

**T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ ve FIDIC BAKIMINDAN
MÜTEAHHİDİN BORÇLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
MEHMET ALİ TANGÖR
20610563**

**TEZ DANIŞMANI
Yrd. Doç. Dr. MÜRSEL BAŞGÜL**

ANKARA – 2009

**T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ ve FIDIC BAKIMINDAN
MÜTEAHHİDİN BORÇLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
MEHMET ALİ TANGÖR
20610563**

**TEZ DANIŞMANI
Yrd. Doç. Dr. MÜRSEL BAŞGÜL**

ANKARA – 2009

TEŐEKKÖR

Eğitim hayatım boyunca desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen canım annem, babam ve ağabeyime; yüksek lisans tezimin yazımı konusunda değerli yardım ve katkılarıyla beni yönlendiren danışman hocam Sayın Yrd. Doç. Dr. Mürsel BAŐGÖL'e teőekkörü bir borç bilirim. Ayrıca yüksek lisans boyunca maddi kaynak sağlayarak eğitimime destek olan Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na (TÖBİTAK) da teşekkür ederim.10/06/2009

Mehmet Ali TANGÖR

ÖZET

İdare üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirebilmek ve kendi ihtiyaçlarını karşılayabilmek için inşa eserlerine ihtiyaç duyar. İnşa eserinin yapımı için yapılacak inşaat sözleşmesinden önce ihale usulü uygulanarak müteahhidin seçilmesi gerekir. İhale sonucunda, belirlenen müteahhidin inşa eseri meydana getirip teslim etme, idarenin de inşa eseri karşılığında ücret ödeme borcu altına girdiği kamu ihale inşaat sözleşmesi yapılmaktadır.

Kamu ihale inşaat sözleşmesi özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. Sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, sözleşme öncesi ihale usulünün uygulanması bu hususu değiştirmez. Kamu ihale inşaat sözleşmesi borçlar hukuku sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmelerine temelde benzemekle birlikte, bu tür sözleşmelerden ayrılan noktaları da bulunmaktadır. İstisna sözleşmesinde ayrılan noktalarda idarenin, kendi lehine üstün hak ve yetkiler getirdiği görülmektedir. İdarenin ücret ödeme borcu karşısında müteahhidin üstlenmiş olduğu borçların ayrıntılı bir biçimde incelenmesi kamu ihale inşaat sözleşmesinin daha net bir biçimde anlaşılmasına ve hak ve borçların adilane dağılımı ile ilgili sorunların ortaya konmasına yardımcı olacaktır.

Çalışmada kamu ihale inşaat sözleşmelerinde idare ile müteahhit arasında hak ve borçların adilane dağılımı ilgili sorunlar ortaya konulacak ve ilgili yerlerde BK'da yer alan istisna sözleşmesine ilişkin hükümlere atıfta bulunulacaktır. Bu sorunların çözümüne ilişkin çözüm önerilerinde bulunmak amacıyla uluslararası alanda yaygın bir kullanım alanı olan, hak ve borçların adilane dağılımı bakımından örnek niteliğindeki FIDIC standart sözleşmelerinde müteahhidin borçları da inceleme konusu yapılacaktır. Burada FIDIC standart sözleşmelerinden Kırmızı Kitap'ın (The Red Book) 1987 tarihli 4. baskısı ile 1999 tarihli 5. baskısı ele alınmıştır. Böylece FIDIC standart sözleşmelerinin kendi içindeki gelişim çizgisi de yansıtılacaktır. Ayrıca ülkemizin son dönemde mevzuatını uyumlaştırdığı AB hukuku bakımından da kamu ihale inşaat sözleşmeleri ile ilgili düzenlemelere yer verilecektir. İdare tarafından yapılan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin borçlarının nasıl düzenlendiği hem ülkemizdeki hem uluslararası alandaki düzenleme ve uygulamalar göz önüne alınarak inceleme konusu yapılacaktır.

Anahtar kelimeler: Kamu ihale inşaat sözleşmesi, Müteahhidin borçları, FIDIC.

ABSTRACT

Administration, public services have been undertaken as required to fulfill their needs and to meet the needs of construction works. Construction work for the construction of the construction contract before selecting contractors to tender procedure must be applied. Tender as a result, construction work of contractors is determined to bring about the delivery, administration of the construction work of the gold into debt to pay fees for the public construction contracts are tendered.

Private law to public procurement contracts are construction contracts. Agreement by one of the administration that the agreement before the implementation of these issues does not change the tender procedure. Public procurement of construction contract law agreements between debt agreements basically similar with the exception, this type of contract that has separated. Separated points of contract administration exception, in favor of their return is seen above the rights and privileges. Administration of the fee payment of a debt against the contractors have undertaken a detailed format of the debt to be reviewed in public procurement construction contract in a way more clearly understood and fair distribution of rights and obligations related to the issue put in place will help.

Construction contract administration and contractors to tender for work in public rights and obligations of the related problems of fair distribution in the appropriate locations in the BK will be the exception and provisions relating to the contract will be referenced. For the resolution of these issues in order to offer suggestions for solutions in the international arena as a common field of use, rights and obligations in the nature of the sample in terms of fair distribution of FIDIC standard contract debts to contractors in the review will be conducted. FIDIC standard contract here for the the Red Book 1987, dated 4th with the 5th edition, dated 1999 pressure has been taken up. Thus, the development of their own line of FIDIC standard contract will be reflected also. Also in the last period of our country in terms of legislation in compliance EU public procurement law regulations related to construction contracts will be given. By the administration of construction contracts contractor is organized and how the debts our country and international regulations and practices will be taken into consideration in the review.

Key words: Public procurement of construction contracts, contractor's debts, FIDIC.

İÇİNDEKİLER

| | |
|------------------|------|
| TEŞEKKÜR..... | I |
| ÖZET..... | II |
| ABSTRACT..... | III |
| KISALTMALAR..... | XIII |
| GİRİŞ..... | 1 |

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN GENEL YAPISI

| | |
|--|-----------|
| I. İDARENİN TARAF OLDUĞU ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ..... | 4 |
| 1. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmeler..... | 4 |
| A. İdarî Sözleşmeler..... | 4 |
| B. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri..... | 9 |
| 2. İdarî Sözleşme-Özel Hukuk Sözleşmesi Ayrımının Sonuçları..... | 10 |
| 3. Kamu İhale Sözleşmelerinin Durumu..... | 11 |
| II. KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI ve İLGİLİ | |
| KAVRAMLAR..... | 14 |
| 1. Kamu İhale İnşaat Sözleşmesi Tanımı | 14 |
| 2. Kamu İhale İnşaat Sözleşmesi İle İlgili Kavramlar..... | 15 |
| A. Kamu İhalesi..... | 15 |
| a. Kamu İhalesi Tanımı..... | 15 |
| b. Kamu İhalesinin Hukukî Niteliği..... | 17 |
| c. Kamu İhalesi Türleri..... | 19 |
| B. Şartname..... | 20 |
| a. Şartname Tanımı..... | 20 |
| b. Şartnamenin Hukukî Niteliği..... | 20 |
| aa. Genel İşlem Şartları..... | 22 |
| aaa. Genel İşlem Şartları Tanımı..... | 22 |
| bbb. Genel İşlem Şartlarının Hukukî Niteliği..... | 23 |
| ccc. Şartname - Genel İşlem Şartları Arasındaki İlişki..... | 26 |
| c. Şartname Türleri..... | 27 |
| aa. İdarî Şartname..... | 27 |

| | |
|--|-----------|
| bb. Teknik Şartname..... | 28 |
| C. Proje..... | 29 |
| a. Projenin Tanımı..... | 29 |
| b. Projenin Hukukî Niteliği..... | 30 |
| c. Proje Türleri..... | 33 |
| aa. Ön (Avan) Proje..... | 33 |
| bb. Kesin Proje..... | 33 |
| cc. Uygulama Projesi..... | 33 |
| d. Uygulama Projesinin Müteahhit Tarafından Hazırlanması..... | 34 |
| III. KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ..... | 36 |
| IV. KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN TARAFLARI..... | 39 |
| 1. İş Sahibi (İdare)..... | 39 |
| A. Kamu İhale İnşaat Sözleşmelerine Taraf Olabilecek İdareler..... | 39 |
| B. Kapsamdaki İdareler Tarafından Kamu İhale İnşaat Sözleşmesi Yapılmaması ve Sonuçları | 42 |
| 2. Müteahhit..... | 46 |
| A. Genel Olarak..... | 46 |
| B. Birden Çok Müteahhidin İnşa Eserini Meydana Getirmeyi Birlikte Üstlenmesi..... | 48 |
| a. Konsorsiyum..... | 49 |
| aa. Konsorsiyum Tanımı..... | 49 |
| bb. Konsorsiyumun Hukukî Niteliği..... | 51 |
| cc. Konsorsiyumun Özellikleri..... | 54 |
| b. İş Ortaklığı..... | 57 |
| aa. İş Ortaklığı Kavramı..... | 57 |
| aaa. Joint Venture - İş Ortaklığı Ayrımı..... | 57 |
| bbb. İş Ortaklığı Tanımı..... | 59 |
| bb. İş Ortaklığının Hukukî Niteliği..... | 60 |
| cc. İş Ortaklığının Özellikleri..... | 62 |
| V. KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN UNSURLARI..... | 64 |
| 1. İnşa Eseri Unsuru..... | 64 |
| A. İstisna Sözleşmesi Bakımından İnşa Eseri..... | 64 |
| B. Kamu İhale İnşaat Sözleşmeleri Bakımından İnşa Eseri..... | 66 |

| | |
|---|-----------|
| 2. Meydana Getirme (İnşa Etme) Unsuru..... | 67 |
| A. İstisna Sözleşmesi Bakımından Meydana Getirme..... | 67 |
| B. Kamu İhale İnşaat Sözleşmeleri Bakımından Meydana Getirme..... | 68 |
| 3. Ücret Unsuru..... | 68 |
| A. İstisna Sözleşmesi Bakımından Ücret..... | 68 |
| B. Kamu İhale İnşaat Sözleşmeleri Bakımından Ücret..... | 70 |
| 4. Anlaşma Unsuru..... | 71 |
| A. İstisna Sözleşmesi Bakımından Anlaşma..... | 71 |
| B. Kamu İhale İnşaat Sözleşmeleri Bakımından Anlaşma..... | 73 |
| VI. KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ..... | 74 |

İKİNCİ BÖLÜM

AB HUKUKU ve FIDIC KIRMIZI KİTAP (THE RED BOOK)

BAKIMINDAN MÜTEAHHİDİN BORÇLARI

| | |
|---|-----------|
| I. AB HUKUKU BAKIMINDAN MÜTEAHHİDİN BORÇLARI..... | 79 |
| 1. AB Hukukunun Kaynakları..... | 79 |
| A. Birincil Mevzuat..... | 80 |
| B. İkincil Mevzuat..... | 80 |
| a. Tüzük..... | 80 |
| b. Direktif..... | 81 |
| c. Karar..... | 81 |
| d. Tavsiye ve Görüş..... | 82 |
| 2. Kamu İhale İnşaat Sözleşmelerine İlişkin AB Düzenlemeleri..... | 82 |
| 3. 2004/18/EC Sayılı AB Direktifinin Getirdiği Müteahhit İle İlgili Düzenlemeler..... | 84 |
| A. Kamu İhale İnşaat Sözleşmesi..... | 84 |
| a. Kamu İhale İnşaat Sözleşmesi Tanımı..... | 84 |
| b. Kamu İhale İnşaat Sözleşmesinin Kapsamı..... | 86 |
| B. Müteahhit..... | 87 |
| a. Müteahhit Tanımı..... | 87 |
| b. Alt Müteahhit..... | 88 |
| C. Teknik Şartname..... | 89 |
| D. Sözleşmelerin İfasına İlişkin Koşullar..... | 91 |

| | |
|---|-----------|
| II. FIDIC KIRMIZI KİTAP (THE RED BOOK) BAKIMINDAN MÜTEAHHİDİN | |
| BORÇLARI..... | 92 |
| 1. FIDIC'in Kuruluş, Amaç ve Faaliyetleri..... | 93 |
| 2. FIDIC Standart Sözleşme Türleri..... | 94 |
| A. İnşaat İşleri Sözleşmesi ve İdarî Şartnamesi (The Red Book)..... | 94 |
| B. Donanım İşleri ve Tasarla Yap Modeli İşler İçin İnşaat Sözleşmesi (The Yellow Book)..... | 95 |
| C. Mühendislik - Satın Alma Yapım/Anahtar Teslimi Projeler İçin İnşaat Sözleşmesi (The Silver Book)..... | 95 |
| D. Kısa Sözleşme (The Green Book)..... | 95 |
| 3. FIDIC Standart Sözleşmelerinin Genel Yapısı..... | 96 |
| 4. FIDIC Kırmızı Kitapta (The Red Book) Müteahhidin Borçları..... | 96 |
| A. Kesin Teminat Verme Borcu..... | 96 |
| a. Genel Olarak..... | 96 |
| b. Kesin Teminatın Verilmesi..... | 97 |
| c. Kesin Teminatın Geçerlilik Süresi ve Geri Verilmesi..... | 98 |
| B. Müteahhidin İnşa Eserini Meydana Getirme Borcu..... | 100 |
| a. Genel Olarak..... | 100 |
| b. Müteahhidin İnşa Eserini Şahsen Meydana Getirmesi..... | 101 |
| aa. Genel Olarak..... | 101 |
| bb. Müteahhidin Temsilci Tayin Etmesi..... | 102 |
| c. Müteahhidin İnşa Eserini Alt Müteahhit İle Birlikte Meydana Getirmesi.... | 105 |
| aa. Alt Müteahhit Tanımı..... | 105 |
| bb. Alt Müteahhit Türleri..... | 106 |
| aaa. Onaylanmış Alt Müteahhit..... | 106 |
| bbb. Atanmış Alt Müteahhit..... | 107 |
| cc. Alt Müteahhide Yapım İşinin Tamamının Devredilmesi Yasağı..... | 112 |
| dd. Asıl Müteahhidin Alt Müteahhitten Dolayı İş Sahibine Karşı Sorumluluğu..... | 112 |
| C. Müteahhidin Araç - Gereç, Malzeme ve Demirbaş Sağlama Borcu..... | 113 |
| a. Müteahhidin Araç - Gereç Sağlama Borcu..... | 113 |
| aa. Araç - Gereç Tanımı..... | 113 |
| bb. Araç - Gerecin Müteahhit Tarafından Sağlanması..... | 114 |

| | |
|--|-----|
| cc. Araç - Gerecin Müteahhit Tarafından Sağlanması Yolları..... | 116 |
| aaa. Araç - Gerecin Yurtdışından Sağlanması..... | 116 |
| bbb. Araç - Gerecin Finansal Kiralama (Leasing) İle Sağlanması..... | 118 |
| dd. Araç - Gerecin Başka İşlerde Kullanılması Yasağı..... | 119 |
| b. Müteahhidin Malzeme Sağlama Borcu..... | 120 |
| aa. Malzeme Tanımı..... | 120 |
| bb. Malzemenin Müteahhit Tarafından Sağlanması..... | 121 |
| cc. Malzemenin Belirli Bir Kalitede Olması..... | 122 |
| aaa. Genel Olarak..... | 122 |
| bbb. Malzeme ve Demirbaşların Test Edilmesi..... | 123 |
| aaaa. Test İçin Numunelerin Sağlanması..... | 123 |
| bbbb. Testin Yapılması..... | 125 |
| ccc. Malzeme ve Demirbaşların Reddedilmesi..... | 128 |
| dd. Malzeme ve Demirbaşların Taşınması..... | 131 |
| D. Müteahhidin Sadakat ve Özen Gösterme Borcu..... | 133 |
| a. Genel Olarak..... | 133 |
| b. Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcunun Başlıca Görünüm Biçimleri..... | 134 |
| aa. İnşaat İşlerinin Sözleşme Hükümlerine Uygun Yürütülmesi..... | 134 |
| bb. Müteahhidin Koruma Yükümlülükleri..... | 137 |
| cc. Müteahhidin Kanun ve Diğer Hukukî Düzenlemelere Uyması..... | 140 |
| dd. Müteahhidin Kendisine Verilen Çizim ve Dokümanları Kullanması ve Geri Vermesi..... | 141 |
| c. Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcuna Aykırı Davranışının Sonuçları..... | 143 |
| E. Müteahhidin Sigorta Yaptırma Borcu..... | 143 |
| a. Genel Olarak..... | 143 |
| b. Araç-Gerecin, Malzemenin, Demirbaşın ve Yapılan İşlerin Sigortalanması (İnşaat Sigortası)..... | 144 |
| aa. Kapsamı..... | 144 |
| bb. İstisnalar..... | 147 |
| c. Malî Mesuliyet Sigortası..... | 148 |
| d. Müteahhidin Personelinin Uğrayacağı Kaza ve Yaralanmalara Karşı Sigorta Yaptırması..... | 149 |
| e. Müteahhidin Sigorta Yaptırırken Yerine Getirmesi Gerekenler..... | 151 |

| | |
|---|-----|
| F. Müteahhidin İnşa Eserinin Yapımına Zamanında Başlama, Devam Etme ve Bitirme Borcu..... | 152 |
| a. Genel Olarak..... | 152 |
| b. Müteahhidin İş Programı Hazırlaması..... | 153 |
| aa . İş Programının Hazırlanması..... | 153 |
| bb. İş Programının Revize Edilmesi..... | 154 |
| c. Müteahhidin İnşa Eserinin Yapımına Zamanında Başlaması..... | 155 |
| d. İnşa Eseri Yapımının İş Programına Uygun Olarak Yürütülmesi..... | 156 |
| e. İnşa Eserinin Zamanında Bitirilmesi..... | 157 |
| f. Gecikme Tazminatı..... | 158 |
| G. Müteahhidin İnşa Eserini Teslim Borcu..... | 160 |
| a. Genel Olarak..... | 160 |
| b. Müteahhidin İnşa Eserini Teslim Borcunu Yerine Getirmesi..... | 162 |
| H. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu..... | 163 |
| a. Genel Olarak Ayıba Karşı Tekeffül Borcu..... | 163 |
| b. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Şartları..... | 165 |
| aa. İnşa Eseri Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olmalı..... | 165 |
| bb. İnşa Eseri Ayıplı Olmalı..... | 166 |
| aaa. Genel Olarak Ayıp Kavramı..... | 166 |
| bbb. İnşa Eserinde Ayıbın Mevcut Olması..... | 168 |
| aaaa. Sözleşmede Taahhüt Edilen Niteliklere ve Mühendisin Talimatlarına Aykırılıktan Kaynaklanan Ayıp..... | 168 |
| bbbb. İnşa Eserinin Kullanımı İçin Gereken Niteliklerin Bulunmamasından Kaynaklanan Ayıp..... | 170 |
| cc. İnşa Eserinin Muayene ve Ayıbın İhbar Edilmesi..... | 171 |
| c. Müteahhidin Ayıplardan Sorumlu Olduğu Süre..... | 172 |
| d. İnşa Eserinin Ayıplı Olmasının Sonuçları..... | 173 |
| aa. Ayıbın Giderilmesi..... | 173 |
| aaa. Ayıbın Müteahhit Tarafından Giderilmesi..... | 173 |
| bbb. Ayıbın Üçüncü Kişi Tarafından Giderilmesi..... | 175 |
| bb. İnşa Eserindeki Ayıpların Sebeplerinin Araştırılması..... | 176 |
| cc. Makul Oranda Ücretten İndirim Yapılması..... | 177 |
| dd. İnşaat Sözleşmesinden Dönme..... | 178 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE MÜTEAHHİDİN
BORÇLARI

| | |
|---|------------|
| I. KESİN TEMİNAT VERME BORCU..... | 181 |
| 1. Genel Olarak..... | 181 |
| 2. Kesin Teminat Olabilecek Değerler..... | 182 |
| A. Teminat Mektubunun Hukukî Niteliği..... | 183 |
| B. Teminat Mektubunun Şekli..... | 185 |
| C. Teminat Mektubu Verecek Kuruluşlar..... | 185 |
| D. Teminat Mektubunun Geçerlilik Süresi..... | 186 |
| 3. Kesin Teminatın Geri Verilmesi..... | 186 |
| II. MÜTEAHHİDİN İNŞA ESERİ MEYDANA GETİRME BORCU..... | 188 |
| 1. Müteahhidin İnşa Eserini Şahsen Meydana Getirmesi..... | 188 |
| A. Genel Olarak..... | 188 |
| B. Müteahhidin Temsilci Tayin Etmesi..... | 190 |
| 2. Müteahhidin İnşa Eserini Alt Müteahhit İle Birlikte Meydana Getirmesi..... | 192 |
| A. Alt Müteahhit Tanımı..... | 192 |
| B. Alt Müteahhidin Belirlenme Usulü..... | 193 |
| C. Alt Müteahhide Yapım İşinin Tamamının Devredilmesi Yasağı..... | 194 |
| D. Asıl Müteahhidin Alt Müteahhitten Dolayı İş Sahibine Karşı Sorumluluğu.... | 197 |
| III. MÜTEAHHİDİN ARAÇ - GEREÇ ve MALZEME SAĞLAMA BORCU..... | 199 |
| 1. Müteahhidin Araç - Gereç Sağlama Borcu..... | 199 |
| 2. Müteahhidin Malzeme Sağlama Borcu..... | 201 |
| A. Malzemenin Müteahhit Tarafından Sağlanması..... | 201 |
| a. Genel Olarak..... | 201 |
| b. Malzemenin Belirli Bir Kalitede Olması..... | 203 |
| aa. Genel Olarak..... | 203 |
| bb. Malzemenin Test Edilmesi..... | 205 |
| cc. Malzemenin Reddedilmesi..... | 206 |
| B. Malzemenin İdare Tarafından Sağlanması..... | 207 |
| a. Genel Olarak..... | 207 |
| b. Malzemenin Ocaklardan Sağlanması..... | 208 |

| | |
|---|------------|
| IV. MÜTEAHHİDİN SADAKAT ve ÖZEN GÖSTERME BORCU..... | 211 |
| 1. Genel Olarak..... | 211 |
| 2. Sadakat Borcu..... | 212 |
| 3. Özen Borcu..... | 214 |
| A. Genel Olarak..... | 214 |
| B. Müteahhidin Özen Borcunun Derecesi..... | 215 |
| C. Müteahhidin Özen Borcunun Başlıca Görünüm Biçimleri..... | 218 |
| a. İnşaat İşlerinin Sözleşme Hükümlerine Uygun Yürütülmesi..... | 218 |
| b. Müteahhidin Koruma Yükümlülükleri..... | 218 |
| D. Müteahhidin Sadakat ve Özen Gösterme Borcuna Aykırılıktan Kaynaklanan Sorumluluğu..... | 219 |
| V. MÜTEAHHİDİN SİGORTA YAPTIRMA BORCU..... | 223 |
| 1. Genel Olarak..... | 223 |
| 2. İnşaat Sigortası (Bütün Riskler – All Risk)..... | 223 |
| A. İnşaat Sigortası Tanımı..... | 223 |
| B. İnşaat Sigortasının Kapsamı..... | 224 |
| a. İnşaat Sigortasının Konusu..... | 224 |
| b. İnşaat Sigortasında Riziko..... | 225 |
| c. İnşaat Sigortasında Teminat..... | 226 |
| C. İnşaat Sigortasında Sigorta Süresi..... | 226 |
| D. İnşaat Sigortasında Sigorta Bedeli..... | 227 |
| 3. Malî Mesuliyet Sigortası..... | 228 |
| A. Malî Mesuliyet Sigortasının Tanımı..... | 228 |
| B. Malî Mesuliyet Sigortasında Riziko..... | 229 |
| C. Malî Mesuliyet Sigortasında Teminat..... | 229 |
| D. Malî Mesuliyet Sigortasında Sigorta Bedeli..... | 230 |
| 4. Müteahhidin Sigorta Yaptırırken Yerine Getirilmesi Gerekenler..... | 231 |
| VI. MÜTEAHHİDİN İNŞA ESERİNİN YAPIMINA ZAMANINDA BAŞLAMA, DEVAM ETME ve BİTİRME BORCU..... | 233 |
| 1. Müteahhidin İş Programı Hazırlaması..... | 233 |
| A. İş Programının Hazırlanması..... | 233 |
| B. İş Programının Revize Edilmesi..... | 234 |

| | |
|--|------------|
| 2. Müteahhidin İnşa Eserinin Yapımına Zamanında Başlaması ve Devam Etmesi..... | 235 |
| 3. İnşa Eserinin Zamanında Bitirilmesi..... | 237 |
| 4. Cezaî Şart..... | 239 |
| A. Cezaî Şart Tanımı..... | 239 |
| B. Cezaî Şartın Hukukî Niteliği..... | 239 |
| C. Cezaî Şart Türleri..... | 241 |
| VII. MÜTEAHHİDİN İNŞA ESERİNİ TESLİM BORCU..... | 244 |
| 1. Genel Olarak..... | 244 |
| 2. Müteahhidin Teslim Borcunu Yerine Getirmesi (Geçici Kabul)..... | 246 |
| A. Geçici Kabul Komisyonunun Kurulması ve Yetkileri..... | 246 |
| B. İnşa Eserinin Geçici Kabulünün Yapılması..... | 247 |
| a. Ön İnceleme..... | 247 |
| b. Komisyonun İnşa Eserini Geçici Kabulü..... | 248 |
| VIII. MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU..... | 250 |
| 1. Genel Olarak..... | 250 |
| 2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Şartları..... | 251 |
| A. İnşa Eserinin Geçici Kabulü (Teslim Alınması) Yapılmış Olmalı..... | 251 |
| B. İnşa Eserinin Ayıplı Olmalı..... | 251 |
| C. İnşa Eseri Muayene ve Ayıp İhbar Edilmeli..... | 254 |
| D. İnşa Eseri Kabul Edilmemiş Olmalı..... | 256 |
| 3. Müteahhidin Ayıplardan Sorumlu Olduğu Süre..... | 256 |
| 4. İnşa Eserinin Ayıplı Olmasının Sonuçları..... | 259 |
| A. Genel Olarak..... | 259 |
| B. Ayıp Oranında Ücretten İndirim Yapılması..... | 260 |
| C. Ayıbın Giderilmesi..... | 262 |
| D. Sözleşmeden Dönme..... | 264 |
| E. Ayıplardan Kaynaklanan Tazminat..... | 267 |
| a. İnşa Eseri Ayıplı Olmalı..... | 267 |
| b. İdarenin Zararı Bulunmalı..... | 267 |
| c. Ayıp ile Zarar Arasında İlliyet Bağı Bulunmalı..... | 268 |
| d. Müteahhidin Kusuru Bulunmalı..... | 268 |
| SONUÇ..... | 270 |
| KAYNAKLAR..... | 277 |

KISALTMALAR

- **AB**.....: Avrupa Birliği
- **AÜEHFD**.....: Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- **AÜHFD**.....: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- **BATİDER**.....: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
- **BİGŞ**.....: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
- **BK**.....: Borçlar Kanunu
- **bkz**.....: Bakınız
- **D**.....: Dairesi
- **E**.....: Esas
- **FIDIC**.....: Fédération International Des Ingénieurs - Conseils
- **GÜHFD**.....: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- **HD**.....: Hukuk Dairesi
- **HGK**.....: Hukuk Genel Kurulu
- **HUMK**.....: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
- **İBK**.....: İçtihadı Birleştirme Kararı
- **İSPGŞ**.....: İnşaat Sigortaları Poliçeleri Genel Şartları
- **K**.....: Karar
- **m**.....: Madde
- **MK**.....: Medeni Kanun
- **s**.....: Sayfa
- **t**.....: Tarih
- **TKHK**.....: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
- **TTK**.....: Türk Ticaret Kanunu

- **vb.....**: Ve Benzeri
- **vd.....**: Ve devamı
- **YİĞŞ.....**: Yapım İşleri Genel Şartnamesi

GİRİŞ

İdare üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirebilmek ve kendi ihtiyaçlarını karşılayabilmek için inşa eserlerinin yapımına ihtiyaç duyar. Küçük çaptaki inşa eserleri idare tarafından kendi imkanları dahilinde yapılabilir. Ancak baraj, köprü, tünel, enerji santrali gibi hacim olarak büyük ve yapımında uzmanlık gerektiren inşa eserlerinin alanında uzman sayılan müteahhitler tarafından meydana getirilmesi gerekir. Bu aşamada idare müteahhitler ile inşaat sözleşmesi yapmalıdır. Fakat inşaat sözleşmesi yapılmadan önce idare tarafından ihale usulü uygulanarak sözleşmenin karşı tarafını oluşturacak müteahhidin seçilmesi gerekir.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 01/01/2003 tarihinde yürürlüğe girmesi ile ihale sisteminde ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre kamuya gelir sağlayıcı işlerin ihalesi ve ihale sonrasında yapılacak olan sözleşmeler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na tabi olacaktır. Kamu harcamasını gerektiren işlerin ihalesi ve sonrasında yapılacak sözleşmeler ise 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre yapılacaktır. İdare tarafından yaptırılan inşa eserleri büyük oranda kamu harcamasını gerektirmektedir. Bu bakımdan inşa eserlerinin yapımı 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar'a göre oluşturulan ve "*Kamu ihale inşaat sözleşmesi*" olarak adlandırılan sözleşmelere göre olmaktadır. Ancak tip sözleşme niteliğindeki kamu ihale inşaat sözleşmesinin uygulanması aşamasında büyük problemler ve iki tarafın borçlarını yerine getirmemesinden kaynaklanan ihtilaflar ortaya çıkmaktadır. Bu problem ve ihtilafların en önemli kaynaklarından birisi kamu ihale inşaat sözleşmesinin idare tarafından tek taraflı olarak hazırlanmasıdır. İdare sözleşmeyi hazırlarken kendi lehine üstün hak ve yetkiler getirmekte ve müteahhidin borçlarını ağırlaştırmaktadır. İdare tarafından genel işlem şartları şeklinde hazırlanan kamu ihale inşaat sözleşmesinin yapılması aşamasında müteahhit tarafından dikkate alınmayan bu nitelikteki hükümler inşa eserinin yapımı sırasında büyük sorunlara neden olmaktadır. BK'da düzenlenen istisna sözleşmesi niteliğindeki kamu ihale inşaat sözleşmesi ile getirilen bu nitelikteki hükümler, hak ve borçlar dengesinin müteahhit aleyhine bozulmasına neden olur.

Üç bölümden oluşan çalışmamızda kamu ihale inşaat sözleşmesinde yer alan müteahhidin borçları tek tek incelenerek, hak ve borçların adilane dağılımının

yapılmamasının ne gibi sorunlara neden olduğu üzerinde durulacak ve bunlara ilişkin çözüm önerileri getirilecektir.

Birinci bölümde öncelikle kamu ihale inşaat sözleşmesinin idarî sözleşme-özel hukuk sözleşmesi ayrımı içindeki yeri belirlenecektir. Bu belirleme yapıldıktan sonra kamu ihale inşaat sözleşmesi ve ilgili kavramlar olan kamu ihalesi, şartname ve projenin tanımı yapılacak ve hukukî nitelikleri üzerinde durulacaktır. Daha sonra kamu ihale inşaat sözleşmesinin taraflarını oluşturan idare ve müteahhit kavramlarından ne anlaşılması gerektiği incelenecektir. Kamu ihale inşaat sözleşmesinin unsurları BK'da düzenlenen istisna sözleşmesinin unsurları ile birlikte karşılaştırılmalı olarak açıklandıktan sonra, kamu ihale inşaat sözleşmesi türleri ile bölüm sona erecektir.

İkinci bölümde ülkemiz ihale mevzuatının kaynağını teşkil eden AB ihale hukuku ile kamu ihale inşaat sözleşmesi alanında yer alan düzenlemeler incelenecektir. AB ihale hukuku ve kamu ihale inşaat sözleşmesi alanında yer alan düzenlemelerin incelenmesi, ülkemizdeki düzenlemelerin ve uygulamaların anlaşılması bakımından önem taşımaktadır. AB ihale hukukunda yer alan kamu ihale inşaat sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin ardından uluslararası alanda ve ülkemizde yaygın bir uygulama alanı bulunan FIDIC standart sözleşmeleri üzerinde durulacaktır. FIDIC standart sözleşmeleri iş sahibi ile müteahhit arasındaki hak ve borçların adilane dağıtımını bakımından örnek bir sözleşme türüdür. Ayrıca uygulamada oluşan deneyimler sonucu oluşturulduğundan ve yıllar geçtikçe revize edildiğinden uyumsuzlukların ortaya çıkmasının önüne geçilmesi bakımından önem taşımaktadır. FIDIC standart sözleşmelerinin bu niteliğinin tam anlamıyla görülebilmesi için müteahhidin borçları tek tek ele alınarak incelenecektir. Bu inceleme FIDIC Kırmızı Kitap'taki (The Red Book) hükümler üzerinden yapılacaktır. FIDIC Kırmızı Kitap'taki düzenlemelerin kendi içindeki gelişim çizgisinin de izlenebilmesi için çalışmamızda 1987 tarihli 4. baskı ile 1999 tarihli 5. baskı ele alınacaktır.

Üçüncü ve son bölümde kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhidin borçları üzerinde durulacaktır. Müteahhidin borçları incelenirken 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar'ın yanında genel işlem şartları niteliğinde olan ve kamu ihale inşaat sözleşmesinin yapılması ile birlikte akdî bir nitelik taşıyan Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ) de göz önüne alınacaktır. YİGŞ idare ve müteahhidin hak ve borçlarının büyük çoğunluğunun düzenlendiği bir metindir. Kamu ihale inşaat sözleşmesinde müteahhidin borçları

üzerinde durulurken YİGŞ'nin bir çok maddesi inceleme konusu yapılacaktır. YİGŞ yanında 4735 sayılı Kanun m.36 uyarınca BK'nın istisna sözleşmesine ilişkin maddeleri de ilgili oldukları kısım kadarıyla çalışmaya dahil edilmiştir. Böylece hem kamu ihale inşaat sözleşmesi ile istisna sözleşmesindeki müteahhidin borçları arasında bir değerlendirme yapma imkanı olacak hem de kamu ihale inşaat sözleşmelerinde düzenlenmeyen bir hususun varlığı halinde BK'nın hangi maddesinin uygulanacağı belirlenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN GENEL YAPISI

I. İDARENİN TARAF OLDUĞU ÖZEL HUKUK SÖZLEŞMELERİ

1. İdarenin Taraf Olduğu Sözleşmeler

İdare, kamu hizmetlerini yerine getirirken pek çok işlem yapar. Bu işlemler arasında kamu gücünün yetki ve ayrıcalıklarını içeren, tek yanlı irade açıklaması ile sonuç doğuran tek yanlı işlemler önemli bir yer tutar. Kamulaştırma ve istimvali idarenin tek yanlı işlemlerine örnek olarak vermek mümkündür. Ancak idare, tek yanlı işlemlerinin yanında toplumsal ihtiyaçların karşılanması ve faaliyetlerin yürütülebilmesi amacıyla özel hukuk sözleşmeleri ile kamu hizmeti ile ilgili konularda idarî sözleşmeler de yapmaktadır¹.

Bu noktada terminolojik açıdan “*İdarî sözleşmeler*” ile “*İdarenin sözleşmeleri*” kavramlarını birbirinden ayırmak gerekir. İdarenin taraf olduğu her sözleşme idarî sözleşme niteliğinde değildir. İdare bazı sözleşmelerde bir özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket eder. Bu sözleşmelere özel hukuk hükümleri uygulanır². İdarenin bir kısım sözleşmeleri ise idarî sözleşme niteliğinde olup idare hukukunun kural ve ilkelerine tabidir. Bu bakımdan “*İdarenin sözleşmeleri*” idarî sözleşmeleri ve idarenin özel hukuk sözleşmelerini kapsayan bir üst kavramdır.

A. İdarî Sözleşmeler

Kamu kuruluşları tarafından kamu hukuku kuralları çerçevesinde yapılan sözleşmelere idarî sözleşmeler denir. Ancak söz konusu tanım idarî sözleşmelerin neler olduğunu, hangi unsurlara sahip olduğunu tam olarak göstermemektedir. İdarî sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmelerinden ayırt etmek için bazı ölçütler geliştirilmiştir.

¹ KUTLU, Meltem: İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir, 1997, s.5.

² GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara, 2003, s.166.

Bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılması kanunun nitelendirmesiyle olabilir. Bazı kanunlarda idarenin taraf olduğu bir sözleşmenin idarî sözleşme olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. 10/06/1949 tarih ve 5441 sayılı Devlet Tiyatrosu Kuruluşu Hakkında Kanun m.5 “Devlet Tiyatroları sanatkâr memurları, uygulatıcı uzman memurları ve uzman memurları sanat ve yönetim kurulu kararı üzerine genel müdürle aralarında yapılacak bir yıl süreli **idarî sözleşmelerle** göreve alınırlar.” demek suretiyle söz konusu sözleşmelerin birer idarî sözleşme niteliğinde olduğuna açıkça yer vermiştir³. Bazen de kanunlarda bir sözleşmeyi açıkça idarî sözleşme olarak nitelendiren hükümler olmamakla birlikte sözleşmeye kamu hukuku kurallarının uygulanmasına ya da sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıkların idarî yargıda çözümlenmesine ilişkin hükümler yer alır⁴. Ancak idarenin taraf olduğu bir sözleşmenin nitelendirilmesi çoğu kez kanun tarafından yapılmamaktadır. Onun için bir sözleşmenin idarî sözleşme olup olmadığının belirlenmesi konusunda doktrin ve özellikle yargı kararlarında birtakım ölçütler geliştirilmiştir. Bu ölçütleri genel olarak ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki organik ölçüt, ikincisi ise maddî ölçüttür⁵.

³ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Bursa, 2006, s. 431-432.

⁴ Anayasa Mahkemesi 28/06/1995 t. ve 1994/71E. ve 1995/23K. sayılı kararında “5. madde kapsamında bulunan ve ‘Özel hukuk hükümlerine’ bağlı olduğu belirtilen sözleşmelerin (3996 sayılı kanunun ilk halindeki Yap-İşlet-Devret Sözleşmeleri) ‘İdarî sözleşmeler’ olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerin yargısal denetiminin Anayasa uyarınca idarî yargı tarafından yapılması zorunludur. 5. madde ile, bu tür sözleşmeler idarî yargının görev alanından çıkarılmakta, böylece maddenin ikinci tümcesi Anayasa’ya aykırı düşmektedir. **Çünkü, niteliği gereği idarî olan bu sözleşmelerin yasa kurallarıyla özel hukuk hükümlerine bağlı tutulması olanaksızdır.**” demek suretiyle yasa koyucunun bir sözleşmenin niteliğini istediği gibi belirleyemeyeceğini, idarî sözleşme niteliğinde olan bir sözleşmenin adlî yargı denetimine tabi tutulmasının Anayasa’ya aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Aynı yöndeki karar için bkz. Anayasa Mahkemesi 09/12/1994 t. , 1994/43E. ve 1994/42-2K. sayılı karar (www.anayasa.gov.tr). Kararların eleştirisi için bkz. GÖZLER: İdare Hukuku Dersleri, s.432.

⁵ KUTLU: s. 25-26.

i) Organik ölçüte göre bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi için öncelikle sözleşmenin taraflarından en az birinin idare olması gerekir⁶. Özel hukuk kişileri arasındaki sözleşmeler bu bakımdan idarî sözleşme niteliğinde değildir. Ayrıca kamu hizmetini gören imtiyazlı kişilerin yaptığı kamu hizmetine ilişkin sözleşmeler, keza idarenin sözleşmenin tarafı olmadığı, sadece fiyat tespiti yaptığı sözleşmeler de idarî sözleşme olarak nitelendirilemez. Bununla birlikte sözleşmenin iki tarafında da kamu tüzel kişinin olması sözleşmenin idarî sözleşme olması sonucunu doğurmaz⁷. Sözleşmenin taraflarından en az birinin idare olması idarî sözleşme için gerekli ancak yeterli değildir. Bu aşamada maddî ölçütlere başvurmak gerekir.

ii) Maddî ölçütte sözleşmenin taraflarından ziyade sözleşmenin konusu ve hükümleri göz önüne alınır. Buna göre taraflarından en az biri idare olan bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi için sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması ve sözleşmede özel hukuku aşan hükümlerin bulunması

⁶ ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt 3, İstanbul, 1966, s.1595; GÜNDAY: s.167-168; GÖZLER: İdare Hukuku Dersleri, s.433.

⁷ GÖZLER: İdare Hukuku Dersleri, s.433; GİRİTLİ, İsmail/BİLGİN, Pertev/AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku, İstanbul, 2006, s.906-907. İki kamu tüzel kişisi arasında yapılan idarî sözleşmeye örnek olarak Azot Sanayi Genel Müdürlüğü ile TEK arasında yapılmış elektrik enerjisi sözleşmesi verilebilir. Bu sözleşme ile ilgili olarak Danıştay 12.D.'si olduğu 02/11/1976 t. , 1974/1958E. ve 1976/2141K. sayılı kararda "*Konusu doğrudan doğruya veya dolayısıyla bir kamu hizmetine ilişkin ve taraflardan biri idare olan ve idarenin diğer tarafa nazaran üstün hak ve yetkilerini içeren hükümler taşıyan idarî sözleşmelerden dolayı idare ile diğer taraf arasında çıkacak uyuşmazlıkların görüm ve çözümü idarî yargı organı olarak Danıştay'a ait olduğu gibi, anılan sözleşmelerden dolayı üçüncü şahısların mevcut, meşru ve aktüel bir menfaatinin ihlal edilmesi ve sözleşmenin mevzuata aykırılığından dolayı iptali için açılan davalara ilişkin yargı denetimi de Danıştay'a aittir. Bu nedenle devamlı ve sürekli bir kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla **davalı idareler arasında akdedilen idarî sözleşmeden dolayı, davacının menfaatinin ihlali iddiasıyla ve mevzuata aykırılığından bahisle anılan sözleşmenin iptali istemiyle açılan işbu dava Danıştay'ın görevine girdiğinden görev ve ehliyeteye ilişkin def'iler yerinde görülmeyle esasın incelenmesine geçildi.**" demek suretiyle iki idare arasında idarî sözleşme yapılabileceğini kabul etmiştir (GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut: İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, Ankara, 2007, s.551-552). İki kamu tüzel kişisi arasında özel hukuk sözleşmesi yapılması da mümkündür. Bir kamu tüzel kişinin su, elektrik alımı için başka bir kamu tüzel kişi ile yaptığı abonman sözleşmesi buna örnek olarak gösterilebilir.*

gerekir⁸. Doktrinde aykırı görüşler olmasına karşın yargı içtihatlarında bu şartlar birlikte (Kümülatif) aranmaktadır. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında “*Bir sözleşmenin ‘İdarî sözleşme’ sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu veya kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuku aşan yetkiler tanınması gerekmektedir.*” demek suretiyle bu şartları birlikte aradığını göstermiştir⁹. Yargıtay da 1982 tarihli bir kararında bir kamu teşekkülünün kamu yararı gütmesinin, sözleşmenin kamu hizmeti ile ilişkili olmasının sözleşmenin idarî sözleşme olarak nitelendirilmesi için yeterli olmadığına hükmetmiştir¹⁰.

Maddî ölçüt içinde yer alan kamu hizmeti unsuru uyarınca, konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi¹¹ ya da yürütülmesine katılmasını öngören sözleşmeler idarî sözleşme niteliğindedir. Bunların dışında, sözleşmenin kamu hizmetlerinin yürütüleceği

⁸ GÜNDAY: s.168-169; GÖZÜBÜYÜK/TAN: s.552-559; GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER: s.907-910. GÖZLER’e göre bu iki şartın aynı anda gerçekleşmesi gerekmemektedir. Fransız hukukunda olduğu gibi sözleşmenin konusunun bir kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olması **veya** sözleşmede özel hukuku aşan hükümlerin bulunması idarî sözleşmenin varlığı için yeterli olduğunu savunmaktadır. Bu şartların birlikte gerçekleşmesi gerektiğinin kabul edilmesi halinde idarî sözleşme yapılabilecek alanın son derece daralacağı, çok az sayıda sözleşmenin idarî sözleşme olarak nitelendirilebileceğini savunarak Türk yargı içtihatlarını eleştirmiştir (GÖZLER: İdare Hukuku Dersleri, s.436).

⁹ Anayasa Mahkemesi 28/06/1995 t. , 1994/71E. ve 1995/23K. sayılı karar (www.anayasa.gov.tr); Anayasa Mahkemesi 09/12/1994 t., 1994/43E. ve 1994/42-2K. sayılı karar (www.anayasa.gov.tr).

¹⁰ Yargıtay 13.HD. 18/12/1982 t. , 1982/6483E. ve 1982/6996K. sayılı karar (GÖZÜBÜYÜK/TAN: s.469).

¹¹ Yargıtay 13.HD. 27/11/2006 t. , 2005/5304E. ve 2006/4486K. sayılı kararında “*Bir sözleşmenin idarî sözleşme sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin kamu idaresi, kurumu ya da kuruluşu olması; sözleşmenin kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve yönetime özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gerekir.*” demek suretiyle idarî sözleşmenin unsurları arasında sözleşmenin konusunun kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olmasını da saymıştır (Kazancı İçtihat Programı).

binanın satın alınmasına ya da kiralanmasına ilişkin olması halinde idarî sözleşme söz konusu olmamaktadır¹².

Maddî ölçüt içinde yer alan ikinci unsur da sözleşmede özel hukuku aşan hükümlerin bulunmasıdır. İdarî sözleşmelerde kamu hizmetinin yürütülmesi ve kamu yararının sağlanması ön planda olduğundan idareye bazı üstün hak ve yetkilerin verilmesi gerekir¹³. Özel hukuk sözleşmelerinde taraflar eşit konumdadır ve taraflardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sözleşmede değişiklik yapması kural olarak mümkün değildir. Taraflardan en az birinin idare olduğu, kamu hizmetinin yürütülmesine ya da yürütülmesine katılmayı öngören sözleşmelerde eğer idare lehine üstün hak ve yetkiler getirilmişse idarî sözleşme söz konusu olur. Üstün hak ve yetkilere denetleme, ceza verme ve işletmeye el koymayı örnek olarak vermek mümkündür¹⁴. İdarî sözleşmelerde, idarenin yanında sözleşmenin karşı tarafına da birtakım ayrıcalıklar tanınabilmektedir. Bunlar arasında lehine kamulaştırma yapılma, özel mülkiyette bulunan taşınmazı geçici olarak işgal etmek yer alır¹⁵.

Türk hukukunda imtiyaz sözleşmeleri, malî iltizam sözleşmeleri, idarî hizmet sözleşmeleri, görevlendirme sözleşmeleri belli başlı idarî sözleşmeler arasında yer alır¹⁶.

¹² GÖZLER: İdare Hukuku Dersleri, s.434-435; GÜNDAY: s.168-169.

¹³ KUTLU: s.34-35; GÖZÜBÜYÜK/TAN: s.557-559; GÜNDAY: s.168-170.

¹⁴ GÜNDAY: s.170.

¹⁵ GÜNDAY: s.170.

¹⁶ 6309 sayılı Maden Kanunu döneminde bu kanuna tabi madenlerin işletilmesinin özel kişilere bırakılması idarî sözleşmeler ile mümkün olmaktadır. Ancak 6309 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 3213 sayılı Maden Kanunu madenlerin işletilmesini tek taraflı işlem olan ruhsat verme usullüne tabi kılmıştır. 1961 Anayasası öncesinde Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 03/01/1946 t. , 1946/2E. ve 1946/2K. sayılı kararı ile devlet ormanlarının bakımı ve onarımı konusunda idare ile özel kişiler arasında yapılan sözleşmeler idarî sözleşme olarak kabul edilmişti. Ancak 1961 Anayasası m.131/2 ve sonrasında 1982 Anayasası m.169/2 ile devlet ormanlarının devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu ve devlet tarafından yönetilip işletileceği düzenlenmiştir. İki anayasada yer alan düzenleme sonucunda devlet ormanları hakkında orman işletme sözleşmesi yapılamamaktadır (GÜNDAY: s.175-176).

İdarî sözleşmeler bu sayılanlardan ibaret değildir. Başka bir ifade ile, yukarıda sayılan şartları taşıyan sözleşmeler de idarî sözleşme olarak nitelendirilir.

B. İdarenin Özel Hukuk Sözleşmeleri

İdare üstün bir konumda olduğu idarî sözleşmeler dışında özel hukuk sözleşmelerinin de tarafı olabilir. Ancak burada idarenin ceza verme, işletmeye el koyma gibi sözleşmenin karşı tarafından bağımsız bir şekilde tek taraflı olarak işlem yapması kural olarak mümkün değildir.

Sözleşme, iki tarafın belirli bir hukukî sonuç ortaya çıkarmak amacıyla karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukukî bir işlemdir¹⁷. Bir sözleşmeden bahsedebilmek için öncelikle sözleşmenin bütün esaslı noktalarını içeren, zaman olarak önce yapılan, karşı tarafa varması gereken, karşı tarafın kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasını sonucunu doğuracak olan icabın olması gerekir¹⁸. Sözleşme karşılıklı irade beyanı sonucu kurulduğu için, icabın yapılması sözleşmenin kurulması için yeterli değildir. Sözleşmenin kurulması için ayrıca kabul beyanına da ihtiyaç vardır. Kabul; yapılan icaba uygun olan, sözleşmenin meydana gelmesini sağlayan, karşı tarafa yöneltilmesi gereken bir irade beyanıdır¹⁹. Kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olur. Bahsedilen süreç özel hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi idarî sözleşmelerde de aynıdır. İdarî sözleşmeler de karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile kurulurlar. Özel hukuk sözleşmelerini idarî sözleşmelerden ayıran en önemli nokta ise sözleşmenin taraflarının eşit konumda olması, üstün konumda olan tarafın olmamasıdır. Kamu ihale inşaat sözleşmeleri, su, elektrik, doğalgaz abonman sözleşmeleri, idarenin eczanelerle yaptığı

¹⁷ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s.185-186; KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007, s.37-38.

¹⁸ EREN: Borçlar Genel, s.218-219; REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s.58-60; KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s.40-41.

¹⁹ OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s.57; EREN: Borçlar Genel, s.228-229; REİSOĞLU: s.61-62.

eczane anlaşmaları, idarenin taraf olduğu alım-satım ve kira sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmelerine örnek olarak verilebilir²⁰.

İdare özel hukuk sözleşmesi yaparken sözleşme hürriyetine tam anlamıyla sahip değildir. Bir kimse herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama, dilediği tip ve içerikte sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme ve kurulmuş bir sözleşmeyi ortadan kaldırma serbestisine sahiptir. Ancak idare, özel hukuk sözleşmelerinde sözleşmenin karşı tarafını ve sözleşmenin konusunu seçme ve belirleme serbestisine tam anlamıyla sahip değildir²¹. Bunun en açık örneği su, elektrik, doğalgaz abonman sözleşmelerinde görülür. Abonman sözleşmeleri idarenin özel hukuk sözleşmeleri arasında yer alır. Ancak idare gerekli şartları taşıyan ve ücretini ödeyen kimselerle sözleşme yapmaktan kaçınmamaktadır. Bu da idarenin yerine getirdiği kamu hizmetlerinin niteliğinden kaynaklanır.

2. İdarî Sözleşme - Özel Hukuk Sözleşmesi Ayrımının Sonuçları

İdarenin taraf olduğu sözleşmeler konusunda getirilen bu ayrımın sonuçları kendisini öncelikle uygulanacak hukuk bakımından gösterir. İdarî sözleşmelerde idare kamu yararının temsilcisi ve sorumlusu konumundadır²². İdarenin işgal etmiş olduğu bu konum, iki taraf arasındaki özel ve bireysel menfaati düzenleyen özel hukuk hükümlerinin dışında farklı bir hukukî rejimin, yani kamu hukukunun uygulanmasına sebep olmuştur. İdare, taraf olduğu idarî sözleşmelerinin aksine, özel hukuk sözleşmelerinde özel hukuk ilke ve kurallarına tabidir. Bazı kanunlarda sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu açık bir biçimde düzenlenmiştir. 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap - İşlet - Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun m.5 "*Yüksek Planlama Kurulunca belirlenen idare ile sermaye şirketi veya yabancı şirket arasında yapılacak sözleşme, özel hukuk hükümlerine tabidir.*" şeklindeki düzenleme ile söz konusu sözleşmelerin özel hukuk sözleşmesi olduğu ve bunlara özel hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiği göstermiştir.

²⁰ GÖZLER: İdare Hukuku Dersleri, s.437-438.

²¹ GÜNDAY: s.179.

²² KUTLU: s.42.

İdarî sözleşme - özel hukuk sözleşmesi ayrımı önemini uyuşmazlıkların çözüm yeri konusunda da gösterir²³. 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu m.2/1 (c) bendi tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri dışında kalan idarî sözleşmelere ilişkin idarî dava türünü düzenler. Özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar ise adli yargıda görülür ve çözüme bağlanır²⁴.

3. Kamu İhale Sözleşmelerinin Durumu

İdare, kamu parasını kullandığı ve kamu yararını göz önüne almak zorunda olduğu için özel hukuk sözleşmelerini yaparken sözleşmenin tarafını, konusunu dilediği gibi seçme özgürlüğüne sahip değildir. Bu bakımdan idare birtakım usullere göre hareket etmek durumundadır. İdare, ihale adı verilen bir sistemi kullanarak sözleşme yapacağı kişi ya da kişileri belirler. 01/01/2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 Sayılı Kamu İhale Kanunu'ndan önce idarenin yapmış olduğu ihaleler ile ihale sonucunda imzalanan sözleşmeler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi idi²⁵. 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar'ın yürürlüğe girmesi ile kamu ihale sözleşmeleri

²³ GÜNDAY: s.167.

²⁴ “İdarece ihalesi yapılan Tirebolu Anadolu Lisesi inşaatı işinin davacı tarafından yüklenildiği ve taraflar arasında ‘**Tarafların eşitliği ve sözleşme serbestisi**’ ilkelerine dayanan bir eser sözleşmesi imzalandığı; yüklenicinin, Bakanlar Kurulu'nca çıkarılan Fiyat Farkı Kararnamesinden yararlanmak için yaptığı başvurunun, öngörülen sürede valiliğe yapılmadığı nedeniyle idarece reddedilmesi üzerine, uyuşmazlığa konu davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında, ortada kararnamenin konusu, kapsamı ve dayandığı esaslara karşı açılmış bir dava olmayıp, kararnameden doğan haklardan, **özel hukuk hükümlerine tabi inşaat sözleşmesi** sahibi yüklenicinin yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin ve kararname uygulamasından doğan bir uyuşmazlık bulunmaktadır. **Bu uyuşmazlığın görüm ve çözümünde ise adli yargı yeri görevlidir.**” Uyuşmazlık Mahkemesi 01/07/2004 t. , 2004/31E. ve 2004/40K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

²⁵ 2886 sayılı Kanun'a göre sayılan sözleşmeler özel hukuk sözleşmesi niteliğindedir. “Şişli Belediyesinde, 2886 sayılı yasanın 45. maddesinde öngörülen yöntemle göre yapılan ihale sonucunda, belediye nikah salonunda fotoğraf ve video çekimi işine ilişkin davacı ile akdedilen sözleşmenin, 1580 sayılı Belediye Kanunu'nda sayılan belediyenin görevleri arasında yer almayan konusu itibarıyla, genel hizmetlerden birinin yürütülmesi amacını taşımaması ve belediyeye kamusal nitelikte üstün hak ve yetkiler tanıyan hüküm ve koşullar içermemesi nedeniyle, idarî

alanında ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre, idarenin gelir kazandırıcı nitelikte olan ihale işlemleri ve ihale sonucunda yapılacak sözleşmeler 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na; idarenin harcamalarda bulunduğu ihale işlemleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na²⁶ ve bu kanuna göre yapılan ihaleler sonucunda yapılacak sözleşmeler 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabi olmaktadır²⁷.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre ihale edilen işlerin sözleşmeleri 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre yapılır. Söz konusu sözleşmelerin hukukî niteliği özellikle doktrinde tartışmalıdır. GÖZLER, kamu ihale sözleşmelerinin idarî sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiğini, sözleşmenin taraflarından birinin idare olduğunu ve konularının çoğu kez kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olduğunu ifade etmiştir. Ayrıca sözleşmelerde özel hukuku aşan birçok hükmün yer aldığını, idarenin birtakım ayrıcalıklı yetkilere sahip olduğunu, bu bakımdan bu sözleşmelerin kategorik olarak özel hukuk sözleşmesi sayılmasının mümkün olmadığını belirtmiş ve kamu ihale sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi sayan yargı kararlarını eleştirmiştir²⁸. GÖZÜBÜYÜK/TAN ise, söz konusu kamu ihale sözleşmelerinin niteliklerinin kanunda açıkça düzenlendiğini, bu bakımdan kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi sayılması gerektiğini savunmuştur²⁹.

*sözleşme olmadığı; ancak, sözleşme serbestisi ve tarafların eşitliğine dayanan **bir özel hukuk sözleşmesi olduğu** anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında, idarenin özel hukuk sözleşmesinden doğan davanın görüm ve çözümünde **adli yargı yeri** görevli bulunmaktadır.”* Uyuşmazlık Mahkemesi 21/06/1999 t. , 1999/8E. ve 1999/17K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

²⁶ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu “Amaç” başlıklı m.1’de yer alan “*Bu kanunun amacı...**kamu kaynağı kullanan** kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak usul ve esasları belirlemektir.*” şeklindeki düzenleme ile ihale sistemlerinde harcama yapılıp yapılmamasına göre yapılan ayırım vurgulanmıştır.

²⁷ DOĞANYİĞİT, Sadettin: Açıklamalı - Uygulamalı - Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara, 2007, s.84-85.

²⁸ GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt 2, Bursa, 2003, s.44-46, 81-83; GÖZLER: İdare Hukuku Dersleri, s.435-436, 470-473.

²⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN: s.546, 596.

4735 sayılı Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olarak düzenlendiği görülmektedir. 4735 sayılı Kanun m.4/3 uyarınca *“Bu kanun kapsamında yapılan sözleşmelerin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önünde bulundurulur.”*. Ayrıca aynı kanun m.36'da *“Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.”* şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Bu iki düzenleme göstermektedir ki, kanun koyucu söz konusu sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmekte ve özel hukuk hükümlerinin uygulanmasını istemektedir.

Yargı içtihatlarında da kamu ihale sözleşmeleri özel hukuk sözleşmesi niteliğinde görülmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 2005 yılında vermiş olduğu bir karar bunun en önemli göstergesidir. Uyuşmazlık Mahkemesi öncelikle 4734 sayılı Kanun *“Amaç”* başlıklı m.1 ve *“Kapsam”* başlıklı m.2 üzerinde durarak dava konusunu oluşturan inşaat sözleşmesinin 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihale sonucunda akdedildiğini belirlemiştir. Ardından Yüksek Mahkeme, 4735 sayılı Kanun *“İlkeler”* başlıklı m.4 uyarınca tarafların eşitliği esas alınarak düzenlenen inşaat sözleşmesinin özel hukuk hükümlerine tabi olduğunu ve bu bakımdan söz konusu sözleşme ile ilgili uyuşmazlıkların adli yargıda çözümlenmesinin gerektiğine karar vermiştir³⁰.

Danıştay³¹ ve Yargıtay³² tarafından verilen çeşitli kararlarda da ihale sonucu yapılan sözleşmelerde, sözleşmenin yapılması aşamasına kadar ortaya çıkan uyuşmazlıkların idarî yargıda; sözleşmenin yapılmasından sonra, uygulanması

³⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi 16/05/2005 t. , 2005/16E. ve 2005/36K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı). Aynı yönde karar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi 16/06/2003 t. , 2003/47E. ve 2003/51K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

³¹ Danıştay 6.D. 26/10/1998 t. , 1997/4868E. ve 1997/4866K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı); Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu 07/03/2003 t. , 2002/725E. ve 2003/88K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

³² Yargıtay 15.HD. 01/11/2001 t. , 2001/2801E. ve 2001/4934K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı); Yargıtay 13.HD. 06/07/2006 t. , 2006/8480E. ve 2006/11159K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

aşamasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların ise adlî yargıda çözümlenmesinin gerektiği vurgulanmıştır.

II. KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE İLGİLİ KAVRAMLAR

1. Kamu İhale İnşaat Sözleşmesi Tanımı

4734 sayılı Kanun uyarınca ihale edilen işler 4735 sayılı Kanun çerçevesinde sözleşmeye bağlanır. Söz konusu sözleşmeler arasında kamu ihale inşaat sözleşmesi de yer alır. Ancak kamu ihale sözleşmeleri mevzuatında inşaat sözleşmesinin tanımına yer verilmemiştir. Sadece 4734 sayılı Kanun “Tanımlar” başlıklı m.4’te “Yapım” kavramına açıklık getirilmiştir. Buna göre yapım; bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj³³ gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat³⁴, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini ifade eder. Söz konusu kavram sadece inşaat sözleşmelerinin konusu hakkında bilgi vermekte, kamu ihale inşaat sözleşmesinin nitelik ve unsurlarından ise bahsetmemektedir.

4735 sayılı Kanun m.36 uyarınca BK’ya bakıldığında da inşaat sözleşmesinin tanımına yer verilmiştir. Sadece BK m.360/3, m.363/2 ve m.367/2’de inşaata ilişkin özel düzenlemeler yer alır. BK m.355 istisna akdinin tanımını yer vermiştir. Ancak bu tanım inşaat sözleşmesinin niteliğini tam olarak yansıtmamaktadır³⁵.

Doktrinde inşaat sözleşmesinin tanımı yer almaktadır. Söz konusu tanımlamalar daha çok inşaat sözleşmesinin unsurlarından hareket ederek yapılmıştır. KAPLAN, istisna

³³ Bina yapılacak bir arsa, dolgu yapılacak bir arazinin üzerindeki bitkisel ya da yumuşak toprağın, açık maden işletmelerinde cevher üzerindeki toprağın sıyrılmasıdır (www.intes.org.tr).

³⁴ İnşaat malzemesinin ileride kullanılmak üzere usulüne uygun tarzda depo edilmesidir (www.intes.org.tr).

³⁵ BK m.355’teki istisna sözleşmenin tanımını ile ilgili açıklamalar için bkz. s.64-66.

sözleşmesi tanımından hareketle yapmış olduğu tanımda inşaat sözleşmesini, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında müteahhidin bir yapıyı inşa etmeyi ve tamamlayıp teslim etmeyi üstlendiği, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme şeklinde tanımlamıştır³⁶. SELİÇİ de inşaat sözleşmesini müteahhidin, rizikosu kendisine ait olmak üzere bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi bir ücret karşılığında üstlendiği bir istisna sözleşmesi şeklinde tanımlayarak istisna sözleşmesinin bir türü olarak belirtmiştir³⁷.

Bütün tanımlamalar göz önüne alındığında kamu ihale inşaat sözleşmesi, idare tarafından yapılan kamu ihalesini kazanarak sözleşmeye yapmaya hak kazanan müteahhidin, sözleşme ve eklerinde belirlenen inşa eserini meydana getirerek teslim etmeyi; idarenin de meydana getirilip teslim edilen inşa eseri karşılığında ücret ödemeyi taahhüt ettiği, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak tanımlanabilir.

2. Kamu İhale İnşaat Sözleşmesi İle İlgili Kavramlar

A. Kamu İhalesi

a. Kamu İhalesi Tanımı

İdare yaptığı sözleşmelerde kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla kamu kaynaklarını kullanır. Kamu kaynakları ve kamu yararı kavramları idareyi sözleşme yaparken daha dikkatli ve özenli davranmaya sevk eder. Bu dikkat ve özen sözleşmenin taraflarının seçiminde de kendisini gösterir. İdare sözleşme yaparken sözleşmenin karşı tarafını serbest bir biçimde belirleyememektedir. Bu kendisini özel hukuk sözleşmelerinde daha net bir biçimde gösterir. İdarenin, sözleşmenin karşı tarafını belirlemede izleyeceği usul olan ihale kavramı burada ortaya çıkar.

İhale kavramı konusunda doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Kamu hukuku bakımından konusunun bir kamu hizmetinin görülmesi, malzeme temini ya da yapım işi

³⁶ KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici - İşletmeci - Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 1996, s.119.

³⁷ SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s.4.

olması, taraflarından birinin idare olması, finansmanın tamamının ya da büyük bir kısmının kamu kaynakları tarafından yapılması ve bunların yasalarla belirlenmiş belli birtakım kurallar çerçevesinde yapılması durumunda kamu ihalesi söz konusu olur³⁸. Özel hukuk açısından ise idare tarafından bir işin görülmesi, malzeme temin edilmesi ya da inşa eseri meydana getirilmesi amacıyla belli bir bedel ödenerek özel hukuk kişileri ile yapılan sözleşme kamu ihalesi olarak tanımlanır³⁹. Özel hukuk bakımından, kamu ihalesinin sözleşme olarak nitelendirilmesinin aksine, sözleşmenin kurulması için bir hazırlık dönemi gibi görüldüğünü ve buradaki sorumluluğun sözleşme öncesi sorumluluğa (Culpa in contrahendo)⁴⁰ göre belirleneceğini söylemek mümkündür. Çünkü ihale aşamasında henüz bir sözleşmenin varlığından söz edilememektedir. Bu aşamada sözleşmenin karşı tarafı belirlenmeye, sözleşme hükümleri konusunda anlaşılmaya çalışılmaktadır.

İhale kavramı doktrinin aksine 4734 sayılı Kanun m.4'te *“Bu Kanunda yazılı usul ve şartlarla mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin istekliler arasından seçilecek birisi üzerine bırakıldığını gösteren ve ihale yetkilisinin onayını müteakip sözleşmenin imzalanması ile tamamlanan işlemler”* şeklinde açıkça tanımlanmıştır. İhale süreci ekonomik açıdan en uygun teklifin tespiti ve ihale yetkilisinin onayı ile sona ermemektedir. İhale sürecinin sona ermesi için sözleşmenin imzalanması gerekir⁴¹. Söz konusu husus İhalelere Yönelik Yapılacak Başvurular Hakkında Yönetmelik m.3/1 (b) bendinde *“İhale süreci”* adı altında belirtilmiştir. Bu bende göre ihale süreci *“İhale yetkilisince ihale onayı verildiği tarihten itibaren başlayan; sözleşmenin taraflarca imzalanıp notere onaylatılması ve tescili ile noter onayı ve tescili gerekmeyen hallerde ise taraflarca sözleşmenin imzalanmasıyla tamamlanan süreci”* şeklinde ifade edilmiştir.

³⁸ KUTLU: s.68.

³⁹ KUTLU: s.68.

⁴⁰ Sözleşme öncesi sorumluluk (Culpa in contrahendo) için bkz. KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s.56-60; TEKİNAY, S. Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1988, s.1305-1312; EREN: Borçlar Genel, s.1083-1093; REİSOĞLU: s.300-301.

⁴¹ DOĞANYİĞİT: s.141-142.

Mevzuatta ve doktrinde ihale kavramı yukarıda açıklandığı üzere tanımlanmıştır. Yapılan tanımlardan hareketle kamu ihalesini, kamusal harcama yetkisine sahip olan idarenin iş, hizmet ve/veya malzeme sağlamak amacıyla belli usullere tabi olan ve kazanan tarafla hak ve yükümlülükleri içeren sözleşmenin imzalanması ile sona eren süreç şeklinde tanımlanmak mümkündür.

b. Kamu İhalesinin Hukukî Niteliği

İdare tarafından gerek idarî sözleşme gerekse özel hukuk sözleşmesi yapılırken hazırlık aşamasında uyulması gereken işlemler bütününden oluşan kamu ihalesi kavramının hukukî niteliği konusunda iki görüş söz konusudur. Bunlardan ilki kamu hukuku görüşüdür. Buna göre, idarenin sözleşmeye hazırlık aşamasını oluşturan bu süreçte idarece alınan kararlar ve yapılan işlemler idarî niteliktedir. İdare tarafından ihale kararının alınması, ihale şartlarının tespiti, ihale komisyonunun kurulması, yaklaşık maliyetin tespiti, ihale usulünün tespiti gibi işlemler idarenin tek taraflı olarak yapmış olduğu işlemlerdir. İdarenin sözleşmenin akdedilmesi aşamasına kadar yaptığı işlemleri idarî işlem olarak nitelendirmek mümkündür⁴². Çünkü idare, ihale sürecinde tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğuran yani icraî nitelikte işlemler yapmaktadır. Bu bakımdan kamu hukuku görüşü açısından kamu ihalesi idarî bir süreçtir ve bu süreçte idare ile özel kişiler arasında çıkacak uyuşmazlık idarî yargıda görülmelidir⁴³.

Kamu ihalesinin hukukî niteliği konusundaki ikinci görüş özel hukuk görüşüdür. Özel hukuk görüşü bakımından sözleşme yapılmadan önceki bu süreç sözleşme görüşmeleri olarak adlandırılmakta ve taraflar arasında hukukî bir ilişki doğmaktadır. Sözleşme görüşmelerinde sözleşmenin meydana gelebilmesi için, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının yani icap ve kabulün açıklanması gerekir. Ancak özel hukuk

⁴² KUTLU: s.92.

⁴³ “Tümüyle idarenin kamu gücüne dayanan, re'sen ve tek yanlı olarak tesis ettiği ihale işlemleri hakkındaki yargısal denetimin, idare hukuku ilkelerine göre idarî yargı yerlerince yapılacağı tartışmasızdır.” Uyuşmazlık Mahkemesi 18/12/2000 t. , 2000/50E. ve 2000/62K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı). Aynı yönde kararlar için bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi 16/06/2003 t. , 2003/47E. ve 2003/51K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı); Uyuşmazlık Mahkemesi 01/07/2004 t. , 2004/31E. ve 2004/40K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

yaklaşımında ihale sürecinin nitelendirilmesinde iki farklı alt görüş kendini gösterir. Bunlardan ilkinde göre, idarenin yapmış olduğu işlemler icap niteliğindedir ve idarenin karşısında yer alan kişinin kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olur. Burada idare tarafından ihale ile ilgili yapılan işlemler icap niteliğindedir. İdarenin karşısında yer alan kişinin irade beyanı ise kabul beyanı olarak nitelendirilmektedir. İkinci görüşe göre idare tarafından yapılan icaba davettir. Buna göre, idare bağlanma iradesi ile irade beyanı açıklamamakta, sadece kendisi ile sözleşme yapmak isteyen kimselere sözleşme yapmaya hazır olduğunu bildirmektedir. Bu irade açıklamasına istinaden ihale sürecine katılan kişiler pey ileri sürmek suretiyle icapta bulunmaktadır. İdarenin bu icabı kabul etmesi ile sözleşme kurulur. Bu görüş, doktrinde hakim görüş olarak kabul edilmektedir⁴⁴. BK. m.225 bu görüşü destekler niteliktedir. Buna göre “*Cebri müzayedelerde satım, müzayedede memurunun ihalesiyle münakit olur. Herkesin iştirak edebildiği ihtiyari ve aleni müzayedelerde satım, satıcının ihalesiyle münakit olur. Satıcı buna muhalif bir arzu beyan etmemiş ise, müzayedeyi idare eden kimsenin, müzayedede edilen malı en çok veren ihale etmeğe hakkı vardır.*”. Bu bakımdan asıl icap idarenin karşısında yer alan kişinin irade açıklamasıdır. İhalenin teklifte bulunan kişilerden birine verilmesi ise kabul beyanı niteliğindedir.

Sözleşmenin kurulduğu an bakımından kamu ihale sözleşmeleri ile diğer özel hukuk sözleşmeleri arasında fark bulunmaktadır. Özel hukuk sözleşmelerinde, BK bakımından, hazırlar arasında ise sözleşme kabul beyanının açıklanması ile kurulmuş olur ve sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Hazır olmayanlar arasında ise kabul beyanının icabı yapan kimsenin hakimiyet alanına ulaşması ile sözleşme kurulmuş olur. Ancak sözleşme hüküm ve sonuçlarını kabul beyanının gönderilmesi ile doğurmaya başlar⁴⁵. Kamu ihale sözleşmelerinde ise ihaleye katılan kimsenin icabına istinaden idarenin kabul beyanı sözleşmenin kurulması için yeterli değildir. Sözleşmenin kurulması için sözleşme kararının idare tarafından onaylanması gerekir⁴⁶. Söz konusu husus 4734 sayılı Kanun m.41’de düzenlenmiştir. İdarenin kabul beyanı, icaba yapılan beyan ve sözleşmenin onaylanması ile oluşmaktadır. İdare tarafından sadece kamu ihale inşaat

⁴⁴ OĞUZMAN/ ÖZ: s.49; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s.112.

⁴⁵ EREN: Borçlar Genel, s.234-235; OĞUZMAN/ÖZ: s.65-67; REİSOĞLU: s.62-63.

⁴⁶ KUTLU: s.99.

sözleşmesinin imzalanması tek başına kabul anlamına da gelmemektedir. İdarenin kabulü, sözleşmenin imzalanması ve sözleşmenin onaylanması unsurlarını içerir. Kamu ihale inşaat sözleşmesinin onaylanması ile birlikte de idarenin kabul beyanı tamamlanmış olur.

c. Kamu İhalesi Türleri

4734 sayılı Kanun m.18 uygulanacak ihale usullerini şu şekilde saymıştır:

- Açık İhale Usulü
- Belli İstekliler Arasında İhale Usulü
- Pazarlık Usulü

Açık ihale usulü 4734 sayılı Kanun m.19'a göre bütün isteklilerin teklif verebileceği bir usuldür. Aynı husus 4734 sayılı Kanun m.4'te de tekrarlanmaktadır.

Belli istekliler arasında ihale usulü 4734 sayılı Kanun m.20'ye göre, yapılacak ön değerlendirme sonucunda idarece davet edilen isteklilerin teklif verebileceği bir usuldür. Bu usule, işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi durumunda ve açık ihale usulünün uygulanamadığı durumlarda başvurulmaktadır.

4734 sayılı Kanun m.21'de düzenlenen pazarlık usulü istisnaî bir usuldür. 4734 sayılı Kanun m.4'te yer alan tanıma göre bu kanunda belirtilen hallerde, ihale sürecinin iki aşamalı olarak gerçekleştirildiği ve idarenin ihale konusu işin teknik detayları ile gerçekleştirme yöntemlerini ve belli hallerde fiyatı isteklilerle görüştüğü usuldür.

Bu usullerin dışında 4734 sayılı Kanun m.22'de doğrudan temin usulü düzenlenmektedir. Bu usule göre, kanunda belirtilen belirli durumlarda idare tarafından davet edilen isteklilerle teknik şartların ve fiyatın görüşülmesi suretiyle ihtiyaçların giderilmesi söz konusudur.

B. Şartname

a. Şartname Tanımı

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.12 ve m.27 şartname kavramını düzenlenmiş, tanımına ise yer vermemiştir. Şartname, sözleşmelerin yapılması ve uygulanması aşamalarında uygulanacak kuralları belirleyen belgedir⁴⁷. Şartnameler ihale sürecine ilişkin hangi ihale usulünün uygulanacağı, ne kadar teminat verileceği, ihaleye katılacaklar vb. kurallar içerebileceği gibi ihale sonrasında kurulan sözleşmenin uygulanmasına ilişkin kurallar da getirebilir⁴⁸. Şartnamenin ihale sürecine ilişkin kurallar içermesi ile sözleşmenin uygulanmasına ilişkin kurallar getirmesi hukukî niteliği bakımından önemli sonuçlar doğurur.

b. Şartnamenin Hukukî Niteliği

Şartnamelerin hukukî niteliğini iki kısımda incelemek mümkündür. Bunlardan ilki ihale sürecine ilişkin kurallar getiren şartnamelerdir. Burada yer alan şartnameler ihaleye katılacak olan her kişiyi ihaleye katılım, tekliflerin sunulması, ihalenin sonuçlandırılması bakımından ilgilendirir. Yani ihaleye katılacak olan kimselerin ihale süreci boyunca uymak zorunda oldukları kurallar belirlenir⁴⁹. İdare tarafından tek yanlı olarak hazırlanan bu şartnameler birer idarî işlem niteliğindedir. İdare tarafından yapılan idarî işlemler kendi arasında bireysel idarî işlem ve düzenleyici idarî işlem olarak ayrılmaktadır. Burada, idare tarafından ihale sürecine ilişkin kurallar getiren şartnameler düzenleyici idarî işlem niteliğindedir⁵⁰. Çünkü idare ihale sürecinin nasıl işleyeceğini bu şartnamelerle belirler. İhaleye katılacak olan kişilerin bu kurallara uygun hareket etmesi beklenir. Şartname ile, bireysel idarî işlemde olduğu gibi, belli bir kişi ya da durum göz önüne

⁴⁷ GÖZLER: İdare Hukuku Dersleri, s.478.

⁴⁸ GÖZLER: İdare Hukuku, s.114-115; KUTLU: s.214-216.

⁴⁹ KUTLU: s.214.

⁵⁰ ONAR: s.1615-1616; KUTLU: s.218-219.

alınmaz⁵¹. Bu bakımdan ihale sürecine ilişkin kurallar getiren şartnameler idarî bir nitelik taşımakta⁵² ve idarenin düzenleyici işlemleri arasında yer almaktadır.

İkinci olarak ise sözleşmenin uygulanmasına ilişkin şartnameler bulunmaktadır. İhale sürecini düzenleyen şartnameler idarî bir nitelikte iken, ihale süreci sonunda yapılan sözleşmenin eki niteliğinde olan ve sözleşmenin uygulanmasına ilişkin kurallar getiren şartnamelerin hukukî niteliği farklılık gösterir. Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin kurallar getiren şartnameler de ihale sürecine ilişkin kurallar getiren şartnameler gibi idare tarafından tek taraflı olarak hazırlanır. Sözleşmenin karşı tarafını oluşturan kişinin, idare ile görüşmek suretiyle kuralları belirlemesi söz konusu değildir. İdare karşısında yer alan kimse ya sözleşmeyi ve ekinde yer alan şartnameyi aynen kabul etmekte ya da sözleşmeyi imzalamaktan vazgeçmektedir. 4734 sayılı Kanun m.12’de “*İhale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin her türlü özelliğini belirten idarî ve teknik şartnamelerin idarelerce hazırlanması esastır.*” denilmek suretiyle idarenin şartnameleri tek taraflı olarak hazırlaması öngörülmüştür⁵³. Ancak sözleşmenin uygulanmasına ilişkin şartnamelerin idare tarafından tek taraflı olarak hazırlanması, bunların bütünüyle idarî nitelikte olduğu göstermemektedir. Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin şartnameler sözleşmenin kurulmasından önce idarî bir nitelik göstermekle beraber, sözleşmenin

⁵¹ GÜNDAY: s.111.

⁵² “*Esasen, idarenin yürüttüğü kamu hizmetiyle ilgili olarak, idarî usul ve esaslara uygun şekilde yaptığı bir ihale sözleşme aşamasına kadar tesis ettiği işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yerinin idarî yargı olduğu, kökleşmiş yargı kararlarında da kabul edilmiştir. Nihayet bu kabul sözleşme öncesindeki aşamalarda tesis edilen idarî işlemlerin iptali istemiyle açılacak davaların idarî yargıda görüleceği; adli yargının bir idarî işlemin hukuka uygunluğunu denetleme görev ve yetkisine sahip bulunmadığı kuralına da uygundur.*” Yargıtay HGK 21/03/2001 t. , 2001/19-257E. ve 2001/285K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı). Aynı yönde kararlar bkz. Uyuşmazlık Mahkemesi 03/02/1997 t. , 1997/4E. ve 1997/3K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı); Danıştay 10.D. 09/06/1988 t. , 1986/469E. ve 1988/1048K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

⁵³ 4734 sayılı Kanun m.12/1’in 2.cümlesi ile buna bir istisna getirilmiştir. Buna göre: “*Ancak, mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin özelliği nedeniyle idarelerce hazırlanmasının mümkün olmadığı ihale yetkilisi tarafından onaylanması kaydıyla, teknik şartnameler bu Kanun hükümlerine göre hazırlatabilirler.*”.

kurulması ile sözleşme hükümleri arasında yer alır⁵⁴. Zira söz konusu şartnameler sözleşmenin ayrılmaz bir parçası sayılmakta, sözleşme ile bütünleşmektedir. Bu bakımdan sözleşmenin uygulanmasına ilişkin şartnameleri bütünüyle idarî nitelikte saymak mümkün değildir⁵⁵. Bunlar ihale süreci sonunda imzalanan özel hukuk sözleşmesinin eki niteliğindedir ve akdî nitelik taşımaktadır.

aa. Genel İşlem Şartları

aaa. Genel İşlem Şartları Tanımı

Sanayi devrimi ile birlikte el tezgahlarında yapılan üretim şekli terk edilerek fabrikalarda seri halde üretim şekli uygulanmaya başlamıştır. Üretimde meydana gelen artış piyasada birçok sözleşmenin oluşmasına neden olmuştur⁵⁶. Bireysel sözleşme modeli uyarınca taraflar bir araya gelerek karşılıklı müzakere ve tartışmalar sonucunda sözleşmenin en azından esaslı noktaları üzerinde anlaşmalıdır. Sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan icaba davet, icap, karşı icap, kabul gibi kavramlar sözleşmenin niteliğinden doğar⁵⁷. Üretimde meydana gelen artış sonucunda sayısız sözleşme yapılma ihtiyacı, her bir sözleşmenin müzakere edilerek kurulması imkanını ortadan kaldırmıştır. Ayrıca kanunlarda yer alan eksiklik ve boşlukların da sözleşme hükümleri çerçevesinde giderilmesine gerek duyulmuştur⁵⁸. Bu aşamada karşımıza genel işlem şartları kavramı çıkmaktadır. “Genel kayıtlar”, “Umumî şartlar”, “Şartname”, “Katılma” gibi

⁵⁴ GÖZLER: İdare Hukuku, s.116.

⁵⁵ KUTLU: s.219-220.

⁵⁶ OĞUZ, Cemal: Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1993, s.1.

⁵⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s.203. Yabancı ülkelerde genel işlem şartlarını düzenleyen ayrı kanunî düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar arasında 01/04/1977 tarihinde yürürlüğe giren Alman Genel İşlem Şartları Hakkında Kanunu göze çarpmaktadır.

⁵⁸ EREN: Borçlar Genel, s.198. Genel işlem şartlarının avantajları yanında beraberinde getirmiş olduğu dezavantajlar da bulunmaktadır. Bunlar arasında genel işlem şartlarını hazırlayan tarafın kendi menfaatlerini ön plana çıkarması, yasalarda yer alan yedek hukuk kurallarının devre dışı bırakılması yer alır. Daha geniş bilgi için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s.209-211; EREN: Borçlar Genel, s.197-199.

deyimlerle de anılan genel işlem şartları gelecekte kurulacak olan belirsiz sayıda ancak aynı şekil ve tipteki hukukî işlemleri hem zaman kaybından kurtarmak hem de aynı konuda değişik sözleşmelerin açacağı sorunları gidermek amacıyla taraflardan biri tarafından önceden tespit edilen şartlardır. Taraflardan biri tarafından tespit edilen genel işlem şartlarının diğer tarafça kabul edilmesi ile birlikte, genel işlem şartları taraflar bakımından bağlayıcı duruma gelmekte ve sözleşmenin bir parçası sayılmaktadır⁵⁹. Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin kurallar içeren şartnameler de sözleşmenin kurulması ile birlikte hukukî bakımından genel işlem şartları niteliğini almaktadır.

Genel işlem şartları BK'da düzenlenmiş değildir⁶⁰. Önümüzdeki yıllarda yasalaşması beklenen BK Tasarısı m.20-25 arasında genel işlem şartlarına "*Genel işlem koşulları*" adı altında yer vermiştir. BK Tasarısı m.20 uyarınca genel işlem şartları "*Bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.*" şeklinde tanımlanmıştır⁶¹.

bbb. Genel İşlem Şartlarının Hukukî Niteliği

Kişi ya da kuruluşların, üçüncü kişilerle yapmayı düşündüğü aynı türden çok sayıda sözleşme konusunu oluşturmak üzere, önceden belirlediği, çoğu zaman basılı olan ilkeler olarak⁶² tanımlanan genel işlem şartlarının hukukî niteliği konusunda değişik görüşler söz konusudur.

⁵⁹ EREN: Borçlar Genel, s.198-199.

⁶⁰ Genel işlem şartlarına ilişkin TTK m.766 ve m.1266/2 ile TKHK m.6'da hükümler bulunmaktadır. Ancak bunlar genel işlem şartlarına ilişkin genel nitelikte hükümler getirmemekte, sadece ilgili oldukları alan ile ilgili bakımından düzenlemede bulunmaktadır. Örneğin TKHK'da yer alan hüküm sadece tüketiciler bakımından uygulama alanı bulmaktadır.

⁶¹ Borçlar Kanunu Tasarısı için bkz. www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm. Alman Genel İşlem Şartları Kanunu m.1/1'de genel işlem şartları şu şekilde tanımlanmaktadır: "*Taraflardan birisinin önceden belirleyip tespit ettiği ve sözleşmenin kurulması esnasında diğer tarafa sunduğu tipteleştirilmiş, standartlaştırılmış şartlara genel işlem şartları denilmektedir.*" (EREN: Borçlar Genel, s.197).

⁶² YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2001, s.313.

i) “*Norm görüşü*” uyarınca, genel işlem şartları tıpkı kanunlar gibi genel ve soyut nitelikte kurallar getirmekte ve bu kurallar herkesi bağlamaktadır⁶³. Bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Çünkü genel ve soyut nitelikte herkesi bağlayıcı kuralları koyma yetkisi Anayasa’da belirli organlara verilmiştir⁶⁴. Ayrıca sözleşmenin bir parçası haline gelmeyen genel işlem şartları sözleşmenin tarafları için dahi bağlayıcı bir nitelik göstermemektedir.

ii) İkinci görüş olan “*Örf ve adet görüşü*” uyarınca genel işlem şartları örf ve adet hukuku şeklinde uygulanmalıdır⁶⁵. Ancak örf ve adet hukukun söz konusu olabilmesi için belli şartların bir arada olması gerekir. Bunlar kısaca; toplum içinde uzun zamandan beri uygulanıyor olması yani sürekli olarak tekrarlanması, toplum içinde adete uyma konusunda genel bir inanç ve kanaatin olması ve son olarak adete uyulmaması halinde maddî bir yaptırım ile karşılaşılmasıdır⁶⁶. Son unsur dışında, genel işlem şartlarının tekrarlanma ve uyma konusunda genel inanç ve kanaatin olma unsurlarını barındırdığını söylemek mümkün değildir. Bu bakımdan genel işlem şartları örf ve adet hukuku niteliğinde de değildir.

iii) Üçüncü ve son görüş olan “*Sözleşme görüşü*” uyarınca genel işlem şartları tarafların üzerinde anlaşmaları ve sözleşme içeriğine dahil etmeleri ile birlikte tarafları bağlayıcı bir nitelik kazanmaktadır⁶⁷. Taraflarca imzalanmayan ya da kabul edilmeyen genel işlem şartları sadece metni hazırlayan bakımından icap ya da icaba davet niteliğinde yazılı bir metin olarak kalmaktadır. Bu da genel işlem şartlarının bağlayıcı olmasının sözleşme serbestisi ilkesi ile mümkün olduğunu gösterir⁶⁸. Burada taraflardan birinin tek

⁶³ TEKİNALP, Ünal: Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hatırasına Armağan, Ankara, 1986, s.133; OĞUZ: s.24-35.

⁶⁴ EREN: Borçlar Genel, s.199.

⁶⁵ TEKİNALP: Genel İşlem Şartları, s.133-134.

⁶⁶ AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul, 2002, s.90-92.

⁶⁷ EREN: Borçlar Genel, s.199; TEKİNALP: Genel İşlem Şartları, s.135.

⁶⁸ KAPLAN, İbrahim: Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, sayı 2, Aralık 1991, s.52.

tarafli olarak genel işlem şartlarının içeriğini belirlemesi ve diğer tarafın da ya aynen kabul etmesi ya da kabul etmeyerek sözleşmeyi kurmaktan vazgeçmesi söz konusudur. Genel işlem şartları üzerinde bir görüşme veya tartişma yapılmamaktadır.

Genel işlem şartları, sözleşme hükümleri gibi BK m.19/2 uyarınca kanunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlak ve adaba aykırı düzenlemeler getirememelidir. Bunun yanında taraflar arasında tamamlayıcı hükümlerden farklı hususların genel işlem şartları vasıtasıyla kararlaştırılması halinde o hükümler uygulama alanı bulmamaktadır. Ancak sözleşmenin karşı tarafı tamamlayıcı hükümler dışında hükümler getirildiğini bilmiyor ve bilse de istemiyorsa artık burada tamamlayıcı hükümler uygulanmalıdır⁶⁹. Sözleşmenin karşı tarafının genel işlem şartlarına sözleşme kurulmadan önce ulaşamaması ya da ulaşsa dahi anlayamaması halinde de genel işlem şartlarının uygulanması söz konusu değildir. Ayrıca MK m.2 anlamında genel işlem şartlarında yer alan bir hükmün ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımını da teşkil etmemelidir⁷⁰.

Genel işlem şartlarını düzenleyen özel hükümler olmadığından, BK ve MK'nın genel hükümleri burada uygulama alanı bulmaktadır. Ancak BK Tasarısında genel işlem şartlarına ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Özellikle genel işlem şartlarının geçerliliği bakımından düzenlemelere gidilmiştir. BK Tasarısı m.21'e göre "*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.*". Burada genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil edilebilmesi için genel işlem şartlarının varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi verilmesi, içeriği konusunda bilgi sahibi olmasına olanak sağlanması ve karşı tarafça genel işlem şartlarının kullanılmasına onay verilmesi gerekir⁷¹. Ancak bu düzenleme, günlük hayatta daha hızlı bir şekilde

⁶⁹ EREN: Borçlar Genel, s.199.

⁷⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s.161; ARAT, Ayşe: Sözleşmenin Değişen şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006, s.181.

⁷¹ ATAMER, M. Yeşim: Genel işlem şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip

sözleşmelerin yapılmasını amaçlayan genel işlem şartlarının niteliğine ters düşmektedir. Ayrıca bu maddede düzenlenen “Yazılmamış sayılma” Türk hukukunda yer almayan bir yaptırım türüdür. Burada anlatılmak istenen husus, ilgili genel işlem şartlarının sözleşmeye dahil olmamasıdır⁷². Yani tarafların söz konusu hususlar bakımından anlaşma sağlayamamış olmasıdır.

BK Tasarısı m.25, MK m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralına⁷³ genel işlem şartları bakımından da yer vermiştir. Söz konusu maddeye göre “Genel işlem koşullarında yer alan hükümlerden, karşı tarafa dürüstlük kurallarına aykırı olarak zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olanlar geçersizdir.”⁷⁴. BK Tasarısı’nda genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına uygun olması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme olmasa dahi, MK m.2 hükmü özel hukuk bakımından temel nitelikte bir kural olduğu için, genel işlem şartlarının dürüstlük kuralına uygun olması ve hakkın kötüye kullanılması oluşturmaması gerekir.

ccc. Şartname – Genel İşlem Şartları Arasındaki İlişki

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin uygulanmasına ilişkin kurallar getiren şartnameler hukukî nitelik olarak genel işlem şartlarının özelliklerini gösterirler. İdare, sözleşmenin ekini oluşturan şartnameyi tek taraflı olarak hazırlar. Şartnamede yer alacak hükümler, sözleşmeyi imzalanacak kişi ile müzakere edilerek belirlenmez. İdare tarafından hazırlanan sözleşmenin uygulanmasına ilişkin şartnameler sözleşmenin kurulması aşamasına kadar idarî işlem niteliği gösterirler. İdarî işlemlerin de idare

Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s.324-325.

