteme hakkı tanınmamıştır³⁵⁵.

Son olarak, iş sahibinin, eserin meydana getirilmesi sırasında gecikmeleri bilmesine rağmen erken dönme hakkını kullanmamış olması, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde sözleşmeden dönme veya temerrütten doğan diğer haklarını kullanmasına engel değildir³⁵⁶.

8.1.1.3.3. Meydana Getirilme Sırasında Yüklenicinin Kusuru Nedeniyle Eseri, Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Bir Şekilde Meydana Getireceğinin Açıkça Görülmesi Halinde, İş Sahibinin Ayıbın Ve Aykırılığın Giderilmesinin İsteme, Aksi Halde İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı

İş sahibinin hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verme hakkı Türk Borçlar Kanunu'nun 473.maddesinin 2.fıkrasında; "*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*" şeklinde düzenlenmiştir³⁵⁷. Bu fıkra, yüklenicinin özen borcuna aykırılığının teslimden önce anlaşılması hali düzenlenmiştir³⁵⁸. Buna göre; iş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi bazı şartların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.

Öncelikle, eserin, ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği teslimden önce açıkça anlaşılmalıdır. Kanunda yer alan düzenlemeden anlaşıldığı üzere; eserin, yalnızca ayıplı olarak değil sözleşmeye herhangi bir şekilde aykırı

³⁵⁵ Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul, 2014, s.25.

³⁵⁶ Öz, s.134.

³⁵⁷ Eren, s.632;Erzurumluoğlu, s.180; Selimoğlu, s.123; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s.593.

³⁵⁸ Selimoğlu, s.123.

olarak yapılması da diğer şartların varlığı halinde iş sahibine işin devamını üçüncü kişiye verme hakkı sağlar³⁵⁹. Eserin sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesi ise; inşaatın imar durumuna ve onanmış projeye aykırı yapılması, kararlaştırılan teknik şartnameye uyulmaması, yapının taşkın yapı teşkil etmesi, komşuluk hukukuna aykırılık edilmesi vb. halleri kapsamaktadır. Sözleşmeye uygun edim, iş sahibinin, sözleşme ile elde etmeyi amaçladığı sonucun sağlanmasıdır³⁶⁰. Belirtmek gerekir ki; eğer bir sözleşmeye aykırılık söz konusu ise eserin, mevzuata uygun olması yeterli olmayacaktır³⁶¹.

Kanun maddesinde her ne kadar eserin meydana getirilmesi sırasında ibaresi kullanılmış ise de, bu ibareden yalnızca eserin yapımı aşamasını değil ve bununla birlikte eserin yapımına başlamadan önceki aşamayı da anlamak gerekir. Örnek olsun, eserin yapımına başlamadan önce yüklenici tarafından seçilen malzemenin yapımı kararlaştırılan eser için uygun olmadığının anlaşılması halinde de Türk Borçlar Kanunu'nun 473.maddesinin 2.fıkrası uygulama alanı bulabilecektir³⁶².

İkinci şart, ayıp veya sözleşmeye aykırılığın yüklenicinin kusuruyla meydana gelmiş olmasıdır. Yalnızca kast değil her türlü ihmal de kusur kavramı içinde değerlendirilmelidir³⁶³. Türk Borçlar Kanunu'nun 473.maddesinin ilk fıkrasından farklı olarak ikinci fıkrasında yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmış ve nedensellik bağı yeterli görülmemiştir³⁶⁴.

Son olarak, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için yükleniciye uygun bir süre verilmeli ve bu süre içerisinde ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmemesi halinde işin onarımının ya da işe devamının bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunulmalıdır. Ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için verilecek sürenin uygun olup olmadığı hususunda doğabilecek

³⁵⁹ Eren, s.632; Aral/Ayrancı, s.384.

³⁶⁰ Duman, İnşaat Hukuku, s.412.

³⁶¹ Duman, İnşaat Hukuku, s.415.

³⁶² Duman, İnşaat Hukuku, s.409.

³⁶³ Eren, s.632.

³⁶⁴ Selimoğlu, s.123.

ihtilafları önlemek için hakimden izin istemekte fayda olduğu söylenebilir³⁶⁵. Ne var ki, hakim kararı, işin devamının üçüncü kişiye verilmesi için bir zorunluluk değildir³⁶⁶. İş sahibinin bu hakkını kullanması halinde tüm onarım veya işe devam masrafları ile hasar yükleniciye ait olacaktır³⁶⁷.

Eserin yapımı için kullanılan gereçlerin, yüklenici tarafından sağlanmış olması da, eserin onarımının veya devamının üçüncü kişilere bırakılmasına engel bir durum değildir³⁶⁸.

İş sahibinin eserin onarımı ile işin devamını üçüncü kişilere yaptırma hakları arasında bir seçim serbestisine sahip olduğu söylenemez. Öyle ki; iş sahibi, öncelikle eserin üçüncü kişiler tarafından onarılmasını sağlamalı; ancak eserin onarımı eserin zamanında ve sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesini tehlikeye düşürecekse işin devamını üçüncü kişilere vermelidir³⁶⁹.

Madde metninde iş sahibine yalnızca onarımın ya da işe devamın bir üçüncü kişiye verilmesi hakkından bahsedilmekle birlikte sözleşmeden dönme hakkı tanınmamıştır.

Doktrinde hakim görüş, iş sahibinin, işin onarım veya devamını üçüncü bir kişiye devretme hakkını kullanabileceği hallerde sözleşmeden dönme veya aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmek suretiyle müspet zararının tazminini talep etme hakkının da olduğunu kabul etmektedir³⁷⁰. Ayrıca uygulamada, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın yüklenici veya üçüncü kişi tarafından giderilmesinin mümkün bulunmaması halinde erken dönme hakkını kullanabileceği de kabul edilmektedir³⁷¹.

8.1.1.3.4. Zararın Giderilmesini Tazmin Hakkı

³⁶⁵ Duman, İnşaat Hukuku, s.416.

³⁶⁶ Gümüş, s.28.

³⁶⁷ Eren, s.633; Selimoğlu, s.123.

³⁶⁸ Duman, İnşaat Hukuku, s.411.

³⁶⁹ Duman, İnşaat Hukuku, s.417.

³⁷⁰ Eren, s.633.

³⁷¹ Selimoğlu, s.123.

Yüklenicinin özen borcuna aykırı davranışı, yüklenicinin yardımcısından kaynaklanıyor ise bu durumda yüklenicinin TBK m. 116'da düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükmü çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelecektir. Yardımcı kişi, borçlunun bilgisi dahilinde, borçlunun sözleşmeden doğan borcunun ifası için hizmet eden kimsedir³⁷². Belirtmek gerekir ki; yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğun doğabilmesi için işin yardımcı kişi tarafından yapılması sözleşmeye göre mümkün olmalıdır. Aksi halde, işin yardımcı kişilerce yapılması başlı başına bir borca aykırılık teşkil edeceğinden, TBK m. 116 uyarınca yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri değil, TBK m. 112 uyarınca borca aykırılık hükümleri uygulama alanı bulacaktır³⁷³.

Bizzat yüklenicinin özen borcuna aykırı davranışları ise, TBK m. 112'de düzenlenen borcun ifa edilmemesine dair düzenleme çerçevesinde değerlendirilecektir. Buna göre; yüklenicinin, özen borcuna aykırı davranışı, eserin ayıplı teslimine sebebiyet vermeyecek veya borcun ifasında gecikmeye yol açmayacak ve fakat iş sahibinin başkaca zararını doğuracaksa bu halde iş sahibi, bu zararının giderilmesini TBK m. 112 çerçevesinde talep edebilecektir.

Sözleşmede yüklenicinin, özen borcuna aykırı davranışları nedeniyle üçüncü kişilere vereceği zararlardan da sorumlu tutulacağı kararlaştırılmışsa yüklenici bu durumda da üçüncü kişi yararına sözleşme hükümleri uyarınca zararı gidermekle yükümlü olacaktır³⁷⁴. Üçüncü kişi yararına sözleşme TBK m.129'da düzenlenmiştir. Buna göre, üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişi yararına edim yükümlülüğünün yer aldığı sözleşmelerdir. Üçüncü kişi ifayı talep hakkına sahipse tam üçüncü kişi yararına sözleşme, sahip değilse ve yalnızca sözleşme tarafı olan üstlendiren ifayı talep edebiliyorsa eksik üçüncü kişi yararına sözleşme söz konusu olur³⁷⁵.

³⁷² İnan, s.615.

³⁷³ İnan/Yücel, s.616.

³⁷⁴ Duman, İnşaat Hukuku, s.291.

³⁷⁵ İnan /Yücel, s.517.

8.1.2. FIDIC Kapsamında Müteahhidin Borcu

İş görme borcu doğuran inşaat sözleşmelerinde iş gören müteahhidin iş sahibinin menfaatine uygun hareket etmesi beklendiğinden FIDIC bakımından  zen borcu, sözleşmenin doğasından kaynaklı bir borç olarak karşımıza çıkar. Belirtmek gerekir ki;  zen borcu, müteahhidin iş sahibine karşı sadakatle işi yerine getirme borcunun bir sonucudur³⁷⁶.

FIDIC Kırmızı Kitap'ta yer alan  zen yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin, TBK'daki yüklenicinin  zen yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelere de paralel olduğunu belirtmek gerekir.

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 7.1.maddesinde,  zen yükümlülüğüne ilişkin objektif bir kriter getirilerek müteahhidin, sözleşme konusu işte uzman bir kişinin göstermesi gereken özeni esas alması gerektiği ifade edilmiřtir³⁷⁷. Diğer bir ifadeyle, müteahhidin  zen yükümlülüğünü ifa edebilmesi için yalnızca mühendisin talimatlarına uygun hareket etmesi yeterli olmayacaktır³⁷⁸.

Sözleşmenin muhtelif maddelerinde müteahhidin  zen yükümlülüğünün görünüş biçimleri yer almaktadır.

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 7.2. (a) maddesinde işin yapımında kullanılacak malzemenin örneklerini fiyat bilgisi de içerecek şekilde iş sahibine bildirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. 7.3. maddeye göre ise; müteahhit, işin özenle meydana getirilip getirilmediğini denetlemek için iş sahibinin çalışanlarına müsaade etmekle de yükümlüdür. Yine aynı maddeye göre; müteahhit, işin tamamlanan kısımlarını mühendise bildirmeli ve bu tamamlanan kısımların sözleşmeye uygun olup olmadığını test etmesini saęlamalıdır³⁷⁹.

³⁷⁶ Atik, s.64.

³⁷⁷ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.159.

³⁷⁸ Acar, s.26.

³⁷⁹ Acar, s.26.

FIDIC Kırmızı Kitap m. 12.2.'ye göre; müteahhit, tecrübeli bir yüklenicinin karşılaşmayı öngöremeyeceği fiziksel engel ve koşullarla karşılaştığında bu durumu gecikmeksizin iş sahibine bildirmekle yükümlüdür³⁸⁰.

Her ne kadar bahse konu maddeler, bildirim yükümlülüğü olarak düzenlenmiş olsa da bu yükümlülüklerin özen borcunun bir sonucu olduğunu söylemek gerekir.

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 17.2. maddesinde de müteahhidin; geçici kabul belgesinin düzenlenmesine kadar işin yapımı ve kullanılacak malzemeler bakımından özenle davranması gerektiği, geçici kabul belgesinin düzenlenmesine kadar özen borcunun ihlalden doğan her türlü zarardan müteahhidin sorumlu olacağı ve geçici kabul belgesinin düzenlenmesinden sonra da bu özen borcunun eksik işler bakımından devam edeceği düzenlenmiştir³⁸¹.

İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin özen borcunun bir sonucu olarak sır saklama yükümlülüğünün de bulunduğu kabul edilmektedir. Bu yükümlülük, sözleşmenin varlığı sırasında müteahhidin edindiği patent ile korunan veya korunmayan teknik bilgileri üçüncü kişilere açıklamama şeklinde gündeme gelebileceği gibi inşaatın tesliminden sonra inşaatın bakımı, tamirâtı vb. bilgileri mühendise sunma şeklinde de gündeme gelebilir³⁸².