⁷² ATAMER: s.325. BK Tasarısı m.22 genel işlem şartlarında yer alan hükümlerin yazılmamış sayılması durumunda sözleşmenin hukukî kaderinin ne olacağını düzenlemektedir. Buna göre “Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlere sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.”.

⁷³ Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması ile ilgili açıklamalar için bkz. s.43-45.

⁷⁴ BK Tasarısının genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin eleştirisi ve öneriler için bkz. ATAMER: s.322-331.

tarafından tek taraflı tasarrufu ile ortaya çıktığı düşünülduğünde sözleşmenin karşı tarafının genel işlem şartları üzerinde söz söyleme hakkı yoktur. Burada şartname hükümlerinin ya aynen kabul edilmesi ya da kabul edilmeyerek sözleşmenin kurulmasından vazgeçilmesi söz konusudur. Şartname hükümlerinde herhangi bir değişiklik yapılması mümkün değildir.

Şartnameler genel işlem şartlarında olduğu gibi belirli bir sözleşme ilişkisini ya da kişiyi hedef almazlar. Bu bakımdan şartnamelerde getirilen hükümler genel ve soyut nitelikte hükümlerdir. 4734 sayılı Kanun m.53/b (2) numaralı bendi uyarınca Kamu İhale Kurumu 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar'a ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmekle görevlidir. 4734 sayılı Kanun m.53/b (4) numaralı bendi uyarınca Kamu İhale Kurumunca yapılacak söz konusu düzenlemeler Resmi Gazete'de yayımlanmasıyla yürürlüğe girmektedir.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde yer alan şartnameler sözleşmenin eki niteliğinde olduğundan 4735 sayılı Kanun m.4'te yer alan ilkeler şartnameler için de geçerli olmaktadır. Özellikle 4735 sayılı Kanun m.4/3'te belirtilen sözleşmenin uygulanması aşamasında tarafların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu göz önünde tutulmalıdır. Bunun yanında 4735 sayılı Kanun m.36 hükmü uyarınca, genel işlem şartları niteliğinde olan sözleşmenin uygulanmasına ilişkin şartnameler hakkında özel bir düzenleme yoksa BK'nın ilgili hükümlerin uygulanacağı göz ardı edilememelidir. Bu husus özellikle genel işlem şartları hakkında düzenlemeler getiren BK Tasarısının yürürlüğe girmesi ile önem kazanacaktır.

c. Şartname Türleri

aa. İdarî Şartname

4734 sayılı Kanun m.53/b (2) numaralı bent idare tarafından ihalelerde kullanılacak şartnamelerin usul ve esaslarını gösteren tip şartnamelerin Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanacağını düzenlemiştir. Kamu İhale Kurumu sadece tip şartnameler hazırlamakta, ihaleyi yapacak idare ise tip şartnamede belirtilen hususları göz önüne alarak kendi şartnamesini oluşturmaktadır. Bu şartnamelerden birisi de idarî şartnamedir. İdarî şartname 4734 sayılı Kanun m.12 ve m.27'de düzenlenmiştir. 4734

sayılı Kanun m.12 genel olarak şartnameler bakımından bir düzenleme getirmiştir. Burada idarî şartnamenin, ihaleyi yapacak idare tarafından hazırlanması öngörülmüştür. 4734 sayılı Kanun m.27 ise isteklilere talimatları da içeren idarî şartnamelerde bulunması gereken asgarî unsurları düzenlemiştir.

İnşaat işleri ile ilgili olarak Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan ve Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği'nin ekinde yer alan tip idarî şartnameler bulunmaktadır. Bunlar uygulanacak ihale usulüne göre ayrılmaktadır. Söz konusu tip idarî şartnameleri şöyle sıralamak mümkündür:

- Açık İhale Usulü ile İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Tip İdarî Şartname
- Belli İstekliler Arasında İhale Usulü ile İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Tip İdarî Şartname
- Pazarlık Usulü ile İhale Edilen Yapım İşlerinde Uygulanacak Tip İdarî Şartname

bb. Teknik Şartname

Teknik şartname, ihale konusu işin üretiminde ya da yapımında kullanılacak her türlü bileşen, malzeme, cihaz ve teknolojinin ayrıntılı bir şekilde tanımlandığı, iyi bir üretim ya da yapım için gerekli teknik şartların açıklandığı şartnamedir⁷⁵. Teknik şartnameler özellikle inşaat sözleşmelerinde önemli rol oynar. Bu tür şartnamelerde hem inşaatın yapımı sırasında kullanılacak malzeme, araç-gereç, işgücünün özelliklerine hem de uygulanacak işe, yapım şekline, çalışma prensiplerine ilişkin kurallar getirilir. Bu bakımdan teknik şartnamelerin alanında uzman, bilgili ve tecrübeli kimselerce hazırlanmasında fayda bulunmaktadır⁷⁶.

4734 sayılı Kanun m.12 teknik şartnamelerin hazırlanmasına ve içeriğine ilişkin birtakım düzenlemeler getirmektedir. Teknik şartnameler, inşaat sözleşmeleri açısından

⁷⁵ ALA, Döndü: Proje, Teknik Şartname ve Sözleşmedeki Yetersizliklerin Yapı Kalitesine Olumsuz Etkileri ve Çözüm Önerileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 1996, s.18.

⁷⁶ YALÇIN, Hilal: ABD ve Türk İnşaat Sektörlerindeki Standart Sözleşme ve Genel Şartnamelerin Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004, s.42.

yapım işinin teknik ayrıntılarını ve projelerini kapsamalıdır. 4734 sayılı Kanun m.12/2'nin 2. cümlesi teknik şartnamelerin hazırlanırken verimli olma, rekabeti engellememe, fırsat eşitliği yaratma ve tekniğe uygun olma gibi kriterlere uygun olmasını düzenlemiştir. 4734 sayılı Kanun m.12/3,4'te de teknik şartnamelerde yer alacak unsurlarla ilgili hususlara yer verilmiştir.

C. Proje

a. Projenin Tanımı

Proje kavramı genel olarak bir işin yapılması amacıyla gerekli bilgilerin kağıt üzerinde gösterilmesidir. İnşaat bakımından ise proje, herhangi bir yapının inşasını gerçekleştirebilmek amacıyla gerekli her türlü bilginin, teknik birtakım hesaplamalarla birlikte gösterilmesidir. Proje olmadan inşa eserinin yapımına başlanması mümkün değildir. Çünkü bilimsel ve teknik açıdan belirli bazı kurallara uyulmadığı takdirde inşa eserinden istenilen fayda elde edilememektedir.

Proje kavramına daha çok mimarlık sözleşmesinde yer verilir. Mimarlık sözleşmesi, serbest meslek sahibi olan mimarın yaptığı mimarlık hizmetlerinin tamamını ya da bir kısmını konu edinen sözleşmeler olarak tanımlanır⁷⁷. Tanımdan da anlaşılacağı üzere mimarlık sözleşmesinin tek bir görünüm şekli yoktur. Üç tür mimarlık sözleşmesi bulunmaktadır. Bunlar⁷⁸:

- Yapı Denetimi ve Yönetimi Sözleşmesi
- Tam Mimarlık Sözleşmesi
- Mimarî Proje Düzenleme Sözleşmesi

Yapı denetimi ve yönetimi sözleşmesi birçok değişik hizmet ve malzemenin bir araya gelmesinden oluşan inşa eserinin belirli bir program içinde, yer ve zaman hususları

⁷⁷ KAPLAN, İbrahim: Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara, 1983, s.13.

⁷⁸ UYAN, Gökhan: İsviçre - Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002, s.23-24; KAPLAN: Mimarlık Sözleşmesi, 24-25; ÇAKALIR, Yalçın: Mimarlık Sözleşmesi, Ankara, 1974, s.15-19.

da dikkate alınarak yürütülmesini sağlamak ve inşa eserinin yapımı sırasında denetim ve gözetimde bulunmak amacıyla iş sahibi ile mimar arasında yapılan sözleşmedir⁷⁹. Bu sözleşmede, inşa eserinin tasarımının yeniden yapılmasından çok, proje ve planların uygulanması ve denetiminin sağlanması söz konudur.

Tam mimarlık sözleşmesinde ise proje ve planların hazırlanmasından projenin uygulanması ve teknik ve meslekî açıdan denetimine kadar bütün hizmetler mimar tarafından üstlenilir. Burada yapılacak olan inşa eserine ilişkin tüm mimarlık hizmetleri tek bir mimar tarafından yapılmaktadır⁸⁰.

Proje kavramı üzerinden hareket ettiğimiz için mimarî proje düzenleme sözleşmesi üzerinde durmakta fayda vardır. Bir inşa eserinin meydana gelmesinde iki aşama bulunur. İlk aşama iş sahibinin kullanım amacına hizmet edecek, yapı sanat ve tekniğine ve imar kurallarına uygun plan ve projelerin çizilmesi, bunların onaylatılarak yapı ruhsatının alınmasıdır. İkinci aşama ise, yapılan plan ve projeye uygun bir biçimde inşa eserinin meydana getirilmesidir. Mimarî proje düzenleme sözleşmesi bu aşamalardan daha çok ilk aşama ile ilgilidir. Gerçekleştirilmek istenilen inşa eserinin tasarlanması, ardından buna ilişkin ön, kesin, uygulama, detay projelerinin çizilmesi ve son olarak yaklaşık yapı maliyetinin hesaplanmasını içeren sözleşmelere mimarî proje düzenleme sözleşmesi denilmektedir⁸¹.

b. Projenin Hukukî Niteliği

Mimarî proje düzenleme sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki; mimarî proje düzenleme sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi olduğu konusunda görüş birliği vardır. İş görme sözleşmelerinin diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden ayırt edici özelliği, aslî edim konusunun bir iş görme borcu olmasıdır. İş görme borcu ise, borçlunun bedensel ya da zihinsel gücü ile alacaklı yararına çalışması anlamına gelmektedir. Mimarî proje düzenleme sözleşmesinde de

⁷⁹ KAPLAN: Mimarlık Sözleşmesi, s.28.

⁸⁰ UYAN: s.37; KAPLAN: Mimarlık Sözleşmesi, s.29.

⁸¹ KAPLAN: Mimarlık Sözleşmesi, s.25.

mimarın, yapılacak inşa eserinin fikrî temelini oluşturacak proje ve planları hazırlanması söz konusu olmaktadır⁸². Mimarî proje düzenleme sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte hangi tip iş görme sözleşmesine⁸³ girdiği konusu tartışmalıdır.

Mimarî proje düzenleme sözleşmesi hizmet sözleşmesinin kapsamında değildir. BK m.313 hizmet sözleşmesinin unsurlarını ortaya koymuştur. Hizmet sözleşmesi bakımından belirleyici özellik, belirli bir ücret karşılığında bir iş görmenin gerçekleştirilmesinden ziyade iş görmenin nasıl gerçekleştirildiğidir. Yani edim sonucunun değil edim fiilinin önem arz ettiği bir sözleşmedir. Bunun yanında bağımlılık ilişkisi ve sürekli borç ilişkisi de hizmet sözleşmesinin özellikleri arasında yer almaktadır⁸⁴. Mimarî proje düzenleme sözleşmesinde ise edim sonucu önemlidir. Yani mimar, mimarî proje düzenleme sözleşmesi gereğince uygulanması mümkün bir proje meydana getirmekle yükümlüdür. Projeyi nasıl meydana getirdiği iş sahibi açısından önem taşımamaktadır. Bu bakımdan mimarî proje düzenleme sözleşmesi iş görme sözleşmelerinden olan hizmet sözleşmesi niteliğinde değildir.

Mimarî proje düzenleme sözleşmesi vekalet sözleşmesi niteliğinde de değildir. Mimar, BK m.386/1 uyarınca sadece hizmet ifa etmemekte, ayrıca BK m.355 anlamında bir eser meydana getirmektedir⁸⁵. Vekalet sözleşmesi edim fiilini içeren bir sözleşmedir. Yani vekil, işi görürken özen ve sadakat göstermesine rağmen sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu değildir. Oysa kî mimar, mimarî proje düzenleme sözleşmesi uyarınca uygulamaya elverişli bir proje meydana getirip iş sahibine teslim borcu altındadır. Uygulamaya elverişli bir proje meydana getiremeyen mimar bundan sorumlu olmaktadır⁸⁶.

⁸² UYAN: s.42-43.

⁸³ BK'da iş görme sözleşmeleri olarak; hizmet sözleşmesi (m.313-354), istisna (Eser) sözleşmesi (m.355-371), neşir (Yayın) sözleşmesi (m.372-385) ve vekalet sözleşmesi (m.386-398) düzenlenmiştir.

⁸⁴ ZEVKLİLER, Aydın: Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004, s.311-314.

⁸⁵ KAPLAN: Mimarlık Sözleşmesi, s.70.

⁸⁶ Mimarî proje düzenleme sözleşmesinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu ileri süren yazarlar için bkz. ÇAKALIR: s.21; TANDOĞAN, Haluk: İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırtılması, İmran Öktem'e Armağan, Ankara, 1970, s.34.

Türk hukuk doktrininde ve yargısında kabul edilen görüş uyarınca mimarî proje düzenleme sözleşmesi istisna sözleşmesinin özelliklerini gösterir. BK m.355'te yer alan "Eser" kavramı⁸⁷ insan emeğinin ürünü olan, hukukî bütünlük arz eden ve maddî değer taşıyan maddî ve manevî her şeyleri içine almaktadır⁸⁸. Maddî varlığı olmayan, fikrî nitelik taşıyan mimarî proje eser kavramı içinde değerlendirilmelidir. Ayrıca eser kavramı dışında istisna sözleşmesinde yer alan sorumluluk ve sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin kuralların uygulanması, mimarî proje düzenleme sözleşmesinin taraflarının menfaatine daha uygun düşmektedir⁸⁹.

Mimarî proje düzenleme sözleşmesi ile mimarın uygulanmaya elverişli bir proje meydana getirme borcu edim sonucu içerir. Projeyi meydana getirirken yapmış olduğu çalışmalar ise ifaya hazırlık hareketleridir. İstisna sözleşmesinde de eseri meydana getirip teslim etme borcu edim sonucu niteliği taşımaktadır. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da mimarî proje düzenleme sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁹⁰.

Mimarî proje düzenleme sözleşmesi eser sözleşmesi niteliğinde olmasına rağmen, bir inşaat sözleşmesi değildir. İnşaat sözleşmesinde yapılan proje ve planlara uygun olarak bir inşa eseri kısmen veya tamamen meydana getirilmektedir. Mimarî proje düzenleme sözleşmesinde fikrî bir çalışma söz konusu iken inşaat sözleşmesinde bir inşa eserinin yapımı gibi maddî bir olgu vardır. Bu bakımdan iki sözleşme de iş görme sözleşmesi olmasına rağmen farklılık göstermektedir.

⁸⁷ BK m.355'teki "Eser" kavramı ile ilgili açıklamalar için bkz. s.64-66.

⁸⁸ BİLGE, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, s.245-246; OLGAC, Senai: İstisna Akdi-Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara, 1966, s.446; TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, Ankara, 1985, s.3 vd.

⁸⁹ KAPLAN: Mimarlık Sözleşmesi, s.82.

⁹⁰ Yargıtay 15.HD. 20/09/1976 t. ,1976/2108E. ve 1976/3038K. sayılı karar (UYAN: s.99); Yargıtay 15.HD. 11/02/1991 t. , 1991/2751E. ve 1997/526K. sayılı karar (UYAN: s.99) ;Yargıtay 15.HD. 20/03/2006 t. , 2006/1035E. ve 1006/1817K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

c. Proje Türleri

aa. Ön (Avan) Proje

4734 sayılı Kanun m.4'te ön proje kavramı tanımlanmıştır. Buna göre ön proje *“Belli bir yapının kesin ihtiyaç programına göre; gerekli arazi ve zemin araştırmaları yapılmadan, bilgilerin halihazır haritalardan alındığı, çevresel etki değerlendirme ve fizibilite raporları dahil elde edilen verilere dayanılarak hazırlanan plan, kesit, görünüş ve profillerin belirtildiği bir veya birkaç çözümü içeren projeyi ifade eder.”* Ön proje, inşa edilecek yapının alanına ilişkin bilgilerin toplanması ve iş sahibi kişinin istekleri sonucunda şekillenir. Ancak bu projede detaylar yer almamaktadır. Sadece hazırlık çalışmaları sonucunda elde edilen bilgilerin tespit edilmesi, değerlendirilmiş bilgilerin projeye uygulanması söz konusudur.

bb. Kesin Proje

4734 sayılı Kanun m.4 kesin projeyi *“Belli bir yapının onaylanmış ön projesine göre; mümkün olan arazi ve zemin araştırmaları yapılmış olan, yapı elemanlarının ölçülendirilip boyutlandırıldığı, inşaat sistem ve gereçleri ile teknik özelliklerinin belirlendiği proje”* şeklinde tanımlamıştır. Burada ön projeye göre daha detaylandırılmış bir proje söz konusudur. Ön projenin geliştirilmiş ve kesin bir duruma getirilmiş halidir⁹¹.

cc. Uygulama Projesi

4734 sayılı Kanun m.4'te uygulama proje *“Belli bir yapının onaylanmış kesin projesine göre yapının her türlü ayrıntısının belirtildiği projeyi ifade eder.”* şeklinde tanımlanmıştır. Uygulama proje, adından da anlaşılacağı üzere, hazırlanan kesin projenin inşa eserinin yapımı sırasında uygulamaya aktarılmasını sağlamaktadır. Uygulama proje vaziyet (Durum) planı⁹², kat planları, kesitler, görünüşler, detay resimleri gibi teknik bölümlerden oluşmaktadır⁹³.

⁹¹ ALA: s.9.

⁹² İnşaatı yapılacak olan bir binanın köşe noktalarının yollara ve parsel sınırlarına olan uzaklığını gösteren plandır (www.serki.com).

d. Uygulama Projesinin Müteahhit Tarafından Hazırlanması

4734 sayılı Kanun m.53 uyarınca, 4734 sayılı Kanun ile 4735 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin olarak çıkarılan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin ekinde yer alan Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİĞŞ), kamu ihale inşaat sözleşmelerinde iş sahibi idare ile müteahhit arasındaki hak ve borçlara ilişkin düzenlemeler getirir. YİĞŞ m.11-14 arasında kamu ihale inşaat sözleşmelerinde projelerin durumu düzenlenir. YİĞŞ m.11 uyarınca anahtar teslimi götürü bedelli işlerde uygulama projeleri; YİĞŞ m.12/1 uyarınca ise birim fiyatlı sözleşmelerde ön veya kesin projeler idare tarafından müteahhide verilir. Müteahhidin proje hazırlama gibi bir durumu söz konusu olmamaktadır. Ancak YİĞŞ m.12/3 vd. birim fiyatlı sözleşmelerde uygulama projelerinin müteahhide hazırlatılabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde, kamu ihale inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, idarenin tüm sürece hakim olduğu görülür. İdare uygulama projesinin müteahhide yaptırılıp yaptırılmamasında, yapılacak projenin içeriğini belirlenmesinde ve denetlenmesinde söz sahibidir. Bütün bunların yanında idare uygulama projesinde isterse kendisi de değişiklik yapabilmektedir.

Uygulama projesinin müteahhit tarafından hazırlanması durumunda asıl sözleşme olan inşaat sözleşmesinden ayrı olarak bir sözleşme ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Çünkü uygulama projesinin hazırlanması inşaat sözleşmesinin konusu dahilinde yer almamaktadır. Ayrıca proje düzenleme sözleşmesi, maddî bir yapının meydana getirilmesini içeren inşaat sözleşmelerinden farklıdır. Bu bakımdan iş sahibi idare ile müteahhit arasında inşaat sözleşmesinden farklı olarak bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmaktadır.

YİĞŞ m.12/son'da müteahhit tarafından yapılacak projenin ancak ihale dokümanında belirtilmesi şartıyla bedelinin ödeneceğinden bahsedilmektedir. Doktrin ve Yargıtay'a göre proje düzenleme sözleşmesi istisna sözleşmesi niteliğindedir. İstisna sözleşmesinde müteahhidin eseri meydana getirip teslim borcunun karşısında iş sahibinin ücret borcu bulunmaktadır. Bu ücret borcu istisna sözleşmesinin esaslı noktaları arasında yer alır. Ücret söz konusu değilse ya vekalet sözleşmesi ya da isimsiz karma bir

⁹³ ALA: s.10-12.

sözleşme⁹⁴ gündeme gelmektedir. Bu durumda ihale dokümanında uygulama projesini hazırlayan müteahhide ücret ödenmesi düzenlenmemişse ortada bir istisna sözleşmesinden söz edilemeyeceği düşünülebilir. Bu bakımdan, sözleşme ve ekleri ile 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar'da konuyla ilgili düzenleme söz konusu değilse 4735 sayılı Kanun m.36'ya göre BK hükümlerine gidilmelidir. BK m.386/2'nin "*Diğer akitler hakkındaki kanunî hükümlere tabi olmayan işlerde dahi, vekalet hükümleri cari olunur.*" şeklindeki düzenlemesi ile müteahhit tarafından hazırlanan uygulama projelerine vekaletle ilişkin hükümlerine uygulanabilir. Vekalet sözleşmesinin önemli özelliklerinden birisi de eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasıdır. Yani sözleşmede öngörülmesi halinde ya da teamül gereği vekil ücrete hak kazanabilmektedir. Ancak uygulama projesinde edim sonucu ön planda olduğundan, aradaki ilişki vekalet sözleşmesi niteliğinde de değildir. Bu bakımdan vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler burada uygulama alanı bulamamaktadır.

YİĞŞ m.12'de düzenlenen müteahhidin uygulama projesini hazırlaması ücretin önceden kararlaştırılmaması bakımından istisna sözleşmesi niteliğinde olmadığı gözüktüğü de BK m.366 hükmü göz önüne alındığında ücretin miktar olarak önceden kararlaştırılmaması, aradaki ilişkinin istisna sözleşmesi niteliğinde olmadığını göstermemektedir. Açık olmayan, zımnî bir biçimde ücretin taahhüt edilmesi istisna sözleşmesi için yeterlidir⁹⁵. Uygulama projesi için ücret kararlaştırılmasa dahi müteahhit yapılan işin değerine ve yaptığı masraflara göre uygun bir ücrete hak kazanmaktadır. Bu hususlar göz önüne alındığında uygulama projesinin müteahhit tarafından hazırlanması durumunda taraflar arasında kamu ihale inşaat sözleşmesinden ayrı, istisna sözleşmesi niteliğinde bir ilişki kurulmaktadır.

⁹⁴ ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2003, s.332-333; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.24.

⁹⁵ EREN, Fikret: Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici - İşletmeci - Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 1996, s.52.

III. KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kamu ihale inşaat sözleşmeleri birer istisna sözleşmesi niteliğindedir. Bu bakımdan istisna sözleşmesinin özelliklerini gösterir. Kamu ihale inşaat sözleşmeleri nitelikleri itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı ve ani edimli sözleşmelerdir⁹⁶.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde iş sahibi idare ile müteahhit birbirlerine karşı edimler yüklenir. Burada edimler değiş - tokuş ilişkisi içindedir. Doktrinde tam iki tarafa borç yükleyen bu tip sözleşmelere “*Synallagma*” adı verilmektedir⁹⁷. Bu sözleşmede tarafların üstlendikleri aslı edimler, sözleşmenin esaslı unsurlarını meydana getirir. Müteahhidin inşa eserini meydana getirip idareye teslim etme borcunun karşısında idarenin ücret ödeme borcu yer almaktadır.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhidin bir inşa eseri meydana getirip teslim etmesi, bunun karşılığında ise iş sahibi idarenin ücret ödemesi söz konusudur. Müteahhit, inşa eserini meydana getirip teslim etmeyi ivazsız bir biçimde yüklenmişse kamu ihale inşaat sözleşmesinden bahsedilememektedir⁹⁸. Çünkü ivazlılık sözleşmeye niteliğini, rengini veren bir unsurdur.

Kamu ihale inşaat sözleşmeleri ani edimli sözleşmelerdendir. Ancak sözleşmenin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu konusunda birtakım tartışmalar vardır. Bir görüşe göre, inşaat sözleşmeleri sürekli borç doğuran sözleşmelerdendir. Burada esas alınan inşa eserinin hazırlanması aşamasıdır. Müteahhit inşa eserini meydana getirmenin yanında inşa eserini meydana getirecek faaliyetleri de üstlenmektedir. Özellikle inşa eserinin yapımının uzun bir süreye yayılması, bu bakımdan iş sahibi tarafından ödenen ücretin sadece meydana getirilen inşa eseri için değil, inşa eserinin meydana getirilmesi

⁹⁶ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.51-52; ARAL: s.326-327; YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 2002, s.279-280.

⁹⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s.53; OĞUZMAN/ÖZ: s.41-42; EREN: Borçlar Genel , s.194.

⁹⁸ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.52; ARAL: S.326.

sırasında yapılan çalışmaları kapsadığı ileri sürülmektedir⁹⁹. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen ikinci görüşe göre ise inşaat sözleşmesi, ani edimli bir sözleşmedir. Müteahhit inşaat sözleşmelerinde eseri meydana getirip bunu teslim borcu altına girmektedir. Müteahhidin inşa eserini meydana getirirken yapmış olduğu çalışmalar ifa için yapılan hazırlık çalışmalarıdır. Bir taraftan ifaya hazırlık çalışmaları devam ederken diğer taraftan ifadan bahsetmek mümkün değildir. Çünkü ifaya hazırlık çalışmaları ifadan önce gelir. Bu ikisi bir arada olamaz. İfadan bahsedebilmek için sözleşmede belirlenen sonucun tam olarak yerine getirilmesi gerekir. Bu bakımdan inşaat sözleşmeleri ani edimli sözleşmelerdendir ve edim fiili değil edim sonucu içermektedir¹⁰⁰.

Bunlar kamu ihale inşaat sözleşmelerinin dahil olduğu istisna sözleşmelerinin genel özellikleri arasında yer almaktadır. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde bunların yanında kendine özgü bir takım özellikler de bulunmaktadır. İstisna sözleşmeleri rızâ sözleşmelerdendir. Yani tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sonucunda kurulmaktadır. Taraflar sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşamazlarsa sözleşme yapmayabilirler¹⁰¹. Ancak kamu ihale inşaat sözleşmelerinin tam olarak rızâ sözleşmeler arasında yer aldığını söylemek mümkün değildir. İdare tarafından ihale usulü ile yaptırılan inşaat işlerinde sözleşmenin yapılmasından önce ihalenin kesinleşmesi ile taraflar arasında kanundan doğan ve ön sözleşmeye benzeyen bir ilişki kurulmuş olmaktadır. İdare ve müteahhit ihalenin tamamlanması ile birlikte ihale şartnamesinde belirtilen hükümleri içeren inşaat sözleşmesini yapmakla yükümlüdür¹⁰². 4734 sayılı Kanun m.41-43 sözleşme yapılmasına ilişkin süreleri ve usulleri düzenlemektedir. Aynı kanun m.44 müteahhidin, m.45 ise idarenin sözleşme yapma yükümlülüğüne yer

⁹⁹ ERMAN, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. m.365/2), İstanbul, 1979, s.10-11; ÖZYÖRÜK, Sezer: İnşaat Sözleşmesi (Yapısı - Feshi Borçlar Kanunu m.371'e Göre Sonuçları), İstanbul, 1988, s.50 vd.

¹⁰⁰ ARAL: s.326-327; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.52; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.59-60; KARAHASAN, Mustafa Reşit: İnşaat - İmar - İhale Hukuku, Cilt 1, İstanbul, 1997, s.55 vd.

¹⁰¹ ARAL: s.326; ŞENYÜZ, Doğan: Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Bursa, 2006, s.252-253; YAVUZ: s.279; ZEVLİLİLER: s.330-331.

¹⁰² ÖZ, Turgut: İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2007, s.28.

vermektedir. Görüldüğü gibi burada kanundan doğan bir sözleşme yapma yükümlülüğü söz konusudur.

Kamu ihale sözleşmeleri bütün bunların yanında iltihakî sözleşmeler arasında da yer almaktadır. İltihakî sözleşmeler daha önce açıkladığımız genel işlem şartlarına¹⁰³ çok benzemekte, hatta çoğu zaman aynı kavramı ifade etmektedir. İltihakî sözleşme kavramı Yargıtay'ın 1944 yılında vermiş olduğu İBK'da tanımlanmıştır. Buna göre, iltihakî sözleşme bir tarafça önceden bir takım şartlarla hazırlanan ve umuma yöneltilen icabın karşı tarafça kabulüyle kurulan sözleşmedir. Yargıtay iltihakî sözleşmeleri bireysel sözleşmelerden ayırt ederken, şartların önceden tespitini ve bunun umuma yöneltilmesi kriterlerini kıstas olarak almıştır¹⁰⁴. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde de idare sözleşme hükümlerini kendisi hazırlamakta, sözleşmenin karşı tarafında yer alan müteahhit ya sözleşmeyi aynen kabul ederek imzalamakta ya da sözleşme yapmamak durumunda kalmaktadır.

Kamu ihale inşaat sözleşmeleri için, istisna sözleşmelerinden farklı olarak yazılı şekil şartı öngörülmüştür. İstisna sözleşmesinin geçerliliği BK m.11 hükmü gereğince kanunda herhangi bir şekle tabi kılınmamıştır¹⁰⁵. Taraflar istedikleri takdirde bu sözleşmeyi sözlü dahi yapabilmektedir. İnşaat sözleşmelerinde her ne kadar geçerlilik şartı söz konusu değilse de, ispat hukuku bakımından sözleşmenin yazılı yapılması oldukça önem taşır. Özellikle büyük meblağlı ve önemli inşaat sözleşmeleri yazılı ve hatta resmî şekilde yapılmaktadır¹⁰⁶. Yargıtay vermiş olduğu çeşitli kararlarda istisna sözleşmesinin yazılı olarak yapılabileceği gibi sözlü de yapılabileceğini; ancak sözleşmenin yazılı olmasının taraflar bakımından ispat kolaylığı getireceğini

¹⁰³ Genel işlem şartları için bkz. s.22 vd.

¹⁰⁴ Yargıtay İBK 05/04/1944 t. ,1944/4E. ve 1944/12K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁰⁵ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bunun istisnasını oluşturmaktadır. Çünkü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerindeki edimlerden birisi de arsa payının devredilmesidir. Arsa payının devredilmesine ilişkin sözleşmeler MK m.706 ve BK m.213 uyarınca resmî şekle tabidir. Bu bakımdan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi resmî şekilde yapılmalıdır. Bu ispat şartı değil, geçerlilik şartıdır.

¹⁰⁶ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.57.

belirtmiştir¹⁰⁷. Kamu ihale inşaat sözleşmeleri ise 4734 ve 4735 sayılı Kanun uyarınca yazılı olarak yapılmak zorundadır. Burada ispat şartı değil geçerlilik şartı söz konusudur. 4734 sayılı Kanun m.4'te sözleşme “*Mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde idare ile yüklenici arasında yapılan yazılı anlaşma*” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere sözleşmelerde geçerlilik şartı, yazılılık olarak düzenlenmiştir. 4734 sayılı Kanun idarenin taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde yazılılık şartını kabul etmesine rağmen, inşaat sözleşmelerinin noter tarafından onaylanmasını bir geçerlilik şartı olarak düzenlememiştir. 4734 sayılı Kanun m.46 uyarınca “*...İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylaturılması zorunlu değildir.*”.

IV. KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN TARAFLARI

1. İş Sahibi (İdare)

A. Kamu İhale İnşaat Sözleşmelerine Taraf Olabilecek İdareler

4734 sayılı Kanun'da inşaat sözleşmelerinin taraflarının kimlerden oluştuğu düzenlenmiştir. Bunlardan ilki iş sahibi olan idaredir. Ancak buradaki idare, Anayasa m.8'de düzenlenen yürütme içinde yer alan idare değildir. 4734 sayılı Kanun m.4'te idare “*İhaleye yapan bu Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlar*” şeklinde tanımlanarak konuya açıklık getirilmiştir. Her ne kadar 4734 sayılı Kanun m.4'te idare tanımı yapılmışsa da bu idare tanımı içinde hangi kurum ve kuruluşların yer aldığının belirlenmesi gerekir. 4734 sayılı Kanun m.2 kapsam dahilindeki kurum ve kuruluşların neler olduğunu düzenlemektedir. Bu maddeye göre:

¹⁰⁷ “*Eser sözleşmesi BK'da belli bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak olayımızda yüklenilen inşaat, iş sahibi davalı tarafından inkar edilerek taraflar arasında akdî bir ilişkinin mevcut olmadığı savunulmakta ve böylece akdî ilişkinin mevcudiyeti, inkar ile ihtilaflı hale gelmektedir. HUMK m.288 hükmünce; uyumsuzluğun miktar ve değeri beşbin lirayı (2008 itibarıyla 490 YTLdir) geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu maddede öngörülen şekil koşulu, **geçerlilik için değil usul hukuku yönünden konulmuş bir ispat şeklidir.** İspat şeklinin zorunluluğu nedeni ile hukukî işlemlerin kural olarak tanık sözleri ile ispatı olanağı da yoktur.” Yargıtay 15.HD. 03/10/1984 t. , 1984/1631E. ve 1984/3265K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı); Yargıtay 15.HD. 10/11/2003 t. , 2003/2215E. ve 2003/5325K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).*

“Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile **yapım işlerinin** ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür:

a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (Meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler.

b) Kamu iktisadî kuruluşları ile iktisadî devlet teşekküllerinden oluşan kamu iktisadî teşebbüsleri.

c) Sosyal güvenlik kuruluşları, fonlar, özel kanunlarla kurulmuş ve kendilerine kamu görevi verilmiş tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar (Meslekî kuruluşlar ve vakıf yükseköğretim kurumları hariç) ile bağımsız bütçeli kuruluşlar.

d) (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilenlerin doğrudan veya dolaylı olarak birlikte ya da ayrı ayrı sermayesinin yarısından fazlasına sahip buldukları her çeşit kuruluş, müessese, birlik, işletme ve şirketler.

e) 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankaların yapım ihaleleri.

Ancak, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu Fonun hisselerine kısmen ya da tamamen sahip olduğu bankalar, 4603 sayılı Kanun kapsamındaki bankalar (e) bendinde belirtilen yapım ihaleleri hariç) ile enerji, su, ulaştırma ve telekomünikasyon sektörlerinde faaliyet gösteren teşebbüs, işletme ve şirketler bu Kanun kapsamı dışındadır.”.

4735 sayılı Kanun m.2 de 4734 sayılı Kanuna atıf yaparak kamu ihale inşaat sözleşmelerinde iş sahibi olarak hangi kurum ve kuruluşların yer alacağını düzenlemiştir. Buna göre “Bu Kanun, Kamu İhale Kanununa tabi kurum ve kuruluşlar tarafından söz konusu Kanun hükümlerine göre yapılan ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeleri kapsar”.

Özellikle kamu ihale inşaat sözleşmeleri açısından, 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar’da sayılanlar arasında yer alan kamu kurum ve kuruluşları, kamu ihale inşaat sözleşmelerine iş sahibi olarak taraf olabilirler. Ancak 4734 sayılı Kanun m.2/1 (e) bendi uyarınca 4603 sayılı Kanun’a tabi olan bankaların sadece yapım işleri bu kanun

kapsamında yer almaktadır. Buna göre 4603 sayılı Kanun kapsamında bulunan bankaların yaptıkları inşaat sözleşmeleri, kamu ihale inşaat sözleşmesi niteliğindedir. 4603 sayılı Kanuna tabi bankalar; Ziraat Bankası, Halk Bankası ve Emlak Bankası'dır. Ancak Emlak Bankası lağvedilerek hisseleri diğer iki bankaya geçirildiği için 4603 sayılı Kanun kapsamında sadece iki banka kalmıştır¹⁰⁸.

4734 sayılı Kanun m.2'de kapsamda yer alan idareler sayılmakla beraber, bu idarelerin tüm mal ve hizmet alımları ile yapım işleri kanun kapsamında yer almamıştır. 4734 sayılı Kanun m.3, m.2'de sayılan idarelerin hangi işlerinin kanun kapsamı dışında olduğunu düzenlemiştir. 4734 sayılı Kanun m.3/c uyarınca "*Uluslararası anlaşmalar gereğince sağlanan dış finansman ile yaptırılacak olan ve finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı belirtilen mal veya hizmet alımları ile **yapım işleri**;...*" kapsam dışında bırakılmıştır. Burada bahsedilen uluslararası anlaşmalarla sağlanan dış finansman genellikle Dünya Bankası, International Monetary Fund (IMF), Uluslararası Kalkınma Birliği (IDA), Çok Taraflı Garanti Ajansı (MIGA), İslam Kalkınma Bankası gibi kurumlardan sağlanmaktadır¹⁰⁹. Günümüzde sayılan kuruluşlardan sağlanan dış finansman ile yapılacak olan inşaat sözleşmelerinde FIDIC standart sözleşmelerinin uygulanması istenilmektedir¹¹⁰. Bu bakımdan dış finansman ile yapılacak olan inşaat sözleşmeleri kapsam dışında bırakılmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde ele alınacak olan FIDIC sözleşmeleri, kamu ihale inşaat sözleşmelerinin aksine, risklerin iş sahibi ile müteahhit arasında adil bir biçimde dağıtıldığı metinlerdir. Finansman sağlayan kuruluşların, FIDIC sözleşmelerinin uygulanması isteğini bu gerekçeye bağlamak mümkündür.

4734 sayılı Kanun m.3'te kamu ihale inşaat sözleşmelerine ilişkin ikinci husus (d) fıkrasında yer almaktadır. Buna göre "*İdarelerin yabancı ülkelerdeki kuruluşlarının mal veya hizmet alımları ile **yapım işleri**;...*" kapsam dışında bırakılmıştır. Bu fıkra ülke kanunlarının ulusal sınırlar içinde uygulanabilirliğini ifade eden mülkiyet prensibine

¹⁰⁸ DOĞANYİĞİT: s.88.

¹⁰⁹ DOĞANYİĞİT: s.104.

¹¹⁰ GÜVENÇ, Celalettin: Uluslararası İhalelerde Örnek Alınan FIDIC Şartnamelerinin ve Türkiye Uygulamasının İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s.2.

dayanmaktadır. Bu bakımdan kanun kapsamında olan idarelerin özellikle yabancı ülkelerde yapacakları inşaat sözleşmeleri kapsam dışında kalmakta ve kamu ihale inşaat sözleşmesi şeklinde düzenlenememektedir.

Yukarıda açıklanan iki fıkra dışında 4734 sayılı Kanun m.3 inşaat sözleşmeleri bakımından istisna getirmemiştir.

B. Kapsamdaki İdareler Tarafından Kamu İhale İnşaat Sözleşmesi Yapılmaması ve Sonuçları

Kamu ihale inşaat sözleşmeleri 4734 sayılı Kanun m.2'deki idarelerin, m.3'te belirtilen istisnalar dışında kalan yapım işleri için söz konusu olmaktadır. Ancak kapsamda yer alan idareler tarafından kamu ihale inşaat sözleşmesi dışında sözleşme yapılması durumunda, bu sözleşmelerin hukukî kaderinin ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay tarafından 1995 tarihinde verilen karar¹¹¹ kamu ihale alım sözleşmeleri ile ilgilidir. Ancak ihale hükümlerine uygun olarak yapılmayan bir sözleşmenin hukukî kaderinin ne olacağı hakkında bilgi vermektedir. Söz konusu karar uyarınca, kanun hükümlerine uyulmayarak yapılan sözleşmeler geçersiz sayılmakta ve hukukî sonuç doğurmamaktadır. Burada geçersiz sözleşme hükümleri çerçevesinde alınan malların BK. m.61-66 arasında düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade edilmesi öngörülmüştür. Ancak Yüksek Mahkeme, kuralın böyle olduğunu kabul etmekle beraber, geçersiz sözleşme ile alınan malların idare tarafından kullanılmaya başlandığını, bu bakımdan sözleşmenin geçersiz sayılmasının MK m.2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edeceğini belirtmiş ve sözleşmeye geçerlilik kazandırarak satıcının mal bedelini isteyebileceğine karar vermiştir.

MK m.2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ilgili olarak hem doktrinde¹¹² hem de yargı kararlarında¹¹³ kesin bir ölçütün konulamayacağı görüşü

¹¹¹ Yargıtay 13.HD. 11/04/1995 t. , 1995/3082E. ve 1995/3651K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

¹¹² TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1, Ankara, 1985, s.231; KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s.98.

hakimdir. Hakim, her somut olaya göre objektif iyi niyetin varlığına bakarak hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirleyecektir. Ancak hakim bunları belirlerken bir takım ölçütleri göz önüne almak zorundadır. Bu bakımdan hakkın kötüye kullanılması durumunun varlığını tespit bakımından bazı ölçütlerden yararlanmak gerekir.

i) SAYMEN'e göre, hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olabilmesi için dört unsur bir arada olmalıdır. Bunlardan ilki hakkın kullanılmasıdır. Buna göre hakkın kötüye kullanılması ancak bir hakkın kullanılması ya da borcun ifası sırasında söz konusu olabilmektedir. Mevcut olmayan bir hakkın kullanılması ise haksız fiili oluşturmaktadır. Haksız fiillerde hiçbir hak yokken başkasına zarar verilmektedir. Hakkın kötüye kullanılmasında ise ortada şeklen mevcut bir hak bulunmaktadır. Ancak bu hak özü itibariyle mevcut sayılamamaktadır. Burada hakkın hukuka uygunluğu sadece dış görünüş itibariyledir¹¹⁴.

İkinci olarak hakkın kullanılması başkasına zarar vermelidir. Burada haksız fiilinden farklı olarak zararın meydana gelmiş olması aranmamaktadır¹¹⁵. Zira hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı sadece tazminat değildir¹¹⁶. Bundan daha geniş bir anlama sahip olarak, hakkın sağladığı hukukî korumadan yoksunluk hakkın kötüye kullanılmasının esas yaptırımını oluşturmaktadır.

¹¹³ “*Objektif iyi niyet kurallarının uygulanmasında kesin sınırlar çizmek mümkün olmadığından ve her olayın özelliği göz önüne alınıp durumun değerlendirilmesi gerektiğinden, uygulamaya ilişkin çelişkinin içtihadı birleştirme yoluyla giderilmesine yer yoktur.*” Yargıtay İBK 03/11/1980 t. , 1980/3E. ve 1980/2K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

¹¹⁴ SAYMEN, Ferit: Türk Medeni Hukuku Umumî Prensipler, Cilt 1, İstanbul, 1960, s.325.

¹¹⁵ EDİS tarafından da, aksi görüşlerin varlığına rağmen, hakkın kötüye kullanımının söz konusu olabilmesi için hakkın kullanımının başkalarına zarar vermesi ya da zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya bırakması gerektiği belirtilmiştir. Burada zarardan anlaşılması gereken başkalarının hukuken korunan maddî ya da manevî yararlarının ihlalidir. Hakkın kötüye kullanılmasının başkalarına zarar vermesi ya da zarar verme tehlikesi ile karşı karşıya bırakması kabul edilmediği takdirde kanuna karşı hileden ayırt edilmesi mümkün olamamaktadır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı ile ilgili açıklamalar için bkz. EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1979, s.317-347.

¹¹⁶ SAYMEN: s.325.

Üçüncü olarak meşru bir menfaatin bulunmaması gerekir. Hakkını kullanırken başkasına zarar veren kişinin korunmaya layık bir menfaati bulunmamalıdır. Bu menfaat ya yoktur ya da meşru değildir. Yapılacak bir havalimanının yanında verimsiz bir arazisi bulunan bir kimsenin sırf bu arazisini havalimanını yapan kimselere satmak amacıyla arazisi üzerine uçakların inmesini engelleyici direkler dikmesi bunun en açık örneğidir. Burada arazi sahibinin bu şekilde hareket etmesinin bir menfaati bulunmaktadır. Ancak bu menfaat hukuken meşru değildir¹¹⁷.

Dördüncü ve son olarak ise hakkın objektif iyi niyete aykırı bir biçimde kullanılması gerekir. Buradaki objektif iyi niyete aykırılığın mutlaka BK m.41/1'deki hukuka aykırılık ya da BK m.41/2 ahlaka aykırılık biçiminde ortaya çıkması gerekmemektedir. Hakkın özüne uygun bir biçimde kullanılmaması objektif iyi niyet kuralına aykırılığı yaratır¹¹⁸.

ii) KILIÇOĞLU hakkın kötüye kullanılmasının belirli somut olaylarla sınırlanamayacağını belirtmekle beraber bazı ölçütler ileri sürmüştür. Buna göre hakkın kötüye kullanılmasının var olup olmadığının tespiti için şu şartların birlikte bulunması gerekir¹¹⁹:

- Hukuk düzeni tarafından tanınmış hakkın varlığı,
- Hakkın apaçık bir şekilde “*Dürüstlük kurallarına aykırı*” olarak kullanılması,
- Böyle bir hakkı ve kullanılmasının sınırını belirleyen açık bir kuralın bulunmaması.

Söz konusu şartlardan hukuk düzeni tarafından tanınmış bir hakkın varlığı ve bu hakkın ve kullanılması sınırlarının açıkça belirlenmemiş olması hakim tarafından kolay bir biçimde belirlenebilir. Çünkü hakim sadece söz konusu hususların mevzuatta yer alıp almadığına bakacaktır. Hakkın açık bir biçimde dürüstlük kurallarına aykırı kullanılması şartı ise, diğer iki şarta göre kesinlik taşımamaktadır. Burada somut olayın özellikleri hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde öne çıkmaktadır. Bu bakımdan

¹¹⁷ SAYMEN: s.323, 326.

¹¹⁸ SAYMEN: s.326.

¹¹⁹ KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s.100.

hakim hakkın kötüye kullanılmasını belirlerken bu üç şartı göz önüne alarak somut olayın özelliğine göre karar vermelidir.

Yargıtay tarafından verilen kararda sözleşmenin şekil şartına uyulmadan yapıldığı tespiti doğrudur. Kanunda getirilen düzenleme ile sözleşmenin geçerlilik şekli, yazılı şekildir. Bu bakımdan sözleşmenin geçersiz olacağı konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Ancak Yargıtay sözleşmede taraflardan birinin edimini yerine getirdiğini, diğer tarafın da yerine getirilen edim konusu eşyayı kullanmaya başladığını, bu aşamada sözleşmenin geçersiz sayılarak BK. m.61-66 düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasının tarafların menfaatlerine aykırı olacağını düşünerek MK m.2 hükmünü uygulamıştır.

Yargıtay 15.HD'si tarafından 27/06/2006 tarihinde verilen kararda öncelikle davanın yol yapım bedelinden kaynaklanan alacağın tahsili amacına açıldığı ve davalı olan kurumun 4734 sayılı Kanun'a tabi olduğu tespit edilmiştir. Ardından 4734 sayılı Kanun'a tabi olan kurumların sözleşmelerinin bu kanun ve dolayısıyla 4735 sayılı Kanun'a tabi olduğunu belirtmiştir. 4734 sayılı Kanun m.4'te sözleşmenin yazılı olması gerektiği yer alır. Bu ispat şartı değil geçerlilik şartıdır. Sözleşmenin geçerli olması yazılı olmasına bağlıdır. Ancak olayda kapsam dahilinde bulunan kurum, yol yapım sözleşmesini yazılı değil sözlü olarak yapmıştır. Yargıtay sözlü şekilde yapılan sözleşmenin yasaya aykırı olduğunu, ancak dava konusu yolun inşaatının bitirilip kullanılmaya başlandığını, bu bakımdan sözleşmenin geçersizliği yerine¹²⁰ BK m.410 vd. düzenlenen vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağını hükme bağlamıştır¹²¹.

¹²⁰ Şeklin getirilmesi ile amaçlanan ispat güvenliği, taraflar arasındaki hukukî güvenliğin sağlanması gibi düşünceler sözleşmenin yerine getirilmesine kadar bir anlam ve önem ifade etmektedir. Şekle uyulmadan yapılan sözleşme ifa edilmesi ile birlikte bu amaçların herhangi bir değeri kalmamaktadır. Bu aşamada şekil kuralına mutlak biçimde bağlanması gerekli değildir. Sözleşmenin yerine getirilmesi, hukukî işlemin geçerlilik kazanması sonucunu doğuracaktır. Bir kimse şekil eksikliğini bilmesine rağmen sözleşmeyi ifa ederse, açık bir biçimde çelişki içinde olacağından şekil eksikliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımını oluşturacaktır (EDİS: s.340-341).

¹²¹ Yargıtay 15.HD. 27/06/2006 t. , 2006/3356E. ve 2006/3950K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı). BK m.410-415 arasında düzenlenen vekaletsiz iş görmenin iki görünüm biçimi vardır.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerle ile gerçek anlamda vekaletsiz iş görmeden doğan talepler arasında yarışmadan bahsetmek mümkün değildir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ile sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler arasında ise yarış söz konusudur¹²². Bu bakımdan Yargıtay tarafından 2006 yılında verilen kararda her ne kadar vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulansa da sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerinde uygulama olanağı bulabileceği unutulmamalıdır. Ancak Yargıtay tarafından vekaletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması hem olayın hem de kamu ihale inşaat sözleşmesinin niteliğine daha uygun düşmektedir.

2. Müteahhit

A. Genel Olarak

İnşaat sözleşmelerinde müteahhit, rizikosu kendisine ait olmak üzere, bir bedel karşılığında inşa eserini meydana getirmeyi ve meydana getirdiği inşa eserini iş sahibine teslim etmeyi taahhüt eden taraftır¹²³. Doktrinde ve yargı kararlarında müteahhit kavramı yerine “Yüklenen”, “Yüklenici”, “İsmarlanan”, “Üstenci” gibi kavramlar kullanılmaktadır.

4734 sayılı Kanun m.4’te müteahhit kavramı yerine “Yapım müteahhidi” ile “Yüklenici” kavramlarına yer verilmiştir. Kanuna göre yapım müteahhidi, yapım işi ihalesine teklif veren gerçek veya tüzel kişileri veya bunların oluşturdukları ortak girişimleri ifade eder. Yüklenici ise, üzerine ihale yapılan ve sözleşme yapılan isteklidir.

Bunlardan ilki BK m.410’da düzenlenen gerçek anlamda vekaletsiz iş görmedir. Buna göre, vekaletsiz iş gören kimse işi, iş sahibinin menfaatine uygun şekilde görmektedir. Bir kimsenin tatilde olan komşusunun kırık camını, hırsızlık ihtimaline karşı onarması gerçek anlamda vekaletsiz iş görmeye örnek olarak verilebilir. BK m.414’te düzenlenen gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede ise, iş gören kimse işi, iş sahibinin menfaati için değil kendi menfaati için görmektedir. Eser sahibi dışında rızası dışında eseri çoğaltıp dağıtan kişinin bu yolla kazanç elde etmesi gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye örnek niteliğindedir (KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s.372; EREN: Borçlar Genel, s.813-816).

¹²² EREN: Borçlar Genel, s.815.

¹²³ UYGUR, Turgut: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, Cilt 7, Ankara, 2003, s.651.

Bu iki kavram farklı aşamalarda aynı kimseyi tanımlamaktadır. Yapım müteahhidi, ihaleye teklif veren kimsedir. Bu aşamada inşaat sözleşmesi kurulmamıştır. Eğer ihale, teklif veren yapım müteahhidin üzerinde kalırsa artık inşaat sözleşmesinin kurulması söz konusu olur. İnşaat sözleşmesinin kurulması ile birlikte müteahhit, yapım müteahhidi sıfatının yerine yüklenici sıfatını kazanır.

Müteahhit bir gerçek kişi olabileceği gibi TTK'da düzenlenen şirketler¹²⁴ gibi tüzel kişi de olabilir. Günümüzde gerçek kişi müteahhitlerin basit bir inşa eserinin yapımı ya da onarımını yaptığı görülmektedir. Bunun dışında inşaat sözleşmelerinde müteahhit olarak ticarî şirketler daha çok yer almaktadır. Ancak baraj, otoyol, köprü, tünel, gökdelen gibi büyük çaplı ve detaylı yapıların inşasında kullanılacak iş gücü, makine parkı ve sermayenin tek bir müteahhit tarafından karşılanması da her zaman mümkün değildir¹²⁵. Bunun yanında teknolojik gelişmelerin her geçen gün artması sonucunda inşaat sektöründe yeni yapım teknikleri ortaya çıkmaktadır. Ayrıca söz konusu inşa eserleri son derece karmaşık, girift bir yapıya sahiptir. Birçok uzmanlık alanını ilgilendiren inşa eserlerinin tek bir müteahhit tarafından yapılması oldukça güçtür. Bu sebeplerden dolayı müteahhitler bir araya gelerek bir inşa eserinin yapımını üstlenmektedir. Özellikle kamu alanındaki inşaatlara bakıldığında, otoyol, köprü, tünel, baraj gibi büyük çaplı inşa eserlerinin tek bir müteahhidin finansmanı, iş gücü, makine parkı ile yapılması oldukça güçtür. Bu bakımdan büyük çaplı kamu yapılarının inşasının çoğunda, adi ortaklık şeklinde oluşturulan konsorsiyum ya da joint venturelar'ın müteahhit olarak yer aldığı görülmektedir.

¹²⁴ TTK'da kolektif şirket (TTK. m. 153-242), adi komandit şirket (TTK m.243-269), anonim şirket (TTK. m.269-474), sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket (TTK m.475-484) ve limited şirket (TTK m.503-556) düzenlenmiştir. TTK'da düzenlenen şirket türleri yanında BK'da da adi şirket (BK m.520-541) düzenlenmiştir. Ancak adi şirketin, ticarî şirketlerin aksine, tüzel kişiliği bulunmamaktadır.

¹²⁵ SELİÇİ: s.18; KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sektöründe Joint Venture - Müşterek İş Ortaklığı, Ankara, 2007, s.17-18.

B. Birden Çok Müteahhidin İnşa Eserini Meydana Getirmeyi Birlikte Üstlenmesi

4734 sayılı Kanun m.4'te birden fazla müteahhidin bir araya gelerek oluşturdukları ortak girişimler tanımlanmıştır. Buna göre “*Ortak girişim, ihaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumlar*”dır. 4734 sayılı Kanun m.14'te de ortak girişim kavramı üzerinde durulmuştur. Maddenin ilk cümlesinde “*Ortak girişimler birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından iş ortaklığı veya konsorsiyum olarak iki türlü oluşturulabilir.*” denilmek suretiyle ortak girişim bir üst kavram haline getirilmiştir. Doktrinde birçok yazar, ortak girişim kavramını joint venture’ın Türkçe karşılığı olarak kullanmaktadır¹²⁶. KAPLAN ise joint venture’ın Türkçe karşılığı olarak müşterek iş ortaklığını tercih etmektedir¹²⁷. 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar’da yasa koyucu, ortak girişim kavramını konsorsiyum ve joint venture kavramlarını içine alan bir üst kavram olarak kullanmaktadır. Ancak uygulamada ortak girişim kavramının genellikle joint venture’ı ifade etmek için kullanıldığı görülmektedir¹²⁸.

¹²⁶ POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2005, s.17; AKYOL, Şener: Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Know-How, Management, Ortak Girişim ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 1997, S.58.

¹²⁷ KAPLAN: Joint Venture, s.22-23.

¹²⁸ Bazı yazarlar tarafından konsorsiyum ve ortak girişim kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Bkz. TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.96 vd; TANDOĞAN, Haluk: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu Joint Venture, BATİDER, Cilt 13, Sayı 3-4, s.57-90. BARLAS, söz konusu yazarlar tarafından konsorsiyum ve joint venture kavramlarının eş anlamlı olarak kullanılmasının yazarların kurumları yanlış nitelendirmesine bağlamamakta, konsorsiyumun gerçek ve teknik anlamının dışında joint venture’a temel olan sözleşme şeklinde bakılmasından kaynaklandığını öne sürmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BARLAS: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 1998, s.175.

a. Konsorsiyum

aa. Konsorsiyum Tanımı

Ortak girişim kavramını tanımlayan 4734 sayılı Kanun konsorsiyum hakkında herhangi bir tanım getirmemiştir. Sadece 4734 sayılı Kanun m.14'te konsorsiyumu oluşturan gerçek ve/veya tüzel kişilerin sorumluluklarına ilişkin düzenleme bulunmaktadır.

Türk hukuk sisteminde konsorsiyum kavramı çeşitli düzenlemelerde yer alır. Konsorsiyum ile ilgili olarak en önemli düzenlemelerden birisi 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği m.1/b (2) numaralı bendi ile getirilmiştir. Buna göre “... her ortağın işin belli bir bölümünün yapımını yüklediği konsorsiyumlar iş ortaklığı tanımı dışında kalmaktadır. Bu tür ortaklıklarda (Konsorsiyum) her bir ortağın yapacağı işin yüklenim sözleşmesinde açıkça belirtilmesi zorunludur. Ancak, yüklenim sözleşmesinde belirtilmekle beraber, ortakların kendi aralarında yapacakları sözleşme ile her bir ortağın yükleneceği işin belirlenmesi ve işveren idarece de bu sözleşmenin kabulü halinde, bu ortaklıklar da ‘Konsorsiyum’ olarak kabul edilecektir.”¹²⁹. Ancak bu düzenleme vergi hukuku bakımından bir değer taşımaktadır. Burada iş ortaklığı ve konsorsiyumun, kurumlar vergisi mükellefi olabilmesi için, hangi şartları taşıması gerektiği düzenlenmiştir.

Doktrinde konsorsiyum ile ilgili çeşitli tanımlar bulunmaktadır. TEKİNALP/TEKİNALP iki veya daha çok gerçek ya da tüzel kişiden her birinin, belli bir işi yapmak amacı ile, ortaklaşa taahhüt etmiş oldukları işin bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu diğerlerinden bağımsız olarak yüklenmek suretiyle

¹²⁹ Tebliğde getirilen düzenleme ile unsurları sayılan iş ortaklığı kavramının joint venture'dan ziyade konsorsiyumu ifade ettiği yönünde görüşler vardır. YILMAZ, burada yer alan düzenlemenin İsviçre ve Alman Hukuku'nda iki ya da daha fazla ana şirketin belli bir amacı gerçekleştirmek amacıyla yavru şirket kurmalarını şeklinde görülen “Joint venture”dan önceki aşama olan konsortium'u ifade ettiği ileri sürmektedir. Konsortium, adi şirket biçiminde kurulan kazanç birliğidir. Ortakların birleşmesi bir ticarî amaca hizmet etmektedir. Bu ticarî amaç bir ya da birden fazla olabilir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Lerzan: Çeşitli hukuk sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukuki Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı, Mahmur R. Belik'e Armağan, İstanbul, 1993, s.481-483.

katkılarını birleştirmelerini konsorsiyum olarak tanımlamıştır¹³⁰. Başka bir tanıma göre ise konsorsiyum, belirli bir veya birkaç ticarî işi gerçekleştirmek ve bundan kazanç elde etmek için birden ziyade teşebbüsün meydana getirdiği adi şirket niteliğindeki akdî bir birleşmedir¹³¹.

Konsorsiyum sözleşmeleri, geçici ortaklık oluşturmalarının ve günümüzde zengin çeşitliliğe sahip ekonomik, ticarî ve malî ilişkilerinin etkisiyle birçok alanda karşımıza çıkmaktadır¹³². Ancak konsorsiyumlar daha ziyade inşaat sektöründe yer almaktadır. Bu bakımdan inşaat sektöründe yer alan konsorsiyumların tanımlanması çalışmamız bakımından önem taşır. İnşaat konsorsiyumu, iki ya da daha fazla girişimcinin kendi kaynaklarını ve/veya yeteneklerini birleştirerek, herhangi bir tüzel kişilik oluşturmaksızın, her birinin diğerinden bağımsız olarak iş sahibine bir eseri meydana getirip teslim etmeyi borçlandıkları, sözleşmenin taraflarının sadece kendi payına düşen işi yapmakla yükümlü oldukları sözleşme türüdür¹³³. Yabancı bir ülkede bir metro inşaatının yapımını üstlenen üç şirketten birisi yer altı inşaatı, diğeri toprakaltı izolasyon ve donanımları, öteki ise raylı sistemlerin yapımı konusunda uzmandır. Değişik alanda uzman olan bu üç şirket, metro inşaatı için yapacakları sözleşme ile işin kendi uzmanlık alanını ilgilendiren bölümü bakımından taahhüt altına girmekte ve sadece o kısım bakımından sorumlu olmaktadır. Tek başlarına varlık gösteremeyecek olan bu üç şirket kendi aralarında yaptıkları konsorsiyum sözleşmesi ile bir ortaklık oluşturup inşa eserini meydana getirmektedir¹³⁴.

¹³⁰ TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal: Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1988, s.162.

¹³¹ KAPLAN: Joint Venture, s.37.

¹³² Ticarî şirketlerde süre ve toplantı bakımından sınırlı olmazsınız, belirli bir konuda daima belirli yönde oy kullanmanın kararlaştırıldığı oy konsorsiyumları ile büyük çaplı projelerinin finansmanını sağlamak amacıyla birden fazla bankanın bir araya gelerek kredi sağladıkları bankalar konsorsiyumları, konsorsiyum türleri arasında yer almaktadır.

¹³³ BARLAS: s.174; TEKİNALP/TEKİNALP: Joint Venture, s.162; ACAR, Hakan: İnşaat Sektöründe Konsorsiyum Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2000, s.8.

¹³⁴ BARLAS: s.174.

bb. Konsorsiyumun Hukukî Niteliği

Konsorsiyum gerek doktrinde gerek yargı kararlarında adi şirket biçiminde nitelendirilmektedir. Adi şirket BK. m.520-541 arasında düzenlenmiştir. BK. m.520/1’de adi ortaklığa ilişkin bir tanım vardır. Burada verilen tanım adi şirketi değil, şirketi tanımlamaktadır. Adi şirketi emeklerini ve/veya araçlarını bir ortak amaç için birleştirerek, bu amaca ulaşmak için çaba göstermeyi sözleşme ile birbirlerine taahhüt eden kişilerce oluşturulan, tüzel kişiliği bulunmayan bir kişi topluluğu şeklinde tanımlamak mümkündür¹³⁵.

Konsorsiyum ortaklığı, sözleşme ve ortak amaç unsurlarından oluşan bir adi şirkettir¹³⁶. Konsorsiyumu oluşturanlar arasında sözleşmeye dayalı bir ortaklık ilişkisi kurulmakta ve bu ortaklık ilişkisi adi şirket şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Adi şirkette olduğu gibi konsorsiyumda da bir tüzel kişilik söz konusu değildir. Doktrinde ve yargı kararlarında¹³⁷ adi şirketin tüzel kişiliğinin olmadığı, ortaya çıkan kişi birliğinin onu oluşturan kişilerden bağımsız bir hukukî kişilik teşkil etmediği ve hak ehliyetine sahip olmadığı konusunda görüş birliği vardır¹³⁸. Bunun bir sonucu olarak

¹³⁵ BARLAS: s.13. POROY adi şirkete ilişkin, unsurlarını da içeren daha ayrıntılı bir tanım yapmıştır. Buna göre adi şirket, kişisellik öğelerine göre şekillenmiş, ortaklık haklarının ve yapısının, sermayeye dayalı olarak değil, ortakların kişiliklerine bağlı bir tarzda biçimlendiği; ortakların ortaklık borçlarından bütün malvarlıklarıyla, birinci derecede ve zincirleme sorumlu olduğu; her türlü iktisadî ve gayri iktisadî konu için herhangi bir şekle bağlı olmaksızın kurulabilen veya oluşturulabilen; bir ticarî işletme işletmesi şart olmayan; tüzel kişiliği bulunmayan bir ortaklıktır (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU: s.46.).

¹³⁶ ORAGGILICOV, Dövrän: Milletlerarası Doğrudan Yatırım Açısından Joint Venture, İzmir, 2006, s.24-25.

¹³⁷ “Dava sırasında, ortaklığının adi ortaklık olduğu ve davaluların dışında da ortakları bulunduğu anlaşılmış olup, **adi ortaklığın tüzel kişiliği olmadığından**, husumetin ortaklığın tüm ortaklarına yöneltilmesi gerekir.” Yargıtay 12.HD. 08/04/2002 t. , 2002/1647E. ve 2002/3796K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı); “**Adi ortaklığın kendisine ait bir tüzel kişiliği mevcut olmadığından** davada taraf olma ehliyeti yoktur. Bir başka ifade ile adi ortaklığın dava ve takip ehliyeti olmadığı gibi, ona karşı da dava açılmaz.” Yargıtay 10.HD. 12/02/2002 t. , 2002/452E. ve 2002/1015K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

¹³⁸ BARLAS: s.55; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU: s.52-53.

ortaklık faaliyetleri kapsamında yer alan hukuksal işlemlerde adi şirket olan konsorsiyum taraf olarak yer almamaktadır¹³⁹.

Konsorsiyum adi şirket niteliğinde olduğundan BK m.520-541 arasındaki hükümler konsorsiyum bakımından doğrudan doğruya uygulama alanı bulacaktır. Ancak adi şirkete ilişkin bazı hükümler konsorsiyumun niteliğine uygun düşmediği için uygulanamaz. BK’da adi şirkete ilişkin hükümler emredici hukuk kuralı niteliği taşımayan, yedek hukuk kurallarıdır. Aksinin kararlaştırılması her zaman için mümkündür. Konsorsiyuma bakıldığında tipik bir adi şirket niteliği göstermediği, adi şirketten bazı farklı özelliklerinin olduğu görülmektedir. Bu bakımdan adi şirkete ilişkin hükümler konsorsiyumun niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.

Adi şirkette ortakların borçlardan dolayı sorumluluğuna ilişkin BK m.534’te düzenleme bulunmaktadır. Buna göre “...*Hilafı mukavele edilmiş olmadıkça, şerikler, birlikte yahut bir mümessil vasıtasıyla üçüncü şahsa karşı deruhte etmiş oldukları borçlardan müteselsilen mes’ul olurlar.*”. Adi şirketi oluşturan ortakların buradaki sorumluluğu birinci derecede, sınırsız ve kişisel bir sorumluluktur¹⁴⁰. Adi şirkette ortakların borçlardan sorumluluğunu düzenleyen bu madde emredici bir hukuk kuralı değildir. Maddede yer alan “*Hilafına mukavele edilmiş olmadıkça*” deyimini bunu göstermektedir. Konsorsiyumu oluşturan ortakların sorumluluğu emredici bir hüküm olmayan BK m.534’ten ayrılmaktadır. Konsorsiyumlarda adi şirketten farklı olarak üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerde konsorsiyumu oluşturan ortakların sorumluluğu müteselsil değildir. Her ortak sadece kendi üstlendiği iş kısmı bakımından sorumlu

¹³⁹ “*Konsorsiyum ortakları arasında BK’nın 520 ve devamı maddelerinde düzenlenen adi şirket hükümleri carîdir. Adi şirketin yani konsorsiyumun, hükmi şahsiyeti bulunmadığından, konsorsiyum tarafından açılacak davalarda bütün ortakların yer alması veya aleyhine açılan davada da ortakların tümünün davalı olarak gösterilmesi zorunludur.*” Yargıtay 15.HD. 18/02/2005 t. , 2004/5384E. ve 2005/866K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁴⁰ BARLAS: s.70; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU: s.81-82; “*BK’nın 533. maddesinin 2. cümlesi hükmü gereğince adi şirket namına 3. şahıs ile şeriklerden biri muameleye giriştiği takdirde, diğer şerikler aynı kanunun 534. maddesinin son cümlesi hükmü uyarınca bir mümessil vasıtasıyla üçüncü şahsa karşı deruhte ettikleri borçlardan müteselsilen sorumlu olurlar*” Yargıtay 11.HD. 28/12/1976 t. , 1976/5670E. ve 1976/5671K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

olmaktadır. Yani konsorsiyumu oluşturan ortaklardan her biri işin kendisine düşen kısmı bakımından sorumludur¹⁴¹.

Konsorsiyum ortaklarının sorumluluklarına ilişkin düzenleme 4734 sayılı Kanun m.14'te de yer almaktadır. Buna göre “...konsorsiyum anlaşma ve sözleşmesinde ise, konsorsiyumu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin, işin hangi kısmını taahhüt ettikleri ... belirtilir.”. 4734 sayılı Kanun'un eki niteliğinde olan standart formlardan “Konsorsiyum Beyannamesi”¹⁴² ise ortakların sorumluluğa ilişkin farklı nitelikte bir düzenleme getirmektedir. Söz konusu beyannamede yer alan “Her birimizin aktolunacak sözleşmenin konusuna ve kapsamına girecek işlerin ve taahhütlerin ve sözleşmeden doğup da ortaklığımıza yönelecek yükümlülüklerin yerine getirilmesinden **müştereken ve müteselsilen** sorumlu olacağımızı...” ifadesi konsorsiyumun niteliğine ters düşmektedir. Ancak konsorsiyuma ilişkin genel ilkeler göz önüne alındığında, konsorsiyumu oluşturan her bir ortağın işin yapmayı taahhüt ettiği kısım bakımından sorumlu olduğu sonucuna varmak mümkündür. Ortaklar arasında müteselsil sorumluluğun kabulü halinde sözleşmeye dayalı bir joint venture¹⁴³ ya da BK'da düzenlenen adi şirket gündeme gelmektedir.

Adi şirket sözleşmesinin geçerliliği BK tarafından herhangi bir şekil şartına bağlı kılınmamıştır. BK m.11/1'de düzenlenen şekil serbestisi ilkesi uyarınca adi şirket sözleşmesi hiçbir şekle tabi olmadan sözlü olarak kurulabileceği gibi bazı durumlarda

¹⁴¹ ACAR: s.16.

¹⁴² Konsorsiyum beyannamesi ve sözleşmesinde konsorsiyumu meydana getiren ortaklar işin hangi kısmını taahhüt ettiklerini ve taahhüdün yerine getirilmesinde koordinatör ortak aracılığıyla aralarında koordinasyonu nasıl sağlayacaklarını belirtmelidir.

¹⁴³ BARLAS: s.178. Bazı yazarlar tarafından birden fazla müteahhidin iş sahibine karşı inşa eserinin tümünün meydana getirilmesi durumunda müteahhitler arasındaki ilişkiyi “Müteahhitler konsorsiyumu” şeklinde tanımladıkları görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. SELİÇİ: s.18; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.83 vd.

iradeyi ortaya koyan davranışlarla da zımnen oluşturulabilir¹⁴⁴. Konsorsiyum sözleşmesi bakımından ise 4734 sayılı Kanun m.14 geçerlilik şartı öngörmüştür. Buna göre “*İhale aşamasında ortak girişimden kendi aralarında bir iş ortaklığı veya konsorsiyum yaptıklarına dair anlaşma istenir...İhalenin iş ortaklığı veya konsorsiyum üzerinde kalması halinde, sözleşme imzalanmadan önce noter tasdikli iş ortaklığı veya konsorsiyum sözleşmesinin verilmesi gerekir.*”. Bu düzenleme ile 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar kapsamında inşaat sözleşmesinde müteahhit olarak yer alacak konsorsiyum ortaklarının, aralarında yapacakları sözleşmeyi yazılı şekilde yapmaları ve bu sözleşmeyi noter tasdikinden geçirmeleri gerekmektedir. Buradaki şekil şartı, geçerlilik şartıdır. Buna uyulmadığı takdirde 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar bakımından bir konsorsiyumun varlığından söz edilememektedir

cc. Konsorsiyumun Özellikleri

i) Konsorsiyumun en önemli özelliklerinden birisi yönetim ve idare alanında görülür. Konsorsiyumlar bakımından yönetim ve idare yetkisi, sözleşme ya da ortaklar tarafından alınacak karar ile ortaklardan birine bırakılabilir. Bu ortağa uygulamada “*Konsorsiyum lideri*” ya da “*Pilot ortak*” denir¹⁴⁵. 4734 sayılı Kanun’da “*Koordinatör ortak*” ifadesi kullanılmaktadır. 4734 sayılı Kanun m.14’te yer alan “*İş ortaklığı anlaşmalarında pilot ortak, konsorsiyum anlaşmalarında ise koordinatör ortak belirtilir.*” ifadesi ile kamu ihale inşaat sözleşmeleri bakımından da konsorsiyum lideri kabul edilmektedir. Konsorsiyum liderinin ya da koordinatör ortağın hem konsorsiyumun idaresi (İç ilişki) hem de konsorsiyumun temsili (Dış ilişki) açısından önemi bulunmaktadır.

Yönetim bakımından koordinatör ortak mutlak yetkiye sahiptir. Diğer ortakların yönetime doğrudan katılması ya da müdahale etmesi söz konusu değildir. Ancak

¹⁴⁴ BARLAS: s.52; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU: s.53-54; “*Borçlar Kanununun adi şirkete ilişkin 520 ve onu izleyen maddeleri gereğince adi ortaklığın kurulabilmesi için yazılı şekil gerekli değildir. Adi ortaklık sözleşmesi sözlü olarak da yapılabilir...*” Yargıtay 13.HD. 28/06/1984 t. , 1984/3290E. ve 1984/4923K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁴⁵ BARLAS: m.177.

konsorsiyumun yönetiminin “Eş liderlik” olarak adlandırılan aynı anda birden fazla ortağa bırakılması da mümkündür¹⁴⁶. Bunun yanında, konsorsiyumu oluşturan üyeler, BK m.525/1 uyarınca üçüncü bir kişiyi koordinatör ortak olarak da belirleyebilir. Bunun için üçüncü kişi ile konsorsiyum üyeleri arasında ayrı bir sözleşmenin yapılması gerekir¹⁴⁷. Uygulamada, konsorsiyum üyeleri dışında üçüncü bir kişinin koordinatör ortak olarak atanması yöntemine çok sık rastlanmamaktadır. Çünkü üçüncü kişi koordinatör ortak işin sadece teknik yönlerini üstlenmekte, malî konular ile iş sahibi idareye karşı olan temsil konsorsiyum üyelerine bırakılmaktadır. Bu da konsorsiyumun idaresi konusunda çok başlılık yaratmakta ve projenin gerçekleştirilmesini güçleştirmektedir.

ii) Konsorsiyumun temsili bakımından da koordinatör ortak yetkilidir¹⁴⁸. Bu husus konsorsiyum sözleşmesinde açıkça belirtilir. Ancak açıkça belirtilmese dahi, idare yetkisine sahip olan koordinatör ortağın BK m.533’te yer alan “*Kendisine idare vazifesi tahmil edilen şerik şirketi ve bütün şerikleri üçüncü şahıslara karşı temsil etmek hakkını haiz sayılır.*” şeklindeki düzenleme ile temsil yetkisine de sahip olduğu sonucuna varmak mümkündür. Ancak koordinatör ortağın konsorsiyum üyeleri dışında üçüncü bir kişi olarak belirlenmesi durumunda BK m.533 hükmü uygulama alanı bulmamakta ve konsorsiyum sözleşmesinde açıkça hüküm bulunmadığı için adi şirketin temsiline ilişkin hükümler uygulanmaktadır.

iii) Konsorsiyum sözleşmesi adi şirket olarak niteliğinde olduğundan, adi şirketin sona ermesini düzenleyen BK.m.535 vd. konsorsiyum sözleşmesi için de geçerli olmaktadır. Ancak adi şirketin sona erme sebepleri konsorsiyum sözleşmesinin niteliğine

¹⁴⁶ BARLAS: s.177.

¹⁴⁷ ACAR: s.99-100.

¹⁴⁸ Koordinatör ortağın konsorsiyumu nasıl temsil edeceği, konsorsiyum sözleşmesinin niteliğine göre değişmektedir. Uygulamada konsorsiyumlar dış ortaklık biçiminde kurulmakta olup, koordinatör ortak konsorsiyum üyeleri nam ve hesabına iş sahibi ve üçüncü kişiler ile işlemler yapabilmektedir. Bu durumda doğrudan temsil gündeme gelmektedir. Uygulamada nadir olarak görülmekle birlikte konsorsiyumların iç ortaklık şeklinde kurulması da mümkündür. İç ortaklık halinde koordinatör ortak, iş sahibi ve üçüncü kişilerle işlem yaparken kendi adına ancak konsorsiyum üyelerinin hesabına hareket etmektedir. Bu halde işlemde kaynaklanan hak ve borçlar doğrudan koordinatör ortak üzerinde doğmaktadır. Bu da dolaylı temsilin varlığını göstermektedir (BARLAS: s.178-179; ACAR: s.100-102).

uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulmaktadır¹⁴⁹. BK m.535/1'in (1) numaralı bendinde yer alan işin tamamlanması ya da tamamlanmasının imkansız hale gelmesi, (5) numaralı bentte düzenlenen bütün ortakların oybirliği ile karar alması, (7) numaralı bent ile m.536'da düzenlenen adi şirket sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesi ile adi şirketin sona ermesi sebepleri konsorsiyum sözleşmesine de uygulanabilir niteliktedir¹⁵⁰.

4735 sayılı Kanun m.17 vd. kamu ihale sözleşmelerinin hangi durumlarda feshedilebileceğini düzenlemektedir. Fesih sebepleri arasında müteahhidin ölümü, ağır hastalığı, tutukluluğu veya mahkumiyeti (m.17); sözleşme yapıldıktan sonra mücbir sebep hali dışında müteahhidin sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirememesi (m.19); müteahhidin ihale şartlarına uygun bir şekilde taahhüdünü yerine getirememesi ya da sözleşmenin uygulanması aşamasında yasak fiil ve davranışlarda bulunması (m.20); müteahhidin ihale aşamasında yasak fiil ve davranışlarda bulunması (m.21) ile mücbir sebepler (m.23) yer almaktadır. Bu hallerin varlığı halinde kamu ihale sözleşmesi feshedilerek sona erdirilmektedir.

Kamu ihale sözleşmelerinin fesih sebepleri arasında yüklenicinin ortak girişim (İş ortaklığı ya da konsorsiyum) olması hali ayrıca düzenlenmiştir. 4735 sayılı Kanun m.18'te yer alan *“Yüklenicinin ortak girişim olması halinde ölüm, iflas, ağır hastalık, tutukluluk veya mahkumiyet”* başlıklı düzenlemede ortak girişimde koordinatör ya da pilot ortak ile koordinatör ya da pilot olmayan ortak arasında bir ayrıma gidilmektedir. Koordinatör ya da pilot ortağın ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, mahkumiyeti hallerinde kamu ihale sözleşmesi feshedilmekte ve konsorsiyum sözleşmesi de sona ermektedir. Konsorsiyum sözleşmesi inşa eserini meydana getirip teslim etme amacıyla kurulduğundan, kamu ihale inşaat sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte konsorsiyum sözleşmesi de sona ermektedir.

4735 sayılı Kanun m.18/1'in son cümlesinde koordinatör ya da pilot ortağın ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu ya da mahkumiyetinden itibaren 30 gün içinde, diğer ortakların koordinatör ya da pilot ortağın taahhütlerini üstlenmeyi teklif etmesi ve idarenin bunu uygun görmesi halinde inşaat sözleşmesi feshedilmeyerek işe devam

¹⁴⁹ BARLAS: s.178.

¹⁵⁰ POROY/ TEKİNALP/ ÇAMOĞLU: s.84-93; BARLAS: s.178.

edilebilmektedir. 4735 sayılı Kanun m.18/2 uyarınca, koordinatör ya da pilot ortak dışındaki ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu ya da mahkumiyeti halinde ise inşaat sözleşmesi feshedilmemekte, diğer ortakların o ortağın üstlendiği taahhütleri üstelenmesi ile inşaat sözleşmesine devam edilmektedir. İnşaat sözleşmesinin hemen feshedilmeyerek konsorsiyumu oluşturan diğer ortaklara işe devam için fırsat yaratılması, yeni ihale süreci sonucu ortaya çıkacak zaman kaybını, işteki gecikme ve belirsizlikleri önleyerek kaynakların verimli bir şekilde kullanılmasını sağlamaktadır¹⁵¹. Bu bakımdan getirilen düzenleme yerindedir. Ancak maddede yer alan ağır hastalık ifadesi iflas, tutukluluk, mahkumiyet karşısında son derece muğlak kalmaktadır. Ağır hastalık kavramının içine hangi hastalık türlerinin gireceğinin doktrin ve yargı içtihatları ile açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

b. İş Ortaklığı

aa. İş Ortaklığı Kavramı

aaa. Joint Venture - İş Ortaklığı Ayrımı

Amerikan hukuku kökenli bir kurum olan joint venture riski müştereken yüklenmek, risk için birleşmek, riskli bir işe birlikte kalkışmak anlamına gelmektedir¹⁵². Doktrinde joint venture çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır. KAPLAN, joint venture'ı iki veya daha ziyade hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız kişi veya tüzel kişiliğe haiz şirketlerin müştereken belli bir amacı gerçekleştirmek ve kâr elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri, tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklık olarak

¹⁵¹ DOĞANYİĞİT: s.1154-1155.

¹⁵² BARLAS: s.187-188; TEKİNALP/TEKİNALP: s. 149-150; YILMAZ: Joint Venture, s.478-481; DAYINLARLI, Kemal: Joint Venture Sözleşmesi, Ankara, 2007, s.139-141.

tanımlamıştır¹⁵³. BARLAS ise hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız birden fazla gerçek veya tüzel kişinin belirli bir işi ya da süreklilik arz eden bir faaliyeti, bir ticaret ortaklığı kurarak veya böyle bir ortaklık söz konusu olmaksızın gerçekleştirmek ve kazanç elde etmek amacıyla bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmeleri ve o faaliyetin rizikolarını her biri müteselsilen sorumluluk altına girmek suretiyle üstlenmelerini joint venture olarak ifade etmiştir¹⁵⁴.

Doktrinde yapılan tanımlamaların yanında yargı kararlarında da joint venture kavramı açıklanmaya çalışılmıştır. Yargıtay 13.HD'nin 1995 tarihli kararında joint venture “*İki veya daha fazla sermaye katılımı bulunan teşebbüslerin belli bir sahada hizmet vermek ve bir amacı gerçekleştirmek için gerçekleştirdikleri bir teşebbüs ve ortaklık*” şeklinde tanımlamıştır¹⁵⁵. Yargıtay HGK da joint venture’ı “*İki veya daha fazla işletmenin, belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklıktır.*” şeklinde oldukça geniş bir çerçevede tanımlamıştır¹⁵⁶.

Türk hukukunda joint venture yerine çeşitli tanımlamalar kullanılmaktadır. “*Müşterek iş ortaklığı*”, “*Müşterek girişim*”, “*Müşterek teşebbüs ortaklığı*”, “*Müşterek taahhüt*” gibi ifadeleri bunlara örnek olarak vermek mümkündür. Bazı yazarlar ise joint venture kavramı yerine “*Ortak girişim*”i kullanmaktadır¹⁵⁷. Joint venture yerine farklı ifadelerin kullanılması terim birliğinden uzaklaşılmasına ve kavram karmaşasının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Ayrıca joint venture yerine kullanılan kimi ifadeler başka bir

¹⁵³ KAPLAN, joint venture tanımını esas alarak inşaat sektöründeki joint venture’ı da tanımlamıştır. Buna göre inşaat sektöründe faaliyet gösteren iki veya daha müteahhidin veya müteahhitlik firmasının veya gerçek kişi ya da tüzel kişiliğe haiz kurum, kuruluş veya şirketlerin müşterek bir inşaat işini gerçekleştirmek ve kâr elde etmek amacıyla sözleşmeye dayanarak kurdukları tüzel kişiliği bulunan ya da bulunmayan ortaklıklara inşaat sektöründe faaliyet gösteren joint venture denilmektedir (KAPLAN: Joint Venture, s.23).

¹⁵⁴ BARLAS: s.188.

¹⁵⁵ Yargıtay 13.HD. 02/10/1995 t. , 1995/7761E. ve 1995/8331K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁵⁶ Yargıtay HGK. 08/10/2003 t. , 2003/12-574E. ve 2003/564K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁵⁷ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU: s.17; AKYOL: s.57.

hukukî kurumu tanımlamak için kullanılmaktadır. Böylece, KARAYALÇIN'ın ifadesi ile, “*Kavramların gaddarlığı*” yapılmaktadır¹⁵⁸.

İş ortaklığı ifadesi joint venture'ı bütünüyle kapsayan bir tanım değildir. Çünkü joint venture bir üst kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Yabancı ülkelerde ve Türkiye'de joint venturelar sözleşmeye dayalı joint venturelar ve sermayeye dayalı joint venturelar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹⁵⁹. Sözleşmeye dayalı joint venture da kendi içinde iş ortaklıkları, iş ortaklığı dışında kalan joint venturelar ve uluslararası nitelik taşıyan joint venturelar olmak üzere üçe ayrılmaktadır¹⁶⁰. İş ortaklığı, sözleşmeye dayalı joint venture'ın özel bir türüdür. Bu bakımdan iş ortaklığı ile joint venture'ı eş anlamlı olarak kullanmak mümkün değildir. Joint venture, iş ortaklığını da kapsayan daha geniş bir kavramdır¹⁶¹.

bbb. İş Ortaklığı Tanımı

Türk mevzuatında joint venture ile ilgili herhangi bir düzenleme olmamasına karşın, iş ortaklığı mevzuatımızın çeşitli yerlerinde yer almaktadır. 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu m.2/1 (7) numaralı bendi uyarınca iş ortaklığı sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadî kamu müesseseleri, dernek ve vakıflara ait iktisadî işletmelerin kendi aralarında ya da şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenlerdir. Kurumlar Vergisi

¹⁵⁸ KARAYALÇIN, Yaşar: Hukukta Öğretim - Kaynaklar - Metod - Problem Çözme, Ankara, 2001, s.3.

¹⁵⁹ ORAZGILICOV: s.8-9; KAPLAN: Joint Venture, s.23-24. Her iki joint venture türü de birbirine benzemekle beraber aralarındaki fark, ortakların joint venture'daki paylarının sermayeye dayanıp dayanmamasından kaynaklanmaktadır.

¹⁶⁰ DAYINLARLI: Joint Venture, s.272-297.

¹⁶¹ BARLAS: s.201.

Kanunu ve tebliğde düzenlenen iş ortaklığı ile borçlar hukuku ve şirketler hukuku anlamındaki iş ortaklığı tam olarak örtüşmemektedir¹⁶².

4857 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği m.9 iş ortaklığını “*Yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketler, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen şirketler ile Borçlar Kanunu'nda düzenlenen adi şirketlerdir. Adi ortaklık, konsorsiyum, iş ortaklığı, ortak girişim gibi isimler altında sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıklar, Kanunun uygulanması bakımından adi şirket sayılırlar.*” şeklinde düzenlemiştir. Bu düzenleme de daha çok iş ortaklığının hukukî niteliği üzerinde durularak, iş ortaklığının adi şirket niteliğinde olduğu vurgulanmıştır.

4734 ve 4735 sayılı Kanunlar iş ortaklığına yer vermekle beraber herhangi bir tanımlama yoluna gitmemiştir. Aynı şekilde, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ve 5738 sayılı Spor Müsabakalarına Dayalı Sabit İhtimalli ve Müşterek Bahis Oyunlarının Özel Hukuk Tüzel Kişilerine Yaptırılması Hakkında Kanun'da da iş ortaklığına ilişkin düzenlemeler yer almakla birlikte iş ortaklığı tanımlanmamıştır. Bu bakımdan iş ortaklığının tanımını yapmak gerekmektedir. İş ortaklığı, hukukî ve ekonomik yönden birbirleriyle bağı olmayan gerçek ya da tüzel kişilerin tamamının, işin bütününden sorumlu olmak kaydıyla belirli bir işi gerçekleştirmek için sözleşmeye oluşturdukları ortaklık biçimidir.

bb. İş Ortaklığının Hukukî Niteliği

İş ortaklıkları joint venture'in bir türü olan sözleşmeye dayalı joint venture içinde yer almaktadır. Sözleşmeye dayalı joint ventureler, sermayeye dayalı joint ventureler'dan farklı olarak tek tip bir yapıdadır. Burada sadece sözleşmeye dayalı joint venture'ı oluşturan ortaklar arasındaki ilişkiye bakmak gerekir. Sözleşmeye dayalı joint ventureler BK m.520 vd. düzenlenen adi şirket niteliğindedir. İş ortaklıkları da sözleşmeye dayalı

¹⁶² Kurumlar Vergisi Kanunu bakımından iş ortaklığı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. DAYINLARLI: Joint Venture, s.272-279; BARLAS: s.200-203; TEKİNALP/TEKİNALP: Joint Venture, s.157-162.

joint venture'ın bir türünü oluşturmaktadır. Bu bakımdan iş ortaklıkları da adi şirket niteliğindedir¹⁶³.

İş ortaklıkları bakımından BK m.520 vd. düzenlenen adi şirkete ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür¹⁶⁴. Ancak BK'daki hükümlerin uygulanması aşamasında da iş ortaklığının özelliği dikkate alınmalıdır. Bu hususa rağmen adi şirketin hukukî yapısı ile iş ortaklığının hukukî yapısı birbirine oldukça benzediği görülmektedir. Örneğin, ortakların rekabet yasağı (BK m.526), özen yükümlülüğü (BK m.528) ve denetim hakkı (BK m.531), borçlardan dolayı alacaklılara karşı müteselsil sorumluluk (BK m.534) gibi hususlar bakımından adi şirket ile iş ortaklığı aynı niteliktedir¹⁶⁵.

İş ortaklıkları adi şirketler gibi herhangi bir tüzel kişiliğe sahip değildir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda iş ortaklığının tüzel kişiliğinin bulunmadığı ve bu bakımdan davada taraf ehliyetinin olamayacağına karar vermiştir¹⁶⁶. Ancak vergi hukuku bakımından iş ortaklığının tüzel kişiliğinin olduğu kabul edilmektedir. Bu husus sadece iş ortaklığının kazancının vergilendirilmesi bakımından geçerlidir¹⁶⁷. Vergi hukuku dışında kalan alanlarda iş ortaklıklarının tüzel kişiliği bulunmamaktadır.

İş ortaklıklarında ortakların borçlardan dolayı sorumluluğu, adi şirket ortaklarının borçlardan dolayı sorumluluğu ile aynıdır. Buna göre, ortaklardan her biri iş sahibine karşı işin belirli bir bölümünden değil tamamından, müştereken ve müteselsilen sorumlu

¹⁶³ Sermayeye dayalı joint venturelar'ın, doktrindeki farklı nitelikteki bazı görüşlere rağmen, adi şirket niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Karşı görüş için bkz. AKYOL: s.76.

¹⁶⁴ *“Belirtmek gerekir ki, taraflar arasındaki Joint Venture anlaşması mahiyeti itibariyle yürürlükteki mevzuatımıza göre Borçlar Kanununda düzenlenen adi ortaklık sözleşmesi mahiyetinde olup, bu tür ortaklık ilişkilerinde ortaklar arasında çıkan uyuşmazlıklarda öncelikle sözleşme hükümleri, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde de, BK'nun 520. vd. maddeleri uygulanmak suretiyle uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması gerekir.”* Yargıtay 13.HD. 02/12/2003 t. , 2003/7920E. ve 2003/14209K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁶⁵ BARLAS: s.205-208;

¹⁶⁶ Yargıtay 13.HD. 02/10/1995 t. ,1995/7761E. ve 1995/8331K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁶⁷ DAYINLARLI: s.280.

olmaktadır¹⁶⁸. 4734 sayılı Kanun m.14'te de iş ortaklığını oluşturan ortakların iş sahibi olan idareye karşı sorumluluğuna ilişkin düzenleme getirmiştir. Bu madde uyarınca “İş ortaklığı anlaşma ve sözleşmesinde, iş ortaklığını oluşturan, gerçek ve tüzel kişilerin taahhüdün yerine getirilmesinde müştereken ve müteselsilen sorumlu oldukları... belirtilir.”. 4734 sayılı Kanun'un eki niteliğinde olan standart formlardan “Konsorsiyum Beyannamesi”nde de aynı husus düzenlenmektedir.