Müteahhidin özen yükümlülüğüne aykırı davranması halinde; iş sahibi, FIDIC Kırmızı Kitap m.11'e göre bahse konu özen yükümlülüğüne aykırılığın giderilmesini talep edebileceği gibi bu süre içerisinde aykırılığın giderilmemesi halinde sözleşmeyi feshedebilir³⁸³.

³⁸⁰ Selimoğlu, s.116.

³⁸¹ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.242; Türegün, Necip, FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri-Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara 18-29 Mart 1996), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2.Tıpkı Basım, 2001, Ankara, s.253-285, s.284.

³⁸² Atik, s.65.

³⁸³ Acar, s.27.

9.1. AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUK

9.1.1. Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Sorumluluğu

Yüklenici, eserin ayıplı olmasından dolayı sorumlu olup ilgili hükümler Türk Borçlar Kanunu'nun 474.maddesi ile 478.maddesi arasında düzenlenmiştir. Ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için gerekli şartlar aşağıda incelenmiştir.³⁸⁴

9.1.1.1. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğunun Maddi Şartları

Yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesinin maddi şartları; eserin ayıplı olması, bu ayıbın iş sahibine yükletilememesi ve iş sahibinin ayıplı eseri kabul etmemesidir.³⁸⁵

9.1.1.1.1. Eserin Ayıplı Olması

Ayıp, ister yüklenicinin kendisinden ister yardımcısından kaynaklansın sözleşme ile eserde bulunacağı yüklenici tarafından taahhüt edilen ya da dürüstlük kuralına göre bulunması gereken niteliklerin bulunmamasıdır. Ayıp, eserin muayene edilmesi ile tespit edilip edilememesine göre açık ya da gizli ayıp olarak nitelendirilebilir³⁸⁶.

Açık ayıp, eserin tesliminden sonra olağan bir muayene ile tespit edilebilen ayıp iken gizli ayıp, teslimden sonraki olağan muayene ile teslim edilemeyen ve eserin kullanılmaya başlanmasından sonra ortaya çıkan ayıplardır³⁸⁷. Ayıbın niteliği maddi olabileceği gibi eserin hukuken kullanılamayacak durumda olması da hukuki ayıp teşkil edecektir. Örnek olsun, yapının oturma izninin alınmamış olması hukuki ayıp niteliğindedir³⁸⁸.

Belirtmek gerekir ki; yüklenicinin, eser sözleşmesinde kararlaştırılardan tamamıyla farklı bir eser meydana getirmesi ayıp olarak nitelendirilemez.

³⁸⁴ Eren, s.634; Selimoğlu, s.138.

³⁸⁵ Eren, s.634.

³⁸⁶ Eren, s.635; Aral/Ayrancı, s.400; Yavuz, s.528; Zevkliler/Ertas/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.598.

³⁸⁷ Selimoğlu, s.146; Yavuz, s.529; Aydemir, s.346-350.

³⁸⁸ Öz, s.193.

Sözleşmede mevcut bir yapının yıkılarak yeniden inşası kararlaştırılmış olmasına rağmen, yüklenicinin bunun yerine yapıyı tadil etmesi yanlış ifadır. Bu halde uygulanacak hükümler ise ayıptan doğan sorumluluk hükümleri değil borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerdir³⁸⁹.

Ayıplı iş kavramı, eksik iş kavramından farklılık arz etmektedir. Ayıplı işte taraflar arasında kararlaştırılan veya dürüstlük kuralına göre yükleniciden beklenen iş ile yapılan iş arasında bir nitelik farkı mevcutken, eksik işte işin bir kısmı yerine getirilmektedir. Ayıplı iş değil de eksik işin söz konusu olduğu durumlarda ayıptan doğan sorumluluk hükümleri değil, eseri teslim borcunda temerrüt nedeniyle temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacaktır³⁹⁰.

Ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi ancak eserin teslim edilmesinden sonra mümkündür. Aksi halde tamamlanmamış bir eser söz konusu olacağından, uygulanması gereken borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler olacaktır³⁹¹.

TMK m.6'ya göre, iddia eden iddiasını ispatla mükellef olduğundan eserin ayıplı olduğunu ispat külfeti iş sahibi üzerindedir³⁹².

9.1.1.1.2. Ayıbın İş Sahibine Yüklenilememesi

Türk Borçlar Kanunu'nun iş sahibinin sorumluluğu başlığı altında düzenlenen 476.maddesinde; *“Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.”* denilmektedir. Buna göre; ayıp, iş sahibinin kusurundan kaynaklanırsa, bu durum iş sahibinin ayıptan doğan haklarını ve yükleniciden tazminat talep etme hakkını etkileyebilecektir³⁹³.

³⁸⁹ Gümüş, s.55.

³⁹⁰ Karadaş, s.223.

³⁹¹ Öz, s.197.

³⁹² Selimoğlu, s.147.

³⁹³ Eren, s.635; Erzurumluoğlu, s.182; Zevkliler/Ertas/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.598.

Ayıbın iş sahibine yükletilebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmekte olup bu şartların ilki, ayıbın, iş sahibinin bir talimatından veya ona yüklenebilecek herhangi bir sebepten kaynaklanmasıdır³⁹⁴. Şu halde, iş sahibinin talimatı veya iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebep olmak üzere ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Talimat, iş sahibi veya yetkili yardımcıları tarafından verilen bağlayıcı emirler olup yalnızca tavsiye niteliğindeki beyanlar talimat olarak nitelendirilemez. Türk Borçlar Kanunu’nun 476.maddesinde ifade edilen iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebebe örnek olarak ise; eserin meydana getirilmesi için sağlanan malzeme ve/veya arsanın ayıplı olması gösterilebilir. Yüklenicinin bu halde sorumluluktan kurtulabilmesi için, Türk Borçlar Kanunu’nun 472.maddesinin 3.fıkrasına göre, iş sahibine karşı bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gerekir³⁹⁵.

Türk Borçlar Kanunu’nun 476.maddesinde; “*Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.*” denilmektedir ve “yüklenicinin açıkça bir ihtarla bulunması” ibaresi yüklenicinin aydınlatma ve uyarma borcunu ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, iş sahibine ayıbın yüklenebilmesinin ikinci şartı, yüklenicinin, özen yükümlülüğünün bir sonucu olarak aydınlatma ve uyarma borcunu yerine getirmiş olmasıdır³⁹⁶. Buna göre; yüklenici veya yetkili yardımcısı tarafından iş sahibinin vermiş olduğu talimatın eserin ayıplı olmasına sebebiyet vereceği nedenleriyle birlikte açıkça anlatılmalı, eserin talimata uygun şekilde meydana getirilmesi sonucunda ortaya çıkacak ayıptan sorumlu olunmayacağı ihtar edilmelidir³⁹⁷. Doktrinde, iş sahibinin eserin yapımı ile ilgili uzmanlığa sahip olduğu ve bununla birlikte yüklenicinin talimatın yanlışlığını bilmediği veya bilebilecek durumda olmadığı hallerde, yüklenicinin bu aydınlatma ve uyarma

³⁹⁴ Eren, s.635; Aral/Ayrancı, s.401.

³⁹⁵ Eren, s.636.

³⁹⁶ Eren, s.637; Selimoğlu, s.149.

³⁹⁷ Eren, s.637.

borcunu yerine getirmemiş olması halinde dahi sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir³⁹⁸.

Son olarak, belirtmek gerekir ki, ayıbın yalnızca iş sahibinin talimatından veya kendisine yüklenebilen başka bir nedenden kaynaklanmış olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, somut olayda iş sahibinin yanlış talimatı ile birlikte yüklenicinin de kusurundan söz edilebiliyorsa, artık yüklenicinin sorumlu olmayacağı söylenemez³⁹⁹. Bu durumda, Türk Borçlar Kanunu'nun 476.maddesi değil, 114. ve 52.maddesi uygulama alanı bulacaktır. TBK'nın borçların ifa edilmemesinin sonuçlarının düzenlendiği "sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı" başlıklı 114.maddesine göre, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde uygulanmaktadır. TBK m.52'de ise; *"Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir."* denilmektedir. Bu durumda yüklenici, ayıp nedeniyle belirli bir oranda sorumlu tutulacak ve hakim tarafından Türk Borçlar Kanunu'nun 52.maddesine uygun bir tazminata hükmedilecektir⁴⁰⁰. Belirtmek gerekir ki; TBK m.74'e göre hakim, kusurun değerlendirmesi ile ilgili olarak ceza hakiminin verdiği kararlar ve ceza hukukunun hükümleriyle bağlı olmayacaktır⁴⁰¹.

Tüm şartların gerçekleşmesiyle ayıbın iş sahibine yüklenebildiği hallerde, iş sahibinin, ayıptan doğan sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme, ücretsiz onarım ve zararın tazminine ilişkin hakları herhangi bir mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden sona erecektir⁴⁰².

9.1.1.1.3. İş Sahibinin Eseri Kabul Etmemiş Olması

Kabul, niteliği itibariyle bir irade beyanıdır ve Türk Borçlar Kanunu'nun 477.maddesi "eserin kabulü" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, eserin

³⁹⁸ Eren, s.638.

³⁹⁹ Eren, s.638.

⁴⁰⁰ Eren, s.639; Selimoğlu, s.149.

⁴⁰¹ Duman, Yargıcın Rolü ve Takdir Yetkisi, s.93.

⁴⁰² Eren, s.639; Selimoğlu, s.149.

açıkça veya örtülü kabulünden sonra yüklenici, açık ayıplarla ilgili her türlü sorumluluktan kurtulacaktır. Buna mukabil, gizli ayıplarla ilgili sorumluluğu devam edecektir⁴⁰³.

Kabul, açık ya da örtülü olabilir. Buna mukabil, kabulün geçerliliği için kanunda herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Ancak, ispat hukuku açısından iş sahibinin bu yöndeki irade beyanının yazılı olarak alınmasında fayda olacaktır⁴⁰⁴. Örnek olsun, iş sahibinin teslim aldığı malda tasarrufta bulunması örtülü kabul anlamına gelebilecekken tek başına iş sahibinin faturaya itiraz etmemesi eserin kabul edildiği anlamına gelmez⁴⁰⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 477.maddesinin ikinci fıkrasına göre, iş sahibi eseri gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal eder ise eseri kabul etmiş sayılır ve yüklenici sorumluluktan kurtulur⁴⁰⁶. Kanun koyucu, bu halde, aksi ispat edilemeyen bir karinen varlığını kabul etmiştir⁴⁰⁷.

Son olarak, gizli ayıpların varlığı halinde eserin hangi durumda kabul edilmiş sayılacağını da incelemek gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 477.maddesinin üçüncü fıkrasına göre, gözden geçirme külfetinin yerine getirilmesi ile tespit edilemeyen ve sonradan ortaya çıkan ayıplarda iş sahibi, durumu gecikmeksizin yükleniciye bildirmelidir. Aksi halde, eseri kabul etmiş sayılır⁴⁰⁸.

9.1.1.2. Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğunun Şekli Şartları

Yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için yalnızca maddi şartların gerçekleşmiş olması yeterli olmayıp iş sahibinin eseri gözden geçirmesi, yükleniciye bildirimde bulunması ve bununla birlikte ayıptan doğan hakkını zamanaşımı süresinde kullanması gerekir⁴⁰⁹.

⁴⁰³ Eren, s.640; Erzurumluoğlu, s.182; Selimoğlu, s.144; Aral/Ayrancı, s.403; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.598.

⁴⁰⁴ Eren, s.640.

⁴⁰⁵ Eren, s.641.

⁴⁰⁶ Erzurumluoğlu, s.181.

⁴⁰⁷ Eren, s.641.

⁴⁰⁸ Erzurumluoğlu, s.182; Selimoğlu, s.144.

⁴⁰⁹ Eren, s.641.