İş ortaklığı sözleşmesi adi şirket sözleşmesinin aksine 4734 sayılı Kanun m.14'te bazı geçerlilik şartlarına tabi kılınmıştır. Söz konusu madde uyarınca ortakların kendi aralarında yapacakları iş ortaklığı sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmalı ve noter onayından geçirilmelidir. Bu şartlara uyulmaması halinde 4734 sayılı Kanun anlamında iş ortaklığı oluşmamaktadır.

cc. İş Ortaklığının Özellikleri

i) BK'da düzenlenen adi şirketin idare ve yönetimi hakkındaki hükümler iş ortaklığı bakımından da geçerlidir. Ancak adi şirkete ilişkin hükümlerin büyük bir kısmı tamamlayıcı niteliğe sahiptir. Bu bakımdan iş ortaklığının idare ve yönetimi konusunda öncelikle iş ortaklığı sözleşmesinin göz önüne alınması gerekir. Özellikle inşaat sektöründe yer alan iş ortaklıkları bakımından idare ve yönetim yetkisi, BK'da yer alan adi şirket hükümlerinden farklı şekilde düzenlenmiştir. Adi şirketin idare ve yönetim yetkisi kural olarak bütün ortaklara aittir. Bütün ortakların idare ve yönetim konusunda söz hakkı bulunmaktadır. Oysa kî, uygulamada iş ortaklığının idare ve yönetimi “Pilot ortak” ya da “Lider ortak” denilen ortak ya da ortaklara bırakılmaktadır¹⁶⁹. 4734 sayılı Kanun m.14 iş ortaklıklarında bir pilot ortağın belirlenmesini zorunlu tutmuştur. Bu bakımdan kamu ihale inşaat sözleşmelerinde iş ortaklığının bir pilot ortağının olması gerekir.

¹⁶⁸ Adi şirket ortaklarının sorumluluğu için bkz. s.52-53.

¹⁶⁹ KAPLAN: Joint Venture, s.64-65; TEKİNALP/TEKİNALP: Joint Venture, s.34

Pilot ortak inşaat sözleşmesi hükümleri çerçevesinde işin gerçekleştirilmesi amacıyla çeşitli talimatlar verebilir. İdare ve yönetim yetkisini ortaklar adına kullanır¹⁷⁰. Ancak pilot ortak iş ortaklığını yönetirken tek başına değildir. Özellikle büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde bütün ortakların katıldığı, ortaklığın malî, teknik ve idarî konularında karar vermeye yetkili inşaat komisyonu yer almaktadır. Bu tip inşaat komisyonuna “Yönetim kurulu” ya da “Ortaklar kurulu” adı da verilmektedir. İnşaat komisyonu inşaat sözleşmesinin uygulanması aşamasında icraî bir konumda bulunmamaktadır. Sadece komisyonda bir takım ilkeler belirlenmekte ve inşaat işlerinin sözleşmeye ve bu ilkelere uygun olarak yapılması denetlenmektedir¹⁷¹.

İnşaat komisyonundan ayrı olarak pilot ortak idare ve yönetim yetkisini kullanırken yanında bazı yardımcı organlar da yer alabilmektedir. Bunlar malî ve teknik yönetimdir. Malî yönetim iş ortaklığının malî işlerine ilişkin konularda (Muhasebe defterlerinin tutulması, banka işlerinin yürütülmesi gibi) yönetme yetkisine sahip olmaktadır. Teknik yönetim ise inşaat işleri ile ilgili olan teknik işlerin (Su, elektrik tesisatlarının yapılması, iş programının yapılması, hak edişlerin düzenlenmesi, işin süresinde bitirilmesi gibi) yönetiminden sorumlu olmaktadır. Malî ve teknik yönetimin yer almadığı inşaat işlerinde pilot ortak bütün idare ve yönetim yetkisine sahip olmaktadır¹⁷².

ii) Pilot ortağın iş ortaklığını üçüncü kişilere karşı temsili bakımından da görev ve sorumlulukları bulunmaktadır. BK m.533 uyarınca adi şirketi idare eden ortak kural olarak temsilci sayılır¹⁷³. İş ortaklığı bakımından da ortaklığın üçüncü kişilerle olan işlemlerinde pilot ortak temsilci sıfatını kazanır. BK m.533-534’te düzenlenen adi şirketin temsiline ilişkin hükümler iş ortaklığı bakımından da uygulanır. Pilot ortak, yetkili olduğu alanda üçüncü kişilerle yapmış olduğu işlemlerle diğer ortakları yükümlülük altına sokar¹⁷⁴. Pilot ortağın yetki alanının dışına çıkması halinde ise yetkisiz temsile ilişkin

¹⁷⁰ TEKİNALP/TEKİNALP: Joint Venture, s.34.

¹⁷¹ KAPLAN: Joint Venture, s.65.

¹⁷² KAPLAN: Joint Venture, s.67.

¹⁷³ DAYINLARLI: s.337.

¹⁷⁴ KAPLAN: s.73.

hükümler uygulanır. Bu bakımdan BK m.32 vd. düzenlenen temsile ilişkin hükümler iş ortaklığı bakımından da hüküm ve sonuç doğurur.

iii) İş ortaklığı çeşitli sebeplerle sona erebilir. Ortaklar iş ortaklığı sözleşmesinde ortaklığın hangi hallerde sona ereceğini kararlaştırabilirler. İş ortaklığı sözleşmesinde bu konuda herhangi bir düzenleme olmaması halinde BK m.535 vd. düzenlenen adi şirketin sona ermesine ilişkin hükümler uygulanmaktadır. BK m.535 vd. düzenlenen sona erme sebepleri arasında ortaklığın amacının gerçekleşmesi veya ifa imkansızlığına düşülmesi, ortaklardan birinin ölümü ya da iflas etmesi, ortakların rızaları ile ortaklığı sona erdirmeleri, ortaklık için belirlenen sürenin sona ermesi, haklı bir sebepten dolayı mahkeme kararı ile ortaklığın sona ermesi yer almaktadır. 4735 sayılı Kanun m.18, BK m.535 vd. düzenlenen sona erme sebeplerini kabul etmekle beraber ortak girişimlere özgü sona erme sebepleri de düzenlemiştir. 4735 sayılı Kanun m.18’de yer alan konsorsiyumlar ile iş ortaklıklarının sona erme sebepleri aynı doğrultudadır. Bu bakımdan konsorsiyumlar için 4735 sayılı Kanun uyarınca düzenlenen sona erme sebepleri iş ortaklıkları bakımında da geçerlidir¹⁷⁵.

V. KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNİN UNSURLARI

1. İnşa Eseri Unsuru

A. İstisna Sözleşmesi Bakımından İnşa Eseri

İnşaat sözleşmesinin konusunu inşa eseri oluşturur. İnşa eseri kavramının neyi ve hangi unsurları ihtiva ettiğini bulabilmek için öncelikle BK m.355’te yer alan istisna sözleşmesinin tanımına bakmak gerekir. Söz konusu tanıma göre “*İstisna, bir akiddir ki onunla bir taraf (Müteahhit) diğer tarafın (İş sahibi) vermeyi taahhüd eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.*”¹⁷⁶. İstisna sözleşmesinin konusunu oluşturan eser, inşaat sözleşmesi bakımından inşa eseri kavramına göre daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Çünkü eser kavramı içine maddî varlıkları aldığı gibi maddî olmayan, fikrî

¹⁷⁵ Aynı yöndeki açıklamalar için bkz. s.55-57.

¹⁷⁶ BK Tasarısı m.475 istisna sözleşmesi, eser sözleşmesi olarak adlandırılmış ve tanımı yapılmıştır. Buna göre “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendikleri sözleşmedir.*”.

varlıkları da almaktadır. Oysa kî, inşa eserinin maddî bir varlığı vardır. Ayrıca eser sözcüğü kural olarak taşınırlar için kullanılır. İnşa eseri ise niteliği gereği taşınmaz özelliğine sahiptir¹⁷⁷. Bu hususlar göz önüne alındığında eser kavramı, inşa eserini de içine alan üst bir kavramdır.

İnşa eserini doğrudan ve dolaylı toprağa bağlı olan, insan ve hayvanların barınmasına veya ihtiyaçlarını gidermesine, içinde eşyaların saklanmasına ya da bulundurulmasına yarayan, etrafı veya üstü az çok kapalı, sunî olarak insan emeği ile yapılmış veya düzenlenmiş şey olarak tanımlamak mümkündür¹⁷⁸. İmar Kanunu m.5'te de inşa eseri tanımına yer verilmiştir. Buna göre inşa eseri *“Karada veya suda, daimi veya muvakkat, resmî ve hususî yeraltı ve yer üstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.”*. Her iki tanımda görüleceği üzere inşa eseri kavramı, İmar Kanunu m.5 ve BK. m.58'te yer alan bina ve diğer inşa eserlerini aşan bir anlama sahiptir. Bina bakımından üstünün kapalı olması, kendi başına kullanılması gibi özellikler aranmaktadır. Oysa kî, inşa eserinin üzerinin mutlaka kapalı olması gerekli değildir. Ayrıca kendi başına kullanılması gibi bir zorunluluk da yoktur. Bu bakımdan inşa eserinin binayı da içine alan bir kavram olduğunu söylemek mümkündür.

İnşa eseri kavramının niteliğine bakıldığında iki ana unsurdan oluştuğu görülür. Bunlardan ilki sabitlik ve toprağa bağlılıktır. Buna göre inşa eserinin nispî olarak toprağa bağlı olması gerekir¹⁷⁹. Buradaki bağlılık az ya da çok olabileceği gibi dolaylı ya da doğrudan da olabilir. Sabitlik ve bağlılık bakımından önemli sorunlardan birisi taşınır inşaatlar bakımından (MK. m.728) kendisini gösterir. Taşınır inşaatlara örnek olarak şantiye binaları, barakalar gösterilebilir. Bunlar nitelikleri itibariyle geçicidir. Kural olarak inşaat sözleşmesinin konusunu taşınmaz inşaatlar oluşturur. Ancak mevcut inşaatla bağlantılı olmak şartıyla taşınır inşaat da inşaat sözleşmesinin konusu teşkil edebilir¹⁸⁰.

¹⁷⁷ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.53.

¹⁷⁸ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.55.

¹⁷⁹ ERTEN, M. Ali: Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Ankara, 2000, s.7-8.

¹⁸⁰ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.54.

İnşa eserinin ikinci unsuru ise insan eliyle yapılmış veya düzenlenmiş olmasıdır. İnsan eliyle yapılan, düzenlenen şeyler inşa eseri kavramı içinde yer alır. Kaya, tepe gibi doğal olarak oluşan nesnelere inşa eseri sayılmazlar. Ancak bu doğal nesnelere insan eliyle düzenleme getirilirse bunlar da inşa eseri niteliğini kazanabilirler. Örneğin kayanın içine tünel yapılması, akarsu için kanal açılması halinde artık inşa eserinden bahsedilir¹⁸¹.

B. Kamu İhale İnşaat Sözleşmeleri Bakımından İnşa Eseri

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinin konusunu oluşturan inşa eseri kavramı 4734 sayılı Kanun m.4'te "*Yapım*" adı altında düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca yapım kavramı "*Bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihrazat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, evre düzenlemesi, sondaj, yıkma güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini*" kapsamaktadır. Düzenlemede inşa eseri ile ilgili olarak bazı örnekler verilerek tanımlama yoluna gidilmiştir. Ancak kamu ihale inşaat sözleşmeleri bakımından inşa eserleri bunlarla sınırlı değildir. Zira bazı inşa eseri örnekleri sayıldıktan sonra "*Gibi*" ifadesi getirilerek sayılan örnekler dışında da inşa eserinin söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Özellikle bilim ve teknik alanında yaşanan gelişmeler yeni inşa eserlerinin ortaya çıkmasını sağlamaktadır. Bu bakımdan tadadî nitelikteki sayma yerindedir.

Kamu ihale inşaat sözleşmesindeki inşa eseri ile istisna sözleşmesindeki inşa eseri paralellik gösterir. 4734 sayılı Kanun m.4'te yer alan "*Yapım*" tanımına giren inşa eserleri kısmen veya tamamen toprağa bağlı ve sabit bir niteliktedir. Ayrıca bu inşa eserleri insan eliyle yapılmış veya düzenlenmiştir. Bu hususların yanında "*Yapım*" tanımına giren inşa eserleri bina kavramını aşan bir özellik gösterir. Zira tanımda binanın yanında diğer inşa eserlerine de yer verilmiştir. Bu bakımdan kamu ihale inşaat sözleşmeleri ile istisna sözleşmelerinin konusunu oluşturan inşa eseri aynı yönde değerlendirmelidir.

¹⁸¹ ERTEN: s.8-9.

2. Meydana Getirme (İnşa Etme) Unsuru

A. İstisna Sözleşmesi Bakımından Meydana Getirme

İstisna sözleşmesinde müteahhit inşa eserini meydana getirmeyi taahhüt etmektedir. BK m.355'te "*Meydana getirme*" yerine "*İmal etme*" kullanılmıştır. Oysa kî, bu iki deyim aynı anlama gelmemektedir. İmal etme deyimini sadece yeni bir eser meydana getirmeyi ifade eder. İstisna sözleşmesi sadece yeni bir eser meydana getirme ile sınırlı değildir. Yeni eser meydana getirmenin yanında varolan bir eserin değiştirilmesi, onarılması ve hatta ortadan kaldırılması da istisna sözleşmesi kapsamında değerlendirilir¹⁸². Bu bakımdan BK m.355'te yer alan "*İmal etme*" deyimini yerine yeni bir eser yapma, mevcut eserde değişiklik ya da ilave yapma, eseri onarma ve yıkmayı içine alan "*Meydana getirme*" deyiminin kullanılması yerinde olacaktır¹⁸³. Köprü, yol, baraj yapımını, bir binanın iç duvarlarının yıkılması ya da yeni duvar yapılmasını, iki şeritli bir yola üçüncü şeridin ilave edilmesini, bir binanın çatısının onarılmasını ya da binanın tamamen yıkılmasını meydana getirmeye örnek olarak vermek mümkündür¹⁸⁴.

İstisna sözleşmesi bakımından meydana getirme deyimini içinde yer değiştirme yani nakil yer almaz. Çünkü yer değiştirme istisna sözleşmesinin değil taşıma sözleşmesinin kapsamındadır¹⁸⁵. Ancak taşıma, sözleşme konusunun esaslı unsuru içinde yer almayı talî bir nitelik gösteriyorsa istisna sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanabilmektedir. Örneğin, bir binanın yapımı için gereken beton uygulamada hazır olarak getirilebilir. Bu hazır betonun getirilmesi taşıma sözleşmesinden çok istisna sözleşmesi bakımından önem taşır. Bu bakımdan taşıma bir bütün teşkil eden edimin sadece bir kısmını kapsıyorsa, edimin tümü için istisna sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır¹⁸⁶.

¹⁸² ARAL: s.331-332; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.55-56; YAVUZ: s.278;

¹⁸³ BK Tasarısı m.475 doktrinde yapılan eleştirileri göz önüne alarak "*İmal etme*" yerine "*Meydana getirme*" deyimini kullanmıştır.

¹⁸⁴ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.56; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.22-24.

¹⁸⁵ YAVUZ: s.278; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.24.

¹⁸⁶ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.24.

B. Kamu İhale İnşaat Sözleşmeleri Bakımından Meydana Getirme

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde meydana getirme deyimine 4734 sayılı Kanun m.4'te yer alan “*Yapım*” kavramı altında yer verilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca “...*bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihrazat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri*” inşa eseri meydana getirmenin içinde yer alır.

Kamu ihale inşaat sözleşmeleri bakımından inşa eseri meydana getirme, BK m.355 anlamında inşa eseri meydana getirme ile birçok açıdan benzerlik gösterir. Tesisat, imalat, tamamlama, yıkma, güçlendirme gibi inşa eseri meydana getirme görünümleri istisna sözleşmesi bakımından da söz konudur. Ancak nakliye konusunda bir ayırım yapılması gerekir. Nakliye 4734 sayılı Kanun anlamında inşa eseri meydana getirme içinde değerlendirilmektedir. İnşa eseri ile ilgili yapılan nakliyeler yapım işi arasında yer almaktadır. Burada nakliyenin inşa eseri meydana getirme ediminin tümünü kapsayıp kapsamaması önemli değildir. İstisna sözleşmesi bakımından ise nakliye, edimin bütününe değil, bir kısmını kapsamaması halinde istisna sözleşmesi içinde değerlendirilmektedir.

4734 sayılı Kanun m.4'teki “*Yapım*” tanımının son kısmında yer alan “*Benzeri yapım işleri*” ifadesi ile meydana getirme türleri sınırlandırılmamış, hükmün niteliğine aykırı olmamak şartıyla başka meydana getirme türleri de kapsama alınmıştır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, hükümde yer almayan küçük onarım işlerinin de inşa eseri meydana getirme içinde yer alması gerekmektedir.

3. Ücret Unsuru

A. İstisna Sözleşmesi Bakımından Ücret

İstisna sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için müteahhidin eser meydana getirme borcu karşısında iş sahibinin ücret ödemesi gerekir. Bu istisna sözleşmesinin esaslı noktaları arasında yer alır. Ücretten bahsedilmemesi halinde vekalet sözleşmesi ya da karma isimli sözleşme söz konusu olur¹⁸⁷. Ancak taraflar arasında bir ücretin

¹⁸⁷ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.56-57.

kararlaştırılmaması, aradaki hukukî ilişkinin istisna sözleşmesi olmasına engel değildir. BK. m.366 uyarınca taraflar önceden miktar olarak ücret kararlaştırmaları dahi yapılan eserin değerine ve müteahhidin masrafına göre bir ücret belirlenir¹⁸⁸. Bu bakımdan ücret istisna sözleşmesi bakımından belirleyici bir unsurdur.

İstisna sözleşmesinde taraflar ücreti iki biçimde kararlaştırabilirler. Bunlardan ilki götürü ücrettir. BK m.365'te düzenlenen götürü ücrette iş sahibinin müteahhide ödeyeceği ücret işin başında ve kesin olarak belirlidir. Bu toptan bir rakam olabileceği gibi birim fiyat üzerinden de tespit edilebilir. Müteahhit işin yapımı sırasında öngördüğünden daha fazla masraf yapmışsa kural olarak buna katlanmak zorundadır¹⁸⁹. BK. m.365/2'deki şartların varlığı halinde ücretin arttırılması ya da sözleşmesinden dönülmesi istenebilir¹⁹⁰. Eser öngörülenden daha düşük bir maliyet ile yapılmışsa iş sahibi götürü ücretin indirilmesini talep edememektedir¹⁹¹.

İstisna sözleşmesinde ücret yaklaşık olarak da kararlařtırılabilir¹⁹². Yaklaşık ücrette taraflar sözleşmeyi yaparken ücreti belirlemekle beraber bunun ne kadar olacağını

¹⁸⁸ “Davacı tarafından yapılan duvarın taraflarca kararlaştırılmış bir bedeli yoktur. Bedel ihtilaflıdır. Bu nedenle bedelin BK.nun 366. maddesi uyarınca yapıldığı tarihteki mahalli rayiçlerden tespiti gerekir.” Yargıtay 15.HD. 06/03/2007 t. , 2006/1149E. ve 2007/1365K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı). BK Tasarısı m.486'in getirdiği “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.” şeklindeki düzenleme ile BK m.366'deki hükmü korumuştur. Ancak BK m.366'da “Yapılan şeyin kıymetine...” ifadesi açıklığa kavuşturularak eserin yapıldığı yer ve zamandaki değerine göre ücretin belirleneceği yer almıştır.

¹⁸⁹ “Taraflar arasındaki eser sözleşmesinin 2. maddesinde, taşeronun yani davacının yapacağı işin ücreti, metrekaresi 1500 lira olarak kararlaştırılmıştır. Bu şekilde tayin edilen ücret götürü ücrettir. **BK. nun 365. maddesi gereği, davacı yapılacak şeyi kararlaştırılan birim fiyat üzerinden yapmaya mecburdur.**” Yargıtay 15.HD. 18/03/1991 t. , 1991/623E. ve 1991/1272K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁹⁰ BK Tasarısı m.485 dürürlük kuralının gerektirdiği durumlarda dönme hakkının yerini fesih hakkının alacağını düzenlemektedir.

¹⁹¹ ZEVKLİLER: s.327-328.

¹⁹² BK m.367 ile getirilen ücretin yaklaşık olarak tespit edilmesine ilişkin hükümler BK Tasarısı m.487'de aynı biçimde korunmuştur.

kesin olarak belirlememektedirler. Burada yaklaşık olarak ve eser tamamlandığında keşifle kesin ücret belirlenmektedir. Bu da eserin değerine ve müteahhidin masrafları göz önüne alınarak tespit edilir¹⁹³. Eserin bitirilmesi ile yapılan keşif sonucu fiilî olarak yapılan giderler yaklaşık ücreti aşırı biçimde aşıyorsa ve bunda iş sahibinin herhangi bir kusuru söz konusu değilse iş sahibi eserin yapımı sırasında ya da eser tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir¹⁹⁴ (BK m.367/1). BK m.367/2 uyarınca eser iş sahibinin arsası üzerinde yapılıyorsa iş sahibi ücretten uygun bir indirim isteyebileceği gibi eserin tamamlanmaması halinde müteahhidin işine son vererek yapılan kısım için hakkaniyete uygun bir ücret vererek de sözleşmeden dönebilir¹⁹⁵.

B. Kamu İhale İnşaat Sözleşmeleri Bakımından Ücret

Kamu ihale inşaat sözleşmeleri bakımından da ücret, sözleşmenin esaslı noktaları arasında yer alır. Müteahhidin sözleşmeye uygun, ayıpsız ve eksiksiz bir inşa eserini meydana getirip teslim etme borcu karşısında idarenin de ücret ödeme borcu bulunur. Ücretin belirlenmesinde müteahhit bakımından malzeme, araç-gereç ve personel giderleri ile kâr gibi unsurlar ön planda yer alır. İdare bakımından ise ücretin belirlenmesinde idare ve ihale hukukuna ait birtakım ilkeler önemli rol oynar. 4734 sayılı Kanun m.40 uyarınca ihale kural olarak, katılanlar arasında ekonomik açıdan en uygun teklifi veren üzerinde bırakılır. Ekonomik açıdan en uygun teklif her zaman en düşük ücreti ifade etmemektedir. AB direktiflerinde yer alan ve bizim mevzuatımıza da aktarılan işletme ve bakım maliyeti, maliyet etkinliği, verimlilik, kalite ve teknik değer gibi fiyat dışındaki unsurlar ücretle birlikte değerlendirilir. Bu durumu destekleyen düzenlemelerden birisi de 4734 sayılı Kanun m.38’de yer alır. “*Aşırı düşük teklifler*” başlığını taşıyan madde uyarınca, aşırı

¹⁹³ ÖZ: İnşaat Sözleşmesi, s.59-60; ZEVKLİLER: s.329.

¹⁹⁴ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.280-281.

¹⁹⁵ “*Taraflar arasındaki eser sözleşmesinde iş bedeli götürü olmayıp yaklaşık olarak belirlenmiştir. Masraflar iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı artmış ise iş sahibi gerek yapım aşamasında ve gerekse daha sonra sözleşmeyi bozabilir. Eğer eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılıyorsa iş sahibi iş bedelinden indirim isteyebileceği gibi eser henüz bitmemiş ise tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir.*” Yargıtay 15.HD. 15/07/2005 t. , 2004/6552E. ve 2005/4281K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

düşük teklifte bulunan teklif sahibi teklifte önemli olduğunu gördüğü hususlarla ilgili yazılı olarak açıklamada bulunur. Kamu ihale inşaat sözleşmesi bakımından yapım yönteminin ekonomik olması, seçilen teknik çözümler ve teklif sahibinin yapım işini yerine getirirken kullanacağı avantajlı koşullar ile teklif edilen yapım işinin özgünlüğü konusunda müteahhidin ihale komisyonunu tatmin edici açıklamalarda bulunması gerekir. Aksi takdirde teklif reddedilir. Bu bakımdan ücretin oluşmasında hem niceliksel hem de niteliksel unsurların bir arada bulunması gerekir.

Kamu ihale inşaat sözleşmeleri bakımından sadece götürü ücret kabul edilmektedir. Yaklaşık ücrete dayanılarak kamu ihale inşaat sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Bunun en önemli sebeplerinden birisi de ihale hukukunda yer alan eşit muamele, saydamlık, rekabet gibi ilkelerdir. Sözleşme öncesi aşamayı oluşturan ihale sürecinde açıklık ve rekabetin sağlanması oldukça önemli olduğu için kamu ihale inşaat sözleşmelerinde yaklaşık ücrete yer verilmemesi isabetlidir.

4. Anlaşma Unsuru

A. İstisna Sözleşmesi Bakımından Anlaşma

İstisna sözleşmesi niteliği itibariyle rızaî bir sözleşmedir. Sözleşmenin kurulabilmesi için müteahhit ile iş sahibinin ücret karşılığında inşa eserinin sözleşmeye uygun, eksiksiz ve ayıpsız olarak meydana getirilip teslim edilmesi konusunda anlaşmaları yeterlidir¹⁹⁶. Yani karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları olmalıdır. Müteahhidin eseri meydan getirip teslim etme borcu ile iş sahibinin ödeme borcu istisna sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanır¹⁹⁷.

İstisna sözleşmesinin geçerliliği kural olarak herhangi bir geçerlilik şartına bağlı değildir. BK m.355'te istisna sözleşmesi için bir geçerlilik şartı öngörülmemiştir. Sözleşmenin kurulması için icap ve/veya kabulün zımnî şekilde yapılması dahi

¹⁹⁶ ARAL: s.333.

¹⁹⁷ YAVUZ: s.279.

yeterlidir¹⁹⁸. Ancak sözleşmenin tarafları BK m.16 uyarınca istisna sözleşmesinde geçerlilik şartının varlığını iradî olarak kabul edebilirler. Özellikle önemli ve büyük çaptaki inşaat sözleşmelerinin yazılı ve hatta resmî şekilde yapıldığı görülmektedir¹⁹⁹. İnşaat sözleşmelerinin çoğunda uyuşmazlığın çıktığı göz önüne alındığında tarafların ispat şekli bakımından sözleşmeyi yazılı veya resmî şekilde yapmaları yerindedir (HUMK m.288)²⁰⁰.

BK bakımından istisna sözleşmesi geçerlilik şartına tabi olmamasına rağmen bazı istisna sözleşmesi türleri için geçerlilik şartı öngörülmüştür. Eser ve satım gibi iki unsurdan oluşan bir karma sözleşme niteliğindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmî şekilde yapılması gerekir²⁰¹. Çünkü arsa payının devri ancak resmî şekilde yapılabilmektedir. Bu şekle uyulmadığı takdirde arsa payının devri geçersiz olacaktır.

¹⁹⁸ YAVUZ: s.279; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.57; ARAL: s.333; “İstisna (Eser) sözleşmeleri, kural olarak, hiçbir şekle bağlı değildir. Sözlü olarak, hiç bir şekle bağlı değildir. **Sözlü olarak yapılabileceği gibi, adi yazılı veya resmî biçimde de yapılabilir.**” Yargıtay HGK 30/04/1997 t. , 1997/15-146 ve 1997/372K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı); “Kural olarak eser sözleşmesi yazılı şekil koşuluna bağlı değildir. İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun onaylarını bildirince sözleşme yapılmış olur. **Ancak taraflarca yazılı yapılması kararlaştırılan sözleşme, yazılı olarak yapılmadıkça akdî ilişki kurulmuş olmaz.** Somut olayda, sözleşmenin yazılı ve noterden onaylı yapılması kararlaştırılmıştır. Taraflar arasında yazılı sözleşme yapılmadığından akdî ilişki kurulmamıştır”. Yargıtay 15.HD. 08/02/2006 t. , 2005/2513E. ve 2006/587K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

¹⁹⁹ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.57.

²⁰⁰ “BK.nun 355, 371 maddelerinde yazılı eser sözleşmesi (İstisna akdi) yazılı biçime bağlı tutulmamıştır. Ne var ki; sözleşme ilişkisi Hukuk Muhakemeleri Usulu Kanunu hükümleri çevresinde ispat edilebilir... Bir hakkın doğumu düşürülmesi devri; değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukukî işlemlerin yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri beşyüz lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Senetle ispatı gereken hususlarda ise hakimin, yazılı delil aranan halleri hatırlatarak, karşı tarafın açık muvafakatı halinde tanık dinleyebileceği mümkün iken HUMK.nun 288, 289. maddelerine aykırı olarak tanıkların dinlenilmesi ve sözlerine dayanılarak karar verilmesi doğru değildir.” Yargıtay 15.HD. 11/11/1980 t. , 1980/2139E. ve 1980/3319K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

²⁰¹ “Eser sözleşmesinin bir türü olan ‘Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi’ ise, özelliği olan bir

B. Kamu İhale İnşaat Sözleşmeleri Bakımından Anlaşma

Kamu ihale inşaat sözleşmesinde de idare ile müteahhidin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sonucunda sözleşme meydana gelir. Ancak anlaşma unsuru bakımından istisna sözleşmesinden ayrılan noktalar bulunmaktadır. Kamu ihale inşaat sözleşmesi kamu hukukunun egemen olduğu ihale sürecinden sonra yapılır. İhale sürecinin sonunda ihaleyi kazanan taraf ile idarenin sözleşme yapması gerekir. Bu aşamada idare, ihaleyi kazanan tarafı sözleşme yapmaya davet etmektedir. 4734 sayılı Kanun m.42 uyarınca kesinleşen ihale kararının ihaleyi kazanan tarafa bildirilmesi ya da Maliye Bakanlığı'nın vizesi gereken hallerde vizenin yapılmasından itibaren 3 gün içinde ihaleyi kazanan tarafın imza karşılığı tebliğ ya da iadeli taahhütlü mektup ile sözleşme imzalamaya davet edilmesi gerekir. Yabancılar bakımından 3 günlük süreye 12 gün ilave edilmektedir. Burada yapılacak olan davetin yazılı biçimde olması gerekir. İhaleyi kazanan taraf da davetin tebliğinden itibaren 10 gün içinde kesin teminatını vererek sözleşmeyi imzalamalıdır. 4734 sayılı Kanun m.42 ile getirilen düzenleme ile sözleşmenin imzalanması sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun m.46 ihale sonucunda yapılacak sözleşmelerin yazılı bir şekilde yapılmasını öngörmüştür. Madde metninde açık bir biçimde bahsedilmese dahi bu geçerlilik şartı olarak kabul edilir. Geçerlilik şartı olarak yazılılığın yanında ihtiyarî olarak noter onay ve tescili de kabul edilmektedir. Kural olarak noter onay ve tescili zorunlu değildir. Ancak ihale dokümanında sözleşmenin noterce onaylanması ve tescil edilmesi öngörülmüşse bunların da yapılması gerekir²⁰².

'Karma sözleşme' tipidir. Zira, bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada, iki sözleşme içindedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan 'İnşaat sözleşmesi'; diğeri ise MK.nun 634, B.K.nun 213, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca resmî biçimde yapılması gereken 'Mülkiyet nakil borcu doğuran sözleşme'dir. Bu nedenle 'Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri' noterde 'Düzenleme' biçiminde yapılmakta ve mahkemelerce de bu husus 'Re'sen' gözetilmektedir." Yargıtay HGK 30/04/1997 t. , 1997/15-146E. ve 1997/372K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

Sözleşmenin altında müteahhit ile idare adına ihale yetkilisinin imzaları olmalıdır. Müteahhit olarak ortak girişim olması halinde ise ortak girişimin bütün ortaklarının sözleşme altında imzaları bulunmalıdır. Çünkü ortak girişim olarak ifade edilen konsorsiyum ve iş ortaklığının herhangi bir tüzel kişiliği yoktur.

VI. KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

İdare ile müteahhit arasında imzalanan sözleşmenin şekli ve maddî unsurlarının belirlenmesi amacıyla 4735 sayılı Kanun m.5 “*Tip sözleşme*” kavramını getirmiştir. Buna göre “*Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır. İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir...*”. Bu tip sözleşmeler 4734 sayılı Kanun m.53’ün vermiş olduğu yetki ile Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanır.

İdare müteahhit ile yapacakları inşaat sözleşmelerinde, inşaat işlerine ait tip sözleşmeleri kullanmaktadır. Tip sözleşmeler aynı biçimde kullanılabilmesi gibi tip sözleşme hükümleri esas alınmak kaydıyla idare tarafından da düzenlenebilmektedir. Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan tip sözleşmeler tarafları, işin adı, türü, sözleşmenin dili, ödeme yeri gibi hususları içermelidir. Sözleşme metninde bazı bölümler boş bırakılarak tarafların sözleşmeyi esnekletmesine imkan tanınmıştır. Ancak bu esnekletme oldukça sınırlıdır. Çünkü tip sözleşme içindeki boşluklar, sözleşmede yer alan dipnotlar çerçevesinde doldurulabilmektedir. Yani sadece tip sözleşmenin çizmiş olduğu sınırlar içinde bir serbestlik söz konusudur. Bu durum uygulama birliğinin sağlanması, eşit muamele ve saydamlık gibi ilkelerden dolayı anlaşılabilir. Ancak kamu ihale inşaat sözleşmeleri özel hukuk sözleşmeleri arasında yer alır²⁰³. Özel hukuk sözleşmeleri tarafların karşılıklı müzakereleri sonucunda ortaya çıkmakta ve tarafların serbest iradeleri ile bütün hususlarda anlaşmaya varmaları halinde imzalanmaktadır. Kamu ihale inşaat sözleşmeleri ise çoğunlukla idarenin gölgesinde yapılmakta ve idare tarafından belirlenen sınırlar içinde hareket edilebilmektedir. Bu da özel hukuk

²⁰³ Kamu ihale sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi olmasına ilişkin doktrinde yer alan görüşler ve yargı kararları için bkz. s.11-14.

sözleşmelerinin niteliğine aykırıdır. Bütün hususlar göz önüne alındığında yapılması gereken tip sözleşmeler hazırlanırken saydamlık, eşit muamele, uygulama birliği gibi ilkeler göz ardı edilmeksizin taraflara daha fazla serbesti alanının bırakılmasıdır. Bu alanda da idare ile müteahhidin eşit bir biçimde değerlendirilip sözleşmenin en azından bir kısmını serbestçe düzenlemeleri ile sağlanabilir. Ancak bu biçimde kamu ihale inşaat sözleşmelerini tam anlamıyla özel hukuk sözleşmesi sayılabilir.

4735 sayılı Kanun m.6 inşaat işleri için iki tip sözleşme öngörmüştür. Bunlar:

- Anahtar teslimi götürü bedel üzerinden yapılan kamu ihale inşaat sözleşmesi
- Birim fiyat üzerinden yapılan kamu ihale inşaat sözleşmesi

i) Yapım işleri için uygulanabilecek sözleşmelerden ilki anahtar teslimi götürü bedel üzerinden yapılan inşaat sözleşmesidir. Bu sözleşme türüne “*Toptan götürü inşaat sözleşmesi*” de denilmektedir. 4735 sayılı Kanun m.6/1’in (a) bendinde “*Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme,*” şeklinde tanımlanmıştır. Kanundaki tanıma ek olarak anahtar teslimi götürü bedel inşaat sözleşmesi şu şekilde tanımlanabilir: “*Müteahhidin iş sahibine karşı her yönüyle çalışmaya veya yerleşime hazır bir yapı eseri ya da tesisi götürü bir ücret karşılığı inşa edip, personel eğitimi ve deneme testleri gibi gerekli aşamaları tamamladıktan sonra çalışmasını garanti edecek şekilde teslim etmeyi üstlendiği, müteahhidin ise yapının ya da tesisin anahtarını çevirip açmak dışında bir şey yapmasını gerektirmeyen inşaat sözleşmesidir.*²⁰⁴”.

4735 sayılı Kanun bakımından kural olarak sözleşme yapıldıktan sonra götürü olarak belirlenen ücrette herhangi bir değişikliğe gidilmesi söz konusu değildir. 4735 sayılı Kanun m.15 uyarınca “**Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin aşılmaması** ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirlenen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir.”. Götürü bedel anahtar teslimi tip inşaat sözleşmesi m.25’te de aynı husus tekrar edilmektedir. Ancak

²⁰⁴ ERGİN, Ayşe Dicle: Borçlar Kanununa Göre Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003, Ankara, s.3.

sözleşme metninde “*Sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme bedelinin %10 aşılması ve idare ile yüklenicinin karşılıklı olarak anlaşması kaydıyla, aşağıda belirtilen hususlarda sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilir.*” ifadesi yer almaktadır. Kanun metninde yer almayan %10’luk şart sözleşmede bulunmaktadır. Bu durum 4735 sayılı Kanun ile tip sözleşme arasında bir uyumsuzluk oluşturmaktadır. Sözleşme metninin 4734 ve 4735 sayılı Kanuna göre hazırlandığı göz önüne alındığında ya sözleşmede yer alan %10’luk şartın kaldırılması ya da 4735 sayılı Kanun m.15’e %10’luk şartın ilave edilmesi gerekmektedir.

4735 sayılı Kanun’da da götürü bedelin sonradan uyarlanabilmesine olanak tanınmaktadır. 4735 sayılı Kanun m.8 uyarınca “ *Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespiti Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Sözleşmelerde yer alan fiyat farkına ilişkin esas ve usullerde sözleşme imzalandıktan sonra değişiklik yapılamaz.*”. Enflasyonist ekonomiye sahip olan ülkemizde sabit ücretlerle iş yapabilmek oldukça güçtür. Özellikle inşaat gibi uzun yıllara yayılan ve oldukça büyük çaptaki işlerde bunun önemi daha fazladır. Sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesi ve yeni fiyat farkı kararlarının²⁰⁵ düzenlenmesini sağlaması bakımından bu düzenleme oldukça önemlidir²⁰⁶.

ii) Yapım işleri için öngörülen sözleşmelerden ikincisi birim fiyat üzerinden yapılan inşaat sözleşmesidir. 4735 sayılı Kanun m.6/1’in (c) bendinde “*Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tarifelerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucunda bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyatlı sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Anahtar teslimi götürü bedel inşaat sözleşmeden farklı olarak birim fiyat inşaat sözleşmesinde uygulama projenin varlığı aranmamaktadır. Zaten uygulama projenin varlığı halinde anahtar teslimi götürü bedel inşaat sözleşmesinin yapılması zorunludur. Ancak doğal afet durumları ile zemin ve arazi

²⁰⁵ Fiyat farkı hesabında uygulanacak usul ve esaslar 31/12/2002 tarih ve 24980/3 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Söz konusu esaslar 01/01/2003 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.

²⁰⁶ DOĞANYİĞİT: s.1019-1020.

etüdü gerektirmesi nedeniyle sözleşme öncesi uygulama projesi yapılamayanlar bakımından birim fiyat inşaat sözleşmesi yapılabilmektedir. Bu hususlar 4734 sayılı Kanun m.62/c'de *“Uygulama projesi bulunan yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel teklif alınmak suretiyle ihale yapılması zorunludur. Ancak, doğal afetler nedeniyle uygulama projesi yapılması için yeterli süre bulunmayan yapım işlerinde ön veya kesin proje ile işin yapımı sırasında belli aşamalarda arazi ve zemin etütleri gerektirmesi nedeniyle ihaleden önce uygulama projesi yapılamayan, bina işleri hariç, yapım işlerinde ise kesin proje ile ihaleye çıkılabilir. Bu işlerin uygulama projesi yapılabilen kısımlar için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlarda ise her bir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale yapılabilir...”* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile kural olarak tüm yapım işlerinin anahtar teslimi götürü bedel inşaat sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmektedir. İstisnaî durumlarda ise birim fiyat inşaat sözleşmesi uygulanmaktadır. Anılan hükmün gerekçesinde de uygulama projesi yapılan işlerde her türlü ayrıntısının tamamlanmış olacağından, işin miktarı ve toplam ücretinin sabit olarak belirlendiği anahtar teslimi götürü bedel inşaat sözleşmesinin yapılması gerektiği vurgulanmıştır.

Birim fiyat inşaat sözleşmesinde ücret, müteahhidin inşa eserini meydana getirirken yapacağı her bir iş kalemi ile birim ücretin çarpılması ile bulunmaktadır. Müteahhidin ifa edeceği her değişik edim başına düşen ücret, birim ücreti ifade etmektedir. Burada birimi ifade etmek için ton, kilogram, metre, metreküp, adet gibi ölçü birimleri kullanılmaktadır. Örneğin, bir inşa eserinde metreküpü 5 liradan 100.000 metreküp beton kullanılacaksa toplamda 500.000 liralık beton kullanılacağını söylemek mümkündür. Diğer iş kalemleri için de aynı yöntem uygulanarak inşa eserinin toplam ücreti bulunabilmektedir. Görüldüğü üzere burada da götürü ücret söz konusudur. Çünkü müteahhidin yapacağı inşa eseri karşılığında alacağı ücret önceden hesaplanabilmektedir. Müteahhit bu ücretin ne daha azını ne de daha fazlasını talep etme hakkına sahiptir.

Birim fiyat inşaat sözleşmesi bakımından ücretin sonradan değiştirilmemesi ve fiyat farkı verilebilmesi ile ilgili hususlar anahtar teslimi götürü inşaat sözleşmesi ile paralel şekilde düzenlenmiştir. Birim fiyat üzerinden yapılan tip inşaat sözleşmesi m.25'te anahtar teslimi götürü inşaat sözleşmesinden farklı olarak, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme bedelinin %20'sinin aşılabileceği düzenlenmiştir. Anahtar teslimi götürü sözleşmede bu oran %10 seviyesindedir. Anahtar teslimi götürü inşaat sözleşmesinde

olduğu gibi birim fiyat inşaat sözleşmesi de 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile ikincil düzenlemelere göre hazırlanmaktadır. 4735 sayılı Kanun m.15'te sözleşme bedelinin kural olarak aşılamayacağından bahsedilmesine rağmen sözleşme ile %20'ye kadar bir artışın öngörülmesi, sözleşme ile mevzuat arasında bir uyumsuzluk yaratmaktadır. Bu bakımdan her iki sözleşme türü bakımından bu uyumsuzluğun giderilmesi gerekmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

AB HUKUKU VE FIDIC KIRMIZI KİTAP (THE RED BOOK) BAKIMINDAN

MÜTEAHHİDİN BORÇLARI

I. AB HUKUKU BAKIMINDAN MÜTEAHHİDİN BORÇLARI

Türkiye'nin ana hedeflerinden birisi AB'ye tam üye olabilmektir. Tam üye olmanın en önemli parçalarından birisi de hukukî düzenlemelerin uyumlaştırılmasıdır. Ülkemiz tüketicinin korunması, rekabet, ticaret hukuku gibi pek çok alanda mevzuatını AB mevzuatı ile uyumlu hale getirmiştir. Bunların arasında ihale mevzuatı ve ihale sonrası yapılan sözleşmelere ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun günün gelişen ve değişen şartlarına cevap veremediği, ortaya çıkan sorunların çözümü ile ilgili tatmin edici çözümler ortaya koyamadığı görülmüştür. 2886 sayılı Kanun bütün idareleri kapsamamaktadır. Ayrıca kamu harcaması gerektiren işlerle kamuya gelir sağlayan işlerin aynı kanunda düzenlenmesi uygulamada pek çok soruna neden olmaktadır. Farklı nitelikteki işlerin kendine özgü ihtiyaçlara cevap verecek şekilde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca ülkemizin AB ülkeleri ve organları ile olan ilişkilerinin artması AB'de yer alan mevzuata yabancı kalan 2886 sayılı Kanunun uygulanmasını da zorlaştırmıştır. Bu nedenlerden ötürü 22/01/2002 tarihinde 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu çıkarılmıştır. Ancak bu kanunlar 01/01/2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Söz konusu kanunların yürürlüğe girmesi ile birlikte AB ihale mevzuatı ile ülkemiz mevzuatı uyumlu hale getirilmiştir.

Ülkemiz kamu ihale sözleşmelerine ilişkin mevzuatın AB hukuku kökenli olduğu göz önüne alındığında öncelikle AB mevzuatının irdelenmesi gerekir. Böylece kamu ihale sözleşmelerine ilişkin düzenlemeler daha açık bir biçimde ortaya konulurken, mevzuatımızda yer alan eksikler de net olarak görülecektir.

1. AB Hukukunun Kaynakları

Kamu ihale sözleşmeleri ile ilgili direktifleri incelemeden önce, direktiflerin AB hukuku içindeki yeri ve önemi üzerinde durmak gerekir. AB hukukunun kaynaklarının ve bunlar arasındaki hiyerarşinin belirlenmesi direktiflerin daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacaktır.

A. Birincil Mevzuat

AB'nin Anayasası olarak da adlandırılan birincil mevzuat içinde AB'yi kuran antlaşmalar, protokoller, ekler ve bunları değiştiren antlaşmalar yer alır. AB organlarının kurulmasına, organlarına, yasama, yürütme ve yargı güçlerine ve temel insan haklarına ilişkin kurallar kurucu antlaşmalar çerçevesinde belirlenmiştir. AB kurucu antlaşmaları arasında 18/04/1951 tarihli Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu (Montanunion) Antlaşması, 25/03/1958 tarihli Avrupa Ekonomik Topluluğu (Roma) Antlaşması, 25/03/1958 tarihli Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Antlaşması ve 07/02/1992 tarihli Avrupa Birliği (Maastricht) Antlaşması yer alır²⁰⁷. Bu antlaşmaları değiştiren ya da ekleme yapan antlaşmalar da birincil mevzuat içinde değerlendirilir.

B. İkincil Mevzuat

İkincil mevzuat AB organlarının antlaşmalarla kendilerine verilen görevleri ifa edebilmesi ve birliğin amacına ulaşabilmesi için antlaşmalarla belirlenen sınırlar içinde yaptıkları düzenlemeleri ifade etmektedir. İkincil mevzuat, şekli anlamda kendisini oluşturan birimlerden hareketle "*Organ hukuku*" ya da "*Organlarca oluşturulan hukuk*" olarak da adlandırılır²⁰⁸.

a. Tüzük

Avrupa Parlamentosu ile birlikte Konsey veya sadece Avrupa Komisyonu tarafından çıkarabilen²⁰⁹ tüzük doğrudan doğruya uygulanabilen, genel nitelikli ve üye ülkeler bakımından çıkarıldığı andan itibaren hüküm ifade eden hukukî düzenlemedir. Doğrudan doğruya uygulanabilmesinden anlaşılması gereken, üye ülkelerin herhangi bir işlemine, onayına gerek kalmaksızın bütün gerçek ve tüzel kişiler bakımından geçerli

²⁰⁷ TEKİNALP, Gülören; TEKİNALP, Ünal: Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul, 2000, s.68-69.

²⁰⁸ TEKİNALP/TEKİNALP: AB Hukuku, s.69-71.

²⁰⁹ ALTINTAŞ, Ömer Faruk: Avrupa Hukuku Kaynakları, Ankara, 2007, s.3 (www.abgm.adalet.gov.tr).

olmasıdır. Tüzük, belli kişi ve olaylara ilişkin düzenlemelerden çok genel nitelikli ve herkese yönelik hükümler içermektedir²¹⁰.

b. Direktif

Direktifler de tüzükler gibi Avrupa Parlamentosu ile birlikte Konsey veya sadece Avrupa Komisyonu tarafından çıkarılır. Ancak tüzüklerden farklı özellikler gösterir. Direktifler üye ülkeler bakımından doğrudan doğruya uygulanamazlar. Üye ülkeler direktifte belirtilen süre içinde iç hukuklarını direktife uygun hale getirmek durumundadır²¹¹. Direktifler üye ülkelerin hukuklarını uyumlaştırmak, paralel hale getirmek amacıyla kullanılır. Direktifler iç hukukun nasıl uyumlaştırılacağı konusunda üye ülkelere serbesti sağlamaktadır. Yani direktiflerin birebir şekilde iç hukukta kabul edilmesi zorunlu değildir. Üye ülkeler araç konusunda serbestiye sahip olmasına karşın, direktif ile belirlenen hedeflere yönelik düzenlemeler getirmek zorundadır²¹².

c. Karar

Tüzük ve direktif gibi Avrupa Parlamentosu ile birlikte Konsey veya sadece Avrupa Komisyonu tarafından çıkarılır. Kararlar sadece belli bir konuda çıkarılır ve kimin için çıkarılmışsa sadece onu bağlar. Karar bir üye ülke için çıkarılmışsa kararlar sadece o ülke bağlıdır. Diğer üye ülkelerin karara herhangi bir uyma zorunluluğu yoktur. Kararlar ile AB kurumları üye ülkeler ya da üye ülke vatandaşlarına belli bir eylemi yapma yapmama konusunda hak ve yükümlülükler getirilebilir²¹³.

²¹⁰ TEKİNALP/TEKİNALP: AB Hukuku, s.71-72.

²¹¹ TEKİNALP/TEKİNALP: AB Hukuku, s.72.

²¹² ALTINTAŞ: AB Hukuku Kaynakları, s.3 (www.abgm.adalet.gov.tr).

²¹³ ALTINTAŞ: AB Hukuku Kaynakları, s.3 (www.abgm.adalet.gov.tr).

d. Tavsiye ve Görüş

Tavsiye ve görüş AB hukukunun bağlayıcı olmayan kaynakları arasında yer alır. Ancak AB organları ve ulusal mahkemeler tarafından hukukî düzenlemelerin yorumunda, uygulanmasında tavsiye ve görüşlerden yararlanılır²¹⁴.

Tavsiye, AB organlarından herhangi birinin belirli konularda üye ülkelere, diğer kurumlara ya da üye ülke vatandaşlarına öneri ve tavsiyelerde bulunmasını sağlar. Görüş ise, AB organlarından birine herhangi bir konuda görüş, düşünce sunma imkanı yaratır²¹⁵.

Birincil ve ikincil mevzuatın dışında hukukun genel ilkeleri, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararları, teamüller, üye olmayan ülkelerle yapılan antlaşmalar ve doktrin de AB hukuku kaynakları arasında yer alır.

2. Kamu İhale İnşaat Sözleşmelerine İlişkin AB Düzenlemeleri

AB kurucu antlaşmalarında kamu ihaleleri ile kamu ihale inşaat sözleşmelerini doğrudan doğruya düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır²¹⁶. Sadece Roma Antlaşması'nda kamu ihaleleri bakımından dört temel ilke kabul edilmiştir. Bunlar:

- Milliyet üzerine ayrımcılık yapmamak,
- Malların serbest dolaşımı, ithalat ve ihracat üzerindeki miktar kısıtlamaları ile eş etkili önlemlerin kısıtlanması,
- Bir üye ülke vatandaşının başka üye ülkede ikamet özgürlüğü,
- Topluluk içinde hizmetlerin serbest dolaşımıdır.

Söz konusu ilkelerle bağlantılı olarak eşit muamele, karşılıklı tanınma, orantılılık ve şeffaflık da temel ilkeler arasında yer alır. Bu ilkeler daha çok kamu ihaleleri ile ilgilidir. Ancak kamu ihale inşaat sözleşmeleri kamu ihaleleri sonucunda yapıldığından bu

²¹⁴ TEKİNALP/TEKİNALP: AB Hukuku, s.73.

²¹⁵ ALTINTAŞ: AB Hukuku Kaynakları, s.3 (www.abgm.adalet.gov.tr).

²¹⁶ KÖKTAŞ, Arif: Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları Arasındaki İlişki, Ankara, 2005, s.52-53.

ilkeler sözleşmeleri de etkiler. Roma Antlaşmasında belirlenen ilkeler kendisini direktifler ile daha net bir biçimde gösterir.

AB direktifleri ihaleyi yapan idarenin niteliğine göre ikiye ayrılmıştır. Bunlardan ilki, geleneksel sektörlerde faaliyet gösteren idarelerin mal ve hizmet alımı ile yapım işlerini düzenleyen “*Klasik sektör*” veya “*Kamu kuruluşları*” direktifidir. İkinci grup ise su, enerji, ulaştırma ve posta hizmet sektörlerinde faaliyet gösteren idarelerin alımlarını düzenleyen “*Utilities sektör*” direktifidir. Bu iki direktif dışında her iki sektörde yapılan ihalelerle ilgili şikayet ve başvuruların usul ve esaslarını düzenleyen denetim direktifleri de bulunmaktadır.

Geleneksel olarak ifade edilen kamu hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili sektörlerdeki idareler tarafından yapılan yapım ihaleleri ve kamu ihale inşaat sözleşmeleri 14/06/1993 tarih ve 93/37/EEC sayılı Direktif, mal alımları 14/06/1993 tarih ve 93/36/EEC sayılı Direktif, hizmet alımları ise 18/06/1992 tarih ve 92/50/EEC sayılı Direktif ile düzenlenmekteydi. Ancak söz konusu düzenlemeler oldukça dağınık ve karmaşık bir yapıdaydı. Bu da üye ülkelerin mevzuatlarını direktiflere uyumlaştırmasında önemli bir sorun yaratmaktaydı. Direktiflerdeki karmaşıklığı ve dağınık yapıyı gidererek yeknesak ve basit düzenlemeler getirmek amacıyla 27/11/1996 tarihinde Komisyon, Yeşil Kitap olarak adlandırılan değişiklik paketini üye ülkelerin tartışmasına açmıştır. Yeşil Kitapta mal, hizmet ve yapım işlerine ilişkin direktiflerin tek bir direktif altında toplanması önerilmiştir. Ayrıca sözleşmelerle ilgili olarak yeni düzenlemeler ile idare ve diğer sözleşmeciler arasında daha çok teknik diyaloga izin verilerek sözleşme koşullarının belirlenmesi amaçlanmıştır. Yani taraflar arasında sözleşme koşullarının belirlenmesi için daha fazla serbesti alanının bırakılması gerektiği belirtilmiştir²¹⁷.

Yeşil Kitapta yer alan görüşlerin tartışılması ve Komisyon tarafından yapılan teklif ve Ekonomik ve Sosyal Komite ile Bölgeler Komitesinin görüşü sonucunda Avrupa Parlamentosu ve AB Konseyi 31/03/2004 tarihinde 2004/18/EC sayılı “*Kamu Yapım İşleri, Mal Alım ve Hizmet İhalelerinin Sonuçlandırılması Usullerinin Koordine Edilmesine İlişkin Direktif*”i kabul etmiştir. Bu direktifin gerekçesinde Avrupa

²¹⁷ EMEK, Uğur: Avrupa Birliği Kamu İhaleleri Sistemindeki Gelişmeler, İntes İşveren Dergisi, Eylül- Ekim, 2001, s.22.

Toplulukları Adalet Divanı içtihatlarına, çevresel ve/veya toplumsal alanlar dahil idarelerin toplumun ihtiyaçlarını karşılamaını sağlayan ihalelerin sonuçlandırılmasına ilişkin kriterlerle ilgili içtihatlarına dayanıldığı belirtilmiştir. Ancak bu kriterlerin sözleşmenin konusu ile bağlantılı olması gerektiği, idarenin sınırsız bir seçme özgürlüğüne sahip olmadığı vurgulanmıştır. Getirilen bu koordine edici direktif ile birlikte karmaşık olan yapı daha basite indirgenmiş ve böylece üye devletlerin ulusal mevzuatlarını direktife daha kolay uyumlaştırması sağlanmıştır. Söz konusu hükümler direktif ile getirildiği için üye ülkelerin her biri ulusal hukuklarını direktife uyumlu hale en geç 31/01/2006 tarihine kadar getirmekle yükümlü tutulmuştur.

3. 2004/18/EC Sayılı AB Direktifinin Getirdiği Müteahhit İle İlgili Düzenlemeler

Mevcut direktiflerde yer alan düzenlemeleri basitleştirmek ve daha anlaşılır hale getirmek amacıyla getirilen 2004/18/EC sayılı AB Direktifi kamu ihale inşaat sözleşmelerini ve müteahhidin borçlarını bir bütün olarak düzenlemektedir. Bu direktif ile “*Kamu alımı*” olarak tanımlanan ihalelere ilişkin hükümler getirilmiştir. İhale sonucunda imzalanacak olan sözleşmede yer alacak taraflara, sözleşmenin tanımına, alt müteahhitlere, borçların ifasına ilişkin bazı hükümler de direktif içinde yer almaktadır. Direktif Genel Gereğesi m.3 direktif ile getirilen hükümlerin koordine edici olduğunu ve üye devletlerden her birinin kendi usul ve uygulamaları ile ulusal hukuklarını direktif hükümleri ile uyumlu hale getirmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bakımdan direktif hükümleri genel bir çerçeve çizerek ilkeler getirmektedir. Üye devletler de bu ilkeler ışığında daha ayrıntılı düzenlemeler yapmalıdır.

A. Kamu İhale İnşaat Sözleşmesi

a. Kamu İhale İnşaat Sözleşmesi Tanımı

2004/18/EC sayılı Direktif m.1/2 (a) bendinde kamu sözleşmeleri tanımına yer verilmiştir. Tanıma göre kamu sözleşmeleri “*Bir ya da daha fazla iktisadî işletme ile bir ya da daha fazla sayıda idare arasında maddî çıkar için yazılı olarak yapılan ve konusu bu direktif kapsamında **yapım işlerinin ifa edilmesi**, malların satılması ya da hizmetlerin temin edilmesi olan sözleşmelerdir.*”. Kamu sözleşmeleri yapım işlerini, mal ve hizmet

teminini konu edinen sözleşmeleri içine alan bir üst kavram olarak direktifte yer almıştır. Bu sözleşmelerle ilgili önemli hususlardan birisi yazılılık unsurudur. Kamu sözleşmelerinin yazılı olması gerektiği düzenlenmiştir. Yazılılıktan ne anlaşılması gerektiği de 2004/18/EC sayılı Direktif m.1/12'de *“Okunabilen, yeniden türetilen ve ardışık kelime ya da rakamlardan oluşan bir ifadedir. Elektronik araçlarla iletilen ve saklanan bilgileri de içerebilir.”* şeklinde ifade edilmiştir. Ayrıca kamu sözleşmeleri tanımında yer alan *“Maddî çıkar”* unsuru ile kamu sözleşmelerinin iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğu vurgulanmıştır. Kamu ihale inşaat sözleşmeleri kamu sözleşmelerinin bir türünü oluşturduğundan, yazılılık ve maddî çıkar unsurları kamu ihale inşaat sözleşmeleri bakımından da geçerlidir.

2004/18/EC sayılı Direktif ile yürürlükten kalkan kamu yapım ihalelerine ilişkin 93/37/EEC sayılı Direktif m.1/a kamu ihale inşaat sözleşmesini tanımlamıştır. Buna göre müteahhit ile idare arasında, maddî karşılık içeren ve konusu direktif Ek II'de sayılan faaliyetlerden biriyle bağlantılı olan veya yeraltında ya da yer üstünde yapılan işler bütününe oluşturduğu ve niteliği gereği bir ekonomik veya teknik işlevi yerine getiren sonuç olarak tanımlanan yapıların inşası veya hem inşası hem projelendirilmesi veya ne şekilde olursa olsun idare tarafından belirlenen gereklere uygun olarak üçüncü kişiler tarafından inşası olan yazılı sözleşmeler kamu ihale inşaat sözleşmeleridir²¹⁸.

2004/18/EC sayılı Direktif de kamu ihale inşaat sözleşmesini 93/37/EEC sayılı Direktif'e benzer bir biçimde tanımlamıştır. 2004/18/EC sayılı Direktif m.1/2 (b) bendinde *“Kamu yapım işleri sözleşmesi”* başlığı altında yer alan tanıma göre *“Konusu, Ek I'de belirtilen faaliyetlerin biriyle ilgili yapım işlerinin yürütülmesi ya da hem tasarımı hem de yürütülmesi ya da idare tarafından belirlenen gereklere uyan yapım işleri ya da bu işlerin herhangi bir araçla gerçekleştirilmesini kapsayan sözleşmelerdir.”* Aynı bentte kamu yapım işleri sözleşmesi tanımında yer alan *“Yapım işleri”*ne de açıklık getirilmiştir. Buna göre *“Kendi başına ekonomik ya da teknik bir işlevi yerine getirmek için bir bütün olarak yeterli olan yapım ya da inşaat mühendisliği işlerinin sonucu anlamına gelecektir.”*

²¹⁸ ODER, Burak: Kamusal İhale Usulleri Konusunda Avrupa Topluluğu Standartlarını Belirleyen Düzenlemeler ve Maliye Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Devlet İhale Kanunu Tasarı Taslağına İlişkin Genel Değerlendirme, Gün Işığında Kamu Yönetimi Sempozyumu, Ankara, 2001, s.12.

b. Kamu İhale İnşaat Sözleşmesinin Kapsamı

93/37/EEC sayılı Direktif hangi işlerin kamu ihale inşaat sözleşmesi kapsamında yer alacağını düzenlemiştir. 93/37/ECC sayılı Direktif'in Ek II bölümünde inşaat işleri tahdidî olmayacak bir biçimde sayılmıştır. Ekte sayılan inşaat işleri arasında yenileme, olağan bakım, yıkma ve hafriyat, köprü ve tünel inşası, zemin etüdü, ısıtma, havalandırma ve yangın önleme sistemlerinin kurulması yer alır.

2004/18/EC sayılı Direktif yürürlükten kaldırdığı 93/37/EEC sayılı Direktif ile aynı tür inşaat işlerini kapsama almıştır. 2004/18/EC sayılı Direktif Ek I'e bakıldığında da inşa etme, arazinin hazırlanması, sondaj, tamamlama, çatı yapımı, kara, tren ve su yolu yapımı, elektrik ve su şebekesinin yapımı, marangozluk gibi inşaat işlerinin düzenlendiği görülmektedir. Ekte başlıklar halinde sayılan inşaat işlerinin ayrıca neleri kapsamına aldığı da gösterilmiştir. Örneğin, tesisat (Plumbing) olarak adlandırılan inşaat işinin içinde bina ya da diğer yapılarda lağım ve temiz su sisteminin, havagazı sisteminin, ısıtma, soğutma ve havalandırma sistemlerinin, yangın sulama sisteminin kurulması yer alır. Böylelikle direktif kapsamına girecek inşaat işleri son derece ayrıntılı bir biçimde sayılmıştır.

2004/18/EC sayılı Direktif Ek I'de yer alan işlerle ilgili sözleşmelerde inşaat işinin yanında bu faaliyetlerin yürütülmesi amacıyla gereken başka hizmetlerin temin edilmesi durumunda dahi kamu ihale inşaat sözleşmesi söz konusu olmaktadır. Ancak Ek I'de yer alan faaliyetler dışındaki inşaat işlerinin sözleşmenin esas konusu ile tesadüfî bir ilişkide olması ve sözleşmenin sonucu ya da tamamlayıcısı olması halinde bu tür inşaat işlerinin yer aldığı sözleşmeler kamu ihale inşaat sözleşmesi olarak kabul edilmemektedir. Yani kamu ihale inşaat sözleşmelerinin kapsamını ve konusunu oluşturan, niteliğini veren Ek I'de yer alan faaliyetlerdir. Bunun dışında yer alan faaliyetler ancak yardımcı bir rol üstlenmektedir.

93/37/EEC sayılı Direktif m.1/d ve 2004/18/EC sayılı Direktif m.1/3'te kamu yapım işleri imtiyazı düzenlenmektedir. Direktiflerdeki düzenleme uyarınca bu sözleşmeler kamu ihale inşaat sözleşmesi ile aynı türden sözleşmelerdir. Ancak kamu yapım işleri imtiyazında, müteahhide harcadığı emeğe karşılık olarak ya inşa eserini işletme hakkı verilmekte ya da işletme hakkı ile birlikte ücret ödenmektedir. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde ise yapılan inşa eseri karşılığı sadece ücret söz konusudur. Kamu yapım işleri imtiyazının özellikleri göz önüne alındığında yap - işlet - devret modeli

niteliğinde olduğu gör÷lür²¹⁹. Her ne kadar 2004/18/EC sayılı Direktif m.56-61 arasında düzenlenen kamu yapım işleri imtiyazı, kamu ihale inşaat sözleşmesi türünde ise de aynı kapsamda değerlendirilmemesi gerekmektedir.

B. Müteahhit

a. Müteahhit Tanımı

Kamu ihale inşaat sözleşmesinde inşa eserini sözleşmeye uygun biçimde ayıpsız ve eksiksiz bir biçimde meydana getirip idareye teslim etme borcu altında bulunan müteahhit 93/37/EEC sayılı Direktif m.1/h’de “*Contractor*” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak söz konusu ifade müteahhit kavramını tam olarak karşılamamaktadır. Ayrıca 93/37/EEC sayılı Direktif’te verilen tanım da müteahhidi açıklamaktan oldukça uzaktır. Tanıma göre müteahhit, ihaleye teklif verdiğinde “*İstekli*”; belirli istekliler arasında ihale ya da pazarlık ya da rekabetçi diyalog usullerine göre yapılacak ihaleye katılmak üzere davet edildiğinde “*Aday*” olarak tanımlanan kimsedir. Söz konusu tanım sadece ihale aşamasında yer alanlar bakımından bir tanımlama getirmiştir. Bunun dışında kamu ihale inşaat sözleşmesinin tarafı olan müteahhit kavramının tanımına yer verilmemiştir.

2004/18/EC sayılı Direktif’te de “*Contractor*” olarak ifade edilen müteahhit kavramına yukarıda bahsedilen hususlar dışında açıklamalar getirilmiştir. Öncelikle 2004/18/EC sayılı Direktif m.1/8’te müteahhit kavramının içinde kimlerin yer alacağı belirlenmiştir. Buna göre müteahhit, gerçek veya tüzel kişiyi ya da kamu tüzel kişiliğini ya da piyasaya işlerin yürütülmesini sunan kişi ve/veya kurumlardan oluşan gruplardan oluşabilir. Söz konusu direktifte de müteahhidin ne özelliğini ne de unsurlarını içeren bir tanıma yer verilmiştir. Bu husus 2004/18/EC sayılı Direktif bakımından bir eksikliklerdir. Çünkü 2004/18/EC sayılı Direktif m.1/9’da ayrıntılı biçimde, hiçbir tereddüt ve boşluğa meydan vermeyecek şekilde “*İdare*” tanımlanmıştır. Müteahhit de idare gibi sözleşmenin tarafıdır. Bu bakımdan müteahhidin sözleşme içindeki yerinin net olarak belirlenebilmesi açısından tanımının yapılması gerekir.

²¹⁹ KÖKTAŞ: s.107-108.

2004/18/EC sayılı Direktif'te müteahhidin tek kişi olmasının yanında birden fazla kişinin bir araya gelerek oluşturdukları joint venture ya da konsorsiyum olması da düzenlenmiştir. 2004/18/EC sayılı Direktif m.4/3 uyarınca “*Grup halindeki iktisadî işletmeler de teklif verebilir ya da aday olabilir. Teklif ya da iştirak talebi göndermek için, idareler tarafından bu gruplardan belli bir hukukî forma bağlı kalmaları istenmeyebilir, ancak sözleşmenin başarılı bir şekilde yerine getirilmesi için gereken bir form olması halinde, seçilen grubun ihaleyi kazandıktan sonra bu şekilde davranması istenebilir.*”. Madde metninde joint venture ya da konsorsiyum şeklindeki oluşumlar “*İktisadî işletme*” şeklinde ifade edilmiştir. Direktif ile iktisadî işletmelerin belirli bir hukukî yapıda olması idare tarafından aranmamaktadır. Böylece iktisadî işletmelere yapılanma bakımından bir serbestlik sağlanmakta ve organizasyon açısından sözleşmenin yürütülmesinde en uygun yapının seçilmesi amaçlanmaktadır. Ancak idareye söz konusu serbestliğe istisna getirme olanağı tanınmıştır. Buna göre sözleşmenin başarılı bir biçimde yerine getirilmesinde idare iktisadî işletmenin belirli bir yapıda olması gerektiğine karar vermesi halinde, iktisadî işletmeyi oluşturan kişilerin idare tarafından belirlenen şekilde hareket etmesi gerekir. Sözleşme ile amaçlanan inşa eserinin ayıpsız ve eksiksiz olarak ortaya çıkmasında menfaati bulunan idarenin, inşa eserini meydana getirecek iktisadî işletmenin hukukî yapısının belirlenmesine müdahale etmesi hukukî açıdan sakınca içerir. Çünkü iktisadî işletmenin karşılığını oluşturan joint venture ya da konsorsiyum, adi şirket sözleşmesine dayanır. Sözleşmenin taraflarının kararlaştırması gereken hukukî yapıya üçüncü kişi konumunda bulunan idarenin müdahalesi hukuk tekniği açısından yanlıştır. İnşa eserinin ayıpsız ve eksiksiz bir biçimde meydana gelmesinde menfaati bulunan idarenin, iktisadî işletmenin hukukî yapısına ve organizasyonuna müdahale etmesi makul gibi gözükse de özel hukukun temel ilkelerinin gözden kaçırılmaması gerekir.

b. Alt Müteahhit

İşin belli bir kısmını taahhüt ederek başkasına ait bir işyerinde veya eklentilerinde kendi işçilerini çalıştıran kimse olarak tanımlanan²²⁰ alt müteahhit 93/37/EEC sayılı Direktif m.20’de düzenlenmiştir. Buna göre “*İhale belgelerinde idare, müteahhitten*

²²⁰ YILMAZ.: Hukuk Sözlüğü, s.834.

sözleşmenin hangi bölümünün alt yükleniciye gördürüleceğini belirtmesini isteyebilir. Söz konusu husus, müteahhidin yükümlülüklerine herhangi bir biçimde etkilememektedir .”. 2004/18/EC sayılı Direktif m.25, 93/37/EEC sayılı Direktif m.20 ile paralel bir düzenleme getirmiştir. Alt müteahhit ile ilgili durumun sözleşmede belirtilmesinin müteahhidinin sorumluluğunu herhangi bir şekilde etkilememesi oldukça yerinde ve isabetli bir düzenlemedir. Çünkü sözleşme idare ile müteahhit arasında yapılmakta ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri müteahhit üstlenmektedir. Alt müteahhitlik ilişkisi idarenin dışında, müteahhit ile alt müteahhit arasında kurulmaktadır. Alt müteahhit sözleşmesine idare herhangi bir biçimde taraf değildir. Alt müteahhitlik ilişkisinin esas sözleşmede belirtilmesi de idareyi alt müteahhitlik sözleşmesine taraf haline getirmemektedir. Bu iki sözleşme ilişkisinin birbirinden ayırt edilerek değerlendirilmesi gerekir. Bu bakımdan her iki direktif ile getirilen düzenleme önemlidir.

C. Teknik Şartname

İhale belgeleri arasında yer alan ve inşa eserinin yapımında kullanılacak olan malzeme ve malın idarenin kullanım amaçlarını karşılamaını sağlaması bakımından özelliklerini tanımlayan teknik şartnameler 93/37/EEC sayılı Direktif m.10’da düzenlenmiştir. Söz konusu direktif uyarınca teknik şartnameler idarenin işlevsel gereksinimlerini yerine getirecek olan yapım işlerini dışlamamalıdır. Teknik şartnameler, AB hukukuna uygun olmak koşuluyla yasal olarak bağlayıcı olan ulusal teknik kurallara zarar vermeksizin Avrupa standartlarını uygulayan ulusal standartlara veya Avrupa teknik şartlarına uygun olmak zorundadır. Ancak Avrupa standartlarının mevcut ekipmana uymaması, uygulanan standarttan ayrılma maliyetinin çok yüksek olması ya da önemli teknik zorlukların çıkması, yürütülecek proje ile yenilik getirilmesi söz konusu olduğunda 93/37/EEC sayılı Direktif’te belirtilen standartlara uyulması zorunlu değildir²²¹. Teknik şartnamelerde özel yapım usulleri ile patent, marka gibi tekelle hakları içeren ifadelerin kullanılmaması gerekir. Eğer söz konusu yapım usulü ya da yapımda yer alacak malzeme kaçınılmaz olarak kullanılacak ise teknik şartnamede “*Veya eş değeri*” şeklinde ifade edilmelidir. Böylece teknik şartnamenin tarafsız ve bilimsel olması amaçlanmıştır.

²²¹ KÖKTAŞ: s.120.

Yapım işleri, mal ve hizmet alımlarını koordine eden 2004/18/EC sayılı Direktif, 93/37/EEC sayılı Direktif ile teknik şartnameler ile getirilen düzenlemelerin çoğunu korumuştur. 2004/18/EC sayılı Direktif m.23'te teknik şartnameler yapım işleri, mal ve hizmet alımlarının tamamını kapsayacak biçimde düzenlenmiştir. Yapım işleri bakımından teknik şartname 2004/18/EC sayılı Direktif Ek VI m.1/a'da açıklanmıştır. Buna göre *“Kamu yapım işleri kapsamında, ‘Teknik şartname’, özellikle ihale belgeleri içerisinde yer alan ve bir malzeme, ürün ya da malın idarenin kullanım amaçlarını karşılamasını sağlayacak özelliklerini tanımlayan teknik talimatların tümüdür. Bu özellikler arasında çevresel performans, (Engelli kişiler için erişim dahil olmak üzere) tüm gerekliler için tasarım ve uygunluk değerlendirmesi, performans, kalite güvencesi ile ilgili prosedürler dahil olmak üzere, emniyet ya da boyutlar, terminoloji, semboller, muayene ve muayene yöntemleri, paketleme, işaretleme ve etiketleme ile ürün prosesleri ve metodları yer alacaktır. Bu özellikler arasında ayrıca tasarım ve maliyet belirlemeye ilişkin kurallar, denetim ve yapılan işlerin kabul koşulları ile inşaat teknikleri yöntemleri ve genel ya da özel yönetmeliklerde idarenin bitmiş işler ve ilgili malzeme ya da parçalara ilişkin olarak talimatta bulunabileceği diğer tüm teknik koşullar da yer alacaktır.”*. Böylece kamu inşaat işlerindeki teknik şartnamenin tanımı yapılmış, teknik şartnamenin hangi unsurlardan meydana geleceği açık bir biçimde düzenlenmiştir. Kamu inşaat işlerindeki teknik şartnameler müteahhidin inşa eserini meydana getirirken kullanacağı malzeme, yapım teknikleri ile inşa eserinin kabul ve teslim koşulları gibi müteahhidin borçlarının bir kısmını ayrıntılı biçimde düzenleyen ve sözleşmenin parçasını oluşturan belgelerdir.

2004/18/EC sayılı Direktif ile idarenin teknik şartnameyi hazırlarken üçüncü kişilerden tavsiye alabilmesinin önü açılmıştır. Direktifin başlangıç kısmının 8.paragrafında yer alan *“Bir satın alma usulü uygulanmadan önce, idareler teknik seviyede diyalog kurarak, şartnamenin hazırlanmasında faydalanılabilecek tavsiye alabilirler ya da kabul edebilirler, ancak bu türden bir tavsiyenin rekabet üzerinde engelleyici bir etki yaratmaması gerekir.”* şeklindeki düzenleme ile işin gereklerine uygun daha etkin bir teknik şartnamenin hazırlanması amaçlanmıştır. Böylece sözleşmenin bir parçasını oluşturan ve müteahhidin borçlarını teknik seviyede düzenleyen teknik şartnameler idare dışında yer alan kişilerin katkıları ile oluşturulmakta ve sözleşmelerde taraflar arasındaki eşitliğe katkı sağlanmaktadır.

2004/18/EC sayılı Direktif Ek VI m.2-5 arasında teknik şartnamelerde yer alan standartlarla ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Aralarında uluslararası standart, Avrupa standardı, ulusal standart, ortak teknik şartname ve teknik referans olan standartlar arasında kamu inşaat işlerini yakından ilgilendiren standart “Avrupa teknik onayı”dır. Ek VI m.3 uyarınca “İnşaat işlerine yönelik temel gerekliliklerin yerine getirilmesini esas alarak, ürünün doğal özellikleri ile uygulama ve kullanımına ilişkin belirlenmiş olan koşulları vasıtasıyla, bir ürünün belirli bir amaç için kullanımına uygunluğunun teknik değerlendirmesidir. Avrupa teknik onayları Üye Devlet tarafından bu amaç için görevlendirilmiş bir onay kuruluşu tarafından yayımlanır.”. Bu standart kuralı ile özellikle inşaat işinde kullanılacak olan malzemenin belirli bir kalitede olup olmadığı araştırılmakta, inşa eserinin kullanım amacına hizmet edecek nitelikte teknik özelliklere sahip olması aranmaktadır.

D. Sözleşmelerin İfasına İlişkin Koşullar

İdare ile müteahhit arasında kamu ihale inşaat sözleşmesinin imzalanması aşamasından sonra sözleşmenin uygulanması aşamasına geçilir. Bu uygulama aşamasında idareler tarafından müteahhidin uyması gereken birtakım koşullar bulunmaktadır. Söz konusu koşullar daha çok AB’de üye ülkelerin izledikleri sosyal politikalara ve çevrenin korunmasına olumlu katkı yapması amacıyla getirilmiştir.

Sözleşmelerin ifasına ilişkin olarak 93/37/EEC sayılı Direktif ile sadece sosyal politikalar bakımından bir düzenleme getirilmekte, çevrenin korunması ile ilgili olarak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 93/37/EEC sayılı Direktif m.23’te yer alan düzenleme uyarınca idare müteahhit tarafından sözleşmenin uygulanması aşamasında iş gücü ihtiyacı ve çalışma şartları ile ilgili bilgileri göz önüne alarak müteahhide iş gücünün istihdamı ve çalışma koşulları bakımından koşullar öne sürebilmektedir. İdare bu hükme dayanarak müteahhide sözleşmenin uygulanması aşamasında çalışacak işçilerin sayısı ve çalışma koşulları bakımından şartlar getirebilmektedir.

2004/18/EC sayılı Direktif ile idare tarafından sözleşmenin ifasına ilişkin koşullar m.26 ile getirilmiştir. Söz konusu madde uyarınca “İdareler, bir sözleşmenin ifasıyla ilgili özel koşullar öngörebilirler, ancak bu koşulların Topluluk hukukuna uygun olması ve ihale duyurusu veya şartnamelerde belirtilmesi gerekmektedir. Bir sözleşmenin ifasına

uygulanan koşullar, özellikle toplumsal ve çevresel hususlarla ilgili olabilir.”. Düzenleme ile istihdam ve çalışma koşulları gibi sosyal politikalara ilişkin hususların yanında çevresel konularla ilgili koşulların da getirilmesinin önü açılmıştır.

2004/18/EC sayılı Direktifin başlangıç kısmının 33.paragrafında istihdam ve çalışma koşulları bakımından idarelerce getirilebilecek koşulların genel bir çerçevesi çizilmiştir. Söz konusu paragrafta getirilebilecek koşullar bakımından örnekler kullanılarak öneriler sunulmaktadır. 2004/18/EC sayılı Direktifin başlangıç kısmı 44. paragrafı ile de ilk defa düzenleme alanı bulan çevresel faktörlere yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme uyarınca *“Bir sözleşmenin ifası sırasında, yapım ve/veya hizmet işlerinin çevresel tedbir ya da programların uygulanmasını gerektirdiği durumlarda, bu tür tedbir ve programların uygulanması gerekebilir...”*. Böylece kamu ihale inşaat sözleşmelerinin uygulanması aşamasında çevrenin korunmasına ilişkin idare tarafından müteahhide birtakım koşullar getirilebilmektedir.

İdare tarafından müteahhide getirilen istihdam ve çevresel faktörlere ilişkin koşullar sosyal ve çevresel politika bakımından olumlu olmakla birlikte bir özel hukuk sözleşmesi kimliğini taşıyan kamu ihale inşaat sözleşmesinin niteliğine ters düşmektedir. Özellikle işçi - işveren arasındaki istihdam ilişkisine ilişkin idareler tarafından tek taraflı olarak getirilen koşullar bunun en somut göstergesidir. Ayrıca müteahhide ek maliyetler getirecek olan çevresel tedbirlerin idare tarafından önceden açık ve net bir biçimde ortaya konması gerekir. Sosyal ve çevresel düşüncelerle hareket ederken, kamu ihale inşaat sözleşmesinin hukukî yapısının gözden kaçırılmaması ve buna uygun hükümler içermesi isabetli olacaktır.

II. FIDIC KIRMIZI KİTAP (THE RED BOOK) BAKIMINDAN MÜTEAHHİDİN BORÇLARI

İnşaat sözleşmelerinin karmaşık ve teknik bir yapısı vardır. Bu karmaşık ve teknik yapının yanında yerel birtakım ihtiyaçlar ortaya çıkmaktadır. Yerel ihtiyaçlar yapılan her inşaat sözleşmesinin farklı hükümler içermesi sonucunu doğurur. Kapsam bakımından oldukça büyük olan bu sözleşmelerin her maddesi, her cümlesi taraflarca uzun müzakereler sonucunda oluşturulmaktadır. Uzun müzakerelere rağmen akdedilen inşaat sözleşmelerin önemli bir kısmında ise sorunlar ortaya çıkmaktadır.

İnşaat sözleşmelerinde ortaya çıkan karmaşık ve teknik yapının daha iyi düzenlenmesi, geçmiş deneyimlere dayanılarak tarafların menfaatlerinin korunması ve uygulamada inşaat sözleşmelerinin standart kurallara bağlanması amacıyla uluslararası kurumlar tarafından standart sözleşmeler hazırlanmaktadır²²². Bu standart sözleşmeler arasında uluslararası alanda ve Türkiye’de en çok bilinen ve uygulanan FIDIC standart sözleşmeleridir.

1. FIDIC’in Kuruluş, Amaç ve Faaliyetleri

1913 yılında İsviçre’nin Lozan kentinde kurulan ve “*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*”in baş harflerinden oluşan FIDIC Türkçe’ye “*Müşavir-Mühendisler Uluslararası Federasyonu*” olarak çevrilmiştir²²³. Avrupa’da dört bağımsız müşavir - mühendislik derneği tarafından kurulan FIDIC, üyelerinin meslekî ahlak ve etik kurallarına uymayı kabul ettiği ve ulusal müşavir mühendis birliklerinden oluşan uluslararası bir federasyondur²²⁴. 65 üyesi bulunan bu federasyona her ülkeden sadece bir meslek kuruluşu üye olabilmektedir²²⁵. Türk Müşavir - Mühendisler Birliği 1987 yılında federasyona üye olarak Türkiye’deki temsilciliğini yapmaktadır²²⁶.

FIDIC’in amacı müşavir mühendislere uluslararası anlamda yol göstererek imajını arttırmak, sözleşmelerde ortaya çıkan uyuşmazlıklarda yetkili olmak, müşavir mühendislerin inşaat sektöründeki yerini kuvvetlendirmek ve kalitesini yükseltmek ile

²²² Uluslararası standart sözleşmeler arasında en önemlilerinden birisi de, FIDIC sözleşmelerinin temelini oluşturan ICE formudur. Bu form sadece Britanya Krallığı sınırları içerisindeki inşaat işleri için hazırlanmış olan standart sözleşmedir. Bunun yanında ICE formunun Britanya Krallığı dışında uygulanmasına yönelik hazırlanan ACE formu da söz konusudur.

²²³ TÜREGÜN, Necip: FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici - İşletmeci - Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 1996, s.255.

²²⁴ ŞEREMET, Melis: İnşaat Sözleşmeleri ve FIDIC, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 4, İstanbul, 2006, s.1550.

²²⁵ www.fidic.org.

²²⁶ www.tmmmb.org.tr.

müşavir mühendislerin meslekî ahlak ve etiği konusunda standartlar getirmektedir²²⁷. FIDIC müşavir mühendislerin meslekî açıdan gelişmesini sağlamak, bilgi ve fikir alışverişi ortamı yaratmak amacıyla çeşitli konferanslar ve paneller de düzenlemektedir.

FIDIC tarafından hazırlanan sözleşmeler ile taraflar sözleşme müzakerelerini kısa sürede sona erdirmekte ve zamandan tasarruf sağlamaktadır. Ayrıca daha önce yapılan sözleşmelerdeki hata ve eksiklikler giderilmekte ve zamanın şartları göz önüne alınarak oluşturulan sözleşmeler ile ihtilaflar ortaya çıkmadan bertaraf edilmektedir. Bu sayede taraflar, aralarında kuracakları hukukî ilişkiyi, uluslararası alanda bilinen ve uzun süredir uygulanan yeknesak kurallara uygun hale getirirler²²⁸. FIDIC standart sözleşmelerinin getirmiş olduğu avantajlar sebebiyle gerek yabancı şirketler gerek Dünya Bankası gibi kredi veren kurumlar projelerin inşasında FIDIC standart sözleşmelerinin uygulanmasını istemektedirler²²⁹. FIDIC standart sözleşmelerinin amacı “*Risklerin iş sahibi ile müteahhit arasında adilane dağılımını temin etmek.*” şeklinde özetlenebilir.

2. FIDIC Standart Sözleşme Türleri

A. İnşaat İşleri Sözleşmesi ve İdarî Şartnamesi (The Red Book)

1957 yılında birinci baskısı yapılan Kırmızı Kitap (The Red Book) standart sözleşmeler arasında en çok bilinen ve uygulanan sözleşmedir²³⁰. İş sahibi ile müteahhit arasındaki ilişkileri düzenler. İhale ve inşaat sözleşmelerinin temel ilkeleri bu kitap ile belirlenir²³¹. Bu sözleşmede prensip olarak iş sahibi, mühendis ya da üçüncü kişi tarafından yaptırılan inşaat çizimleri ve tasarımları müteahhide teslim edilir.

²²⁷ ŞEREMET: s.1550.

²²⁸ ŞEREMET: s.1551.

²²⁹ ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005, s.255.

²³⁰ BUNNI, Nael G.: The FIDIC Forms of Contracts the Fourth Edition of the Red Book 1992, the 1996 Supplement, the 1999 Red Book, the 1999 Yellow Book, the 1999 Silver Book, Oxford, 2005, s.3.

²³¹ ŞEREMET: s.1552.

B. Donanım İşleri ve Tasarla Yap Modeli İşler İçin İnşaat Sözleşmesi (The Yellow Book)

Tasarımı ve inşaatı/montajı müteahhit tarafından yapılmış ya da yapılacak olan yapım ve mühendislik işlerinde uygulanacak olan sözleşme türüdür²³². Bu sözleşme, 3.baskısı 1987 yılında yapılan “*Elektrik - Mekanik İşleri Sözleşmesi*” ile 1.baskısı 1995 yılında yapılan “*Tasarla - İnşa Et - Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi*”nin birleştirilmesi sonucu oluşturulmuştur²³³.

C. Mühendislik - Satın Alma Yapım/Anahtar Teslimi Projeler İçin İnşaat Sözleşmesi (The Silver Book)

Enerji santrali, arıtma tesisi ya da fabrika gibi anahtar teslimi işler için önerilen sözleşmedir²³⁴. İlk defa yayınlanan bu sözleşme ile inşaat ile ilgili çizim ve tasarımların bütün sorumluluğu müteahhide düşmektedir. Müteahhit bütün mühendislik ve satın almaları yapacak, inşa eserini işletmeye hazır anahtar teslimi halinde bitirmektedir. Bu sözleşme türünde iş sahibi risklerin çok büyük bir kısmını müteahhide yüklemekle birlikte daha çok ücret ödemektedir²³⁵.

D. Kısa Sözleşme (The Green Book)

500.000USD'den küçük inşaat bedellerinde ve 6 ayda bitirilmesi öngörülen işlerde uygulanan sözleşme türüdür. Bu sözleşme türü ile mühendislik hizmetlerinin idare tarafından yerine getirilmesine imkan tanınmıştır²³⁶.

²³² ŞEREMET: s.1552.

²³³ TÜREGÜN: FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü İnşaat Sözleşmeleri ve Tahkim Hukuku Sertifika Programı Ders Notları, 2008, s.17.

²³⁴ ŞEREMET: s.1552.

²³⁵ TÜREGÜN: Sertifika Programı, s.19.

²³⁶ ŞEREMET: s.1552.

3. FIDIC Standart Sözleşmelerinin Genel Yapısı

FIDIC standart sözleşmeleri genel ve özel hükümler olmak üzere iki kısma ayrılır. Birinci bölümü oluşturan genel hükümler kısmında bir inşaat sözleşmesinin nasıl oluşturulacağı konusunda temel ilkeler belirlenir. Bu bölüm prensip olarak bütün sözleşmeler için aynı hükümleri içerir²³⁷. İkinci bölüm ise özel hükümlerden oluşur. Özel hükümlerde her işin özelliği dikkate alınarak genel hükümlere uygun özel şartlar düzenlenir. Bu bölümde birinci bölümle bağlantılı olarak sayı, tarih, yer vb. hususlar yer alır²³⁸. Ancak uygulamada özel hükümler, sözleşmenin yerel şartlara uydurulmasından çok iş sahibinin kendi istek ve arzusu doğrultusunda genel hükümlerdeki maddelerin değiştirilmesi olarak ortaya çıkar. İş sahibinin özel hükümlerle kendi lehine hükümlere yer vermesi FIDIC standart sözleşmeleri ile amaçlanan risklerin adilane dağılımından uzaklaşılmasına yol açmaktadır.

FIDIC standart sözleşmelerinin iki kısmını birbirinden ayırt etmek mümkün değildir. Uluslararası kabul edilen kurallardan oluşan genel hükümler ile işin ifa edileceği yerdeki jeolojik, sosyo - ekonomik vb. şartlardan oluşan özel hükümler birlikte tek bir FIDIC sözleşmesini oluşturur²³⁹.

4. FIDIC Kırmızı Kitapta (The Red Book) Müteahhidin Borçları

A. Kesin Teminat Verme Borcu

a. Genel Olarak

Müteahhit tarafından üstlenilen işin yerine getirilmemesi halinde belirli bir tutarın herhangi bir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın iş sahibine ödeneceği anlamına gelen kesin teminat 1987 tarihli 4. baskı (Eski) Kırmızı Kitap ve 1999 tarihli 5. baskı (Yeni) Kırmızı Kitap'ta "*Performance security*" olarak ifade edilmiştir. 1987 tarihli baskıdan önce ise kesin teminat için "*Performance bond*" ifadesi kullanılmıştır. İki ifadenin de Türkçe karşılığı "*Kesin teminat*" olsa da özlerinde farklı anlamlar içermektedir. "*Performance*

²³⁷ AKINCI, Ziya: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996, s.33.

²³⁸ ŞEREMET: s.1551.

²³⁹ TÜREGÜN: Sertifika Programı, s.13-14.

bond” ifadesi ile sadece işin sona ermesi göz önüne alınmıştır. Oysa ki *“Performance security”* ifadesi ile işin şartname ve projelerde yer alan hususlara uygun malzeme ve işçilik ile meydana getirilmesi üzerinde durulmuştur²⁴⁰. Yani işin ayıpsız ve eksiksiz olarak tamamlanması vurgulanmıştır. Her ne kadar iki ifade Türkçe’ye aynı biçimde çevrilse de, özde yatan anlam farkı bakımından *“Performance security”* ifadesinin tercih edilmesi olumlu ve yerindedir.

b. Kesin Teminatın Verilmesi

Kesin Teminat (Eski) Kırmızı Kitap m.10.1 vd.’da düzenlenmiştir. *“Kesin Teminat”* başlıklı m.10.1 uyarınca *“Sözleşme, düzgün bir şekilde ifası için yüklenicinin teminat vermesini öngörüyorsa yüklenici, kabul mektubunu aldığı tarihi izleyen 28 gün içinde teklifin ekinde belirtilen miktardaki teminatı sağlayıp işverene verir ve durumu kontrolluğa bildirir. Bu teminatın formuna, işverenle yüklenici arasında karar verilir. Ancak teminatın alınacağı kuruluşu işveren de onaylamalıdır. İşbu madde gereklerine uyulmasının bedeli, sözleşmede tersine bir hüküm yoksa, yüklenici tarafından karşılanır.”*. Söz konusu düzenleme uyarınca kesin teminatın verilmesi zorunlu değildir. Müteahhit ve iş sahibi sözleşme metninde kesin teminat verilmesini öngörmeyebilir. Böylece kesin teminatın varlığı bakımından taraflara bir serbestlik sağlanmıştır.