TBK m. 474'e göre; iş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Kanunda düzenlenen bu yöndeki zorunluluk, bir yükümlülük değil bir külfettir. Bu nedenle, iş sahibi, bu zorunluluğu yerine getirmemesi halinde bir tazminat ödemekle yükümlü olmayacak ve fakat ayıptan doğan haklarını da kullanamayacaktır⁴¹⁰.

9.1.1.2.1. İş Sahibinin Eseri Gözden Geçirme Külfeti

İş sahibi, tesliminden sonra eserin, sözleşme ile kararlaştırılan niteliklere uygun meydana getirilip getirilmediği ve dürüstlük kuralına göre olması gereken nitelikleri taşıyıp taşımadığının tespiti için eseri gözden geçirmelidir. Eserin gözden geçirilmesi, eserin, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olup olmadığının veya iş sahibinin sözleşmeden beklediği faydayı sağlamasına uygun olup olmadığının denetlenmesidir⁴¹¹.

Gözden geçirme külfetinin yerine getirilebilmesi için en başta eserin teslim edilmiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle henüz tamamlanmamış ve teslim edilmemiş bir eser için ayıp nedeniyle sorumluluk söz konusu olmayacaktır⁴¹². İş sahibi, eserin incelenmesi için bir başka uzman ile anlaşma yükümlülüğü altında olmamakla birlikte gözden geçirme ödevini yerine getirirken makul ve orta düzeyde bir iş sahibinin göstereceği özeni göstermelidir. Buna mukabil, Türk Borçlar Kanunu'nun 474.maddesinin ikinci fıkrasında, iş sahibinin veya yüklenicinin masrafını karşılamak suretiyle eserin uzman bir kişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebileceği de düzenlenmiştir. Öyle ki; iş sahibi, ayıpların tespitini çekişmesiz yargı yoluyla sulh hukuk mahkemesinde de tespit ettirebilir⁴¹³. Ayıpların tespitinin bu şekilde bilirkişi aracılığıyla yapıldığı ve bilirkişinin raporunu iş sahibinin kusuru olmaksızın geciktirmesi halinde, müteahhidin, muayene ve ihbar külfetinin yerine

⁴¹⁰ Eren, s.642.

⁴¹¹ Karadaş, s.236; Aral/Ayrancı, s.403; Yavuz, s.530; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s.598.

⁴¹² Erzurumluoğlu, s.181; Selimoğlu, s.138; Yavuz, s.530.

⁴¹³ Eren, s.643; Erzurumluoğlu, s.181; Selimoğlu, s.139; Yavuz, s.531.

getirilmediği yönünde itiraz hakkı bulunmamaktadır. Tespit isteyen tarafın iddiasında haklı olması halinde, eserin muayene masrafları karşı taraftan talep edilebilecektir⁴¹⁴.

Eseri gözden geçirme zamanı ile ilgili olarak kanun koyucu, kesin ve belirli süre belirtmemiş, Türk Borçlar Kanunu'nun 474.maddesinde "işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz" ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. İfadeden anlaşılacağı üzere, eserin gözden geçirileceği zaman, somut olayın niteliğine, eserin mahiyetine, yerel adetlere vb. unsurlara göre belirlenmelidir. Bu zamanın ayıbın gözden geçirilmesi için yeterli bir süre olması gerektiğini söylemek gerekir⁴¹⁵.

Yine, gözden geçirme yeri olarak da kanunda herhangi bir belirleme yapılmamış olmakla birlikte, eserin gözden geçirileceği yerin iş sahibinin tasarruf ve hâkimiyet alanına girdiği yer olduğunu söylemek gerekir⁴¹⁶.

9.1.1.2.2. İş Sahibinin Ayıbı Bildirme Külfeti

Ayıbın yükleniciye bildirilmesi de eserin gözden geçirilmesinde olduğu gibi bir külfet olup iş sahibi bu külfeti yerine getirmediğinde ayıptan doğan haklarını ileri sürememektedir. TBK m. 474'te ayıp bildirimiminin, uygun sürede yapılması gerektiği düzenlenmiştir⁴¹⁷. İş sahibi; bu külfeti yerine getirirken ayıpla ilgili yeterli bilgi vermeli ve yüklenicinin nelerden sorumlu tutulduğunu anlamasını sağlamalıdır⁴¹⁸. Buna mukabil, ayıp bildirimi, ayıptan doğan haklardan hangisinin kullanıldığı bilgisinin içermek zorunda değildir. Bu haklar, zamanaşımı süresi içerisinde her zaman ileri sürülebilir⁴¹⁹.

Ayıp bildirimi, niteliği itibarıyla bir hukuki işlem olmayıp hukuki işlem benzeridir ve kanun koyucu, ayıbın bildirilmesini herhangi bir şekil şartına bağlamamıştır.

⁴¹⁴ Uçar, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003, s.140.

⁴¹⁵ Eren, s.643; Selimoğlu, s.139; Yavuz, s.530.

⁴¹⁶ Eren, s.644.

⁴¹⁷ Selimoğlu, s.140; Aral/Ayrancı, s.405; Yavuz, s.530.

⁴¹⁸ Eren, s.644; Erzurumluoğlu, s.181; Zevkliler/Ertaş/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.599.

⁴¹⁹ Karadaş, s.241.

Buna mukabil, ispat hukuku açısından yazılı olarak yapılmasında fayda olacaktır⁴²⁰. Ayıp bildirimini ispat külfeti iş sahibine ait olmakla bu bildirimin süresi içerisinde yapılmadığını ispatla mükellef olan yüklenicidir⁴²¹. Bildirimin hukuki sonuçları da; müteahhide vardığı anda değil, iş sahibi tarafından gönderildiği anda doğar⁴²².

Olası bir ihtilaf halinde hakimin, yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunun doğrup doğmadığını kendiliğinden inceleyip incelemeyeceği konusunda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre; hakim, yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunun doğrup doğmadığını kendiliğinden inceleyecektir⁴²³. Fakat bazı yazarlar, ayıp bildiriminin niteliği itibariyle bir def'i olduğunu ve bu nedenle ileri sürülmedikçe hakim tarafından re'sen dikkate alınamayacağı görüşündedirler⁴²⁴.

Ayıp, niteliğine göre, açık ayıp, gizli ayıp veya gizlenmiş ayıp olmak üzere üç şekilde söz konusu olabilir. Eserin teslim edilmesiyle veya gözden geçirme külfetinin yerine getirilmesiyle tespit edilebilen ayıp açık ayıptır. TBK m. 474'e göre, iş sahibi, bu tür ayıpları uygun bir süre içerisinde yükleniciye bildirmelidir. Uygun süre, ortalama düzeyde bir iş sahibinin bildirimde bulunması gereken makul süreyi ifade eder⁴²⁵. Belirtmek gerekir ki; taraflar, eserin gözden geçirilmesi ve bildirim için sözleşme ile bir süre kararlaştırmışlara bu süre içerisinde külfetin yerine getirilmesi gerekecektir⁴²⁶. Buna mukabil, gizli ayıp, gözden geçirme ile tespit edilemeyen ve fakat eserin kullanılmaya başlanmasından sonra ortaya çıkan ayıplardır. Niteliği gizli olan ayıplara ilişkin ne zaman bildirimde bulunulması gerektiği ise Türk Borçlar Kanunu'nun 477.maddesinin 3.fıkrasında düzenlenmiş olup maddede; *“Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse*

⁴²⁰ Eren, s.645;Erzurumluoğlu, s.181;Selimoğlu, s.141.

⁴²¹ Karadaş, s.242.

⁴²² Uçar, s.153.

⁴²³ Erzurumluoğlu, s.181.

⁴²⁴ Selimoğlu, s.140.

⁴²⁵ Eren, s.645; Erzurumluoğlu, s.181;Selimoğlu, s.139.

⁴²⁶ Öz, s.201.

eseri kabul etmiş sayılır.” denilmektedir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu, gizli ayıplarda iş sahibinin gecikmeksizin bildirimde bulunması şartını aramıştır⁴²⁷.

Ayıbın yüklenici tarafından kasten gizlendiği hallerde ise iş sahibi geç bir bildirimde bulunsu dahi, eseri kabul etmiş sayılmayacaktır. Buna mukabil, gizli ayıplar iş sahibi tarafından bilinerek eser teslim alınmış ise artık iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır⁴²⁸.

9.1.1.3. İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları

9.1.1.3.1. Genel Olarak

Ayıptan doğan hakların kullanılması için yukarıda açıklanan tüm maddi ve şekli şartların gerçekleşmesi akabinde iş sahibi; TBK m. 475’te belirtilen sözleşmeden dönme, bedelden indirim ve ücretsiz onarım haklarına sahiptir⁴²⁹. Bu seçimlik haklar; varması gereken tek taraflı açık veya örtülü irade beyanında bulunmakla kullanılabilen yenilik doğurucu haklardır. Seçimlik hakkın kullanılmasıyla, seçilen hak kesinleşmekte ve seçilmeyen haklar sona ermektedir⁴³⁰. Bahse konu seçimlik haklar, kural olarak, iş sahibine aittir ve müteahhidin bu konuda bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Ancak; tercih edilecek seçimlik hak, hakkın kötüye kullanılması halini teşkil etmemelidir⁴³¹.

Türk Borçlar Kanunu’nun 475.maddesinin üçüncü fıkrasına göre; iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır. Diğer bir ifadeyle, iş sahibi, TBK m. 475’e göre seçimlik hakkını kullandıktan sonra kullandığı seçimlik hakkıyla birlikte şartları mevcut ise tazminat da talep edebilecektir⁴³². Bu yönüyle tazminat talep etme hakkı, kümülatif olarak talep edilebilme özelliğini taşımaktadır. İş sahibinin ayıptan doğan sözleşmeden dönme, bedelden indirim ve eserin onarımı haklarının kullanılması müteahhidin kusuruna bağlı değilse de tazminat talep etme hakkı diğer ayıptan doğan haklardan farklı olarak

⁴²⁷ Eren, s.646; Selimoğlu, s.143.

⁴²⁸ Eren, s.646; Yavuz, s.529.

⁴²⁹ Eren, s.646; Yavuz, s.531.

⁴³⁰ Eren, s.647; Erzurumluoğlu, s.181.

⁴³¹ Uçar, s.165.

⁴³² Eren, s.646.

müteahhidin kusurlu olmasına bağlıdır. Belirtmek gerekir ki; iş sahibinin, yalnızca tazminat hakkını kullanmasında da sakınca bulunmamaktadır⁴³³.

9.1.1.3.2. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Sözleşmeden dönme hakkı, sözleşme ile tarafların yüklendikleri edimin iadesi etkisi yaratması sebebiyle sözleşmeye uygulanabilecek ağır bir müdahale olduğu söylenebilir. Dönme ile birlikte, sözleşme, tasfiye sürecine girer⁴³⁴.

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesinin şartı, eserin, iş sahibinin kullanamayacağı ya da dürüstlük kuralına göre eseri kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı veya aynı ölçüde sözleşme hükümlerine aykırı olmasıdır. Ayıp veya sözleşmeye aykırılık önemli ölçüde değilse iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz⁴³⁵. Bu şart, dönme hakkının kullanılabilmesi için ayıba karşı tekeffül hükümlerindeki genel şartların yanında, özel bir şart niteliğindedir⁴³⁶. Kanun koyucu, iş sahibini sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemekten tamamen kurtaracak bu hakkı sınırlandırmak ve belli şartlara tabi tutmayı tercih etmiştir. Zira, aksi halde, müteahhit açısından ağır ekonomik sonuçlar gündeme gelebilir⁴³⁷.

Yüklenicinin meydana getirdiği eserin sözleşme ile kararlaştırılan eserden daha değerli olması halinde dahi sözleşme hükümlerine aykırı ve ayıplı eserden bahsedilebilir. Zira, önemli olan, iş sahibinin sözleşme ile elde etmeyi hedeflediği sonuca ulaşmasıdır. Ancak bu durumda sözleşmeden dönme hakkının kullanılması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa iş sahibinin bu hakkını kullanamaması gerekir⁴³⁸.