Sözleşmede kesin teminatın verilmesi öngörülmüşse müteahhit, teklif ekinde belirtilen para cinsinden ve orada kayıtlı olan miktarda olmak üzere, masrafını karşılayarak üçüncü bir kişiden teminat sağlayarak kabul mektubunu²⁴¹ aldığı günü izleyen 28 gün içinde iş sahibine teminatı vermeli ve bu durumu mühendise bildirmelidir. Kesin teminatın alınacağı üçüncü kişinin iş sahibi tarafından onaylanması gerekir. İş sahibi, onaylamadığı üçüncü kişiden alınan kesin teminatı kabul etmek zorunda değildir. Kesin teminatın nasıl bir biçimde düzenleneceği müteahhit ile iş sahibi arasında kararlaştırılmaktadır. Kesin teminatın sağlanması ile ilgili her türlü gider müteahhit tarafından karşılanmaktadır.

²⁴⁰ BUNNI: s.138-139.

²⁴¹ Kabul mektubu, iş sahibi tarafından müteahhidin icabının resmen kabul edildiğini gösteren yazı anlamına gelmektedir.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.4.2'in 1. ve 2. fıkrasında kesin teminatın nasıl verileceği düzenlenmiştir. Söz konusu fıkralar uyarınca,

“Yüklenici teklif ekinde belirtilen para birimi ve miktarını uygun bir performans sağlamak amacıyla (Maliyetini kendisi karşılamak üzere) kesin teminat sağlayacaktır.

Yüklenici kabul mektubunu aldıktan sonra 28 gün içinde işverene kesin teminatı teslim edecektir ve bir kopyasını mühendise gönderecektir. Kesin teminat bağımsız olarak çıkarılacaktır ve mühendis tarafından onaylanacaktır ve özel şartlara eklenmiş bir formda ya da işveren tarafından onaylanmış başka bir formda yer alacaktır.”.

(Yeni) Kırmızı Kitap ile kesin teminatın verilmesi konusunda müteahhide zorunluluk getirilmiştir. Müteahhit teklif ekinde belirtilen para birimi ve miktarına uygun kesin teminatı kabul mektubunu aldıktan 28 gün içinde vermek zorundadır. (Eski) Kırmızı Kitap'tan farklı olarak kesin teminat iş sahibi tarafından değil, mühendis tarafından onaylanmaktadır. Kesin teminatın şekli bakımından ise iki yöntem öngörülmüştür. Kesin teminat ya (Yeni) Kırmızı Kitap'ın özel şartlar kısmında yer alan örneklerden biri ya da bunların dışında iş sahibi tarafından onaylanan başka bir biçimde olmalıdır. İki yöntem dışındaki kesin teminat mektubu mühendis tarafından onaylanmamakta ve iş sahibi tarafından kabul edilmemektedir.

c. Kesin Teminatın Geçerlilik Süresi ve Geri Verilmesi

Kesin teminatın ne kadar süre ile geçerli olacağı (Eski) Kırmızı Kitap m.10.2'de düzenlenmiştir. Buna göre *“Kesin teminatın geçerlilik süresi, yüklenici sözleşme uyarınca işleri gerçekleştirip tamamlayıncaya ve kusurlarını giderinceye kadar devam etmelidir. Aşağıdaki 62.1 fıkra uyarınca kesin kabul belgesi düzenlendikten sonra bu teminata karşı hiçbir talepte bulunulamaz. Yine bu teminat söz konusu kesin kabul belgesinin düzenlenmesini izleyen 14 gün içinde yükleniciye iade edilir.”.* Kesin teminat, müteahhit tarafından işlerin yapılıp tamamlanması ve kusurların giderilmesine kadar geçerli olmaktadır. Kesin kabul belgesinin düzenlenmesini izleyen 14 gün içinde iş sahibi tarafından kesin teminatın müteahhide iade edilmesi gerekir. Kesin teminatın iade edilmesi ile birlikte iş sahibinin kesin teminat üzerinde herhangi bir hak ve tasarruf yetkisi kalmamaktadır. Ancak (Eski) Kırmızı Kitap m.10.3 uyarınca kesin teminatın geri verilmesinden önce iş sahibinin kesin teminat üzerinde, müteahhidin kusurundan dolayı

hak ve tasarruf yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkinin kullanılması için ise iş sahibi tarafından kusurun mahiyetinin müteahhide bildirilmesi gerekir²⁴².

(Yeni) Kırmızı Kitap m.4.2/3 vd. fıkralarında kesin teminatın geçerlilik süresi ve geri verilmesi yer almıştır. Buna göre,

“Yüklenici kesin teminatın işler tamamlanana ve kusurlar giderilinceye kadar geçerli ve uygulanabilir olmasını sağlamak zorundadır. Eğer kesin teminatın süresi açıkça belirtiliyorsa ve yüklenici sona erme tarihinden 28 gün öncesine kadar kesin kabul belgesini almamışsa, yüklenici işler tamamlanana ve kusurlar giderilene kadar kesin teminatı uzatacaktır.

İşveren şu durumlarda sözleşmede belirtilen miktarlar dışında, kesin teminat çerçevesinde bir talepte bulunmayacaktır:

- a) İşveren kesin teminatın miktar olarak tamamını talep edebileceği düzenleyen önceki paragrafta yer alan kesin teminatın geçerlilik süresinin yüklenici tarafından uzatılmaması,*
- b) Madde 2.5 ve bölüm 20’de yer aldığı gibi bu sözleşme ya da karardan sonra 42 gün içinde yüklenici tarafından anlaşmaya varılması ile işverene yüklenici tarafından ödeme yapılması,*
- c) İşverenin kusurun giderilmesi konusundaki uyarının alınmasından itibaren 42 gün içinde yüklenicinin kusuru gidermemesi,*
- d) Fesih ihbarı hakkının olup olmadığına bakılmaksızın madde 15.2’ye göre feshetme hakkına ilişkin şartların varlığı.*

İşveren kesin teminattan kaynaklanan tüm zarar, kayıp ve masrafları (Yasal ücretler ve harcamalar dahil olmak üzere) ödeyecek ve yüklenicinin zarar görmemesini sağlayacaktır. İşveren, kesin kabul belgesinin bir örneğini aldıktan sonra 21 gün içerisinde yükleniciye kesin teminatı teslim edecektir.”

(Yeni) Kırmızı Kitap ile kesin teminatın geçerlilik süresi ve geri verilmesi daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre müteahhit kesin teminatın işler

²⁴² BUNNI: s.138-139.

tamamlanıp kusurlar giderilinceye kadar, yani kesin kabul belgesinin alınmasına kadar uygulanabilir ve geçerli olmasını sağlamakla yükümlüdür. Burada uygulanabilir olmak ile geçerli olmaktan anlaşılması gereken, iş sahibinin herhangi bir sebepten zarara uğraması durumunda kesin teminata gidebilmesinin sağlanmasıdır. Ayrıca kesin teminatın bir süre içermesi durumunda müteahhit kesin kabul belgesini işin bitiminden 28 öncesine kadar alamamışsa kesin teminatın süresini uzatmak zorundadır. Bu düzenlemeler ile kesin teminatın güvence sağlama fonksiyonu sözleşme süresi boyunca devam ettirilmiş olmaktadır.

(Eski) Kırmızı Kitap'ta iş sahibi kesin kabul belgesinin düzenlenmesinden sonra kesin teminat bakımından bir talepte bulunamamaktadır. (Yeni) Kırmızı Kitap'ta ise kesin teminata karşı talepte bulunamama halleri genişletilmiştir. Bunun yanında kesin teminattan kaynaklanan bütün zarar, kayıp ve masraflar iş sahibi tarafından karşılanmaktadır. Kesin teminat dolayısıyla müteahhidin zarar görmesini engellemek de iş sahibinin yükümlülükleri arasında sayılmıştır. Böylece kesin teminatın güvence fonksiyonunu bir bakıma sınırlandırmış ve iş sahibi aleyhine bazı yükümlülükler getirilmiştir.

Kesin teminatın geri verilmesinde (Yeni) Kırmızı Kitap süre bakımından bir değişikliğe gitmiştir. Kesin teminat, (Eski) Kırmızı Kitap uyarınca kesin kabul belgesinin düzenlenmesinden itibaren 14 gün içinde verilirken, (Yeni) Kırmızı Kitap ile bu süre 21 güne çıkarılmıştır²⁴³. Sürenin arttırılması ile iş sahibi lehine düzenlemeye gidilmiş ve önceki fıkralarda yer alan yükümlülükler göz önüne alındığında taraflar arasındaki hak ve yükümlülükler konusunda dengeli ve adaletli davranılmıştır.

B. Müteahhidin İnşa Eserini Meydana Getirme Borcu

a. Genel Olarak

Müteahhit inşa eserini meydana getirirken iki türlü hareket edebilir. Bunlardan ilki müteahhidin taahhüt ettiği inşa eserini meydana getirme borcunu şahsen ve bizzat ifa etmesidir. Özellikle inşaat sözleşmeleri göz önüne alındığında müteahhidin inşa eserini

²⁴³ BUNNI: s.527.

şahsen ve bizzat yerine getirmesi esastır. Ancak müteahhidin devamlı bir biçimde inşa eserinin yapımıyla ilgilenmesi söz konusu olamamaktadır. Özellikle birden fazla inşa eserini meydana getirme borcu altında bulunan müteahhitler bakımından bu durum imkansız hale gelmektedir. Söz konusu ihtiyaç doğrultusunda müteahhit tarafından konusunda uzman, zamanının tamamını inşa eserinin yapımına ayıran temsilcilerin görevlendirildiği görülmektedir. Bu temsilciler inşa eserinin yapımı konusunda müteahhidin sahip olduğu birçok yetkiye sahip olmaktadır.

Son dönemlerde inşa eserlerinin büyük ve karmaşık bir yapı göstermesi müteahhit temsilcilerinin de yetersiz kalmasına neden olmuştur. İnşaat sözleşmeleri birçok teknik konuyu içermekte ve gün geçtikçe yapım tekniklerinde ilerleme sağlanmaktadır. Uzmanlık gerektiren bazı konularda müteahhidin yardım alması kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu da inşaat sözleşmelerinde alt müteahhitlik kavramının doğmasına ve yaygınlaşmasına neden olmaktadır.

b. Müteahhidin İnşa Eserini Şahsen Meydana Getirmesi

aa. Genel Olarak

Müteahhidin inşa eserini şahsen yerine getirmesine ilişkin hükümler (Eski) Kırmızı Kitap'ta çeşitli maddelerde yer almıştır. (Eski) Kırmızı Kitap m.8.1'in 1.cümlesinde *“Yüklenici, işleri, gerekli özen ve çaba ile (Sözleşmede öngörülen kapsamda) projelendirir, gerçekleştirir, tamamlar ve sözleşme hükümleri uyarınca kusurlarını giderir...”* denilmektedir. *“İşlerin sözleşmeye uygun yürütülmesi”* başlıklı m.13.1 uyarınca *“Yüklenici, yasal ve fiziksel koşullar engellemedikçe, işleri, sözleşmeye, kontrollüğü tatmin edici bir uygunlukta gerçekleştirip tamamlar ve kusurlarını giderir. Yüklenici, sözleşmede geçsin geçmesin yahut işlerle ilgili olsun olmasın, her konuda, kontrollüğün talimatlarına kesinlikle uyar. Yüklenici, talimatları, yalnızca kontrolluktan ya da 2.madde hükümlerine bağlı olarak kontrollük vekilinden alır.”*. Söz konusu düzenlemelerde işlerin müteahhit tarafından bizzat yapılması göz önüne alınmıştır.

(Yeni) Kırmızı Kitap'ta da müteahhidin inşa eserini şahsen yerine getirmesine ilişkin düzenlemeler bulunur. Müteahhidin genel yükümlülüklerini düzenleyen m.4.1'in ilk cümlesine göre *“Müteahhit mühendisin talimatları ile sözleşmeye uygun olarak işleri projelendirerek tamamlayacaktır ve işte meydana gelebilecek kusurları da*

giderecektir...". Ayrıca m.4.7'de yer alan "Müteahhit, sözleşmede belirtilen ya da mühendisin referans olarak aldığı seviyesi, nokta ya da çizgiden başlamak durumundadır. Müteahhit işin bölümlerin doğru bir biçimde yapılmasından sorumlu olacaktır ve işte ortaya çıkabilecek herhangi bir pozisyon, seviye, boyut ya da düzenleme hatasını düzeltecektir." hükmü müteahhidin inşa eserini bizzat meydan getirmesinin asıl olduğunu göstermektedir.

bb. Müteahhidin Temsilcisi Tayin Etmesi

Müteahhidin inşa eserini meydan getirirken temsilci olarak birisini ataması da mümkündür. (Eski) Kırmızı Kitap m.15.1'de müteahhidin temsilcisini düzenlemiştir. Buna göre,

"Yüklenici, işlerin yürütülmesi sırasında ve daha sonra, yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlerini gereken şekilde yerine getirmesi için kontrollüğün gerekli göreceği süre içinde gereken her türlü gözetimi sağlar. Yüklenici, veya kontrollüğün her zaman geri çekebileceği onaya mazhar olmuş, ehil ve yetkili bir vekili, vaktinin tamamını işlerin gözetilmesine verir. Bu yetkili vekil, kontrollüğün yahut 2. madde hükümlerine bağlı olarak kontrollük vekilinin talimatlarını yüklenici adına alır.

Kontrollük, vekil için verdiği onayı geri çekerse, yüklenici, aşağıda değinileceği üzere, böyle bir geri çekme bildirisi aldıktan sonra vekilini değiştirme gereğine uyarak, mümkün olan en kısa süre içinde vekilini işlerden çeker, ondan sonra da bu şahsa işlerde bir daha hiçbir sıfatla görev vermez ve yerine, kontrollüğün onaylayacağı başka bir vekil getirir."

(Eski) Kırmızı Kitap'ta müteahhit temsilcisi müteahhidin inşa eserinin yapımı sırasındaki gözetim yükümlülüğü içinde düzenlenmiştir. Müteahhidin inşa eserinin yapımının tüm aşamalarında bulunması mümkün değildir. Bu bakımdan müteahhit, inşa eserinin yapımında gözetim ve denetimin sağlanması ile işlerin sağlıklı bir biçimde ilerlemesini temin etmesi açısından temsilciye ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyaç da müteahhit temsilcisinin sözleşme metninde yer almasının asıl nedenini oluşturur.

Müteahhit temsilcisinin belirlenmesi ve atanmasında iki aşama söz konusudur. Bunlardan ilki temsilcinin müteahhit tarafından belirlenmesi ve atanmasıdır. Makul olan müteahhidin kendisini temsil edecek kişiyi kendisinin seçmesidir. Müteahhit tarafından

temsilcinin belirlenmesi ve ataması yapıldıktan sonra mühendis tarafından bu kişinin onaylanması gerekir. Mühendis tarafından onay verilmeden temsilcinin göreve başlaması mümkün değildir. Mühendis onayı verirken temsilcinin inşa eserinin yapımı konusunda yetkili ve bilgili olmasını göz önüne alır. Mühendis, müteahhit temsilcisine vermiş olduğu onayı her zaman geri alma yetkisine de sahiptir. Onayın geri alınması durumunda, müteahhit mümkün olan en kısa sürede temsilcisine işten el çektirerek görevden uzaklaştırır. Görevden uzaklaştırılan temsilciye inşa eserinin yapımında herhangi bir görev verilmez. Müteahhit, temsilciyi görevden uzaklaştırdıktan sonra mühendisin onay verdiği başka bir temsilciyi görevlendirir.

Müteahhidin sözleşmeyle üstlenmiş olduğu yükümlülükleri yerine getirmesinde yetkili ve sorumlu kişi olan müteahhit temsilcisi²⁴⁴ (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.3'te de düzenlenmiştir. Müteahhit temsilcisi (Eski) Kırmızı Kitap'a göre daha ayrıntılı bir biçimde yer almıştır. Buna göre,

“Müteahhit temsilcisini kendisi atayacak ve sözleşmede yer alan tüm yetkilerini temsilcisine verecektir.

Müteahhit temsilcisinin adı sözleşmede belirtilmezse, müteahhit işe başlama tarihinden önce temsilcisinin adını ve özelliklerini içeren yazıyı mühendise verecektir. Müteahhit, mühendisin rızası olmadan, temsilcinin atanmasını iptal edemeyecek veya yeni atama yapamayacaktır.

Müteahhit temsilcisi tüm zamanını işlerin yürütülmesi için harcayacaktır. Müteahhit temsilcisi işlerin yürütülmesi sırasında iş sahasından geçici olarak ayrılacak olursa, yerine mühendisin rızası ile uygun bir kişi getirilecektir.

Müteahhit temsilcisi, müteahhit adına m.3.3 çerçevesindeki talimatları alacaktır.

Müteahhit temsilcisi herhangi bir yetki ya da görevi işin uzmanı bir kişiye verebilir ya da geri alabilir. Yetki ve görevin verilmesi ve geri alınması, müteahhit temsilcisinin yazısının mühendis tarafından alınmasından önce geçerli değildir.

Müteahhit temsilcisi ve onun görevi devrettiği kişiler m.1.4'te belirtilen iletişim dilini çok iyi bilmek zorundadır.”.

²⁴⁴ BUNNI: s.541.

(Yeni) Kırmızı Kitap ile müteahhit temsilcisinin atanmasında getirilen esas usul, sözleşmede belirlenmesidir. Müteahhit ile iş sahibi, aralarında yapacakları sözleşme ile müteahhit temsilcisinin kim olacağı ve hangi görev ve yetkilere sahip olacağını kararlaştırır. Sözleşme ile kararlaştırılmaması halinde müteahhit işe başlama tarihinden önce temsilcisinin adını ve özelliklerini belirten yazıyı mühendise vermekte ve mühendisin onayı ile temsilci görevine başlamaktadır.

Müteahhit temsilcisi zamanının tamamını işlerin yapımı faaliyetlerine ayırmaktadır. Müteahhit adına sözleşmeye ilişkin tüm ihbar, talimat, izin ve onaylar temsilci tarafından alınmaktadır. Müteahhit temsilcisinin işin yapımı sırasında geçici olarak iş sahasından ayrılması durumunda, müteahhit geçici olarak bir kişiyi belirlemekte ve bu kişiyi mühendisin onayına sunmaktadır. Müteahhit temsilcisinin işlerin yürütülmesindeki önemi dolayısıyla (Yeni) Kırmızı Kitap'ta böyle bir hüküm getirilme ihtiyacı doğmuştur.

Müteahhit temsilcisi işlerin yoğunluğundan dolayı bazı görev ve yetkilerini belirlediği kişilere verebilir. Ancak bu kişilerin görevlendirilen alanda uzman olmaları gerekir. Müteahhit temsilci tarafından görevlendirilen bu uzman kişiler ancak müteahhit temsilcisinin yazısının mühendise ulaşması ile göreve başlarlar. Söz konusu uzman kişilerin görevden alınması da aynı usul çerçevesinde gerçekleşir.

Önemli hak ve yetkilere sahip olan müteahhit temsilcisi iş sahibi ve mühendis ile birçok konuda yazışma ve görüşme yapmaktadır. Bu yazışma ve görüşmelerin sağlıklı bir biçimde gerçekleşmesi için müteahhit temsilcisinin sözleşme ile belirlenen dili çok iyi bir biçimde kullanabilmesi gerekir. Sözleşme dilinin iyi bir biçimde kullanılması hem sözleşmenin başarılı bir biçimde gerçekleştirilmesini hem de ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların en aza indirgenmesini sağlamaktadır.

c. Müteahhidin İna Eserini Alt Müteahhit ile Birlikte Meydana Getirmesi

aa. Alt Müteahhit Tanımı

Asıl müteahhidin üstlendiği için bir kısmını, bazı durumlarda tamamını yapmayı üstlenen, kendi hesabına bağımsız olarak çalışan kişi olarak tanımlanan alt mteahhit²⁴⁵ hem (Eski) Kırmızı Kitap'ta hem de (Yeni) Kırmızı Kitap'ta düzenlenmiştir. İngilizce'de "*Sub-Contractor*" olarak adlandırılan alt müteahhit, (Eski) Kırmızı Kitap'ta "*Taeron*" olarak Türkçe'ye çevrilmiştir. Bazı yazarlara gre²⁴⁶ taşeron ile alt müteahhit farklı iki hukukî kurumdur. Buna göre taşeron, işçilik ya da parça baı i yapan ve asıl müteahhit ile aralarında hizmet sözleşmesine dayanan bağımlı kişidir. Alt müteahhit ise asıl müteahhidin iinin bir kısmını ya da tamamını yapmayı üstlenen kendi adına bağımsız olarak çalışan kişidir. Her iki Kırmızı Kitap'nın orijinal metninde yer alan "*Sub-Contractor*" ifadesinin farklı anlamlara geldiğini kabul etmek mümkün değildir. 1987 tarihli (Eski) Kırmızı Kitap'tan önceki baskı Kırmızı Kitap'larda "*Sub-Contractor*" ifadesinin alt müteahhit anlamında kullanıldığı, taeronun alt müteahhit olarak nitelendirilemeyeceği yer almıtır²⁴⁷. Taeron kavramı İngilizce'de "*Labour on a piece work basis*" olarak ayrı bir kavramla ifade edildiği düşünüldüğünde, (Eski) Kırmızı Kitap'ta yer alan "*Taeron*" ifadesinin yanlış tercümeden kaynaklandığı, bu bakımdan "*Taeron*" ifadesi yerine "*Alt Müteahhit*"in kullanılması gerektiği sonucuna varmak mümkündür.

(Eski) Kırmızı Kitap m.1.1'de alt müteahhidin tanımı "*Taeron*" başlığı altında yapılmıştır. Söz konusu tanıma göre alt müteahhit "*Sözleşmede işlerin bir kısmı için belirtilen veya kontrolluğun oluruyla işlerin bir kısmının verildiği kişi ile onun yasal mlk halefleri demek olup, bu kişinin mtemellikleri bu tanımın dışındadır.*". (Yeni) Kırmızı Kitap m.1.1.2'de alt müteahhit "*Sözleşmede için bir bölümü için, alt müteahhit olarak onaylanan ya da atananlar ile bu kişilerin yasal haleflerini ifade eder.*" eklinde tanımlanmıştır.

²⁴⁵ TANDOĞAN: Borçlar zel, Cilt 2, s.77.

²⁴⁶ TÜREGÜN: İaat Sözleşmesi, s.266; TANDOĞAN: Borçlar zel, Cilt 2, s.77.

²⁴⁷ TÜREGÜN: İaat Sözleşmesi, s.266.

bb. Alt Müteahhit Türleri

FIDIC Kırmızı Kitaplar'da diğer inşaat sözleşmelerinin aksine iki tür alt müteahhit türü öngörülmüştür. Bunlardan ilki müteahhidin teklifi ve mühendisin onayı ile göreve başlayan onaylanmış alt mteahhittir. İkinci alt müteahhit türü ise müteahhit tarafından serbest bir biçimde seçilemeyen, iş sahibi ya da mühendis tarafından görevlendirilen atanmış alt mteahhittir.

aaa. Onaylanmış Alt Müteahhit

Müteahhit tarafından seçilen ve mühendisin onayına sunulup onaylandıktan sonra göreve başlayan onanmış alt müteahhit (Eski) Kırmızı Kitap m.4.1/1'de düzenlenmiştir. Onaylanmış alt müteahhitlik sisteminde müteahhit mühendisin onayını almadan, işlerin bir kısmının yapımını alt müteahhitlere devredememektedir. Böylece asıl müteahhit, mühendis tarafından onaylanmayan alt müteahhitleri işin yapımında alıştıramamaktadır. Burada mühendis alt müteahhide onay verirken, (Eski) Kırmızı Kitap m.2.6'da belirtilen "Tarafsızlık" ilkesinden hareket etmeli ve ciddi ve makul sebep olmadan asıl müteahhidin seçtiği alt müteahhidi reddetmemelidir.

Asıl müteahhidin seçtiği alt müteahhidin mühendis tarafından onaylanmasının gerekmediği durumlar (Eski) Kırmızı Kitap m.4.1/2'de yer almaktadır. Buna göre:

"Ancak yüklenicinin;

(a) İşçi temin etme,

(b) Sözleşmede belirtilen standartlara uygun malzemeleri satın ama, veya

(c) İşlerin herhangi bir kısmını, sözleşmede adı belirtilen taşerona verme konularında böyle bir olur alması gerekmez."

İşçi sağlanması ve sözleşmeye uygun malzemelerin alımında asıl müteahhit, mühendisin herhangi bir onayını almaksızın alt müteahhit seçebilmektedir. Bu konularda mühendisin onayına ihtiyaç duyulmadığı açıktır. Ancak işlerin herhangi bir kısmının sözleşmede yer alan alt müteahhide verilmesi halinde mühendisin onayı olmasa da önceden gösterilen bir rıza söz konusudur. Bu bakımdan bu durumun istisnalar arasında değil, esas kural olan mühendisin onayı içinde belirtilmesi gerekmektedir.

Onaylanmış alt müteahhit (Yeni) Kırmızı Kitap'ta m.4.4/2'de düzenlenmiştir. Buna göre,

“...Sözleşmede aksi belirtilmedikçe,

(a) Müteahhit, malzemenin sağlanması için seçilen alt müteahhit ile sözleşmede ismi belirtilen alt müteahhide onay alması gerekmemektedir.

(b) Önerilen diğer alt müteahhitler için mühendisin onayı gerekecektir.

(c) Müteahhit, alt müteahhidin işe başlama tarihinden en az 28 gün önce mühendise bildirimde bulunacaktır.

(d) Alt müteahhitlik sözleşmesi m.4.5 ya da m.15.2 uyarınca alt müteahhidin işveren tarafından gerektiğinde belirlenebilmesine ilişkin koşulları içermelidir.”.

(Yeni) Kırmızı Kitap ile birlikte işçi temin edilmesi bakımından alt müteahhide getirilen onaydan muaf tutulma durumu ortadan kaldırılmıştır. Böylece işçi temini ile ilgili alt müteahhitler mühendisin onayına tabi olmaktadır. (Yeni) Kırmızı Kitap ile getirilen bir başka yeni düzenlemede ise onaylanmış alt müteahhidin işe başlama tarihinden en az 28 gün önce asıl müteahhit, mühendise konu ile ilgili bildirimde bulunmalıdır. Bu düzenleme ile mühendisin ve dolayısıyla iş sahibinin, onaylanmış alt müteahhidin çalışmalarından bilgi sahibi olması amaçlanmıştır.

bbb. Atanmış Alt Müteahhit

FIDIC sözleşmelerine özgü bir kişi olan atanmış alt müteahhit (Eski) Kırmızı Kitap m.59.1'de tanımlanmıştır. Buna göre *“Sözleşmede yedek akçelere bağlanmış olan herhangi bir işi yürütmek veya herhangi bir mal, demirbaş, malzeme veya hizmeti temin etmekte olan ve işveren veya kontrollük tarafından isimlendirilmiş veya isimlendirilecek yahut seçilmiş veya kabul edilmiş her türlü uzman, tüccar, esnaf ve diğerleri ile, sözleşme hükümleri dolayısıyla yüklenici tarafından kendilerine herhangi bir taşeronluk işi verilmesi gereken gerçek veya tüzel kişiler, bu tür işlerin yürütülmesinde veya bu tür mal, demirbaş, malzeme veya hizmetlerin temin edilmesinde yüklenici tarafından istihdam edilmiş taşeronlar olarak düşünülürler ve iş bu sözleşmede kendilerine ‘İsimlendirilmiş Taşeronlar’ olarak atıfta bulunulur.”.* Madde orijinal metinden Türkçe'ye çevrilirken bu tür alt müteahhitler *“İsimlendirilmiş taşeron”* olarak adlandırılmıştır. *“İsimlendirilmiş”*

sözcüğünün ne anlama geldiği madde metninin tamamı göz önüne alındığında anlaşılabilir değildir. Bu tür alt müteahhitler iş sahibi ya da mühendis tarafından, müteahhidin herhangi bir rızasına gerek duyulmaksızın atanmaktadır. Alt müteahhidin göreve getirilmesindeki usul göz önüne alındığında “Atanmış alt müteahhit” ifadesinin kullanılması daha uygun olmaktadır.

Atanmış alt müteahhit, sözleşmede yedek akçe (Geçici meblağ-Provisional sum) olarak ayrılan bedelden ödeneceği öngörülen bir işin yürütülmesi, satın alma ya da hizmet ile ilgili olarak sözleşme ile ya da iş sahibi ya da mühendis tarafından atanmaktadır²⁴⁸.

Atanmış alt müteahhit (Yeni) Kırmızı Kitap'ta daha sade ve basit bir biçimde tanımlanmıştır. (Yeni) Kırmızı Kitap m.5.1'e göre,

“Sözleşmede, atanmış alt müteahhit şu anlama gelmektedir:

(a) Atanmış alt müteahhit olarak sözleşmede belirtilen kişi, ya da

(b) Mühendisin, m.13'a göre müteahhide alt müteahhit olarak görevlendirmesi talimatı verdiği kişi.”.

(Yeni) Kırmızı Kitap ile birlikte atanmış alt müteahhit iki durumda söz konusu olabilmektedir. Bunlardan ilki alt müteahhidin isminin sözleşmede yer alması, ikincisi ise mühendis tarafından asıl müteahhide, birinin alt müteahhit olarak görevlendirilmesine ilişkin talimat verilmesidir. (Eski) Kırmızı Kitap'ta yer alan iş sahibinin alt müteahhit atama yetkisi böylece kaldırılmıştır. Ayrıca atanmış alt müteahhitliğin söz konusu olabilmesi için yedek akçelerle sağlanacak herhangi bir işin olması şartı da çıkarılmıştır.

Atanmış alt müteahhitlerin iş sahibi açısından iki yararı bulunmaktadır. Bunlardan ilki iş sahibi ya da mühendis tarafından alt müteahhidin belirlenmesi ile birlikte yapılacak iş, verilecek hizmet ve kullanılacak malzemenin kalitesi konusunda seçme hakkına sahip olunmasıdır. Böylece yapılacak olan işin iş sahibinin menfaatine uygun bir biçimde gerçekleşmesi sağlanmaktadır. İkinci yarar ise ücret konusunda ortaya çıkmaktadır. İşlerin yapımı ile ilgili verilecek hizmet ve kullanılacak malzeme aynı olduğundan, asıl

²⁴⁸ TÜREGÜN: İnşaat Sözleşmesi, s.268.

müteahhitlerin ihale aşamasında teklif edecekleri ücretler açısından rekabetçi bir ortamın sağlanmasına olanak tanınmaktadır²⁴⁹.

Atanmış müteahhit, asıl müteahhit bakımından ise bazı sakıncalar getirmektedir. Asıl müteahhit tanımadığı bir alt müteahhit ile sadece iş sahibi ya da mühendisin atamasından dolayı çalışmak zorunda bırakılmaktadır²⁵⁰. Bu da işin yapımı sırasında uyum sorunlarına sebep olabilmektedir. Ayrıca iş sahibi ya da mühendis alt müteahhidin atamalarını asıl müteahhidin işini zamanında bitirmesini engelleyecek biçimde yapabilmektedir²⁵¹. Asıl müteahhit bakımından getirdiği sorunları gidermek amacıyla atanmış alt müteahhide itiraz etme imkanı getirilmiştir. (Eski) Kırmızı Kitap m.59.2'de atanmış alt müteahhide itirazın şartları ve usulü düzenlenmiştir. Buna göre,

“İşveren veya kontrollük, yükleniciden, aleyhine makul bir itirazda bulunabileceği, veya kendisi ile:

(a) Taşeronluk sözleşmesinin konusunu oluşturan iş, malzeme, mal, demirbaş veya hizmetlerle ilgili olarak, isimlendirilmiş taşeronun, yükleniciye karşı, yüklenicinin sözleşme hükümlerine göre işveren karşısındaki kendi görev ve yükümlerini yerine getirmesini sağlayacak türden görev ve yükümler üstlenmesini, bu görev ve yükümlerine ve bu görevlerinin yerine getirilmesindeki veya bu türden yükümlerinin gerçekleştirilmesindeki herhangi bir kusurundan doğan veya bu kusuruyla bağlantılı her türlü talep, takibat, tazminat, bedel, harç ve masrafa karşı yükleniciyi temin ve tazmin etmesini, ve

(b) İsimlendirilmiş taşeronun kendisinin veya vekil, işçi ve hizmetlilerinin ihmaline, yüklenici tarafından sözleşme kapsamında temin edilen geçici işlerden herhangi birinin yine kendisince veya mahiyetindekilerce kötü bir şekilde kullanılmasına ve yukarıda sıralanan her türlü talebe karşı yükleniciyi temin ve tazmin etmesini

²⁴⁹ AKINCI: s.41.

²⁵⁰ TÜREGÜN: İnşaat Sözleşmesi, s.268.

²⁵¹ AKINCI: s.41.

öngören hükümler içeren bir taşeronluk sözleşmesi yapmaya yanaşmayan bir taşeronla taşeronluk sözleşmesi yapmasını istemeyecekleri gibi yükleniciyi bununla yükümlü de tutamazlar.”.

(Eski) Kırmızı Kitap m.59.2 ile getirilen düzenleme uyarınca asıl müteahhit iş sahibi ya da mühendis tarafından atanan alt müteahhitle, makul bir itirazı olmadıkça çalışmak zorundadır. Ancak bu zorunluluğun istisnası bulunmaktadır. Buna göre atanmış alt müteahhit, asıl müteahhidin iş sahibine karşı olan sorumluluklarını aynen asıl müteahhide karşı kabul ve garanti etmelidir. Bunun yanında atanmış alt müteahhidin asıl müteahhide ait olan malzeme, tesis ve araç-gereçlerin kötü kullanılmasından ya da kendi personelinin hatalarının tümünden kaynaklanan sonuçlara karşı asıl müteahhidi garanti altına alarak tazmin etmesi gerekir. Bu iki koşulu sağlamayan atanmış alt müteahhit asıl müteahhit tarafından reddedilebilir²⁵².

(Yeni) Kırmızı Kitap'ta atanmış alt müteahhide itiraz m.5.2'de düzenlenmiştir. Söz konusu maddeye göre,

“Müteahhit makul sebeplerinin varlığı ve bunu destekleyen hususları mühendise bildirmesi halinde atanmış alt müteahhidi çalıştırmak zorunda değildir. İş sahibi tarafından müteahhidin zararları tazmin edilmedikçe, aşağıda sayılacak olan hususlar makul sebep olarak dikkate alınacaktır:

(a) Alt müteahhidin yeterli kaynak, finansal güç ya da yeterliliğinin olmamasına ilişkin sebepler;

(b) Alt müteahhitlik sözleşme, atanmış alt müteahhidin ihmalden kaynaklanan ya da atanmış alt müteahhit ya da çalışanlarının asıl müteahhidin mallarını kötü kullanmasından kaynaklanan dolayı asıl müteahhidin tazmin edilmesine ilişkin hüküm içermiyorsa ya da

(c) Sözleşme aşağıda belirtilen atanmış alt müteahhidin yapacağı işlere yer vermemişse:

(i) Sözleşmede müteahhidin kendisini muaf tuttuğu bazı yükümlülüklerini üstlenmek ve

²⁵² TÜREGÜN: İnşaat Sözleşmesi, s.269.

(ii) *Sözleşmeden kaynaklanan ya da sözleşme ile bağlantılı olan bütün yükümlülükler ile alt müteahhidin işi yerine getirmedeki başarısızlıklarından doğan zarardan dolayı asıl müteahhidi tazmin etmek.*”.

(Yeni) Kırmızı Kitap asıl müteahhidin atanmış alt müteahhide makul itirazı olması halinde hangi usulü izleyeceğini açık bir biçimde düzenlemiştir. Buna göre asıl müteahhit, atanmış alt müteahhide ilişkin itirazını, bu itirazını destekleyen hususlarla (Bilgi, belge vb.) birlikte mühendise yapmalıdır. Asıl müteahhidin itirazının makul sebebe dayanması halinde asıl müteahhit atanmış alt müteahhit ile çalışmak zorunda kalmamaktadır.

Makul sebeplerin neler olduğu konusunda (Eski) Kırmızı Kitap herhangi bir düzenleme getirmezken, (Yeni) Kırmızı Kitap makul sebeplerin neler olduğunu açık ve net bir biçimde düzenlemiştir. Ancak makul sebeplerin varlığı için bir şart ortaya konmuştur. Buna göre iş sahibinin itiraz sebeplerinden kaynaklanan zararları tazmin etmesi halinde asıl müteahhit, makul sebeplerini itiraz olarak ileri sürememektedir.

(Yeni) Kırmızı Kitap'ta düzenlenen makul sebeplerden ilki, alt müteahhidin ekonomik ve finansal yeterliliği ile ilgilidir. Buna göre alt müteahhidin üstlendiği işi yapabilmesi bakımından yeterli ekonomik güce sahip olmaması asıl müteahhidin itirazı açısından makul sebep sayılmaktadır. İkinci makul sebep, atanmış alt müteahhidin ihmali ile atanmış alt müteahhit ya da çalışanlarının asıl müteahhidin malzemelerini kötü kullanmasından kaynaklanan zararın atanmış alt müteahhit tarafından karşılanmamasıdır. Üçüncü makul sebep için iki durumun bir arada olması gerekmektedir. Buna göre sözleşmede asıl müteahhidin kendisini muaf tuttuğu bazı yükümlülüklerin alt müteahhit tarafından üstlenilmemesi ve alt müteahhidin sözleşmedeki diğer yükümlülükleri ile işi yerine getirmedeki başarısızlığından kaynaklanan zararları tazmin edeceğine ilişkin hükmün yer almaması makul sebep olarak sayılmaktadır. (Yeni) Kırmızı Kitap ile getirilen makul sebepler ile atanmış alt müteahhidin asıl müteahhidin işini yerine getirmesini engellemesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır.

cc. Alt Müteahhide Yapım İşinin Tamamının Devredilmesi Yasağı

Asıl müteahhidin alt müteahhide inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini tamamen devretmesine FIDIC Kırmızı Kitaplar imkan tanımamıştır²⁵³. (Eski) Kırmızı Kitap m.4.1'in ilk cümlesi "*Yüklenici, işlerin tamamını taşeronla veremez...*" şeklindedir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.4'te de aynı husus tekrarlanarak asıl müteahhidin işin tamamını alt müteahhide veremeyeceği düzenlenmiştir. Ancak işlerin tamamının alt müteahhide verilmesi yasağı onaylanmış alt müteahhit altında düzenlenmiştir. Yapım işinin tamamının alt müteahhide devredilmesi yasağının getirilmesindeki amaç, asıl müteahhidin şahsî özelliklerinden kaynaklanmaktadır. İş sahibi asıl müteahhidin ekonomik ve teknik özelliklerini göz önüne alarak inşaat sözleşmesi yapmaktadır. Asıl müteahhidin dışındaki kişilere yapım işinin tamamının devredilmesi iş sahibinin sözleşmeyi yaparken ortaya koyduğu iradeye de aykırıdır. Bu hususlar göz önüne alındığında yapım işinin tamamının devredilmesi yasağı onaylanmış alt müteahhidin yanında atanmış alt müteahhitler için de geçerli olmaktadır.

dd. Asıl Müteahhidin Alt Müteahhitten Dolayı İş Sahibine Karşı Sorumluluğu

Asıl müteahhidin alt müteahhidin yapmış olduğu işlerden sorumluluğu (Eski) Kırmızı Kitap m.4.1/1'de düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra uyarınca "*...Yüklenici; taşeronun, vekillerinin, hizmetindekilerin ve işçilerinin fiillerinden, kusur ve ihmallerinden, sanki bu fiiller, kusur ve ihmaller kendisinin, vekillerinin, hizmetindekilerin veya işçilerininmiş gibi sorumlu olur.*". (Eski) Kırmızı Kitap'ta yer alan bu hüküm (Yeni) Kırmızı Kitap'ta da korunmuştur. (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.4/2'ye göre "*Müteahhit, alt müteahhidin kendisinin, vekillerinin ve çalışanlarının her türlü hareket ve kusurlarından sorumlu olacaktır...*".

FIDIC (Eski) ve (Yeni) Kırmızı Kitaplar'da atanmış ve onaylanmış alt müteahhidin yapacakları işler bakımından iş sahibine karşı asıl müteahhit sorumlu

²⁵³ TÜREGÜN: Sertifika Programı, s.43.

olmaktadır²⁵⁴. Ancak onaylanmış alt müteahhit ile atanmış alt müteahhidin yapacakları işlerden doğan sorumluluğun aynı şekilde değerlendirilmesi birtakım sakıncalar içermektedir. Çünkü atanmış alt müteahhit, asıl müteahhidin iradesine bakılmaksızın iş sahibi ya da mühendis tarafından atanmaktadır. Yani asıl müteahhit atanmış alt müteahhit ile çalışmak zorunda bırakılmaktadır. Atanmış alt müteahhidin yapacağı işler asıl müteahhit tarafından düzgün bir biçimde denetlense dahi, atanmış alt müteahhidin meslekî açıdan yetersizliğinden kaynaklanacak zararlardan asıl müteahhit sorumlu olmaktadır. Oysa ki bu tür zararların sorumluluğunun iş sahibine ait olması gerekmektedir. Ayrıca atanmış alt müteahhidin kusurundan değil, yetenek ve tecrübelerinin eksikliğinden kaynaklanan zararların sorumluluğu yine iş sahibinde olmalıdır. İş sahibinin buradaki sorumluluğu da atanmış alt müteahhidin seçiminden kaynaklanan hataya (Culpa in eligendo) dayanmalıdır²⁵⁵.

C. Müteahhidin Araç-Gereç, Malzeme ve Demirbaş Sağlama Borcu

a. Müteahhidin Araç-Gereç Sağlama Borcu

aa. Araç-Gereç Tanımı

İnşa eserini meydana getirirken kullanılan, inşa eseri tamamlanıp teslim edildikten sonra inşa eserinden ayrılabilen ve müteahhit tarafından alınıp götürülebilen inşaat makineleri, motorlar, beton kalıpları, vinçler, iskeleler vb. ifade eden araç-gereçler²⁵⁶ (Eski) Kırmızı Kitap m.1.1’de “*Yüklenicinin donanımı*” olarak ifade edilmiştir. Buna göre “*İşlerin gerçekleştirilip tamamlanması ve kusurlarının giderilmesi için gerekli olan (Geçici işler dışındaki) tüm araçlar ve mahiyeti ne olursa olsun tüm şeyler demek olup kalıcı işlerin bir kısmını oluşturan veya oluşturmaya yönelik demirbaşlar, malzeme veya diğer şeyler bu tanımın dışındadır.*”. (Yeni) Kırmızı Kitap m.1.1.5.4’te de (Eski) Kırmızı Kitap’ta yapılan tanıma yakın bir tanım getirilmiştir. Söz konusu tanım uyarınca müteahhidin araç-gereci “*İşin tamamlanması ve ortaya çıkabilecek kusurların giderilmesi*

²⁵⁴ TÜREGÜN: İnşaat Sözleşmesi, s.269.

²⁵⁵ TÜREGÜN: İnşaat Sözleşmesi, s.269-270.

²⁵⁶ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.101-102.

için gerekli olan tüm araç-gereç, makine, taşıt ve diğer araçları ifade etmektedir. Ancak geçici işler, eğer varsa iş sahibinin araç-gereçleri, tesisler, malzemeler ile kalıcı işler için kullanılacak diğer şeyler müteahhidin araç-gereci kapsamı dışındadır.”.

Her iki Kırmızı Kitap'ta da müteahhidin araç-gerecinin neleri kapsadığı belirtilmiştir. Müteahhidin inşa eserini meydana getirirken ya da inşa eserinin eksik ve ayıplarını giderirken kullanacağı, işlerin tamamlanması ile de müteahhit tarafından iş sahasından alınıp götürülebilen vinç, kamyon, harç karma makinesi, motor, iskele, kalıp gibi şeyler müteahhidin araç-gereçleri içinde sayılır.

Müteahhidin araç-gereçlerinin neleri kapsadığı düzenlenirken, neleri kapsamadığı da ayrıca yer almaktadır. Buna göre inşa eserinin meydana getirilmesinde kullanılan ve devamlı şekilde inşa eserini takılı olarak kalacak malzemeler ve demirbaşlar müteahhidin araç-gereçleri arasında bulunmamaktadır. Çünkü malzeme ve demirbaşlar inşa eserinin bir parçasını oluşturmakta ve işin bitimi ile birlikte müteahhit tarafından alınıp götürülememektedir. Kalıcı işlerin tamamlanması ile kusur ve eksiklerinin giderilmesi amacıyla iş sahasında yapılan barakalar, şantiye binası gibi geçici işler de müteahhidin araç-gereçleri arasında yer almamaktadır.

bb. Araç-Gerecin Müteahhit Tarafından Sağlanması

Müteahhit inşa eserinin yapımı sırasında kullanacağı araç-gereci temin etmekle yükümlüdür. (Eski) Kırmızı Kitap m.8.1'de müteahhidin genel yükümlülükleri arasında araç-gereç temini de yer alır. (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.17'de de müteahhide araç-gereci sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir. Ancak (Eski) Kırmızı Kitap'tan farklı olarak (Yeni) Kırmızı Kitap iş sahibinin de araç-gereç temin edebilmesine olanak tanımıştır. (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.20 uyarınca “*İş sahibi, sözleşmede aksi belirtilmedikçe, işlerin şartnamede belirtilen plan, düzenleme ve fiyatlara uygun yapılması amacıyla müteahhide araç-gereç temin edecektir.*”. İş sahibi, sözleşmede aksine herhangi bir hüküm olmadıkça, müteahhide işlerin sözleşme ve şartnameye uygun olarak yürütülmesi için araç-gereç temin etmekle yükümlendirilmiştir. Bu durumda (Yeni) Kırmızı Kitap ile araç-gereç temin etme yükümlülüğü sadece müteahhide değil iş sahibine de ait olmaktadır. Ancak taraflar sözleşmede her zaman için bu durumun aksini kararlaştırabilirler.

Araç-gereç temin etme yükümlülüğü yanında, araç-gerecin taşınması ile taşıma nedeniyle doğacak masraf ve zararların karşılanması yükümlülüğü de ortaya çıkmaktadır. Müteahhit inşa eserinin yapımında kullanılacak olan araç-gereçlerin iş sahasına taşınması ve taşıma sırasında doğacak masraflar ile taşıma nedeniyle doğacak olan zararlardan sorumlu olmaktadır. (Eski) Kırmızı Kitap m.30.2 araç-gereçlerin taşınmasını düzenlemiştir. Buna göre “Sözleşmede tersine bir hüküm yoksa yüklenici, yüklenici donanımının veya geçici işlerin nakledilmesini kolaylaştırmak amacıyla, işyeri ile bağlantılı veya işyerine ulaşan güzargâhlardaki köprüleri ve yolları takviye ve tadil edip iyileştirme bedellerinden kendisi yükümlü olup bu bedelleri yine kendisi öder; yüklenici, bu gibi nakliyatlar dolayısıyla söz konusu yol veya köprülerde ortaya çıkabilecek her türlü tazminat talebine, bu arada doğrudan işverene yöneltebilecek taleplere karşı işvereni temin edip masun tutar ve sadece bu gibi hasarlardan doğan tüm talepleri görüşüp bedellerini öder.”. Bu düzenleme ile müteahhit taşıma masraflarının yanında taşıma sırasında yapılması gereken masraflar ile taşıma sırasında verilebilecek zararlardan sorumlu olmaktadır. Ancak sözleşmede aksinin kararlaştırılması halinde müteahhit taşıma dolayısıyla ortaya çıkan masraf ve zararlardan kaynaklanan sorumluluktan kurtulmaktadır.

Araç-gerecin taşınması dolayısıyla ortaya çıkan masraf ve zararlardan sorumluluk (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.15’te de aynı biçimde düzenlenmiştir. “Ulaşım yolu” başlıklı madde uyarınca “Müteahhit ulaşım yolunu hazır ve uygun bir biçimde bulundurmaktan sorumludur. Müteahhit yol ve köprülerin zarar görmesini engellemek amacıyla gerekli özeni gösterir. Bu özen uygun araç ve yolu kapsayacaktır. Aksi belirtilmedikçe,

- (a) Müteahhit, ulaşım yolunun kullanımı için gerekli olan bakımdan sorumludur.
- (b) Müteahhit ulaşım yolu boyunca tüm işaret ve yön levhalarını sağlayacaktır.
- (c) İş sahibi, ulaşım yolu ile kullanımından doğabilecek zararlardan sorumlu olmayacaktır.
- (d) İşveren belli bir ulaşım yolunun mevcudiyetini ve uygunluğunu garanti etmez,
ve
- (e) Müteahhit, gerekli olan ulaşım yolunun hazır ve uygun olmamasından kaynaklanacak masrafları karşılar.”.

cc. Araç-Gerecin Müteahhit Tarafından Sağlanması Yolları

Müteahhit, yükümlülükleri arasında yer alan araç-gereçleri temin ederken birtakım yöntemler izleyebilir. Büyük inşaat işlerinin yapımını üstlenen müteahhitler bakımından araç-gereçlerin nerelerden ve nasıl temin edileceği oldukça önem taşır. İşlerin zamanında ve sözleşmeye uygun bir biçimde yürütülebilmesi için araç parkının hem nitelik hem de nicelik bakımından yeterli seviyede olması gerekir. Ayrıca gelişen bilim ve tekniğin inşaat işlerine uygulanabilmesi bakımından araç-gereçlerin yeterliliği önemlidir. Araç-gerecin sağlanmasında müteahhit açısından en çok sorun çıkan konu olan finansman meselesi de araç-gereçlerin temininin çeşitlendirilmesinde kritik bir rol oynar. Bütün bu hususlar müteahhidin araç-gereçleri temin ederken çeşitli kaynaklara yönelmesine yol açar.

aaa. Araç - Gerecin Yurtdışından Sağlanması

Müteahhit üstlenmiş olduğu inşa eseri yapımında yeni teknolojilerden yararlanmak isteyebilir. Böylece hem inşa eserinin yapımı kolaylaşır hem de sağlam ve nitelikli bir inşa eseri meydana getirilmiş olur. Bu amaçla iş sahasının bulunduğu ülkeye yeni araç-gerecin getirilmesi gerekir. Ayrıca bazı müteahhitler aynı anda birçok ülkede iş yapabilmektedir. İş yoğunluğunun fazla olduğu ülkeye diğer ülkelerdeki iş sahalarından araç-gereçlerin getirilmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda araç-gerecin iş sahasının bulunduğu ülkeye getirilmesinde birtakım masraflar ortaya çıkar. (Eski) Kırmızı Kitap m.54.3 ülke dışından getirilen araç-gerecin gümrükten geçirilmesini düzenlemiştir. Bu madde uyarınca “*İşveren, yüklenici donanımının, malzemelerin ve işler için gerekli diğer şeylerin gümrükten geçirilebilmesinde gerekirse yükleniciye yardım için elinden gelen çabayı gösterir.*”. Araç-gerecin yurtdışından getirilmesi sırasında gümrükte ortaya çıkan masraf ve araç-gerecin ülkeye girişinin sağlanması müteahhidin yükümlülükleri arasında yer alır. İş sahibinin ise müteahhide ait olan bu yükümlülüğün yerine getirilmesinde yardım edebileceği düzenlenmiştir. Ancak iş sahibi ile ilgili getirilen bu düzenleme çok muğlak ve ucu açık bir anlam içerir. Madde metninde yer alan “*...gerekirse yükleniciye yardım için elinden gelen çabayı gösterir.*” açıklanmaya muhtaç bir durum sergiler. Bu bakımdan söz konusu hükmün daha açık ve net bir biçimde iş sahibinin durumunu ortaya koyması gerekir.

Müteahhit inşa eserini tamamladıktan sonra yurtdışından temin ettiği araç-gereci iş sahasının bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye göndermek de isteyebilir. (Eski) Kırmızı Kitap m.54.4 müteahhit tarafından yurtdışından getirilen araç-gerecin işin tamamlanması ile yeniden ülke dışına çıkarılmasını düzenlemiştir. Söz konusu madde uyarınca “İşveren, yüklenicinin, işler için ithal etmiş olduğu herhangi bir yüklenici donanımını, sözleşme hükümlerine uygun olarak taşındıktan sonra yeniden ihraç edebilmesi için gerekli resmî olurun alınmasında gerekirse yükleniciye yardım için elinden gelen çabayı gösterir.”. Araç-gerecin yurtdışından getirilmesinde olduğu gibi yurtdışına gönderilmesinde de asıl sorumluluk müteahhide aittir. Araç-gerecin yurtdışına gönderilmesi ile ilgili tüm işlemlerden, masraflardan müteahhit sorumlu olur. İş sahibi ise sadece gerekmesi halinde müteahhidin bu işlemlerini kolaylaştırmak amacıyla yardımda bulunur.

(Yeni) Kırmızı Kitap da araç-gerecin yurtdışından getirilmesini ve araç-gerecin yurtdışına gönderilmesini düzenlemiştir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.2.2 uyarınca,

“İş sahibi (Bunu sağlayacak pozisyonda olduğu zaman) müteahhidin isteğine göre makul yardımı sağlayacaktır:

(a) Sözleşme ile ilgili olan ülkenin kanunlarının kopyalarının sağlanması, ve

(b) Ülkenin kanunlarıncı gerekli olan izin, lisans ya da onaylar için müteahhidin başvurusu:

(i) Müteahhidin m.1.13 uyarınca yapması gerekenler (Yasalara uygunluk)

(ii) Gümrükteki izinler dahil olmak üzere malların teslimatı için, ve

(iii) İş sahasından çıkarıldığı zaman müteahhidin araç-gereçlerinin ihracı için.”.

İş sahibi, müteahhit tarafından istenilmesi ve masrafları karşılanması halinde müteahhidin araç-gereçleri getirmesi ve işin tamamlanması için gereken izin, onay ve ruhsatların alınmasında müteahhide yardımcı olur. (Yeni) Kırmızı Kitap'ta ayrıca müteahhidin işin yapıldığı ülkedeki yasalara uygun biçimde işlerini sürdürmesi için iş sahibinin ülkenin yasalarının birer örneğini müteahhide sağlanması gerekir.

bbb. Araç - Gerecin Finansal Kiralama (Leasing) İle Sağlanması

Belirlenen bir süre için kiralayan (Leasing veren) ve kiracı (Leasing alan) arasında imzalanan ve üreticinin kiracı tarafından seçilip, kiralayan tarafından satın alınan bir malın mülkiyetini kiralayanda, kullanımını ise belirli bir kira ödemesi karşılığında kiracıya bırakan sözleşme olarak tanımlanan finansal kiralama (Leasing)²⁵⁷, araç-gerecin temin edilmesi yöntemlerinden biri olarak (Eski) Kırmızı Kitap'ta düzenlenmiştir. (Eski) Kırmızı Kitap m.54.5'a göre *“Aşağıdaki 63. maddeye göre fesih halinde, kiralınmış bir yüklenici donanımının işlerin yürütülmesi bakımından sürekli kullanılabilir olmasını sağlamak amacıyla yüklenici, kiralınmış bir yüklenici donanımını işyerine getirmeden önce, bununla ilgili (ve bir kiralayarak satınalma sözleşmesini içermiyor sayılacak olan) kira sözleşmesinde; söz konusu yüklenici donanımının sahibinin, bu yüklenici donanımını, işveren tarafından herhangi bir feshin yürürlüğe girdiği tarihi izleyen 7 gün içinde yapılacak yazılı istek üzerine ve işverenin bu yüklenici donanımıyla ilgili olarak söz konusu tarihten sonraki her türlü kira masrafını ödemeyi üstlenmesi şartıyla kiralayacağı şeklinde bir hükmün yer aldığından emin olmalıdır; bu kiralama, yüklenici kiralarken yapılmış olan sözleşmedeki şartların her bakımdan aynısını taşımalı, ancak bundan hariç olmak üzere, işverenin bu yüklenici donanımını, işlerin anılan 63. madde hükümlerine göre yürütülüp tamamlanması ve kusurlarının giderilmesi amacıyla, çalıştırdığı diğer herhangi bir yükleniciye kullandırma yetkisi de bulunmalıdır.”*

Özellikle büyük inşaat işlerinde müteahhit hem makine parkını oluştururken hem teknolojik açıdan yeni araç-gereçleri sağlarken malî açıdan zorluklar yaşayabilmektedir. Malî açıdan yaşanan zorlukları aşmak amacıyla araç-gereçlerin finansal kiralama (Leasing) yolu ile sağlanması imkanı (Eski) Kırmızı Kitap ile getirilmiştir. Finansal kiralama banka kredisi kullanılmasına ihtiyaç duyulmaması, araç-gerecin düşük bedelle elde edilmesi, kiralama maliyetinin düşüklüğü gibi sebeplerle müteahhide birçok avantaj sağlar²⁵⁸. Bu avantajların yanında finansal kiralama sözleşmesinin sonunda müteahhide malın satın alma hakkının tanınmaması halinde malın arta kalan değerinden yoksun

²⁵⁷ KOÇ, Mehmet: Finansal Kiralama (Leasing), İstanbul, 2004, s.5.

²⁵⁸ KOÇ: s.30-37.

kalma²⁵⁹, kira ücretinin yabancı para ile yapılması halinde kur riski gibi dezavantajlar da bulunur. Finansal kiralama ile sağlanan araç-gereçlerin kira ücretlerinin ödenmemesi neticesinde müteahhidin işlerinin aksamaması olasılığı en büyük dezavantajı oluşturur. (Eski) Kırmızı Kitap bu dezavantajı ortadan kaldırmak amacıyla düzenleme getirmiştir. Buna göre müteahhit yapacağı finansal kiralama sözleşmesinde, iş sahibinin (Eski) Kırmızı Kitap m.63'e göre inşaat sözleşmesini feshetmesi halinde feshin yürürlüğe gireceği tarihten itibaren 7 gün içinde, iş sahibinin yazılı isteği üzerine araç-gerecin sahibi ile iş sahibi arasında finansal kiralama sözleşmesinin devam edeceğine dair bir hükmün yer alması gerekir. Böylece müteahhit ile araç-gereç sahibi arasında kurulan finansal kiralama sözleşmesi, iş sahibi ile araç-gereç sahibi arasında devam eder. İş sahibinin taraf olduğu finansal kiralama sözleşmesi, müteahhidin taraf olduğu finansal kiralama sözleşmesi ile aynı hükümleri içermekle birlikte iş sahibine araç-gereçleri herhangi bir müteahhide kullandırma yetkisi de vermelidir. Böylece iş sahibinin inşaat sözleşmesini feshetmesi ile müteahhidin değişmesi neticesinde finansal kiralama ile getirilen araç-gereçlerin gelecek diğer müteahhitler tarafından da kullanılması sağlanır. İnşa eserinin yapımının aksamaya uğramaması açısından yerinde bir düzenleme getirilmiştir.

(Yeni) Kırmızı Kitap araç-gereçlerin finansal kiralama ile temin edilmesi yönünden herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Ancak (Yeni) Kırmızı Kitap'ın özel kısmında taraflar finansal kiralamaya ilişkin düzenlemeler getirebilir. Ayrıca inşa eserinin yapıldığı ülkedeki hukukî düzenleme ve uygulamalara uygun bir biçimde araç-gerecin finansal kiralama yolu ile karşılanması da mümkündür.

dd. Araç-Gerecin Başka İşlerde Kullanılması Yasağı

İnşaat işlerinin sözleşme ve iş programına uygun bir biçimde yapılması için araç-gereçlerin iş sahasında bulunması ve belirli bir işe özgülenmesi önem taşır. Bundan hareketle (Eski) Kırmızı Kitap m.54.1 müteahhidin araç-gereçleri sadece inşaat sözleşmesi ile belirlenen işler için kullanmasını düzenlemiş, bunun dışında yer alan işlerde kullanılmasını ise yasaklamıştır. Söz konusu madde uyarınca “*Yüklenici*

²⁵⁹ ALTOP, Atilla: Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara, 1990, s.20.

tarafından sağlanan tüm yüklenici donanımı, geçici işler ve malzemeler, işyerine getirildiklerinde, yalnızca işlerin gerçekleştirilmesinde kullanılacak sayılırlar ve yüklenici, bunları veya bir kısmını, şantiyenin bir yerinden başka bir yerine taşınmaları hariç, kontrollüğün olurlarını almadan naklemez. Ancak, elemanları, işçileri, yüklenici donanımını, geçici işleri, demirbaşları veya malzemeleri işyerine/işyerinden taşıyacak vasıtalar için olur almaya gerek yoktur.”. Müteahhit inşa eserini meydana getirirken kullanacağı araç-gereçleri başka işleri için kullanamamaktadır. Bunun yanında müteahhidin araç-gereçleri iş sahasının dışında bir yere taşımak istemesi halinde mühendisten izin alması gerekir. Mühendis tarafından izin verilmedikçe araç-gereçlerin taşınması mümkün değildir. Taşıma işlemi için izin alınırken, taşıma yapılacak olan vasıtalar konusunda mühendisten izin alınmasına ise gerek yoktur.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.4.17, (Eski) Kırmızı Kitap’a paralel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre “Müteahhit tüm araç-gereçlerden sorumlu olacaktır. İş sahasında getirildiği zaman, müteahhidin araç-gereçleri özellikle işlerin tamamlanması için kullanılacaktır. Müteahhit mühendisin rızası olmadan hiçbir büyük, önemli araç-gereci iş sahasından çıkaramayacaktır. Ancak araç-gereci ya da personeli taşıyan vasıtalar için mühendisin onayı gerekmemektedir.”. (Eski) Kırmızı Kitap’tan farklı olarak araç-gerecin iş sahasının dışına çıkarılmasında mühendisin rızası sadece büyük ve önemli araç-gereçler için gereklidir. “Major items” olarak ifade edilen araç-gereçler inşa eserinin yapımını etkileyen, kritik rol oynayan araç-gereçlerdir. Bunların dışında kalan araç-gereçler bakımından mühendisin onayına ihtiyaç duyulmamaktadır.

b. Müteahhidin Malzeme Sağlama Borcu

aa. Malzeme Tanımı

İnşa eserinin yapımında kullanılan ve onun bünyesine dahil olan taş, kum, tuğla, hazır beton, kapı, pencere gibi şeyleri ifade eden malzeme kavramı²⁶⁰ (Eski) Kırmızı Kitap’ta tanımlanmış değildir. Malzeme kavramı yerine kalıcı işlerin ile demirbaşların tanımı (Eski) Kırmızı Kitap’ta yer almıştır. Kalıcı işler m.1.1 uyarınca “Sözleşme gereğince gerçekleştirilecek olan kalıcı işler (bu arada Demirbaşlar) demektir.”. Aynı

²⁶⁰ ARAL: s.344.

hükümde tanımlanan demirbaşlar ise “*Kalıcı işlerin bir kısmını oluşturan veya oluşturmaya yönelik makinalar, aparatlar ve benzeri demektir.*” şeklinde tanımlamıştır. Ancak söz konusu tanımlar tam anlamıyla malzeme kavramını karşılayamamaktadır.

(Yeni) Kırmızı Kitap, (Eski) Kırmızı Kitap’ın aksine, malzeme kavramının tanımına açık bir biçimde yer vermiştir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.1.1.5.3’te yer alan tanım uyarınca malzeme “*Sözleşme çerçevesinde müteahhit tarafından sağlanacak olan şeylerle kalıcı işlerin bir kısmını oluşturan ya da oluşturması düşünülen her türlü şeyi ifade etmektedir.*”. Ayrıca kalıcı işlerin de tanımı yapılarak malzemelerin neleri ifade ettiği daha net bir biçimde ortaya konmuştur. (Yeni) Kırmızı Kitap m.1.1.5.4’e göre kalıcı işler “*Sözleşme çerçevesinde müteahhit tarafından yapılacak olan kalıcı çalışmalar*” olarak tanımlanmıştır. Kalıcı işlerin yanında demirbaşlara yönelik de düzenleme getirilmiştir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.1.1.5.5 uyarınca “*Kalıcı işlerin bir kısmını oluşturan veya oluşturması düşünülen araçlar, makineler*” demirbaş olarak kabul edilir.

bb. Malzemenin Müteahhit Tarafından Sağlanması

İnşaat malzemelerinin temin edilmesi (Eski) Kırmızı Kitap ile müteahhide yüklenmiştir. Müteahhidin genel yükümlülüklerini düzenleyen m.8.1 uyarınca “*Yüklenici,..., geçici veya kalıcı her türlü gözetimi, işçiliği, malzemeyi, demirbaşı, yüklenici donanımını ve diğer şeyleri temin eder.*”. Böylece müteahhit inşa eserini meydana getirirken kullanacağı malzemeleri temin etme yükümlülüğü altına girmektedir.

(Yeni) Kırmızı Kitap’ta da malzemelerin temin edilmesi müteahhidin yükümlülükleri arasında yer almıştır. (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.1/2’ye göre “*Müteahhit, demirbaş ve sözleşmede belirtilen şeyler ile geçici ve kalıcı yapıları, yapının tamamlanması ve kusurlarının giderilmesi ile ilgili malzemeleri, personel ve diğer şeyleri sağlayacaktır.*”. (Yeni) Kırmızı Kitap malzemeyi temin etme yükümlülüğünü müteahhide yüklemekle birlikte, sözleşmede kararlaştırılması halinde iş sahibinin de malzemeyi temin edebileceğini düzenlemiştir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.20/3’te iş sahibinin malzeme temin etmesine yer verilmiştir. İlgili fıkra uyarınca “*İş sahibi, varsa, ücretsiz olarak şartnameye uygun malzemeyi temin edecektir. İş sahibi, risk ve masrafları kendine ait olmak üzere, malzemeleri sözleşmede belirtilen yer ve zamanda sağlayacaktır...*”. İş sahibi (Yeni) Kırmızı Kitap ile sözleşmede yer alması halinde şartnameye uygun nitelikteki malzemeyi

temin etmekle yükümlüdür. Aynı şekilde iş sahibi, malzemeleri sözleşmede belirtilen yer ve zamanda, kendi sorumluluğu altında ve masrafları kendisine ait olmak üzere karşılamaktadır²⁶¹.

cc. Malzemenin Belirli Bir Kalitede Olması

aaa. Genel Olarak

Müteahhidin inşa eserinin yapımında kullanacağı malzemelerin kalitesinin nasıl olacağı (Eski) Kırmızı Kitap m.36.1’de düzenlenmiştir. Buna göre:

“Her türlü malzeme, demirbaş ve işçilik,

(a) Sözleşmede belirtilen ilgili niteliklere ve kontrolluğun talimatlarına uygun olur, ve

(b) Yapıldığı, imal edildiği veya hazırlandığı yerde, işyerinde, ya da sözleşmede öngörülen başka bir yerde veya yerlerde, yahut bu yerlerin hepsinde veya herhangi birinde kontrolluğun zaman zaman isteyeceği denemelere tabi tutulur.

Yüklenici, tüm malzemeleri ve demirbaşları muayene etmek, ölçmek ve denemeye tabi tutmak için normal şartlarda gerekli yardım, işgücü, elektrik, yakıt, depo, aparat ve aletleri temin eder ve kontrolluğun seçip isteyebileceği malzeme numunelerini, işlerde kullanmadan önce denemek üzere verir.”.

Müteahhidin inşa eserinin yapımında kullanacağı malzeme ve demirbaşın kalitesinin sözleşmede belirtilen niteliklere ve mühendisin talimatlarına uygun olması gerekir²⁶². Malzeme ve demirbaşlar inşa eserinin yapımında büyük bir rol oynar. Bu bakımdan malzeme ve demirbaşların kalitesi, inşa eserinin kalitesini de etkiler. (Eski) Kırmızı Kitap m.36.1 malzeme ve demirbaşın belirli bir kalitede olmasını ve bunun sözleşmede yer almasını gerektiğini düzenlemiştir. Ayrıca söz konusu kalitenin

²⁶¹ BİLGİN, Yavuz: Türkiye’deki İhale Mevzuatı ve Avrupa Birliği İhale Mevzuatına Uyarlanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2001, s.17.

²⁶² TÜREGÜN: İnşaat Sözleşmesi, s.263.

mühendisin talimatlarına da uygun olması gerekir²⁶³. Bu husus mühendisin (Eski) Kırmızı Kitap m.2.1 ile m.13'te belirtilen iş sahibi adına işi denetleme ve yönetme yetkisinin bir uzantısı biçimindedir²⁶⁴.

Malzeme ve demirbaş tanımlarına genelde sözleşme metninde yer verilir. Sözleşme metni dışında sözleşme metninin bir parçasını oluşturan teknik şartnamelerde de düzenlenmesi söz konusudur. Bu tanımlamanın doğru ve kesin bir tanımlama olması gerekir. Uygulamada yapılan ya da uluslararası standartlar tarafından geliştirilen bazı kodlarla yapılan tanımlamalar malzeme ve demirbaş tanımlanmasında kolaylıklar getirir. Ancak işçilik konusunda bazı standartların getirilmesi malzeme ve demirbaş göre daha zordur²⁶⁵. Çünkü işçilik beşerî birtakım faktörlerden etkilenir ve her zaman için aynı kalitenin ortaya konması mümkün değildir.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.7.1'te de inşa eserinin yapımında kullanılacak olan malzeme ve demirbaşların kalitesi düzenlenmiştir. Getirilen düzenleme uyarınca,

“Müteahhit demirbaş ve malzemelerin üretim ve yapımı ile tüm diğer işlerin yürütülmesini aşağıdaki gibi gerçekleştirecektir:

(a) Eğer varsa sözleşmede belirtilen şekilde,

(b) Belirlenen doğru uygulama ile dikkatli bir biçimde,

(c) Sözleşmede aksi belirtilmedikçe, uygun araç-gereçlerle tehlike arz etmeyen malzemelerle.”

bbb. Malzeme ve Demirbaşların Test Edilmesi

aaaa. Test İçin Numunelerin Sağlanması

Malzeme ve demirbaşların belirli bir kalitede ve mühendisin talimatlarına uygun olması gerekliliği, malzeme ve demirbaşların kalitesinin test edilmesini ortaya çıkarır. Yapılacak olan testler sonucunda sözleşme ve mühendisin talimatlarına uygun olan

²⁶³ BUNNI: s.230.

²⁶⁴ ŞEREMET: s.1557.

²⁶⁵ BUNNI: s.230-231.

malzeme ve demirbaşın inşa eserinin yapımında kullanılmasına izin verilir. Testlerin yapılması için öncelikle numunelere ihtiyaç vardır. Numunelerin kimin tarafından sağlanacağı (Eski) Kırmızı Kitap m.36.2’te yer almıştır. Buna göre “*Sözleşmede numunelerin temin edilmesi açık bir şekilde kastedilmiş veya öngörülmüşse, yüklenici, bunları, bedellerini kendi ödeyerek temin eder.*”. Getirilen düzenleme ile testlerde kullanılacak olan numuneler sözleşmede açık bir hüküm yer alması halinde, müteahhit tarafından bedeli karşılanarak temin edilmektedir. Burada yer alan bedel, malzeme numunelerinin bedelidir²⁶⁶.

Malzeme ve demirbaşların numunelerine ve testlerine (Yeni) Kırmızı Kitap’ta da yer verilmiştir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.7.2 testlerde kullanılacak olan numunelerin nasıl ve kimin tarafından temin edileceğini düzenlemiştir. Söz konusu madde uyarınca,

“Müteahhit işin yapımında malzemeleri kullanmadan önce mühendisin onayını almak için mühendise aşağıda belirtilen malzeme numunelerini ve ilgili bilgileri sunacaktır:

(a) Bedeli müteahhit tarafından karşılanmak üzere, sözleşmede belirtilen numuneler ile malzeme imalatçısının standart malzeme numuneleri, ve

(b) Çeşitlilik açısından mühendis tarafından belirlenen ilave numuneler.

Her bir numune inşa işinde kullanılması öngörülen şekliyle sunulacaktır.”.

(Yeni) Kırmızı Kitap’ta, (Eski) Kırmızı Kitap’ta olduğu gibi numunelerin bedellerinin sorumluluğu müteahhide yüklenmiştir. Ancak (Eski) Kırmızı Kitap’tan farklı olarak numunelerin neleri kapsaması gerektiğine yer verilmiştir. Buna göre numunelerin neler olacağı sözleşme ile düzenlenebilir. Ayrıca malzemelerin imalatçısı konumunda bulunan kimselerin standart malzeme numuneleri ile mühendis tarafından belirlenecek numunelere de yer verilebilir.

²⁶⁶ TÜREGÜN: İnşaat Sözleşmesi, s.263.

bbbb. Testin Yapılması

Numunelerin sağlanması ile birlikte inşa eserinin yapımında kullanılacak olan malzeme ve demirbaşların testi aşamasına geçilir. Mühendis ya da görevlendireceği kişi²⁶⁷ tarafından yapılacak olan testler kural olarak, malzeme ve demirbaşın iş sahasına getirilmesinden sonra yapılır. Ancak malzeme ve demirbaşların iş sahasına getirilmeden önce, imal sırasında da mühendis ya da görevlendireceği kişi tarafından imal edildikleri üçüncü kişilere ait fabrika, imalathane gibi yerlerde de test edilmesi imkanı getirilmiştir²⁶⁸. (Eski) Kırmızı Kitap m.37.1'e göre "*Kontrolluk veya yetkilendireceği herhangi bir şahıs, işyerine ve malzemelerin veya demirbaşların işler için yapılmakta, imal edilmekte ya da hazırlanmakta olduğu tüm atölye ve mahallere makul olan her vakit girebilir; yüklenici bu girme yetkisinin elde edilebilmesinde her türlü kolaylığı ve yardımı sağlar.*". Ayrıca (Eski) Kırmızı Kitap m.37.2'te de aynı husus dile getirilmiştir. Buna göre "*Kontrolluk, sözleşmeye göre temin edilecek malzemeleri ve demirbaşları yapım, imal ve hazırlama sırasında muayene ve test edebilir. Bu malzeme veya demirbaşlar, yüklenicinininkilerden başka atölye ve mahallerde yapılmakta, imal edilmekte veya hazırlanmakta ise kontrollüğün bu atölye ve mahallerdeki muayene ve testleri yürütebilmesi için gerekli izini yüklenici alır. Bu gibi muayene ve testler yükleniciyi sözleşmeden doğan hiçbir yükümden kurtarmaz.*". İş sahası dışında, malzeme ve demirbaşların imalatının yapıldığı üçüncü kişilerin imalat yerinde test yapılmasını sağlamak için gerekli kolaylık ve yardımın gösterilmesi müteahhide yüklenmiştir.

Testin tarihi ve yeri (Eski) Kırmızı Kitap m.37.3'te düzenlenmiştir. Buna göre "*Yüklenici, sözleşmede öngörüldüğü üzere temin edilen malzemelerin veya demirbaşların muayene ya da test zamanı ve yeri konusunda kontrolluk ile mutabakata varır. Kontrolluk, muayene ve test uygulama niyetini en az 24 saat öncesinden yükleniciye bildirir. Kontrolluk veya yetkili vekili mutabık kalınan tarihte hazır bulunmazsa yüklenici, kontrollukça tersine bir talimat verilmemişse, testleri uygular ve bu testler kontrollüğün*

²⁶⁷ (Eski) Kırmızı Kitap m.37.5 uyarınca mühendis malzeme ve demirbaşların test edilmesini bağımsız bir uzmana devretme yetkisine sahiptir. Buradaki bağımsız uzman, mühendisin yardımcısı gibi görülmektedir. Bağımsız uzman, atanmasından en az 14 gün öncesine kadar mühendis tarafından müteahhide bildirilir.

²⁶⁸ TÜREGÜN: İnşaat Sözleşmesi, s.264.

huzurunda yapılmış sayılır. Test sonrasında, yüklenici, test okumalarının usulu dairesinde tasdik edilmiş kopyalarını derhal kontrolluğa gönderir. Kontrollük, testlerde hazır bulunmamışsa, bu okumaları doğru kabul eder.” Test tarihi ve yeri müteahhit ile mühendis arasında kararlaştırılır. Ancak mühendisin test tarihini, testi uygulama tarihinden en az 24 saat önce müteahhide bildirmesi gerekir. Eğer belirlenen test tarihinde mühendis ya da görevlendireceği kişi test yerinde bulunmazsa müteahhit testleri kendisi de yapabilir. Ancak mühendis bu durumun aksini içeren bir talimat da verme yetkisine sahiptir. Mühendis ya da görevlendireceği kişinin huzurunda yapılmamış bu testler, mühendisin huzurunda yapılmış gibi işlem görür. Ancak müteahhidin söz konusu testleri ve test sonuçlarını içeren bir raporu mühendise göndermesi gerekir.

Malzeme ve demirbaşların testlerinin bedellerinin ödenmesi hususunda da müteahhidin bazı yükümlülükleri bulunur. (Eski) Kırmızı Kitap m.36.3 uyarınca sözleşmede açık bir biçimde belirtilmesi halinde test bedellerini müteahhit öder. Bunun dışında mühendisin yaptırdığı testlerden sonra, onaydan geçirilmiş olan malzemenin değiştirilmesi mühendis tarafından istenmesi halinde, yeniden yapılacak olan test bedellerinden iş sahibi sorumlu olur²⁶⁹. Ayrıca (Eski) Kırmızı Kitap m.36.4’e göre öngörülme testler, sözleşmede açıkça tanımlamaları yapılmamış testler ile öngörülse dahi mühendisin talimatı ile iş sahası dışında ya da imalat yerinde bağımsız uzmana yaptırılan testlerin bedelinden yine iş sahibi sorumlu olur. Yapılan testler sonucunda malzeme ve demirbaşın kalitesinin sözleşmede belirtilen kaliteye ve mühendisin talimatlarına aykırı olması halinde ise yapılan tüm testlerin bedelleri müteahhit tarafından ödenir.

(Yeni) Kırmızı Kitap’ta malzemelerin testleri daha basit bir biçimde düzenlenmiştir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.7.4 malzemelerin testlerinin nerede, kimin tarafından ve ne zaman yapılacağını, test masraflarının kime ait olduğunu tek bir hüküm içinde düzenlemiştir. Söz konusu madde uyarınca,

“Bu madde tamamlama testlerinden (Varsa) çok, sözleşmede bulunan tüm testlere uygulanacaktır.

²⁶⁹ TÜREGÜN: İnşaat Sözleşmesi, s.263.

Müteahhit belirtilen testleri etkin bir biçimde yürütebilmek için gerekli olan tüm aparat, yardım, doküman ve diğer bilgiler, elektrik, ekipman, yakıt, tükenir mallar, araç-gereç, iş gücü, malzeme ile uygun kalifiyede ve deneyimli kadroyu sağlayacaktır. Müteahhit herhangi bir demirbaş, malzeme ve diğer iş bölümlerinin test edilmesi için belirlenen yer ve zaman konusunda mühendis ile uzlaşacaktır.

Mühendis m.13 altında belirlenmiş olan testlerin detaylarını ya da yerini değiştirebilir, ya da müteahhide ilave testler yapmasını söyleyebilir. Eğer bu değiştirilmiş ve ilave testler, test edilmiş demirbaş, malzeme ve işçiliğin sözleşmeye uygun olmadığını gösterirse, bu değişikliklerin maliyeti müteahhit tarafında karşılanacaktır.

Mühendis testlere katılma isteğini teste başlama zamanından en az 24 saat önce müteahhide bildirecektir. Eğer mühendis uzlaşılan yer ve zamanda gelmezse müteahhit, aksi mühendis tarafından belirtilmedikçe, testleri sürdürecektir.

Eğer müteahhit bu gecikmelere katlanıyorsa ve/veya bu şartlara uyması masrafları üstlenmesine yol açıyorsa ya da bunlar iş sahibinin gecikmesinden kaynaklanıyorsa, müteahhit mühendise m.20.1'e göre bildirimde bulunarak,

(a) Eğer bir gecikme söz konusu olursa, m.8.4'e uygun olarak bu gecikmeden dolayı sürenin uzatılmasını,

(b) Sözleşme bedeline dahil edilecek olan, bu maliyetin ödenmesi ile makul bir kâr isteyebilecektir.

Mühendis bu bildirim aldıktan sonra m.3.5'e uygun olarak hareket edecektir.

Müteahhit test raporlarını derhal mühendise iletacaktır. Test raporlarının gönderilmesinden sonra mühendis müteahhidin test sertifikasını onaylayacak ya da bu yönde ona bir sertifika çıkaracaktır. Mühendis testlere katılmamışsa, raporların doğruluğunu kabul etmiş sayılacaktır.”

Testler konusunda (Yeni) Kırmızı Kitap ile getirilen yeni düzenlemeler arasında testlerin yapılması sırasında mühendis tarafından gecikmesi ya da bu gecikmeye iş sahibinin neden olması durumunda, müteahhidin mühendise bildirimde bulunarak birtakım taleplerde bulunabileceği yer alır. Buna göre (Yeni) Kırmızı Kitap m.20.1 uyarınca müteahhit mühendise 28 gün içinde bildirimde bulunarak, kendisinden kaynaklanmayan testlerdeki gecikmelerden dolayı (Yeni) Kırmızı Kitap m.8.4'e uygun

olarak çalışmaların süresinin uzatılmasını, gecikmelerden kaynaklanacak masrafların sözleşme bedeline eklenmesini ve bunun yanında makul bir kârı talep etme hakkına sahip olur. Mühendis müteahhit tarafından yapılan bildirimden sonra (Yeni) Kırmızı Kitap m.3.5'e göre öncelikle tarafları uzlaştırmaya çalışır, uzlaşma söz konusu olmaz ise sözleşme ile ilgili tüm şartları göz önüne alarak adil bir karar verir.

ccc. Malzeme ve Demirbaşların Reddedilmesi

Malzeme ve demirbaşların yapılan testler sonucunda sözleşmede belirtilen kaliteye ve mühendisin talimatlarına uygun olması durumunda müteahhit söz konusu malzeme ve demirbaşları inşa eserinin yapımında kullanabilmektedir. Malzeme ve demirbaşların testler sonucunda ayıplı çıkması durumunda iş sahibinin malzeme ve demirbaşı reddetme hakkı²⁷⁰, müteahhidin ise ayıpları giderme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. (Eski) Kırmızı Kitap m.37.4'te yer alan düzenleme uyarınca *“Malzemeler ve demirbaşlar, m.37.3'e göre mutabık kalınan zamanda ve yerde muayene veya test için hazır değilse ya da kontrollük, iş bu maddede değinilen muayene veya testin sonucu olarak, malzemelerin ve demirbaşların kusurlu olduğunu yahut sözleşmeye uygun olmadığını tespit ederse, söz konusu malzemeleri veya demirbaşları reddedebilir ve durumu derhal yükleniciye bildirir. Bu bildiriye kontrollüğün itirazları nedenleriyle birlikte belirtilir. Bunun üzerinde yüklenici derhal kusurları giderir veya reddedilen malzemelerin veya demirbaşların sözleşmeye uygun olmasını sağlar. Kontrollük istediği takdirde, reddedilen malzemelerin veya demirbaşların testleri aynı şart ve koşullarda yapılır veya yinelenir. Testlerin yinelenmesi dolayısıyla işverenin katlandığı masraflar, işveren ve yüklenici ile danışmalardan sonra kontrollükçe tespit edilir ve işveren tarafından yükleniciden tahsil edilebileceği gibi yükleniciye hak olan veya olacak paralardan da kesilebilir; kontrollük bu durumu yükleniciye bildirerek bir kopyasını işverene iletir.”*

Malzeme ve demirbaşların mühendis tarafından reddedilmesi iki nedene dayanabilir. Bunlardan ilki test yapılacak olan malzeme ve demirbaşların kararlaştırılan yer ve zamanda hazır bulundurulmamasıdır. Mühendisin ya da görevlendireceği kişinin teste katılmaması durumunda testi kabul ettiği sonucu ortaya çıkarken, malzeme ve

²⁷⁰ BUNNI: s.232.

demirbaşın testin yapılacağı yer ve zamanda hazır bulundurulmaması halinde malzeme ve demirbaşın reddedilmesi durumu söz konusu olmaktadır. Malzeme ve demirbaşın mühendis tarafından reddedilebilmesi için ikinci neden ise malzeme ve demirbaşın test sonucunda ayıplı ya da sözleşmeye uygun olmadığına anlaşılmasıdır. Malzeme ve demirbaşlarda ortaya çıkabilecek herhangi ayıp ya da sözleşmeye aykırılık durumunda mühendis bunları reddetmektedir.

Mühendis söz konusu ret durumunu nedenleriyle birlikte müteahhide bildirmek zorundadır. Müteahhit söz konusu bildirim aldıktan sonra malzeme ve demirbaşların ayıplarını gidererek sözleşmeye uygun hale getirmekle yükümlüdür. Mühendis istediği takdirde testleri yeniden yaptırma hakkına sahiptir. Yeniden yapılacak olan testlerin masrafları müteahhide ait olur.

(Yeni) Kırmızı Kitap'ta da malzeme ve demirbaşların test sonucunda reddine ilişkin düzenleme yer almıştır. (Yeni) Kırmızı Kitap m.7.5 uyarınca,

“Eğer bir inceleme, test ya da ölçüm sonucunda demirbaş ve malzemeler kusurlu ya da sözleşmeye aykırı ise mühendis nedenlerini de ortaya koyarak demirbaş ve malzemeyi reddedebilir. Bunun üzerine müteahhit malzeme ve demirbaşların kusurlarını gidererek sözleşmeye uygun hale getirmek zorundadır.

Mühendis testlerin yenilenmesini isterse, aynı koşullar altında testler yenilenir. Malzeme ve demirbaşların reddedilmesi veya testlerin yenilenmesi işverene ilave masraf getirirse müteahhit, bu masrafları işverene ödemek zorundadır.”

(Yeni) Kırmızı Kitap'ta teste tabi tutulacak olan malzeme ve demirbaşın kararlaştırılan yer ve zamanda hazır bulundurulmaması, malzeme ve demirbaşın reddedilmesi nedenleri arasında yer alır. Ayrıca testlerin yenilenmesinde sadece ek masraflardan doğan sorumluluk müteahhide yüklenir. (Eski) Kırmızı Kitap'ta ise mühendis, iş sahibi ve müteahhitle görüşükten sonra testlerin yenilenmesi ile ilgili masrafları hesaplamakta ve bunun tamamını müteahhide yüklemektedir.

Mühendisin malzeme ve demirbaşları reddetmesi sadece testler sonucunda değil, işlerin yapımı sırasında da söz konusu olabilir. (Eski) Kırmızı Kitap m.39.1 sözleşmeye uygun olmayan malzeme ve demirbaşın sökülüp uzaklaştırılmasını ve müteahhidin yerlerine sözleşmeye uygun malzeme ve demirbaş getirmesini düzenlemiştir. Buna göre,

“Kontrolluk, işlerin seyri sırasında zaman zaman şu konularda yazılı emir verme yetkisine sahiptir:

(a) Sözleşmeye uygun bulmadığı malzemeleri veya demirbaşların ilgili talimatta belirlenecek süre veya süreler içinde işyerinden uzaklaştırılması,

(b) Bunların yerine uygun malzemelerin veya demirbaşların getirilmesi, ve

(c) Daha önce test edilmiş veya hakedişe alınmış olsun olmasın,

(i) Malzeme, demirbaş veya işçilik, yahut

(ii) Yüklenicinin temin ettiği veya sorumlu olduğu proje

bakımından sözleşmeye uygun bulmadığı işlerin sökülüp yeniden uygun şekilde yapılması.”.

Mühendis inşa eserinin yapımı sırasında sözleşmeye uygun bulmadığı malzeme ve demirbaşların inşa eserinden sökülerek uzaklaştırılmasını ve sözleşmeye uygun malzeme ve demirbaşların getirilmesini talimatla isteme yetkisine sahiptir²⁷¹. Müteahhide de bu talimata uyma konusunda yükümlülük getirilmiştir. Müteahhidin mühendis tarafından verilen talimata uymaması durumu ve bunun sonuçları (Eski) Kırmızı Kitap m.39.2’te düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca *“Yüklenici tarafından yukarıda değinilen talimata, süresi içinde, süre yoksa, makul bir süre içinde uyulmaması halinde, işveren söz konusu talimatın yerine getirilmesi için başkalarını çalıştırma ve gerekli harcamaları yapma hakkına sahip olup bununla ilgili tüm masraflar, işveren ve yüklenici ile gerekli danışmalardan sonra kontrolluk tarafından tespit edilir; bu masraflar işverence yükleniciden tahsil edilebileceği gibi yükleniciye hak olan veya olacak paralardan da kesilebilir; kontrolluk durumu yükleniciye bildirerek bir kopyasını işverene iletir.”.* Müteahhit, mühendisin sözleşmeye uygun olmayan malzeme ve demirbaşların sökülerek uzaklaştırılması ve yerlerine sözleşmeye uygun malzeme getirmesine ilişkin verdiği talimatı süre verilmişse süresi içinde, süre verilmemişse makul bir süre içinde yerine getirmese mühendisin talimatının yerine getirilmesi için iş sahibinin üçüncü kişileri çalıştırmaktan doğan masraflardan sorumlu olur.

²⁷¹ BUNNI: s.232; TÜREGÜN: İnşaat Sözleşmesi, s.49.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.7.6 ile (Eski) Kırmızı Kitap'ta yer alan karmaşık düzenleme ortadan kaldırılmış ve sadece mühendisin makul bir süre takdir etmesi getirilmiştir²⁷². Buna göre,

“Daha önce yapılan testleri dikkate almaksızın mühendis müteahhide şu talimatları verebilir:

(a) Sözleşmeye uygun olmayan herhangi bir malzeme ya da demirbaşın sökülerek yenisinin getirilmesi,

(b) Sözleşmeye uygun olmayan herhangi bir işi kaldırıp yeniden yapmak,

(c) Kazadan ya da öngörülemeyen bir nedenden ötürü işlerin güvenliği için gerekli olan herhangi bir işin acil olarak yapılması.