⁴³³ Uçar, s.40.

⁴³⁴ Uçar, s.173; Aral/Ayrancı, s.406; Yavuz, s.533; Aydemir, s.352; Serozan, s.511.

⁴³⁵ Eren, s.648; Selimoğlu, s.150; Yavuz, s.533; Zevkliler/Ertay/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.599; Aydemir, s.353.

⁴³⁶ Uçar, s.177; Yavuz, s.533.

⁴³⁷ Serozan, s.307.

⁴³⁸ Duman, Dürüstlük Kuralı, s.74.

Türk Borçlar Kanunu'nun 475.maddesindeki ifadeden, dönme hakkının eseri kabulden kaçınma imkanı sağladığı anlaşılmakta ise de iş sahibinin, eseri kabulden sonra da sözleşmeden dönebileceğini söylemek gerekir⁴³⁹.

İş sahibinin eseri kullanıp kullanamayacağı veya kabule zorlanıp zorlanamayacağına dair ölçüsü, somut olayın özellikleridir. Buna göre; dönme ile iş sahibinin sağlayacağı yarar ve müteahhidin uğrayacağı zarar arasındaki dengenin korunması ve hakkaniyete uygun bir değerlendirmenin yapılması gerekir. Diğer bir ifadeyle, eserdeki aybın önemsiz ve giderilmesinin mümkün olduğu durumlarda sözleşmeden dönme hakkının kullanılması hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecektir⁴⁴⁰. Belirtmek gerekir ki; iş sahibinin eseri kullanmaya başlaması veya eseri üçüncü kişilere devretmesi halinde iş sahibinin, yine dürüstlük kuralının bir gereği olarak sözleşmeden dönebileceğinin kabulü gerekir⁴⁴¹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 475.maddesinin üçüncü fıkrasında, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin başkaca bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre; eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış ve kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, dönme hakkını kullanamayacaktır⁴⁴². Sözleşmeden dönmenin aşırı zarara yol açıp açmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak hakim tarafından takdir edilir ve müteahhidin aşırı zarara uğrayacağına kanaat getirilirse iş sahibi, bedelden indirim yapılmasını veya eserin onarılmasını talep edebilecektir⁴⁴³. Belirtmek gerekir ki; bu hallerde sözleşmeden dönülemediği açıkça düzenlenmiş ise de iş sahibinin arsası üzerinde inşa edilen bina imara aykırı ve oturma izni alınması veya imara aykırılığın düzeltilerek iznin temin edilmesi bu nedenle mümkün değilse artık

⁴³⁹ Eren, s.647; Selimoğlu, s.159.

⁴⁴⁰ Uçar, s.178.

⁴⁴¹ Öz, s.215.

⁴⁴² Eren, s.648; Erzurumluoğlu, s.181.

⁴⁴³ Uçar, s.180.

Türk Borçlar Kanunu'nun 475.maddesinin 3.fıkrası uygulama alanı bulamayacak ve iş sahibi binanın yıkılmasını talep edebilecektir⁴⁴⁴.

İş sahibinin sözleşmeden döndüğüne ilişkin irade beyanının herhangi bir şekil şartı bulunmamakta olup yükleniciye ulaşması dönmenin hüküm ve sonuç doğurması için yeterlidir ve yüklenicinin kabule yönelik irade beyanına gerekli değildir⁴⁴⁵. Ancak sözleşmeden dönmeye dair irade beyanının, ispat hukuku bakımından yazılı şekilde yapılmasında fayda vardır. Sözleşmeden dönme beyanından sonra bu beyanın geri alınması artık mümkün değildir; ancak sözleşmenin, müteahhidin kabulüyle, yeni bir sözleşme olma özelliği taşımaksızın eski içeriğiyle yeniden geçerli hale getirilmesi mümkündür⁴⁴⁶.

Bazı yazarlar, dönmenin geçmişe etkili bozucu bir hak olduğu görüşünde iken bazı yazarlar ise ileriye etkili değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğu görüşündedirler⁴⁴⁷.

Dönme ile birlikte tarafların, henüz ifa etmediklerini yerine getirme yükümlülükleri son bulurken dönmeden önce karşı tarafın ifa ettiği edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil ve fakat sözleşme hükümlerine göre iade etme yükümlülüğü doğar⁴⁴⁸. Öyle ki; bu halde yüklenici, iş sahibinin ödediği eser bedelini faizi ile birlikte iade etmek, eserin iş sahibinin arsasının üzerine yapıldığı hallerde bunu yıkmak, enkazı arsadan uzaklaştırmakla yükümlü olacaktır. Buna mukabil, eser, arsa üzerinde meydana getirilmiş değilse iş sahibi, eseri ondan sağladığı yararlarla birlikte yükleniciye iade etme borcu altındadır⁴⁴⁹. Ancak; iş sahibi, eser için yapılan bakım, sigorta vb. giderler ile eserde kullanılan kendisine ait malzemenin değerini müteahhitten talep edebilir⁴⁵⁰.

9.1.1.3.3. Bedelden İndirim İsteme Hakkı

⁴⁴⁴ Selimoğlu, s.160.

⁴⁴⁵ Eren, s.648; Selimoğlu, s.151; Serozan, s.43.

⁴⁴⁶ Uçar, s.181.

⁴⁴⁷ Eren, s.649; Selimoğlu, s.151; Yavuz, s.534.

⁴⁴⁸ Eren, s.649; Selimoğlu, s.151; Yavuz, s.534.

⁴⁴⁹ Eren, s.649.

⁴⁵⁰ Uçar, s.182.

İş sahibinin sözleşme bedelinden indirim yapılması hakkı sözleşmeden dönme hakkıyla paralel olarak bozucu yenilik doğurucu bir haktır. Tek taraflı olarak iş sahibi tarafından ileri sürülmesi yeterli olup karşı tarafın kabulüne veya bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Mahkeme kararının bu noktadaki etkisi, indirim tutarının doğru hesaplanıp hesaplanmadığı noktasında olacaktır⁴⁵¹.

İş sahibinin bedelde indirim isteme hakkının ilk şartı, eserde mevcut ayıbın önemli derecede ağır veya sözleşmeye aykırı olmaması, diğer bir ifadeyle hafif ayıp olarak nitelendirilmesidir. Bununla birlikte, eserin değerinin ayıp nedeniyle düşmüş olması gerekir. Sözleşmede taahhüt edilen veya dürüstlük kuralına göre yapılması beklenen eser ile yüklenicinin ayıplı olarak teslim ettiği eser arasında bir değer farkı var ise eserin değerinin düştüğü kabul edilir⁴⁵². Bu değer düşüşü, objektif kriterler dayanak alınarak belirlenmelidir. Eserin teslim edildiği zamandaki serbest piyasa değeri esas alınarak bir hesaplama yapılmalıdır⁴⁵³. Nitekim, doktrindeki baskın görüş, ayıbın, eserin tesliminden sonra ortaya çıkması halinde dahi bedel indiriminin eserin teslim zamanındaki değerine göre belirlenmesi yönündedir. Zira, teslimden sonra oluşacak ayıp nedeniyle değer kaybı müteahhide yüklenmemeli ve fakat teslimden sonraki değer azalmasında müteahhidin kusuru söz konusu ise zarar tazmini olarak müteahhitten talep edilebilmelidir⁴⁵⁴. Son olarak, bedeldeki indirim, ayıp oranında yapılmalı ve eserin değerini aşmamalıdır⁴⁵⁵.

İşin bedelinin para olarak kararlaştırıldığı hallerde, iş sahibi henüz işin bedelini ödemedi ise ayıp oranında bir indirim yaparak bedeli ödeyebileceği gibi bedelin peşin ödenmesi halinde, işlerin parasal karşılığını yükleniciden faiziyle birlikte geri isteyerek talepte bulunabilir⁴⁵⁶. İş sahibinin bu durumdaki iade talebi, sebepsiz zenginleşme hükümlerine değil sözleşme hükümlerine dayanmaktadır.

⁴⁵¹ Uçar, s.187; Yavuz, s.535; Zevkliler/Ertay/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.600; Aydemir, s.355.

⁴⁵² Eren, s.650; Selimoğlu, s.154; Yavuz, s.533; Aydemir, s.356.

⁴⁵³ Selimoğlu, s.155; Aral/Ayrancı, s.408.

⁴⁵⁴ Uçar, s.189.

⁴⁵⁵ Eren, s.650.

⁴⁵⁶ Selimoğlu, s.155.

Bu nedenle iade borcuna ilişkin zamanaşımında Türk Borçlar Kanunu'nun 147. maddesinin 6. bendi uygulama alanı bulacaktır. Maddede, “yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacakların” 5 yıllık zamanaşımına tabi olacağı düzenlenmiştir⁴⁵⁷.

9.1.1.3.4. Eserin Onarılmasını İsteme Hakkı

Önemli ölçüde ayıplı veya sözleşmeye aykırı olmayan eserlerde iş sahibi, bedelde indirim yerine eserin onarılmasını talep etme hakkına da sahiptir. İş sahibinin bu hakkını kullanması, eserin onarılmasının mümkün olması ve onarımın yüklenici aleyhine aşırı masraflı olmaması şartlarına bağlıdır⁴⁵⁸. Onarımın aşırı masraflı olmasına rağmen iş sahibinin onarım hakkını kullanmak istemesi halinde bu istemi geçersiz sayılacak ve iş sahibi, zamanaşımı süresi içerisinde diğer haklarını kullanabilecektir⁴⁵⁹. Buna mukabil, yüklenici, eserin sahip olacağı nitelikleri garanti etmişse onarım, yüklenici için aşırı masraf gerektirse dahi iş sahibinin eserin onarımını talep hakkı olacaktır. Yüklenici tarafından gerekli onarım yapılmazsa, iş sahibi, onarımı bir üçüncü kişiye yaptırıp bedelini tazminat kapsamında yükleniciden talep edebilecektir. Onarımın bir üçüncü kişiye yaptırılması için hakimden izin alma zorunluluğu da bulunmamaktadır⁴⁶⁰.

İş sahibinin eserin onarılmasını isteme hakkı kapsamında ayıbın giderilmesi gündeme geldiğinde müteahhit, eserin ayıpsız olarak ifa edilmesi için eserin tesliminden sonra meydana gelen masraf artışının riskine katlanmalıdır. Buna mukabil, iş sahibinin de sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden daha nitelikli malzeme kullanılmasını talep hakkı da bulunmamaktadır. Bu yöndeki bir talebin kabulü ancak yükleniciyle bu hususta mutabakata varılmış olmasına bağlıdır⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Öz, s.206.

⁴⁵⁸ Eren, s.651; Selimoğlu, s.158; Yavuz, s.535; Zevkliler/Ertay/Havutcu/Aydoğdu/ Cumalıoğlu, s.600; Aydemir, s.357.

⁴⁵⁹ Öz, s.209; Yavuz, s.535.

⁴⁶⁰ Eren, s.651; Selimoğlu, s.158; Yavuz, s.535.

⁴⁶¹ Şenocak, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002, s.156.

Müteahhidin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için iş sahibi tarafından müteahhide objektif kriterlere göre belirlenecek, ayıpların onarılması için yeterli bir süre tayin edilmelidir. Onarım için yapılacak tüm masraflar da kural olarak müteahhide ait olmakla birlikte; istisna olarak, eser ayıpsız olarak yapılsaydı dahi iş sahibine ait olacak masraflar müteahhide yüklenmemelidir⁴⁶².

Ayıbın giderilmesi kapsamında nasıl bir yöntemin tercih edileceği hususu da müteahhidin yetkisi dahilindedir. Meğer ki; ayıbın nasıl giderileceğinin her iki tarafın anlaşması ile kararlaştırılacağı sözleşmede yer alsın. Ancak müteahhit, bu yetkisini kullanırken eserin zamanında teslim edilmesi gerektiğini de göz önünde bulundurmalı ve buna uygun bir yöntem tercih etmelidir⁴⁶³.

Eserin ayıplı olmasından doğan seçimlik hakların kullanılmakla sona ermesi kuralının bir istisnası, iş sahibi tarafından eserin onarılması seçimlik hakkı kullanıldıktan sonra dahi eserdeki ayıbın varlığının devam etmesidir. İşsahibi, bu halde, diğer seçimlik haklarından olan sözleşmeden dönme ve bedelde indirim haklarından birini kullanabilecek ve bununla birlikte müteahhidin kusuru halinde tazminat da talep edebilecektir⁴⁶⁴. Bu nedenle, onarım talep hakkı, hukuk nitelik olarak yenilik doğurucu hak olarak nitelendirilmemekte ve ayıpsız ifa yükümlülüğünün bir sonucu olarak görülmektedir. Buna mukabil, iş sahibinin onarım talebinden sonra yüklenici bu talebin gereklerini yerine getirmişse artık bedelden indirim ve sözleşmeden dönme hakları kullanılamayacaktır⁴⁶⁵.

9.1.1.3.5. İş Sahibinin Tazminat İsteme Hakkı

Türk Borçlar Kanunu'nun 475.maddesinin 2.fıkrasına göre; iş sahibinin ayıptan doğan seçimlik hakları ile birlikte eğer şartları mevcutsa tazminat talep etme hakkı da saklıdır⁴⁶⁶. Diğer bir ifadeyle, seçimlik haklar ile tazminat talep etme hakkı

⁴⁶² Uçar, s.197.

⁴⁶³ Şenocak, s.157.

⁴⁶⁴ Uçar, s.166.

⁴⁶⁵ Öz, s.210.

⁴⁶⁶ Eren, s.652; Erzurumluoğlu, s.181; Aydemir, s.358.

birlikte kullanılabilir; ancak bu halde tazminat bedeli hesaplanırken seçimlik haklardan birinin kullanılmış olması dikkate alınacaktır⁴⁶⁷.

Tazminat talep edebilmenin ilk koşulu eserin ayıplı olması olup bununla birlikte iş sahibinin zarara uğramış olması aranır. Zararın kapsamına ayıp nedeniyle oluşan zararlar dahil olduğu gibi ayıbı takip eden yoksun kalınan karlar da dahildir⁴⁶⁸. Satış sözleşmesinde ayıplı ifa halinde alıcının sözleşmeden dönmesinin hukuki sonuçlarının düzenlendiği TBK m. 229'da; satıcının, alıcının yalnızca ayıplı maldan doğan doğrudan zararını gidermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Buna mukabil, eser sözleşmesi bakımından kanun koyucu 475.maddenin 2.fikrasında bu yönde bir ayırım yapmadığından iş sahibi dolaylı zararlardan da sorumlu olacaktır⁴⁶⁹. Ayıpla zarar arasında uygun illiyet bağı da aranan bir diğer şarttır. Zararın ayıp nedeniyle meydana geldiği sonucuna ulaşılabiliriyorsa uygun illiyet bağının var olduğu kabul edilir⁴⁷⁰.

Son olarak, tazminat talebinin kabul edilebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şartı aranır. Kusur; kast, ağır ihmal veya hafif ihmal şeklinde söz konusu olabilir⁴⁷¹. Kusuru ispat yükünün kimde olduğu hususu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kusuru ispat yükü TBK m.112 gereğince müteahhide aitken; diğer görüşe göre, genel ispat kuralı uygulama alanı bulmalı ve iş sahibi, MK m.6 uyarınca zararının varlığı ve miktarı yanında müteahhidin kusurunu da ispat etmelidir⁴⁷².

Yüklenicinin borcunu ifa etmesini engelleyen durumların varlığını ispatlayarak kusursuzluğunu ileri sürmesi mümkündür; ancak ekonomik durumunun yeterli olmadığı, eserin ayıpsız ifası için yeterli yardımcısının bulunmadığı gibi iddialar kusursuzluk nedeni değildir⁴⁷³.

⁴⁶⁷ Selimoğlu, s.158; Aral/Ayrancı, s.411; Yavuz, s.535; Zevkliler/Ertay/Havutcu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, s.600.

⁴⁶⁸ Eren, s.653; Selimoğlu, s.158.

⁴⁶⁹ Eren, s.653.

⁴⁷⁰ Eren, s.653.

⁴⁷¹ Eren, s.653.

⁴⁷² Uçar, s.169; Yavuz, s.536.

⁴⁷³ Duman, Kusur, s.143.

Zararın miktarı hesaplanırken somut olayın özellikleri ve müteahhidin kusurunun ağırlığı dikkate alınmalıdır. Buna mukabil, iş sahibinin müterafik kusuru da mevcut ise tazminat miktarında bu kusur oranınca indirim yapılması gündeme gelecektir⁴⁷⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinin 2.fıkrasında yer alan tazminat talep hakkının genel hükümlere göre talep edilebileceği düzenlendiğinden bu tazminatın ayıba özgü bir tazminat olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, tazminat talebi bakımından uygulanacak zamanaşımı Türk Borçlar Kanunu'nun 478. maddesinde düzenlenen ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin zamanaşımını süresi olmayıp genel hükümlerde düzenlenen TBK m. 147'deki 5 yıllık zamanaşımı süresidir. Genel hükümlerin uygulanmasının bir diğer sonucu ise, TBK m. 148'e göre, tarafların anlaşması ile bu sürenin değiştirilemeyecek olmasıdır⁴⁷⁵.

9.1.1.4. Ayıptan Doğan Davaların Tabi Olduğu Zaman Aşımı

TBK m. 478'de, iş sahibinin yükleniciye karşı ayıptan sorumluluğu nedeniyle açacağı davaların belirli bir zamanaşımı süresine tabi olduğu düzenlenmiştir. Buna göre; kanun koyucu, eserler bakımından taşınmazlar ve taşınmaz dışındakiler olmak üzere ikili bir ayrımı tercih etmiştir. Zamanaşımı, eserin teslim tarihinden başlamak üzere, taşınmaz yapılarda 5 yıl ve taşınmaz dışındaki yapılarda ise 2 yıldır⁴⁷⁶.

Yüklenicinin ağır kusurunun bulunduğu hallerde ise eserin taşınmaz olup olmadığına bakılmaksızın, iş sahibinin ayıp nedeniyle yükleniciye yöneltebileceği davalar 20 yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır⁴⁷⁷. Kusur, kasıt veya ihmal

⁴⁷⁴ Uçar, s.223; Aydemir, s.358.

⁴⁷⁵ Öz, s.221.

⁴⁷⁶ Yavuz, s.532.

⁴⁷⁷ Eren, s.654; Selimoğlu, s.169;Acar, s.102, Yavuz, s.532.

sonucu zararı ortaya çıkaran davranış olup niteliğinin ağır olup olmadığı objektif olarak belirlenmelidir⁴⁷⁸.

Belirtmek gerekir ki; m. 478, yalnızca ayıp nedeniyle açılacak davalardaki zamanaşımı süresine ilişkin olup eser sözleşmesinden ve fakat ayıp dışındaki bir nedenden doğan talep ve davalar Türk Borçlar Kanunu'nun 147.maddesinin 6.fıkrasına göre 5 yıllık zamanaşımına tabidir⁴⁷⁹.

TBK m.148.'e göre; Türk Borçlar Kanunu'nun birinci kısım üçüncü bölüm ikinci ayrımında belirlenen zamanaşımı süreleri sözleşme ile değiştirilemezler. Buna mukabil, TBK m. 478, bu ayrımda yer almadığından ayıba ilişkin zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile uzatılması veya kısaltılması mümkündür⁴⁸⁰. Ancak, bu halde, belirlenecek yeni süre genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık zamanaşımı süresinden fazla olamaz ve yüklenicinin ağır kusuruna ilişkin 20 yıllık zamanaşımı süresi kısaltılamaz⁴⁸¹. Yine, zamanaşımı süresinden önceden feragat edilmesi de mümkün değildir⁴⁸².

Bu noktada yüklenici tarafından verilen ayıp garantisi kavramından da bahsetmek gerekecektir. Ayıp garantisi ile yüklenici, taahhüt ettiği garanti süresi içerisinde ortaya çıkacak tüm açık ve gizli ayıpları gidermeyi iş sahibinin bildirim yükümlülüğüne bağlı olmaksızın üstlenir⁴⁸³. Garanti süresinin en fazla ne kadar süre için kararlaştırılabileceği konusunda ise farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, bu süre en fazla TBK m.478'e göre taşınırlarda iki yıl, taşınmazlarda beş yıl olan zamanaşımı süresi kadar kararlaştırılabilecekken diğer bir görüşe göre, genel zamanaşımı süresi olan on yıl için kararlaştırılabilir. Yargıtay'ın da on yıllık ayıp garantisi süresi kararlaştırılmasında hukuka aykırılık olmadığı yönünde görüş bildirdiği kararları mevcuttur⁴⁸⁴.

⁴⁷⁸ Erzurumluoğlu, s.183.

⁴⁷⁹ Erzurumluoğlu, s.183; Selimoğlu, s.169.

⁴⁸⁰ Yavuz, s.532.

⁴⁸¹ Selimoğlu, s.172; Yavuz, s.532.

⁴⁸² Selimoğlu, s.171.

⁴⁸³ Selimoğlu, s.174.

⁴⁸⁴ Yargıtay 15.Hukuk Dairesi'nin 14.05.2015 tarihli ve E.2014/5560-K.2015/2560 sayılı kararında; "Taraflar arasında düzenlenen 09.10.2009 tarihli sözleşmenin içeriğinde "her türlü

9.1.1.5. Ayıptan Sorumluluğu Kaldıran Veya Sınırlayan Anlaşmalar

Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler emredici nitelik taşımadığından, tarafların, sorumsuzluk anlaşması yapması mümkündür. Belirtmek gerekir ki, taraflar arasında bir sorumsuzluk anlaşması olması halinde dahi yüklenicinin ağır kusuru varsa sorumsuzluk anlaşması geçersiz olacaktır⁴⁸⁵.

9.1.2. FIDIC Kapsamında Müteahhidin Sorumluluğu

FIDIC' te ayıp kavramı, sözleşme ile taahhüt edilen veya objektif olarak eserde bulunması gereken özelliklerin bulunmaması haliyle eserin eksik yapılması halini kapsamaktadır. Ayıp kavramı bakımından FIDIC'teki düzenlemeleri, Türk hukukundan ayıran nokta eksik işlerin de ayıp kavramına dahil edilmiş olmasıdır. Bununla birlikte, müteahhidin, mühendisin talimatlarına aykırı davranması sonucu oluşan durumlar da ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasını gündeme getirecektir. Belirtmek gerekir ki; FIDIC Kırmızı Kitap'ın 13.1. maddesine göre mühendisin talimat verme yetkisi bu talimatın kabul edilebilir olması halinde mümkündür. Zira, mühendisin, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden daha iyi kalitede malzeme kullanılması talimatı verme yetkisi

malzeme, iskele işçilik velhasıl) teknik ölçülere uygun şekilde anahtar teslimi yapılmış olup, işi yapan Göktaş firması tarafından her türlü malzeme ve işçilik 10 yıl süre ile garanti altına alınmıştır." ifadesi bulunmaktadır. Bu ifadeden her türlü malzeme ve işçilik hatalarının davalı firmanın garantisi altında bulunduğu anlaşılmaktadır. Sözleşmede garanti hükmünün bulunması halinde, gizli ayıptan ortaya çıkması durumunda, ayrıca ayıp ihbarına gerek kalmaksızın gizli ayıptan mütevellit zarar, garanti süresi içerisinde her zaman talep edilebilir. Bu durumda, ayıp ihbarına gerek olmadığından kaybin giderilme bedelinin hesaplanması gerekmekte olup, mahkemece yargılama sırasında uzman bilirkişi görüşü alınmamıştır. O halde mahkemece yapılması gereken iş; davacının gizli ayıptan kaynaklanan zararının gerekiyorsa mahallinde keşif yapılarak uzman bilirkişi vasıtasıyla, dosyada mevcut tespit raporundaki veriler de dikkate alınarak, tespit tarihi itibarıyla hesaplanmasından ve bu miktarın davalı yükleniciden tahsiline karar verilmesinden ibarettir. Mahkemece, ayıp ihbarının sözleşmedeki 10 yıllık garanti süresi dikkate alınmadan, süresinde yapılmadığı gerekçesiyle davanın reddi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir." denilmektedir. (<http://www.kazanci.com.tr>)

⁴⁸⁵ Eren, s.655.

bulunmadığı gibi daha kötü kalitede malzeme kullanılması talimatı vermesi de mümkün değildir⁴⁸⁶.