Müteahhit talimatta belirtilecek olan makul bir süre içerisinde ya da (c) bendinde belirtilen durumda talimatlara uyacaktır. Müteahhit talimatlara uymaz ise, iş sahibi işlerin yürütülmesi için başka kişileri çalıştırma hakkına sahip olacaktır. Müteahhidin iş için ödeme yapması durumu haricinde, bu durumdan kaynaklanan masraflar müteahhit tarafından iş sahibine ödenecektir.”.

dd. Malzeme ve Demirbaşların Taşınması

Malzeme ve demirbaşları temin eden kimse bunlara ait olan taşıma masraflarını da ödemekle yükümlüdür. (Eski) Kırmızı Kitap malzeme ve demirbaşları temin etme yükümlülüğünü müteahhide yüklediği için malzeme ve demirbaşların taşınmasına ait masraflar da müteahhide ait olur. Taşıma masraflarının yanında malzeme ve demirbaşın taşınması sırasında verilen zararlardan kimin sorumlu olduğunun da belirlenmesi gerekir. (Eski) Kırmızı Kitap m.30.3 ayrıntılı bir biçimde malzeme ve demirbaşın taşınmasında verilen zararlardan kimin sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Söz konusu madde uyarınca *“Malzemelerin veya demirbaşların taşınması dolayısıyla, işyeri ile bağlantılı veya işyerine ulaşan güzergahlardaki herhangi bir köprüye veya yola bir hasar gelmesi halinde yüklenici, söz konusu hasardan haberdar olur olmaz veya hak talebinde bulunmaya mezun bir makamdan herhangi bir hak talebi tebliğ alır almaz, m.30.1'e*

²⁷² TÜREGÜN: İnşaat Sözleşmesi, s.50.

bakmaksızın, durumu kontrolluğa bildirerek bir kopyasını işverene iletir. Herhangi bir kanun veya düzenlemeye göre, yollardan sorumlu makamı hasara karşı tazmin etmesi gereken, söz konusu malzemeleri veya demirbaşları taşıyan ise, o zaman bunlarla ilgili bedelleri, harçları ve masrafları ödemekle işveren yükümlü olmaz. Bunun dışındaki durumlarda işveren, bu gibi hak talepleriyle ilgili anlaşmazlığı halledip gerekli bedelleri öder ve bu hususla ilgili her türlü talep, takibat, tazminat, bedel, harç ve masraflara karşı yükleniciyi tazmin eder. Şu şartla ki; bu gibi bir talep veya bu talebin bir kısmı, kontrolluğun indinde, yüklenicinin m.30.1'den doğan yükümlülüklerine uygun hareket edip yerine getirmedeki bir kusurundan kaynaklanıyor ise, o zaman, kontrolluğun işveren ve yüklenici ile gerekli danışmalardan sonra yüklenicinin kusuruna denk bir şekilde belirleyeceği miktar işverence yükleniciden tahsil edilebilir veya yükleniciye hak olan veya olacak paralardan kesilebilir; kontrolluk da bu durumu yükleniciye bildirerek bir kopyasını işverene iletir. Ayrıca şu şartla ki; işveren, her ne zaman bir anlaşmazlığın halli görüşülecek ise bunu yükleniciye bildirir ve -yüklenicinin ödemesi gereken bir para var ise- söz konusu anlaşmazlığın halli üzerinde bir mutabakata varılmadan önce yükleniciye danışır.”.

(Eski) Kırmızı Kitap m.30.3 ile getirilen düzenleme karmaşık gibi gözükmesine karşın basit bir yapıya sahiptir. Müteahhit, malzeme ve demirbaşların taşınması sırasında yollara ya da köprülere zarar verilmesi halinde, zararı öğrendiğinde ya da zararın tazmin edilmesini içeren bir talep aldığı anda durumu derhal mühendise bildirir. Ayrıca mühendise gönderilen bildirim bir örneği iş sahibine gönderilir. Yol ve köprülere verilen hasarlardan kanunen malzeme ve demirbaşı taşıyan sorumlu ise müteahhit zararı tazmin etme borcu altına doğrudan girmektedir. Kanunî bir düzenleme söz konusu değilse iş sahibi verilen zararları tazmin eder. Yani iş sahibi zararlardan bizzat sorumlu olur. Ancak verilen zarar müteahhidin (Eski) Kırmızı Kitap m.30.1'te yer alan sorumluluğunu kusurlu bir biçimde ihlal edilmesinden kaynaklanıyor ise müteahhit zararları tazmin borcu altına girer.

(Yeni) Kırmızı Kitap'ta malzeme ve demirbaşların taşınması sırasında yol ve köprülere verilecek zararlardan sorumluluk araç-gereçlerin taşınmasındaki gibidir²⁷³.

²⁷³ Bkz. s.114-115.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.4.15 malzeme ve demirbaşların taşınması sırasında yol ve köprülere verilecek zararlardan müteahhidi sorumlu tutmaktadır. Bu hükmün yanında (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.16 müteahhide yeni birtakım yükümlülükler de getirmiştir. Buna göre,

“Özel hükümlerde aksi belirtilmedikçe:

(a) Müteahhit, mühendise demirbaş ya da önem arz eden diğer şeylerin iş sahasına getirilmesinden en 21 gün öncesine kadar bildirimde bulunacaktır;

(b) Müteahhit çalışmalar için gerekli olan tüm şeylerin paketlenmesi, yüklenmesi, nakledilmesi, boşaltılması, depolanması ve korunmasından sorumlu olacaktır, ve

(c) Müteahhit, taşımadan doğabilecek tüm zarar ve masrafları (Yasal ücretler ve masraflar dahil) ödemek ve iş sahibini tazmin etmek zorundadır.”.

D. Müteahhidin Sadakat ve Özen Gösterme Borcu

a. Genel Olarak

Müteahhit ile iş sahibinin arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanan özen gösterme ve sadakat borcu müteahhidin en önemli borçları arasında yer alır. Sadakat²⁷⁴ ve özen borcu birbirine sıkı sıkıya bağlı olup, özen borcu sadakat borcunun sonucunu oluşturur. Bu iki borcun ayrı ayrı düşünülmesi söz konusu değildir. Sözleşmenin amacına ulaşılması için tarafların borçlarını özenle yerine getirip birbirlerinin menfaatini koruması gerekir.

Müteahhit inşa eserini meydana getirirken makul ve dürüst bir müteahhitten beklenen dikkat ve özeni göstermek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak zorundadır²⁷⁵. Müteahhit iş sahibi ve mühendisin inşa eserinin yapımı ile ilgili vermiş olduğu talimatlara sadık kalarak uymakla yükümlüdür. Ayrıca iş sahibinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermektten özenle kaçınmak zorundadır. Müteahhit inşaatın

²⁷⁴ “Sadakat borcu, iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapma ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak borcu anlamını taşır.” Yargıtay 13.HD. 05/04/1994 t. , 1993/131E. ve 1993/2741K. (Kazancı İçtihat Programı).

²⁷⁵ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.73-74; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.51; SELİÇİ: s.86.

yapımı, araç-gereçler ile malzemenin kullanımı vb. konularında bilinen teknik kuralları uygulamalıdır. Bilinen teknik kurallar, bilimsel alanda teorik yönden doğruluğu kabul edilen ve uzman meslek adamlarının çoğu tarafından benimsenip uygulanan kurallar ile meslek odaları tarafından yayımlanan kurallardan oluşmaktadır²⁷⁶. Müşavir ve mühendis meslek odalarının üst kuruluşu olan FIDIC tarafından yayımlanan ve sözleşmelere konulan kurallar da bilinen teknik kurallar arasında yer almaktadır.

Müteahhidin inşa eserini ayıpsız ve eksiksiz bir biçimde meydana getirip teslim etmesinde sadakat ve özen borcu önem taşır. Bu husus dikkate alınarak FIDIC Kırmızı Kitaplar'ın çeşitli hükümlerinde müteahhidin sadakat ve özen borcuna ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

b. Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcunun Başlıca Görünüm Biçimleri

aa. İnşaat İşlerinin Sözleşme Hükümlerine Uygun Yürütülmesi

Müteahhit inşa eserini meydana getirirken sözleşme hükümlerinde yer alan hususlara ve mühendisin talimatlarına dikkat etmek ve uymak zorundadır. Müteahhidin buradaki özen yükümlülüğü inşa eserinin yapımından önce başlamaktadır. Müteahhit inşa eserinin yapımına başlamadan önce iş sahasını gözden geçirmelidir. (Eski) Kırmızı Kitap m.11.1/2 müteahhidin iş sahası ile ilgili hangi hususlara dikkat etmesi gerektiğini düzenlemiştir. Buna göre,

“Yüklenici, teklifini sunmadan önce, işyerini ve çevresini, bunlarla ilgili eldeki bilgileri görüp tetkik etmiş, ve

(a) İşyerinin şekline ve mahiyetine, bu arada zemin koşullarına,

(b) Hidrolojik ve iklimsel koşullara,

(c) İşlerin gerçekleştirilip tamamlanarak kusurlarının giderilmesi için gerekli çalışmanın ve malzemenin kapsamına ve mahiyetine,

(d) İşyerine ulaşmak ve yiyecek/yatacak için gereken olanaklara

²⁷⁶ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.74-75.

İlişkin hususlarda (maliyet ve zaman bakımından, mümkün olduğunca) tatmin olmuş, teklifini etkileyebilecek riskler, olağanüstü durumlar ve diğer her türlü durumla ilgili olan ve yukarıdaki şartlara tabi, gerekli her türlü bilgiyi almış sayılır.”.

Müteahhit inşa eserinin yapımına başlamadan önce iş sahasının durumunu gözden geçirmelidir. Müteahhit öncelikle uzman kişi olarak inşa eserinin yapılacağı zeminin yeterli koşulları taşıyıp taşımadığına bakmalıdır. İş sahasında hakim olan iklimsel koşulları, inşa eseri için gerekli olacak malzeme ile araç-gereçlerin neler olacağını belirlemek durumundadır. Ayrıca işlerin yapımında görevlendirilecek personelin ulaşım, barınma ve gıda gibi ihtiyaçlarının da nasıl karşılanacağını belirlemelidir. Bunları yapmayı ihmal eden müteahhit, inşa eserinin yapımından önceki özen borcuna aykırı hareket etmiş olur.

(Yeni) Kırmızı Kitap'ta da müteahhidin inşa eserinin yapımına başlamadan önceki özen borcuna ilişkin düzenleme yer almaktadır. (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.10/2 müteahhidin inşa eserinin yapımına başlamadan önce iş sahasında nelere dikkat etmesi gerektiğini düzenlemiştir. Söz konusu fıkra uyarınca,

“Uygulama ölçüleri içinde (Maliyet ve süre hesaplanarak), müteahhit, çalışmaları ve teklifini etkileyebilecek olan riskler, olağanüstü durumlar ve diğer şartlar hakkında gereken tüm bilgileri temin etmiş olmalıdır. Aynı ölçülerle, müteahhit, ilgili konular hakkında, teklifini sunmadan önce, aşağıdaki konularla ilgili iş sahası ve çevresi hakkında incelemede bulunmuş ve gereken bilgileri temin etmiş sayılacaktır:

(a) Zemin durumu dahil olmak üzere iş sahasının durumu ve özelliği,

(b) Hidrolojik ve iklimsel şartlar,

(c) İşin tamamlanması ve eksikliklerinin giderilmesi için gereken malzemeler ile işin özelliği ve ölçüsü,

(d) Kanunlar, prosedürler ile ülkenin çalışma uygulamaları, ve

(e) Müteahhidin ulaşım, personel, güç, su, araç-gereç bina ve diğer gereksinimleri.”.

(Yeni) Kırmızı Kitap (Eski) Kırmızı Kitap'ın iş sahasında gözetilmesi gereken hususlarına ek olarak iş sahasının bulunduğu ülkenin kanunî durumu, çalışmalar için

gerekecek hukukî prosedürler ile çalışma uygulamalarının durumunun da müteahhit tarafından araştırılması gerektiğine yer vermiştir.

Müteahhidin özen yükümlülüğü sadece işin başında iş sahasının araştırılması ve gereken tedbirlerin alınmasından ibaret değildir. Müteahhit inşa eserinin yapımının başlamasından tamamlanıp teslim edilmesine kadar özenli bir biçimde hareket etmek zorundadır. Müteahhidin yükümlüklerini genel biçimde düzenleyen (Eski) Kırmızı Kitap m.8.1'in getirdiği *“Yüklenici, işleri, gerekli özen ve çaba ile (sözleşmede öngörülen kapsamda) projelendirir, gerçekleştirir, tamamlar ve sözleşme hükümleri uyarınca kusurlarını giderir...”* şeklindeki düzenleme ile müteahhit sözleşmeye uygun olarak projeyi yaparken, inşa eserini meydana getirirken ve ayıplarını giderirken gerekli özen ve ihtimamı göstermekle yükümlü tutulmuştur²⁷⁷. Ayrıca (Eski) Kırmızı Kitap m.13.1 ile müteahhidin işlerini sözleşmeye uygun yürütmesine ilişkin birtakım özen yükümlülükleri getirilmiştir. Getirilen düzenleme uyarınca *“Yüklenici, yasal ve fiziksel koşullar engellemedikçe, işleri, sözleşmeye, kontrolluğu tatmin edici bir uygunlukta gerçekleştirip tamamlar ve kusurlarını giderir. Yüklenici, sözleşmede geçsin geçmesin yahut işlerle ilgili olsun olmasın, her konuda, kontrollüğün talimatlarına kesinlikle uyar. Yüklenici, talimatları, yalnızca kontrolluktan ya da 2.madde hükümlerine bağlı olarak kontrollük vekilinden alır.”*

Müteahhit, işleri sözleşme ve mühendisin talimatlarına uygun şekilde yürütmek zorundadır. Bu durumun iki istisnası bulunur. Bunlardan ilki fizikî, ikincisi ise hukukî engellerdir. Fizikî engele örnek, doğa olaylarından kaynaklanan engeller (Heyelan, deprem gibi) ile iklimsel engellerdir. Hukukî engeller bakımından ise inşa eserinin imar bakımından getirilen kurallara uygunluğunu örnek olarak vermek mümkündür. Bu iki istisnaî durum dışında müteahhit inşa eserinin sözleşmeye ve mühendisin talimatlarına uygun olmasına özen göstermek durumundadır. Müteahhit, getirilen bu özen borcunun bir sonucu olarak talimatları sadece mühendis ya da mühendis vekilinden alır. Bunun dışında iş sahibinden talimat alınması söz konusu değildir.

(Yeni) Kırmızı Kitap da inşa eserinin yapımı sırasında müteahhidin özenli bir biçimde hareket etmesini düzenlemiştir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.1'in getirdiği

²⁷⁷ AKINCI: s.34.

“Müteahhit, mühendisin talimatları ve sözleşme hükümlerine uygun olarak işleri projelendirecek, tamamlayacak ve meydana gelebilecek kusurları giderecektir...” şeklindeki düzenleme (Eski) Kırmızı Kitap m.8.1 ile getirilen düzenlemenin aynısıdır. Ayrıca (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.7/1 ile inşa eserinin sözleşmeye ve mühendisin talimatlarına uygun olması gerektiği bir kez daha vurgulanmıştır. Söz konusu fıkra uyarınca *“Müteahhit, sözleşmede belirtilen ve mühendisin belirttiği şekilde işe başlayacaktır. Müteahhit inşa eserinin bölümlerinin doğru bir biçimde yapılmasından sorumlu olacak ve ortaya çıkabilecek herhangi bir kusuru düzeltecektir.”*

Müteahhit inşa eserinin yapımında olduğu kadar mühendisin talimatlarının uygulanması bakımından da özenli davranmak zorundadır. (Yeni) Kırmızı Kitap m.3.3/1 uyarınca *“Mühendis (herhangi bir zamanda) sözleşmeye uygun olarak işin tamamlanması ve kusurların giderilmesi için gerekli olan talimatlar yayımlayabilir. Müteahhit talimatları sadece mühendisten ya da mühendisin görevlendireceği kişiden alacaktır...”*. Müteahhidin inşa eserini özenli bir biçimde meydana getirmesi ile mühendisin talimatlarına uyma konusunda özen göstermesi arasında sıkı bir bağ vardır. Bu iki özen borcundan birinin ihlali diğerinin de ihlali anlamına gelir.

bb. Müteahhidin Koruma Yükümlülükleri

Müteahhit inşa eserini meydana getirirken iş sahası ve çevrenin korunmasına, güvenliğinin sağlanmasına, iş sahasında ve çevrede bulunan kişilerin çalışmalardan kaynaklanacak olumsuz faktörlerden etkilenmesinin önlenmesine özen gösterme borcu altındadır. (Eski) Kırmızı Kitap m.19.1 çevrenin güvenliği ve korunması yönünden müteahhide bazı yükümlülükler getirmiştir. Buna göre,

“Yüklenici, işleri gerçekleştirip tamamlayarak kusurlarını giderdiği bütün süre boyunca:

(a) İşyerinde bulunmaya mezun her şahsın emniyetine özen gösterir, (kontrolü altında olduğu ölçüde) işyerini ve (henüz tamamlanmamış ve işverence işgal edilmemiş) işleri, bu şahısları tehlikelerden esirgeyecek, düzenli bir şekilde muhafaza eder,

(b) İşlerin korunması veya halkın yahut diğer şahısların emniyeti ve rahatlığı için, her türlü ışığı, korkuluğu, çiti, uyarı sinyalinin ve nöbetçiyi, masrafını kendi

karşılıyarak, gereken veya kontrollukça yahut ilgili bir makamca gerekli görülen her yerde ve her vakit temin ve muhafaza eder.

(c) İşyeri içindeki ve dışındaki çevreyi koruyacak, kişileri veya kamu yahut üçüncü şahıs mülkünü, uyguladığı yapım yöntemlerinden doğan kirlenme, gürültü ve diğer sebeplerin sonucu olan zarar veya tacizden esirgeyecek her türlü makul tedbiri alır.”.

İş sahasında bulunma yetkisine sahip olan kişilerin güvenli ve sağlıklı bir biçimde çalışabilmesi için müteahhit iş sahasında tehlike arz edebilecek unsurları bertaraf etmek ve buna özen göstermek zorundadır. (Eski) Kırmızı Kitap m.16.1 uyarınca müteahhit, işlerin yapımında görev alacak personelin vasıflı ve tecrübeli olmasını sağlamakla yükümlüdür. Buna karşın sadece personelin vasıflı ve tecrübeli olması müteahhidi koruma yükümlülüğünden kurtarmamaktadır. Personel ne kadar vasıflı ve tecrübeli olursa olsun, iş sahasında tehlike yaratabilecek unsurları ortadan kaldırmak ve sağlıklı bir çalışma ortamı yaratmak müteahhidin özen yükümlülüğünün bir parçasını oluşturur.

Müteahhit iş sahasında bulunan personelinin yanında, iş sahası çevresinde bulunan kişilerin zarar görmesini önleyici tedbirleri de almak zorundadır. Bunun için gerekli uyarıcı işaretler ile personel müteahhit tarafından masrafi karşılanarak sağlanır. Ayrıca iş sahası dışında bulunan yerleşim yerlerindeki halkın gürültü, toz, duman gibi olumsuzlulardan etkilenmesini önlemeye yönelik tedbirleri de almak müteahhidin yükümlülükleri arasında yer almaktadır.

(Eski) Kırmızı Kitap m.29.1 ile de müteahhidin inşa eserinin yapımı dolayısıyla çevre halkının korunmasına özen göstermeye yönelik düzenleme getirilmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrası uyarınca,

“İşlerin gerçekleştirilip tamamlanması ve kusurlarının giderilmesi için gerekli tüm çalışmalar, sözleşmenin gereklerine uyma zorunluluğunun elverdiği ölçüde,

(a) Halkın rahatına, veya

(b) İşverenin ya da başka bir şahsın kullanımında olsun olmasın, mülklere giden veya mülklerin kamusal veya özel yollarının ulaşılmasına, kullanılmasına ve işgal edilmesine,

Gereksiz ve usulsüz olarak müdahale etmeyecek şekilde yürütülür.”.

Müteahhit, iş sahasındaki faaliyetler ile iş sahasına ulaşan yollarla ilgili yapacağı düzenlemelerde ilgili bütün güvenlik kurallarına uymalıdır. Aksi sözleşmede belirtilmediği sürece müteahhit işlerle ilgili güvenlik önlemlerini almak (Aydınlatma, koruma görevlisi, çitle çevirme gibi) zorundadır. Ayrıca komşu arazi sahiplerinin ve burada oturanların ve kamunun kullanması için gerekli yolları yapmak ve koruyucu önlemleri almak durumundadır²⁷⁸.

(Yeni) Kırmızı Kitap müteahhidin koruma yükümlülüklerini daha basit ve sade bir biçimde düzenlemiştir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.4.8 müteahhidin korumaya ilişkin yükümlülüklerini sayarak bunlara özen gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre,

“Müteahhit:

(a) Tüm uygun güvenlik kurallarına uyacak,

(b) İş sahasında bulunan tüm kişilerin güvenliğine dikkat edecek,

(c) Bu kişilerin tehlikeden kaçınması için gereksiz tüm durumların ortadan kaldırılması için çaba gösterecek,

(d) Çevrede bulunan halkın ve arazi sahiplerinin korunması ve işin tamamlanabilmesi için gerekli olan geçici çalışmaları (Çitler, koruma görevlisi, araçlar için yol şeritleri ve yaya geçitleri dahil) sağlayacaktır.”

(Yeni) Kırmızı Kitap ile iş sahasında güvenliği sağlanacak olan kimseler sadece iş sahasında bulunmaya yetkili kişilerle sınırlandırılmamış, iş sahasında bulunan herkes müteahhidin sağladığı korumadan faydalanmıştır. Kapsama ilişkin husus dışında korumaya ilişkin özen yükümlülükleri (Yeni) Kırmızı Kitap'ta aynen korunmuştur.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.4.14, (Eski) Kırmızı Kitap m.29.1 ile getirilen düzenlemeyi daha basit bir şekilde ifade ederek aynen korumuştur. Birinci fıkra uyarınca,

“Müteahhit gereksiz ve uygunsuz olarak şunlara müdahalede bulunmayacaktır:

(a) İnsanların rahatlığına, ve

(b) İş sahibinin ya da başkasının mülkiyetinde olmasına bakılmaksızın tüm yolların, patikaların kullanımına.”

²⁷⁸ BİLGİN: s.16.

cc. Müteahhidin Kanun ve Diğer Hukukî Düzenlemelere Uyması

Müteahhit inşa eserinin yapımı esnasında herhangi bir hukuk kuralına aykırılık sebebiyle hukukî veya cezaî açıdan sorumlu olmamak için gereken özeni göstermek zorundadır²⁷⁹. Bunun için de iş sahasının bulunduğu ülkenin kanunlarına ve diğer hukukî düzenlemelerine aykırılıktan kaçınmalı ve bu düzenlemelere uygun hareket etmelidir. (Eski) Kırmızı Kitap m.26.1 müteahhidin kanunlara ve diğer hukukî düzenlemelere uyması ve zen göstermesine yönelik hüküm içermektedir. Buna göre,

“Yüklenici,

(a) İşlerin gerçekleştirilip tamamlanması ve kusurların giderilmesi ile ilgili, ulusal veya bölgesel tüm kanun, kararname ve tebliğlere yerel veya diğer yasal makamların karar ve düzenlemelerine ve

(b) Mülkleri veya hakları işler dolayısıyla etkilenen veya etkilenebilecek tüm kamu kuruluşları ile şirketlerin tüzük ve yönetmeliklerinin hükümlerine,

tüm bildirilerin verilmesi ve tüm harçların ödenmesi de dahil, her bakımdan uygun hareket eder, ve yine yüklenici, bu gibi hükümlerin ihlal edilmesinden ortaya çıkabilecek her türlü ceza ve sorumluluğa karşı işvereni masun tutar. Her zaman şu şartla ki; işverenin, işlerin yürütülebilmesi için gerekli her türlü imar planı, kuşaklama planı ve diğer benzeri izinleri temin etmekten sorumlu olup yükleniciyi m.22.3 gereğince temin ve tazmin eder.”.

Müteahhit, iş sahasının bulunduğu ülkedeki hukukî düzenlemelerin ihlalinden dolayı hem hukukî hem de cezaî açıdan sorumludur. Ancak bunun bir istisnası söz konusudur. Buna göre iş sahibi, iş sahasının bulunduğu ülkenin yetkili makamlarından bazı izinleri almak zorundadır. İmar, yapı izni gibi kanunî bazı olurların alınmamasından kaynaklanacak sorumluluk iş sahibine aittir ve bununla ilgili her türlü talep iş sahibi tarafından karşılanır.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.4.13'te de müteahhidin iş sahasının bulunduğu ülkedeki yasalara uymaya zen göstermesini düzenlenmiştir. *“Kanunlara uygunluk”* başlıklı madde uyarınca,

²⁷⁹ AKINCI: s.35.

“Müteahhit, sözleşmenin uygulanmasında kanunlara uygun hareket edecektir. Özel şartlarda aksi düzenlenmedikçe:

(a) İş sahibi, şartnamede belirtilen kalıcı işler için gerekli planlama, imar ve benzeri izinleri almış olacaktır (ya da alacaktır). İş sahibi izinleri alamaması halinde müteahhidin zararını karşılayacaktır, ve

(b) Müteahhit, işin tamamlanması ve kusurların giderilmesi ile ilgili olarak kanunların öngördüğü biçimde vergileri ödeyecek, tüm izinleri, onayları ve lisansları alacak ve tüm bildirimleri yapacaktır. Müteahhit bunları yapamaması durumunda iş sahibinin zararını karşılayacaktır.”

(Yeni) Kırmızı Kitap ile getirilen düzenleme ile aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça müteahhit, inşa eserinin yapımı ile ilgili vergileri ödemekle, izin ve onayları almakla ve bildirimlerde bulunmakla yükümlü tutulmaktadır. Bu yükümlülüklerin herhangi birinin ihlali halinde sorumluluk müteahhitte ait olur. Ancak (Eski) Kırmızı Kitap'tan farklı olarak taraflara, söz konusu durumun aksini sözleşme ile kararlaştırabilme imkanı getirilmiştir.

dd. Müteahhidin Kendisine Verilen Çizim ve Dokümanları Kullanması ve Geri Vermesi

Müteahhit iş sahibi ya da mühendis tarafından kendisine verilen veya işin görülmesi sırasında öğrenmiş olduğu bilgileri, çizimleri, dokümanları üçüncü kişilere açıklamaktan veya başka amaçlarla kullanmaktan dikkatli bir biçimde kaçınmak zorundadır²⁸⁰. (Eski) Kırmızı Kitap m.6.1/1 müteahhidin çizim ve dokümanlar konusunda göstermesi gereken özen yükümlülüğünü düzenlemiştir. Buna göre “Çizimler yalnızca kontrollüğün gözetiminde kalır; ancak ikişer kopyaları bedelsiz olarak yükleniciye verilir. Yüklenici daha fazla kopya isterse bedelini kendi karşılar. İşverence veya konrollukça verilen çizimler ile teknik şartname ve diğer dokümanlar, yüklenici tarafından kontrollüğün oluru alınmadan kullanılamaz, üçüncü şahıslara iletilemez. Yüklenici, sözleşmeye göre kendisine verilen tüm çizimler ile teknik şartnameyi ve diğer

²⁸⁰ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.77.

dokümanları kesin kabul belgesinin düzenlenmesi üzerine kontrolluğa geri verir.”. Müteahhit mühendis tarafından izin verilmedikçe iş sahibinden ya da mühendisten almış olduğu proje gibi çizimleri ve şartname gibi dokümanları kullanamamaktadır²⁸¹. Müteahhit bu tür şeyleri kullanamadığı gibi üçüncü kişilere de verememektedir. Müteahhit inşa eserini meydana getirip teslim ettikten sonra iş sahibinden inşa eserinin ayıpsız ve eksiksiz bir biçimde kabul ettiğini gösterir kesin kabul belgesini alırken elinde bulunan tüm çizimleri ve dokümanları geri vermekle yükümlüdür.

(Yeni) Kırmızı Kitap'ta da çizimler ve dokümanlar konusunda müteahhidin özen borcu düzenlenmiştir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.1.11 uyarınca *“İş sahibi kendisi tarafından (ya da kendi adına) yapılan şartname, çizim ve diğer dokümanları elinde bulundurmak hakkına sahiptir. Müteahhit, masrafını kendisi karşılamak kaydıyla çizim, şartname ve diğer dokümanları sözleşmenin amacına uygun olarak çoğaltabilir ve kullanabilir. İş sahibinin rızası olmadıkça müteahhit çizim, şartname ve diğer dokümanları kullanamaz ve üçüncü kişilere veremez.”.*

Müteahhidin iş sahibi ya da mühendisten temin ettiği çizim ve dokümanları sözleşmenin amacına uygun olarak kullanma ve üçüncü kişilere verme yasağı özen ve sadakat yükümlülüğünün bir arada değerlendirilmesi gerekliliğinin en önemli örneğini oluşturur. Müteahhit inşa işi dolayısıyla edinmiş olduğu bilgileri, sırları, kararları, çizim ve dokümanları sözleşmenin amacına uygun olarak kullanılmalıdır. Söz konusu bilgi, çizim ve dokümanları başka bir inşaat işinde kullanmamalı ve buna özen göstermelidir. Bunun yanında müteahhit yaptığı iş nedeniyle iş sahibi hakkında birçok bilgi ve sırrı öğrenmekte, iş sahibinin çizim ve dokümanlarını kullanmaktadır. Müteahhidin iş sahibinin menfaatlerini koruması anlamına gelen sadakat borcunun bir sonucu olarak da bu tür bilgi, sır, çizim, doküman ve hatta know-how müteahhit tarafından üçüncü kişilere ifşa edilmemelidir. Müteahhit üzerine düşen sadakat yükümlülüğünü de özenli bir biçimde yerine getirmekle yükümlüdür.

²⁸¹ BUNNI: s.137.

c. Mütcahhidin Sadakat ve Özen Borcuna Aykırı Davranışının Sonuçları

Mütcahhidin özen borcunun gereklerini yerine getirememesi, inşaatta ayıp ve eksiklik biçiminde ortaya çıkması halinde öncelikle mütcahhide bunları düzeltmesi için makul bir süre verilmektedir. Makul sürenin sonunda inşa eseri sözleşmeye uygun hale getirilmemişse sözleşme iş sahibi tarafından feshedilmektedir. (Eski) Kırmızı Kitap m.63.1/1'in (d) bendinde *“Konrolluğun daha önceki yazılı uyarılarına karşın, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmeyi ısrarla ve bilerek sürdürmekteyse,...”* ifadesi mütcahhidin özen borcuna aykırı hareket etmesi halinde iş sahibinin sözleşmeyi feshetme yetkisine sahip olduğunu göstermektedir.

(Yeni) Kırmızı Kitap'ta da mütcahhidin özen borcuna aykırı davranması halinde iş sahibi sözleşmeyi feshetme yetkisine sahiptir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.15.1 ile mütcahhit yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse veya sözleşme uygun olarak yapmazsa, mühendis mütcahhide ihbarda bulunarak belirteceği makul süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmesini ve ayıplarını gidermesini isteyebilmektedir. Mütcahhit mühendis tarafından verilen makul süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmez ve ayıpları gidermezse iş sahibi (Yeni) Kırmızı Kitap m.15.2 uyarınca sözleşmeyi feshetme yetkisine sahip olmaktadır²⁸².

E. Mütcahhidin Sigorta Yaptırma Borcu

a. Genel Olarak

Yapımında birçok araç-gerecin ve malzemenin kullanıldığı, personelin çalıştığı inşaat işleri özünde birtakım rizikoları da içerir. Bu rizikolar doğa olaylarından ya da insan faktöründen kaynaklanabilir. Bu rizikoların ortaya çıkması mütcahhide finansal açıdan oldukça güç durumlara düşürmektedir. Özellikle büyük çaptaki inşaat işlerinin yapımı maddî açıdan büyük olanakların varlığını gerektirir. İnşaat işlerinin finansman boyutunun ortaya çıkabilecek rizikolar karşısında korunmasını sağlamak amacıyla FIDIC Kırmızı Kitaplar mütcahhide birtakım sigorta yükümlülükleri getirmiştir. Bu sigorta yükümlülükleri arasında araç-gerecin, malzemenin, demirbaşın, yapılan işlerin, personelin

²⁸² BİLGEN: s.34-35.

ve işlerden zarar görebilecek üçüncü kişilerin sigortalanması yer alır. Müteahhide bazı sigortaları yaptırma yükümlülüklerinin getirilmesi ile rizikoların ortaya çıkması durumunda inşaat işlerinin yarıda kalması engellenmekte ve iş sahibinin menfaatini oluşturan inşa eserinin ayıpsız ve eksiksiz bir biçimde bitirilip teslim edilmesi sağlanmaktadır.

b. Araç-Gerecin, Malzemenin, Demirbaşın ve Yapılan İşlerin Sigortalanması (İnşaat Sigortası)

aa. Kapsamı

Müteahhit inşa eserinin yapımında kullanacağı araç-gereçleri, malzemeleri ve yaptığı işleri sigortalamakla yükümlüdür. İnşaat sigortası olarak da adlandırılan bu sigorta ile sigorta konusunu oluşturan değerler, sigorta teminat süresi içinde inşaat sahasında bulunduğu sırada ve inşaat süresince bazı istisnalar dışında, önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple herhangi bir zarar ve hasara uğraması durumu teminat altına alınır. Yapılacak olan bu sigorta ile inşa eserinin yapımında kullanılacak malzemenin ve araç-gerecin iş sahasına getirilmesi ve kullanılmasından itibaren meydana gelebilecek rizikoların neden olabileceği zararlara karşı himaye sağlanması amaçlanmıştır. İnşaatlarda meydana gelebilecek rizikoların sigorta sözleşmesinin konusunu teşkil eden inşa eseri ile araç-gereçler ve malzemelerde oluşturacağı hasarları sigorta himayesi altına alma amacı güden bu sigorta²⁸³ ile müteahhidin taahhüt ettiği işi başarılı bir biçimde meydana getirilip tamamlayacağı ise garanti edilmemektedir.

(Eski) Kırmızı Kitap m.21.1 müteahhidin yapılan işler, araç-gereç, malzeme ve demirbaşlar bakımından sigorta himayesinden hangi ölçüde yararlanacağını ve sigorta bedelinin ne kadar olacağını düzenlemiştir. Buna göre,

“Yüklenici, kendisinin veya işverenin m.20’den doğan yükümlülük ve sorumluluklarını sınırlamaksızın,

²⁸³ GÜRER, E.Erhan: İnşaat Sektöründeki Riskler Korunma Seçenekleri ve İnşaat Sigortaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1997, s.116.

(a) İşleri ve işlere dahil edilecek malzemeler ile demirbaşları, tam yenileme bedeli üzerinden,

(b) İşlerin herhangi bir kısmının yıkılıp kaldırılması ve diğer her türlü molozun kaldırılma bedeli ile mesleki ücretler de dahil olmak üzere zarar veya ziyanın giderilmesi için gerekli ek bedelleri karşılamak üzere, (a) bendindeki tam yenileme bedelinin yüzde 15'i kadarlık veya iş bu idari şartnamenin 2. kısmında belirlenecek ek bir tutar,

(c) Yüklenici tarafından işyerine getirilen yüklenici donanımı ile diğer şeyleri, işyerinde yenilenebilmelerine yetecek bir tutar üzerinden sigortalar.”.

Müteahhidin yapılan işleri, araç-gereci ve malzemeleri sigortalatması bazı sorumluluk ve yükümlülüklerden kurtulmasını sağlamamaktadır. Öncelikle (Eski) Kırmızı Kitap m.20.1 uyarınca müteahhit malzemeler, demirbaşlar ve yapılan işler bakımından geçici kabul belgesinin düzenlenmesi ve sorumluluğun iş sahibine geçmesine kadar sorumlu olmaktadır. Ayrıca müteahhit sorumlu olduğu dönemde malzemelerin, demirbaşların ve yapılan işlerin zarara uğraması halinde (m.20.4'te belirtilen nedenlerin dışında) masraflarını kendisi karşılayarak zararı giderme sorumluluğu altında bulunmaktadır. Müteahhidin bakım ve zarardan kaynaklanan sorumlulukları sigorta sözleşmesinin yapılması ile sona ermemekte ve sınırlanmamaktadır. Malzeme, araç-gereç, demirbaş ve yapılan işler sigorta kapsamında olsa dahi müteahhidin bunlara ilişkin bakım ve koruma yükümlülüğü devam etmektedir.

Sigortacının sorumlu olacağı sigorta bedelleri (Eski) Kırmızı Kitap m.21.1'de açık bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre malzemeler, araç-gereçler, demirbaşlar ile yapılan işler rizikonun gerçekleşmesi halinde yenilenmelerini karşılayacak bedel üzerinden sigortalanır. Yapılan işlerin, rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle kısmen veya tamamen yıkılması durumunda ortaya çıkan molozların kaldırılması ve burada çalıştırılacak personelin ücretlerinin karşılanması için yapılan iş bedelinin %115'i oranında bir himayenin getirilmesi gerekir. İlave oran olan %15, molozların kaldırılmasında harcanacak kısım için sigorta bedeli olarak ödenir²⁸⁴.

²⁸⁴ BUNNI: s.252-253.

Malzemeler, demirbaşlar, araç-gereçler ve yapılan işler için yapılacak olan sigortanın hangi kapsamda ve sürede himaye sağlayacağı (Eski) Kırmızı Kitap m.21.2’de düzenlenmiştir. Buna göre,

“Yukarıdaki m.21.1 (a) ve (b) bentlerindeki sigortalar yüklenici ile işverenin ortak adlarına yaptırılır, ve

(a) İşyerinde çalışmaların başlamasından işlerle veya duruma göre işlerin bir bölümü ya da kısmı ile ilgili geçici kabul belgesinin düzenlendiği tarihe kadar, m.21.4’te belirtilenler dışında sebeplerle ortaya çıkabilecek her türlü zarar veya ziyana karşı işveren ile yükleniciyi,

(b) (i) Kesin kabul dönemi boyunca, bu dönemin başlamasından önce vuku bulan bir sebepten kaynaklanan zarar ve hasar ile

(ii)Yüklenicinin, m.49 ve 50’den doğan yükümlerine uymak amacıyla yürüttüğü çalışmalar sırasında yol açtığı zarar veya zıyan ile ilgili yükümlülüğüne karşı yükleniciyi güvence altına alır.”.

Müteahhit araç-gereçler için yaptıracığı sigorta haricinde yaptıracığı sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren kısmında kendisini ve iş sahibini göstermelidir. Bu durumda malzemeler, demirbaşlar ve yapılan işlerin sigorta sözleşmesinde belirtilen rizikonun gerçekleşmesi nedeniyle zarara uğraması halinde sigorta bedelini iş sahibi müteahhit ile birlikte talep etme hakkına sahip olmaktadır.

Sigorta himayesi iş sahasında çalışmaların başlaması ile başlamakta, işlerin tamamı ya da bir bölümü için geçici kabul belgesinin düzenlenmesi tarihine kadar hem iş sahibine hem de müteahhide sağlamaktadır. Ayrıca kesin kabul döneminde de ortaya çıkabilecek olan zararlar sigorta himayesine dahil olmakta ve sigortacı tarafından tazmin edilmektedir.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.18.2’te malzemelerin, demirbaşların, araç-gereçlerin ve yapılan işlerin sigortalanması ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Müteahhit malzemeleri, demirbaşları, araç-gereçleri ve yapılan işleri her türlü zarara karşı sigortalamak zorundadır. Söz konusu sigorta malzeme, demirbaş ve yapılan işler bakımından (Kâr da dahil olmak üzere) tam olarak yenileme maliyetinin altında olmayacağı gibi, gerekli yıkım ve hafriyat masraflarını kapsamalıdır. Araç-gereçler bakımından ise (İş sahasında teslim de dahil olmak üzere) tam yenileme bedelinden daha

az bir sigorta bedeli olmamalıdır²⁸⁵. Ayrıca sigorta sözleşmesi, araç-gereçler bakımından iş sahasına getirilmesi, iş sahasında ve yakınında bulunduğu dönemler bakımından sigorta kapsamında olmasını sağlayacak özellik taşınmalıdır.

bb. İstisnalar

(Eski) Kırmızı Kitap bazı durumlarda meydana gelecek zararın sigorta kapsamında değerlendirilemeyeceği ve sigortacı tarafından tazminin söz konusu olmayacağını düzenlemiştir. (Eski) Kırmızı Kitap m.21.4'te “İstisnalar” başlığı altındaki düzenleme uyarınca,

“Yukarıdaki m.21.1’eki sigortaların,

(a) Savaş, (savaş ilan edilmiş olsun olmasın) çarpışma, istila, dış düşman hareketleri,

(b) İsyân, ihtilal, ayaklanma, askeri veya gaspçı iktidar, yahut iç savaş,

(c) Nükleer yakıtlardan kaynaklanan veya nükleer yakıtların, toksik radyoaktif patlayıcıların yakılmasıyla ortaya çıkan nükleer atıklardan yahut bunların patlayıcı nükleer bileşimlerinin veya bileşenlerinin tehlikeli diğer özelliklerinden doğan iyonlaştırıcı radyasyon veya radyoaktivite zehirlenmesi veya

(d) Ses hızında veya ses ötesi hızda yol alan uçakların yahut diğer hava aygıtlarının yol açtığı basınç dalgaları,

sonucu ortaya çıkan zarar veya ziyânı kapsamaması şartı söz konusu değildir.”.

Malzemelerin, demirbaşların, araç-gereçlerin ve yapılan işlerin zarar görmesi yukarıda sayılan sebeplerden dolayı gerçekleşmesi halinde, sigortacı meydana gelecek zararı tazmin etmemektedir.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.17.3'te iş sahibinin üstlenmesi gereken rizikolar düzenlenmiş ve bu maddede yer alan sebepler dışındaki her türü sebepten meydana gelebilecek zararların tazmin edileceğine yer verilmiştir. Söz konusu madde ile istisnanın kapsamı genişletilmiştir. Buna göre (Eski) Kırmızı Kitap m.21.1'de sayılan sebeplerin

²⁸⁵ BİLGEN: s.38.

yanında, sözleşmede belirtilen durumlar dışında iş sahibinin işin herhangi bir bölümünü kullanmasından doğacak zararlar ile herhangi bir tecrübeli müteahhidin önlem almasının beklenmediği ve öngörülmeven doğa olaylarının vermiş olduğu zararlar sigorta sözleşmesi kapsamında tazmin edilmemektedir. (Yeni) Kırmızı Kitap bir yandan istisna kapsamını genişletmekle diğer yandan başkaldırma ve kargaşalar bakımından sınırlamalar getirmektedir. Buna göre müteahhidin ya da alt müteahhitlerinin çalışanlarının sadece işin yönetimi ile ilgili olan başkaldırma ve kargaşalarının neden olduğu zararlar sigortanın kapsamında yer alacak ve sigortacı tarafından tazmin edilmektedir.

c. Malî Mesuliyet Sigortası

Sigorta ettirenin üçüncü kişilere verebileceği zararların giderilmesinde sigorta ettirenin malvarlığının azalmasının önlenmesi amacını güden malî mesuliyet sigortası ile hem sigorta ettiren korunmakta hem de sigorta ettirenin eyleminden dolayı zarara uğrayan üçüncü kişilerin zararları giderilmektedir²⁸⁶. (Eski) Kırmızı Kitap m.23.1 yapılan işler dolayısıyla üçüncü kişilerin zarar görme rizikosuna karşılık malî mesuliyet sigortası yapılmasını öngörmüştür. Buna göre “Yüklenici, m.22 dolayısıyla kendisine ve işverene düşen yükümler ile sorumluları sınırlamaksızın, m.22.2’nin (a), (b) ve (c) bentlerinde tanımlanan istisnalar hariç olmak üzere, sözleşmenin yerine getirilmesi sırasında (m.24’te öngörülenler dışındaki) herhangi bir şahsa gelebilecek ölüm veya yaralanma ile (işler dışındaki) herhangi bir mala gelebilecek zarar veya hasara ilişkin sorumluluklarına karşı, yüklenici ile işverenin ortak adlarına sigorta yaptırır.”.

Getirilen düzenleme ile hem malvarlığına hem de beden bütünlüğüne ilişkin zararlara karşı sigorta teminatı getirilmiştir. Yapılacak olan sigortada hem iş sahibi hem de müteahhit sigorta ettiren kısmında yer alır. Sigorta bedelinin (Yeni) Kırmızı Kitap m.23.2 uyarınca en az müteahhidin iş sahibine inşaat sözleşmesi imzalanmadan önce sunduğu teklif ekinde belirttiği miktar kadar olması gerekir²⁸⁷.

²⁸⁶ ULAŞ, Işıl: Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara, 2005, s.635-636.

²⁸⁷ BUNNI: s.260.

(Eski) Kırmızı Kitap m.22.1 müteahhidin işlerin gerçekleştirilmesi sırasında üçüncü kişilerin malına ve beden bütünlüğüne verilen zararlarından sorumlu olacağını düzenlemiştir. (Eski) Kırmızı Kitap m.22.2’te ise iş sahibinin üçüncü kişilerin mal ve beden bütünlüğüne verilen hangi zararlardan sorumlu olacağı yer almıştır. Müteahhit yaptıracığı malî mesuliyet sigortası ile m.22.1’de belirtilen sorumluluklarını azaltamamaktadır. Böylece müteahhit tarafından yaptırılacak malî mesuliyet sigortasının kapsamına m.22.1’in girdiğini söylemek mümkündür. Buna göre müteahhit işler dolayısıyla cana gelebilecek ölüm ve yaralanmalar ile mala gelebilecek zararlara karşı malî mesuliyet sigortası yaptırır.

(Yeni) Kırmızı Kitap’ta da müteahhidin yapılan işler dolayısıyla üçüncü kişilerin malvarlığına ve beden bütünlüğüne zarar vermesi rizikosuna karşılık malî mesuliyet sigortası yaptırma yükümlülüğü yer almıştır. (Yeni) Kırmızı Kitap m.18.3 uyarınca müteahhit, sözleşmenin yerine getirilmesi ile ilgili olarak personelin uğrayacağı kaza ve yaralanmalar hariç olmak üzere, meydana gelebilecek zarar, ölüm, yaralanmalar için iş sahibinin ve müteahhidin sigorta ettiren olarak yer alacakları malî mesuliyet sigortası yaptırmak durumundadır. (Eski) Kırmızı Kitap’ta olduğu gibi sigorta bedelinin müteahhit tarafından iş sahibine inşaat sözleşmesi için verilen teklif ekinde belirtilen miktardan az olmaması gerekir.

d. Müteahhidin Personelinin Uğrayacağı Kaza ve Yaralanmalara Karşı Sigorta Yaptırması

Müteahhit inşa eserinin yapımında görev alan personelin çalışmalar sırasında meydana gelecek kazalar sonucu oluşacak ölüm ya da yaralanmalarından dolayı (Eski) Kırmızı Kitap m.24.1 uyarınca her türlü tazminat ile bunlarla ilgili her türlü talep, bedel, harç ve masraflardan sorumlu olmaktadır. Bunun tek istisnası iş sahibinin kusurunun olmasıdır. Buna göre iş sahibi, kendisinin ya da temsilcisinin herhangi bir kusurlu davranışının müteahhidin personelinin ölümüne ya da yaralanmasına yol açması halinde ödenecek olan tazminat ve diğer masraflardan sorumlu olmaktadır²⁸⁸.

²⁸⁸ BUNNI: s.261.

(Eski) Kırmızı Kitap m.24.2 müteahhide personelinin uğrayacağı kazalar sonucunda ölmesi ya da yaralanması durumunda üstleneceği tazminat ve diğer masrafları ödeme yükümlülüğünü teminat altına alma imkanı sağlamıştır. Personel için yapılacak kaza sigortasını düzenleyen hüküm uyarınca *“Yüklenici bu tür yükümlere karşı sigorta yaptırır ve işlere ilgili olarak eleman çalıştırdığı süre boyunca bu sigortayı sürdürür. Şu şartla ki; yüklenicinin, taşeronların çalıştırdığı şahıslar için, işbu fıkrafta az önce belirtildiği şekilde sigorta yaptırma yükümü, ilgili taşeronun bu gibi şahıslara ilişkin yüküme karşı, işverenin poliçeyle temin ve tazmin edilmesini sağlayan bir sigorta yaptırması halinde yerine getirilmiş olur; yüklenici ise taşerondan, gerektiğinde, söz konusu sigorta poliçesini ve cari priminin ödendiğini gösteren makbuzu işverene ibraz etmesini ister.”*

Müteahhit yanında çalıştırdığı personelinin çalışmalardan kaynaklanacak kaza ve yaralanmalarına karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Kaza ve yaralanmalar için yapılacak sigortanın priminin, personelin bordrosu temel alınarak belirlenmesi gerekir. Eğer alt müteahhitler tarafından çalıştırılan personelin çalışmalar dolayısıyla uğrayacağı kaza ve yaralanmaların iş sahibi tarafından tazmin edileceğinin öngörüldüğü bir sigorta sözleşmesi alt müteahhit tarafından yapılırsa, müteahhit kaza ve yaralanmalara ilişkin sigorta yaptırma yükümünü yerine getirmiş olur. Müteahhit alt müteahhit tarafından söz konusu sigortanın yapıldığından emin olmak için alt müteahhitten sigorta poliçesi ile primlerin ödendiğini gösteren makbuzları iş sahibine vermesini isteyebilir²⁸⁹.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.18.4’te müteahhidin personelinin kaza ve yaralanmalarına karşı sigortalanmasını düzenlemiştir. (Eski) Kırmızı Kitap’tan farklı olarak ölüm ve yaralanmaların yanında çalışmalar dolayısıyla personelin maruz kalacağı hastalıklar da sigorta kapsamında yer almıştır. Meslek hastalığı olarak da adlandırılabilen bu tür hastalıklar kazalardan farklı olarak kendisini hemen hissettirmemektedir. Uzun bir dönemde belirtilerini gösteren meslek hastalıklarının da sigorta kapsamına dahil edilmesi oldukça olumludur. Çünkü bu tür hastalıklar da çalışmalar sonucunda oluşmakta ve personelin ya hiç çalışmamasına ya da ciddi bir işgücü kaybına uğramasına neden olmaktadır.

²⁸⁹ BUNNI: s.261.

e. Müteahhidin Sigorta Yaptırırken Yerine Getirmesi Gerekenler

FIDIC Kırmızı Kitaplar inşaatın yapımının devamlılığını sağlamak amacıyla çeşitli konularda sigorta yapılması zorunluluğu getirmiştir. Bunlar arasında malzeme, araç-gereç, demirbaş ve yapılan işin sigortalanması, üçüncü kişilerin ve çalıştırılan personelin iş dolayısıyla uğrayacağı zarara ilişkin sigorta yer alır. Bu sigortaların tamamında uyulması gereken genel yükümlülükler FIDIC Kırmızı Kitaplar'da ayrı biçimde düzenlenmiştir. Müteahhit her bir sigorta sözleşmesini yaparken bu genel yükümllklere de uymak zorundadır.

(Eski) Kırmızı Kitap m.25.1 sigorta sözleşmesinin nasıl yapılacağını ve iş sahibi ile mühendise hangi belgelerin ibraz edilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Düzenleme uyarınca müteahhit iş sahasında çalışmaya başlamadan önce sigorta sözleşmesini yaptığını kanıtlayan belgeleri (Sözleşme gibi) iş sahibine vermek zorundadır. İşe başlama tarihinden sonraki 84 gün içinde de sigorta poliçesinin iş sahibine ulaştırılması gerekir. İş sahibine verilen belgelerden mühendisin de bilgi sahibi olması sağlanır. Sigorta sözleşmesi ve poliçesinde yer alacak olan hükümlerin iş sahibinin inşaat sözleşmesi ile ilgili olan kabul mektubunda yer alan genel şartlara uygun olması gerekir²⁹⁰. Bunlar arasında müteahhidin iş sahibi tarafından onaylanan sigortacılarla ve şartlarla sigorta sözleşmesi yapması zorunluluğu yer alır.

(Yeni) Kırmızı Kitap uyarınca müteahhit işe başlama tarihinden itibaren teklif ekinde belirtilen süre içinde iş sahibine sigorta sözleşmesinin yapıldığına dair belgeleri ve sigorta poliçesinin bir örneğini verir. (Eski) Kitap'tan farklı olarak 84 günlük süre burada öngörülmemiş, tarafların süreyi kendi aralarında kararlaştırmasına imkan tanınmıştır. Ancak bu sürenin başlangıcı her iki Kırmızı Kitap'ta da işe başlama tarihi olarak belirlenmiştir. Müteahhit sigorta sözleşmesinin yapıldığına dair belgelerin yanında ödediğı primlerin makbuzlarını da iş sahibine iletmek zorundadır. Belgeler ile makbuzların iş sahibine verildiğinin müteahhit tarafından mühendise bildirilmesi de gerekir²⁹¹. Müteahhit (Eski) Kırmızı Kitap'ta olduğı gibi iş sahibi tarafından onaylanan sigortacılar ile iş sahibinin onayladığı şartlarda sigorta sözleşmesi yapar.

²⁹⁰ BUNNI: s.262-263.

²⁹¹ BUNNI: s.533.

(Eski) Kırmızı Kitap m.25.2’de “*Sigortaların uygunluğu*” başlığı altında inşa eserinde meydana gelebilecek değişiklik durumunda sigorta sözleşmesinin durumu düzenlenmiştir. Müteahhit sigorta sözleşmesini yaptıktan sonra inşa işinin niteliği ve kapsamı ile iş programında değişiklik olması halinde durumu sigortacıya bildirerek sigortaların, inşaat sözleşmesi şartlarına uygun hale getirilmesini sağlar. Bunun yapılmaması durumunda sigortacı rizikonun gerçekleşmesi ile sigorta bedeli ödeme yükümlülüğünden kurtulur²⁹². (Yeni) Kırmızı Kitap m.18.1/8’da yer alan düzenleme ile müteahhit (ve duruma göre iş sahibi) sigorta sözleşmesinde yazılı koşullara uyar. Müteahhit iş sahibinin onayını almadan sigorta sözleşmesinin herhangi bir koşulunda değişiklik yapmaz. Sigortacı değişiklik yaparsa ya da yapmayı düşünüyorsa müteahhit durumu derhal iş sahibine bildirir.

Sigorta sözleşmelerinden kaynaklanacak yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden doğacak borçlardan (Eski) Kırmızı Kitap m.25.4 uyarınca müteahhit ve iş sahibi müteselsilen sorumludur²⁹³. (Yeni) Kırmızı Kitap’ta ise iş sahibi ve müteahhidin sigorta sözleşmesinden kaynaklanacak borçlardan dolayı müteselsilen sorumlu olduğunu gösteren herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

F. Müteahhidin İnşaa Eserinin Yapımına Zamanında Başlama, Devam Etme ve Bitirme Borcu

a. Genel Olarak

Müteahhidin inşaat sözleşmesi ile üstlenmiş olduğu temel borç inşa eserinin meydana getirilip teslim edilmesidir. İş sahibi için inşa eserinin meydana getirilip teslim edilmesi yanında işlerin sözleşmede belirtilen süre içinde yapılması da önem taşır. İnşaa eserinin sözleşmede belirtilen süre içinde meydana getirilip teslim edilmesi ile iş sahibi inşa eserini kullanmaya başlar. Süre konusu iş sahibinin yanında müteahhit açısından da önemlidir. Müteahhit işlerini süresi içinde bitirerek hak edişlerini zamanında alabilmekte ve gecikme dolayısıyla kira, faiz gibi masraflardan da kurtulmaktadır. Bu açıdan inşa

²⁹² BUNNI: s.263.

²⁹³ BUNNI: s.263.

eserinin zamanında meydana getirilip teslim edilmesinde hem iş sahibinin hem de müteahhidin menfaati bulunur.

b. Müteahhidin İş Programı Hazırlaması

aa. İş Programının Hazırlanması

Müteahhit inşa eserini meydana getirirken sözleşmede belirtilen tarihte işlere başlamalı ve sözleşmede kararlaştırılan sürede içinde de işlerini tamamlamalıdır. Bunların yapılması, çalışmaların belirli bir iş program dahilinde yürütülmesine bağlıdır. İş programının yapılması müteahhide işlerini düzen içinde yürütmesine yardımcı olacağı gibi iş sahibine ve mühendise de inşa eserinin yapımını takip edebilme imkanı verir. (Eski) Kırmızı Kitap m.14.1 müteahhidin inşa eserinin yapımı ile ilgili iş programını hazırlayarak mühendisin onayına sunmasını düzenlemiştir. Buna göre *“Yüklenici, kontrollüğün, işlerin gerçekleştirilmesi için makul olarak öngörebileceği form ve ayrıntıdaki bir programı, iş bu idari şartnamenin II. Kısımında kabul mektubu tarihinden sonra başlayacağı belirtilen süre içinde kontrollüğün onayına sunar. Yüklenici, işlerin gerçekleştirilmesi için kabul edilmesini önerdiği düzenlemelerin ve yöntemlerin genel bir anlatımını da, bilgi için, kontrollüğün isteği üzerine sunar.”*. Müteahhit inşa eserinin yapımına başlamadan önce bir iş programı yapar. Bu iş programının içeriği müteahhit tarafından oluşturulur²⁹⁴. Müteahhit iş programını oluştururken makul, dürüst ve özenli bir müteahhit gibi hareket ederek yapılacak işlerle ilgili bilgilere yer vermelidir. Verilecek olan bu bilgilerin çok ayrıntılı olması gerekli değildir. İşlere başlama zamanı, uygulanacak yapım yöntemleri, işlerin yapımında dikkat edilecek noktalar gibi konuların iş programında yer alması yeterlidir. Müteahhit iş programını hazırladıktan sonra kabul mektubu tarihi sonrasında başlayan ve (Eski) Kırmızı Kitap’ın özel hükümler bölümünde yer alacak sürede mühendisin onayına sunulmalıdır. Mühendis onaydan önce, iş programında yer alan bilgilerin daha net ve detaylı bir biçimde açıklanmasını müteahhitten isteyebilir. Verilecek onay üzerine müteahhit iş programı dahilinde inşa eserinin yapımına başlar.

²⁹⁴ AKINCI: s.56-57.

(Yeni) Kırmızı Kitap'ta da iş programı hazırlanarak mühendisin onayına sunulması müteahhidin borçları arasında sayılmıştır. (Yeni) Kırmızı Kitap m.8.3 müteahhidin, mühendisten alacağı işe başlama talimatından itibaren 28 gün içinde bir iş programı hazırlayarak mühendisin onayına sunmasını düzenlemiştir²⁹⁵. (Eski) Kırmızı Kitap'tan farklı olarak iş programının hazırlanarak mühendisin onayına sunulması için 28 günlük süre getirilmiştir. Ayrıca (Yeni) Kırmızı Kitap iş programının hangi hususları içereceğine ayrıntılı bir biçimde yer vermiştir. Müteahhit iş programını hazırlarken projenin tüm aşamalarına, araç-gereç ve malzemelerin temin işlemleri ile iş sahasına getirilmesine, işlerin yürütülmesi ile ilgili düşünülen düzene, atanmış müteahhit tarafından yapılacak işlerden her birine, sözleşmede belirtilen testlerin zamanlaması ve sırasına yer vermelidir. Yapılacak iş programının yanında destekleyici bir iş programının yapılması da (Yeni) Kırmızı Kitap ile öngörülmüştür. Destekleyici iş programı ile müteahhit, işlerde uygulamayı düşündüğü temel metotların ve işin tamamlanmasında yer alacak aşamaların tanımını yapmalı ve personel sayısı ile malzemelerin tipi ile ilgili sayısal tahminini gösteren detayları sunmalıdır. İş programı ve destekleyici program, mühendise sunulmasından itibaren 21 gün içinde inşaat sözleşmesine aykırı bulunmaz ise, müteahhit iş programına uygun olarak inşa eserinin yapımına başlamalıdır. İş sahibi de kendi personelinin çalışmalarını planlarken iş programına dayalı olarak hareket etmelidir.

bb. İş Programının Revize Edilmesi

Müteahhit, bazı nedenlerden dolayı (Malzeme ve araç-gerecin iş sahasına geç gelmesi, grev nedeniyle işlerin aksamaya uğraması gibi) işlerin programın gerisinde kalması durumunda, iş programını revize ederek değişen şartlara uygun hale getirmek zorundadır. (Eski) Kırmızı Kitap m.14.2 revize programın nasıl hazırlanması gerektiğini düzenlemiştir. Buna göre “*Kontrolluk herhangi bir zamanda, işlerin fiili seyrinin m.14.1'e göre olur almış olan programa uygun gitmediği kanısına varırsa yüklenici, kontrollüğün isteği üzerine, işlerin, bitirme süresi içinde tamamlanmasını sağlamak için gerekli düzeltmeleri gösteren, revize edilmiş bir program sunar.*”. Mühendis, onaylanan iş programı ile işlerin ilerleme hızı arasında bir orantısızlık görmesi halinde, müteahhide

²⁹⁵ TÜREGÜN: Sertifika Programı, s.47.

iş programını revize ederek yeniden düzenlemesini içeren bir bildirimde bulunur. Müteahhit de mühendis tarafından yapılan bildirim ardından iş programını ele alıp revize etmek zorundadır. Müteahhit bu revize programı, eğer süre uzatımı verilmişse (m.44.1) bu uzayan süreyi de kullanarak, eğer işlerde gecikme var ancak süre uzatımı verilmemişse inşaat sözleşmesinde belirtilen süre içinde kalan bir revize program hazırlayarak (m.46.1) mühendise sunar²⁹⁶. Süre uzatımının verilmediği durumlarda revize program, sıkıştırılmış bir program haline gelmektedir. Sıkıştırılmış program nedeniyle ortaya çıkan araç-gereç ve personel artırımına ve maliyet artışına müteahhit katlanır.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.8.3/son'da *“Herhangi bir zamanda, mühendis programın sözleşmeye uymadığı konusunda müteahhide uyarıda bulunursa, müteahhit bu maddeye uygun olarak mühendise revize edilmiş bir program sunacaktır.”* denilmek suretiyle müteahhide, çalışmaların iş programının gerisinde kalması durumunda revize program yapması konusunda yükümlülük getirilmiştir. Revize program (Yeni) Kırmızı Kitap m.8.4'e göre süre uzatımı verilmişse bu sürenin de dahil edilmesiyle belirlenen süreyi ,süre uzatımı verilmemişse sözleşmede belirtilen süreyi içermelidir.

c. Müteahhidin İnşa Eserinin Yapımına Zamanında Başlaması

Müteahhit iş programını yaptıktan sonra programa uygun olarak belirli bir süre içinde inşa eserinin yapımına başlamak zorundadır. İş programında belirlenen sürede inşa eserinin yapımına başlanmaması inşaat sözleşmesinin ihlali anlamına gelir. Bu sürenin öneminden dolayı (Eski) Kırmızı Kitap m.41.1 inşa eserinin yapımına başlanacak sürenin nasıl belirleneceğini düzenlemiştir. Düzenleme uyarınca *“Yüklenici, işlere, kontrollüğün bu yöndeki bildirisini aldıktan sonra makul olan en kısa süre içinde başlar; bu bildiri, kabul mektubunun tarihini izleyen ve teklifin ekinde belirtilen süre içinde verilir. Yüklenici, işlere, gereken çabuklukta ve gecikmeksizin başlar.”* Müteahhidin inşa eserinin yapımına başlayabilmesi için mühendis tarafından kendisine bir bildirim yapılması gerekir. Mühendis, kabul mektubunun verildiği günden başlayacak olan, işlere başlama bildirisini müteahhide gönderir. Müteahhit söz konusu bildirim kendisine ulaşmasından sonra, makul olan en kısa sürede inşa eserinin yapımına başlar. Buradaki *“Makul olan en*

²⁹⁶ TÜREGÜN: Sertifika Programı, s.47.

kısa süre”nin, “*Mümkün olan en kısa süre*” ya da “*Derhal*” olarak anlaşılması gerekir. Çünkü inşa eserinin yapımına ne kadar erken başlanırsa, inşa eserinin tamamlanıp iş sahibine teslim edilmesi o kadar erken sürede olur. Müteahhit inşa eserinin yapımına başlarken özen borcuna uygun olarak hareket etmeli ve herhangi bir gecikmede bulunmamalıdır. Benzer inşa eserlerinin yapımındaki işlere başlama çabukluğuna uygun olarak müteahhidin inşa eserinin yapımına başlaması gerekir.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.8.1 müteahhidin inşa eserinin yapımına başlamasında uyacağı sürelerin kararlaştırılmasını inşaat sözleşmesinin taraflarına bırakmayarak kendisi düzenlemiştir. (Eski) Kırmızı Kitap’tan farklı olarak müteahhit, aksi inşaat sözleşmesinde belirtilmedikçe, kabul mektubunu aldığı tarihten itibaren 42 gün içinde inşa eserinin yapımına başlamak zorundadır. Ancak müteahhidin inşa eserinin yapımına başlayabilmesi için mühendisin bildirimde bulunması gerekir. Mühendisin kötü niyetli hareket ederek müteahhidin inşa eserinin yapımına başlamasını geciktirme olasılığına karşı (Yeni) Kırmızı Kitap bildirim verilmesinde kesin bir süre getirmiştir. Buna göre mühendis, inşa eserinin yapımına başlama tarihinden en az 7 gün önce bildirimde bulunmak zorundadır. Yani mühendisin en son müteahhidin kabul mektubunu aldığı tarihten sonraki 35. günde bildirimde bulunması gerekir. Bildirimde bulunulmaması halinde müteahhidin süre uzatımına hak kazanacağı açıktır.

d. İnşa Eseri Yapımının İş Programına Uygun Olarak Yürütülmesi

Müteahhit inşa eserinin yapımına zamanında başladıktan sonra iş programına uygun bir biçimde işleri yürütmekle yükümlüdür. İş programında belirlenen sürelerde inşa eserinin bölümlerinin yapılması gerekir. Ancak bazı durumlarda müteahhit iş programının gerisinde kalarak inşa eserinin geç tamamlanmasına neden olmaktadır. İklim şartları, iş sahasının geç teslim edilmesi gibi müteahhitten kaynaklanmayan nedenler dışında iş programının gerisinde kalınması halinde mühendis, müteahhide bildirimde bulunarak, işlerin yürütülmesindeki hızın iş programına uygun hale getirilmesini ister. (Eski) Kırmızı Kitap m.46.1’e göre müteahhit iş programında belirlenen ilerleme hızının gerisinde kalarak yavaşlarsa mühendis, durumu müteahhide bildirir. Müteahhit bunun üzerine inşa eserinin yapım hızını işlerin bitimi süresini göz önüne alarak çabuklaştırmak (Geceleri ve tatil günleri çalışılması gibi) zorundadır. Böylece inşa eserinin, belirlenen bitirme süresinde tamamlanması sağlanmakta ve inşaat sözleşmesinin ihlali önlenmiş olmaktadır.

Müteahhit, mühendisin işin hızlandırılmasına yönelik bildirimine uymayarak gerekeni yapmazsa, (Eski) Kırmızı Kitap m.63.1 uyarınca temerrüde düşer ve inşaat sözleşmesinin feshine neden olur²⁹⁷.

İş programının gerisinde kalınmasını önleyici tedbirler (Yeni) Kırmızı Kitap'ta da yer almıştır. (Yeni) Kırmızı Kitap m.8.6 uyarınca müteahhit m.8.4 belirtilen sebepler dışında (Müteahhitten kaynaklanmayan süre uzatımları) iş programının gerisinde kalırsa, mühendis müteahhitten ilerleme hızını arttırmasını da içeren bir program yaparak sunmasını ister. Müteahhit mühendisten aldığı talimat üzerine ilerleme hızını arttırarak belirlenen bitirme süresinde inşa eserini meydana getirecek bir program hazırlayarak mühendise sunmak zorundadır.

e. İnşa Eserinin Zamanında Bitirilmesi

İnşaat sözleşmelerinde inşa eserinin yapımı için genellikle bir süre öngörülür. İnşaat sözleşmesinde ya da iş programında öngörülen süre ile süre uzatımı verilen hallerde bu uzatılan süre içinde inşa eserinin tamamlanması gerekir. (Eski) Kırmızı Kitap m.43.1 inşa eserinin başlama tarihinden itibaren hangi sürede bitirilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Buna göre *“İşlerin tamamı ve söz konusu ise, teklifin ekinde belirtilen süre içinde bitirilmesi gereken herhangi bir bölümü, m.48'e uygun olarak, teklifin ekinde işlerin tamamı veya (duruma göre) o bölümü için belirtilen ve başlama tarihi itibarıyla hesaplanan süre içinde yahut m.44'e göre uzatılan süre içinde bitirilir.”*. Müteahhit inşa eserinin tamamını ya da teklif ekinde belirtilen kısmını (Eski) Kırmızı Kitap m.48'de düzenlenen geçici kabule uygun olarak belirtilen süre içinde bitirmekle yükümlüdür²⁹⁸. Müteahhitten kaynaklanmayan sebeplerden ötürü uzatılan süre içinde inşa eserinin tamamlanması halinde de süreye uyulmuş olur (m.44.1). Ancak süre uzatımının söz konusu olabilmesi için m.44.2 uyarınca müteahhidin süre uzatımına neden olan olayın ortaya çıkmasından itibaren 28 gün içinde durumu mühendise ve iş sahibine bildirmesi ve bildirimden sonraki 28 gün ya da mühendis tarafından tespit edilecek olan sürede, süre uzatımına neden olan olayla ilgili ayrıntılı bilgi vermesi gerekir. Müteahhit, bildirimde

²⁹⁷ AKINCI: s.56.

²⁹⁸ BUNNI: s.344.

bulunmaması ve ayrıntılı bilgi vermemesi halinde süre uzatımına hak kazanamamakta ve inşa eseri süresinde tamamlanamamaktadır.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.8.2 uyarınca inşa eserinin tamamı ve varsa her bir bölümü, tamamlama için öngörülen süre içinde bitirilmelidir. Tamamlamaya ilişkin testler de aynı süreler içinde olumlu sonuç vermelidir²⁹⁹. Müteahhitten kaynaklanmayan iş miktarında önemli ölçüde artışın, zorunlu nedenlerin, olumsuz iklim koşullarının, salgın hastalık ya da hükümet eylemleri gibi deneyimli müteahhit tarafından öngörülemeyen durumların ve iş sahibinin neden olduğu gecikme ve engellemelerin söz konusu olduğu durumlarda, müteahhit süre uzatımına hak kazanabilmekte ve bu uzayan süre inşa eserinin tamamlanma süresine dahil edilmektedir. (Eski) Kırmızı Kitap'ta olduğu gibi müteahhidin söz konusu durumların varlığı halinde mühendise 28 gün içinde bildirimde bulunması gerekir.

f. Gecikme Tazminatı

İş sahibi ile müteahhit inşa eserinin tamamlanarak teslim edilmesi için inşaat sözleşmesinde belirli bir tarih kararlaştırabilir. İnşaat sözleşmesinde kararlaştırılan tarihte ya da süre uzatımına hak kazanılması halinde uzatılan sürenin sonunda inşa eserinin tamamlanamaması halinde müteahhit temerrüde düşer. Müteahhit, temerrüde kusuru nedeniyle düşmesi halinde ise aynen ifa ile ödenemeyecek olan zararları karşılamakla yükümlü olur. Müteahhidin buradaki tazminat borcuna gecikme tazminatı denir³⁰⁰.

Uygulamada gecikme tazminatı ile cezaî şart kavramları birbirine karıştırılmaktadır. Cezaî şart, mevcut bir borcun ifa edilmemesi ya da eksik ifa edilmesi halinde ödenmesi gereken malî değere haiz ayrı bir edimdir³⁰¹. Cezaî şartta, gecikme

²⁹⁹ (Yeni) Kırmızı Kitap ile getirilen tamamlama testleri her iki tarafın inşaat sözleşmesinde kabul ettiği ya da iş sahibi tarafından inşa eserinin tamamının ya da bir bölümünün teslim alınmadan önce yapılan testleri ifade etmektedir. Tamamlama testleri ile iş sahibi herhangi bir kusur ya da eksikliğin inşa eserinden beklenen faydayı sağlamayı önemli ölçüde etkileyip etkilemediğini görmekte ve müteahhitten kusur ve eksikliğin giderilmesini isteme hakkına sahip olmaktadır.

³⁰⁰ ÖZ: İnşaat Sözleşmesi, s.136-138.

³⁰¹ TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul, 1963, s.6.

tazminatından farklı olarak, sözleşmenin tarafları bir araya gelerek sözleşmeye aykırılık halinde belirli bir miktar meblağın ödenmesi konusunda anlaşırlar. Bu meblağın ödenmesi için kusurlu davranmak gerekli değildir. Ayrıca sözleşmeye aykırılığın zarara sebep olması da aranmamaktadır. Sözleşmede kendisine düşen edimleri gereği gibi yerine getirmeyen taraf, kusursuz olsa ve zarar meydana gelmese dahi cezaî şart ödemekle yükümlüdür³⁰². Gecikme tazminatında ise sözleşmeye aykırı davranan kişinin, bu davranışının kusurlu olması gerekir. Kusurun varlığı gecikme tazminatının doğumu için şarttır. (Eski) Kırmızı Kitap m.47.1 gecikme tazminatının varlığını vurgulayabilmek amacıyla “*Tazminat*” kelimesinin yanına parantez içinde “*Ceza değil*” şeklinde bir ifade getirmiştir. Böylece gecikme tazminatı ile cezaî şartın farklı hukukî kurumlar olduğu gösterilmiştir.

(Eski) Kırmızı Kitap m.47.1 müteahhide inşa eserinin belirlenen ya da uzatılan sürede bitirilmemesi halinde gecikme tazminatı ödemesi yükümlülüğü getirmiştir. Buna göre inşa eserinin tamamı ya da belirli bir kısmının bitirilmesi için inşaat sözleşmesinde belirtilen süre ile teslim belgesinde belirtilen süre arasında fark olması ve bunun müteahhidin kusurundan kaynaklanması durumunda, müteahhit her geçen gün teklif ekinde belirtilen bedeli gecikme tazminatı olarak ödemektedir.

(Eski) Kırmızı Kitap m.47.1’de düzenlenen gecikme tazminatı, ifa yerine cezaî şart niteliğinde de değildir. İfa yerine cezaî şartın söz konusu olması halinde, müteahhit belirli bir bedel ödeyerek inşaat sözleşmesinden dönebilmekte ve edim yükümlülüğün kurtulabilmektedir. Burada ise müteahhit inşa eserini hiç veya gereği gibi veya belirlenen sürede yapamaması halinde iş sahibine tazminat niteliğinde bir bedel ödemektedir. Müteahhit gecikme tazminatını ödemesine karşın inşaat sözleşmesi ile üstlenmiş olduğu inşa eserini meydana getirme ve teslim etme borçlarından kurtulmamaktadır³⁰³. (Eski) Kırmızı Kitap m.47.1’in son cümlesi bu hususu dikkat almış ve “*Bu tazminatın ödenmesi ve kesilmesi, yükleniciyi, işleri bitirme vecibesinden veya sözleşmeden doğan diğer vecibelerinden veya yükümlerinden kurtarmaz.*” demek suretiyle ödenecek olan bedelin ifa yerine cezaî şart niteliğinde de olmadığını vurgulamıştır.

³⁰² Cezaî şart ile ilgili açıklamalar için bkz. s.239 vd.

³⁰³TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s.480; UÇAR, Salter: Hukukta Cezaî Şart ve Uygulaması, İstanbul, 1993, s.5 vd.

İnşa eserinin kısım kısım tamamlanarak teslim edilmesi de kararlaştırılabilir. Bu durumda gecikme tazminatının nasıl uygulanacağı sorunu ortaya çıkar. (Eski) Kırmızı Kitap m.47.2 uyarınca inşa eserinin kısım kısım tamamlanıp teslim edilmesinin kararlaştırılması halinde, inşa eserinin belirli bir kısmı için teslim belgesi verilmiş ise inşa eserinin bitirilen kısmı bitirilmeyen kısma oranlanarak, gecikme tazminatından hesaplanan oranda indirim yapılır³⁰⁴.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.8.7 müteahhidin gecikme tazminatı ödemesi borcunu düzenlemiştir. Müteahhit inşa eserini belirlenen sürede tamamlayamazsa geçici kabul belgesinde yer alan tarih ile tamamlama tarihi arasında her gün ya da günün bölümü için, iş sahibine gecikmeden dolayı, teklif ekinde belirtilen miktarı öder³⁰⁵. Gecikme tazminatı, cezaî şartın bir türü olan ifa yerine cezaî şart niteliğinde de olmadığından (Eski) Kırmızı Kitap'ta olduğu gibi müteahhit inşaat sözleşmesi ile üstlenmiş olduğu yükümlülüklerden gecikme tazminatı ödeyerek kurtulamamaktadır.

G. Müteahhidin İnşa Eserini Teslim Borcu

a. Genel Olarak

İnşaat sözleşmesinde iş sahibi inşa eseri karşılığında ücret ödeme, müteahhit de ödenecek olan ücret karşılığında iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak ölçüde sözleşmeye uygun, ayıpsız bir inşa eseri meydana getirerek iş sahibine teslim etme borcu altına girer. Müteahhidin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan esas borcu inşa eserini meydana getirmektir. Ancak müteahhidin bütün kısımlarıyla inşaat sözleşmesine göre tamamladığı inşa eserini ifa amacıyla iş sahibinin emrine vermesi ve inşa eseri üzerinde onun doğrudan zilyetliğinin sağlanması anlamına gelen teslim³⁰⁶ ile iş sahibi inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan nitelikte ve kullanım amacına uygun bir eserin meydana getirilip getirilmediğini görme imkanına sahip olmaktadır. Bu bakımdan inşa eserinin meydana getirilmesi ve teslim, tarafların sözleşmeden bekledikleri menfaatlerin bir an

³⁰⁴ AKINCI: s.58.

³⁰⁵ BİLGİN: s.25.

³⁰⁶ UÇAR, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı Teslimin Usulü ve Hukukî Sonuçları, AÜEHF'nin 10. Yılına Armağan, AÜEHFD, Cilt 5, Sayı:1-4, 2001, s.515.

önce gerçekleşmesini sağlayan, birbirlerini tamamlayan ve müteahhitçe ifası gereken iki yükümlülüktür³⁰⁷.

Müteahhidin borçları arasında yer alan teslim borcunun yanında teslim alma ve kabul kavramlarının da açıklığa kavuşturulması gerekir. Teslim ile teslim alma kavramları farklı anlamlarda olmayıp, birbiriyle bağlantılı olan kavramlardır. Müteahhidin inşa eserini teslimi, iş sahibi tarafından inşa eserinin teslim alınmasının karşılığını oluşturur³⁰⁸. Müteahhit açısından teslim (İnşa eserini teslim etme), tamamlanmış olan inşa eseri üzerindeki fiilî hakimiyetin ifa amacı ile iş sahibine geçirilmesidir. İş sahibi açısından ise teslim (İnşa eserini teslim alma), müteahhit tarafından bitirilerek teslim edilen inşa eserinin fiilî hakimiyete alınmasıdır³⁰⁹.

İnşa eserinin kabulü ile teslimi ise birbirinden farklı kavramlardır. Kabul, müteahhit tarafından teslim edilen inşa eserinin, sözleşmeye uygun görüldüğü, ayıp iddiasında bulunulmayacağı konusunda iş sahibince yapılan irade açıklamasıdır³¹⁰. İnşa eserinin iş sahibinin zilyetliğine geçmesi kabul anlamına gelmemektedir. Çünkü inşa eserinin kabulünde aranan irade açıklamasına karşılık, teslim almada iş sahibinin teslimin hukukî sonuçlarına ilişkin özel bir teslim alma iradesinde bulunmasına gerek yoktur. Ancak bu durumun bazı istisnaları söz konusudur. Örneğin iş sahibinin muayeneden vazgeçmesi durumunda teslim alma ve kabul aynı anda gerçekleşir³¹¹. Bu istisnaî durumun haricinde kabul ancak inşa eserinin teslim ve teslim alınmasından sonraki aşamada gerçekleşir.

FIDIC Kırmızı Kitaplar'da müteahhidin borçları arasında yer alan “*Teslim*” ile bu borçla ilgili olan “*Kabul*” kavramları terim olarak kullanılmamaktadır. Bu kavramlar yerine “*Geçici kabul*” ve “*Kesin kabul*” kavramlarına yer verilmiştir. İnşa eserinin iş

³⁰⁷ UÇAR: Teslim, s.513.

³⁰⁸ BURCUOĞLU, Haluk: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s.288.

³⁰⁹ SELİÇİ: s.35.

³¹⁰ UÇAR: Teslim, s.520; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.127; KARAHASAN: s.264.

³¹¹ UÇAR: Teslim, s.521.

sahibi tarafından teslim alınmasına “Geçici kabul”, bu döneme ise “Geçici kabul dönemi” denilir. “Kesin kabul” ise iş sahibinin müteahhit tarafından yapılan inşa eserini inşaat sözleşmesine uygun bulunduğu ve ayıp iddiası konusunda talepte bulunmayacağı iradesi olan kabul kavramı anlamına gelir. Kesin kabulün yapıldığı dönem ise “Kesin kabul dönemi” olarak adlandırılır.

b. Müteahhidin İnşa Eserini Teslim Borcunu Yerine Getirmesi

Müteahhidin inşa eserini teslim borcu (Eski) Kırmızı Kitap m.48.1 vd. düzenlenmiştir. Müteahhit inşa eserini iş sahibine teslim etmeden önce geçici kabul belgesi almalıdır. Bunun için öncelikle inşa eserinin inşaat sözleşmesinde belirtilen geçici kabul seviyesinde bitirilmesi ve bitirme testlerinden geçmesi gerekir. Ardından müteahhit mühendise bildirimde bulunmalıdır. Bu bildirimde inşa eserinin geçici kabul seviyesinde bitirilip bitirme testlerini geçtiği ile geri kalan işlerin gereken çabukluk gösterilerek kesin kabul döneminde tamamlanacağına dair taahhütname yer alır. Mühendis bildiriye aldığı tarihten itibaren 21 gün içinde ya inşa eserinin geçici kabul seviyesinde bitirildiğini gösteren geçici kabul belgesini ya da geçici kabul belgesi vermeden önce müteahhide yapması gereken işleri belirleyen bir talimat verir. Müteahhit geçici kabul döneminde gereken işleri yaparak eksiklikleri giderdikten sonraki 21 gün içinde ise geçici kabul belgesini almaya hak kazanır.

İnşa eseri bir bütün olarak teslim edilebileceği gibi kısım kısım da teslim edilebilir. Bu durumda teslimin nasıl olacağı (Eski) Kırmızı Kitap m.48.2’de düzenlenmiştir. Bazı bölümler için inşaat sözleşmesinde ayrı bitim süresinin yer alması ile inşaat sözleşmesine uygun şekilde bitmiş olarak ya da bitmeden iş sahibi tarafından kullanılmış kısımların olması durumlarında, müteahhidin talebi üzerine ilgili kısımlar için mühendis tarafından geçici kabul belgesi düzenlenir³¹².

(Yeni) Kırmızı Kitap m.10.1 vd. geçici kabul dönemini düzenlemiştir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.10.1 uyarınca inşa eserinin inşaat sözleşmesinde belirlenen geçici kabul seviyesinde bitirilmesi ve tamamlama testlerini başarılı şekilde geçmesi durumunda, müteahhit çalışmalar tamamlanmadan en az 14 gün önce mühendise geçici kabul belgesi

³¹² TÜREGÜN: İnşaat Sözleşmesi, s.283.

almak için bildirimde bulunur. Bu bildirim inşa eserinin tamamı için olabileceği gibi belirli bir kısmı için de olabilir. Müteahhidin yapacağı bildirim üzerine mühendis 28 gün içinde ya inşa eserinin inşaat sözleşmesinde uygun biçimde geçici kabul seviyesine getirildiğini belirleyerek geçici kabul belgesi verir ya da sebeplerini de belirterek müteahhidin bildirimle yaptığı başvuruyu reddeder. (Eski) Kırmızı Kitap'tan farklı olarak mühendise reddetme hakkı tanınmıştır. Ayrıca mühendis tarafından 28 günün sonunda geçici kabul belgesi verilmemesi ya da başvurunun reddedilmesi halinde geçici kabul belgesi süre sonunda verilmiş sayılır. (Yeni) Kırmızı Kitap m.10.3 iş sahibinin kusurundan dolayı tamamlama testlerinin 14 günden fazla uzaması halinde de müteahhidin geçici kabul belgesine hak kazanacağını ve inşa eserini teslim etmiş olacağını düzenlemiştir.

H. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

a. Genel Olarak Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

İnşaat sözleşmesinin konusunu oluşturan inşa eserinin müteahhit tarafından taahhüt edilen ve inşaat sözleşmesinde nitelikleri belirlenen özelliklere sahip olması gerekir. Ayrıca inşa eseri iş sahibinin menfaatine uygun niteliklere sahip olmalıdır. İnşa eserinin sayılan niteliklere sahip olmaması halinde ayıp söz konusu olmakta ve müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu ortaya çıkmaktadır³¹³. Müteahhit, ayıba tekeffül borcunun ortaya çıkmaması için inşa eserini iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak bir biçimde, inşaat sözleşmesine uygun olarak ayıpsız bir biçimde meydana getirerek teslim etmek zorundadır³¹⁴.

Ayıba karşı tekeffül borcu teslim borcunun tamamlayıcısı olarak ortaya çıkmaktadır³¹⁵. Müteahhit taahhüt ettiği ve inşaat sözleşmesinde öngörülen kullanım amaçlarına uygun olarak, ayıpsız inşa eserini teslim etmekle borcunu yerine getirmiş

³¹³ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.160; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI: s.354; YAVUZ: s.296; ZEVKLİLER: s.338-339.

³¹⁴ SELİÇİ: s.138.

³¹⁵ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.160.

olur³¹⁶. Tekeffül borcunun kapsamını ayıpsız inşa eserinin meydana getirilmesi ile iş sahibine teslimi oluşturur.

FIDIC Kırmızı Kitaplar'da müteahhidin inşaat sözleşmesinde belirtilen niteliklerle iş sahibinin ifa menfaatine aykırı bir biçimde inşa eseri meydana getirmesi durumunda ayıba karşı tekeffül borcu altına gireceği yer almıştır. Ancak FIDIC Kırmızı Kitaplar müteahhidin ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan borçlarını düzenlemekle birlikte, müteahhidin ayıpların meydana gelmesini önlemek amacıyla yapması gerekenlere de yer vermiştir. (Eski) Kırmızı Kitap m.49.2 ile müteahhide, inşa eserinde ayıpların meydana gelmesini önlemek için bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Buna göre,

“Yüklenici, işlerin kesin kabul döneminin sonunda veya mümkün olduğu ölçüde hemen ardından, normal aşınıp eskime hariç olmak üzere sözleşmenin öngördüğü ve kontrolluğu tatmin edecek bir duruma teslim edilmesi niyeti çerçevesinde,

(a) Geçici kabul belgesinde belirtilen tarihte - varsa - kalan işleri, bu tarihi izleyen ve mümkün olan en kısa süre içinde tamamlar, ve

(b) Kesin kabul döneminde veya bu dönemin sona ermesini izleyen 14 gün içinde kontrolluğun, söz konusu dönemde kendisi tarafından veya onun adına yapılan teftişin sonucu olarak gerçekleştirmesi için talimat verdiği her türlü düzeltme ve yeniden inşa etme işi ile tüm kusurları, çekmeleri veya diğer hataları giderme işlerini gerçekleştirir.”.

Müteahhit inşa eseri ve her bir bölümünün iş sahibi tarafından kabul edilmesine kadar veya mümkün olduğu kadarıyla daha fazla süre sözleşme şartlarına uygun kalmasını sağlamak için, öncelikle inşa eserinin teslim süresine kadar her ne sebeple olursa olsun tamamlanmamış tüm işleri mümkün olan en kısa sürede tamamlamak durumundadır. Ayrıca müteahhit, iş sahibinin inşa eserini kabul için muayene ettiği dönemde ya da inşa eserinin kabul edilmesinden itibaren 14 gün içinde mühendis tarafından belirlenen eksiklikleri ve ayıpları gidermekle yükümlüdür. Müteahhit inşa eserinde anormal olmayan aşınmadan kaynaklanacak ayıplardan ise sorumlu olmamaktadır. Bunun dışında müteahhidin ayıpları giderme yükümlülüğü inşa eseri iş sahibi tarafından kabul edilse

³¹⁶ AKINCI: s.45.

dahi belli bir süre devam etmektedir. Bu bakımdan kabul ile müteahhit borçlarından tamamen kurtulamamaktadır.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.11.1’de de müteahhide inşa eserindeki ayıpları önceden düzeltme yükümlülüğü yüklenmiştir. (Eski) Kırmızı Kitap’tan farklı olarak teslim süresine kadar olan tamamlanmamış işlerin tamamlanması için gereken süre mühendis tarafından belirlenmektedir. Ayrıca inşa eserinde normal olarak meydana gelen aşınmalar da müteahhit tarafından düzeltilmelidir. (Yeni) Kırmızı Kitap inşa eserinin beklemeden kaynaklanan normal aşınmalarının düzeltilmesini de müteahhide yüklemiştir.

b. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Şartları

Müteahhit inşa eserindeki ayıpların giderilmesi için yapılması gerekenleri yapmadığı zaman iş sahibine karşı ayıba karşı tekeffül borcu altına girmektedir. Ancak müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle inşa eseri tamamlanarak iş sahibine teslim edilmelidir. Teslim edilen inşa eseri ayıplı olmalıdır. Ancak bu şartların gerçekleşmesi müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğması için yeterli değildir. Ayrıca iş sahibi tarafından inşa eserinin muayenesi yapılarak tespit edilen ayıpların müteahhide bildirilmesi gerekir. Söz konusu şartların bir arada gerçekleşmesi halinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu doğmaktadır³¹⁷.

aa. İnşa Eseri Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olmalı

Ayıba karşı tekeffül borcunun söz konusu olabilmesi için öncelikle sözleşme konusu inşa eserinin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması gerekir³¹⁸. İnşa eserinin tamamlanması sözleşme ile kararlaştırılan işlerin tümünün yapılmasıyla gerçekleşir³¹⁹. Tamamlanmayan inşa eseri iş sahibi tarafından kullanılmaya başlansa dahi inşa eserinin teslimi ve teslim alınması gerçekleşmiş olmamaktadır. Ancak inşa eserinin

³¹⁷ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.160; ARAL:s.164-170; ZEVKLİLER: s.339.

³¹⁸ YAVUZ: s.297.

³¹⁹ ARAL: s.357.

yapımı sırasında tamamlanan işlerin karşısında kalan iş çok az ve önemsiz ise, dürüstlük kuralı gereğince inşa eserinin teslim elverişli olduğu kabul edilmelidir³²⁰.

(Eski) Kırmızı Kitap m.48.1 uyarınca müteahhit inşa eserini tamamlayarak (Geçici kabul seviyesinde) bitirme testlerini uygulamalıdır. Bitirme testlerinin olumlu sonuçlanması durumunda müteahhit iş sahibine bildirimde bulunularak inşa eseri teslim etmelidir³²¹.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.9.1 ve 10.1 inşa eserinin tamamlanarak teslim edilmesine yer vermiştir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.9.1 uyarınca müteahhide inşa eserini test etme yükümlülüğünü yüklemiştir. Tamamlama testleri olarak adlandırılan bu testlerin sonucu olumlu şekilde sonuçlanırsa m.10.1'e göre inşa eserinin iş sahibine teslim edilmesi gerekir. Tamamlama testleri sonucunun olumsuz çıkması durumunda ise m.9.3 uyarınca tamamlama testleri tekrar edilir. Tekrar edilen tamamlama testlerinin de sonucunda da inşa eserinin sözleşmede öngörülen nitelik ve amaca uygun olmadığı görülürse, iş sahibi m.11.4'te yer alan ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını diğer şartların gerçekleşmesini beklemeden kullanma imkanına kavuşur.

bb. İnşa Eseri Ayıplı Olmalı

aaa. Genel Olarak Ayıp Kavramı

Ayıba karşı tekeffül borcunun doğması için gereken en önemli şart inşa eserinin ayıplı olmasıdır. İnşa eserinde, inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan niteliklerin ya da normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması halinde ayıp ortaya çıkmaktadır³²². Müteahhidin iş sahibine karşı edim borcunun belirlendiği plan, proje, teknik şartname gibi belgelere aykırı olarak inşa eserinin yapılması durumunda ayıplı inşa eseri söz konusu olmaktadır³²³. Ayrıca inşa eserinin iş sahibinin menfaatine uygun olması

³²⁰ SELİÇİ: s.134.