Yüklenicinin işleri özenle gerçekleştirmek ve ayıpları gidermekle yükümlü olduğu FIDIC Kırmızı Kitap'ın genel yükümlülükler başlıklı 8.1. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁸⁷. Bununla birlikte FIDIC Kırmızı Kitap'ta, müteahhidin işi zamanında tamamlama yükümlülüğü yanında yine aynı tamamlama süresi içerisinde işin sözleşmeye uygunluğunu gösteren testleri yapma ve iş sahibinin geçici kabulüne hazır hale getirme yükümlülüğü de düzenlenmiş haldedir⁴⁸⁸. İşte, ayıbın giderilmesi, işin iş sahibi tarafından geçici kabulünün yapılmasından sonra ortaya çıkan hukuki bir sonuçtur⁴⁸⁹. Bu noktada, Türk hukukundaki düzenlemeyi FIDIC Kırmızı Kitap'taki ayıba karşı sorumluluğa dair düzenlemeden ayıran nokta, Türk hukukunda kabul kavramından geçici kabulün değil kesin kabulün anlaşılmasıdır⁴⁹⁰.

FIDIC Kırmızı Kitap'a göre müteahhidin ayıptan sorumluluğunu incelerken işin geçici kabulünün yapılması öncesi ve sonrası olmak üzere ikili bir ayırım yapmak yerinde olacaktır.

Geçici kabul belgesinin düzenlenmesinden önce, FIDIC Kırmızı Kitap m. 9.1'e göre; müteahhit işin tamamlanarak testlerin yapılmasına hazır olduğunu mühendise bildirmeli ve mühendis de ihbarnamenin kendisine ulaşmasından sonra işleyecek 21 günlük sürenin sonundan itibaren 14 gün içerisinde testlerin yapılacağı yer ve zamanı müteahhide bildirmelidir⁴⁹¹. Bu sürenin, mühendis ve müteahhidin anlaşmasıyla bu sürenin uzatılması da mümkündür⁴⁹². Testlerin olumlu sonuçlanması halinde mühendis testleri onaylayacak, buna mukabil, testlerin olumsuz sonuçlanması halinde ise m.7.5'e göre işi reddedebilecektir. Testlerin olumsuz sonuçlanması halinde mühendis, testlerin yeniden yapılması ve

⁴⁸⁶ Atik, s.74.

⁴⁸⁷ Selimoğlu, s.101.

⁴⁸⁸ Acar, s.67.

⁴⁸⁹ Acar, s.68.

⁴⁹⁰ Budak, s.97.

⁴⁹¹ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.179.

⁴⁹² Acar, s.69.

ayıbın giderilmesi talimatını verebilir. İş sahibi de geçici kabul belgesinin düzenlenmesinden önce bu ayıpların giderilmemesi halinde, mühendise geçici kabulün yapılması talimatını vererek sözleşme bedelinden indirim yapılmasını isteyebilecektir. İş sahibinin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanması da mümkündür⁴⁹³.

İşin geçici kabulünün hangi usule göre yapılacağı FIDIC Kırmızı Kitap'ın 10.1. maddesinde düzenlenmiştir⁴⁹⁴. Buna göre; işin testlerden geçmiş olması şartıyla, müteahhit işin kendisine göre tamamlanacağını düşündüğü tarihten en geç 14 gün öncesinde mühendise bir ihbarda bulunacak ve mühendis de eğer işin sözleşmeye uygun tamamlandığını düşünüyorsa bu ihbarnameyi aldığı tarihten itibaren 28 gün içerisinde geçici kabul belgesini düzenleyecektir⁴⁹⁵.

FIDIC Kırmızı Kitap m. 1.13.7'ye göre; ayıp ve ihbar süresinin başlaması geçici kabul belgesinin düzenlenmesinin bir hukuki sonucu ise de geçici kabul belgesinin düzenlenmesinden sonra ayıpların giderilmesi özellikle Kıta Avrupası hukuk sisteminde ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde değerlendirilmemelidir. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kesin kabul belgesinin düzenlenmesinden sonra başlayacak olup geçici kabul belgesinin düzenlenmesinden sonra müteahhidin ayıpları gidermesi, aynen ifa yükümlülüğünün yerine getirilmesidir⁴⁹⁶. Şöyle ki; Anglo Sakson hukuk sistemlerinde hakim, sözleşmenin sona ermesinden sonra eksik ve ayıpların giderilmesine hükmetme yetkisi bulunmamakta ve hakim, müteahhidi yalnızca tazminata hükmedebilmektedir. Buna mukabil, inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi açısından önem teşkil eden unsur tazminat değil eserin meydana getirilmesidir. İşte, FIDIC Kırmızı Kitap'ta geçici kabul belgesinin düzenlenmesinden sonra ayıpların giderilmesi için süre verileceğinin düzenlenmesi, iş sahibinin ayıpların giderilmesini talep etme hakkını sağlamak amacı gütmektedir. Müteahhidin eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmesi ve teslimi yükümlülüğü iş sahibi

⁴⁹³ Acar, s.71.

⁴⁹⁴ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.183.

⁴⁹⁵ Acar, s.76.

⁴⁹⁶ Acar, s.85; Klee, s.280.

açısından sözleşmenin en önemli unsuru kabul edilmesinin bir diğer sonucu da FIDIC Kırmızı Kitap'ın 11.10. maddesinde düzenlenmektedir⁴⁹⁷. Buna göre; her ne kadar işin kesin kabulünün yapılmasıyla sözleşmenin sona ereceği düzenlenmekte ise de sözleşme, kesin kabul belgesinin düzenlenmesi sırasında tamamlanmayan borçlar açısından yürürlükte kalmaya devam edecek ve müteahhit bu borçlarını ifa etmemekten sorumlu olacaktır⁴⁹⁸.

Kesin kabul belgesinin düzenlenmesinden sonra ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin olarak ise sözleşmede herhangi bir düzenleme bulunmamakla beraber iş sahibinin ayıptan doğan hakları, sözleşmenin tabi olduğu hukuka göre belirlenecektir⁴⁹⁹.

Taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, geçici kabul ile inşaatın kullanıma uygun hale gelmesi sonucu yapının iş sahibi tarafından kullanılması yüklenicinin ayıptan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır⁵⁰⁰.

9.1.2.1. İşin Geçici Kabulünden Sonra İş Sahibinin Ayıplı Veya Eksik İfa Nedeniyle Sahip Olduğu Hakları Kullanabilme Şartları

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 11.maddesi iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesini belirli şartlara tabi kılmış olup bunlar; ayıbın makul süre içerisinde giderilmemesi ve müteahhide ayıbın giderilmesi için kesin süre verilmesidir.

9.1.2.1.1. Ayıbın Makul Süre İçerisinde Giderilmemesi

Ayıbın makul süre içerisinde giderilmemesi şartının gerçekleşmesi için öncelikle bu ayıbın ayıp süresi içerisinde ihbar edilmesi gerekir. FIDIC Kırmızı Kitap m.11.1'de müteahhidin ayıpları kendiliğinden giderme imkanının olmadığı açıkça düzenlenmiştir⁵⁰¹. Diğer bir ifadeyle, müteahhide, ayıpların bildirilmesi gerekmektedir. FIDIC Kırmızı Kitap'ın 11.2. maddesine göre, bu bildirim

⁴⁹⁷ Bunni, s.546.

⁴⁹⁸ Acar, s.84.

⁴⁹⁹ Acar, s.86; Budak, s.97.

⁵⁰⁰ Sözen, s.201.

⁵⁰¹ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.189.

gecilmeksizin yapılmalıdır; ancak tarafların bir bildirim süresi kararlaştırması mümkündür⁵⁰². İş sahibi veya mühendis tarafından ayıp ihbar süresi içerisinde bildirim yapılması, iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi için ilk koşuldur. Ayıp ihbar süresi ise, geçici kabul ile kesin kabul belgeleri arasındaki süreyi ifade eder⁵⁰³. İşte, müteahhit, kendisine yapılan bu bildirimden sonra makul süre içerisinde ayıbı gidermezse bu kez iş sahibi, iş sahibinin yetkili temsilcisi veya mühendis tarafından gönderilecek bir ihtarname ile ayıbın giderilmesi için müteahhide kesin süre verilir⁵⁰⁴.

Ayıptan doğan sorumluluk hükümleri bakımından bir diğer önemli husus, müteahhidin ayıplardan sorumlu olduğu süredir. Tarafların bu süreyi serbestçe kararlaştırarak sözleşmede yer vermeleri mümkündür. Bu yönde bir anlaşma olmaması halinde ise bu süre, sözleşmeye uygulanacak hukuk hükümlerine göre belirlenecektir⁵⁰⁵.

9.1.2.1.2. Ayıbın Giderilmesi İçin Kesin Süre Verilmesi

Müteahhide kendisinin makul süre içerisinde ayıpları gidermemiş olması nedeniyle gönderilecek ihtarnamede verilecek kesin sürenin hesabında, ilk seferde verilen makul sürenin hesabında da geçerli olduğu üzere ayıbın giderilmesi için harcanacak süre, ayıplı malzemelerin ayıpsız malzemelerle değiştirilmesi için gerekli olan süre dikkate alınmalıdır⁵⁰⁶.

Türk Hukuku ile Sözleşme arasında ayıbın giderilmesi amacıyla süre verilmesi bakımından farklılık olduğu görülmektedir. Öyle ki; TBK m. 474'e göre, ayıba karşı sorumluluk hükümlerine başvurulabilmesi için uygun süre içerisinde yükleniciye bildirim yapılması yeterli görülmüşken ve herhangi bir ek süre verilmesi yönünde düzenleme mevcut değilken, FIDIC Kırmızı Kitap'ta müteahhide öncelikle makul daha sonra ise kesin süre verilmesi şartı aranmaktadır. FIDIC Kırmızı Kitap, bu açıdan değerlendirildiğinde borca aykırılık

⁵⁰² Atik, s.78.

⁵⁰³ Acar, s.89.

⁵⁰⁴ Acar, s.90.

⁵⁰⁵ Atik, s.79.

⁵⁰⁶ Acar, s.91.

nedeniyle sorumluluk hükümlerine dayanıldığı anlaşılmaktadır. FIDIC Kırmızı Kitap, yalnızca bulunması gereken niteliklerin bulunmaması halini değil ve aynı zamanda işin eksik yapılması halini de ayıp kavramına dahil ettiğinden borca aykırılık hükümlerinin uygulanması da mümkün hale gelmektedir⁵⁰⁷.

9.1.2.2. İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları

9.1.2.2.1. İş sahibinin Sözleşmeye Aykırılığın Giderilmesini İsteme Hakkı

Müteahhidin sözleşme ile yüklendiği esas borcu eseri ayıpsız bir şekilde teslim etmektir. Bu borca bağlı olarak FIDIC Kırmızı Kitap'ın 11.3. maddesinde ayıpların giderilmesinin müteahhide ait olduğu düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğün gereği olarak işverenin ayıpların giderilmesini talep etmesi halinde yüklenici, 1987 tarihli dördüncü basım FIDIC Kırmızı Kitap'ın 49.3. maddesinde de belirtildiği üzere, bu masraflara katlanmalıdır⁵⁰⁸. Müteahhit inşaatın ayıplarını giderirken, inşaatın meydana getirilmesi yükümlülüğünde olduğu gibi, inşaatın yapıldığı yerin hukuk kurallarına uygun davranmalıdır⁵⁰⁹.