³²¹ İnşa eserinin teslimi için bkz. s.160-163.

³²² TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.161; SELİÇİ: s.136.

³²³ SELİÇİ: s.136.

gerekmektedir. Taraflarca kararlaştırılmamış olsa dahi taşıması gereken niteliklere sahip olmayan, kullanıma elverişsiz inşa eseri ayıplı sayılmaktadır.

İnşa eserinin ayıplı olması inşaat sözleşmesi kapsamında değerlendirileceğinden, nispi bir kavram olarak ortaya çıkar³²⁴. İnşa eserinin ayıplı olup olmadığının belirlenebilmesi için inşaat sözleşmesinde üzerinde anlaşılan ve aranılan nitelikler, inşa eserinin fiilen taşıdığı niteliklerle karşılaştırılmalıdır. Karşılaştırma yapılırken inşaat sözleşmesinin kapsamı ve dürüşlük kuralları dikkate alınmalıdır. İş sahibi, müteahhitten inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan, yani üzerinde anlaşılan ve değer kalitesi veya kullanılabilirlik açısından gerekli nitelikleri taşıyan bir inşa eserinin meydana getirilip teslim edilmesini bekler³²⁵.

İnşa eserinin ayıplı olması ile eksik olması hukuki durumları itibariyle birbirinden farklıdır. İnşa eserinin ayıplı olması durumunda inşa eserinin inşaat sözleşmesine aykırı olarak ya da inşa eserinin kullanım amaaları için gerekli nitelikleri taşımaksızın teslim edilmesi söz konusu olmaktadır³²⁶. İnşa eserinin eksik olması halinde, inşaat işlerinin kaldığı aşamadan daha önce yapılmış olan işler bozulmadan (Değiştirilmeden) işe devam edilmesi mümkündür³²⁷. İnşa eserinde eksiklik olması durumunda iş yapılmadığından niteliklerin inşaat sözleşmesine uygun olup olmadığı, yani ayıplı olup olmadığı üzerinde durulmamaktadır. Bu bakımdan ayıp ile eksiklik farklı hukuki durumları ifade etmektedir.

Ayıplı inşa eseri ile eksik inşa eseri farklı hukuki nitelik gösterdiklerinden her iki durumda uygulanacak hükümler de farklı olmaktadır. İnşa eserinin ayıplı olması durumunda ayıba karşı tekeffül hükümlerine müracaat edilirken, inşa eserinin eksiklik içermesi halinde iş sahibi müteahhitten işin tamamlanmasını ya da masrafları müteahhide ait olmak üzere kendisi tarafından tamamlattırılmasını talep edebileceği gibi müteahhidin temerrüdüne de gitme olanağına sahiptir.

³²⁴ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.162.

³²⁵ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.162; SELİÇİ: s.136.

³²⁶ KOSTAKOĞLU, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, 2006: s.567; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.160.

³²⁷ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.160.

bbb. İnşa Eserinde Ayıbın Mevcut Olması

FIDIC Kırmızı Kitaplar'da eksik iş kavramı ayıplı iş kapsamında yer almıştır. Buna göre ayıp kavramı, nitelik ve nicelik bakımından inşaat sözleşmesinde açık ya da zımnî bir şekilde taahhüt edilen edimlerin nitelik ve niceliklerine aykırılık olarak tanımlanmıştır³²⁸. Türk hukukundan farklı olarak, inşa eserinde yer alan eksiklikler ayıp kavramı içinde yer aldığından FIDIC Kırmızı Kitaplar'da inşa eserinde eksiklik olması durumunda ayıba karşı tekeffülü söz konusu olmaktadır.

aaaa. Sözleşmede Taahhüt Edilen Niteliklere ve Mühendisin Talimatlarına Aykırılıktan Kaynaklanan Ayıp

Müteahhit inşa eserini inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan niteliklere uygun olarak meydana getirirken plan, proje, teknik şartname ile diğer belgelere uygun hareket etmelidir. Özellikle inşa eserinin yapımında kullanılacak olan malzeme ve demirbaş ile yapılacak işçiliğin inşaat sözleşmesinde belirlenen niteliklere sahip olması gerekir. (Eski) Kırmızı Kitap m.36.1 malzeme, demirbaş ve işçiliğin hangi kalitede olması gerektiğini düzenlemiştir³²⁹. İnşaat sözleşmesinde taahhüt edilen bir niteliğin malzeme, demirbaş ve işçilikte bulunmaması halinde inşa eseri ayıplı olmaktadır. İnşa eserinin kullanımında bir sorun olmasa dahi taahhüt edilen niteliklerin eksikliği inşa eserinin ayıplı olması sonucunu doğurmaktadır³³⁰.

(Eski) Kırmızı Kitap malzeme, demirbaş ve işçiliğin inşaat sözleşmesine uygun olmasının yanında mühendisin talimatlarına da uygun olmasını, aksi takdirde inşa eserinin ayıplı olacağını düzenlemiştir. Mühendisin talimatlarının inşaat sözleşmesinde yer alan malzeme, demirbaş ve işçilik ile ilgili hükümlere aykırı olması durumunda inşa eserinin ayıplı olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Mühendis tarafından inşaat sözleşmesinde belirlenen kalitenin daha üstünde bir kalitenin talimatta öngörülmesi durumunda (Eski) Kırmızı Kitap m.51.1 vd. uyarınca iş değişikliği söz konusu

³²⁸ AKINCI: s.46.

³²⁹ Malzeme, demirbaş ve işçiliğin kalitesinin belirlenmesi konusunda ayrıntılı açıklama için bkz. s.122 vd.

³³⁰ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.162.

olmaktadır. Yapılacak işin değiştirilmesi ayıp olarak nitelendirilmeyeceğinden inşa eseri ayıplı olmamaktadır. Mühendisin müteahhide verdiği talimatta inşaat sözleşmesinde öngörülenden daha düşük kalite öngörmesi durumunda ise (Eski) Kırmızı Kitap m.2.1 gündeme gelmektedir. (Eski) Kırmızı Kitap m.2.1'in (c) bendi uyarınca *“Sözleşmede açıkça belirtilmiş olması durumu hariç, kontrollüğün, yükleniciyi sözleşmeden doğan yükümlerinden kurtarma yetkisi yoktur.”* Mühendisin inşaat sözleşmesinde öngörülenden daha düşük kalite öngörmesi de (Eski) Kırmızı Kitap m.51.1 vd. göre iş değişikliğidir. Ancak (Eski) Kırmızı Kitap m.51.1 vd. iş değişikliği m.2.1 ile birlikte düşünüldüğünde mühendisin inşaat sözleşmesinde öngörülen kaliteden daha düşük kalitede malzeme, demirbaş ve işçilik öngörmesi mümkün değildir³³¹. Müteahhit inşaat sözleşmesinde öngörülen kalitenin daha düşüğünü içeren talimatı yerine getirecek olursa inşa eseri ayıplı olacaktır.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.7.1 uyarınca malzeme, demirbaş ve işçilik inşaat sözleşmesinde belirlenen niteliklere uygun olmalıdır. Ayrıca inşa eserinin inşaat sözleşmesi ile belirlenen uygulama şekline göre yapılması gerekir. İnşaat sözleşmesi ile kararlaştırılan hususların dışında inşa eseri, dikkatli bir biçimde ve doğru işçilikle meydana getirilmelidir. Müteahhit inşa eserini meydana getirirken bilinen fen kurallarına uygun hareket etmeli, inşa eserinin gereklerine uygun malzeme ve demirbaş kullanılmalıdır. Müteahhit inşaat sözleşmesinde belirlenen niteliklere uygun inşa eseri meydana getirmediği takdirde ayıp ortaya çıkmaktadır. (Eski) Kırmızı Kitap'tan farklı olarak (Yeni) Kırmızı Kitap m.7.1'de malzeme, demirbaş ve işçilik konusunda mühendisin talimat vereceği düzenlenmemiştir. Ancak mühendisin talimatlarını düzenleyen (Yeni) Kırmızı Kitap m.3.3 uyarınca mühendis işin tamamlanması ya da ayıpların giderilmesi için talimat verme hakkına sahiptir. Bu talimat sadece inşa eserinin tamamlanması ile önceden belirlenen kusurların giderilmesine yönelik olabilir. Bunun dışında malzeme, demirbaş ve işçiliğin kalitesinin belirlenmesi konusunda mühendisin talimat verme yetkisi (Yeni) Kırmızı Kitap'ta öngörülmemiştir.

³³¹ AKINCI: s.47.

bbbb. İnşa Eserinin Kullanımı İçin Gereken Niteliklerin Bulunmamasından Kaynaklanan Ayıp

Müteahhit inşa eserini meydana getirirken iş sahibinin menfaatine uygun olmasına ve gerekli nitelikleri taşımasına dikkat etmelidir. İnşaat sözleşmesinde yer almasa dahi dürüstlük kuralına, genel yaşam deneyimlerine ve kullanılabilirlik ölçütlerine göre inşa eserinin taşıması gereken nitelikleri taşıması ya da kendisinden beklenen yararı gerçekleştirilmeye elverişsiz olmaması gerekir. Aksi durumda ayıplı inşa eseri söz konusu olmaktadır³³².

İnşa eserinde bulunması gereken nitelikler inşa eserinin türüne ve kullanım amacına göre belirlenir. Ancak inşa eseri en az orta kalitede meydana getirilerek teslim edilmelidir³³³. İnşa eserinde bulunması gereken niteliklerin orta kalitenin altında olması halinde de ayıp söz konusu olmaktadır.

(Eski) Kırmızı Kitap m.8.1 müteahhidin inşa eserini meydana getirirken iş sahibinin menfaatine ve kullanım amacına uygun niteliklerin bulunmasına dikkat etmesini dolaylı bir biçimde düzenlemiştir. Müteahhit, inşaat sözleşmesini incelerken ya da yerine getirirken proje, şartname ve diğer belgelerde hata veya eksiklik görmesi halinde durumu mühendise bildirme yükümlülüğü altındadır. Madde metninden yer alan “*Yüklenici, işleri, gerekli özen ve çaba ile (Sözleşmede öngörülen kapsamda) projelendirir, gerçekleştirir, tamamlar ve sözleşme hükümleri uyarınca kusurlarını giderir...*” cümlesi müteahhidin inşaat sözleşmesinde yer alan niteliklerle iş sahibinin inşa eserinden kullanım menfaatini sağlayacak niteliklerin inşa eserinde yer vermesi gerektiğine işaret etmiştir. Örneğin inşaat sözleşmesinin konusunu bir hidroelektrik santralının oluşturması halinde iş sahibi hidroelektrik santralının belirli bir kilowatt/saat üzerinde elektrik üretme özelliğine sahip olmasını isteyebilir. Ayrıca iş sahibinin kullanım amaçları içinde sulama da yer alıyorsa sulamaya ilişkin donanım da bulunmalıdır. Hidroelektrik santralının belirli bir kilowatt/saat üzerinde elektrik üretmemesi ya da sulama yapmaması durumunda iş sahibinin inşa eserinden beklediği kullanım amacı gerçekleşmemekte ve ayıplı inşa eseri ortaya çıkmaktadır.

³³² TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.164; SELİÇİ: s.140.

³³³ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.164.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.4.1 uyarınca müteahhidin iş sahibinin kullanım amacına uygun olmayan inşa eseri meydana getirmesi halinde ayıp söz konusu olmaktadır. Müteahhit inşa eserini meydana getirirken inşaat sözleşmesinde belirlenen şekilde ve tamamen inşaat sözleşmesi kapsamında ve inşaat sözleşmesinde belirtilen amaçlara uygun hareket etmek durumundadır. İnşa eserinin kapsamında iş sahibinin talepleri, müteahhidin önerileri ve projenin yerine getirilmesi, inşaat sözleşmesinden anlaşılan hususlar ve inşaat sözleşmesinde yer almasa dahi müteahhidin yükümlülükleri arasında yer alan işin emniyetli, güvenilir ve verimli şekilde kullanılması için gereken faaliyetler de yer almalıdır³³⁴. İnşa eserinin kapsamında yer alan hususların eksik olması ya da inşaat sözleşmesinde belirtilen nitelikte olmaması halinde inşa eseri ayıplı olmaktadır.

cc. İnşa Eserinin Muayene ve Ayıbın İhbar Edilmesi

İnşa eserinin ayıplı olması tek başına müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğması için yeterli değildir. İnşa eserinde mevcut olan ayıpların iş sahibi tarafından yapılacak muayene sonucunda belirlenerek müteahhide bildirilmesi de gerekir. İş sahibi inşa eserindeki ayıpları belirleyip müteahhide bildirmez ise ayıba karşı tekeffülden doğan haklarından yararlanamamaktadır³³⁵.

(Eski) Kırmızı Kitap ayıbın söz konusu olduğu durumlarda, ayıpları iş sahibine bildirmeyi mühendise yüklemiştir. (Eski) Kırmızı Kitap m.48.1 uyarınca müteahhit inşa eserini tamamlayıp inşaat sözleşmesinde yer alan testlerden olumlu sonuç aldıktan sonra durumu mühendise ve iş sahibine bildirmelidir. Bu bildirim aynı zamanda müteahhidin mühendisten geçici kabul belgesini talep etmesi anlamına gelmektedir³³⁶.

³³⁴ BİLGİN: s.11.

³³⁵ İş sahibi tarafından ayıbın muayene sonucu belirlenip müteahhide bildirilmesi bir yükümlülük, değil külfettir. Çünkü iş sahibi ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklarını kullanabilmek için inşa eserini muayene ederek tespit edilen ayıpları müteahhide bildirmek zorundadır. İş sahibi muayene ve ihbarda bulunmaması halinde müteahhide karşı herhangi bir biçimde sorumlu olmamaktadır. Sadece iş sahibi inşa eserini ayıplı haliyle kabul etmiş sayılmaktadır.

³³⁶ AKINCI: s.48.

Müteahhide yapılacak ayıpla ilgili bildirim hangi usuller çerçevesinde yapılacağı da (Eski) Kırmızı m.68.1'de düzenlenmiştir. Müteahhide yönelik yapılacak bildirimleri düzenleyen madde uyarınca iş sahibi ya da mühendis, inşaat sözleşmesi hükümleri dolayısıyla yapacağı bildirimleri müteahhidin asıl iş merkezine ya da bu amaçla belirleyeceği bir başka adrese posta, telgraf, teleks veya faks ile göndermelidir.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.11.1 de inşa eserinin ayıplı olması durumunda iş sahibinin ortaya çıkan ayıpları müteahhide bildirmesi gerektiğini düzenlemiştir. İş sahibinin ayıp bildirimini yaparken hangi usulü izleyeceği ise (Yeni) Kırmızı Kitap m.1.3'te yer almaktadır. Buna göre iş sahibi ayıp bildirimini yazılı şekilde yapmalı ve imza karşılığında tebliğ etmelidir. Müteahhide elden tebliğ edilmeyen durumlarda ise mektup ya da iadeli mektup ile bildirim gönderilmelidir. (Yeni) Kırmızı Kitap günün gelişen iletişim teknolojilerini göz önüne alarak elektronik iletişim vasıtalarının da kullanılabilmesine imkan tanımıştır. Bildirimin yapılacağı adres bakımından taraflarca inşaat sözleşmesinde gösterilen adres esas alınmaktadır. Ancak müteahhidin yeni adresini iş sahibine bildirmediği durumlarda inşaat sözleşmesinde yer alan adrese yapılan tebliğatlar müteahhide yapılmış gibi kabul edilmektedir.

c. Müteahhidin Ayıplardan Sorumlu Olduğu Süre

Müteahhidin ayıplardan sorumlu olduğu süre (Eski) Kırmızı Kitap m.62.1'de düzenlenmiştir. İnşa eserini mühendisi tatmin edecek şekilde bitirip ve ayıplarının giderildiği tarihi belirten kesin kabul belgesi mühendis tarafından iş sahibine ve müteahhide gönderilmesiyle müteahhidin ayıplardan kaynaklanan sorumluluğu sona ermektedir. Müteahhit tarafından teslim edilen inşa eserinin, inşaat sözleşmesine uygun olduğunun görüldüğü, ayıp iddiasında bulunulmayacağı hususunda iş sahibince yapılan irade açıklaması anlamına gelen kabul³³⁷ anlamında olan kesin kabul belgesi, kesin kabul dönemi olarak adlandırılan ve taraflarca kararlaştırılacak olan sürenin sonunda ya da inşa eserinin bölümleri için farklı kesin kabul dönemleri belirlenmişse, bu dönemlerin sonuncusunun sona erdiği tarihi izleyen 28 gün sonunda iş sahibi tarafından müteahhide verilmektedir. Söz konusu sürelerin sona ermesi ile birlikte müteahhidin ayıba karşı

³³⁷ UÇAR: Teslim, s.520.

tekeffülden doğan borçları da sona ermektedir. (Eski) Kırmızı Kitap m.61.1 kesin kabul belgesinin verilmesi ile birlikte inşa eserinin kabul edilmiş olacağını düzenlemiştir³³⁸. İnşa eseri iş sahibi tarafından kabul edilmiş olduğundan, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu sona ermektedir.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.11.9 mühendis tarafından kesin kabul belgesinin verilmesi ile müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan borçlarından kurtulacağını düzenlemiştir. Kesin kabul belgesi inşaat sözleşmesinin süresinin bitmesinden itibaren 28 gün sonra ya da müteahhidin kusurları giderme de dahil olmak üzere inşa eserinin tamamını bitirip testlerini yaptıktan sonra ve tüm inşaat belgelerini sağladıktan hemen sonra mühendis tarafından verilir³³⁹. (Eski) Kırmızı Kitap'ta olduğu gibi kesin kabul belgesinin verilmesi ile inşa eseri iş sahibi tarafından kabul edilmiş ve müteahhit ayıba karşı tekeffülden doğan borçlarından kurtulmuş olmaktadır.

d. İnşa Eserinin Ayıplı Olmasının Sonuçları

İnşa eserinin ayıplı olması durumunda iş sahibi ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklara sahip olmaktadır. Bu haklar arasında ayıbın müteahhit tarafından ya da masrafları müteahhide at olmak üzere bir üçüncü kişiye giderilmesini istemek, masrafları müteahhide ait olmak üzere ayıbın sebebinin araştırılmasını istemek ve sözleşmeden dönmek yer alır. (Yeni) Kırmızı Kitap'ta farklı olarak, iş sahibine ayıp oranında ücretin indirilmesini mühendisten talep etme hakkı da tanınmıştır.

aa. Ayıbın Giderilmesi

aaa. Ayıbın Müteahhit Tarafından Giderilmesi

İnşaat sözleşmesinde ayıbın giderilmesi, inşa eserinde bulunan ayıbın kısmen başarısızlığa uğrayan ifadan sonra inşa eserini inşaat sözleşmesine uygun hale getirmek

³³⁸ AKINCI: s.52.

³³⁹ BİLGİN: s.29.

için yapılan onarım ve düzeltme faaliyetleri içerir³⁴⁰. Müteahhidin inşa eserini teslim borcu inşa eserinin ayıpsız olarak teslimini de içerdiği için, iş sahibinin inşa eserinde bulunan ayıpları müteahhide bildirmesi üzerine müteahhit ayıpları giderme borcu altına girmektedir³⁴¹. Böylece müteahhit ilk başta ayıpsız olarak teslim etmesi gerektiği inşa eserini, gerekli onarım ve düzeltmeleri yaptıktan sonra iş sahibine teslim etmektedir.

(Eski) Kırmızı Kitap müteahhidin inşa eserindeki ayıpları giderme borcunu, müteahhidin genel yükümlülüklerini düzenleyen m.13.1'de düzenlemiştir. Müteahhit hukukî ve fizikî koşullar engellemedikçe, inşa eserini inşaat sözleşmesine uygun şekilde ve mühendisi tatmin edecek biçimde ayıplarını gidererek tamamlamak ve iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Müteahhit inşa eserindeki ayıpları (Eski) Kırmızı Kitap m.49.4 uyarınca mühendis tarafından verilen makul süre içinde gidermek zorundadır. Aksi halde iş sahibi ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan diğer haklarını kullanma imkanına sahiptir.

İnşa eserindeki ayıpların giderilmesinde ortaya çıkan masraflara kimin katlanacağı (Eski) Kırmızı Kitap m.49.3'te düzenlenmiştir. Mühendis kullanılan malzeme, demirbaş ve işçiliğin inşaat sözleşmesine aykırı olduğunu, müteahhidin projesinin hatalı ya da inşaat sözleşmesinde belirtilen herhangi bir yükümlülüğe aykırı davranıldığını tespit ederse, ayıpların giderilmesinden kaynaklanan masraflardan müteahhit sorumlu olmaktadır. Bunun dışında yer alan sebeplerden dolayı inşa eserinde herhangi bir iş yapılması durumunda ayıp söz konusu olmamaktadır. İnşa eserinde ayıp dışında yapılacak olan işler iş değişikliği olarak nitelendirilmekte ve (Eski) Kırmızı Kitap m.52.1 vd. göre yapılacak olan masraflar müteahhidin ücret alacağına eklenmektedir³⁴².

(Yeni) Kırmızı Kitap'ta müteahhidin ayıpları giderme yükümlülüğü m.4.1'de düzenlenmiştir. (Eski) Kırmızı Kitap'ta olduğu gibi müteahhidin genel yükümlülükleri arasında düzenlenen ayıpları giderme borcu uyarınca inşa eserinin inşaat sözleşmesine ve mühendis talimatlarına uygun olmaması durumunda müteahhit, inşa eserinde meydana

³⁴⁰ ŞENOCAK, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002, s.36.

³⁴¹ AKINCI: s.49.

³⁴² AKINCI: s.49.

gelecek ayıpları gidermekle yükümlüdür. Müteahhit ayıpları (Yeni) Kırmızı Kitap m.15.1'e göre mühendis tarafından verilecek makul süre içinde gidermek durumundadır. Müteahhit söz konusu makul süre içinde ayıpları gidermez ise iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan diğer haklarını kullanma imkanına sahip olmaktadır.

(Yeni) Kırmızı Kitap ayıpların giderilmesi masraflarını müteahhide yüklemiştir. Ancak müteahhit tarafından yapılan proje, kullanılan malzeme, demirbaş ve işçilik ile müteahhidin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir yükümlülüğe uymamasından kaynaklanan ayıplar dışında kalan hususlar ayıp olarak değil, iş değişikliği olarak kabul edilmektedir. Bu durumda yapılacak masraflar ise (Yeni) Kırmızı Kitap m.13.3 uyarınca müteahhidin ücret alacağına eklenmektedir.

bbb. Ayıbın Üçüncü Kişi Tarafından Giderilmesi

İnşa eserindeki ayıpların kural olarak müteahhit tarafından giderilmesi gerekir. Ancak müteahhit, mühendis tarafından kendisine verilen makul süre içinde inşa eserindeki ayıpları gideremezse, (Eski) Kırmızı Kitap m.49.4 uyarınca iş sahibi masrafları müteahhide ait olmak üzere ayıpların üçüncü bir kişiye giderilmesine karar verebilmektedir. Burada iş sahibinin ayıbın düzeltilmesi ile elde edeceği menfaatle müteahhidin katlanacağı masraflar arasında dürüstlük kuralına göre bir orantı olması gerekir. Aksi halde aşırı masraflar söz konusu olmaktadır³⁴³. Ayıbın giderilmesinin ötesinde yapılan masraflardan müteahhit sorumlu olmamaktadır. Aşırı masraflar belirlenirken şu üç hususun göz önüne alınması gerekir:

- Müteahhidin sorumlu olduğu proje,
- Malzeme, demirbaş ve işçiliğin inşaat sözleşmesine ve mühendisin talimatlarına uygun olması,
- Müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi.

Yukarıda sayılan hususlar dışında ortaya çıkan ayıpların üçüncü kişilere giderilmesinde ortaya çıkan masraflardan müteahhit sorumlu olmamaktadır. Çünkü üç

³⁴³ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.196; SELİÇİ: s.175.

durum dışında kalan sebeplerde ayıpların müteahhide yükletilmesi mümkün değildir. Örneğin, inşa eserindeki ayıpların müteahhidin açıkça uyarmasına rağmen iş sahibinin ısrarla verdiği talimatlardan doğması halinde ayıpların, masrafları müteahhide yükletilerek üçüncü kişiler tarafından giderilmesi mümkün değildir³⁴⁴.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.11.4'ün (a) bendinde müteahhit, mühendis tarafından verilen makul süreye rağmen inşa eserindeki ayıpları gideremez ise iş sahibinin, masrafları müteahhide ait olmak üzere ayıpları üçüncü kişiler tarafından giderilmesi imkanına sahip olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca ayıbın üçüncü kişiler tarafından giderilmesi durumunda müteahhidin yapılan işlerden sorumlu olmayacağına yer verilmiştir. Böylece müteahhit yapmadığı işin masraflarına katlanmakla beraber hukukî sonuçlardan sorumlu olmamaktadır.

bb. İnşa Eserindeki Ayıpların Sebeplerinin Araştırılması

İnşa eserindeki ayıpların hangi sebeplerden kaynaklandığının belirlenmesi için mühendisin müteahhide talimat vermesi FIDIC Kırmızı Kitaplar'da öngörülmüştür. Ayıpların hangi sebeplerden kaynaklandığı, ayıpların giderilmesindeki masrafların kime yükleneceğinin belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. İnşa eserindeki ayıplar iş sahibinin kusurundan kaynaklanıyorsa iş sahibi, müteahhidin kusurundan kaynaklanıyorsa müteahhit bu masraflara katlanmalıdır.

(Eski) Kırmızı Kitap m.50.1 inşa eserindeki ayıpların müteahhit tarafından araştırılmasını düzenlemiştir. Buna göre inşa eserindeki ayıplar kesin kabul dönemi sona ermeden önce ortaya çıkarsa mühendis müteahhide talimat vererek ayıpların hangi sebepten ortaya çıktığının araştırılmasını isteyebilmektedir. Ayıpların araştırılması ile ilgili olarak yapılacak masraflardan müteahhit sorumlu olmaktadır. Ancak inşa eserindeki ayıp müteahhidin yükümlükleri kapsamı dışında kalan yerlerde meydana gelmişse, araştırma ile ilgili yapılacak masraflar müteahhidin ücretine eklenmelidir.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.11.8 ayıpların araştırılmasını düzenlemiştir. (Eski) Kırmızı Kitap'tan farklı olarak inşa eserindeki ayıplar müteahhidin sorumlu olmadığı kısımlarda

³⁴⁴ AKINCI: s.50.

söz konusu ise müteahhit iş sahibinden araştırma masraflarının yanında makul bir kârı da isteme hakkına sahiptir. Araştırma masrafları ile makul kâr mühendis tarafından belirlenerek müteahhidin ücretine dahil edilir.

cc. Makul Oranda Ücretten İndirim Yapılması

İş sahibine tanınan haklardan bir tanesi de ayıp oranında ücretten indirim yapılmasını isteme hakkıdır. İş sahibi ayıbın inşaat sözleşmesinden dönülecek kadar önemli olmaması ve ayıbın giderilmesinin zor olduğu durumlarda bu hakkını kullanabilmektedir. Ücret indiriminin söz konusu olabilmesi için inşa eserinin ya da bir bölümünün ayıplı durumundaki değerinin inşaat sözleşmesinde karşılaştırılan değerden daha düşük olması gerekir. Ancak söz konusu değer düşüklüğü inşa eserinin tamamen değersiz olması sonucunu yaratması gerekmemektedir³⁴⁵. Çünkü inşa eserinin tamamen değersiz hale gelmesi durumunda iş sahibinin ücretten indirim isteme hakkının herhangi bir değeri bulunmamaktadır.

(Eski) Kırmızı Kitap iş sahibinin ücretten indirim isteme hakkına yer vermemiştir³⁴⁶. (Yeni) Kırmızı Kitap m.11.4/2'nin (b) bendinde ise iş sahibin ücretten indirim isteme hakkı tanınmıştır. Buna göre iş sahibi, inşa eserinin ayıplı olması durumunda (Yeni) Kırmızı Kitap 3.5'e uygun olarak inşaat sözleşmesinde belirtilen ücretten makul bir indirim yapılmasını mühendisten isteyebilmektedir. Burada öne çıkan iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre iş sahibi inşa eserinin ayıplı olması durumunda ücretten kendisi doğrudan indirim yapamamaktadır. İş sahibi bu hakkını kullanabilmek için mühendise başvurmak durumundadır. Ancak mühendisin buradaki karar verme yetkisi sadece ücretten indirilecek olan miktar ile ilgilidir. Bunun dışında mühendis tarafından iş sahibinin hakkının kullanılmasının engellenmesi söz konusu değildir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.3.5/1'de yer alan *“Sözleşme şartları, mühendisi bu madde göre herhangi bir karar vermesini ya da istişare etmesini gerekli kılarca, mühendis her iki tarafa danışarak bir uzlaşmaya varılmasını sağlayacaktır. Uzlaşmanın sağlanmaması durumunda ise mühendis tüm şartları göz önüne alarak sözleşmeye uygun*

³⁴⁵ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.189; SELİÇİ: s.167.

³⁴⁶ AKINCI: s.48.

biçimde adil bir karar verecektir.” ifadesi de mühendisin iş sahibinin hakkını kullanması yönünde herhangi bir engellemede bulunamayacağını göstermektedir.

İş sahibinin ücretten indirilmesini isteme hakkı bakımından ikinci önemli husus ise ücretten indirim hangi oranda olacağı ile ilgilidir. (Yeni) Kırmızı Kitap m.11.4/2’de indirimin makul oranda yapılması gerektiği yer almaktadır. (Yeni) Kırmızı Kitap m.3.5 mühendisin ücretten makul oranda indirim yaparken nasıl davranması gerektiğini düzenlemiştir. Buna göre mühendis somut olayın özelliklerini ve inşaat sözleşmesinden yer alan şartları göz önüne alarak adil bir biçimde ücretten indirim yapmalıdır. Mühendis ücretin indirilmesi konusunda kararını verirken gerekçelerini ortaya koymalı ve kararı her iki tarafa da tebliğ etmelidir.

dd. İnşaat Sözleşmesinden Dönme

İş sahibine ayıplı inşa eserinden dolayı tanınan haklardan sonuncusu inşaat sözleşmesinden dönülmesi ve zararların tazmin edilmesini talep etme hakkıdır. FIDIC Kırmızı Kitapları’nın temel amacı inşaat sözleşmesini ayakta tutmaktır. Bu amaçla müteahhide ayıpların giderilmesi bakımından birden fazla imkan ve süre tanınmıştır. Ayrıca müteahhit tarafından ayıpların giderilmemesi durumunda iş sahibinin dönme dışındaki diğer hakları kullanmasına imkan tanınmıştır. Ancak bütün bu hususlara karşın meydana getirilen inşa eserinin iş sahibi tarafından kullanılmaya elverişsiz olması, ayıbın giderilmesinin imkansız olması ve inşa eserinin iş sahibi tarafından kabulünün dürüstlük kurallarına göre beklenmemesi durumunda iş sahibi inşaat sözleşmesinden dönme imkanına sahiptir³⁴⁷. İnşa eserindeki ayıplar kolaylıkla giderilebilen ve iş sahibinin kullanmasına önemli ölçüde engel olacak nitelikte değil ise dönme hakkının kullanılması söz konusu olmamaktadır³⁴⁸.

³⁴⁷ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.182; TURANBOY, Asuman: Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonraki İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHF, Cilt 41, 1989-1990, sayı 1-4, s.168-171.

³⁴⁸ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.181; SELİÇİ: s.163; KARAHASAN: s.284; TURANBOY: s.168-169.

Mühendis tarafından geçici kabul belgesinin verilirken ayıpların bildirilmesine rağmen, müteahhit tarafından söz konusu ayıpların giderilmemesi iş sahibine inşaat sözleşmesinden dönme hakkı vermektedir. Çünkü (Eski) Kırmızı Kitap m.62 uyarınca inşaat sözleşmesinin ifa edilebilmesi için kesin kabul belgesinin verilmesi gerekir. Kesin kabul belgesinin verilmesi kabul anlamında olduğundan müteahhit ayıba karşı tekeffülden doğan borçlarından kurtulmaktadır. Müteahhit tarafından inşa eserindeki ayıpların giderilmemesi durumunda (Eski) Kırmızı Kitap m.63.1 iş sahibine inşaat sözleşmesinden dönme hakkını tanımıştır. Buna göre müteahhit mühendis tarafından yapılan yazılı uyarılara karşın, inşaat sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihmal etmeyi ısrarla ve bilerek sürdürüyorsa iş sahibi inşaat sözleşmesinden dönebilmektedir. Ayrıca ayıp dolayısıyla inşa eseri değersiz duruma düşüyorsa ya da inşa eserindeki ayıbın giderilmesi mümkün değilse ve kullanımı engelleyecekse de iş sahibi inşaat sözleşmesinden dönebilmektedir³⁴⁹. Bunun için mühendis tarafından durumun iş sahibine bildirilmesi gerekir. Bu bildirimden ardından iş sahibi müteahhide 14 gün süreli bir ihtar vererek inşaat sözleşmesinden dönme hakkını kullanmaktadır.

(Yeni) Kırmızı Kitap m.11.4/2'nin (c) bendine göre inşa eserindeki ayıplar mühendis tarafından verilen makul süre içinde giderilemezse, iş sahibi ayıpların giderilmesi için müteahhide son bir süre vermektedir. Müteahhit masraflarını kendisi karşılayarak, verilen son süre içinde de inşa eserindeki ayıpları gideremez ise iş sahibi inşaat sözleşmesinin tamamından ya da bir kısmından dönebilecektir. Ancak iş sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için inşa eserinde ayıbın iş sahibinin kullanımını önemli derecede engellemesi gerekir. İş sahibinin inşa eserinden beklediği faydalar ayıp dolayısıyla önemli ölçüde ortadan kalkıyorsa iş sahibinin inşaat sözleşmesinden dönmesi ve uğradığı tüm zararları müteahhitten talep etmesi mümkündür. İş sahibinin dönme dolayısıyla tazmin edilmesini talep edeceği zararlar arasında inşa eseri ile ilgili tüm masraflar, inşa eserinin finansmanı ile ilgili masraflar ve iş sahasında kalan malzeme ve araç-gerecin müteahhide iadesine ilişkin masraflar yer almaktadır.

(Eski) Kırmızı Kitap'tan farklı olarak iş sahibine inşaat sözleşmesinden kısmen dönme imkanı getirilmiştir. İnşa eserinin bir bölümündeki ayıbın diğer bölümleri

³⁴⁹ AKINCI: s.51.

etkilememesi durumunda ayıplı bölümün iş sahibi tarafından kabul edilmemesi söz konusu olmaktadır. Böylece inşa eserinin tümünü etkilemeyen ayıp dolayısıyla inşaat sözleşmesinden bütün olarak dönülmesinin önüne geçilmekte ve inşaat sözleşmesi ayakta tutulmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KAMU İHALE İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE
MÜTEAHHİDİN BORÇLARI

I. KESİN TEMİNAT VERME BORCU

1. Genel Olarak

Teminat kavramı, alacaklının borçlunun üstlendiği edimlerin ifa edilmemesi rizikosunun telafi edilmesi için borçludan talep edilecek nakdî, şahsî ve aynî nitelikteki araçları ifade etmektedir³⁵⁰. İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda iş sahibinin menfaatlerinin zarar görmesi söz konusu olur. İş sahibinin menfaatlerinin zarar görme rizikosunun telafi edilmesi amacıyla müteahhide kesin teminat verme borcu yüklenmektedir.

4734 sayılı Kanun m.43/1, idare tarafından yapılan ihaleyi kazanan müteahhidin kamu ihale inşaat sözleşmesini imzalarken, idareye karşı yükümlülüklerini yerine getirmesini garanti altına almak için kesin teminat vermesini düzenlemiştir. Buna göre müteahhidin kamu ihale inşaat sözleşmesi ile inşa eserini meydana getirip teslim etme borcunu sözleşmeye ve ihale dokümanlarına uygun olarak yerine getirmesini sağlamak amacıyla ihale bedelinin %6'sı oranında kesin teminat alınmaktadır.

İnşa eserinin yapımı sırasında müteahhide fiyat farkı verilmesi gereken durumlarda kesin teminata ek olarak bir teminat sağlanması gerekir. 4735 sayılı Kanun m.12'de düzenlenen ek kesin teminat uyarınca müteahhit, fiyat farkından dolayı sözleşme bedelinde artışın olması durumunda, bedeldeki artış miktarının %6'sı oranında ek kesin teminatı idareye vermekle yükümlüdür. Böylece kesin teminatın her durumda müteahhidin alacağı ücretin %6'sı oranında olması sağlanmıştır.

4734 sayılı Kanun m.43/1 idare tarafından ihale edilip sözleşmeye bağlanan tüm mal ve hizmet alımlarına ve yapım işlerinde müteahhit tarafından verilecek kesin teminatı düzenlemiştir. Ancak 4734 sayılı Kanun'da 2008 yılında yapılan değişiklik ile bazı yapım işlerindeki kesin teminata ilişkin ayrı bir hüküm getirilmiştir. Kamu ihale inşaat sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda müteahhit tarafından aşırı düşük teklifler

³⁵⁰ KAPLAN, İbrahim: İstisna Akdinde Müteahhitten Talep Edilen Teminat ve Kesintiler, Yaklaşım Dergisi, sayı 102, Haziran 2001, s.28.

verilebilmektedir. Kural olarak müteahhit tarafından verilen aşırı düşük teklifler idare tarafından tespit edilen yaklaşık maliyetin altında olması halinde değerlendirmeye alınmamaktadır. Ancak 4734 sayılı Kanun m.38/2'ye göre yapım yönteminin ekonomik olması, seçilen teknik çözümler ve müteahhidin inşa eserini meydana getirirken kullanacağı avantajlı koşullar ile teklif edilen inşa eserinin özgünlüğü müteahhit tarafından birtakım belgelerle yazılı olarak ispat edilirse idare bu belgeleri değerlendirir. İdare tarafından yapılacak olan değerlendirme sonucunda müteahhidin sunduğu belgeler ve yaptığı açıklamalar yeterli görülürse kamu ihale inşaat sözleşmesi yapılır. 4734 sayılı Kanun m.43/2 uyarınca müteahhidin bu durumda idareye vereceği kesin teminat ihale bedelinin %6'sı değil, idare tarafından belirlenen yaklaşık maliyetin %6'sı oranında olmalıdır.

Kesin teminatın müteahhidin yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından iş sahibine sağladığı garanti fonksiyonunun ortadan kalkmaması amacıyla 4734 sayılı Kanun m.34/son idare tarafından alınan teminatların hiçbir durumda haczedilemeyeceğini ve üzerlerine ihtiyati tedbir kararı konulamayacağını düzenlemiştir. Böylece idarenin elinde bulundurduğu kesin teminatın garanti fonksiyonu, kesin teminatın bozulması ya da müteahhide geri verilmesine kadar korunmuş olmaktadır.

2. Kesin Teminat Olabilecek Değerler

Müteahhit idareye kesin teminat olarak belirli birtakım değerleri vermek zorundadır. 4734 sayılı Kanun m.34'te açık bir biçimde sayılan değerler dışında kalan herhangi bir değerın kesin teminat olarak verilmesi durumunda idare tarafından bunlar kabul edilmemektedir. 4734 sayılı Kanun m.34 uyarınca teminat olarak kabul edilecek değerler şunlardır:

- Tedavüldeki Türk Parası,
- Bankalar ve Özel Finans Kurumları Tarafından Verilen Teminat Mektupları,
- Hazine Müsteşarlığınca İhraç Edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve Bu Senetler Yerine Düzenlenen Belgeler.

Kesin teminatın tedavüldeki Türk parası olması durumunda bunun nakit olması ve saymanlığa ya da idarenin muhasebe müdürlüğüne yatırılması gerekir. 4734 sayılı

Kanun'un açık düzenlemesi söz konusu olduğundan müteahhidin teklifi yabancı bir para cinsinden olsa dahi teminatlar teklif bedeli üzerinden alınacağından, yabancı para birimi cinsinden nakit teminat alınması mümkün değildir³⁵¹.

Müteahhit tarafından kesin teminat olarak idareye verilebilecek değerlerden Hazine Müsteşarlığı tarafından ihraç edilen iç borçlanma senetleri (Hazine bonusu ve devlet tahvili) ile bunlar yerine geçecek belgelerde hangi değerın esas alınacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Çünkü devletin carî yıl bütçe kanununa dayanarak bütçe açıklarının finansmanı amacıyla çıkardığı iç borçlanma senetleri belirli bir vade içerir ve bu vade sonunda anapara ile birlikte belirli bir faiz getirisi sağlar. İç borçlanma senetlerinin vade tarihinden önce elden çıkarılması durumunda vade sonundaki faizden daha düşük bir faiz geliri söz konusu olur. Bu bakımdan iç borçlanma senetlerinin hangi değerinin esas alınacağı önem arz etmektedir. 4734 sayılı Kanun m.34/3 iç borçlanma senetlerinin ve bu senetler yerine geçecek belgelerin nominal değerlerine faiz dahil edilerek çıkarılanlar, anaparaya tekabül eden satış değeri üzerinden kesin teminat olarak kabul edilmektedir. Yani iç borçlanma senetleri ile bunlar yerine geçecek belgelerin üzerinde yazılı değerleri ifade eden nominal değere faiz dahil edilerek çıkarılanlar, satış değeri anapara olarak kabul edilerek kesin teminat olarak alınır.

Ülkemizde kesin teminat olarak en çok kullanılan değerlerin başında ise teminat mektupları gelmektedir. Teminat mektuplarının çok kullanılması bazı sorunların ortaya çıkmasına da neden olmaktadır. Geçmişte yaşanan sorunlar göz önüne alınarak 4734 sayılı Kanun teminat mektupları ile ilgili ayrı düzenlemelere yer vermiştir.

A. Teminat Mektubunun Hukukî Niteliği

4734 sayılı Kanun'da teminat olarak gösterilebilecek değerler arasında yer alan teminat mektuplarının hukukî niteliği Türk hukukunda tartışmalıdır. Bu tartışmalar özellikle teminat mektubunun kefalet (BK m.483 vd.) ya da garanti (BK m.110) sözleşmesi olup olmadığı noktasında yoğunlaşmıştır. Ancak Yargıtay tarafından verilen iki İBK ile teminat mektuplarının hukukî niteliği açık bir biçimde ortaya konmuştur.

³⁵¹ DOĞANYİĞİT: s.581.

Yargıtay tarafından verilen 1967 tarihli İBK'da³⁵² ilk olarak teminat mektubunun tanımı yapılmıştır. Buna göre *“Taahhütleri ihtiva eden sözleşmelerde çok defa taraflardan biri, karşı tarafın vecibesini yerine getireceği konusunda geçerli bir banka teminatı istemekte ve bankalarca verilen bu gibi taahhüt belgelerine teminat mektubu denilmektedir.”*. Yargıtay tanımı yaptıktan sonra teminat mektuplarının üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olduğunu ve mektubu verenin taahhüdünün esas sözleşmeden tamamen bağımsız olduğu belirtilmiştir³⁵³. Ayrıca teminat mektubunun kefaletten farkı üzerinde de durulmuştur. Buna göre kefalette asıl borca bağlı fer'î bir borç söz konusu olduğundan asıl borç sona erdiği zaman kefalet de sona ermektedir. Teminat mektubu ise garanti sözleşmesi niteliğinde olduğundan teminat verenin borcu aslî bir borçtur. Asıl borç sona erse dahi teminat mektubundan kaynaklanan borç devam etmektedir³⁵⁴.

Yargıtay tarafından verilen ikinci İBK'da³⁵⁵ da gümrük idaresine verilen teminat mektubunun BK m.110 anlamında üçüncü kişinin fiilini taahhüt anlamına gelen garanti

³⁵² Yargıtay İBK 13/12/1967 t. , 1966/16E. ve 1967/7K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

³⁵³ ARKAN, Sabih: Teminat Mektupları, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici - İşletmeci - Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 1996, s.311.

³⁵⁴ Kefalet sözleşmesi garanti sözleşmesinden farklı olarak yazılı şekilde yapılmalı ve kefalet limiti içermelidir. Ayrıca kefil asıl borçluya ait def'ileri ileri sürebilirken, garanti sözleşmesinde garanti verenin borçluya ait def'ileri ileri sürememekte, sadece kendisine ait def'ileri ileri sürebilmektedir. Halefiyet bakımından da kefil ifa ettiği şey oranında borçlunun haklarına halef olurken, garanti verenin böyle bir hakkı söz konusu değildir.

³⁵⁵ *“Muvakkat ithal yoluyla ithal edilen malların tayin edilen süre içerisinde yurt dışına çıkarılmaması halinde bu eşya için gümrük vesaire vergi ve resmî olarak tahakkuk ettirilen paranın gümrük idaresinin her zaman yapabileceği yazılı istek üzerine, derhal ve herhangi bir itiraza veya hüküm istihsaline mahal kalmaksızın ödemekte bankanın borçlu ile birlikte müşterek ve müteselsil kefil sıfatıyla zamin olduğuna dair bankalar tarafından gümrük vergisi borçlusu lehine ve fakat borçlu ile değil de diğer şahıslarla yapılan bir akte dayanarak **gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyet itibariyle Borçlar Kanununun 110. Maddesinde sözü edilen 3. Şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akti olduğuna ve bu sebeple garanti veren bankanın alacaklı gümrük idaresine bu sebeple ödediği parayı fiili taahhüt edilen 3. Şahıs mevkiindeki muvakkat ithalatçıdan rücu istemeyeceğine karar verildi. Bankalar tarafından gümrük vergisi borçlusu lehine, fakat borçlu ile değil de diğer şahıslarla yapılan bir akde dayanarak gümrük idaresine verilen teminat mektupları mahiyet olarak BK.nun 110.md.sözü***

sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay tarafından verilen sonraki tarihli kararlarda da teminat mektupları garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir³⁵⁶.

B. Teminat Mektubunun Şekli

BK m.110'da düzenlenen garanti sözleşmesi herhangi bir geçerlilik şartına tabi kılınmamıştır. Taraflar bir araya gelerek istedikleri şekilde garanti sözleşmesi yapabilme imkanına sahiptirler. Ancak teminat mektupları garanti sözleşmesi niteliğinde olmasına rağmen 4734 sayılı Kanun m.35 teminat mektuplarının kapsam ve şeklinin Kamu İhale Kurumu tarafından belirleneceğini düzenlemiştir. Teminat mektubunun şekli Kamu İhale Kurumu tarafından yayımlanan Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği'nin 1 nolu ekindeki standart formlar arasında yer almaktadır. Müteahhit tarafından verilecek olan teminat mektubunun standart forma uygun şekilde olmaması durumunda idare müteahhit tarafından verilen teminat mektubunu kabul etmemektedir.

C. Teminat Mektubu Verecek Kuruluşlar

Müteahhit tarafından idareye verilecek teminat mektuplarının kimin tarafından verilebileceği 4734 sayılı Kanun m.34/2'de açık bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre kurulan bankalar ve katılım bankaları ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu çerçevesinde Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı bankalar teminat mektubu verebilmektedir. Türkiye'de faaliyette bulunmasına izin verilmeyen yabancı bankalar, kamu ihale inşaat sözleşmeleri bakımından doğrudan teminat mektubu verememektedir. Bunlar ancak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre Türkiye'de kurulu banka ya da katılım bankalarına kontrgaranti vermek suretiyle, kontrgaranti verdikleri banka ya da katılım bankasının teminat mektuplarını verebilmektedir.

edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir.” Yargıtay İBK 11/06/1969 t. , 1969/4E. ve 1969/6K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

³⁵⁶ Yargıtay 11.HD. 27/12/1990 t. , 1989/4046E. ve 1990/8459K. sayılı kararı; Yargıtay 12.HD. 07/11/2003 t. , 2003/16972E. ve 2003/21995K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

D. Teminat Mektubunun Geçerlilik Süresi

4734 sayılı Kanun uyarınca kamu ihale inşaat sözleşmesinin söz konusu olduğu durumlarda teminat mektubunun belirli bir vade içermesi gerekir. Teminat mektubunda vade belirlenerek, teminatı veren banka ya da katılım bankasının hangi tarihe kadar sorumluluğunun devam edeceği tespit edilmektedir. 4734 sayılı Kanun m.35/2 uyarınca kesin teminat mektuplarının süresi kamu ihale inşaat sözleşmesi konusu işlerin bitiş tarihi dikkate alınarak idare tarafından belirlenmektedir.

3. Kesin Teminatın Geri Verilmesi

Müteahhit kamu ihale inşaat sözleşmesi ile üstlendiği inşa eserini ayıpsız ve eksiksiz bir biçimde meydana getirip teslim ettikten sonra idareye karşı herhangi bir borcu kalmaz ise kesin teminatını ve varsa ek kesin teminatını alma imkanına kavuşmaktadır. Kesin teminat ile ek kesin teminatın hangi usul izlenerek geri verileceği 4735 sayılı Kanun m.13'te ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Yapılan düzenleme ile yapım işlerinde kesin ve ek kesin teminatın geri verilmesi ile diğer işlerdeki (Mal ve hizmet alımı) kesin ve ek kesin teminatın geri verilmesi farklı usullere tabi kılınmıştır. Buna göre, müteahhit inşa eserini teslim ettikten sonra eksik ve ayıplarının bulunması durumunda bu eksik ve ayıpları gidermelidir. Ardından düzenlenecek geçici kabul tutanağının yetkili makam tarafından onaylanması ile kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatın yarısı müteahhide verilir. Müteahhit kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatın geri kalan kısmını ise Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan ilişiksiz belgesinin getirilmesi ve kesin kabul tutanağının yetkili makam tarafından onaylanması ile alabilmektedir.

Kesin teminatın ve varsa ek kesin teminatın iki kısma ayrılarak ve belirli şartlar dahilinde verilmesinin iki sebebi bulunmaktadır. Bunlardan ilki müteahhidin inşa eserindeki eksik ve ayıplardan kaynaklanacak sorumluluğunun ortaya çıkması durumunda kesin teminata ve varsa ek kesin teminata başvurma olanağının elde edilmesidir. Böylece müteahhit inşa eserindeki sorumlulukları sona ermeden eksik ve ayıpları gidermez ise idare kesin teminata ve varsa ek kesin teminata başvurabilecektir. İkinci sebep ise inşa eserinin yapımında görev alan işçilerin menfaatlerinin korunmasından ileri gelmektedir. Müteahhit Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan getireceği ilişiksiz belgesi ile işçilere ait

primlerin zamanında ve eksiksiz bir biçimde yatırıldığını idareye karşı göstermiş olacaktır.

4735 sayılı Kanun m.13/2 uyarınca müteahhit tarafından idareye ve Sosyal Güvenlik Kurumu'na karşı yükümlülükleri yerine getirilmez ya da ücret ve ücret sayılan diğer ödemelerden yapılan kanunî vergi kesintilerinin kesin kabul tarihine kadar ödenmez ise idare herhangi bir protesto çekmeden ve mahkeme kararı almadan kesin teminatı ve varsa ek kesin teminatı paraya çevirerek borçlara karşılık gelen tutarı ayırmakta, sonra geri kalan kısmı müteahhide geri vermektedir.

Kesin teminatın müteahhide zamanında geri verilmemesi durumunda idare öncelikle gecikmeden kaynaklanan banka giderlerine katlanmak zorundadır³⁵⁷. Ayrıca kesin teminatı nakit ya da bankada bulunan bakiyesine istinaden teminat mektubu olarak alması durumunda müteahhit, idareden kâr mahrumiyetini dahi isteyebilmektedir³⁵⁸.

Müteahhit tarafından kesin kabul belgesinin yetkili makamlar tarafından onaylanmasından itibaren 2 yıl içinde idarenin yazılı uyarısına rağmen talep edilmemesi halinde 4735 sayılı Kanun m.13/son uyarınca kesin teminat, teminat mektubu şeklinde verilmişse hükümsüz hale gelmekte ve bankasına iade edilmektedir. Teminat mektubu dışında kalan nakit Türk parası ile Hazine Müsteşarlığınca çıkarılan devlet iç borçlanma

³⁵⁷ **“İdarenin kendi kusurundan dolayı teminat mektubunu geç iade etmesi sonucunda bu gecikme yüzünden artan banka giderlerinin idareye ödettirilmesine ilişkin davada zamanaşımının başlangıç tarihi, banka giderlerinin kusurlu idare adına tahakkuk ettirildiği tarihtir.”** Yargıtay 15.HD. 02/12/1974 t. , 1974/1877E. ve 1974/2032K. sayılı karar (DOĞANYİĞİT: s.1136).

³⁵⁸ **“25.4.1974 tarihinde iade edilmesi lazım gelen 83 nolu teminat mektubunun 18.12.1974 tarihinde iade olunmasının, teminat mektuplarının, mektup kredisinden alınmış olması ve esasen bakiyeyi davacının kullanmaması nedenleri ile buna ilişkin kâr mahrumiyeti isteğinin red edilmesi doğru görülmüştür. Zira 15.1.1976 tarihli üç kişilik bilirkişi raporunda bu konuda ayrıca rapor verileceği belirtilmiş ve davacıya zararını isbat olanağı tanınmamıştır. Zira dava dilekçesinde sözü edilen kredisini kendi ticarî faaliyetlerinde kullanmaktan mahrum kaldığını, iş hacmi itibariyle aylık cirosunun 200.000 liradan aşağı düşmediğini iddia etmiştir. Bu nedenle bahsi geçen krediyi ne suretle kullanmadığının davacı taraftan sorulması doğruluğunun araştırılması ve mahkemece bilirkişi mütalaalarına başvurulduğuna göre bu hususta rapor alınması ve sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir.”** Yargıtay HGK 30/09/1981 t. , 1979/11-36E. ve 1981/643K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

senetleri ile bunlar yerine geçen belgeler ise 2 yıllık sürenin sonunda Hazine'ye gelir olarak kaydedilmektedir.

II. MÜTEAHHİDİN İNŞA ESERİ MEYDANA GETİRME BORCU

1. Müteahhidin İnşa Eserini Şahsen Meydana Getirmesi

A. Genel Olarak

Borç ilişkilerinde borçlunun borcunu şahsen ifa edip etmemesi BK m.67'ye göre belirlenmektedir. Buna göre kural olarak borç ilişkisinden doğan borç herkes tarafından ifa edilebilir. Ancak borçlunun şahsen ifa etmesinde alacaklının menfaati bulunuyorsa, borçlunun bizzat borcunu yerine getirmesi gerekir. Özellikle iş görme sözleşmelerinde (Hizmet, vekalet, yayın sözleşmeleri gibi) borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmaktadır³⁵⁹. İş görme sözleşmeleri arasında yer alan inşaat sözleşmelerinde de borcun müteahhit tarafından şahsen yerine getirilmesi önem taşımaktadır. BK m.356/2³⁶⁰ müteahhidin kural olarak meydana getirilecek inşa eserini bizzat yapmaya ya da kendi idaresi altında yaptırmaya mecbur olduğunu düzenlemiştir. Ancak işin niteliğine göre kişisel yeteneğin önemi yok ise müteahhidin taahhüt ettiği inşa eserini başkasına da yaptırabilmesi mümkündür³⁶¹. Böylece BK m.356/2'nin ilk cümlesi ile BK m.67'ye istisna getirilmektedir. BK m.356/2'nin ikinci cümlesi ise istisnanın istisnasını getirerek BK m.67'de belirtilen kurala dönülmesini sağlamış ve müteahhidin kişisel özelliklerinin önemli olmadığı durumlarda inşa eserinin başka kimselerce dahi meydana getirebilmesine imkan tanımıştır.

³⁵⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet: Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, cilt 32, sayı 1-4, 1975, s.185-187.

³⁶⁰ BK Tasarısı m.476/3 uyarınca “Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmak zorundadır. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”. Böylece müteahhidin kural olarak inşa eserini bizzat ya da kendi yönetimi altında yaptırması daha net bir şekilde ifade edilerek korunmuştur.

³⁶¹ ÖZ: İnşaat Sözleşmesi, s.110.

İnşaat sözleşmesinde inşa eserinin tamamının müteahhit tarafından yapılması her zaman mümkün değildir. Bugünkü inşa eserlerinin çoğunun kapsam olarak büyük ve karmaşık olması müteahhidin inşa eserini meydana getirirken temsilci kullanmasını gerektirir. İnşa eserinin temsilci aracılığıyla meydana getirilmesi müteahhidin inşa eserini şahsen meydana getirme borcuna aykırılık teşkil etmemektedir. Bu durumda müteahhidin, temsilcisini şahsen idare etme, gözetim ve denetim borcu doğmaktadır³⁶². Müteahhidin idare etme borcunun içinde işin iyi bir biçimde organize edilmesi, inşa eserinin yapımı sırasındaki bütün emniyet tedbirlerinin alınması da yer almaktadır. Bunlar ayrıca müteahhidin özen ve sadakat borcunun da birer parçasını oluşturur³⁶³.

4734 sayılı Kanun m.53/b'nin (2) numaralı bendi uyarınca Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanan ve iş sahibi idare ile müteahhit arasında yapılan kamu ihale inşaat sözleşmesinde uygulanacak genel esasları tespit eden Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİĞŞ), BK m.356/2'de olduğu gibi müteahhidin inşa eserini bizzat meydana getirmesini istemektedir. Müteahhidin inşa eserini şahsen yerine getirmesi YİĞŞ'nin çeşitli maddelerinde yer almıştır. YİĞŞ m.15/1 uyarınca kamu ihale inşaat sözleşmelerinde öngörülen inşa eserinin yapımı, idare tarafından görevlendirilen yapı denetim görevlisinin³⁶⁴ denetimi altında müteahhit tarafından gerçekleştirilir ve yönetilir. YİĞŞ m.16/1 müteahhidin inşa eserini kamu ihale inşaat sözleşmesi ve eklerine uygun bir biçimde yerine getirmesinden bahsederek müteahhidin bizzat inşa eserini meydana getirmesine yer vermektedir. Ayrıca YİĞŞ m.21/2'ye göre idare tarafından inşa eserinin yapımında alt müteahhit çalıştırılmasının öngörülmediği durumlarda, inşa eserinin tamamının müteahhit tarafından yapılması gerekir.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhidin konsorsiyum ya da iş ortaklığı olması da inşa eserinin şahsen meydana getirilmesine aykırılık teşkil etmemektedir.

³⁶² KILIÇOĞLU: Şahsen Yapma, s.189-190.

³⁶³ KILIÇOĞLU: Şahsen Yapma, s.190.

³⁶⁴ Yapı denetim görevlisi kamu ihale inşaat sözleşmelerinde idare tarafından işlerin denetim ve gözetimi ile görevlendirilen, idarenin kendi bünyesindeki bir personel ya da heyet veya idare dışında bu işleri yapmak üzere görevlendirilen gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir. Yapı denetim görevlisi FIDIC Kırmızı Kitaplar'da yer alan mühendise karşılık gelir. Yapı denetim görevlisinin görev ve yetkileri YİĞŞ m.15-17 arasında düzenlenir.

Konsorsiyum ya da iş ortaklığını meydana getiren gerçek ve/veya tüzelkişilerin her biri kendi uzmanlık alanları ile ilgili olarak yapım işini üstlenmektedir. Görünüşte birden çok müteahhidin inşa eserini meydana getirdiği görülse de esasen konsorsiyum ve iş ortaklığı kendi başlarına müteahhit olarak algılanmalıdır. Bu bakımdan inşa eserinin konsorsiyum ya da iş ortaklığı tarafından bizzat yerine getirilmesi YİGŞ'nin müteahhide yüklediği bizzat inşa eserini meydana getirmeye aykırılık teşkil etmemektedir³⁶⁵.

B. Müteahhidin Temsilci Tayin Etmesi

Müteahhit inşa eserini şahsen yerine getirmekle yükümlü olsa da günümüzde inşa eserlerinin boyut ve hacim olarak çok büyümesi ve inşa eserlerinin karmaşık bir yapıya bürünmesi müteahhidin inşa eserinin yapımında bazı kişilerden faydalanmasını zorunlu hale getirmiştir. Özellikle kamu ihale inşaat sözleşmelerinin konusunun baraj, otoyol, nükleer santral gibi inşa eserleri olduğu düşünüldüğünde müteahhidin inşa eserinin yapımı sırasında yardım alması, inşa eserinin şahsen meydana getirilmesine aykırı olmamaktadır. YİGŞ müteahhidin inşa eserinin yapımında kendisine yardımcı olacak kişilerden müteahhit temsilcisini m.4'te açık bir biçimde tanımlamıştır. Buna göre müteahhit temsilcisi, kamu ihale inşaat sözleşmesinde müteahhidi temsil eden, yapılacak işlerle ilgili olarak müteahhitten noterden düzenlenmiş bir vekaletname ile tam yetki alan ve bu vekaletname idarece kabul edilmiş olan gerçek kişidir. Burada müteahhit temsilcisinin söz konusu olabilmesi için bazı şartların bir arada bulunmalıdır. Öncelikle müteahhit temsilcisi olacak kişinin gerçek kişi olması gerekir. Tüzel kişiliğe sahip olan ticarî şirket, dernek vb. müteahhit temsilcisi olma imkanına sahip değildir. Müteahhit temsilcisi olacak gerçek kişinin müteahhitten tam yetki alması ve bunu noterden düzenlenmiş vekaletname ile belgelemesi de gerekir. Gerçek kişi tarafından alınan vekaletnamenin idare tarafından kabul edilmesi halinde müteahhit temsilciliği söz konusu olmaktadır. Sayılan şartların sağlanmaması halinde ise müteahhit temsilcisinden bahsedilememektedir.

Müteahhidin inşa eserinin yapımı sırasında iş sahasında bulunması gerekir. Ancak müteahhit iş sahasında bulunmadığı zamanlarda yerine temsilcisini görevlendirmek ve iş

³⁶⁵ Konsorsiyum ve iş ortaklığı bakımından ayrıntılı açıklama için bkz. s.49-64.

sahasında bulundurmak zorundadır. YİĞŞ m.19 müteahhidin inşa eserinin yapımında iş sahasında bulunmaması durumunda müteahhit temsilcisinin görevlendirilmesi gerektiğini düzenlemektedir. Müteahhit ancak müteahhit temsilcisini görevlendirerek iş sahasından ayrılabilir. Bunun dışında inşa eserinin yapımı sırasında müteahhit iş sahasında bulunmak zorundadır. Müteahhit ile müteahhit temsilcisinin iş sahasından ayrılmasını gerektiren bir durumun ortaya çıkması halinde ise yapı denetim görevlisinden izin alınması gerekir. Aksi halde iş sahasının izin alınmadan terk edilmesi, kamu ihale inşaat sözleşmesinin bir parçasını oluşturan YİĞŞ'nin ihlalini oluşturur.

Müteahhidin temsilcisinin sorumluluğu konusunda 4735 sayılı Kanun'da ve YİĞŞ herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. 4735 sayılı Kanun m.36 göz önüne alındığında BK'nın temsile ilişkin hükümleri burada uygulama alanı bulmaktadır. Müteahhidin temsilcisi tam yetkiye sahip olduğu için yetki alanı dışında bir işlem yapması mümkün değildir. Ancak müteahhit temsilcisi kendisinden temsil yetkisi alınmasına rağmen müteahhit adına işlemler yapıyorsa BK'nın yetkisiz temsile ilişkin hükümleri (BK m.38-40) söz konusu olacaktır. Yetkisiz temsil durumunda yapılan işlem kural olarak temsil olunan müteahhidi bağlamamaktadır. Ancak yapılan işlemle üçüncü kişi bağlı olmaktadır. Bu durumda tek taraflı bağlamazlık ortaya çıkar. Temsil olunan müteahhit, yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme icazet verirse yapılan işlem başlangıçtan itibaren geçerli hale gelir³⁶⁶. Müteahhit tarafından icazet verilmemesi durumunda üçüncü kişi de yapılan işlemle bağlı olmaktan kurtulmakta ve işlem geçersiz hale gelmektedir³⁶⁷.

³⁶⁶ “Borçlar Yasasının 32 ve sonraki maddeleri temsil ve icazet konularında hükümler koymuştur. Özel olarak 38 inci maddedeki: (bir kimse selahiyetli olmadığı halde diğer bir şahıs namına bir akit yaptığı takdirde, bu şahıs bu akde icazet vermedikçe alacaklı veya borçlu olamaz) hükmünden çıkan anlam, **sonradan verilen icazetin yetkisiz temsilcinin daha önce yapmış olduğu işlemleri de, içine alacağı ve bu işlemlere geçerlilik vereceği yolundadır. İcazet hükümleri geriye yürütmesinin, icazetin daha önceki işlemleri geçerli kılmak üzere yapılmış bir işlem olmasının sonuçlarındandır.**” Yargıtay HGK 07/04/1965 t. , 1965/1-26E. ve 1965/149K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

³⁶⁷ KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s.174-175; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP: s.264 vd.; EREN: Borçlar Genel, s.414-415; REİSOĞLU: s.136-138.

2. Müteahhidin İna Eserini Alt Müteahhit ile Birlikte Meydana Getirmesi

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinin konusunu genellikle metro, baraj, otoyol, nükleer santral gibi kapsam bakımından büyük ve karmaşık iler oluurmaktadır. Müteahhit tarafından stelenilen bu inşa eserlerinin yapımı sırasında uzmanlık gerektiren iler de olmaktadır. Müteahhidin tek başına, uzmanlık gerektiren ileri yapabilmesi çoğu zaman mümkün değildir. Müteahhidin konsorsiyum ya da i ortaklığı olması durumunda dahi uzmanlık gerektiren işlerin başkalarına yaptırılması gerekebilir. Ayrıca inşaat sektöründe sağlanan ilerlemeler ve gelişen teknolojinin kullanılması bakımından da müteahhit dışındaki kişilere ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle know-how gerektiren uygulamaların inşa eserinde olması müteahhit dışındaki kişilerin inşa eserinin yapımında rol almasını gerektirir. Sayılan sebeplerden ötürü müteahhit inşa eserini meydana getirirken, için bir kısmının alt müteahhit denilen kimselere yaptırabilmektedir.

A. Alt Müteahhit Tanımı

Alt müteahhit kavramı doktrin ve yargı kararlarında çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır. TANDOĞAN tarafından yapılan tanım uyarınca asıl müteahhidin inşa eserini meydana getirme borcunun ifasını kendi adına ve hesabına yaptığı bir istisna sözleşmesi ile ona bıraktığı, kendi hesabına çalışan yardımcı kişilere alt müteahhit denilmektedir³⁶⁸. AKKANAT'e göre ise alt müteahhit, asıl müteahhit ile yapmış olduğu sözleşme gereğince, asıl müteahhidin i sahibine karşı meydana getirmek üzere borçlandığı inşa eserinin bir kısmını (veya tamamını) kendi sorumluluğu altında meydana getirmeyi asıl müteahhide karşı borçlanmış olan kiidir³⁶⁹. ALTA müteahhit ile yaptığı bir eser sözleşmesi ile asıl müteahhidin i sahibine karşı borçlandığı için bir kısmının ya da tamamının yerine getirilmesini üzerine alan kişiyi alt müteahhit olarak tanımlamıtır³⁷⁰.

Doktrin tarafından yapılan tanımlamaların yanında Yargıtay da alt müteahhidi tanımlamıştır. Yargıtay 4.HD'si tarafından verilen kararda alt müteahhit "*Eseri yapma*

³⁶⁸ TANDOĞAN: Borçlar zel, Cilt 2, s.77.

³⁶⁹ AKKANAT, Halil: Taeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2000, s.7.

³⁷⁰ ALTA, Hüseyin: Eserin Teslimden nce Telef Olması (BK m.368), Ankara, 2002, s.170.

borcunun ifasının kısmen veya tamamen kendisine devredildiği bağımsız ve kendi hesabına çalışan yardımcı şahıs” olarak tanımlanmaktadır³⁷¹.

YİĞŞ m.4 alt müteahhidi doktrin ve yargı kararlarına göre daha sade bir biçimde tanımlanmıştır. Buna göre, sözleşme konusu inşa eserinin bir kısmını asıl müteahhit ile yapacağı sözleşmeye dayalı olarak meydana getirecek gerçek veya tüzel kişi alt müteahhit olarak adlandırılmıştır.

B. Alt Müteahhidin Belirlenme Usulü

YİĞŞ’te yer alan alt müteahhit tanımı, BK’ya göre yapılan inşaat sözleşmelerindeki alt müteahhit tanımı ve FIDIC Kırmızı Kitaplar’da yer alan alt müteahhit tanımı ile aynı unsurları içerir. Ancak FIDIC Kırmızı Kitaplar’da atanmış ve onaylanmış olmak üzere iki türlü alt müteahhitlik öngörülmüştür. Oysa kî kamu ihale inşaat sözleşmelerinde sadece müteahhit tarafından seçilen alt müteahhide yer verilmiştir. İdarenin FIDIC Kırmızı Kitaplar’da olduğu gibi alt müteahhit atama yetkisi bulunmamaktadır. Ancak YİĞŞ m.21 kamu ihale inşaat sözleşmelerinde inşa eserinin yapımında görev alamayacak alt müteahhitleri tek tek saymıştır. Buna göre,

- 4734 sayılı Kanun m.11 uyarınca ihalelere katılamayacak olanlar,
- 4734 sayılı Kanun m.58 uyarınca ihalelere katılmaktan yasaklı olanlar,
- 4734 sayılı Kanun m.53 (b) bendinin (8) numaralı alt bendi uyarınca Bakanlar Kurulu kararında belirtilecek yabancı istekliler,
- 4735 sayılı Kanun m.26 uyarınca yasaklı olanlar,

kamu ihale inşaat sözleşmesine göre yapılan yapım işlerinde alt müteahhit olamamaktadırlar. Böylece idare, alt müteahhidi doğrudan atayamamakta ancak kimlerin alt müteahhit olamayacağını belirleyebilmektedir.

YİĞŞ m.21’de yer almayan kişilerin alt müteahhit olarak çalışabilmesi idare tarafından onaylanmalarına bağlıdır. İhale belgelerinde, kamu ihale inşaat sözleşmesi

³⁷¹ Yargıtay 4.HD. 15/09/1980 t. , 1979/8100E. ve 1980/9498K. sayılı karar (KARAHASAN: s.219-220)

imzalanmadan önce alt müteahhitlerinin yer aldığı listenin idarenin onayına sunulmasının istenmesi durumunda idare, listede yer alan alt müteahhitleri onaylayıp onaylamadığını, listenin sunulmasından itibaren 15 gün içinde bildirir. İdare tarafından onaylanmayan kişilerin alt müteahhit olarak inşa eserinin yapımında görev alması mümkün değildir. İdare tarafından onaylanan alt müteahhitler bakımından ise, asıl müteahhit ile alt müteahhit arasında yapılan alt müteahhitlik sözleşmesinin, alt müteahhidin işe başlamadan önce yapılması ve bir örneğinin idareye verilmesi gerekir. İnşa eserinin yapımı sırasında alt müteahhitlerin değiştirilmesi durumunda da aynı yol izlenir.

C. Alt Müteahhide Yapım İşinin Tamamının Devredilmesi Yasası

BK'ya göre yapılan inşaat sözleşmesinde asıl müteahhit, iş sahibi adına ve hesabına hareket ederek sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devredebilir. Ancak bu durum inşa eserinin alt müteahhit ile yapılmasından farklılık gösterir. İnşa eserinin alt müteahhit ile birlikte yapılmasında BK m.356/2 hükmü dikkate alınmaktadır. İnşa eserinin yapımında müteahhidin kişisel özelliklerinin dikkate alınmadığı durumlarda işin bir kısmı ya da tamamı alt müteahhide yaptırılabilir. İnşaat sözleşmesinin üçüncü kişiye devredilmesi durumunda ise BK m.356/2 hükmü uygulama alanı bulmaktadır³⁷². Bu durumda BK m.173-181 arasında düzenlenen borcun naklî hükümleri söz konusu olmaktadır. İnşaat sözleşmesi yapıldıktan sonra malî, ekonomik, kişisel nedenler ötürü meydana gelen değişiklikler müteahhidin inşaat sözleşmesini gereği gibi ifa etmesine engel olabilmektedir. Bu durumda müteahhidin inşaat sözleşmesinde üstlenmiş olduğu edimleri üçüncü kişiye devretmesi söz konusu olmaktadır. Bunun için birtakım şartların varlığı gerekir. Öncelikle müteahhit ile üçüncü kişi inşaat sözleşmesinden doğan borçların devri konusunda anlaşmalıdır (Borcun iç üstlenilmesi). Ardından iş sahibi, inşaat sözleşmesinden kaynaklanan borçları üstlenen üçüncü kişi ile anlaşmaya varmalıdır (Borcun dış üstlenilmesi). İş sahibi ile üçüncü kişinin aralarında sözleşme yapması ile

³⁷² TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.95.

üçüncü kişi inşaat sözleşmesinin tarafı haline gelmekte ve inşaat sözleşmesinden kaynaklanan edimleri ifa etme borcu altına girmektedir³⁷³.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde idare, müteahhidin birtakım özelliklerini dikkate almakta ve buna göre sözleşme yapmaktadır. Müteahhidin sahip olduğu tecrübe, bilgi, birikim ve know-how idarenin kamu ihale inşaat sözleşmesi yapmasında önemli rol oynamaktadır. Bu bakımdan müteahhidin üstlenmiş olduğu edimlerinin tamamını alt müteahhide devretmesi kamu ihale inşaat sözleşmelerinde yasaklanmıştır. YİĞŞ m.21/3 “İşin tamamını hiçbir suretle alt yükleniciler marifetiyle yaptırılmaz” demek suretiyle müteahhidin üstlendiği edimlerin tamamını alt müteahhide devredemeyeceğini açık bir biçimde düzenlemiştir. Müteahhit YİĞŞ m.21/3 hükmüne rağmen inşa eserinin yapımının tamamını alt müteahhide devrederse, yapılan devir geçersizdir. Ayrıca müteahhit üstlendiği edimleri, alt müteahhide devrettiği gerekçesiyle yerine getirmemezse 4735 sayılı Kanun m.20/1’in (a) bendi uyarınca idare, müteahhidin edimlerini ihale dokümanı ve kamu ihale inşaat sözleşmesi hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi nedeniyle müteahhide en az 10 gün süreli ve nedenlerini açıkça belirtilen ihtar çekmelidir. Yapılan ihtara rağmen ihale dokümanları ve sözleşme hükümlerine aykırılık devam ederse ayrıca protesto çekmeye gerek kalmadan kamu ihale inşaat sözleşmesi idare tarafından feshedilmekte ve kesin teminat ve varsa ek kesin teminat gelir olarak kaydedilmektedir.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhidin üstlenmiş olduğu tüm edimleri alt müteahhide devretmesine izin verilmezken, zorunlu durumların varlığı halinde ise kamu ihale inşaat sözleşmesinin devredilmesine imkan tanınmıştır. 4735 sayılı Kanun m.16 uyarınca kamu ihale inşaat sözleşmesinin devredilebilmesi için şu şartların bir arada olması gerekir:

- Sözleşmenin devrine ilişkin zorunlu bir hal olmalı,
- İdare (İhale yetkilisi) tarafından sözleşmenin devrine yazılı izni bulunmalı,
- Sözleşmeyi devralacak kişinin ilk ihalede yer alan şartlara sahip olmalı.

³⁷³ Borcun naklî ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s:608-621; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP: s.355-370; EREN: Borçlar Genel, s.1195-1207; REİSOĞLU: s.418-426.

Kamu ihale inşaat sözleşmesinin devir şartları arasında yer alan “Zorunlu haller”den ne anlaşılması gerektiği madde metninde açıklanmamıştır. Zorunlu hallerin varlığı sadece müteahhidin kamu ihale inşaat sözleşmesini sürdürmesine olanak vermeyecek nedenler olmalıdır. Çünkü kamu ihale inşaat sözleşmesini devralacak kişinin sözleşmeden kaynaklanan edimleri yerine getirmesi beklenmektedir. Bu bakımdan zorunlu hallerin müteahhidin şahsından kaynaklanan sebepler olması gerekir. Örneğin müteahhidin iflas etmesi, teknik becerilerini kaybetmesi, işleri sürdüreceği malî güçten yoksun kalması, sözleşme hükümlerini yerine getiremeyecek derecede aciz duruma düşmesi (Temyiz kudretinin kaybedilmesi ya da mahkum olunması gibi) kamu ihale inşaat sözleşmesinin üçüncü kişiye devri için zorunlu hallerden sayılmaktadır³⁷⁴.

Alt müteahhit olarak inşa eserinin yapımında görev alan kişinin kamu ihale inşaat sözleşmesini devralarak asıl müteahhit durumuna geçmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Bu durumda alt müteahhit durumunda olan kişi kamu ihale inşaat sözleşmesini devralarak sözleşmeye taraf olmakta ve artık inşa eserinin yapımına alt müteahhit olarak değil, asıl müteahhit olarak devam edebilmektedir.

Müteahhidin kamu ihale inşaat sözleşmesini idarenin yazılı izni olmaksızın devretmesi durumunda sözleşme idare tarafından feshedilebilir (4735 sayılı Kanun m.20). Şartların varlığı halinde kamu ihale inşaat sözleşmesinin devredilmesi durumunda, bu devirden itibaren 3 yıl içinde başka bir kimseye sözleşmenin devredilmesi 4735 sayılı

³⁷⁴ DOĞANYİĞİT: s.1145. KULUÇLU, 4735 sayılı Kanun m.16’da yer alan “Zorunlu haller”in mücbir sebepleri de içine alacak biçimde kabul edilmesi gerektiği belirtmiştir. Buna göre 4735 sayılı Kanun m.10’da yer alan mücbir sebeplerin birisinin meydana gelmesi müteahhit açısından zorunlu durumu ortaya çıkarmaktadır. 4735 sayılı Kanun m.10 doğal afet, kanunî grev, genel salgın hastalık, kısmî ya da genel seferberlik ilanı ile Kamu İhale Kurumu tarafından sonradan belirlenecek sebepleri mücbir sebep olarak kabul etmektedir. Mücbir sebep olarak kabul edilen sebepler kamu ihale inşaat sözleşmesinin devredileceği üçüncü kişinin taahhütlerini yerine getirmesine de engel nitelikteki durumlardır. Bu bakımdan mücbir sebep durumunda müteahhidin kamu ihale inşaat sözleşmesini devretmesi, inşa eserinin yapımının devam etmesi bakımından herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Ayrıca mücbir sebeplerin Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenebilmesi keyfî birtakım uygulamaların ortaya çıkmasına da neden olabilmektedir. Bu bakımdan mücbir sebeplerin kamu ihale inşaat sözleşmesinin devri açısından uygulanmaması gerekmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. KULUÇLU, Erdal: Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri, Sayıştay Dergisi, sayı 49, s.100-110.

Kanun m.16 tarafından yasaklanmıştır. Bu yasaklamaya uyulmaması durumunda da idarenin kamu ihale inşaat sözleşmesini feshetme durumu ortaya çıkmaktadır. İzinsiz devrin sonucunda ayrıca idare, 4735 sayılı Kanun m.26'ya göre müteahhidin 1 yıldan az olmamak üzere 2 yıla kadar yapılacak ihalelere katılmasına yasaklama da getirebilmektedir.

D. Asıl Müteahhidin Alt Müteahhitten Dolayı İş Sahibine Karşı Sorumluluğu

Asıl müteahhidin alt müteahhidin davranışlarından sorumluluğu incelenirken ikili bir ayırım yapılması gerekir. BK m.356/2 uyarınca müteahhit kişisel özelliklerinin önem arz ettiği durumlarda inşa eserinin yapımının kısmen ya da tamamında alt müteahhit görevlendiremez. Aksi durumda yani, müteahhidin kişisel özelliklerinin önemli olmadığı durumlarda ise müteahhit inşa eserinin bir kısmını ya da tamamını alt müteahhitlere yaptırabilir. Asıl müteahhidin alt müteahhidin yaptığı işlerden sorumluluğu, alt müteahhit görevlendirme yetkisine sahip olup olmamasına göre değişiklik göstermektedir³⁷⁵.

Asıl müteahhidin alt müteahhit görevlendirme yetkisine sahip olması durumunda, asıl müteahhit alt müteahhidin davranışlarından dolayı, ancak alt müteahhidi seçmekte ve talimat vermekte kusurlu olmasından dolayı iş sahibine BK m.100'e göre sorumlu olmaktadır³⁷⁶. BK m.100'de yer alan yardımcı kişilerin sorumluluğunun uygulama alanı bulması için ifanın borçlu yerine başkası tarafından getirilmesi ve borçlu ile yardımcı kişi arasında sözleşme ilişkisinin bulunması gerekir³⁷⁷. İnşaat sözleşmelerinde alt müteahhidin olduğu durumlarda da edimlerin ifası asıl müteahhit yerine alt müteahhit tarafından yerine getirilmektedir. Ayrıca asıl müteahhit ile alt müteahhit arasında da alt müteahhitlik sözleşmesine dayanan bir ilişki mevcuttur.

³⁷⁵ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.91-92; ARAL: s.341.

³⁷⁶ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.94; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.67-68; KILIÇOĞLU: Şahsen Yapma, s.198.

³⁷⁷ KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s.478-481.

Asıl müteahhit, alt müteahhidi iyi seçtiğini ve gerekli talimatları verdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamamaktadır³⁷⁸. Müteahhidin sorumluluktan kurtulabilmesi için alt müteahhidin yerinde kendisi olmuş olsaydı kusurlu hareket etmeyeceğini ispatlaması gerekmektedir. Bu durumda asıl müteahhit alt müteahhitten kaynaklanan sorumluluğundan kurtulabilmektedir³⁷⁹.

Asıl müteahhidin inşa eserinin yapımında yetkisi olmamasına rağmen alt müteahhit görevlendirmesi ve alt müteahhidin davranışlarından dolayı iş sahibinin zarar görmesi durumunda asıl müteahhidin BK m.100'e göre sorumluluğu devam etmektedir. Alt müteahhidin yetkisiz görevlendirilmesi BK m.100 hükmünün uygulanmasına engel değildir. Asıl müteahhit BK m.100 yanında, yetkisi olmadan alt müteahhit görevlendirdiğinden BK m.96'ya göre de sorumlu olmaktadır³⁸⁰. Bu durumda inşaat sözleşmesinin ihlali, alt müteahhitlik sözleşmesinin yapılması ile değil, alt müteahhidin inşa eserinin yapımında fiilî olarak görevlendirilmesi ile ortaya çıkmaktadır³⁸¹. Bu durumda iş sahibi asıl müteahhitten alt müteahhidin inşa eserinin yapımından uzaklaştırılmasını, BK m.358/2'ye göre inşa eserini başkasına yaptırabilmesini, ücretten indirim yapılmasını ve BK m.106-108 arasında düzenlenen borçlunun temerrüdüne göre inşaat sözleşmesinin feshedilmesini isteme haklarından birini kullanmalıdır³⁸².

Kamu inşaat sözleşmelerinde alt müteahhidin yaptığı işlerden dolayı asıl müteahhidin sorumlu olması esası getirilmiştir. YİĞŞ m.21/6 alt müteahhidin yapacağı bütün işlerden dolayı idareye karşı asıl müteahhidin sorumlu olduğunu düzenlemiştir. Alt müteahhitlerin inşa eserinde görev alabilmesi için idareden yazılı şekilde onay almaları gerekir. İdare tarafından alt müteahhit için verilen yazılı onay, müteahhidi alt müteahhitten kaynaklanan sorumluluğundan ise kurtarmamaktadır. İdarenin alt müteahhide onay vermesi müteahhidin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. İdare tarafından onay verilmesinin sebebi, alt müteahhidin hem hukuken hem de teknik

³⁷⁸ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.94; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.67.

³⁷⁹ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.94.

³⁸⁰ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.92-93; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.58.

³⁸¹ ARAL: s.342.

³⁸² TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.92; ARAL: s.342.

anlamda gerekli nitelikleri taşıyıp taşımadığının belirlenmesi ihtiyacından kaynaklanmaktadır.

YİĞŞ m.21/7'ye göre idarenin alt müteahhit tarafından yapılan bir bölümün kamu ihale inşaat sözleşmesine uygun olmadığını tespit etmesi durumunda iki seçimlik hakkı bulunur. Bunlardan ilkinde göre idare alt müteahhidi kamu ihale inşaat sözleşmesine aykırı olarak yaptığı işten dolayı değiştirilmesini asıl müteahhitten talep etme hakkına sahiptir. Asıl müteahhit idare tarafından alt müteahhidin değiştirilmesi yönündeki talebine uygun olarak alt müteahhidi değiştirmekle yükümlüdür. İdarenin sahip olduğu ikinci seçimlik hak ise asıl müteahhidin idare tarafından alt müteahhide yaptırılmak istenmeyen herhangi bir bölümünü şahsen kendisi yapmasıdır. Burada asıl müteahhit tarafından şahsen yapılması istenen bölüm sadece alt müteahhidin kamu ihale inşaat sözleşmesine aykırı olarak yapılan bölümle sınırlandırılmamıştır. Alt müteahhit tarafından yapılacak olsun ya da olmasın inşa eserinin herhangi bir bölümünün asıl müteahhit tarafından şahsen yapılması idare tarafından istenebilir.

III. MÜTEAHHİDİN ARAÇ - GEREÇ VE MALZEME SAĞLAMA BORCU

1. Müteahhidin Araç - Gereç Sağlama Borcu

BK m.356/3³⁸³ uyarınca taraflar aralarında aksini kararlaştırmadıkça, inşa eserinin yapımında kullanılacak araç-gereçler müteahhit tarafından sağlanmaktadır. Buradaki araç-gereç kavramının içinde inşaat makineleri, vinçler, motorlar, geçici enerji hatları vb. girmektedir. Ayrıca şantiye binası ile işçi yemekhane ve lojmanlarının yapımı, servis araçlarının sağlanması, yakıt sağlama da araç - gereç sağlama borcunun içinde yer almaktadır³⁸⁴. Müteahhit araç - gereci sağlarken bunların hem nitelik hem de nicelik olarak inşa eserinin yapımı için yeterli olmasına dikkat etmek durumundadır. Müteahhit sağladığı araç-gereçlerin masraflarından ve inşa eserinin tamamlanması ile birlikte araç-

³⁸³ BK Tasarısı m.476, aksine bir adet ya da anlaşma olmadıkça müteahhidin inşa eserinin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç - gereçleri kendisinin sağlaması zorunda olduğunu düzenlemiştir. BK m.356/3'te yer alan düzenleme aynen korunmuştur.

³⁸⁴ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.68; KARAHASAN: s.218-219; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.101-102.

gereçlerin götürülmesinden kaynaklanan masraflardan da sorumludur. Çünkü inşa eserinin tamamlanmasından sonra araç-gereçlerin iş sahasından götürülmesi müteahhidin teslim borcunun içinde yer alır. Ancak taraflar araç - gereçlerin taşınmasından kaynaklanan masraflar bakımından aksini kararlaştırma imkanına sahiptirler³⁸⁵. Araç - gereçlerin iş sahibi tarafından karşılanması durumunda müteahhidin, iş sahibi tarafından sağlanan araç-gereci özenle kullanması gerekir³⁸⁶.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde inşa eserinin yapımında kullanılacak olan araç - gereçlerin sağlanmasından müteahhit sorumlu olmaktadır. YİĞŞ'nin "*İşin yürütülmesi için gerekli personel ve araçlar*" başlıklı m.20/1 uyarınca müteahhit kamu ihale inşaat sözleşmesinin imzalanmasının ardından inşa eserinin kapsam ve önemi ile iş programına uygun nitelik ve nicelikte her türlü araç - gereci sağlamakla yükümlüdür. Müteahhit tarafından sağlanan araç-gereçlerin inşa eserinin yapımına uygun nitelikte olup olmadığının tespiti, inşa eserinin yapımının başında ve devamı sırasında idare tarafından yapılmaktadır. İdare tarafından yapılacak tespit sonucunda araç - gereçlerin yeterli nitelik ve nicelikte olmadığı görülürse, YİĞŞ m.20/3 uyarınca müteahhit kendisine uyarıda bulunur. Müteahhit bu uyarı içerikli tebligatı aldığı tarihten itibaren 10 gün içinde araç - gereçleri idare tarafından istenen duruma getirmek durumundadır. Ancak söz konusu uyarının yapı denetim görevlisi tarafından yapılması yerinde olacaktır. Çünkü yapı denetim görevlisi, idare tarafından görevlendirilen uzman kişidir. Araç - gereçlerin yeterli nitelik ve nicelikte olup olmadığının tespiti yapı denetim görevlisi tarafından daha net bir biçimde tespit edilebilecektir. Ayrıca yapı denetim görevlisine YİĞŞ m.15 ile denetim yetkisi, m.16 ile ise talimat verme yetkisi verilmiştir. Sahip olduğu yetkiler göz önüne alındığında, araç - gereçlerin yetersizliği durumunda uyarı niteliğindeki tebligatın yapı denetim görevlisi tarafından yapılmalıdır. Bunu destekleyecek hususlardan birisi de YİĞŞ m.20/5'te düzenlenmiştir. Buna göre müteahhit, kullanılacak araç - gerecin idare tarafından her an kontrol edilebilmesi için yapı denetim görevlisine çalıştırıldıkları işler ve yerler ayrı ayrı belirtilmek üzere araç - gereçleri içeren ayrıntılı bir cetvel vermelidir. Araç - gereçlerin ayrıntılı listesini elinde bulunduran yapı denetim görevlisinin araç - gereçlerin nitelik ve niceliği ile ilgili uyarı yapması daha uygun ve amaca yöneliktir.

³⁸⁵ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.103-104; KARAHASAN: s.219.

³⁸⁶ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.68; ARAL: s.343; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.102.

İnşa eserinin yapımında kullanılacak olan araç-gereçlerin sağlanması yanında taşınması da müteahhidin sorumluluğu altındadır. YİGŞ m.28'e göre kamu ihale inşaat sözleşmesi ve eklerinde aksi kararlaştırılmadıkça araç-gereçlerin taşınmasına ve bunlar için yapılacak depo, baraka, hangar gibi yerlerin yapılmasına ilişkin masraflar müteahhide aittir. Müteahhit ayrıca araç - gerecin taşınması ile ilgili olarak iş sahasına ulaşacak yolları, bunlar üzerinde bulunan köprü ve geçitleri yapmak ve bakımını sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca araç - gereçlerin taşınması sırasında kamuya açık olan yollardaki gerekli tedbirleri de almak ve masraflarını karşılamak müteahhidin borçları arasındadır.

İş sahasının değiştirilmesi durumunda araç - gereçlerin yeni iş sahasına taşınması ile ilgili masraflar müteahhide aittir. Ancak iş sahasının taşınması birtakım koşulların varlığına bağlı tutulmuştur. Buna göre öncelikle zorunlu bir durumun olması gerekir. Buradaki zorunlu durumdan 4735 sayılı Kanun m.10'da sayılan mücbir sebepler anlaşılmalıdır. Mücbir sebeplerin varlığının yanında kamu ihale inşaat sözleşmesinde belirtilen ücretin aşılmaması da gerekir. Ücretin aşılması iş sahasının değiştirilmesine engel olmaktadır. Son olarak ise idare ile müteahhit iş sahasının değiştirilmesi konusunda anlaşmalıdır. Sayılan üç koşulun bir arada bulunması durumunda iş sahasının değiştirilmesi ve araç-gereçlerin yeni iş sahasına taşınması söz konusu olmaktadır.