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 15.1. maddesinde müteahhidin sözleşmeye herhangi bir aykırılığı halinde, mühendisin de bir ihtarname göndermek suretiyle aykırılığın giderilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Belirtilen süre içerisinde aykırılığın giderilmemesi halinde iş sahibi, m.15.2.'ye göre, sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olmaktadır⁵¹⁰.

Bu noktada, iş sahibinin sözleşmeyi fesih hakkına sahip olabilmesi için mühendisin müteahhide FIDIC Kırmızı Kitap m.15.1. uyarınca ihtarname göndermesinin bir zorunluluk olmadığını belirtmek gerekir. Öyle ki; mühendisin müteahhide bir ihtarname göndermemesi halinde dahi iş sahibi, m.15.1.'e göre bu ihtarnameyi gönderdiğini müteahhide bildirerek ve sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için makul süre tanıyarak sözleşmeyi feshetme hakkına kavuşabilir. Belirtmek gerekir ki; bu ihtarnamenin FIDIC Kırmızı Kitap'ın 1.3. maddesindeki

⁵⁰⁷ Acar, s.92.

⁵⁰⁸ Akıncı, s.49.

⁵⁰⁹ Atik, s.79.

⁵¹⁰ Bunni, s.548.

usule uygun ve yazılı olması, bir nüshasının mühendise gönderilmesi ve giderilmesi istenen aykırılığın açık bir şekilde belirtilmesi gerekir⁵¹¹.

9.1.2.2.2. İş Sahibinin Ayıbı Kendisinin Yönetiminde Giderme Hakkı

Ayıpların giderilmesi, 1987 tarihli dördüncü basım FIDIC Kırmızı Kitap'ın 49.2. maddesine göre, kural olarak müteahhide ait olmakla birlikte verilen süre içerisinde müteahhit tarafından ayıbın giderilmemesi halinde, iş sahibi, yine masrafları müteahhit tarafından karşılanmak üzere bu ayıpların giderilmesi için üçüncü bir kişi ile anlaşabilir. Meğer ki; ayıp, yüklenici dışında bir kişi veya olaydan kaynaklansın⁵¹². Ayıpların üçüncü kişi tarafından giderilmesi iş sahibinin haklarından birini tercih etmesidir. Bu nedenle, müteahhit, bu üçüncü kişilerin fiillerinden ve yapılan işin sonucundan sorumlu değildir⁵¹³.

İş sahibinin, inşaatı yer alan ayıpları kendisinin yönetiminde giderme hakkı, Türk Borçlar Kanunu'nun 473.maddesinde düzenlenen eserin onarımını talep etme hakkı ile örtüşmektedir. Belirtmek gerekir ki; iş sahibinin bu hakkını doğrudan kullanması söz konusu olmayıp müteahhidin makul süre içerisinde ayıbı gidermemesi ve müteahhide ihtarnâme ile kesin süre verilmesi şartlarının öncelikli olarak yerine getirilmesi gerekmektedir⁵¹⁴.

9.1.2.2.3. İş Sahibinin Bedelden İndirim Yapılmasını Talep Etme Hakkı

Türk Borçlar Kanunu'nun 475.maddesindeki düzenleme ile paralel olarak iş sahibinin, bedelden indirim yapılmasını talep etme hakkı da FIDIC Kırmızı Kitap m.11.4.2.'de yer almaktadır. FIDIC Kırmızı Kitap, bu indirim bedelinin hesaplanmasına dair herhangi bir usul belirtmemekle birlikte bu bedelin ayıp ile eserin değerinde gelen azalmanın esas alınarak hesaplanabileceği söylenebilir. İş sahibinin belirlediği indirim miktarında tarafların mutabakat sağlayamaması halinde mühendisin önemli bir görevi, bedelde indirim miktarını hakkaniyetli olarak belirlemek ve bu bedeli taraflara gerekçeleriyle birlikte bildirmektir. Bu

⁵¹¹ Acar, s.99.

⁵¹² Akıncı, s.49.

⁵¹³ Atik, s.80.

⁵¹⁴ Acar, s.94.

halde taraflar, mühendisin bildirdiği indirim bedeline uymakla mükelleftirler⁵¹⁵. Mühendisin görevi bedeli belirlemekle sınırlı olup mühendisin, indirim yapılıp yapılmayacağı konusunda bir karar verme yetkisi bulunmamaktadır⁵¹⁶.

9.1.2.2.4. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı, FIDIC Kırmızı Kitap 11.4.2. maddesinde, sözleşme konusu işin tamamından veya önemli bir bölümünden beklenen faydanın büyük oranda eksilmesi şartına bağlanmıştır⁵¹⁷. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması ile birlikte, sözleşme hiç yapılmamış sayılmakta ve taraflar aldıklarını geri vermekle yükümlü olmaktadır.

Dönme hakkının kullanılabilmesi için yukarıda bahsedilen işin tamamından veya önemli bir bölümünden beklenen faydanın büyük oranda eksilmesi şartı, borca aykırılık hallerinde uygulama alanı bulan Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinde yer almamaktadır. Buna mukabil, aynı şart, Türk Borçlar Kanunu'nun 475.maddesinde yerini bulan ayıba karşı tekeffül nedeniyle sözleşmeden dönme hakkı ile örtüşmektedir. Yalnız, FIDIC Kırmızı Kitap m.11.4.2 ve Türk Borçlar Kanunu'nun 475.maddesi arasında ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme bakımından farklı yönde bir düzenleme de olduğunu belirtmek gerekir. Şöyle ki; Türk Borçlar Kanunu'nun 475.maddesinin 3.fıkrasına göre, dönme hakkının kullanılması için ek olarak sözleşmeden dönmeyen müteahhit için aşırı masraflı olmaması aranmaktaysa da FIDIC Kırmızı Kitap'ta bu yönde bir şart bulunmamaktadır. İş sahibi bu halde de sözleşmeden dönebilir ve fakat müteahhidin sorumluluğu, FIDIC Kırmızı Kitap m.17.6.'ya göre sınırlandırılmış olduğundan bu sınırı aşan miktarı talep edemez⁵¹⁸.

⁵¹⁵ Acar, s.95.

⁵¹⁶ Atik, s.81.

⁵¹⁷ Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.192.

⁵¹⁸ Acar, s.96.

Belirtmek gerekir ki; iş sahibinin, diğer seçimlik haklarını kullanarak inşaatın tamamlanmasını sağlayabilecekken sözleşmeden dönme hakkını kullanması dürüstlük kuralına aykırılık olarak nitelendirilebilecektir⁵¹⁹.

9.1.2.2.5. İhtiyat Kesintisinin Alıkonması

FIDIC Kırmızı Kitap'ta, ayıpların varlığı halinde, bu ayıplara karşılık gelecek bedelin hakkaniyetli şekilde belirlenerek mühendis uhdesinde tutulabileceği de düzenlenmiştir. Alıkonulan bu bedelin müteahhide ödenmesi konusundaki yetki ise mühendise aittir⁵²⁰.

1987 tarihli FIDIC'in 60.3. maddesine göre; alıkonulan bu bedelin yarısı geçici kabul belgesi düzenlendiğinde diğer yarısı ise kesin kabul dönemi sona erdiğinde müteahhide ödenebilecektir⁵²¹.

⁵¹⁹ Atik, s.81.

⁵²⁰ Köksal, International Construction Law, s.165.

⁵²¹ Akıncı, s.50.

10.1. FIDIC ŞARTLARINDA YER ALAN DİĞER YÜKÜMLÜLÜKLER

10.1.1. Teminat Gösterme Yükümlülüğü

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin sözleşme ile yüklendiği edimi ifa etmemesi veya ayıplı ifa etmesi halinde iş sahibinin uğrayacağı zararı tazmin etmek amacıyla müteahhit tarafından teminat gösterilmektedir.

Bu teminat türlerinden ilki, tarafların, sözleşme bedeli üzerinden belirli bir oranı belirlenmesi ve bu orana karşılık gelen meblağın müteahhide ödenmesi gereken hak edişlerden iş sahibi tarafından kesilmesidir. FIDIC Kırmızı Kitap'ın 14.9. maddesine göre, iş sahibi, bu bedelin yarısını geçici kabul belgesinin düzenlenmesi ile ve diğer yarısını ise kesin kesin kabul döneminin sona ermesiyle müteahhide ödeyecektir⁵²². Yine aynı düzenleme kapsamında, mühendisin, ayıpların giderilmesi için yapılması gereken harcamaların hak edişlerden kesilmesi ve müteahhide ödenmemesi konusunda yetkisi bulunmaktadır⁵²³.

Uluslararası inşaat sözleşmelerinde karşılaşılan bir diğer teminat türü ise müteahhit tarafından teminat senedi verilmesidir. Müteahhit tarafından verilecek teminat senedinin müteahhidin ifa borcunun bir teminatı mı olduğu yoksa borcu ifa etmemeden doğacak zararın tazmin edilmesini mi garanti altına aldığı sözleşme ile kararlaştırılacaktır. Bununla birlikte; teminat sentleri, iş sahibinin, sözleşmeye aykırılığı ispat külfeti altında bulunup bulunmamasına göre de ikiye ayrılırlar. İş sahibinin herhangi bir ispat külfeti bulunmadığı teminat senetlerinde iş sahibi, teminat bedelinin ödenmesini talep ettiğinde müteahhit, sözleşmedeki yükümlülüklerini sözleşmeye göre ifa ettiği yönünde bir itirazda bulunamaz ve teminat bedelinin iş sahibine ödenmesini engelleyemez. Buna mukabil, teminat bedelinin talep edilmesi belirli şartlara bağlanmış olabilir. Bu halde, iş sahibi, müteahhidin sözleşmeye aykırılığını ispat ederek teminat bedelini talep edebilecektir. Sözleşme ekiyle bir teminat mektubu formu kararlaştırılmış ise müteahhidin bu forma uygun bir teminat düzenleme yükümlülüğü vardır. FIDIC Kırmızı Kitap m.4.2.'ye göre, müteahhit, iş sahibi tarafından teminatın

⁵²² Barr/Grutters, FIDIC Users' Guide, s.223.

⁵²³ Acar, s.112.

onaylandığının kendisine varmasından sonra 28 gün içerisinde teminatı, iş sahibine ve bir örneğini de mühendise teslim etmelidir. Aksi halde, iş sahibi, teminat bedelinin kendisine ödenmesini talep edebilecektir. Kesin kabul belgesinin düzenlenmesi halinde ise iş sahibi, bu belgenin düzenlenmesinden sonra 21 gün içinde teminatı müteahhide iade etmekle yükümlüdür⁵²⁴. Belirtmek gerekir ki; teminatın alınacağı kuruluş için iş sahibinin onayı aranmaktadır. Teminat için yapılacak masraflar ise taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece müteahhide ait olacaktır⁵²⁵.

Son olarak, tarafların, ön ödeme teminatının ödenmesi konusunda anlaşmış olmaları da mümkündür. Bu halde, iş sahibinin müteahhide yapmış olduğu ön ödeme karşılığında müteahhit de bir ön ödeme teminatını iş sahibine teslim etmektedir. İş sahibinin yaptığı bu ön ödeme, hak edişlerin %10' u aşmasından sonra iş sahibine iade edilmeye başlanmaktadır⁵²⁶.

10.1.2. Başarılı Sonuç Yükümlülüğü

FIDIC Kırmızı Kitap'ın 4.1. maddesinde düzenlenen müteahhidin sözleşme ile üstlendiği işi sözleşme hükümleri ve mühendisin talimatı uyarınca yerine getirme yükümlülüğü, doğrudan başarılı sonuç yükümlülüğünü doğurmamaktadır. Ancak sözleşme serbestisi kapsamında müteahhidin başarılı sonuç yükümlülüğünü üstlenmesi gündeme gelebilir. Müteahhidin başarılı sonuç yükümlülüğünü üstlendiği hallerde de müteahhit, kusurların giderilmesinden sorumlu olacaktır. Kusurların giderilmesine ilişkin masraflara iş sahibinin katlandığı hallerde dahi müteahhidin başarılı sonuç yükümlülüğü devam edecektir⁵²⁷.

⁵²⁴ Acar, s.114.

⁵²⁵ Töre, s.217.

⁵²⁶ Acar, s.116.

⁵²⁷ Hök, s.40.

11.1. SONUÇ

FIDIC hazırlamış olduğu standart sözleşmeler ile inşaat sözleşmesinin tarafları olan iş sahibi ve yüklenicinin yükümlölükleri arasında dengenin sağlanmasını amaçlamıştır. Hazırlanan bu standart sözleşmeler aynı zamanda, tarafların, önceden vakıf olamadıkları bir hukuka tabi olmaksızın hak ve yükümlölüklerini detaylı olarak bilebilecekleri bir düzenlemeye tabi olmasını sağlamaktadır. Böylece taraflar, sözleşmeden doğan yükümlölüklerin yerine getirilmesi esnasında doğabilecek riskleri öngörebilmektedirler.

FIDIC Sözleşmeleri, farklı inşaat modelleri için ayrı ayrı düzenlenmiş olmakla birlikte çalışmamızın konusu olan inşaat işleri sözleşme şartlarının düzenlendiği Kırmızı Kitap'ın son baskısı 1999 tarihinde yayımlanmıştır. Standart sözleşmelerin belirli aralıklarla güncellenmesi ile amaçlanan tarafların ihtiyaçlarına cevap verebilir bir metin yakalamak olup Kırmızı Kitap'ın son baskısı ile standart sözleşmede yer alan madde sayısı 20'ye indirilmiş ve daha pratik hale getirilmiştir.

FIDIC Standart Sözleşmeleri'nde tarafların hak ve yükümlölükleri detaylıca düzenlenmiş ise de çalışmada inceleme konusu yapılan müteahhide ait yükümlölükler; inşaatın ayıpsız olarak meydana getirilmesi, inşaatın yapımı için araç-gereç ve malzeme sağlanması, eserin yapımında özen gösterme ve nihayetinde eseri teslimidir.

Uluslararası inşaat projelerinde yaygın olduğu gibi ulusal projelerde de uygulaması her geçen gün artan FIDIC Sözleşmeleri, tarafların, sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe kararlaştırabileceklerini düzenlemektedir. Sözleşmeye uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması halinde, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelecektir. Zira, Türk Borçlar Kanunu'nda inşaat sözleşmeleri ayrıca düzenlenmemiş olup eser sözleşmesinin bir türü olarak nitelendirilmektedirler. FIDIC Sözleşmeleri'nde hüküm olmayan hallerde boşluklar sözleşmeye uygulanacak hukukun hükümlerine göre doldurulacak olup

bu boşlukların doldurulması sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hukuk kurallarına aykırı olamayacaktır. Bu nedenle, taraflar arasında her ne kadar FIDIC Sözleşmeleri kararlaştırılmış olsa da sözleşmeye uygulanacak hukukun hükümlerinin detaylıca bilinmesi ve FIDIC Sözleşmeleri ile farklılıklarının belirlenmesi önem arz etmektedir.

FIDIC Standart Sözleşmeleri'nin kabul edildiği ve sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Türk Hukuku'nun kararlaştırıldığı bir inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin hangi borçlar altında olacağına tezde yer verilmeye çalışılmıştır. Sonuç itibariyle bu yükümlülüklerin neler olacağı, ne gibi benzerlikler ve farklılıklar arz ettiği aşağıda özetlenmektedir.

Eseri meydana getirme borcu bakımından yüklenicinin, eseri doğrudan kendisi meydana getirme veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlü olduğu Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Kanunun düzenlemesi bakımından asıl yüklenicinin, bir alt yüklenicilik sözleşmesi kapsamında eseri bir başkasına yaptırmasına engel bulunmamaktadır. FIDIC Kırmızı Kitap'ta da Türk Borçlar Kanunu ile paralel olarak alt yüklenici ile eserin meydana getirilmesi mümkündür. Buna mukabil, FIDIC Kırmızı Kitap'ta, Türk Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak eserin tamamının yapımının alt yükleniciye verilmesi yasaklanmıştır.

Yüklenici, sözleşmenin konusu açısından teknik bilgilere vakıf olan kişidir. Bu sebeple, araç ve gereç ile malzeme sağlama borcu bakımından, gerek Türk Borçlar Kanunu gerekse FIDIC Kırmızı Kitap bu yükümlülüğün, yükleniciye ait olduğunu düzenlemektedir.

Eseri teslim borcu, Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte eseri gözden geçirme ve bildirme külfeti, hasar ve yararın geçişi, yüklenicinin bedel alacağının muaccel olması eserin teslimine bağlanan sonuçlardır. Bu sebeple, yüklenicinin eseri teslim borcu altında olduğu kabul edilmelidir. FIDIC Kırmızı Kitap'ta ise, geçici kabul ve kesin kabul olmak üzere ikili bir ayrımın varlığı kabul edilmiştir. Geçici kabule engel oluşturan durumların

varlığı halinde, mühendis, eksik ve ayıpları müteahhide bildirecek ve ancak bu eksik ve ayıpların giderilmesinden sonra geçici kabul belgesi düzenlenecektir.

Türk Borçlar Kanunu'nda özen yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir. Özen kavramı, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstereceği özen olarak tanımlanmakla objektif bir özen ölçütü getirilmiştir. Yine FIDIC Kırmızı Kitap, bu borç bakımından Türk Borçlar Kanunu ile paralel olup sözleşmede, objektif özen ölçütü kabul edilmiştir.

Ayıp, sözleşme ile eserde bulunulacağı kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralına göre bulunması gereken özelliklerin bulunmamasını ifade eder. Türk Borçlar Kanunu, ayıplı eserden yüklenicinin sorumlu tutulacağını düzenlemiştir. Bahse konu sorumluluk hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi ancak ve ancak teslimden sonra mümkündür. Buna mukabil, FIDIC Kırmızı Kitap'a göre, ayıplı işlerdeki ayıbın giderilmesi işin geçici kabulünden sonra ortaya çıkan hukuki sonuçtur.

KAYNAKÇA

- ACAR, Hakan, **FIDIC Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri**, Ankara, 2015
- AKINCI, Ziya, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir, 1996
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 2017
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 11. Baskı, Ankara, 2015
- ATALAY, Oğuz, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, Editörler Hakan PEKCANITEZ/ Muhammet ÖZEKES/ Mine AKKAN/ Hülya TAŞ KORKMAZ, İstanbul, 2017
- ATİK, Ebru Tüzemen, **FIDIC Kırmızı Kitap (New Red Book) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVIII Y.2014, Sa.2, sayfa53-84
- AYANOĞLU, Taner, **Yapı Hukukunun Genel Esasları**, İstanbul, 2014
- AYDEMİR, Efrail, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, Ankara, 2016
- AYDIN, Yakup, **FIDIC Sözleşmelerinde Mühendis Kavramı**, Mali Hukuk, Sayı: 144, Kasım-Aralık 2009
- BARR, BRIAN and GRUTTERS, LEO, **FIDIC Users' Guide**, London, 2014
- BRUNNER, Christoph, **Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles**, The Netherlands, 2009
- BUDAK, S. Aslı, **“Türk Eser Sözleşmesi Hukuku Işığında FIDIC Sözleşmeleri”**, Editörler Yeşim M.ATAMER/Ece Baş SÜZEL/Elliott GEISINGER, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul/Cenevre, 2016
- BUNNİ, Nael G., **The FIDC Forms of Contract Third Edition**, The United Kingdom, 2005
- BUZ, Vedat, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara, 2014
- DAYINLARLI, Kemal, **Joint Venture Sözleşmesi**, Ankara, 1999
- DUMAN, İlker Hasan, **İnşaat Hukuku**, Ankara, 2016
- DUMAN, İlker Hasan, **İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralı**, Ankara, 2016

DUMAN, İlker Hasan, **İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusur**, Ankara, 2016

DUMAN, İlker Hasan, **İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Yargıcın Rolü ve Takdir Yetkisi**, Ankara, 2016

EKİNCİ, Hüseyin, **Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu**, Ankara, 2015

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2015

ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Olumsuz Zarar**, İstanbul, 2008

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, **Sözleşmeler Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2015

GÖKYAYLA, Emre, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, 2009

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Cilt 2, İstanbul, 2014

GÜNDOĞDU, Fatih, **Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul, 2014

HÖK, Götz-Sebastian, **Uluslararası İnşaat Hukuku FIDIC Red Book (Kırmızı Kitap) 1999 Hakkında Açıklamalar** (Çeviren C. Gökhan Erbaş), Ankara, 2009

ITANİ, A. Hilal, **The Consequences of Belated Determination of Extension Claims Under FIDIC Contracts**, Cost Engineering, August 2009, Vol. 51 Issue 8, sayfa 24-29

İNAN, Ali Naim/YÜCEL, Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2014

KARADAŞ, İzzet, **Eser Sözleşmeleri**, Ankara, 2016

KLEE, Lukas, **International Construction Contract Law**, The United Kingdom, 2015

KOSTAKOĞLU, Cengiz, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul, 2015

KÖKSAL, Tunay, **Contract Management and Dispute Resolution in International Construction**, Ankara, 2016

KÖKSAL, Tunay, **International Construction Law**, Ankara, 2013

KÖKSAL, Tunay, **Model Sözleşme Örnekleri ile Uluslararası İnşaat Hukuku**, Ankara, 2011

KÖKSAL, Tunay, **Uluslararası İnşaat Sözleşmesi Modeli Olarak FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları**, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt 2010-1 Sayı 20

KURT, Leyla Müjde, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara, 2012

LİNA, Chen, **Role of Engineer Under FIDIC Form Contract**, Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice, April 1997

NDEKUGRI, Issaka/ SMITH, Nigel/ HUGHES, Will, **The Engineer Under FIDIC's Conditions of Contract for Construction**, Construction Management and Economics, July 2007-25, s.791-799

OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/ÖZDEMİR, Saibe Oktay, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2009

ÖZ, Turgut, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, 2016

POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2015

SEİFERT, Bryan M., **International Construction Dispute Adjudication Under International Federation of Consulting Engineers Conditions of Contract and the Dispute Adjudication Board**, Journal of Professional Issues in Engineering Education and Practice, April 2005, s.149-157

SELİMOĞLU, Yaşar Engin, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, 2016

SEROZAN, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul, 2007

SÖZEN, Zeynep, **FIDIC Genel Koşullarından Örneklerle İnşaat Sözleşmelerinin Yönetimi**, İstanbul, 2015

ŞEN, Mustafa Serhat/ŞEN, Mustafa Kamil, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Gecikme Tazminatı ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Kira Tazminatı**, Ankara, 2017

ŞENOCAK, Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, 2002

TÖRE, Nazlı, **FIDIC Kurallarının Karşılaştırmalı Hukuktaki Yeri**, Ankara, 2011

TÜREGÜN, Necip, **FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri**, İnşaat Sözleşmeleri-Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer (Ankara 18-29 Mart 1996), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2.Tıpkı Basım, Ankara, 2001, s.253-285

UÇAR, Ayhan, **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül** Borcu, Ankara, 2003

UYANIK, Nedim, **İnşaat İşlerinde Sözleşme Yönetimi**, İstanbul, 2004

YAVUZ, Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 12.Baskı, Hazırlayanlar: Prof. Dr. Cevdet Yavuz, Doç. Dr. Faruk Acar, Doç. Dr. Burak Özen, İstanbul, 2013

YILMAZ, Halil, **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi ve Uygulaması**, Ankara, 2015

YÜCE, Melek Bilgin, **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, İstanbul, 2015

ZEVKLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTCU, Ayşe/AYDOĞDU, Murat/CUMALIOĞLU, Emre, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler**, İzmir, 2013

ELEKTRONİK AĞ ADRESLERİ

<http://fidic.org/>

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

<http://library.bilgi.edu.tr/>

<http://malihakem.com>