2. Müteahhidin Malzeme Sağlama Borcu

A. Malzemenin Müteahhit Tarafından Sağlanması

a. Genel Olarak

İnşa eserinin meydana getirilmesinde kullanılan ve inşa eserine takılı olarak kalan taş, kum, çakıl, inşaat demiri, pencere, su ve elektrik tesisatı gibi hammadde ya da yarı mamul şeklindeki malzemenin³⁸⁷ BK m.357'ye göre kimin tarafından sağlanacağı açık bir biçimde düzenlenmemiştir. İnşaat sözleşmesinde hüküm ve bu konuda bir adet bulunmadığı takdirde malzeme sağlama borcunun kim tarafından karşılanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bazı yazarlar BK m.356/3'ün ters anlamından malzeme sağlama

³⁸⁷ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.69; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.104; KARAHASAN: s.221-222.

borcunun iş sahibi tarafından gerektiği düşünmektedir³⁸⁸. Ayrıca GAUCH, BK m.357/1 müteahhidin ancak inşaat sözleşmesi ile kendisine yüklendiği ölçüde malzeme sağlama borcunun olabileceğini, tereddüt durumunda ise malzemenin iş sahibi tarafından sağlanmasının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır³⁸⁹. TANDOĞAN ise, BK m.357/1'in malzemenin müteahhit tarafından sağlanmasını düzenlediği ve bu fıkranın malzemenin iş sahibi tarafından sağlanmasına ilişkin ikinci fıkradan daha önce yer almasından dolayı, kural olarak malzemenin müteahhit tarafından sağlanması gerektiği görüşündedir³⁹⁰. Tarafların inşaat sözleşmesinde, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması konusunda anlaşmaları ya da malzemenin iş sahibi tarafından sağlanacağına yönelik yerel adet ve uygulama söz konusu ise müteahhidin malzeme sağlama borcu söz konusu olmamaktadır³⁹¹.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde BK m.357'nin aksine inşa eserinin yapımında kullanılacak olan malzemenin müteahhit tarafından karşılanacağı net bir biçimde yer almaktadır. YİĞŞ m.20 araç - gereçlerin temininde olduğu gibi malzemenin temini konusunda da müteahhidi sorumlu tutmaktadır. Buna göre müteahhit, kamu ihale inşaat sözleşmesinin imzalanmasından sonra, meydana getireceği inşa eserinin kapsam ve önemi ile iş programına uygun her türlü malzemeyi temin etmekle yükümlüdür. Müteahhit inşa eserinin kamu ihale inşaat sözleşmesinde belirtilen sürede bitirilmesi için gerekli nitelik ve nicelikteki malzemeyi iş sahasında buldurmalıdır. Müteahhidin malzeme ile ilgili yükümlülüğü ve hazırlıklarının yeterli seviyede olup olmadığı idare tarafından değerlendirilmektedir. Bunun için de müteahhit malzemelere ait ayrıntılı cetveli idareye iletilmek üzere yapı denetim görevlisine vermektedir. İdare tarafından yeterli nitelik ve

³⁸⁸ OSER/SCHÖNNENBERGER: Zürcher Kommentar zum OR Bd. V.Obligationenrecht, Teil 1-3, Zurich, 1929, 1936, 1945, s.11 (EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.69'dan naklen).

³⁸⁹ GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 3.Aufl, Zürich, 1985, s.69 (EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.69'dan naklen).

³⁹⁰ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.105.

³⁹¹ BK Tasarısı m.478 malzemenin kimin tarafından sağlanacağına dair açık bir düzenleme getirmemektedir. BK m.357 ile getirilen düzenlemenin aynen korunduğu görülmektedir. BK Tasarısı ile malzeme sağlama borcunun kimin tarafından sağlanacağını emredici olmayacak şekilde belirtilmesi daha yerinde olacaktır.

nicelikte malzemenin bulunmadığı tespit edilirse, tıpkı araç - gereçlerde olduğu gibi idare müteahhidi uyararak kendisine yapılacak tebligattan itibaren 10 gün içinde malzemenin istenilen seviyeye getirilmesini isteyebilmektedir.

b. Malzemenin Belirli Bir Kalitede Olması

aa. Genel Olarak

BK m.357/1 uyarınca iş sahibi, müteahhit tarafından temin edilecek olan malzemenin iyi cinsten olmasını gözetmek zorundadır³⁹². İyi cins malzeme ayıpsız, inşaat sözleşmesinde taahhüt edilen ve dürüstlük kurallarına göre gerekli vasıfları taşıyan malzeme anlamına gelmektedir. Malzemenin istenilen özelliklere sahip olması ve inşa eserinin gerekli bir biçimde yapılmasına imkan tanınması malzemenin gerekli vasıfları taşıdığını gösterir³⁹³. İyi cins malzemenin, aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı takdirde, en azından orta kalitede olması gerekir. Malzemenin orta kalitede olması, inşa eserinin yapımı için gerekli vasıflara sahip olması anlamına gelir³⁹⁴.

Müteahhit tarafından temin edilen malzemenin iyi cinsten olmaması durumunda BK m.357/1'göre müteahhit, iş sahibine karşı hem ayıba karşı tekeffül hem de zapta karşı tekeffül hükümlerine göre sorumlu olmaktadır. Müteahhidin iyi cins olmayan malzemedan kaynaklanan ayıba karşı tekeffül borcunda istisna sözleşmesinin ilgili hükümlerinin (BK m.359-363) göz önüne alınması gerekir³⁹⁵. Müteahhidin zapta karşı

³⁹² “BK.nun 356. maddesi hükmünce yüklenicinin imal olunacak şeyi bir başkasına yaptırması olanaklı ise de bu durum yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. **Yüklenicinin işte iyi cins malzeme kullanarak yapımını yüklediği işi amacına, fen ve sanat kurallarına uygun imal ile teslim etmesi Yasanın 357. maddesi gereğidir.** Davalı yüklenici deneyimsiz olduğu işteki ortaya çıkan arızalardan ve idare zararından sorumluluğunu kabul ettiğine göre artık ayrı bir kusur incelemesi yapılması gerekmez...” Yargıtay 15.HD. 19/06/2003 t. , 2002/5769E. ve 2003/3338K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

³⁹³ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.69.

³⁹⁴ ARAL: s.346; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.106.

³⁹⁵ Malzemenin iyi cinsten olmaması durumundaki ayıba karşı tekeffül borcu ile tamamlanan inşa eserindeki ayıba karşı tekeffül borcunun birbirinden ayırt edilmesi gerekir. BK m.360 uyarınca tamamlanmış inşa eserinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun söz konusu olabilmesi için

tekeffül borcu söz konusu olduğunda ise BK m.189-193 arasında düzenlenen satıcının zapta karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulmaktadır³⁹⁶.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhit tarafından kullanılacak olan malzemenin hangi kalitede olacağı YİĞŞ’de açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Ancak YİĞŞ m.21 müteahhidin üstlenmiş olduğu işin önemine ve iş programına uygun olarak, işlerin yapılması için gerekli olan her türlü malzemenin sağlanmasından bahsetmektedir. Madde metninde malzemenin hangi kalitede olacağı açık bir biçimde düzenlenmese de, müteahhidin BK m.357/1’de olduğu gibi en az orta kalitede malzeme kullanması gerekir. Kamu ihale inşaat sözleşmesinde orta kalitenin daha üstünde bir kalitede malzemenin kullanılması kararlaştırılmışsa, müteahhit buna uymak ve orta kaliteden daha üstün niteliklere sahip malzeme kullanmak zorundadır. Kamu ihale inşaat sözleşmesinde yer almasa dahi inşa eserinin yapımı için orta kaliteden daha üstün nitelikte malzemelere ihtiyaç duyuluyorsa, bu tip malzeme kullanılmalıdır. Ancak inşa eserinin gerektirdiği malzemeler hiçbir durumda orta kalitenin altında olmamalıdır.

Kamu ihale inşaat sözleşmesindeki malzemelerin kalitesi ile ilgili bir başka düzenleme ise YİĞŞ m.16’da yer almaktadır. YİĞŞ m.16/2 uyarınca müteahhit inşa eserinin yapımında kullanacağı her türlü malzemeyi, iş için elverişli olup olmadığını anlaşılması amacıyla yapı denetim görevlisine gösterip bunların elverişliliğini kabul ettirmek zorundadır. Bu bakımdan müteahhit tarafından kullanılacak malzemelerin kalitesi bakımından ikinci önemli kriter “*Elverişlilik*”tir. Elverişlilikten anlaşılması gereken, malzemenin müteahhit tarafından inşa eserinin kamu ihale inşaat sözleşmesine uygun şekilde yapmasına imkan tanınması ile inşa eserinin iş sahibinin beklediği kullanım amacına uygun şekilde yapılmasıdır. YİĞŞ m.16/2 uyarınca elverişli olmaması durumunda malzemenin müteahhit tarafından inşa eserinin yapımında kullanılmasına izin verilmemelidir.

aybın malzemedan kaynaklanması gerekmemektedir. BK m.357/1’de yer alan müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun söz konusu olabilmesi için ise malzemenin iyi cinsten olmaması, ayıplı olması gerekmektedir (TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.107; KARAHASAN: s.224).

³⁹⁶ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.70; ARAL: s.346.

bb. Malzemenin Test Edilmesi

Müteahhit tarafından sağlanan malzemenin inşa eserinin yapımına ve iş sahibinin kullanım amaçlarına elverişli olup olmadığının tespit edilebilmesi için müteahhit tarafından test edilmesi gerekir. YİĞŞ m.16/3 uyarınca yapı denetim görevlisi, müteahhit tarafından sağlanan malzemelerin kamu ihale inşaat sözleşmesinin bir parçasını oluşturan teknik şartnamelere uygun olup olmadığı tespit edebilmek için istediği biçimde testler yapmaktadır. Bu testlerin yapılması zorunlu değildir. YİĞŞ m.16/3'te yer alan "Yapılabilir" şeklindeki ifade bunun en açık göstergesidir. Ancak malzemelerin kullanılmasından sonra, malzemedan kaynaklanan zararların ortaya çıkması durumunda yapı denetim görevlisinin de sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu bakımdan yapı denetim görevlisi tarafından gerekli testlerin yapılması hem müteahhidi hem de yapı denetim görevlisini ileride ortaya çıkabilecek ayıplardan kaynaklanacak sorumluluklardan kurtarmaktadır.

Yapı denetim görevlisi malzemeler ile ilgili yapacağı testleri iş sahasında yapabileceği gibi resmî ya da özel laboratuvarlarda da yapabilir. Ancak müteahhit tarafından testlerin iş sahasında yapılması istenebilir. Bu durumda testler için gerekli olan her türlü araç - gereç müteahhit tarafından sağlanır. Testler ister iş sahasında ister resmî ya da özel laboratuvarlarda yapılsın bütün masraflar kamu ihale inşaat sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa müteahhide at olur.

Malzemelerin testlerinin hangi usule göre yapılacağı yapı denetim görevlisi tarafından belirlenmektedir. Ancak testlerin bilinen ve uygulanan bilimsel yöntemlere uygun olarak yapılması gerekir. Çünkü yapı denetim görevlisi, testlerin sonucunda "Elverişsiz" şeklinde karar verirse, müteahhit elverişsiz olan malzemeleri kendisine yapılacak tebligattan itibaren 10 gün içinde iş sahasından kaldırarak uzaklaştırmak zorundadır. Ancak malzemelerin elverişliliği konusunda müteahhit ile yapı denetim görevlisi arasında anlaşmazlık çıkması durumunda, YİĞŞ m.52'ye göre bu anlaşmazlık idare tarafından çözüme kavuşturulmaktadır. Ancak yapı denetim görevlisi ile müteahhit arasında çıkacak anlaşmazlıkların idare tarafından çözüme kavuşturulması sakıncalıdır. Çünkü idare kamu ihale inşaat sözleşmesinin bir tarafını oluşturmaktadır. Ayrıca yapı denetim görevlisi tarafsız nitelikte bir kişi olarak görülse dahi iş sahibi tarafından görevlendirildiği unutulmamalıdır. İdarenin yapı denetim görevlisi ile müteahhit arasında çıkacak anlaşmazlığı çözümlerken sözleşmeden kaynaklanan menfaatlerini göz önüne

alma durumu söz konusu olabilecektir. YİĞŞ m.52/2 müteahhidin idare tarafından verilecek karara razı olmaması durumunda anlaşmazlığın çözümüne ilişkin sözleşme hükümleri ile bağlı kalarak hareket edebileceği yer olsa da, idarenin anlaşmazlığın çözümünde üstlenmiş olduğu rol, anlaşmazlığın adilane bir biçimde çözümlenmesini sağlamamaktadır. Burada her türlü anlaşmazlıkların adilane bir biçimde çözüme kavuşturulabilmesi için FIDIC Kırmızı Kitaplar düzenlenen DAB (Dispute Adjudication Board) tarzında bir tarafsız kurulun oluşturulması gerekmektedir.

Yapı denetim görevlisi testlerin sonucunda malzemelerin elverişli olduğu sonucuna varırsa müteahhit bu malzemeleri inşa eserinin yapımında kullanabilir. Yapı denetim görevlisi test sonucunda kabul ettiği malzemelerin mümkün olanlarından örnek alıp mühürleyerek saklar. Söz konusu örnekler inşa eserinin geçici kabulüne kadar saklanmalıdır.

cc. Malzemenin Reddedilmesi

Yapılacak testler sonucunda malzemenin teknik şartnameye ve inşa eserinin yapımı ile iş sahibinin kullanım menfaatlerine elverişsiz olduğu tespit edilirse YİĞŞ m.16/5'e göre yapı denetim görevlisi söz konusu hususu yazılı (YİĞŞ m.5 ve m.16/5) olarak müteahhide bildirir. Yapı denetim görevlisi tarafından yazılı olarak yapılmayan bildirimler müteahhit açısından bağlayıcılık taşımamaktadır.

Müteahhit, yapı denetim görevlisinin malzemenin elverişsizliğine ilişkin bildirimini tebliğinden itibaren 10 gün içinde söz konusu malzemeyi iş sahasından kaldırıp uzaklaştırmakla yükümlüdür. İdare ile yapı denetim görevlisinin bilgisi haricinde müteahhit tarafından kullanılmasını engellemek ve müteahhit tarafından kasıtlı olmayacak bir biçimde kullanılmasının önüne geçilmek amacıyla elverişsiz malzemenin iş sahasından uzaklaştırılmasına yer verilmiştir. Müteahhit kendisine yapılan bildirim tebliğinden itibaren 10 gün içinde elverişsiz malzemeyi iş sahasından uzaklaştırmazsa yapı denetim görevlisi bütün zarar ve giderleri müteahhide ait olmak üzere bu malzemeleri iş sahasının dışına çıkarmaya yetkili kılınmıştır. Böylece müteahhidin elverişsiz malzemeyi iş sahasının dışına çıkarmaya direnmesi durumunun önüne geçilmiştir.

B. Malzemenin İdare Tarafından Sağlanması

a. Genel Olarak

BK m.357/2'ye göre inşa eserinin yapımında kullanılacak olan malzeme iş sahibi tarafından da sağlanabilir. Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı durumlarda müteahhidin birtakım yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Müteahhit öncelikle iş sahibi tarafından sağlanan malzemeyi muayene ederek inşaat sözleşmesinde öngörülen inşa eserinin yapılmasına uygun olup olmadığını tespit etmelidir. Malzemenin inşaat sözleşmesine uygun olmaması halinde müteahhit durumu iş sahibine bildirmelidir (BK m.357/3). İş sahibi tarafından sağlanan malzemelerde inşa eserinin yapımı sırasında ayıp ortaya çıkarsa, bunların da müteahhit tarafından iş sahibine derhal bildirilmesi gerekir³⁹⁷. Aksi takdirde bunlardan doğacak zararlardan müteahhit BK m.96'ya göre sorumlu olur³⁹⁸.

Müteahhit iş sahibi tarafından sağlanan malzemeleri özenli bir biçimde kullanmakla yükümlüdür. Özenle kullanılma hem malzemenin niteliğine uygun bir biçimde korunup muhafaza edilmesi hem de üçüncü kişilerin malzemelere yönelik olumsuz fiillerinden (Malzemenin çalınması, zarar görmesi gibi) korumak için gereken önlemleri almak anlamına gelmektedir³⁹⁹. Koruma ve muhafaza yükümlülüğü malzemenin uygun bir depoya konulması, bekçi tutulması gibi önlemlerin alınmasını gerektirmektedir. Müteahhit bu yükümlülüğe aykırı hareket ederek malzemenin zarara uğramasına neden olursa BK m.96'ya göre sorumluluğu ortaya çıkmaktadır⁴⁰⁰. Müteahhit inşa eserinin yapımı sonucunda iş sahibi tarafından verilen malzemeler bakımından hesap

³⁹⁷ “Kural olarak işinin ehli ve konusunun uzmanı olan yüklenicinin basiretli bir tacir gibi eseri teknik ve sanat kurallarına göre meydana getirmeyi üstlendiği kabul edilir. **BK'nun 357/son maddesi uyarınca iş sahibinin verdiği malzemenin kusuru olması ya da bu veya iş sahibinin zarara uğramasına neden olacak halin varlığında bunların giderilmesi için iş sahibini uyarma görevi yükleniciye aittir. Aksi takdirde uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenici bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır.**” Yargıtay 15.HD. 28/12/2004 t. , 2004/2426E. ve 2004/6805K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

³⁹⁸ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.109.

³⁹⁹ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.70-71.

⁴⁰⁰ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.109.

vermek ve kalanını iade etmekle de yükümlüdür (BK m.357/2)⁴⁰¹. Müteahhidin hesap verme yükümlülüğü, inşa eseri tamamlanmadan inşaat sözleşmesi sona erse dahi mevcuttur. BK m.392'de⁴⁰² yer alan vekalet sözleşmesinde vekilin hesap vermesine ilişkin hüküm, müteahhit açısından da kıyas yoluyla uygulama alanı bulmaktadır⁴⁰³.

b. Malzemenin Ocaklardan Sağlanması

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde de iş sahibi olan idarenin inşa eserinin yapımında kullanılacak olan malzemeleri sağlmasına yer verilmiştir. Ancak idare tarafından malzemeler doğrudan doğruya sağlanmamaktadır. İdarenin tasarrufunda olan ve taş, kum, çakıl gibi hammadde niteliğindeki malzemelerin çıkarıldığı malzeme ocaklarının müteahhidin kullanımına sunulması ile idarenin dolaylı bir biçimde malzeme sağlması söz konusu olmaktadır. Malzeme ocaklarının müteahhit tarafından kullanımı ile ilgili olarak YİĞŞ m.8 ve m.31'de düzenlemeler yer almıştır. Buna göre idare, müteahhidin kamuya ait olan arazilerde yer alan ocaklardan malzeme sağlmasını isteyebilir. İdare tarafından kamuya ait malzeme ocaklarının kullanılması öngörüldüğünde müteahhit buna uymak zorundadır. Ancak YİĞŞ m.31'e göre müteahhidin taş, kum, çakıl, graviye⁴⁰⁴, balast⁴⁰⁵, tuğla, kireç, stabilize gibi malzemeleri kamuya ait ocaklardan sağlayabilmesi için bu ocakların kamu ihale inşaat sözleşmesinde belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde bu ocaklardan malzeme temin edilmesi mümkün değildir.

Müteahhit, idare tarafından istenilmesi durumunda kamu ocaklarından alacağı malzeme ile ilgili olarak herhangi bir bedel ödememektedir. Bedelin ödenmesi

⁴⁰¹ “Malzeme iş sahibi tarafından verilmiş ise, müteahhit, onları layık olan bütün ihtimam ile kullanmak ve bundan dolayı hesap vermek ve artanı iade etmekle mükelleftir.” Yargıtay 15.HD. 20/06/1994 t. , 1993/6269E. ve 1994/4093K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

⁴⁰² BK Tasarısı m.513 vekalet sözleşmesinde vekilin vekalet verene hesap verme yükümlülüğünü aynı şekilde korumuştur.

⁴⁰³ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.111.

⁴⁰⁴ Ufak çakıllarla karışık iri kum anlamında kullanılmaktadır. (www.serki.com).

⁴⁰⁵ Demir yollarında traverslerin altına, şoselerde düzeltilmiş toprak üzerine döşenen taş kırıkları ifade etmektedir (www.serki.com).

malzemenin müteahhit tarafından sağlanması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. İdare kamuya ait malzeme ocaklarının kullanılmasından dolayı herhangi bir bedel almayacağı gibi, malzeme ocakları ile ilgili izin belgelerinin alınması ile müteahhidin malzeme ocaklarını kullanması için gerekli olan işlemleri de yapmaktadır. Ancak idare tarafından yürütülecek olan işlemler için gerekli olan plan, cetvel vb. belgeler ile malzeme ocaklarının işgal giderleri müteahhit tarafından karşılanmalıdır.

YİĞŞ m.8/4 uyarınca malzeme ocakları idare tarafından müteahhide teslim edilmektedir. İdare tarafından teslim edilmeyen ocaklarda müteahhit tarafından yapılacak çalışmalar sonucu zarar verilecek olursa, bu zararların giderilmesinden müteahhit sorumlu olmaktadır. Müteahhit malzeme ocağını körletecek ve işletilmesini güçleştirecek biçimde kullanmamalıdır. Müteahhit ocakların kullanılmasından sonra tekrar işletilmesine uygun olacak biçime getirerek temizlemek zorundadır. Müteahhit tarafından söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda idare tarafından takdir edilecek bir miktar müteahhidin ücretinden indirilmektedir.

Malzemelerin bir kısmının idareye ait olan malzeme ocaklarından karşılanması durumunda idare tarafından hangi malzemenin hangi ocaktan alınacağına dair bir belirleme yapılmalıdır. Ancak idare tarafından söz konusu belirleme yapılmadığı takdirde müteahhit, malzemelerin inşa eserinin yapımına uygun olmak koşuluyla, idarenin belirlediği ocakların herhangi birisinden malzeme alabilmelidir. Müteahhidin malzemeleri alırken inşa eserinin yapımına ve idarenin kullanımına elverişli olup olmadığını dikkate alması gerekir. YİĞŞ m.31/6 bu hususu göz önünde bulundurarak ocaklardan alınacak malzemenin en iyi damardan alınması ve inşa eserinin yapımına en elverişli cinsten olması gerektiğini vurgulamıştır. Müteahhit sanki kendisi karşılıyormuş gibi ocaktan alınan malzemelerin cins ve kalitesine dikkat etmekle yükümlüdür. Ocaklardan alınan malzemelerin kalitesinin denetlenebilmesi için malzeme ocaklarından alınacak örnekler hem müteahhit hem de yapı denetim görevlisi tarafından mühürlenerek saklanır. Müteahhit ocaklardan getireceği malzeme ancak örneklere uygun ise iş sahasına getirebilir. Aksi takdirde örneklere uygun olmayan malzemenin inşa eserinin yapımında kullanılması mümkün değildir.

İdarenin malzeme ocakları ile sağladığı malzemeler müteahhit tarafından uygun bir biçimde muhafaza edilerek korunmalı ve inşa eserinin yapımına uygun bir biçimde harcanmalıdır. YİĞŞ m.9/1 göre müteahhit hem kendi sağladığı malzemelerin hem de

idare tarafından sağlanan malzemelerin korunmasından sorumludur ve buna ilişkin gerekli tedbirleri almalıdır. YİĞŞ m.31/9'da ise malzemelerin korunması ve muhafazasının yanında müteahhidin iş sahibi tarafından sağlanan malzemeler bakımından hesap vermesi gerektiği yer almaktadır. Müteahhit tarafından idarenin malzeme ocaklarından sağlanan malzemeler ancak kamu ihale inşaat sözleşmesi konusunu oluşturan inşa eserinin yapımında kullanılmalıdır. Bu malzemelerin müteahhit tarafından satılması mümkün değildir.

İdare tarafından sadece ocaklarından malzeme sağlanmamaktadır. İdare hem iş sahasında bulunan başka yapıların hem de iş sahası dışında bulunan ancak kendisine ait yapıların yıkılmasından sonra inşa eserinin yapımında kullanılacak olan malzemenin müteahhit tarafından kullanılmasını isteyebilir. YİĞŞ m.32 uyarınca iş sahasında bulunan ve müteahhit tarafından yıkılan yapılardan çıkacak olan ve inşa eserinin yapımında kullanılabilmesi için uygun nitelikte olanlar malzemeler ayrılarak yapı denetim görevlisi tarafından tespit edilecek yerlerde, kullanılmak üzere muhafaza altına alınmalıdır. YİĞŞ m.34'e göre iş sahası dışında idareye ya da Devlete ait yapıların yıkılmasından çıkacak olan malzemeler, yapı denetim görevlisinin inşa eserinin yapımında kullanılmasını uygun görmesi durumunda müteahhit tarafından kullanılmalıdır.

İdare tarafından sağlanan malzemelerin kamu ihale inşaat sözleşmesine ve eklerine aykırı olması durumunda YİĞŞ m.15/3'e göre müteahhit malzemelerin alınmasından itibaren 15 gün içinde hem yapı denetim görevlisine hem de idareye yazı ile durumu bildirmek zorundadır. Malzemenin incelenmesi özelliği nedeni ile daha uzun bir zamanı gerektiriyorsa 15 günlük süre idare tarafından arttırılabilmektedir. 15 gün ya da idare tarafından uzatılan sürenin geçmesi durumunda, müteahhidin itiraz hakkı kalmamakta ve bu malzemelerden kaynaklanan zararlardan sorumlu olmaktadır. Müteahhit tarafından zamanında itiraz edilmesine rağmen idare tarafından malzemenin kullanılması istenirse müteahhidin malzemenin kaynaklanan zararlardan sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak YİĞŞ m.15/3'te 15 günlük sürenin arttırılmasının idarenin takdirine bırakılması son derece sakıncalıdır. Malzemenin gerekli niteliklere sahip olup olmadığının anlaşılması bazı durumlarda uzun zaman sonucunda belli olmaktadır. Malzemenin gerekli niteliklere sahip olmaması ve idare tarafından sürenin uzatılmaması durumunda müteahhit, iş sahibi tarafından sağlanan malzemelere itiraz etme hakkını kaybetmekte ve bu malzemelerden kaynaklanan zararlardan sorumlu olmaktadır. Sonucu idarenin sorumluluğunu

doğurabilecek olan bir süre uzatımının idare tarafından değil, nispeten tarafsız konumda bulunan yapı denetim görevlisi tarafından verilmesi daha yerinde olacaktır.

IV. MÜTEAHHİDİN SADAKAT ve ÖZEN GÖSTERME BORCU

1. Genel Olarak

Müteahhit inşaat sözleşmesi ile üstlenilen inşa eseri meydana getirirken makul ve dürüst bir müteahhit gibi hareket etmeli ve gereken dikkat ve özeni göstererek borçlarını yerine getirmelidir⁴⁰⁶. Müteahhidin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan özen ve sadakat borçları temelini dürüstlük kuralından almaktadır. Bu bakımdan özen ve sadakat borcu arasında sıkı bir ilişki söz konusudur. Ancak iş sahibinin menfaatine olan şeyleri yapmak ve yapmamak olarak ortaya çıkan sadakat borcu özen borcundan daha geniş bir kavramdır. Özen borcu genelde müteahhidin inşa eserini meydana getirirken ortaya çıkmaktadır. Sadakat borcu ise inşaat sözleşmesinin yapılmasından önce, inşaat sözleşmesinin yapılması aşamasında, inşa eserinin meydana getirilmesinde ve inşaat sözleşmesinin sona ermesinden sonra geçerli olan bir borçtur. Örneğin, inşaat sözleşmesinde müteahhidin bir mimara ait projeyi kullandıktan sonra, başka işlerde bu projeyi kullanmaması ve başkalarına da kullandırmaması gerekmektedir⁴⁰⁷. Sadakat borcu daha çok sözleşme öncesi sorumluluk (Culpa in contrehendo) kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁰⁸. Ancak sadakat borcu ile özen borcu çoğu zaman birbirinden ayırt edilemeyecek derece benzerlik gösterir. Özellikle inşa eserinin meydana getirilmesi sırasında bu iki borç ayırt edilemeyecek derecede iç içe geçmektedir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.51; SELİÇİ: s.86; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.73.

⁴⁰⁷ GÖKYAYLA, K. Emre: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, GÜHFD, sayı 1, 2002, s.786.

⁴⁰⁸ SELİÇİ: 86; GÖKYAYLA: s.786-787.

⁴⁰⁹ SELİÇİ: s.87; GÖKYAYLA: s.787.

2. Sadakat Borcu

Müteahhidin iş sahibinin menfaatine olan şeyleri yapmak, zararına olan şeyleri yapmaktan kaçınmak biçiminde ortaya çıkan sadakat borcu BK'da açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde müteahhidin üstlendiği inşa eserini sadakatle yerine getirmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴¹⁰. Ayrıca inşaat sözleşmesi iş görme sözleşmesi niteliğinde olduğundan ve iş görme sözleşmelerinde iş görenin, işi görürken iş sahibinin menfaatlerine uygun bir biçimde hareket etmesi gerektiğinden müteahhidin sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Vekaletsiz iş görmeye dahi vekaletsiz iş görene iş sahibinin yararına ve tahmin olunan amaçlarına uygun hareket etmesi yükümlülüğü yüklendiği göz önüne alındığında sözleşme çerçevesinde inşa eserini meydana getiren müteahhidin sadakat yükümlülüğünün olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir⁴¹¹.

Müteahhidin sadakat borcu, açıkça düzenlenmemekle birlikte, bazı görünüm biçimleri BK'da yer almaktadır. Bunlardan ilki BK m.357/2'de düzenlenmiştir. Müteahhit inşa eserinde kullandığı iş sahibine ait malzeme ile ilgili olarak iş sahibine hesap vermekle yükümlüdür. Ayrıca BK m.357/3 uyarınca iş sahibi tarafından sağlanan malzeme ya da arsa inşa eserinin gereği gibi ve zamanında yapılmasını tehlikeye düşürecek bir nitelik taşıyorsa, müteahhit iş sahibini durumdan haberdar etmelidir⁴¹². Müteahhit tarafından malzeme ve arsa dışında kalan diğer hususların da inşa eserinin gereği gibi ve zamanında yapılmasını tehlikeye düşürecek nitelikte olması halinde, bunlar da iş sahibine bildirmelidir⁴¹³.

⁴¹⁰ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.73-75; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.48-51; ARAL: s.347-349; GÖKYAYLA: s.785-787. Ayrıca BK m.390'da yer alan vekilin sadakat borcuna ilişkin düzenleme BK m.386/2 uyarınca inşaat sözleşmelerinde de uygulama alanı bulmaktadır.

⁴¹¹ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.49.

⁴¹² *“İş sahibinin verdiği malzemenin kusurlu olması veya bu malzemenin kullanılması halinde eserin yapılmasını tehlikeye sokacak ya da iş sahibinin zarara uğramasına neden olacak halin varlığında, bunların giderilmesi için iş sahibini uyarma görevi yükleniciye aittir. Aksi taktirde uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenici bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır.”* Yargıtay 15.HD. 28/12/2004 t. , 2004/2426E. ve 2004/6805K. sayılı karar (KOSTAKOĞLU: s.450-451).

⁴¹³ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.49.

BK'da yer almamakla birlikte müteahhidin, iş sahibi tarafından verilen talimatın inşa eserinin gereği gibi ve zamanında yapılmasını tehlikeye düşürecek nitelikte ve amaca aykırı olması durumunda iş sahibini uyarması sadakat borcu kapsamında değerlendirilmelidir. Müteahhit tarafından uyarılmasına rağmen, iş sahibi talimata uyulmasını isterse doğacak olan zarardan iş sahibi sorumlu olmaktadır. Müteahhit tarafından iş sahibinin uyarılmaması durumunda ise BK m.357/3'e göre müteahhidin sorumluluğu ortaya çıkmaktadır⁴¹⁴.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde de müteahhit iş sahibi idarenin menfaatlerine uygun hareket ederek, zarar verici tarzda hareketlerden kaçınmakla ve idarenin menfaatine olan şeyleri yapmakla yükümlüdür. YİĞŞ m.12/12 müteahhit tarafından inşa eserinin yapımında kullanılan nihaî projelerinin idareye geri verilmesini düzenlemiştir. Buna göre müteahhit ister kendisi tarafından isterse de idare tarafından yapılsın, işlerin geçici kabulünden sonra, inşa eserinin yapımı sırasında yapılan değişiklikleri de içeren ve inşa eserinin bitmiş durumunu gösteren nihaî projelerin (As-built drawings) asıllarını idareye vermekle yükümlüdür.

İdare projelerin uygulanması sırasında bazı değişikliklerin yapılmasını müteahhitten isteyebilmektedir. YİĞŞ m.13/6 uyarınca idare proje gibi teknik belgelerde gerekli gördüğü her türlü değişikliği yapmaya ve müteahhide bu konuda talimat vermeye yetkilidir. Ancak yapılacak olan değişikliklerin bilimsel ve teknik kurallara aykırı olması durumunda, müteahhidin işin uzman kişisi olarak idareyi uyarması gerekir. YİĞŞ m.13/6'ya göre müteahhit idare tarafından kendisine verilen talimatın kamu ihale inşaat sözleşmesine ve/veya fen ve sanat kurallarına aykırı olduğu görüşünde ise YİĞŞ m.15'e göre yazılı bir biçimde karşı görüşlerini idareye bildirmek zorundadır. Böylece müteahhit idareye bildirimde bulunarak hem işin uzman kişisi olarak idarenin zarar görmesini engellemiş hem de bildirim yapılmaması durumunda kendisinde doğacak sorumluluğu bertaraf etmiş olmaktadır.

Müteahhit uzman kişi olarak görüldüğünden kullanılacak malzemenin ve iş sahasının işin gereklerine uygun olup olmadığını bilmesi gerekir. Müteahhit inşa eserinin yapımına başlamadan önce malzeme ve iş sahasının yeterliliği konusunda bir inceleme

⁴¹⁴ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.50.

yapmalıdır. Bu inceleme sırasında proje gibi teknik belgelerin işin gereklerine ve fen ve sanat kurallarına uygun olup olmadığına, iş sahasının ve malzemelerin nitelik ve nicelik olarak yeterli düzeyde olup olmadığına bakılmalıdır. Müteahhit bu inceleme sırasında kamu ihale inşaat sözleşmesi ile bilimsel ve teknik kurallara aykırı bir durumu tespit ederse, sadakat borcu gereği idareye bildirimde bulunmalıdır. YİĞŞ m.15/4 uyarınca müteahhit iş sahası ve malzemelerin ilgili kamu ihale inşaat sözleşmesi ile bilimsel ve teknik kurallara aykırılığını tespit ederse, iş sahası ya da malzemenin teslim alınma tarihinden başlamak üzere 15 gün içinde idareye ve yapı denetim görevlisine durumu yazı ile bildirmek zorundadır. Bildirim için öngörülen 15 günlük süre incelenmesi daha uzun sürecek işler için müteahhidin isteği üzerine idare tarafından arttırılabilir.

Müteahhit idareye ait malzeme ocaklarını kullanırken de idarenin menfaatlerine uygun hareket etmek ve malzeme ocaklarını körletecek tarzda hareketlerden kaçınmak zorundadır. YİĞŞ m.31/8 uyarınca müteahhit malzeme ocaklarını körletecek veya işletilmesini güçleştirecek şekilde hareket etmemelidir. Ayrıca malzeme ocaklarından elde edilen malzemenin sadece kamu ihale inşaat sözleşmesinin konusu olan inşa eserinde kullanılması ve bu malzemelerin satılmaması da müteahhidin sadakat borcunun bir parçasını oluşturmaktadır. Malzeme ocaklarının kullanılmasından sonra temizlenerek tekrar işletilmeye hazır halde bırakılması da müteahhidin yapma biçimindeki bir sadakat borcudur.

3. Özen Borcu

A. Genel Olarak

Müteahhidin özen gösterme borcu, sadakat borcunun somutlaşmış halidir. Buna karşın müteahhidin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan diğer borçlarına göre genel bir nitelik göstermektedir. Çünkü müteahhit inşaat sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını yerine getirirken özenli bir biçimde hareket etmek zorundadır⁴¹⁵. Müteahhit inşaat sözleşmesinin her aşamasında olduğu gibi henüz inşaat sözleşmesi kurulmadan önce de

⁴¹⁵ GÖKYAYLA: s.787.

özenli davranmakla yükümlüdür⁴¹⁶. İnşaat eserinin yapılacağı iş sahasının incelenmesi inşaat sözleşmesi kurulmadan önceki müteahhidin özen borcu içinde yer almaktadır⁴¹⁷.

B. Müteahhidin Özen Borcunun Derecesi

BK m.356/1 müteahhidin inşaat sözleşmesinde göstermesi gereken özen derecesini düzenlemektedir. Buna göre müteahhit, işçinin hizmet sözleşmesinde göstermiş olduğu özenin aynısını göstermek zorundadır. Ancak kanun metninde “*Umumî suretle*” denilmek suretiyle hizmet sözleşmesinden doğan özen borcuna genel bir atıf yapılmıştır. Müteahhit ve işçinin göstermek zorunda olduğu özenin birbirine eşit olması gerçeklere uymamaktadır⁴¹⁸. İşçinin hizmet sözleşmesinde göstermesi gereken özen BK m.321/2 uyarınca sözleşmeye, meslekî bilgi ve beceriye, işveren tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken özelliklerine göre belirlenmektedir. Ancak işçinin özen borcunun söz konusu olabilmesi için öncelikle işverenin işçiyi işe alırken ve iş verirken özen göstermesi gerekir⁴¹⁹. İnşaat sözleşmesinde ise müteahhidin özen borcunun söz konusu olması için böyle bir şartın gerçekleşmesi gerekmemektedir. Çünkü müteahhit meslekî açıdan uzman kişi sayılmaktadır. Meslekî bilgi ve beceriye sahip olan müteahhit, işçi gibi iş sahibinin emirlerine bağlı olarak çalışmamaktadır. Müteahhidin iş sahibinden bağımsız olması kendisini işçiye göre daha ağır bir özen borcunun altına sokmaktadır⁴²⁰. Müteahhit işçi

⁴¹⁶ GÖKYAYLA: s.787-788.

⁴¹⁷ “Müteahhidin inşaat yapacağı yeri incelemesi ve varsa ayıbını iş sahibine ihbar etmesi, özen borcunun gereğidir.” Yargıtay 15.HD. 06/05/1991 t. ,1990/597E. VE 1991/2285k. sayılı karar (KOSTAKOĞLU: s.458).

⁴¹⁸ ERGİN: s.39; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.73-74.

⁴¹⁹ GÖKYAYLA: s.789.

⁴²⁰ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.74; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.54; GÖKYAYLA: s.790; “Eser sözleşmelerinde yüklenicinin ‘Özen borcu’ üzerinde durulmalıdır: Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre “Daha yüksek özen” göstermelidir (BK. m. 356/I). Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu

gibi bir hizmeti değil edim sonucunu yüklediği ve ayıpsız ve eksiksiz olarak bir inşa eserini meydana getirmekle yükümlü olduğu için BK m.356/1 kural değil, istisnaî bir hüküm olmalıdır⁴²¹.

Müteahhit inşa eserini meydana getirirken ve teslim ederken, inşaat işlerinde hakim olan anlayışa göre benzer nitelikteki bir inşa eserinin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir müteahhidin göstermesi gereken tüm dikkat ve çabayı göstermek ve teknik kurallara uymak zorundadır. Müteahhidin göstermek zorunda olduğu bu özene “*Objektif özen*” denilmektedir⁴²². Objektif özenin derecesi inşa eserinin yapımı sırasında bilinen teknik kurallara göre belirlenmektedir. Bunlar uygulamada yaygın bir biçimde uygulanan kurallar olmakla birlikte, meslek örgütleri tarafından kabul edilen kurallar da olabilmektedir. Objektif özenle birlikte bazı inşa eserlerinin yapımında subjektif kriterlerin kullanılması da söz konusudur. Çünkü BK m.356’da düzenlenen müteahhidin özen borcu emredici bir hüküm değildir. Tarafların aralarında her zaman için aksini kararlaştırmaları mümkündür. Bunların yanında kanunî düzenlemeler de müteahhidin özen borcunun derecesinin belirlenmesinde rol oynamaktadır. Müteahhit tacir olması durumunda, basiretli tacir gibi hareket etmelidir⁴²³. Ayrıca müteahhidin imar

tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder.” Yargıtay HGK 09/10/1991 t. , 1991/15-340E. ve 1991/467K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

⁴²¹ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.54; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.74; KARAHASAN: s.192-193; GÖKYAYLA: s.790. BK Tasarısı m.476 ile müteahhidin özen borcunun derecesi belirlenirken hizmet sözleşmesindeki işinin özen borcunun esas alınmasından vazgeçilmiştir. Tasarı ile müteahhidin özen borcundan kaynaklanan sorumluluğun derecesi belirlenirken, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir müteahhidin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışın esas alınacağı getirilmiştir.

⁴²² EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.74-75; GÖKYAYLA: s.790.

⁴²³ “*Yüklenici olarak, krankın o haliyle kaldığı sürece yapılan onarımdan beklenen yararın sağlanamayacağını davacı, iş sahibine bildirmekle yükümlüdür (BK. m. 357). Genelde özen borcu da bunu gerektirir (BK. m. 356/1). Niteliği itibarıyla özen borcu (Davranış borcu) çok kez önceden belirlenemez, olayımızda olduğu gibi ortaya çıktıkça, ihlal edildikçe somutluk kazanır. Bu borç dürüstlük kuralından kaynaklanır. BK. nun 96. maddesinde yer alan sorumluluğun özel bir şeklidir. Kanun koyucu sorumluluğu akdin sonucuna bırakmamış, özel hüküm getirmiş olmakla eser sözleşmesinde özen borcuna ne denli önem verdiğini göstermiştir. Öğreti ve uygulamada da yüklenicinin özen borcunun işin ehli ve tacir olmakla işinin işverene karşı olan özen*

mevzuatından kaynaklanan düzenlemelere de uygun hareket etmesi ve buna özen göstermesi gerekir⁴²⁴.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhidin inşa eserini meydana getirirken ve teslim ederken göstereceği özenin derecesi YİĞŞ m.15/3'te belirlenmiştir. Buna göre müteahhit üstlendiği işlerin tamamını sorumlu bir meslek adamı olarak, fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmalıdır. Müteahhidin göstermesi gereken özen öncelikle işin uzman kişilerine göre belirlenmelidir. İnşaat sektöründe çalışan müteahhidin özen sorumluluğunun derecesi belirlenirken zamanın bilimsel ve teknik gelişmeleri ile inşa eserinin meydana getirilmesi kendisinden beklenen makul ve dürüst bir müteahhitten beklenen dikkat ve çaba göz önüne alınmalıdır. “*Objektif özen*” olarak adlandırılan bu durumda, inşaat sektöründeki makul ve dürüst bir müteahhidin özen sorumluluğu inşa eserinin yapımı sırasındaki bilimsel ve teknik ilerlemelere ve meslek odaları tarafından kabul edilen kurallara göre belirlenmelidir. YİĞŞ m.15/3'te geçen “*Sorumlu meslek adamı*” ifadesi inşaat sektöründe çalışan ve model olarak belirlenecek olan makul ve dürüst müteahhit anlamına gelmektedir.

Müteahhit ve idare kamu ihale inşaat sözleşmesi ile sorumlu bir müteahhidin göstermesi gereken özenin üzerinde bir özenin gösterilmesini kararlaştırabilir. Böylece müteahhit YİĞŞ'de belirlenenden daha ağır bir özen borcu altına girmiş olmaktadır. Ayrıca müteahhidin kanunî düzenlemelerden kaynaklanan yükümlülüklerinden dolayı da YİĞŞ'de belirlenen özen borcu daha da ağırlaşmaktadır. Örneğin müteahhidin tacir olması durumunda TTK m.20/2'ye göre basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekir⁴²⁵.

borcundan daha ağır takdirinin uygun olacağı görüşü egemendir.” Yargıtay 15.HD. 29/01/1993 t. , 1992/1992E. ve 1993/143K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

⁴²⁴ GÖKYAYLA: s.791.

⁴²⁵ “*TTK'nun 20/2 nci maddesi hükmüne göre, her tacir ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek durumundadır. Söz konusu iş için davacı teklif mektubunda, sözleşme tasarısı eki, keşif cetveli, projeler, birim fiyat tarifi ve diğer belgeleri kabullendiğini açıkça belirtmiştir. O halde, davacının işin tamamlanmasından sonra iş ile ilgili bir pozun analizinde yanlışlık olduğu, ocaktan fazla miktarda kullanılmaz taş çıktığı iddiaları ile bir istekte bulunması yasa gereği sözleşme hükümlerine ters düşer.*” Yargıtay 15.HD. 26/02/1985 t. , 1984/4288E. ve 1985/652K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

Müteahhidin inşa eserini meydana getirirken imar mevzuatına uygun hareket etmesi de özen borcunun ağırlaşmasına neden olmaktadır.

C. Müteahhidin Özen Borcunun Başlıca Görünüm Biçimleri

a. İnşaat İşlerinin Sözleşme Hükümlerine Uygun Yürütülmesi

Müteahhit inşa eserini meydana getirirken kamu ihale inşaat sözleşmesi ile bunun eklerini oluşturan proje, teknik şartname gibi belgelere uygun bir şekilde hareket etmelidir. YİĞŞ m.13/1 inşa eserinin uygulama projelerine uygun bir biçimde meydana getirilmesini ve müteahhidin buna özen göstermesini istemektedir. Uygulama projelerinin yanında müteahhit, hazırlayıp idarenin onayından geçirdiği iş programına uymakla da yükümlüdür. YİĞŞ m.18/6 uyarınca müteahhit idare tarafından onaylanan iş programına aynen uymak zorundadır. Ancak zorunluluk arz eden durumlarda müteahhit idarenin uygun görüşünü alarak iş programında değişiklik yapabilmektedir. Burada belirtilen zorunlu hallerden anlaşılması gereken 4735 sayılı Kanun m.10'da düzenlenen mücbir sebeplerdir. Müteahhidin mücbir sebeplerin varlığı halinde özen borcuna aykırı davranması da söz konusu olmamaktadır.

Müteahhit inşa eserini kamu ihale inşaat sözleşmesi ve eklerine uygun olarak meydana getirip teslim edebilmesi için, çalışacak işçilerin seçiminde de özenli hareket etmelidir. İnşa eserinin öngörülen ve vaadedilen niteliklere sahip olması için işçilerin nitelikli ve deneyimli olması gerekir. YİĞŞ m.20/4 işçilerin seçimi konusunda müteahhide özen borcu yüklemektedir. Buna göre müteahhit inşa eserinde çalıştıracığı işçileri seçerken eğitim görmüş, diplomalı olanları diğerlerine göre öncelikle tercih etmek zorundadır. Böylece müteahhit inşa eserinin kamu ihale inşaat sözleşmesi ve eklerine uygun şekilde yapılmasına özen göstermiş olacaktır.

b. Müteahhidin Koruma Yükümlülükleri

Müteahhit inşa eserini meydana getirirken hem iş sahibi idareye karşı hem de çalıştırdığı personele, çevreye ve çevre halkına karşı birtakım koruma yükümlülükleri yerine getirmekle sorumludur. Müteahhit kendi ihtiyacı için kullanacağı yerleri belirlerken özenli davranmalıdır. YİĞŞ m.7/1 uyarınca seçilecek yerin sahipleri ile komşu

yerlerin sahiplerine en az zarar verilecek şekilde yer seçiminin yapılması gerekir. Müteahhit yer seçimi konusunda özenli davranarak başkalarına zarar vermemeli ya da en az zarar verecek şekilde hareket etmelidir.

Müteahhit sadece ihtiyacı olan yerlerin tespitinde değil inşa eserinin yapımı aşamasında da çevre halkının zarara uğramasını önleyici tedbirleri almakla yükümlü tutulmaktadır. YİĞŞ m.9/5'e göre iş sahasında yapılacak çalışmalardan dolayı çevre halkının kaza ve zarara uğramalarını engelleyici tedbirleri almak müteahhidin sorumluluğu altında bulunmaktadır. YİĞŞ m.9/11 kaza ve zararların önlenmesi ile ilgili tüm tedbirlerin müteahhit tarafından alınmasını, ayrıca yapı denetim görevlisi tarafından verilen kaza ve zararları azaltıcı tedbirleri içeren talimatların da müteahhit tarafından yerine getirilmesini zorunlu tutmuştur. Müteahhit tarafından inşa eserinin yapımı sırasında tehlike arz eden patlayıcı maddeler ile araç - gereçlerin nasıl kullanılacağına ilişkin işçilere öğretilmesi de özen borcunun bir parçasını oluşturmaktadır.

Müteahhidin koruma yükümlülüğü sadece çevre halkına karşı değil çalıştırdığı işçilere karşı da doğmaktadır. Müteahhit çalıştırdığı işçilerin barınma, sağlık, yiyecek - içecek vb. ihtiyaçlarını karşılamak ve bunların karşılanmasında özen göstermek zorundadır. YİĞŞ m.36 uyarınca işçilerin yaşadıkları ve çalıştıkları yerlerin sağlık ve güvenlik mevzuatında öngörülen standartlara uygun olmasını sağlamak ve bunları denetlemek, sağlıklı şartlarda barınma ve yiyecek - içecek ihtiyaçlarını karşılamak müteahhidin yükümlülüğü altındadır. Ayrıca işçilerin kazaya uğraması ya da hastalık geçirmesi durumunda müteahhit, kanundan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeli ve yapı denetim görevlisi ile idare tarafından kendisine verilen konu ile ilgili talimatlara uymalıdır. YİĞŞ m.38'te de özellikle iş sahasının yerleşim yerlerinden uzak olması durumunda müteahhidin işçilerin yiyecek ve içeceklerini sağlamak konusunda bütün tedbirleri alması gerektiği yer almaktadır.

D. Müteahhidin Sadakat ve Özen Gösterme Borcuna Aykırılıktan Kaynaklanan Sorumluluğu

Müteahhit sadakat ve özen borcuna aykırı davranması halinde, inşa eserinde bir ayıp olmasa dahi iş sahibine karşı sorumlu olmaktadır. Teslim edilen inşa eserinde ayıp söz konusu olması durumunda müteahhidin özen borcu değil, BK m.359 vd. düzenlenen

ayıba karşı tekeffül borcu söz konusudur. Ancak iş sahibinin zararı, inşa eserindeki ayıptan başka sebeplerle de ortaya çıkabilmektedir. Bu zararlar özen ve sadakat borcunun ihlalden kaynaklanıyorsa BK m.96'ya göre iş sahibi zararlarının tazmin edilmesini isteyebilmektedir⁴²⁶. Müteahhidin sorumluluktan kurtulabilmesi için, gereken her türlü özeni gösterdiğini ve kendisine herhangi bir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmesi gerekmektedir⁴²⁷.

İş sahibi müteahhidin sadakat ve özen borcuna aykırı davrandığını ve işin sözleşmeye uygun biçimde yapılmadığını tespit ederse, BK m.358/2'ye göre hareket edecektir. Buna göre inşa eserinin inşaat sözleşmesine uygun bir biçimde yapılmayacağını kesin bir biçimde anlaşılması durumunda, iş sahibi inşa eserini başkasına yaptırabilmektedir. İş sahibinin bu yola başvurabilmesi için inşa eserinin ayıplı ya da inşaat sözleşmesine aykırı bir biçimde yapılacağını kesinlikle anlaşılması, bu ayıp ya da inşaat sözleşmesine aykırılığın da müteahhidin kusurundan kaynaklanması gerekir. Bu durumda iş sahibi müteahhide mehil vererek, belirlenen süre içinde ayıp ya da inşaat sözleşmesine aykırılığın giderilmesini, aksi halde inşa eserinin üçüncü bir kişiye verileceğini ihtar etmelidir. Verilen süreye rağmen inşa eserindeki ayıp ya da inşaat sözleşmesine aykırılığın giderilmemesi halinde iş sahibi BK m.358/2'den doğan hakkını kullanma imkanına sahip olmaktadır⁴²⁸.

Özen borcuna aykırılıkta inşa eserinin ayıplı ya da inşaat sözleşmesine aykırı biçimde meydana getirileceğinin kesinlikle tahmin edileceği durumlarda, müteahhit ayıbı düzeltilmesi ya da inşaat sözleşmesine uygun hale getirmesi için kendisine verilen süre içinde gereken çalışmayı yapmalıdır. Bu yapılmaz ise iş sahibi BK m.358/2 uyarınca inşa eserini üçüncü kişiye yaptırmak yerine inşaat sözleşmesinden dönebilme hakkına sahip olmaktadır. BK m.358/2 açık bir biçimde dönmeden bahsetmemektedir. Ancak borçlunun temerrüdünü düzenleyen BK m.106-108 hükümlerinin kıyas yoluyla diğer sözleşmelere

⁴²⁶ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.60-61; SELİÇİ: s.110-111.

⁴²⁷ GÖKYAYLA: s.799.

⁴²⁸ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.64-66; SELİÇİ: s.112-113; GÖKYAYLA: s.799-801. BK Tasarısı m.478, BK m.358 ile getirilen düzenlemeyi aynı şekilde korumaktadır.

aykırılık halinde uygulanması gerekir. Bu bakımdan iş sahibinin BK m.358/2'ye göre de inşaat sözleşmesinden dönme hakkının varlığının kabul edilmesi gerekir⁴²⁹.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde özen ve sadakat borcuna aykırı hareket eden müteahhit öncelikle iş sahibi idarenin zararlarını tazmin etme borcu altına girmektedir. YİĞŞ m.9/8 uyarınca müteahhit ya da alt müteahhidin taksir, ihmal, ağır ihmal ya da kusurundan dolayı idarenin ya da idarenin personeli sorumlu değildir. Müteahhit özen ve sadakat borcuna aykırı davranarak idareye zarar vermişse bunu tazmin etmek zorundadır.

⁴²⁹ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.68-69; GÖKYAYLA: s.801; “Eser sözleşmelerinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur. Yüklenici sözleşmeye uygun olmayan proje ve bu projelere aykırı iş yapmakla sadakat ve özen borcunu ağır biçimde ihlal etmek, davacıda varolan güveni kökünden sarsmakla kusurlu olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin imar kurallarına uymamakla da başka bir neden aranmaksızın kusurludur. Sadece bu nedenle dahi **iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının varlığı kabul edilmelidir.**” Yargıtay 15.HD. 25/01/1999 t. , 1998/4289E. ve 1999/115K. sayılı karar (GÖKYAYLA: s.801). Ancak müteahhidin kusurlu bir biçimde temerrüde düştüğü durumlarda olayın nitelik ve özelliğinin gerektirmesi halinde (Daha detaylı bilgi için bkz.Yargıtay İBK 25/01/1984 t. ,1983/3E. ve 1984/1K. sayılı karar) sözleşmenin feshinin ileriye yönelik sonuç doğurması gerekmektedir. Özellikle inşaatın ne oranda yapılmış olduğu bu konuda belirleyici rol oynamaktadır. 15.HD’si tarafından verilen kararlar uyarınca inşaat sözleşmesinin ileriye etkili sonuç yaratacak şekilde feshedilebilmesi için, olayın özelliğinin haklı gösterdiği durum ile birlikte yapılmış olan işin ifasının %85’ten az olmaması gerektiği kabul edilmektedir. Son dönemde verilen kararlarda bu oranının %90’dan az olmaması gerektiği yer almaktadır. Ancak bu oranlar kesin bir şekilde sınır teşkil etmemelidir. Her somut olayın özelliğine göre ileri etkili sonuç yaratacak feshin olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. “Dairemizin uygulamasına göre, davadan sonra inşaatın % 90’nın üzerinde bir seviyeye getirilmesi halinde, artık geriye etkili biçimde feshe (dönme) karar verilemez. Bu fesih, ileriye etkili olmalıdır. Mahkemece her ne kadar, ileriye ve geriye etkili olmaması koşuluyla sözleşme feshedilmiş ise de bila bedel feshe karar verilmiş olmakla, geriye etkili feshe hükmedilmiş demektir. Bu durumda, ileriye etkili feshe karar verilmesiyle yetinilmesi gerekirken, yüklenicinin mahvına sebep olacak ve geriye etkili sonuç doğuracak biçimde feshe hükmedilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 15.HD. 10/06/1999 t., 1999/1658E. ve 1999/2437K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı). Ayrıca bkz. Yargıtay 15.HD. 10/03/2003 t. , 2003/492E. ve 2003/1152K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı), Yargıtay 15.HD. 14/01/2004 t. , 2003/3057E. ve 2004/88K. sayılı karar (KOSTAKOĞLU: s.904-937).

Müteahhidin idareyi tazmin borcunun yanında, BK m.358/2'de yer alan inşa eserinin üçüncü kişiye yaptırılması kamu ihale inşaat sözleşmelerinde de yer almaktadır. YİGŞ m.26 müteahhidin özen ve sadakat borcuna aykırı davranması halinde inşa eserindeki ayıplı ya da kamu ihale inşaat sözleşmesine aykırı durumun idare tarafından üçüncü kişiye gördürülmesini düzenlemektedir. Buna göre inşa eserinde meydana gelen ayıplı ya da kamu ihale inşaat sözleşmesine aykırı durumun giderilmesi için müteahhidin bakım ve düzeltme sorumluluğu bulunmaktadır. Müteahhidin bu borcunu yerine getirmemesi durumunda idare kendisinden yazılı bir talimat ile yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyebilmektedir. Bu talimatın tebliğinden itibaren 10 gün içinde müteahhidin yükümlülüklerini yerine getirmeye fiilen başlamaması ya da başlayıp da belirlenen süre içinde teknik gereklere uygun bir biçimde ayıplı ya da sözleşmeye aykırı durumu düzeltmemesi halinde, idare söz konusu ayıp ve sözleşmeye aykırılığı 4734 sayılı Kanun'da belirtilen ihale usullerine uygun olarak üçüncü bir kişiye gördürmelidir. İşin gerekleri daha fazla sürenin verilmesini gerekli kılıyorsa 10 günlük süre idare tarafından arttırılabilmektedir. Ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın üçüncü kişiye giderilmesi sırasında ortaya çıkacak olan masraflardan da müteahhit sorumlu olmaktadır.

İdare, müteahhidin özen ve sadakat borcuna aykırı hareket etmesi durumunda, kamu ihale inşaat sözleşmesini sonuçları ileriye etkili olarak feshetme olanağına da sahiptir. 4735 sayılı Kanun m.20/1 (a) bendi uyarınca müteahhit, inşa eserini kamu ihale inşaat sözleşmesine ve eklerine uygun bir şekilde yerine getirmediği takdirde cezaî şart ödemektedir. Bunun yanında idare tarafından en az 10 gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen durumun devam etmesi halinde ayrıca bir ihtar çekmeye gerek kalmadan kamu ihale inşaat sözleşmesi feshedilmektedir. YİGŞ m.48/2 (a) bendinde de müteahhidin kamu ihale inşaat sözleşmesine aykırılığından dolayı idarenin feshine yer vermiştir. Ancak kanundaki düzenlemeden farklı olarak YİGŞ'de idare tarafından verilecek süre 20 gün olarak düzenlenmiştir. 4735 sayılı Kanun ile YİGŞ arasında ortaya çıkan bu farkın sebebi 20/11/2008 tarihinde 5812 sayılı Kanunla 4735 sayılı Kanun m.20/1 (a)'da yapılan değişikliktir. Değişiklikten önce 4735 sayılı Kanunda 20 günlük süre yer almaktaydı. Ancak 5812 sayılı Kanunla yapılan değişiklik YİGŞ'ye işlenmemiş ve bu sebeple farklı iki süre ortaya çıkmıştır. Ancak burada 4735 sayılı Kanun hükmü dikkate alınarak 10 günlük sürenin uygulanması gerekir.

V. MÜTEAHHİDİN SİGORTA YAPTIRMA BORCU

1. Genel Olarak

Müteahhidin kamu ihale inşaat sözleşmesinden kaynaklanan sadakat ve özen borcunun bir uzantısı da sigorta yaptırma borcudur. Müteahhit inşa eserini meydana getirirken ve teslim ederken sadakat ve özenle hareket etmek zorundadır. Müteahhidin gereken sadakat ve özeni göstermemesi durumunda zarar verici birtakım olayların meydana gelmesi söz konusu olabilecektir.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhidin iki tür sigorta yaptırma zorunluluğu yer almıştır. Bunlardan ilki inşa eserinin yapımında kullanılan her türlü araç - gereç, malzeme gibi iş sahasında bulunan değerler ile inşa eserinin kısımları için yapılan inşaat sigortasıdır (Bütün riskler – all risk). İkincisi ise inşa eserinin yapımı sırasında iş sahasının çevresinde bulunan halkın ve inşa eserinin yapımında çalışan işçilerin kendilerinin ya da mallarının zarar görme ihtimaline karşılık yapılan malî mesuliyet sigortasıdır. Müteahhidin inşaat sigortası yaptırması 4735 sayılı Kanun m.9 ile zorunlu tutulmuştur. Böylece kanun ile müteahhide sigorta yaptırma yükümlülüğü yüklenmiştir. Müteahhidin malî mesuliyet sigortası zorunluluğu ise kanunda değil YİĞŞ’de düzenlenmiştir. YİĞŞ kamu ihale inşaat sözleşmesinin eki niteliğinde olduğundan müteahhidin bu zorunluluğa da uyması gerekir. Ancak malî mesuliyet sigortası yaptırma zorunluluğunun da YİĞŞ yerine 4735 sayılı Kanun’da yer alması düzenlemelerin yeknesaklığı açısından daha uygun olmaktadır. Bütün bunlara rağmen kanunda ya da YİĞŞ düzenlensin sigorta yaptırma zorunluluğuna müteahhidin uyması gerekir.

2. İnşaat Sigortası (Bütün Riskler – All Risk)

A. İnşaat Sigortası Tanımı

İnşaat sigortası kavramı İnşaat Sigortaları Poliçeleri Genel Şartları’nda (İSPGŞ) açık bir biçimde tanımlanmamıştır. Ancak İSPGŞ m.1’de sigorta teminat kapsamına nelerin girdiği düzenlenerek inşaat sigortasının ne anlam ifade ettiği ortaya konmuştur. Söz konusu madde uyarınca “*Bu sigorta, konusunu teşkil eden değerlerin teminat müddeti içinde, inşaat sahasında bulunduğu sırada, inşaat süresinde bu poliçede gösterilen istisnalar dışında kalan, önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple herhangi bir ziya ve hasara uğraması halini temin eder.*”.

İSPGŞ'nin aksine inşaat sigortası doktrinde tanımlanmıştır. Bir tanıma göre inşaat sigortası, inşaatlardaki önceden öngörülmeleyen rizikoların sigorta konusu inşaat ile bu inşaat ile ilgili diğere müstemilat ve tesislerde oluşturacağı hasarları sigorta himayesi altında almayı amaçlayan sigortadır⁴³⁰. Başka bir tanıma göre ise müteahhidin inşaat ile ilgili fizikî hasar ya da sorumluluklar için ödenen tazminatlardan kaynaklanan maddî menfaatlerine yönelik karşılaşılabileceği bütün tehlikelere karşı yapılan sigorta inşaat sigortadır.

B. İnşaat Sigortasının Kapsamı

a. İnşaat Sigortasının Konusu

İnşaat sigortasının konusunu inşa eserinde kullanılacak olan araç - gereç, malzeme ve inşa eserinin tamamlanan kısımları değil sigorta ettirenin bunlar üzerindeki menfaati oluşturmaktadır. İnşaat sigortası zarar sigortaları arasında yer aldığından ortada para ile ölçülebilir bir menfaatin bulunması gerekir. Mal üzerinde para ile ölçülebilir menfaati bulunan kişiler rizikonun gerçekleşmesi halinde uğrayacakları zararı giderebilmek amacıyla sigorta yaptırmaktadır. Sigortanın konusunun mal olarak kabul edilmesi halinde ise mal üzerinde mevcut çeşitli menfaatlerin aynı zamanda aynı rizikolara karşı sigorta sözleşmesi ile güvence altına alma imkanı ortadan kalkmaktadır⁴³¹. Bu bakımdan inşaat sigortalarında sigorta sözleşmesinin konusunu sigorta ettirenin menfaati oluşturmaktadır. İnşa eserinin yapımında kullanılacak araç - gereç, malzeme ile inşa eserinin tamamlanan kısımları ise sigorta ettirenin menfaatinin konusunu oluşturmaktadır.

İnşaat sigortasında sigorta ettirenin menfaatinin konusu bina, fabrika, baraj, otoyol ve yol inşaatları vb. yapılar ile inşa eserinin yapımında kullanılacak olan araç - gereç ve malzemelerdir⁴³². Kamu ihale inşaat sözleşmeleri uyarınca müteahhidin yaptırmak zorunda olduğu inşaat sigortasında ise sigorta menfaatinin konusu belirlenirken 4734

⁴³⁰ AKÇAR, Nihan: İnşaat Sigortası Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004, s.7).

⁴³¹ BOZER, Ali: Sigorta Hukuku, Genel Hükümler - Bazı Sigorta Türleri, Ankara, 2004, s.24-25.

⁴³² "İnşaat sigortası ile inşaat ve yapı teçhizatı ve tesisler sigorta kapsamına alınır..." Yargıtay 11.HD. 10/02/2006 t. , 2006/376E. ve 2006/1565K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

sayılı Kanun m.4'te yer alan “Yapım” kavramından hareket etmek gerekir. Buna göre bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihrazat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işlerini üstlenen müteahhit iş sahasında bulunan her türlü araç - gereç, malzeme, ihrazat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile yapılan işin biten kısımları için inşaat sigortası yaptırmakla yükümlüdür⁴³³.

b. İnşaat Sigortasında Riziko

İSPGŞ inşaat sigortasındaki rizikoların neler olduğunu düzenlememiştir. Bunun yerine İSPGŞ m.1'de inşaat sigortasındaki rizikonun genel bir tanımını yapmıştır. Buna göre inşaat sigortasında riziko, sigorta menfaatinin konusunu oluşturan değerlerin teminat süresi içinde, iş sahasında bulunduğu sırada, poliçede gösterilen istisnalar dışında kalan, önceden bilinmeyen ve ani bir nedenle hasara neden olan olaydır. Önceden bilinmeme unsuru sadece inşaat sigortasındaki rizikoların değil tüm sigorta sözleşmelerindeki rizikoların taşınması gereken bir unsurdur. Ancak “*Ani bir nedenle hasara uğrama*” ifadesinin açıklanması gerekir. Anilik unsurunun “*Bir anda, bir anlık, bir saniyelik*” şeklinde değil “*Tek seferde ya da belirlenebilen bir dönemde ortaya çıkan ve süre net olarak belirlenebilen*” biçiminde anlaşılması gerekir⁴³⁴.

İnşaat sigortasında ortaya çıkabilecek ve teminat altına alınan rizikolar yıldırım, sel, kar, çığ, fırtına, heyelan, deprem gibi doğa olaylarından ya da hırsızlık, dikkatsizlik ve becerisizlik, ihmal, işçilik hatası gibi insan davranışlarından kaynaklanır.

İSPGŞ'te yer almamakla birlikte 4735 sayılı Kanun m.9 ile YİGŞ m.9/2 inşaat sigortasındaki rizikoların neler olduğunu örnekleme biçiminde saymıştır. Buna göre deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına ve yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık,

⁴³³ DOĞANYİĞİT: s.1049.

⁴³⁴ AKÇAR: s.25.

sabotaj gibi insandan kaynaklanan olaylar inşaat sigortasında riziko kavramı içinde yer almaktadır.

c. İnşaat Sigortasında Teminat

İnşaat sigortasının neleri teminat altına alacağı İSPGŞ m.1'de düzenlenmektedir. Bu sigorta, konusunu teşkil eden değerlerin teminat müddeti içinde, iş sahasında bulunduğu sırada, inşaat süresinden poliçede gösterilen istisnalar dışında kalan, önceden bilinmeyen ve ani bir sebeple herhangi bir ziya ve hasara uğraması halini temin etmektedir. İnşaat sigortasının kapsamı bu şekilde belirlenmekle birlikte İSPGŞ m.2'de sigorta sözleşmesinin taraflarının aralarında anlaşmamaları halinde teminat kapsamı dışında kalacak haller düzenlenmiştir. Sigorta ettiren ve sigortacı, İSPGŞ m.2'de yer alan hususları teminat kapsamı içine almazlar ise bunlar inşaat sigortasının kapsamı dışında kalmaktadır. Hasar sonucunda enkazın kaldırma masrafları, üçüncü kişilerin maruz kalacağı zararlardan sigortalıya düşecek hukukî sorumlulukları aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalacak hallere örnek olarak vermek mümkündür.

İSPGŞ göre inşaat sigortasında aksine sözleşme yoksa teminat dışında kalacak hallerin dışında hiçbir durumda teminat kapsamına girmeyen hususlar da yer almaktadır. İSPGŞ m.3'te düzenlenen teminat dışı hallerin gerçekleşmesi rizikonun gerçekleştiği anlamına gelmemektedir. Her türlü nükleer riskler, kamu otoritesi tasarrufları, hatalı malzeme ve işçilik, aşınma, yıpranma, paslanma ve çürümeler teminat dışı hallerden bazılarıdır.

C. İnşaat Sigortasında Sigorta Süresi

İnşaat sigortasında teminat süresi İSPGŞ m.4'te düzenlenmiştir. Buna göre teminat süresi, poliçede belirtilen başlangıç tarihi esas olmak üzere sigorta menfaatinin konusunu oluşturan değerlerin iş sahasına getirilmesi ile başlamakta ve poliçede belirtilen bitiş tarihinde sona ermektedir. İnşa eserinin poliçede belirtilen bitiş tarihinden önce kısmen ya da tamamen bitirilip iş sahibine teslim edilmesi durumunda teminat süresi, bitirilip teslim edilen kısımlar için sona ermektedir.

İnşa eserinin yapımında kullanılacak araç - gereçler ile malzemeler için nakliye sigortası yapılması durumunda bunlar için sigorta teminatının başlayacağı süre açısından farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Çünkü araç - gereçler ile malzemeler için nakliye sigortası yapılmış ise bunlar için inşaat sigortasının teminatı nakliye sigortasının teminatının sona ermesi ile başlamaktadır.

İSPGŞ m.4/2 inşaat sigortasında teminat süresinin duracağı halleri düzenlemiştir. Buna göre inşaat işlerine herhangi bir sebepten ötürü en az 1 ay kesintisiz ara verilmesi halinde sigortalının yazılı ihbarı ile sigorta teminatı durmaktadır. Ancak sigortalının inşaat işlerinin durması sırasında sigorta teminatının devam etmesini isteme hakkı da mevcuttur. İnşaat işlerinin tekrar başlaması ile duran süre kadar sigorta teminat süresi uzatılmaktadır.

Kamu ihale inşaat sözleşmeleri bakımından ise inşaat işinin ihaleye konu olup olmamasına göre teminat süresi farklılık göstermektedir. Buna göre ihale konusu inşaat işleri için teminat süresi iş sahasının tesliminden geçici kabul tarihine kadardır. İhaleye konu olmayan inşaat işleri için ise bu süre hafriyatın başlaması ya da şantiyenin kurulmasından inşa eserinin bitirilerek idareye teslim edilmesine kadar geçen dönemdir⁴³⁵.

D. İnşaat Sigortasında Sigorta Bedeli

İnşaat sigortasında sigorta bedelinin hangi esaslara göre belirleneceği İSPGŞ m.11'de yer almaktadır. Belirlenecek sigorta bedeli inşaat konusu malzeme ve işlerin gümrük, resim, harçlar, nakliye ve işçilik masrafları dahil değeri ile inşa eserinin yapımında kullanılan araç - gereçlerin carî piyasa değerinden az olmamalıdır. Eğer poliçede gösterilen değerlerde bir artış meydana gelecek olursa sigorta ettiren artışın geçerli olduğu tarihten itibaren 5 gün içinde ve fakat herhangi hasar meydana gelmeden önce durumu yazılı olarak sigortacıya bildirmelidir. Bu durumda değer artışı sigorta bedeli için de geçerli olur. Ancak artışın %20'de fazla olması durumunda sigortacının

⁴³⁵ DOĞANYİĞİT: s.1051.

yazılı kabulü gerekmektedir. Sigortacı tarafından %20 üzerinde gerçekleşen değer artışı kabul edilmez ise bu sigortaya ilk tehlike sigortasına ilişkin hükümlerin uygulanmalıdır⁴³⁶.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhit tarafından yaptırılacak olan inşaat sigortasında sigorta bedeli YİĞŞ m.9/3'e göre belirlenmektedir. Buna göre fiyat farkları da dahil olmak üzere işin kendisi için belirlenen hak ediş tutarları ile her türlü araç - gereç ve malzeme için piyasaya rayiçlerine göre hesaplanacak bedel sigorta bedeli olmaktadır. Ancak idare tarafından ödenen hak edişlerin poliçede belirtilen sigorta bedelini aşması halinde zeyilname ile sigorta bedelinin arttırılması gerekmektedir.

3. Malî Mesuliyet Sigortası

A. Malî Mesuliyet Sigortasının Tanımı

Sigorta ettirenin ya da sigortalının sigorta süresi içinde üçüncü kişilerin can ya da mallarına gelecek zararlardan ötürü karşılayacağı zararın tazmin edilmesi taleplerinin, sigortacı tarafından belirli bir prim karşılığında sigorta teminatına alındığı sigorta türüne malî mesuliyet sigortası denir⁴³⁷.

Bu sigorta ile sigorta ettirenin sorumluluğu ortadan kalkmamaktadır. Malî sorumluluk sigortası ile hem sigorta ettirenin meydana gelen zararlardan ötürü malvarlığında meydana gelecek azalmanın önlenmesi hem de üçüncü kişinin zararların

⁴³⁶ İlk tehlike sigortası eksik sigorta durumunda rizikonun gerçekleşmesi sonucunda uygulanacak proporsiyon kuralının sakıncalarını gidermek amacıyla ortaya çıkmıştır. Eksik sigortada sigorta bedeli, sigorta menfaatinin altında kalmaktadır. Sigorta menfaatinin tamamen zayi olması durumunda sigorta tazminatı olarak sigorta bedelinin tamamı ödenmektedir. Sigorta menfaatinin kısmen zayi olması durumunda ise proporsiyon kuralı denilen oranlama yapılmaktadır. İlk tehlike sigortasında ise sigorta bedeli sigorta menfaatinin altında olması ve tarafların anlaşması (TTK m.1288/1) ya da sigorta ettirenin prim farkını ödemesi koşuluyla tek taraflı beyanda bulunması halinde kısmî zayi olsa dahi sigorta bedelinin tamamı ödenmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. ULAŞ: s.114-115.

⁴³⁷ ÜNAN, Saim: İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul, 1998, s.8.

giderilerek korunması amaçlanmaktadır⁴³⁸. Burada sigorta ettiren malvarlığında ileride meydana gelebilecek eksilmeye karşı kendisini de koruma altına almaktadır⁴³⁹.

B. Malî Mesuliyet Sigortasında Riziko

Malî mesuliyet sigortalarında riziko sigorta ettirenin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu doğuracak olay sonucunda malvarlığında meydana gelmesi muhtemel azalma ihtimalidir. Ancak rizikoların neler olacağı net olarak belirlemediğinden, genellikle zarar oluşturan olay önceden belirlenemediği için, sigorta genel şartlarında sigorta teminatı dışında bırakılan durumlar sayılmaktadır⁴⁴⁰. Sigorta teminatı dışında kalan hususlar ise malî mesuliyet sigortasının kapsamında yer almamaktadır.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhide yüklenen malî mesuliyet sigorta yaptırma yükümlülüğü uyarınca sigorta teminatının inşaa eserinin yapımı sırasında zarar gören üçüncü kişileri kapsamı gerekir. YİĞŞ m.9/5 yapılacak çalışmalar nedeniyle çevre halkının kazaya uğramalarını ve zarar görmelerini engelleyici tedbirleri almayı müteahhide yüklemiştir. Müteahhit tarafından alınacak bütün tedbirlere rağmen üçüncü kişilerin can ve mallarına zarar verilmesi ihtimaline karşılık malî mesuliyet sigortası da yapılması gerekmektedir. Burada da riziko müteahhidin inşaa eserinin yapımı sırasında üçüncü kişilerin can ve mallarına zarar verme ihtimalidir.

C. Malî Mesuliyet Sigortasında Teminat

Malî mesuliyet sigortasının teminat kapsamı Üçüncü Şahıslara Karşı Malî Mesuliyet Sigortası Genel Şartları m.1’de “*Sigortanın mevzuu ve şumülü*” başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre sigorta teminat süresinde rizikonun gerçekleşmesi nedeniyle üçüncü kişilerin ölmesi, yaralanması ve sağlığının bozulması ile üçüncü kişilerin mallarının zarara uğraması durumunda sigorta ettirene karşı üçüncü kişilerin tazminat talepleri poliçede belirtilen miktarlara kadar teminat altına alınmaktadır.

⁴³⁸ BOZER: s.118; ULAŞ: s.636.

⁴³⁹ BOZER: s.119.

⁴⁴⁰ BOZER: s.122.

Üçüncü Şahıslara Karşı Malî Mesuliyet Sigortası Genel Şartları hem m.1 ile teminat kapsamını belirlemiş hem de m.3 ile teminat kapsamında dışında kalan durumları düzenlemiştir. Teminat kapsamı dışında kalacak durumları belirlerken ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre m.3/A sigorta teminat kapsamı hiçbir durumda alınmayacak hususları düzenlemiştir. Bunlar arasında kasten verilen zararlar, sigortalıya hizmet ya da vekalet sözleşmesi ile bağlı olan kimselere verilen zararlar, terör eylemleri neticesinde doğan zararlar vb. yer almaktadır. Genel şartlar m.3/B’de ise sigorta sözleşmesinin taraflarınca aksi düzenlememiş ise teminat dışında kalacak iki hususa yer verilmiştir. Bunlardan ilki kamu ihale inşaat sözleşmeleri için de geçerlidir. Buna göre sigortalı gayrî menkul sahibi, müteşebbis ya da iş sahibi ise, poliçede yazılı gayrî menkullerde bulunan ya da işin icrasında kullanılan asansör ile yük asansörlerinin (Monte-charge) üçüncü kişilere verecekleri zararlardan doğan sorumluluk sigorta sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça sigorta teminatının kapsamı dışında kalmaktadır.

D. Malî Mesuliyet Sigortasında Sigorta Bedeli

Sigorta sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılan ve rizikonun gerçekleşmesi durumunda sigortacının ödeyeceği azamî miktarı ifade eden sigorta bedeli⁴⁴¹ müteahhit tarafından yaptırılacak malî mesuliyet sigortasında belirlenirken YİĞŞ m.9/5’teki düzenlemenin dikkate alınması gerekir. Buna göre müteahhit tarafından yaptırılacak malî mesuliyet sigortalarında sigorta bedeli belirlenirken, sigorta şirketlerinin uygulamalarında kullandığı bedellerin esas alınmalıdır. Burada sigorta bedeli belirlenirken malî mesuliyet sigortasının zarar - meblağ sigortası ayrımında zarar sigortalarında arasında yer aldığı göz önünde bulundurulmalıdır. Zarar sigortaları sigorta ettiren rizikonun gerçekleşmesi ile birlikte uğradığı zararların, sigortacı tarafından sözleşmede yer alan sigorta bedeli çerçevesinde tazminini sağlayan sigorta türüdür⁴⁴². Meblağ sigortalarında ise sigorta sözleşmesinde yer alan rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortalının uğradığı zarar ile ilgili herhangi bir değerlendirme yapılmadan sigorta bedelinin tamamının ödenmesi söz

⁴⁴¹ KENDER, Rayegan: Türkiye’de Hüsüsî Sigorta Hukuku, İstanbul, 2005, s.237.

⁴⁴² ŞENOCAK, Kemal: Meslekî Sorumluluk Sigortası, Ankara, 2000, s.17-18.

konusudur⁴⁴³. Malî mesuliyet sigortası ile rizikonun gerçekleşmesi sonucu zarar gören üçüncü kişinin gerçek zararları sigorta bedeli çerçevesinde karşılanmaktadır.

Kamu ihale inşaat sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilecek inşaat işinin kapsamlı olması ve büyük riskler içermesi malî mesuliyet sigortasındaki sigorta bedelinin belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Ayrıca sigorta bedeli belirlenirken inşaat işlerinden dolayı zarara uğrama olasılığı olan çevre halkı sayısının belirlenmesi de sigorta bedelinin belirlenmesinde göz önüne alınmalıdır. Sigorta şirketlerinin uygulamaları da sigorta bedelinin belirlenmesinde yardımcı olacak hususlar arasında yer almaktadır. Bütün bunlara rağmen YİĞŞ'nin malî mesuliyet sigortasındaki sigorta bedelinin miktarı konusunda bir alt sınır getirmesi yerinde olacaktır.

4. Müteahhidin Sigorta Yaptırırken Yerine Getirmesi Gerekenler

Kamu ihale inşaat sözleşmesi uyarınca müteahhit tarafından yaptırılması zorunlu tutulan inşaat sigortası ve malî mesuliyet sigortaları poliçelerinde YİĞŞ'de belirtilen bazı hususların yer alması gerekmektedir. TTK m.1265/1 uyarınca sigortacı, sigorta sözleşmesi yapıldıktan sonra her iki tarafın hak ve borçlarını gösteren ve kendisi tarafından imzalanan bir poliçe ya da bunun yerine geçecek bir sigorta ilmühaberini ekleri ile birlikte sigorta ettirene vermek zorundadır⁴⁴⁴. Sigortacı tarafından düzenlenecek olan poliçenin birtakım unsurları içermesi gerekir. TTK m.1266/1 sigorta poliçesinde olması gereken unsurları saymıştır. Sigorta poliçesinde sigortacının ve sigorta ettirenin ve varsa sigortadan faydalanan kimsenin adı ve soyadı veya ticaret unvanı ve ikametgahları, sigortanın konusu, rizikolar ile bunların başlayacağı ve son bulacağı tarih, sigorta bedeli, prim tutarı ile zaman ve yeri, rizikoların hakikî maiyetlerini tamamen belirlemeye yarayan bütün haller ile poliçenin düzenlenme tarihinin yer alması gerekir. Müteahhit tarafından yaptırılacak olan sigorta sözleşmelerine ait poliçelerde de bunlara yer verilmelidir. Ancak bu poliçelerde YİĞŞ m.9/4 uyarınca idare iş sahibi, müteahhit işi gerçekleştiren sıfatıyla yer almalıdır. Alt müteahhit görevlendirilmesi durumunda bunların da sigorta poliçesinde

⁴⁴³ Zarar - meblağ sigortaları ayrımı ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. CAN, Mertol: Sigorta Hukuku, Ankara, 2005, s.23-50; ŞENOCAK: Sigorta, s.17-42; KENDER: s.139-141.

⁴⁴⁴ CAN: s.93-94.

gösterilmesi gerekir. Ayrıca söz konusu sigortalara ait poliçelerde gösterilecek kıymetler tam değeri üzerinden gösterilmeli ve muafiyet tanınmamalıdır.

Sigorta poliçesi içerik bakımından ise iki kısımdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki ilgili bakanlık tarafından uygun görülüp onaylanan sigorta genel şartlarıdır. Bunların zahmetsizce okunabilecek şekilde basılmış olması gerekir. İkinci kısım ise emredici hükümlere aykırı olmamak (TTK m.1264) üzere taraflarca kararlaştırılan özel şartlardan oluşmaktadır. Özel şartların varlığı durumunda genel şartlardan önce özel şartların uygulanması gerekir.

Müteahhit tarafından yaptırılacak olan sigorta sözleşmelerine ait poliçelerde de öncelikle genel şartlara yer verilmelidir. Özel şartlar kısmında ise YİGŞ'de belirtilen hususlara yer almalıdır. Bunlardan ilki sigorta ilişkisinin sona erdirilmesi ile ilgilidir. Buna göre idare tarafından yazılı şekilde izin verilmedikçe sigorta poliçesi kesin kabul tarihinden önce iptal edilememektedir. Ayrıca sigorta süresi konusunda da idarenin yazılı izni olmadıkça azaltma yapılamayacağı sigorta poliçesinde yer almalıdır. Böylece müteahhidin inşa eserini tamamlayıp teslim etmesi ve idare tarafından inşa eserinin kabul edilmesine kadar ortaya çıkabilecek zararların teminat altında tutulması amaçlanmaktadır.

Özel şartlar kısmında yer alması gereken ikinci husus ise kamu ihale inşaat sözleşmesinin feshi durumunda sigorta sözleşmesinin durumudur. YİGŞ m.9/8 uyarınca kamu ihale inşaat sözleşmesinin feshedilmesi ya da tasfiye edilmesi durumunda inşaat işi yeni bir müteahhide verilinceye kadar sigorta sözleşmeleri devam ettirilmelidir. Bu durumda yeni müteahhidin başlamasına kadar geçen süredeki sigorta giderleri müteahhit tarafından karşılanmaktadır. Ancak müteahhit tarafından söz konusu giderlerin karşılanması belirli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Buna göre 4735 sayılı Kanun m.22 ve YİGŞ m.48 uyarınca kamu ihale inşaat sözleşmesinin feshedilmesi ya da tasfiye edilmesine ilişkin idare tarafından alınan kararın müteahhide tebliğ edilmesinden itibaren 3 ay sonra müteahhit giderleri karşılama sorumluluğundan kurtulmaktadır.

VI. MÜTEAHHİDİN İNŞA ESERİNİN YAPIMINA ZAMANINDA BAŞLAMA, DEVAM ETME VE BİTİRME BORCU

1. Müteahhidin İş Programı Hazırlaması

A. İş Programının Hazırlanması

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhidin yükümlülüklerinden birisi de inşaa eserinin yapımını sözleşmede belirtilen zamanda başlayarak tamamlamak ve idareye teslim etmektedir. Müteahhit tarafından bu yükümlülüğün yerine getirilmesi ancak belirli bir program dahilinde çalışılması halinde söz konusu olmaktadır. YİGŞ müteahhidin inşaa eserinin yapımına başlamasından idareye teslim edilmesine kadar olan sürenin bir plana bağlanmasını öngörmüştür. Böylece hem müteahhidin inşaa eserini zamanında tamamlayıp teslim etmesi hem de idarenin inşaa eserinin yapım aşamasını takip ederek denetlemesi olanağı sağlanmış olacaktır.

YİGŞ m.18/1 uyarınca müteahhit kamu ihale inşaat sözleşmesinin imzalandığının idare tarafından kendisine tebliğ edilmesinden itibaren, sözleşme ve eklerinde belirtilen süre içinde iş programını hazırlamakla yükümlüdür. Müteahhit iş programını hazırlarken idare tarafından kendisine verilen iş programı örneklerine uygun bir biçimde hareket etmek zorundadır.

İş programı hazırlanması konusunda çeşitli teknikler bulunmaktadır. Bunlar arasında çubuk (Gantt) diyagramı, devre diyagramları, ağ diyagramları, pert metodu, CPM (Critical Path Method) gibi teknikler yer alır⁴⁴⁵. YİGŞ m.18/5 inşaa eserinin kapsamlı olması durumunda idare tarafından müteahhitten çubuk diyagramı yerine inşaa eserinin özelliğine bağlı olarak hazırlanan paket yazılım iş programı CPM ya da benzeri bilgisayar destekli iş programı düzenlenmesi isteyebilmektedir. Çubuk diyagramı metodu ilk kullanılan iş programı hazırlama tekniğidir. Burada işlemler zaman ölçeğine göre çizilen bir dizi yatay çubuk şeklinde gösterilmektedir. Her bir çubuk, projedeki bir işlemin başlama tarihini, süresini ve bitiş tarihini göstermektedir. Bu metot daha çok basit işlerde kullanılır⁴⁴⁶. CPM metodu ise daha kapsamlıdır. Burada öncelikle bir ana program yer

⁴⁴⁵ İş Programı Hazırlama Teknikleri Seminer Notları, İstanbul Teknik Üniversitesi İnşaat Fakültesi, s.2-7 (www.ins.itu.edu.tr).

⁴⁴⁶ İş Programı Hazırlama Teknikleri Seminer Notları: s.2-3 (www.ins.itu.edu.tr).

almaktadır. Bu ana program daha ayrıntılı kısımlara bölünerek ana programa uygun kısmi programlara ayrılmaktadır⁴⁴⁷. Böylece işin daha ayrıntılı bir programı ortaya çıkarılmaktadır.

İş programı hazırlanırken dikkat edilmesi gereken bazı hususlar vardır. İş programları hazırlanırken iş kısımları, işleri bitirme tarihi ile idare tarafından yapılacak yıllık ödeme miktarlarının dikkate alınması gerekir. Ayrıca iş programının yapılacak olan iş kalemlerini ve gruplarını, aylık olarak yapılacak olan imalat ile iş miktarını, yıllık ödenek dilimlerini ve bunların aylara dağılımını içermesi gerekir.

Müteahhit tarafından iş programı hazırlandıktan sonra 4 nüsha halinde, onaylanmak üzere idareye verilmelidir. YİĞŞ m.18/3 uyarınca idare kamu ihale inşaat sözleşmesi ve eklerinde belirtilecek süre içinde kendisine verilen iş programını ya olduğu gibi ya da gerekli değişiklikleri yaparak onaylar. İş programının onaylı bir örneğinin müteahhide verilmesi gerekir. Çünkü müteahhit idare tarafından iş programı olmadan inşa eserinin yapımına başlayamamaktadır. Bu bakımdan iş programının idare tarafından onaylanmaması durumunda müteahhit inşa eserinin yapımına başlamamakta, yeni bir iş programı hazırlamak zorunda kalmaktadır. Ancak idareye iş programını onaylamak için verilen süre kamu ihale inşaat sözleşmesine bırakılmıştır. Müteahhidin inşa eserinin yapımına başlamasında önemli bir rol oynayan bu sürenin azamî olarak YİĞŞ'de belirtilmesi, idarenin kötü niyetli uygulamalarının önüne geçmek bakımından önemli olacaktır.

B. İş Programının Revize Edilmesi

Müteahhit idare tarafından onaylanan iş programına uygun hareket etmek zorundadır. Ancak zorunluluk arz eden durumlarda iş programında değişiklik yapılması mümkündür. Özellikle 4735 sayılı Kanun m.10'da belirtilen mücbir sebepler ile idareden kaynaklanan sebeplerden dolayı, müteahhide yüklenemeyecek gecikmelerin olması durumunda idare tarafından engel durum ve yapılacak olan işin niteliği göz önüne alınarak süre uzatılması iş programının revize edilmesini gerektirir.

⁴⁴⁷ İş Programı Hazırlama Teknikleri Seminer Notları: s.6-7 (www.ins.itu.edu.tr).

YİĞŞ m.18/7 uyarınca iş programının revize edilmesini gerektirecek durumun varlığı halinde idare tarafından YİĞŞ m.30'a göre verilecek süre uzatımının müteahhide tebliğinden itibaren 7 gün içinde revize program hazırlanmalı ve idarenin onayına sunulmalıdır. İdare, revize programı tıpkı ilk iş programı gibi onaylayabilir, düzelterek onaylayabilir ya da reddedebilir.

2. Müteahhidin İnşa Eserinin Yapımına Zamanında Başlaması ve Devam Etmesi

BK'ya göre yapılan inşaat sözleşmelerinde inşa eserinin yapımına zamanında başlanması ve devam etmesi müteahhidin borçları arasında yer almaktadır. Müteahhidin bu borcuna uygun hareket etmemesi durumunda birtakım sonuçlar ortaya çıkmaktadır. İnşa eserinin yapımına zamanında başlanmaması ve devam etmemesi inşa eserinin teslim süresinin belirli olup olmadığına göre farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. İnşa eserinin teslim süresinin belirli olduğu durumlarda BK m.358 hükmü uygulama alanı bulmaktadır. BK m.358/1 uyarınca müteahhit inşa eserinin yapımına zamanında başlamaz veya sözleşme şartlarına göre işi geciktirir ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir nedenle inşa eserinin belirlenen sürede tamamlanamayacağı anlaşılırsa iş sahibi teslim için belirlenen süreyi beklemeden inşaat sözleşmesinden dönme⁴⁴⁸ hakkına sahip olmaktadır⁴⁴⁹. İş sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için müteahhide inşa eserinin yapımına zamanında başlaması ya da devam etmesi için ihtarda bulunması ve süre vermesi gerekmektedir⁴⁵⁰. Ancak BK m.107 şartları mevcutsa süre verip ihtar etmeye gerek kalmamaktadır.

İş sahibinin dönme dışında BK m.106-108'de düzenlenen borçlunun temerrüdüne bağlanan hakları kullanıp kullanamayacağı tartışmalıdır. ÖZ'e göre inşaat sözleşmesi ani edimli sözleşme niteliğinde olduğundan sözleşmede belirtilen teslim tarihinden önceki çalışmalar ifa fiilleri değil, ifaya hazırlık çalışmaları sayılmaktadır. Bu durumda

⁴⁴⁸ BK m.358/1'de "*Fesih*" ifadesi kullanılmıştır. Bu hükümdeki fesih teknik anlamda sözleşmeden dönmeyi ifade etmektedir (EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.78).

⁴⁴⁹ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.112-113; KARAHASAN: s.230.

⁴⁵⁰ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.118-119; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.78.

müteahhidin temerrüdünün söz konusu olması mümkün değildir. BK m.358/1 hükmü müteahhidin temerrüdünü düzenleyen hüküm değil, ifanın hazırlanmasının inşaat sözleşmesinde taşıdığı önem dolayısıyla müteahhit temerrüde düşmeden önce iş sahibine sözleşmeden kurtulma imkanı tanıyan hüküm sayılmalıdır. Bu durumda iş sahibinin BK m.358/1’de yer alan dönme hakkı dışında bir hakka sahip olması mümkün değildir⁴⁵¹. Ancak doktrinde hakim olan görüşe göre iş sahibi BK m.358/1 uyarınca isterse inşaat sözleşmesinden dönebilir isterse BK m.106’da öngörülen iki yoldan birini seçebilir. Bu iki yol, ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini ve sözleşmeden dönme ile birlikte menfi zararın tazminin istenmesidir⁴⁵². Ayrıca müteahhidin eserin yapımına devam etmemesi ve kendisine verilen süre içinde herhangi çalışma yapmaması durumunda iş sahibi BK m.97’ye göre inşa eserini üçüncü bir kişiye tamamlatma hakkına sahip olmaktadır⁴⁵³.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhit tarafından hazırlanan iş programı idarenin onayından geçtikten sonra inşa eserinin yapımına başlanmalıdır. Ancak müteahhidin inşa eserinin yapımına ne zaman başlayacağına ilişkin 4735 sayılı Kanun ve YİĞŞ’de herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İşe başlama tarihi taraflar arasında kararlaştırılır. Ancak bu durum inşa eserinin yapımını sürüncemede bırakabilmektedir. Bunu engellemek amacıyla “*Sözleşmenin imzalanmasından itibaren 45 gün içinde*” şeklinde bir ifade ile işe başlama açısından azamî bir sürenin getirilmesi gerekmektedir. Sürenin getirilmesi ile işe başlama tarihi konusunda bir netlik yaratılmalıdır.

Müteahhit tarafından inşa eserinin yapımına zamanında başlanmaması ve devam ettirilmemesi kamu ihale inşaat sözleşmesinin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde bu durum sözleşmenin iş sahibi idare tarafından feshedilmesi sonucunu doğurmaktadır. 4745 sayılı Kanun m.20/1 (a) bendi ve YİĞŞ m.48/2 (a) bendi uyarınca müteahhit tarafından inşa eserinin yapımına zamanında başlanmaz ve devam ettirilmezse idare nedenlerini açıkça belirttiği ihtar ile müteahhide işe başlaması ve devam etmesi için süre vermektedir. Bu sürenin makul bir süre olması gerekir. Bu makul süre en

⁴⁵¹ ÖZ: İnşaat Sözleşmesi, s.114.

⁴⁵² TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.119; ARAL: s.356-357; YAVUZ: s.293-294; ZEVKLİLER: s.338.

⁴⁵³ YAVUZ: s.294; KARAHASAN: s.238.

az 10 gün olarak 4735 sayılı Kanun m.20’de düzenlenmiştir. Mütcaahhit tarafından söz konusu ihtara rağmen kendisine verilen süre içinde inşa eserinin yapımına başlamaz ya da devam etmezse idare tarafından kamu ihale inşaât sözleşmesi ayrıca bir protesto çekmeye gerek kalmadan feshedilmektedir. 4735 sayılı Kanun m.22/5 uyarınca idare, kamu ihale inşaât sözleşmesini feshetmekle birlikte uğrayacağı her türlü zararı mütcaahhitten tazmin etme hakkına kavuşmaktadır.

İdarenin kamu ihale inşaât sözleşmesini bazı durumlarda feshetmesi menfaatlerine aykırı bir durum oluşturmaktadır. Özellikle inşa eserinin büyük kısmının bitirildiği durumlarda sadece mütcaahhidin işe gereken hızda devam etmemesinden ötürü sözleşmenin feshi, inşa eseri üzerinde kullanma menfaati olan idare açısından olumsuz bir durum oluşturmaktadır. YİĞŞ bu durumu göz önüne alarak kamu ihale inşaât sözleşmesinin feshedilmesini önleyici bir düzenleme getirmiştir. YİĞŞ m.48/5 uyarınca inşa eserinin %80’nin tamamlanmış olması ve tamamlanmasında kamu yararının olması, ivediliği sebebiyle kalan kısımların ihale edilmesi için yeterli süre bulunmaması, inşa eserinin başka bir mütcaahhide yaptırılmasının mümkün olmaması ve 4735 sayılı Kanun m.25’te düzenlenen yasak fiil ve davranışların inşa eserinin yapımına engel teşkil etmeyecek nitelikte olması durumunda idare, mütcaahhitten inşa eserini tamamlayarak teslim etmesini isteyebilmektedir. Bu durumda mütcaahhit inşa eserini tamamlayarak teslim etmek zorundadır.

3. İnşa Eserinin Zamanında Bitirilmesi

Mütcaahhit kamu ihale inşaât sözleşmesinde öngörülen süre sonunda inşa eserini tamamlayıp idareye teslim etmek zorundadır. Süre sonunda inşa eserinin tamamlanıp teslim edilmemesi durumunda 4735 sayılı Kanun m.20/1 (a) bendi ve YİĞŞ m.48/2 (a) bendi uyarınca kamu ihale inşaât sözleşmesi idare tarafından feshedilebilmekte ya da mütcaahhitten inşa eserini tamamlayıp teslim edilmesi istenebilmektedir.

Mütcaahhit kendisinden kaynaklanmayan, mücbir sebep ya da idarenin sebep olduğu olaylardan dolayı inşa eserini belirtilen sürede tamamlayıp teslim edemez ise YİĞŞ m.30 uyarınca ek süre isteme hakkına sahip olmaktadır. Bu durumda kamu ihale inşaât sözleşmesinin feshedilmesi durumu da söz konusu olmamaktadır.

Müteahhit ek süre talebinde bulunurken birtakım usullere uygun hareket etmek zorundadır. Öncelikle müteahhit kendisinden kaynaklanmayan ve süre uzatılmasını gerektiren olayın meydana gelmesinden itibaren 20 gün içinde idareye yazılı olarak başvurarak kamu ihale inşaat sözleşmesinde belirtilen sürenin uzatılmasını talep etmelidir. Bu 20 günlük bildirim süresi, süre uzatımını gerektiren sebebin idareden kaynaklanması halinde uygulanmamaktadır. Süre uzatımına neden olan olayın mücbir sebepten dolayı meydana gelmesi halinde kanıtlayıcı nitelikte yetkili merciler tarafından hazırlanan belgelerin de sunulması gerekmektedir. Bu belgelerin yanında müteahhit tarafından gecikmeye yol açtığı düşünülen olayların ayrıntıları ile işin süresinin ne kadar uzatılması gerektiği de belirtilmelidir. Gecikmeye neden olan olay müteahhit tarafından hemen tespit edilemiyorsa, bu tespit edilememenin sebepleri de ayrıca idareye bildirilmelidir.

Müteahhit tarafından zamanında yapılmayan süre uzatımına ilişkin bildirimler idare tarafından dikkate alınmamaktadır. Ancak mücbir sebeplerin varlığı durumunda müteahhidin süre uzatımını isteyememesi durumu ortaya çıkabilmektedir. Bunu önleyebilmek amacıyla YİĞŞ m.30/4 uyarınca mücbir sebep halinde müteahhit tarafından yapılacak olan bildirim, 20 gün öncesinden geçerli olmak üzere idare tarafından dikkate alınmalıdır. Böylece mücbir sebep hallerinde bildirim süresinin kaçırılmasının önüne geçilmiş olmaktadır.

Müteahhit tarafından iş programında inşa eserinin meydana getirilip teslim edilmesi için süre tespit edilirken hava durumunun çalışmaya uygun olmayan dönemi ile resmî tatil günleri dahil edilmemektedir. Ancak taraflarca bunun aksini öngörülebilir. Aksine bir kayıt bulunmadığı takdirde müteahhit hava durumunun çalışmaya uygun olmayan dönemi ile resmî tatil günleri sebebiyle süre uzatımı talebinde bulunamamaktadır. Çünkü bu sebepler işin bitirilmesi için süre tespit edilmesi sırasında müteahhit tarafından bilinmektedir. Müteahhidin bu hususları göz önüne alarak işin bitimi süresini tespit etmesi gerekir. Bu bakımdan bu sebepler süre uzatımı için geçerli sebepler oluşturmamaktadır.

4. Cezaî Şart

A. Cezaî Şart Tanımı

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhit inşa eserini belirlenen zamanda meydana getirip geçici kabule hazır hale getirmedeği takdirde cezaî şart ödemek zorundadır. Cezaî şart, borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle ödemeyi taahhüt ettiği, hukukî işlem ile belirlenmiş ekonomik değeri olan edim olarak tanımlanmaktadır⁴⁵⁴. 4735 sayılı Kanun m.20/1 (a) bendinde ve YİĞŞ m.30/1, m.42, m.45 ve m.48'de cezai şart yerine “*Gecikme cezası*” ifadesi kullanılmıştır.

Cezaî şart kavramı Türk hukukunda iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki cezaî şartı doğuran hukukî işlem anlamındadır. Bu hukukî işlem çoğu zaman sözleşme, bazen ise tek taraflı hukukî işlem olarak kendini göstermektedir. Bu anlamdaki cezaî şarta “*Cezaî şart anlaşması*” denilmektedir. Cezaî şart ayrıca hukukî işlem ile belirlenen ve asıl borçtan bağımsız edimi ifade etmektedir. Cezaî şart kavramı çoğunlukla bu anlamında kullanılmaktadır. İnşaat sözleşmesinde müteahhidin inşa eserini zamanında tamamlayıp teslim etmemesi halinde iş sahibine bir ekonomik değeri ödemeyi taahhüt etmesi cezaî şarttır⁴⁵⁵.

B. Cezaî Şartın Hukukî Niteliği

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde cezaî şartın getirilmesindeki en önemli neden müteahhidin inşa eserini zamanında tamamlayarak teslim etmesini sağlamak ve bu borcu kuvvetlendirmektir. Cezaî şart ile müteahhit, asıl borcunu oluşturan inşa eserini meydana getirme ve teslim borcunu zamanında yerine getirmesi bakımından zorlanmaktadır. Bu bakımdan cezaî şart kendi başına bir borcun konusunu oluşturmamaktadır. Sözleşme ile kararlaştırılan borcun fer'îsi niteliğini taşımaktadır. Asıl borç yoksa cezaî şart da

⁴⁵⁴ EREN: Borçlar Genel, s.1133-1134. Cezaî şartın tanımı için ayrıca bkz. KOSTAKOĞLU: s.476; REİSOĞLU: s.401; DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, İstanbul, 2006, s.919-920.

⁴⁵⁵ EREN: Borçlar Genel, s.1134; TUNÇOMAĞ: s.1-2.

olmamaktadır⁴⁵⁶. Asıl borç sona erdiğinde veya geçersiz olduğunda cezaî şartı ödeme borcu da sona ermekte ya da geçersiz hale gelmektedir⁴⁵⁷.

Cezaî şart ödeme borcu, müteahhidin asıl borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi halinde muaccel hale geleceğinden erteleyici şart niteliğindedir⁴⁵⁸. Erteleyici şartta taraflar koymuş oldukları kayıtla hukukî işlemin sonuçlarını, gelecekte gerçekleşmesi şüpheli bir olguya bağlamış olurlar. Erteleyici şart ile yapılan işlem kural olarak şüpheli olgunun gerçekleştiği anda sonuçlarını göstermeye başlamaktadır⁴⁵⁹. Müteahhit asıl borcu olan inşa eserini zamanında tamamlama ve teslim etme borcunu yerine getirmezse erteleyici şart gerçekleşmiş olur ve cezaî şart muaccel hale gelir. Cezaî şart muaccel hale geldikten sonra asıl borca bağlı fer'î niteliği ortadan kalkarak bağımsız bir borç niteliği kazanır⁴⁶⁰.

Gecikme tazminatından farklı olarak iş sahibi idare zarara uğramasa dahi cezaî şartın ödenmesini talep edebilmektedir. Ayrıca cezaî şartın söz konusu olabilmesi için kural olarak kusur da aranmamaktadır. Müteahhit kusurlu ya da kusursuz bir biçimde inşa eserini zamanında tamamlamayıp teslim etmez ise cezaî şart ödemek zorundadır⁴⁶¹. Ancak asıl borç kusursuz sonraki imkansızlık nedeniyle sona ererse, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça müteahhidin cezaî şart ödeme borcu ortadan kalkmaktadır. Müteahhit kusursuz olmasından dolayı cezaî şart ödeme borcundan kurtulmaktadır. Bu durum cezaî şartın asıl borca bağlı fer'î bir borç olmasının sonucudur⁴⁶². Ancak müteahhidin kusursuzluğunu ispat etmesi halinde cezaî şart ödemediği kurtulması aksi

⁴⁵⁶ EREN: Borçlar Genel, s.1134; TUNÇOMAĞ: s.15-16; REİSOĞLU: s.401; DUMAN: s.923.

⁴⁵⁷ EREN: Borçlar Genel, s.1135; KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s.584-585; REİSOĞLU: s.401.

⁴⁵⁸ EREN: Borçlar Genel, s.1135.

⁴⁵⁹ EREN: Borçlar Genel, s.1124-1125; SİRMEN, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992, s.53.

⁴⁶⁰ EREN: Borçlar Genel, s.1135; DUMAN: s.924; TUNÇOMAĞ: s.106 vd.

⁴⁶¹ ÖZ, cezaî şart ödeme borcunun gecikme tazminatında olduğu gibi ancak müteahhidin kusurlu olması yani kusursuzluğunu ispat edememesi halinde söz konusu olacağını savunmaktadır (ÖZ: İnşaat Sözleşmesi, s.138).

⁴⁶² EREN: Borçlar Genel, s.1135-1136.

kararlaştırılmadıkça geçerli olduğundan, kamu ihale inşaat sözleşmesinde buna ilişkin hüküm getirilmesi gerekmektedir.

4735 sayılı Kanun ve YİĞŞ’de düzenlenen cezaî şartın yanında kamu ihale inşaat sözleşmesinin idare tarafından feshedilmesi halinde gelir olarak kaydedilecek olan kesin teminat ve varsa ek teminat da cezaî şart niteliğindedir. Yargıtay tarafından verilen çeşitli kararlarda kesin teminatın cezaî şart niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁴⁶³.

C. Cezaî Şart Türleri

Cezaî şartın üç türü bulunmaktadır. Bunlar seçimlik cezaî şart, ifaya eklenen cezaî şart ve ifa yerine cezaî şarttır.

i) Seçimlik cezaî şart BK m.158/1’de düzenlenmektedir. Buna göre taraflar sözleşmede borçlunun ya borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi ya da cezaî şart ödenmesini kararlaştırlar. Buradaki seçim yetkisi alacaklıya ait olmaktadır. Alacaklı borçludan aynen ifayı talep edebileceği gibi bundan vazgeçip cezaî şartın ödenmesini talep edebilir⁴⁶⁴. Alacaklının, aksi kararlaştırılmamışsa, hem aynen ifa hem de cezaî şartı talep etme hakkı yoktur⁴⁶⁵.

ii) İfaya eklenen cezaî şart BK m.158/2’de düzenlenmektedir. Borçlunun sözleşmeye aykırı davranması halinde hem asıl borcun ifası hem de sözleşmede yer alan cezaî şart istenebilmektedir. Alacaklı taraf burada her ikisini birden talep etme yetkisine

⁴⁶³ “Sözleşmenin ihlali halinde,müteahhitçe verilen kesin teminatın irad kaydedileceğine dair hüküm, cezai şart niteliğindedir.” Yargıtay 15.HD. 10/06/1985 t , 1985/766E. ve 1985/2076K. sayılı karar (KOSTAKOĞLU: s.501), “İradelerin birleştiği sözleşme gereği koşulsuz gelir kaydedilen **kesin teminat cezaî şart niteliğini kazandığından** müstakil bir talep olarak istenen istihkaktan kaynaklanan alacak isteminin üzerinde bir eleştiri yapılmadan araştırılıp incelenmesi ve sonuçlandırılması gerekir.” Yargıtay 15.HD. 08/10/1984 t , 1984/2250E. ve 1984/2962K. sayılı kararı (Kazancı İçtihat Programı), “Teminatın irat yazılmasına ilişkin yasa ve sözleşme hükmü cezaî şart niteliğindedir.” Yargıtay HGK 17/01/1990 t , 1989/13-392E. ve 1990/1K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

⁴⁶⁴ KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s.586-587; REİSOĞLU: s.402; DUMAN: s.926-928.

⁴⁶⁵ EREN: Borçlar Genel, s.1136-1137; TUNÇOMAĞ: s.44-45.

sahiptir⁴⁶⁶. İfaya eklenen cezaî şart BK m.158/2 ile sadece iki durumda öngörülmektedir. Bunlardan ilki borcun zamanında ve yerinde ifa edilmemiş olmasıdır. Ancak tarafların aralarında anlaşarak zamanında ve yerinde ifa dışında kalan borca aykırılık hallerinde de cezaî şart kararlaştırmaları mümkündür⁴⁶⁷. İkinci durum ise alacaklının cezaî şarttan vazgeçmemiş olması ya da ifayı kayıtsız şartsız kabul etmiş olmasıdır. Alacaklı ifayı herhangi bir çekince koymadan kabul ederse cezaî şarttan vazgeçmiş sayılmaktadır. Bu bakımdan alacaklının asıl borcun ifasını kabul ederken çekince koyması, cezaî şartı talep hakkının devamını sağlamaktadır⁴⁶⁸.

iii) İfa yerine cezaî şart BK m.158/3'te yer almaktadır. Burada diğer cezaî şartlardan farklı olarak borçlunun borca aykırı davranması koşulu aranmamaktadır. Borçlu borca herhangi bir aykırı davranışta bulunmamasına rağmen cezaî şartı ödeyerek sözleşmeden dönebilmekte ve sözleşmeden kaynaklanan edimlerinden kurtulabilmektedir. Seçimlik cezaî şarttan farklı olarak buradaki seçim hakkı borçluya aittir⁴⁶⁹.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde öngörülen cezaî şart ifaya eklenen cezaî şarta benzemektedir. Çünkü idare, inşa eseri belirlenen zamanda meydana getirip teslim etmeyen müteahhitten hem cezaî şartı hem de belirli bir süre verip sözleşmeden kaynaklanan borçlarını yerine getirmesini isteyebilmektedir. Ancak burada ifaya eklenen cezaî şartı düzenleyen BK m.158/2'nin uygulanması söz konusu değildir. Çünkü 4735 sayılı Kanun m.20/1 (a) bendi cezaî şarta ilişkin özel bir hüküm getirmiştir. Buna göre

⁴⁶⁶ KOSTAKOĞLU: s.477-478; KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s.587-589.

⁴⁶⁷ KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s.588; REİSOĞLU: s.402-403; EREN: Borçlar Genel, s.1137-1138; DUMAN: s.928-932.

⁴⁶⁸ EREN: Borçlar Genel, s.1137-1138; DUMAN: s.930-932.

⁴⁶⁹ KOSTAKOĞLU: s.478-480; KILIÇOĞLU: Borçlar Genel, s.589; DUMAN: s.932-935. İfa yerine cezaî şart BK m.156/3'te düzenlenen cayma tazminatı ile benzerlik göstermesine rağmen farklı hukukî kurumlardır. Cezaî şarttan farklı olarak, cayma tazminatında borçlu tarafından alacaklıya sözleşmenin kurulması aşamasında peşin olarak ödemede bulunmaktadır. Borçlu taraf sözleşmeden döndüğü takdirde önceden ödediği miktar alacaklıda kalmaktadır. Ayrıca cayma tazminatının söz konusu olduğu durumlarda hem borçlu hem de alacaklı sözleşmeden dönebilmektedir. Ancak cayma tazminatı vermeyen alacaklı taraf sözleşmeden dönmek isterse, borçlunun verdiği cayma tazminatının iki katını vermek zorundadır.

müteahhit inşa eserini zamanında meydana getirip teslim etmezse ise idare, sadece müteahhide sözleşmenin yerine getirilmesi için verdiği süre için cezaî şarta hak kazanmaktadır. Süre sonunda müteahhidin sözleşmeyi yerine getirmemesi durumunda kamu ihale inşaat sözleşmesi idare tarafından feshedilebilmektedir. Cezaî şart asıl borca bağlı fer'i bir borç niteliğinde olduğundan müteahhitten fesihten sonra cezaî şart da istenememektedir. Yargıtay 13.HD'si 2006 yılında vermiş olduğu karar⁴⁷⁰ uyarınca müteahhit tarafından sözleşmeden kaynaklanan borcun belirlenen tarihte yerine getirilmemesi durumunda idare hemen sözleşmeyi feshetme hakkına sahip değildir. Fesihten önce 4735 sayılı Kanun m.20/1 (a) bendinde belirtilen sürede beklenilmesi, bu süre sonunda borcun yerine getirilmemesi halinde sözleşmenin feshedilmesi gerekmektedir. Burada cezaî şart gün üzerinde hesaplanırken sözleşmede belirtilen ifa zamanı başlangıç olarak dikkate alınmalıdır. Bitiş tarihi ise sözleşmenin feshedildiği tarih değil, bekleme süresinin sonudur. Bu bekleme süresi de 4735 sayılı Kanun uyarınca en az 10 gündür.

⁴⁷⁰ “Taraflar arasında kararlaştırılmış olan sözleşmede, normal teslim süresinin bitmesiyle davacı idarenin hemen fesih ihtarında bulunamayacağı, bunun için 20 gün bekleyeceği, buna karşılık davalı yüklenicinin de geçen her gün için iş bedelinin binde beşi oranında ceza ödeyeceği kabul edilmiştir. 4735 sayılı Yasa'ya tabi idareler kamu hizmeti ifa ederler. İhale işlemleri de bu hizmetin gereklerindedir. İhale ve mal teslimi işlemlerinin gecikmesi; hizmetin aksamasına, gecikmesine ve dolayısıyla kamunun bundan zarar görmesine neden olur. Bu yüzden, bu tür sözleşmelerdeki ceza koşulu nitelendirilirken, idarelerin açıklanan özelliği gözden uzak tutulmamalıdır. Davacı, sözleşme ve idari şartnamenin yukarıda değinilen hükümleri uyarınca fesih ihbarından önce 20 gün beklemek zorunda kalmış ve böylece fesihten öncesine ait olmak üzere bu cezayı isteme hakkını kazanmıştır. Şu durumda, taraflar arasında kararlaştırılan cezanın, 4735 sayılı Yasa'nın amacına uygun bir kararlaştırma olduğunun, olayda Borçlar Kanunu'nun seçimlik ceza ve ifaya eklenen ceza hükümlerinin uygulanma yeri olmadığı kabulü gerekir. O halde davacının, sözleşme ve şartnamede kararlaştırılan gecikme tazminatını isteme hakkı vardır. Mahkemenin kabulü de bu yönde olmakla birlikte, az yukarıda değinilen sözleşme ve şartname hükümleri gereğince davacının gecikme tazminatı ile ilgili isteminin 20 günle sınırlı olmak üzere kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde 51 gün üzerinden gecikme tazminatına hükmedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Yargıtay 13.HD. 16/10/2006 t. , 2006/8713E. ve 2006/13605K. sayılı karar. Aynı yöndeki kararlar için bkz. Yargıtay 13.HD. 22/02/200 t. , 2000/983E. ve 2000/1442K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı), Yargıtay 13.HD. 28/03/2001 t. , 2001/13-289E. ve 2001/299K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

VII. MÜTEAHHİDİN İNŞA ESERİNİ TESLİM BORCU

1. Genel Olarak

Teslim, müteahhidin bütün kısımlarıyla inşaat sözleşmesine göre tamamladığı inşaa eserini ifa amacıyla iş sahibinin hakimiyet alanına bırakarak inşaa eseri üzerindeki zilyetliğinin sağlanmasıdır⁴⁷¹. BK'da müteahhidin tamamlanmış olan inşaa eserini teslim etme borcu açık bir biçimde düzenlenmiş değildir. Ancak çeşitli maddelerde (BK m.358, 359/1, 360, 362, 363/2, 364, 368 ve 371) müteahhidin inşaa eserini teslim etmesinden bahsedilmektedir. Kanun koyucu sayılan maddeler ile inşaa eserinin teslimine çeşitli hukukî sonuçlar bağlamıştır. İnşaa eserinin teslimi ile birlikte müteahhidin ücret alacağı muaccel hale gelmekte (BK m.364/1), yarar ve hasar iş sahibine geçmekte (BK m.368), muayene ve ihbar süresi (BK m.359) ile ayıptan doğan hakların kullanılması için zaman aşımı süresi başlamaktadır. Teslimin sonucuna inşaat sözleşmesi için önem arz eden bu sonuçların bağlanması, müteahhidin borçları arasında teslimin de olduğunun bir kanıtıdır⁴⁷². Bu bakımdan müteahhidin teslim borcunun varlığı kabul edilmektedir⁴⁷³.

İnşaa eserinin teslim edilebilmesi için öncelikle tamamlanmış olması gerekir. Bunun için de müteahhit, inşaat sözleşmesinde öngörülen bütün işleri yapıp inşaa eserini teslim hazırlı bir hale getirmelidir⁴⁷⁴. Ancak inşaa eserinde tamamlanmayan kısımlar

⁴⁷¹ UÇAR: Teslim, s.515.

⁴⁷² UÇAR: Teslim, s.542-553.

⁴⁷³ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.124-125; KARAHASAN: s.254; UÇAR: Teslim, s.532.

⁴⁷⁴ “Yalnız tamamlanmış olan eser teslim borcunun konusunu oluşturabilir. Tamamlanma olgusu ise, eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanması ile ortaya çıkar. Bundan sonraki aşamada eserin zilyetliğinin iş sahibine geçirilmesi ve iş sahibince eser üzerinde fiilî hakimiyetin sağlandığının belirlenmesi ki, bu hukuki teslim anlamına gelir.” Yargıtay 15.HD. 13/11/1984 t. , 1984/1074E. ve 1984/3475K. sayılı karar (KOSTAKOĞLU: s.702-703); “Eserin teslim hazırlı olması, tamamlanmış olmasına bağlıdır. Objektif ölçüler içinde amacına uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanması halinde eserde ‘tamamlanmış olmak’ olgusu ortaya çıkar. Hukuki teslim ise iş sahibini eser üzerinde fiilî hakimiyetle olur.” Yargıtay 15.HD. 25/03/1991 t. , 1990/3841E. ve 1991/1451K. sayılı karar (KARAHASAN: s.257). İmar Kanunu m.31 uyarınca inşaa eserinin tamamlanma günü, m.30'e göre yapı kullanma izninin verildiği gündür. İdarenin sahip olduğu ya da yaptırdığı inşaa eserleri için yapı kullanma iznini belediye ya da valilikten almak zorundadır.

tamamlanan kısımlara göre çok az, önemsiz ve talî nitelikte ise (Örneğin mutfak dolabı ya da süpürgeliklerin yapılmaması)⁴⁷⁵, doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre, inşa eserinin teslimine hazır olduğunun kabul edilmesi gerekir⁴⁷⁶.

İnşa eserinin tamamlanmış olması ile ayıplı olması farklıdır. İnşa eseri ayıplı olmasına rağmen tamamlanmış sayılabilir. Ayıp inşa eserinin teslimine engel teşkil etmez⁴⁷⁷. Müteahhit tarafından inşaat sözleşmesi gereği bütün edimler gerçekleştirilmek zorunda olduğundan edimlerin nitelikleri, teslim ve teslim alma bakımından önem taşımamaktadır. İnşa eserinin tamamlanmamış mı yoksa ayıplı olduğunu belirleyebilmek için müteahhidin yaptığı çalışmaların değiştirilmeden devam ettirilip ettirilmemesine bakmak gerekir. İnşa eserinin yapım çalışmalarına, kaldığı aşamadan daha önce yapılan işler değiştirilmeden devam etmek mümkün ise inşa eseri tamamlanmamış; inşa eserinin yapımına ancak daha önce yapılan işlerin değiştirilmesi ile devam edilebiliyorsa inşa eseri ayıplı sayılmaktadır⁴⁷⁸. Örneğin, astar sürülmeden boya yapılması durumunda inşa eseri ayıplı olmaktadır. Astar yapılmasına rağmen boyanın yapılmamış olması durumunda ise inşa eseri tamamlanmamıştır⁴⁷⁹.

Müteahhit tamamlamış olduğu inşa eserini iş sahibinin doğrudan zilyet olmasını sağlayarak ya da zilyetliği engelleyen durumları ortadan kaldırarak teslim borcunu yerine getirir. İnşa eserinin iş sahibinin arsasının üzerine yapıldığı durumlarda müteahhit tarafından inşa eserinin tamamlanarak teslimine hazır olduğunun açık ve zımnî bir şekilde iş sahibine bildirilmesi gerekir. İş sahibi müteahhit tarafından yapılan bildirimini kabul ederek inşa eserini teslim almış olur⁴⁸⁰. İş sahibi MK m.718/2 uyarınca inşa eserinin mâlikidir.

⁴⁷⁵ KOSTAKOĞLU: s.703.

⁴⁷⁶ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.126; TURANBOY: s.154-155; UÇAR: s.530.

⁴⁷⁷ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.126.

⁴⁷⁸ “*Noksan iş, ayıplı iş değildir. Noksan işte, iş yapılmadığından, vasfının uygun olup olmadığı üzerinde durulmaz. O halde noksan işi ayıplı işlerle bir arada ifade etmek ve yasadaki ayıplı işler kavramına sokmak olanağı bulunmamaktadır. Buna göre noksan işlerin ihbar olmasa dahi zamanaşımı süresince tazmini dava edilebilir.*” Yargıtay HGK 13/06/1979 t. , 1977/13-1270E. ve 1979/824K. sayılı karar (KOSTAKOĞLU: s.568).

⁴⁷⁹ UÇAR: Teslim, s.531-532.

⁴⁸⁰ TURANBOY: s.154; UÇAR: Teslim, s.536.

Ayrıca MK m.992’de düzenlenen zilyetlik karinesine göre de iş sahibi arsası üzerine yapılan inşa eserinin zilyedi durumundadır⁴⁸¹. Bu bakımdan müteahhidin iş sahibinin arsası üzerinde meydana getirdiği inşa eserinden el çekmesi ve iş sahibinin kullanımına bırakması inşa eserinin zımnî bir biçimde teslim edilmesi anlamına gelmektedir⁴⁸². Bu şekildeki teslim ancak iş sahibi tarafından inşa eserinin tamamlandığının anlaşılabilmesi ya da anlaşılmasının gerekmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Aksi halde inşa eserinin tamamlandığının iş sahibine açık bir biçimde bildirilmesi gerekmektedir⁴⁸³.

İnşa eserinin müteahhidin arsasının üzerine yapıldığı durumlarda teslim borcu, inşa eserinin tamamlanmasından sonra iş sahibi adına tapu kütüğüne tescil edilmesiyle yerine getirilmektedir⁴⁸⁴. Ancak bunun için inşa eserinin tamamlanmış olması gerekmektedir. İnşa eseri tamamlanmış olmadıkça tapu kütüğünde iş sahibi adına tescil olsa dahi teslim gerçekleşmemektedir.

2. Müteahhidin Teslim Borcunu Yerine Getirmesi (Geçici Kabul)

A. Geçici Kabul Komisyonunun Kurulması ve Yetkileri

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde de müteahhidin tamamlamış olduğu inşa eserini teslim borcu vardır. Ancak kamu ihale inşaat sözleşmelerinde teslim birtakım usullere tabi tutulmuştur. Geçici kabul⁴⁸⁵ olarak adlandırılan inşa eserinin teslim alınması bizzat idare tarafından yapılmamaktadır. 4735 sayılı Kanun m.11 uyarınca inşa eserinin muayene ve kabul işlemlerine ilişkin işlemlerin tamamı, idare tarafından kurulacak en az 3 kişiden oluşan komisyon tarafından yerine getirilecektir. Komisyon, müteahhitten inşa eserinin teslim alınması (Geçici kabul), inşa eserinin muayene edilmesi ve inşa eserinin

⁴⁸¹ ÖZ: İnşaat Sözleşmesi, s.167.

⁴⁸² TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.125; SELİÇİ: s.37.

⁴⁸³ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.125; SELİÇİ: s.35; UÇAR: Teslim, s.536-537.

⁴⁸⁴ SELİÇİ: s.8 vd.; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.72.

⁴⁸⁵ “Geçici kabul, yapımı yüklenilen eserin, yüklenici tarafından iş sahibine teslimini ifade eder.” Yargıtay 15.HD. 08/12/2004 t. , 2004/6789E. ve 2004/6365K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

kabulü (Kesin kabul) işlemlerini idare adına yürütmekle görevlidir. Diğer inşaat sözleşmelerinden farklı olarak muayene ve kabul işlemleri iş sahibi tarafından değil, iş sahibi olan idare tarafından kurulan komisyon tarafından yapılmaktadır.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde muayene ve kabul işlemlerini yapacak olan komisyonların kuruluş, görev ve yetkileri Kamu İhale Kurumu tarafından çıkarılan Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'ne göre belirlenir. Muayene ve Kabul Yönetmeliği m.3 uyarınca komisyon en az 3 kişiden oluşmalıdır. Ancak inşa eserinin önem ve özellikleri dikkate alınarak komisyon toplam üye sayısı arttırılabilir. Ancak toplam üye sayısı, tek sayı olmalıdır. Komisyon üyelerinin tamamının teknik elemanlardan oluşması gerekmektedir. İnşa eserinin yapımı sırasında denetim görevini üstlenen yapı denetim görevlisi bu komisyonda yer almamaktadır. Ancak komisyonun çalışmaları sırasında iş sahasında bulunmalıdır.

Muayene ve Kabul Yönetmeliği m.5'e göre komisyon muayene ve kabul işlemlerini yaparken eksiksiz olarak çalışmak zorundadır. Kararlar çoğunlukla alınmaktadır. Komisyon üyelerinin çekimser kalma hakları yoktur. Olumlu ya da olumsuz şekilde oy kullanmak zorundadır. Olumsuz oy kullanacak üyenin, bunun sebeplerini karşı oy yazısı şeklinde komisyon kararının altına yazması ve imzalanması gerekmektedir.

B. İnşa Eserinin Geçici Kabulünün Yapılması

a. Ön İnceleme

Kamu ihale inşaat sözleşmesine göre yapılan inşa eserlerinin geçici kabulünün nasıl yapılacağı YİĞŞ m.42'de düzenlenmektedir. Buna göre müteahhit inşa eserini tamamlayıp teslim hazır bir duruma getirdiğinde idareye yazılı olarak başvurarak geçici kabulün yapılmasını istemelidir. Kamu ihale inşaat sözleşmesinde belirtilen tarihte inşa eserinin tamamlandığının tespiti ve geçici kabul işleminin yapılması için müteahhidin idareye zamanında başvurması gerekir. Müteahhit tarafından yazılı olarak başvurulmasından sonra, idare yapı denetim görevlisini ön incelemede bulunmak üzere görevlendirmektedir. Yapı denetim görevlisi tarafından yapılacak ön incelemede inşa eserinin kamu ihale inşaat sözleşmesine ve eklerine uygun olarak tamamlanıp tamamlanmadığına ve geçici kabul işlemlerinin yapılmasına engel bir durumun olup olmadığına bakılmaktadır. Yapı denetim görevlisi ön incelemeyi yaparken YİĞŞ m.25'e

göre tespit için gerekli görülen yerlerin kazılmasını ya da yıkılıp yeniden yapılmasını müteahhitten isteme hakkına sahiptir. Müteahhit de yapı denetim görevlisi tarafından verilen talimatlara uymakla yükümlüdür.

Ön incelemede herhangi bir engel durum ortaya çıkmaz ise idare tarafından yukarıdaki esaslara göre komisyon oluşturulur. Ön inceleme sonucunda inşa eserinin geçici kabule hazır olmadığı tespit edilirse eksik işler bir tutanak ile gösterilir. Ayrıca bu tutanakta yapı denetim görevlisinin inşa eserinin geçici kabule hazır hale gelmesi bakımından yaklaşık bitim tarihini de belirtmesi gerekmektedir. Bu tutanak inşa eserinin geçici kabule hazır olmadığından itibaren en geç 3 gün içinde idareye gönderilmelidir.

İdare tarafından bu tutanak alındıktan sonra müteahhitten söz konusu eksiklikleri tamamlaması istenir. Müteahhit inşa eserinde bulunan eksikleri tamamlamadığı sürece idare tarafından geçici kabul yapılmayacaktır.

b. Komisyonun İnşa Eserini Geçici Kabulü

Yapı denetim görevlisi tarafından yapılacak ön inceleme sonucunda komisyon kurularak geçici kabul işlemleri başlayacaktır. Ancak komisyonun kurulup geçici kabul işlemlerine başlanabilmesi için bir ön koşul bulunmaktadır. YİĞŞ m.42/2 uyarınca inşa eserinin eksik olan kısımlarının bedelleri toplamı, inşa eserinin tamamının bedelinin %5'inden az ise idare tarafından komisyon kurularak geçici kabul yapılır. Ayrıca inşa eserinin bedelinin %5'inden fazla olmayan eksik kısımlar inşa eserinin idareye teslimine ve kullanılmasına engel olmamalı ve tehlike arz etmemelidir.

Muayene ve Kabul Yönetmeliği m.4'e göre komisyon, kurulduktan sonra en geç 10 gün içinde iş sahasına giderek inşa eserini geçici kabule uygun olup olmadığını incelemelidir. YİĞŞ m.42/5 uyarınca yapılacak incelemede inşa eserinin türüne, niteliğine, kamu ihale inşaat sözleşmesi ve ekleri ile fen ve sanat kurallarına uygunluğuna bakılmalıdır. Komisyon tarafından yapılacak incelemelerde inşa eserinde eksiklik bulunması halinde müteahhide bunları tamamlaması için belirli bir süre verilir. Komisyon tarafından verilen sürede müteahhit inşa eserindeki eksiklikleri tamamlamaz ise, verilen sürenin bitiminde başlamak üzere eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için müteahhit cezaî şart ödeyecektir. Ancak bu gecikmenin 30 günü aşması durumunda iş

sahibi idare, masrafları müteahhit tarafından karşılanmak üzere eksikliklerin giderilmesini başkasına yaptırabilmektedir⁴⁸⁶. Bu sürede de müteahhide günlük olarak cezaî şart uygulanmaya devam etmekte ve geçici kabulün yapılması inşa eserindeki eksikliklerin giderilmesine kadar ertelenmektedir.

YİĞŞ m.42/16 inşa eserinin geçici kabulüne engel teşkil etmeyecek ve giderilmesi mümkün olmayan ya da giderilmesi fazla harcama ve zaman gerektiren eksikliklerin komisyon tarafından yapılacak incelemede belirlenmesi durumunun inşa eserinin teslimini engellememesi için düzenleme getirmektedir. Buna göre inşa eserinde bahsedilen hususların bulunması halinde, idare inşa eserini komisyon tarafından tespit edildiği şekilde teslim alabilmektedir. Ancak bu durumda müteahhidin alacağı ücretten uygun görülecek bir miktar kesinti yapılacaktır. Bu kesinti yapılırken geçici kabul tutanağında eksikliğin niteliği ve kesinti yapılacak miktarın belirtilmelidir. Ancak idareye tanınan bu hakkın iyi niyet kurallarına aykırı bir biçimde kullanılmasının engellenmesi gerekmektedir. Müteahhidin ücretinden kesinti yapılacak olan bedelin YİĞŞ'te azamî bir şekilde belirtilmesi uygun olacaktır.

Yapılan inceleme sonucunda inşa eserinin geçici kabule yani teslim alınmaya uygun olduğu görülürse komisyon, Muayene ve Kabul Yönetmeliği m.7/1 (a) bendi uyarınca inşa eserinin genel durumuna ilişkin görüşleri ile uygun göreceği diğer kayıt ve belgeleri de ekleyerek geçici kabul tutanağı düzenlemektedir. Bu tutanağın komisyon üyeleri ve müteahhit tarafından imzalandığı tarih geçici kabul tarihi olarak kabul edilmektedir. Müteahhit tarafından inşa eserinin tamamlanarak teslim hazır olduğu yapı denetim görevlisi tarafından tespit edildiği durumlarda, eğer geçici kabulü yapacak olan komisyon inşa eserine herhangi bir sebeple gecikerek giderse, geçici kabul tutanağına inşa eserinin gerçek bitiş tarihinin yazılması gerekmektedir⁴⁸⁷.

İnşa eserinin kamu ihale inşaat sözleşmesinde belirtilen süreden önce bitirilmesi durumunda geçici kabulün yapılması için sürenin bitmesi beklenmemektedir. YİĞŞ

⁴⁸⁶ Kamu ihale inşaat sözleşmesinin müteahhit tarafından sürüncemede bırakılmasını engellemek amacıyla idareye tanınan bu hak YİĞŞ m.26 ile inşa eserinin yapımı sırasında da uygulanabilmektedir.

⁴⁸⁷ DOĞANYİĞİT: s.1081.

m.42/son ve Muayene ve Kabul Yönetmeliği m.15 uyarınca inşa eserinin süresinden önce bitirilmesi ve müteahhidin başvurusu durumunda, idare kamu ihale inşaat sözleşmesinde yer alan bitim tarihini beklemeden YİĞŞ ve Muayene ve Kabul Yönetmeliği hükümlerine göre inşa eserinin geçici kabulünü yapabilmektedir.

Müteahhit inşa eserini kısım kısım da teslim etme hakkına sahiptir. Ancak bunun için bazı şartların varlığı gerekir. Öncelikle YİĞŞ m.42/9 ve Yönetmelik m.14 uyarınca inşa eserinin kısım kısım teslim edileceğinin kamu ihale inşaat sözleşmesinde belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca inşa eserinin bütününde olduğu gibi teslim edilecek kısımların tamamlanmış olması ve müstakil olarak kullanıma elverişli olması gerekmektedir. Bu şartların gerçekleşmesi halinde inşa eserinin bütünü için uygulanan geçici kabul usulü, kısmî geçici kabulde de aynen uygulanacaktır.

VIII. MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

1. Genel Olarak

Müteahhit inşaat sözleşmesine göre inşa eseri meydana getirip teslim etmekle yükümlüdür. Teslim edilecek olan inşa eserinin müteahhit tarafından vaadedilen ve sözleşmede öngörülen ve iş sahibi tarafından beklenen niteliklere sahip olması gerekir. Ayrıca inşa eseri, doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre bulunması gereken özellikleri de içermelidir. İnşa eserinde bunların bulunmaması durumunda ayıp kavramı ortaya çıkmakta ve müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu doğmaktadır⁴⁸⁸.

BK'ya göre yapılan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu BK m.359-363 arasında düzenlenmektedir. Ancak müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun ortaya çıkabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar inşa eserinin tamamlanarak teslim edilmiş olması, inşa eserinin ayıplı olması, inşa eserinin iş sahibi tarafından kabul edilmemiş olması ve ayıba karşı tekeffül borcunun ortaya çıkabilmesi için muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmesidir. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde de müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğması bu şartların

⁴⁸⁸ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.78-79; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.160; TURANBOY: s.151-152.

gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak kamu ihale inşaat sözleşmelerinde BK'dan farklı bir yöntem izlenmektedir.

2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Şartları

A. İnşa Eserinin Geçici Kabulü (Teslim Alınması) Yapılmış Olmalı

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğabilmesi için öncelikle inşa eserinin geçici kabulünün yapılmış olması gerekmektedir. 4735 sayılı Kanun m.11/1 uyarınca müteahhit tarafından inşa eseri teslim edilmedikçe idare tarafından muayene ve kabul işlemleri yapılamamaktadır. İnşa eserinin muayenesi ve varsa ayıpların müteahhide bildirilmesi için geçici kabulün yapılması gerekmektedir⁴⁸⁹.

B. İnşa Eseri Ayıplı Olmalı

Ayıba karşı tekeffül borcunun bir diğer şartı inşa eserinin ayıplı olmasıdır. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde inşa eserindeki ayıp belirlenirken öncelikle sözleşmede kararlaştırılan özelliklerin yapılan inşa eserinde yer alıp almadığına bakılmaktadır. Müteahhit kamu ihale inşaat sözleşmesi ile bunun eki niteliğinde bulunan plan, proje, teknik ve idarî şartname, YİĞŞ ile diğer belgelerde kararlaştırılan niteliklere uygun bir inşa eserini meydana getirmekle yükümlüdür. Bu niteliklerden herhangi birinin inşa eserinde bulunmaması halinde ayıplı ifa söz konusu olmaktadır. Taraflarca inşa eserinin yapımında birinci sınıf malzeme ve işçilik kullanılacağına kamu ihale inşaat sözleşmesinde kararlaştırılmasına rağmen bu kalitede olmayan malzeme ve işçiliğin kullanılması, köprünün kararlaştırılandan dar ve kısa olması, barajın müteahhit tarafından taahhüt edilen daha az su tutma kapasitesine sahip olması inşa eserinin ayıplı olmasına örnek olarak verilebilir. İnşa eserinin kamu ihale inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması, meydana getirilen inşa eseri teknik anlamda kusursuz olsa veya eksik olan niteliğe rağmen kararlaştırılan inşa eseriyle aynı derecede kullanılmasına ve değer düşüklüğüne neden olmasa dahi inşa eseri ayıplı sayılmaktadır⁴⁹⁰. Çünkü

⁴⁸⁹ İnşa eserinin geçici kabulü için bkz. s.244-250.

⁴⁹⁰ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.163; TURANBOY: s.158; SELİÇİ: s.138.

tarafarca üzerinde anlaşılan nitelikler kamu ihale inşaat sözleşmesinin birer parçasını oluşturmaktadır⁴⁹¹. Örneğin inşa eserinin dış cephesinin sözleşmede açık renge boyanacağı yer almakla birlikte koyu renge boyanması halinde inşa eserinin değerinde herhangi bir kayıp söz konusu olmamaktadır. Ancak buna rağmen inşa eseri ayıplı sayılmaktadır⁴⁹².

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde bazen istenilen niteliklerin asgarî sınırları ya da bu nitelikler için belirli bir tolerans sınırı belirtilmektedir. Bu durumda asgarî olarak belirlenen niteliklerin üzerinde bir kalitenin varlığı ya da tolerans sınırı içinde kalınması halinde sözleşmeye aykırılık ve ayıp söz konusu olmamaktadır⁴⁹³. Ancak bu durumda kamu ihale sözleşmesinde belirtilen asgarî nitelik ya da tolerans sınırının üzerindeki kalitede ve fazladan eklenen niteliğin inşa eserinin kullanımına engel oluşturmaması gerekmektedir. İnşa eserlerinin duvarlarının sıva yapılması yerine mermer ile döşenmesi durumunda mermerin ağırlığı inşa eserini olumsuz yönde etkileyeceğinden inşa eseri ayıplı olmaktadır⁴⁹⁴.

Müteahhit tarafından yapılacak olan inşa eserinin fen ve sanat kurallarına da uygun olması gerekmektedir (YİĞİŞ m.16,21,24,26,45). Buradaki fen ve sanat kurallarının iki anlamı bulunmaktadır. Bunlardan ilki inşa eserinin idarenin menfaatlerine uygun olması, kullanılmaya elverişli ve inşa eserinde bulunması gereken niteliklere sahip olmasıdır⁴⁹⁵. Burada inşa eserinde bulunması gereken nitelikler belirlenirken kamu ihale inşaat sözleşmesinin amaçları dikkate alınarak dürüstlük kurallarına göre idarenin inşa eserinden beklediği kullanım menfaatinin göz önüne alınması gerekmektedir. Bunun için

⁴⁹¹ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.162; TURANBOY: s.162.

⁴⁹² CELAL, Nasır: Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2005, s.100-101.

⁴⁹³ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.164; TURANBOY: s.159; SELİÇİ: s.139; YAVUZ: s.298.

⁴⁹⁴ SELİÇİ: s.139.

⁴⁹⁵ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.164; TURANBOY: s.159; SELİÇİ: s.140.

idarenin kullanım amaçlarının belirlenmesi önem kazanmaktadır⁴⁹⁶. İnşa eserinin kullanım amaçları belirlenirken dürüstlük kuralı ile birlikte genel hayat tecrübeleri ve değer yargılarının da göz önüne alınması gerekmektedir. Buna göre aynı amaca yönelik, aynı cins inşa eserinde bulunması gereken nitelikler bulunmuyorsa inşa eseri ayıplı olacaktır⁴⁹⁷. Örneğin bir köprünün belirli bir taşıma sınırı bulunmaktadır. Kamu ihale inşaat sözleşmesinde yer almasa dahi köprünün taşınması gereken asgarî ağırlığı taşıyamayacak nitelikte olması durumunda ayıplı ifa söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde bir hastane inşaatında kamu ihale inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan niteliklerin dışında olması gereken özelliklerin bulunması gerekmektedir. Hastanede ameliyathane, acil servis gibi olması gerekli kısımların bulunmaması durumunda da inşa eseri ayıplı olmaktadır.

İnşa eseri İmar Kanunu gibi bazı kamu hukuku kurallarına uygun olmaması sebebiyle kullanımı kısmen ya da tamamen idare için elverişsiz oluyorsa ve inşa eserinden beklenen kullanım amacı sağlanamıyorsa bu durumda da inşa eseri ayıplı sayılacaktır⁴⁹⁸.

İnşa eserinin fen ve sanat kurallarına uygun olması gerektiğinden anlaşılması gereken ikinci husus ise inşa eserinin zamanın teknik ve bilimsel şartlarına uygun olmasıdır. Bilim ve uzmanlar çerçevesinde teorik olarak doğruluğu kabul edilen ve uzman meslek adamlarının büyük çoğunluğu tarafından denenip uygulanan teknik kurallara inşa eserinin yapımında uyulması gerekmektedir⁴⁹⁹. Müteahhit tarafından fen ve sanat kurallarına uyulmadığı takdirde inşa eseri ayıplı olacaktır. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğumuna engel olan fen ve sanat kurallarına uygun inşa eseri meydana getirme ayrıca müteahhidin özen ve sadakat borcunun da bir uzantısını teşkil etmektedir. İnşa eserinin temel çukurunun derinliğinin teknik olarak gerekenden daha az olması, inşa eserinin taşıma kapasitesinden daha fazla kat yapılması fen ve sanat kurallarına aykırılıklara örnek olarak verilebilir.

⁴⁹⁶ TURANBOY: s.159.

⁴⁹⁷ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.164-165; SELİÇİ: s.141.

⁴⁹⁸ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.165; TURANBOY: s.160; SELİÇİ: s.43.

⁴⁹⁹ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.74.

C. İnşa Eseri Muayene ve Ayıp İhbar Edilmeli

Müteahhit inşa eserini tamamlayıp teslim ederek kamu ihale inşaat sözleşmesinden kaynaklanan borçlarından kurtulamamaktadır. Müteahhit inşa eserini teslim etmekle inşa eserini kamu ihale inşaat sözleşmesine uygun şekilde meydana getirdiği yönünde bir karine oluşturmaktadır. Bu karinenin aksinin ispat edilebilmesi için inşa eserinin muayene edilmesi ve varsa ayıplarının müteahhide bildirilmesi gerekmektedir.

Kamu ihale inşaat sözleşmesi inşa eserinin muayene edilmesi ve varsa ayıpların müteahhide bildirilmesinden önce teminat süresi öngörmektedir. YİĞŞ m.43 ve 44 idarenin kesin kabulünden önce, inşa eserinde belirli bir süre sonra ortaya çıkabilecek ayıp ve eksikliklerin anlaşılabilmesi ve müteahhit tarafından giderilmesi imkanını sağlamak için teminat süresi getirmiştir. Teminat süresi, inşa eserinin geçici kabulü ile kesin kabulü arasında geçecek süredir. Teminat süresi ile inşa eserinde zamanla ortaya çıkabilecek ayıp ve eksikliklerin belirlenmesi ve müteahhit tarafından giderilmesi amaçlanmaktadır. YİĞŞ m.43/1 uyarınca teminat süresi kamu ihale inşaat sözleşmelerinde aksine bir düzenleme yoksa 12 aydan az olmamalıdır. Ancak sözleşme kapsamında inşa eseri ile birlikte ifası istenen montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım - onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait teminat süresi işin özelliğine göre arttırılabilmekte ve eksiltilebilmektedir. Ancak bu destek hizmetleri için öngörülen teminat süresi inşa eseri için öngörülen teminat süresinden ayrıdır. Örneğin inşa eseri için 12 ay teminat süresi öngörülürken, destek hizmetleri için 6 aylık bir teminat süresi öngörülebilmektedir.

Teminat süresi inşa eserinin idare tarafından teslim alınması, yani geçici kabul ile başlamaktadır. Ancak inşa eserinin kamu ihale inşaat sözleşmesinde belirtilen süreden önce tamamlanması ile geçici kabulün kısım kısım yapılması halinde teminat süresinin ne zaman başlayacağını belirlemek gerekmektedir. YİĞŞ m.43/2'e göre inşa eseri kamu ihale inşaat sözleşmesinde belirlenen süreden önce tamamlanarak teslim hazır hale getirilirse, teminat süresi geçici kabul itibar tarihi olarak adlandırılan inşa eserinin fiilen tamamlanarak teslim edildiği tarihte başlayacaktır. İnşa eserinin kısım kısım geçici kabulünün yapılması halinde ise YİĞŞ m.43/3 uyarınca kısmî geçici kabul yapılan bağımsız ve kullanıma elverişli her bir kısmın geçici kabulü ile birlikte teminat süresi başlayacaktır.

Müteahhit teminat süresi için inşa eserinin bakımını yapmak ve korumak, çıkabilecek ayıpları gidermekle yükümlüdür. YİGŞ m.44 ile getirilen bu yükümlülüğün yanında idare inşa eserinin önem ve özelliğini göz önüne alarak müteahhidin teminat süresi içindeki bakım, koruma ve ayıpları giderme yükümlülüğü bakımından kamu ihale inşaat sözleşmesine özel hükümler koyabilmektedir.

Müteahhit teminat süresi içinde inşa eserinin bakımını yapmak ve ortaya çıkabilecek ayıpları gidermekle yükümlü olmakla birlikte, inşa eserinin idare tarafından kullanılması ve işletilmesinden kaynaklanabilecek olan ayıplar ile kendisine yüklenemeyecek nedenlerden dolayı ortaya çıkabilecek ayıplardan sorumlu olmamaktadır. YİGŞ m.44/3 ile getirilen bu düzenleme ile herhangi bir davranışından kaynaklanmayan ve kusurunun bulunmadığı hallerde müteahhidin sorumluluğuna gidilememektedir.

Teminat süresi geçirildikten sonra inşa eserinin muayene edilmesi amacıyla idare tarafından bir komisyon oluşturulmaktadır. Bu komisyonun kurulması, görev ve işleyişi geçici kabul komisyonundaki gibi olmaktadır⁵⁰⁰. İnşa eserinin muayenesi bu komisyon tarafından yapılmaktadır. YİGŞ m.45/3 uyarınca komisyon, fen ve sanat kurallarına aykırılıktan kaynaklanan herhangi bir ayıp ya da eksikliğin olup olmadığına bakacaktır. Ancak geçici kabul sırasında iyi durumda olan ve geçici kabule elverişli olduğu tespit edilen inşaat eserinin teminat süresindeki kullanımı sonucunda meydana gelen normal yıpranma ve eksilmeler bu kapsamda değerlendirilmemektedir.

Komisyonun inşa eserini muayenesini hangi sürede yapacağına ilişkin YİGŞ'te bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak BK m.359/1 hükmü göz önüne alınarak inşa eserinin muayenesinin komisyon tarafından işlerin olağan akışına göre, imkan bulur bulmaz yapılması gerekmektedir.

Komisyon tarafından inşa eserinde ayıp ve eksikliğin tespit edilmesi durumunda, durumun idareye bildirilmesi gerekmektedir. İdare de kendisine bildirilen ayıp ve eksikliği tıpkı muayenede olduğu gibi imkan bulur bulmaz müteahhide bildirilmelidir. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde idarenin müteahhide yapacağı ayıp ihbarı şekil şartına tabi kılınmıştır. YİGŞ m.16/5 uyarınca idarenin müteahhide yapacağı ayıp ihbarının yazılı

⁵⁰⁰ Geçici kabul komisyonu için bkz. s.246-247.

şekilde olması gerekmektedir. Aynı şekilde komisyon tarafından idareye ayıbın bildirilmesi de yazılı şekilde olmalıdır. Ayıp ihbarının yazılı şekilde yapılmaması halinde, müteahhit tarafından ayıp ihbarı dikkate alınmamalıdır.

D. İnşa Eseri Kabul Edilmemiş Olmalı

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunun doğabilmesi için, idarenin inşa eserini kabul etmemiş olması da gerekmektedir. İnşa eseri teminat süresi geçirdikten sonra ve muayene komisyonu tarafından müteahhidin bütün yükümlülüklerini yerine getirdiği ve kendisine yüklenebilecek inşa eserinin kabulünü engelleyecek ayıp ve eksikliğin bulunmaması durumunda idare tarafından kabul edilmektedir. Kesin kabul olarak adlandırılan bu durumda komisyon tarafından kesin kabul tutanağı hazırlanmaktadır. İnşa eserinin kesin kabulü, tutanağın düzenlendiği tarih değildir. Muayene ve Kabul Yönetmeliği m.13/1 uyarınca kesin kabul tutanağı yetkili makam yani idare tarafından onaylandıktan sonra inşa eseri kabul edilmiş sayılmaktadır. Kesin kabul tutanağının onaylanması ile birlikte YİGŞ m.13/2 uyarınca müteahhit kamu ihale inşaat sözleşmesinden kaynaklanan tüm borçlarından kurtulmuş olacaktır.

3. Müteahhidin Ayıplardan Sorumlu Olduğu Süre

BK m.363/2 inşa eserlerinde müteahhidin ayıplardan sorumlu olduğu süreyi düzenlemektedir. Buna göre müteahhit inşa eserindeki ayıplardan dolayı iş sahibine karşı inşa eserinin tesliminden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresi boyunca sorumlu olmaktadır⁵⁰¹. BK müteahhidin inşa eserindeki ayıplardan sorumluluğunu düzenlerken,

⁵⁰¹ Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda farklı zamanaşımı sürelerinin uygulandığı görülmektedir. 29/06/1956 tarih ve 6763 sayılı Kanun ile BK m.126'ya eklenen dördüncü fıkra uyarınca “...Müteahhidin kasdı veya ağır kusuru ile akdi hiç ya da gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar” 5 yıllık zamanaşımına tabi olmaktadır. Burada ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre müteahhidin kast ya da ağır ihmalinin bulunmadığı hallerde inşaat sözleşmesinin hiç yerine getirilmemişse ya da ayıplı şekilde yerine getirilmişse 5 yıllık zamanaşımı süresi söz konusu olmaktadır. Müteahhidin kasdının ya da ağır ihmalinin bulunduğu durumlarda ise müteahhidin sorumluluğu BK m.363/2’de yer alan 5 yıl değil,

taşınır eşyalardaki ayıplardan kaynaklanan 1 yıllık süreden daha fazla bir süre getirmiştir. Bunun sebebi inşa eserinin gerekli dayanıklılığı taşıyıp taşımadığının ve jeolojik şartlar ile hava şartlarına uygun olup olmadığının anlaşılması için 1 yıllık süre yeterli görülmemesidir⁵⁰². Taşınır eşyalardan farklı olarak inşa eserlerinde ayıplar ancak uzun süre kullanıldıktan sonra kendisini gösterebilmektedir⁵⁰³.

BK m.125'te yer alan 10 yıllık genel zamanaşımı süresi söz konusu olmaktadır. *“Davacı, inşaatın fen ve tekniğine uygun yapılmadığını, gizli ayıplı olduğunu iddia etmiştir. Yüklenicinin ağır kusuru veya kastı varsa ayıplı imalat nedeniyle yükleniciye karşı açılacak davalar on yıllık zamanaşımına tabidir. Yerel mahkemece aksi kanaatle beş yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır.”* Yargıtay 15.HD. 22/09/2005 t. , 2005/4525E. ve 2005/4838K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı); *“Davacı idare dava dilekçesinde yapıda gizli ayıp bulunduğunu ileri sürerek istemde bulunmuştur. Yapının gizli ayıplı yapılmış olması durumunda olayda uygulanacak zamanaşımı, Borçlar Yasasının 125. maddesi gereğince, kesin kabul tarihinden itibaren 10 yıldır. Mahkemece, davalı yüklenici tarafından yapılan yapının gizli ayıplı olup olmadığı üzerinde durulmadan kesin kabul günü ile dava günü arasında 5 yıllık süre geçtiği benimsenerek istemin reddedilmiş olması doğru değildir.”* Yargıtay 4.HD. 13/05/2003 t. , 2003/919E. ve 2003/6258K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı). Bazı yazarlar ise inşa eserinin ayıplı olması durumunda sadece BK m.363/2'de yer alan 5 yıllık zamanaşımı süresinin söz konusu olduğu görüşündedir. Çünkü BK m.126/4'te öngörülen 5 yıllık zamanaşımı, müteahhidin iş sahibine karşı ileri sürebileceği haklar, özellikle ücret alacağına ilişkindir. Ayrıca müteahhidin ayıptan kaynaklanan sorumluluğu kast ya da ağır ihmale bağlanmış değildir. İş sahibinin ayıptan kaynaklanan seçimlik haklarını kullanabilmesi için müteahhidin kusurlu hareket etmesi gerekmemektedir. Sadece ayıptan kaynaklanan zararların tazmini halinde müteahhidin kusurlu olması aranmaktadır. Bu bakımdan müteahhidin inşaat sözleşmesini gereği gibi yerine getirmemesi ayıp şeklinde ortaya çıkıyorsa BK m.363 uyarınca 5 yıllık, ayıp şeklinde ortaya çıkmayıp zarar biçiminde kendini gösteriyorsa BK m.125'e göre 10 yıllık zamanaşımı söz konusu olmaktadır. İnşa eserindeki ayıbın kast ya da ağır ihmalden dolayı meydana gelip gelmemesinin zamanaşımı üzerinde etkisinin olmaması gerekmektedir. Çünkü ayıbın varlığı için kusur aranmamaktadır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.222 vd.; SELİÇİ: s.203 vd.

⁵⁰² TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.223;

⁵⁰³ SELİÇİ: s.208; TURANBOY: s.188. BK Tasarısı ile inşaat sözleşmelerinde müteahhidin ayıplardan kaynaklanan sorumluluğun zamanaşımı süresi açık bir biçimde düzenlenmiştir. Zamanaşımı konusunda ikili bir ayrıma gidilmiştir. İlk olarak müteahhidin bilerek veya ağır kusuru ile ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı bir inşa eseri meydana getirmesi durumu düzenlenmiştir. Bu durumda müteahhidin ayıptan kaynaklanan sorumluluğu iş sahibinin durumu öğrenmesinden

BK m.363/2'ye göre müteahhidin inşa eserindeki ayıplardan sorumlu olduğu süre inşa eserinin teslimi ile başlamaktadır. Teslim de inşa eserinin meydana getirilerek iş sahibinin hakimiyetine bırakılması ile gerçekleşmektedir. İnşa eserinin teslim edilmemesi halinde zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır⁵⁰⁴.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde müteahhidin ayıplardan sorumlu olduğu süre 4735 sayılı Kanun m.30 ve YİĞŞ m.21/8'de düzenlenmiştir. Buna göre müteahhit, inşa eserinin fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkacak zarardan dolayı, inşa eserinin tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabule kadar ve kesin kabulün idare tarafından onaylanmasından itibaren 15 yıl süreyle sorumlu olmaktadır. 4735 sayılı Kanun m.30'un gerekçesinde kamuya ait inşa eserlerinin sağlam ve teknik gereklere uygun olarak yapılmasını sağlamak ve inşa eseri bittikten sonra telafisi güç olan zararların ortaya çıkmasını önlemek amacıyla 15 yıllık sorumluluk süresinin getirildiği belirtilmiştir.

İtibaren 2 yıl ve herhalde teslimden itibaren 20 yıl ile sınırlandırılmaktadır. Burada müteahhidin hafif kusurları kapsama alınmamıştır. Bu bakımdan hafif kusurun olması durumunda 2 yıl ve 20 yıllık zamanaşımı süresi uygulanmayacaktır. BK Tasarısı ile getirilen bu düzenleme özellikle taşınmaz niteliğindeki inşa eserlerindeki ayıpların uzun bir zaman süreci sonunda ortaya çıkması göz önüne alındığında yerinde ve olumlu bir düzenlemedir. Ayrıca getirilen açık düzenleme ile doktrin ve yargı içtihatlarında ortaya çıkan tartışmaların sona erdirilmesi de söz konusu olacaktır.

BK Tasarısı m.483 ile zamanaşımı konusunda getirilen ikinci durumda müteahhidin bilerek veya ağır kusuru ile ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı inşa eseri meydana getirmesi dışındaki diğer durumlar düzenlenmektedir. Bunlar arasında müteahhidin hafif kusuru da yer almaktadır. Bu gibi durumlarda da BK m.483 taşınır ve taşınmazlar bakımından farklı zamanaşımı süreleri getirmiştir. Ayıplı eserin taşınır olması durumunda teslimden itibaren 2 yıl, taşınmaz olması durumunda ise teslimden itibaren 5 yıl sonunda müteahhidin ayıptan kaynaklanan sorumluluğu sona ermektedir. BK Tasarısı ile taşınmaz bakımından bir 5 yıllık zamanaşımı konusunda bir değişiklik olmazken, taşınırılar açısından 1 yıllık zamanaşımının 2 yıla çıkarıldığı görülmektedir.

BK Tasarısı ile müteahhidin bilerek ya da ağır kusuru ile ayıplı malzeme kullanması veya ayıplı bir inşa eseri meydana getirmesi durumunda taşınır ve taşınmazlar bakımından zamanaşımı süreleri konusunda bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Bunun dışındaki durumlarda ise ayıplı inşa eserinin taşınır ya da taşınmaz olması zamanaşımının süresi farklı olarak düzenlenmiştir. Bu hususun gözden kaçırılmaması gerekir.

⁵⁰⁴ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.226.

Sorumluluğun oldukça uzun bir süreye tabi olması, inşa eseri yapılırken müteahhidi daha dikkatli davranmaya sevk etmektedir. Ayrıca bu sorumluluğun müteahhit ile varsa alt müteahhit arasında müteselsil olması, idareye zararların karşılanması için daha güvenceli bir durum yaratmaktadır.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerine müteahhidin ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan borçlarının zamanaşımı süresi BK'dan farklı olarak inşa eserinin tesliminden itibaren değil, kesin kabulün idare tarafından onaylanması ile başlamaktadır.

4. İnşa Eserinin Teslimden Sonra Ayıplı Olmasının Sonuçları

A. Genel Olarak

BK m.360 iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını düzenlemektedir. Buna göre teslim edilmiş inşa eserini muayene ederek ayıplarını bildiren ve inşa eserini kabul etmeyen iş sahibine inşa eserinin düzeltilmesini isteme, inşaat sözleşmesinden dönme ya da ücretin indirilmesinden birini müteahhitten talep etme hakkı getirilmiştir. Ayrıca inşa eserinin ayıplı olması müteahhidin kusuru sonucu meydana gelmişse seçimlik hakların yanında iş sahibi müteahhitten uğramış olduğu zararların tazmin edilmesini de isteme hakkına sahiptir⁵⁰⁵.

Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde de idare inşa eserinin ayıplı olmasından dolayı BK m.360'ta yer alan ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haklara sahip olmaktadır⁵⁰⁶. YİĞŞ m.21/8 ve 26/5'te inşa eserinin ayıplı olması durumunda genel hükümlere

⁵⁰⁵ BK'daki iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TURANBOY: s.167-176; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.83-86; SELİÇİ: s.156-181; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.176-207.

⁵⁰⁶ Aynı husus 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na göre yapılan inşaat sözleşmeleri için de geçerlidir. İnşaat sözleşmesinin eki niteliğindeki Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİĞŞ) m.23/4 uyarınca "Müteahhidin yaptığı işlerde kesin kabul tarihinden başlayarak beş yıl içinde malzemenin hileli olmasından veya işin teknik gereklerine uygun yapılmamasından dolayı zarar ve kayıplar oluştuğu takdirde bu zarar ve kayıplar, 2886 sayılı kanunun (87). maddesi uyarınca müteahhide tamamlattırılıp ödettirilir". BİĞŞ'nin atıf yaptığı 2286 sayılı Devlet İhale Kanunu m.87 inşa eserinin ayıplı olmasından dolayı idarenin BK m.360'ta yer alan haklara sahip olduğunu düzenlemiştir.

gidileceği belirtilmiştir. Ayrıca 4735 sayılı Kanun m.36 uyarınca bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde BK hükümleri uygulanacağı öngörölmüştür. 4745 sayılı Kanun ve YİGŞ idarenin ayıptan kaynaklanan haklarının tamamına yer vermediği için BK m.360 hükmünün uygulanması yerinde olacaktır.

B. Ayıp Oranında Ücretten İndirim Yapılması

İnşa eserinin ayıplı olmasından dolayı idarenin BK m.360'a göre sahip olduğu seçimlik haklardan birisi ayıp oranında ücretten indirim yapılmasını isteme hakkıdır⁵⁰⁷. BK m.360/2'de düzenlenen bu hak uyarınca idare, ayıptan dolayı inşa eserinde meydana gelen değer düşüşü oranında müteahhidin ücretini indirme hakkına sahiptir. Böylece müteahhidin ayıplı edimi ile ücret arasında bir eşitlik kurulmaktadır. Ayıbın neden olduğu değer düşüklüğü oranında idarenin ödeyeceği ücretin indirilmesi edimlerin değerlerinin eşitlenmesini sađlamaktadır⁵⁰⁸.

İdare tarafından ücretin ayıp oranında indirilmesinin istenebilmesi için ayıba karşı tekeffüle ilişkin şartların yanında birtakım özel şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle inşa eserinin değerinde ayıp dolayısıyla bir kayıp olmalıdır. Bu değer kaybı belirlenirken ayıplı olan inşa eserinin değeri ile kamu ihale inşaat sözleşmesinde öngörölen ayıpsız inşa eserinin teslim anındaki değer arasında fark göz önüne alınmalıdır. İnşa eserinde meydana gelen değer kaybı inşa eserinin sübjektif olarak idare için taşıdığı değere göre değil, objektif değer olan piyasa (Rayiç) bedeli esas alınarak belirlenmelidir⁵⁰⁹. İnşa eserindeki ayıplar bir değer kaybı yaratmıyorsa, sadece inşa eserinin kullanım amacını etkiliyorsa idare, ayıp oranında ücretin indirilmesini isteme hakkı dışındaki diğer haklarını kullanmalıdır⁵¹⁰. Müteahhit tarafından ayıplı inşa eserinin meydana getirilmesi için yapılan harcamalar, ayıpsız inşa eserinin meydana getirilmesi için yapılması gereken masraflar kadar çok olsa ya da ayıplı inşa eseri indirilmemiş ücret

⁵⁰⁷ BK Tasarısı m.480/1 (2) numaralı bendi ile iş sahibinin ayıptan kaynaklanan hakları arasında inşa eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı korunmuştur.

⁵⁰⁸ SELİÇİ: s.167.

⁵⁰⁹ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.188; SELİÇİ: s.169; TURANBOY: 172.

⁵¹⁰ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.188; SELİÇİ: s.166; TURANBOY: s.171.

kadar değer taşısa dahi idare, ücret indirim hakkını kullanabilmektedir⁵¹¹. Ayrıca teslim anındaki değer farkı göz önüne alınacağından, ayıplı inşa eserinin değeri teslimden sonra idarenin ödeyeceği ücrete eşit duruma gelse dahi müteahhit sorumluluktan kurtulamamaktadır⁵¹².

İdare tarafından ücretten indirim hakkının kullanılabilmesi için inşa eseri tamamen de değersiz olmamalıdır. İnşa eserinin değerinin tamamıyla değersiz olması durumunda ücret indiriminin istenilmesi herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Bu durumda BK'ya göre yapılan inşaat sözleşmelerinde, BK m.202/2 hükmü kıyasen uygulanarak iş sahibinin sözleşmeden dönmesi mümkündür.

İdarenin ücretten indirim hakkı yenilik doğuran bir haktır. Tek taraflı ve yöneltmesi gereken bir irade beyanıyla kullanılan bu hak, müteahhidin kabulüne bağlı değildir. Ücretin indirilmesini içeren irade beyanı müteahhide varmakla hukukî sonuç doğurmaktadır⁵¹³.

İnşa eserindeki ayıp dolayısıyla müteahhidin ücretten yapacağı indirimin hesaplanması konusunda çeşitli yöntemler bulunmaktadır. Tazminat yöntemi, mutlak indirim yöntemi, maliyete göre hesaplama yöntemi gibi yöntemler bulunmakla birlikte uygulamada en çok uygulanan yöntem nispî (Orantısal) indirim yöntemidir⁵¹⁴. Yargıtay tarafından da bu yöntem benimsenmektedir⁵¹⁵. Bu yöntemle göre ücret indirimi bir

⁵¹¹ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.188.

⁵¹² SELİÇİ: s.167.

⁵¹³ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.186; SELİÇİ: s.168-169; TURANBOY: s.171.

⁵¹⁴ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.85; TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.189-191; Diğer hesaplama yöntemleri için bkz. ÖZ: İnşaat Sözleşmesi, s.178-179.

⁵¹⁵ “*Ücretin indirilmesi konusundaki ilkelerin satımdakilerle özdeş bulunması nedeniyle satım parasının indirilmesi hakkındaki esasların uygulanması ve böylece sonuca ulaşılması gerekir. Kökleşen yargısal inançlarla da satım parasının indirilmesinde değer eksikliğinin orantılı bir hesap tarzına göre belirleneceği kabul edilmiştir. Öğretide (Doktrinde) de desteklenen bu düşünceye göre, burada, uygulanması gereken yöntem ‘Nisbi metod’ diye nitelenir. Öyleyse, bu yöntem uyarınca, eser sözleşmesinin kurulması anında, nesnenin (Şeyin) ayıpsız olarak ya da vaad edilen niteliklerle taşıyacağı değer ile gerçekte bulunduğu (Bozuk) durumda taşıdığı değer*

orantıya göre yapılmaktadır. Burada inşa eseri ayıpsız olsaydı taşıyacağı değer ile ayıplı inşa eseri arasında bir oran kurulmaktadır. Bu oran formüle edilecek olursa:

$$\text{Ödenecek indirilmiş tutar} = \frac{\text{Kararlaştırılan ücret} \times \text{Ayıplı değer}}{\text{Ayıpsız değer}}$$

Nispî metod ile sözleşmede yer alan karşılıklı edimler arasındaki denge ve işin taraflara sağladığı kârlılık derecesi daha iyi korunmaktadır. Daha hakkaniyetli bir çözüm getirmesi bakımından bu metodun uygulanması yerinde olacaktır⁵¹⁶.

C. Ayıbın Giderilmesi

İdarenin ayıplı inşa eseri dolayısıyla sahip olduğu haklardan bir diğeri müteahhitten ayıbın giderilmesini isteme hakkıdır. BK m.360/2 düzenlenen bu hak uyarınca ayıplı olarak meydana getirilen inşa eserinin onarımı ve düzeltilmesi müteahhitten istenebilmektedir⁵¹⁷. Ancak kamu ihale inşaat sözleşmesinin eki niteliğindeki YİĞŞ m.45 idarenin müteahhitten inşa eserindeki ayıbın giderilmesini ayrıca düzenlemiştir. Bu bakımdan BK m.360/2’de yer alan ayıbın giderilmesine ilişkin hükümler yerine YİĞŞ m.45’te yer alan düzenleme uygulama alanı bulmaktadır.

BK m.360/2 ayıbın giderilmesi hakkının kullanılabilmesi için bazı özel şartların varlığını aramıştır. Bunlardan ilki ayıbın objektif açıdan giderilebilir olmasıdır⁵¹⁸. Bu husus BK metninde açık bir biçimde yer almamakla birlikte ayıbın giderilmesinin

arasındaki orana göre, eser ücretinden indirilmesi gereken tutar bulunmalıdır.” Yargıtay 15.HD. 23/10/1976 t. , 1976/1644E. ve 1976/3316K. sayılı karar (Kazancı İçtihat Programı).

⁵¹⁶ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.191.

⁵¹⁷ BK Tasarısı m.480/1 (3) numaralı bendi ayıbın giderilmesi aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları müteahhide ait olmak üzere, inşa eserinin ücretsiz onarılması hakkını iş sahibine tanımıştır. BK m.360/2’de yer alan ayıpların giderilmesine ilişkin seçimlik hak aynen korunmakla birlikte ayıpların giderilmesi masraflarının kime ait olacağını da açık bir biçimde düzenlemektedir. Buna göre ayıpları giderme masraflarını müteahhit karşılamaktadır.

⁵¹⁸ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.196; SELİÇİ: s.176.

imkansız olması bu hakkın kullanılmasını engellemektedir. Ayrıca ayıbın giderilmesi aşırı masrafa yol açmamalıdır. Burada aşırı masraflar iş sahibinin ayıbın giderilmesi ile elde edeceği yarar ile müteahhidin ayıbın giderilmesi için yaptığı masraflar arasındaki açık dengesizliği ifade etmektedir⁵¹⁹. Bunun için hakkın kötüye kullanılmaması gerekir. İş sahibinin yararının ayıbın giderilmesi masraflarını makul olarak haklı göstermeyecek derecede olması yeterlidir⁵²⁰.

Kamu ihale inşaat sözleşmeleri bakımından da ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün olmalıdır. Giderilmesi mümkün olmayan bir ayıp için ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasının herhangi bir anlamı yoktur. Ayıbın objektif olarak giderilmesi hakkın doğası gereği olması gereken bir şarttır. Bu şartın yanında YİĞŞ, BK'dan farklı olarak ayıpların giderilmesinin aşırı masraflara yol açmamasını aramamıştır. Bu bakımdan ayıpların giderilmesi aşırı masraflara yol açsa dahi idare, inşa eserindeki ayıpların giderilmesini müteahhitten isteme hakkına sahiptir.

YİĞŞ m.45/6 uyarınca komisyon muayene sırasında tespit ettiği ayıpları bir tutanağa geçirerek idareye bildirir. Bu tutanakta inşa eserindeki ayıplar ile bunların hangi sürede yerine getirilmesi gerektiği yer almaktadır. İdare bu tutanağı aldıktan sonra ayıpların tutanakta belirtilen süre içerisinde giderilmesi hususunu müteahhide tebliğ etmelidir. Müteahhit, kendisine verilen sürede ayıpları giderir ve bu idare tarafından tespit edilirse kesin kabul işlemi yapılır. Ancak müteahhit kendisine verilen süre içerisinde ayıpları gideremez idare, YİĞŞ m.42'te yer alan cezaî şartı uygulayarak ayıpların giderilmesini bekler. Gecikme 30 günü geçmesi halinde cezaî şart uygulanmakla birlikte ayıplar idare tarafından giderilir. Burada idare tarafından ayıpların giderilmesinde ortaya çıkan masraflar müteahhide aittir. Bunlar müteahhidin hak edişinden ya da teminatından kesilir.

⁵¹⁹ ÖZ: İnşaat Sözleşmesi, s.179-180.

⁵²⁰ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.197-198.

D. Sözleşmeden Dönme

Kamu ihale inşaat sözleşmesinde idarenin ayıptan kaynaklanan haklarından birisi de sözleşmeden dönmedir. BK m.360/1 uyarınca inşa eseri kullanılamayacak ya da dürüstlük kuralına göre kabule zorlanamayacak derecede ayıplı veya sözleşme şartlarına aykırı ise idare sözleşmeden dönme hakkına sahiptir⁵²¹. İdare dönme hakkını kullanarak kamu ihale inşaat sözleşmesini geriye etkili olacak biçimde sona erdirir. Ancak geriye etkili den ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı görüşler söz konusudur.

Doktrinde baskın olan klasik görüş uyarınca dönme ile birlikte borç ilişkisi başlangıçtan itibaren kaldırılmakta, sözleşme hiç kurulmamış sayılmaktadır. Dönme hakkının kullanılması ile birlikte sözleşmede ifa edilmemiş edim yükümlülükleri sona ermekte; ifa edilmiş edimler ise, hukukî sebebini oluşturan sözleşme başlangıçtan itibaren yok sayılacağından sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verilmektedir⁵²².

Yeni dönme görüşüne göre ise dönme sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmamaktadır. Dönme ile birlikte sözleşmenin içeriği değişmekte ve bir tasfiye sürecine girilmektedir. Öncelikle dönme ile birlikte ifa edilmemiş olan edimler ileriye etkili olarak sona erdirilmektedir. İfa edilmiş edimlerin yerini ise geri verme borcu geçmektedir. Buradaki geri verme borcu sözleşmeden kaynaklanmakta ve bu nedenle borç ilişkisi akdî bir nitelik taşımaktadır. Borç ilişkisi böylece tersine dönmekte, ifa edilen edimin alacaklısı dönme ile birlikte aynı edimin geri verme borçlusu konumuna gelmektedir. Edimlerin yerine getirilmesi sözleşme çerçevesinde olacağından sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümleri uygulanmaması gerekir. Dönme ile birlikte sözleşmeye dayalı ilişki ile borç sona ermemekte, sadece sözleşmenin içeriği değişmektedir⁵²³.

⁵²¹ BK Tasarısı m.480/1 (1) numaralı bendi iş sahibinin sözleşmeden dönmesine ilişkin özel şartları korumuştur. Buna göre inşa eserinin iş sahibinin kullanamayacağı ya da hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönülebilir. Bu şartlardan birinin oluşması halinde iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

⁵²² TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.177 vd.; SELİÇİ: s.161-162; EREN: Borçlar Genel, s.1212-1213; TURANBOY: s.169.

⁵²³ EREN: Borçlar Genel, s.1213-1214; SELİÇİ: s.161-162; TURANBOY: s.169.

BK m.360/1 sözleşmeden dönülebilmesi için ayıba karşı tekeffüle ilişkin genel şartların yanında bazı özel şartlar da aramaktadır. Buna göre BK m.360/1'deki dönme hakkının kullanılabilmesi için idare tarafından inşa eserinin kullanılmayacak veya dürüstlük kuralı gereğince kabul etmesi beklenmeyecek derecede ayıplı olması gerekmektedir⁵²⁴. İnşa eserindeki ayıp idarenin ihtiyaçlarına göre kullanılmaya elverişsiz olması durumunda sözleşmeden dönmenin özel şartı gerçekleşmiş olacaktır. Kullanılmaya elverişsizlik belirlenirken inşa eserindeki ayıpların düzeltilerek giderilmesinin mümkün olmaması gerekir. Ayrıca sözleşmede özel bir kullanım tarzı belirlenmiş ve buna ilişkin nitelikler belirtilmişse, inşa eserinin belirlenen niteliklere sahip olmaması, karine olarak inşa eserinin idare açısından kullanılmaya elverişsiz olduğunu göstermektedir⁵²⁵.

BK m.360/1 inşa eserindeki ayıbın idare tarafından dürüstlük kuralı gereği kabul edemeyeceği derecede olması durumunda da sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına imkan tanımaktadır. İdarenin sözleşmeden dönebilmesi için ayıbın önemli ve ağır sayılan bir nitelik taşıması gerekir. Önemli ve ağır ayıp nedeniyle kabulün beklenmemesi belirlenirken, tarafların menfaatleri karşılıklı olarak dürüstlük kuralı çerçevesinde saptanmalıdır. Kolaylıkla giderilebilme imkanı olan ayıpların bulunması halinde, dönme yoluna gidilmesi dürüstlük kuralına aykırı düşmektedir. Ayrıca ayıbın türü ve kapsamı bakımından olayın bütün önemli koşulları göz önünde tutularak sözleşmeden dönülmesinin haklı olup olmadığına bakılmalıdır. Ayıbın önemli ve ağır bir ayıp olmadığı kabul edilmesi halinde sözleşmeden dönülmemesi, diğer seçimlik hakların kullanılması gerekmektedir⁵²⁶.

Kamu ihale inşaat sözleşmesinden dönülebilmesi için BK m.360/1'de yer alan özel şartlardan birinin gerçekleşmesinin yanında BK m.360/3'teki durumun olmaması da gerekir. BK m.360/3 uyarınca idarenin arsası üzerinde yapılan inşa eserinin yıkılması ve kaldırılması müteahhit açısından ağır bir zarara sebep olacaksa, ücretten indirim ya da

⁵²⁴ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.84-85; TURANBOY: S.169.

⁵²⁵ SELİÇİ: s.163.

⁵²⁶ EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.84; TANDOĞAN: Borçlar Genel, Cilt 2, s.181-182; SELİÇİ s.163; TURANBOY: s.170.

inşa eserinin düzeltilmesi istenebilir⁵²⁷. Böylece ekonomik açıdan bir değer taşıyan inşa eserinin imkan ölçüsünde korunması ve tahrip edilmemesi sağlanmaktadır⁵²⁸. Ayrıca iş sahibinin sözleşmeden dönerek müteahhide sadece sebepsiz zenginleşme değerini ödeyerek inşa eserini adaletsiz bir biçimde edinmesinin önüne geçilmiş olacaktır. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde inşa eserleri idarenin mülkiyetinde olan arsa üzerine yapılmaktadır. Bu bakımdan BK m.360/3 uygulama alanı bulmaktadır. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinin konusunu oluşturan inşa eserleri genellikle boyut ve maliyet olarak çok büyük (Baraj, otoyol, havalimanı, metro gibi) yapılardır. Ayıp dolayısıyla yapılan inşa eserinin yıkılarak kaldırılması, inşa eserinin yeniden yapılmasından daha fazla masrafa neden olabilmektedir. İnşa eserindeki ayıplar, idarenin kullanmasına ya da dürüstlük kuralı gereğince kabul etmesine engel nitelikte önemli ve ağır ayıplar olsa dahi, BK m.360/3'e uyarınca inşa eserinin yıkılması ve kaldırılması masrafları müteahhide oldukça zarar verecek ise idare inşa eserini kabullenmek zorundadır. Bu husus göz önüne alındığında kamu ihale inşaat sözleşmelerinde dönme hakkının kullanılması oldukça güçtür.

İdarenin sözleşmeden dönmesi tek taraflı irade beyanının müteahhide varması ile sonuç doğurmaktadır. BK m.360 dönme beyanını herhangi bir şekilde tabi tutmamasına rağmen, kamu ihale inşaat sözleşmelerinde dönme beyanı yazılı bir şekilde yapılmalıdır. YİĞŞ m.5 uyarınca idare ile müteahhit arasındaki her türlü iletişim yazılı olmalıdır.

⁵²⁷ Sözleşmeden dönülmesini engelleyen BK m.360/3'teki husus BK Tasarısı m.480/3'te yer almaktadır. İnşa eserinin iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamamaktadır. BK m.360/3 iş sahibinin arsası üzerine yapılan inşa eserinden, BK Tasarısı m.480/3 ise iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan inşa eserinden bahsetmektedir. MK m.704 hükmü göz önüne alındığında taşınmaz kavramı arazi kavramını da içine alan bir kavram olarak görülmektedir. MK m.704 uyarınca taşınmaz mülkiyetinin konusunu arazinin yanında kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler ile tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar da girmektedir. İnşa eseri bu bakımdan arazi üzerinde yapılabileceği gibi kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler üzerinde de yapılabilmektedir. Ancak tapu kütüğüne ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli hakların maddî bir varlığı olmadığı için BK Tasarısı m.480/3'teki taşınmaz kavramı içinde değerlendirilmemesi gerekmektedir. BK Tasarısı m.480/3 ile getirilen "Taşınmaz" ifadesi kapsam bakımından daha geniş bir anlam içermektedir.

⁵²⁸ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.183; SELİÇİ: s.163-164.

E. Ayıplardan Kaynaklanan Tazminat

İnşa eserindeki ayıptan dolayı idare BK m.360 ve YİGŞ m.45'ten doğan haklarının yanında ayıp dolayısıyla uğramış olduğu zararların tazminini de müteahhitten isteme hakkına sahiptir. Müteahhit ayıp nedeniyle uğradığı zararların tazminini diğer haklarla birlikte isteyebileceği gibi, yalnız başına da böyle bir tazminat talebini ileri sürebilmektedir⁵²⁹.

İdare tarafından ayıptan kaynaklanan zararların müteahhitten tazmininin istenebilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle idare tarafından inşa eseri muayene edilerek ayıplar müteahhide bildirilmelidir. Ayrıca idare müteahhitten ayıp dolayısıyla ortaya çıkan zararların tazminini zamanaşımı süresi içinde (15 yıl) talep etmek zorundadır. Bunların yanında bazı şartların da varlığı gerekmektedir.

a. İnşa Eseri Ayıplı Olmalı

İdarenin BK m.360 uyarınca uğradığı zararların tazminin istenebilmesi için öncelikle inşa eserinin ayıplı olması gerekmektedir. İnşa eseri ayıplı değilse idare BK m.360'a dayanarak müteahhitten zararların tazminini isteyememektedir⁵³⁰.

b. İdarenin Zararı Bulunmalı

İdare tarafından BK m.360'a göre tazminat talebinde bulunulabilmesi için inşa eserindeki ayıbın zarara neden olması gerekmektedir. Ayıp nedeniyle ortaya çıkan zarar, idarenin diğer haklarını kullanmasına rağmen karşılanamayan zararıdır⁵³¹. İdare inşa eserindeki ayıp nedeniyle zarara uğramaktadır.

İdarenin inşa eserindeki ayıplardan kaynaklanan zararları ile sözleşmenin ihlalden kaynaklanan zararlarının birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. İnşa

⁵²⁹ BK Tasarısı m.480/2 ile iş sahibinin ayıp dolayısıyla zarara uğraması durumunda seçimlik hakların yanında genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının varlığı da kabul edilmektedir.

⁵³⁰ İnşa eserindeki ayıpla ilgili olarak açıklamalar için bkz. s.166-167.

⁵³¹ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.204; SELİÇİ: s.182.

eserinin ayıplı olması da sözleşmesinin ihlali niteliğindedir. Ancak inşa eserinin ayıplı olmasından dolayı idare zarara uğramışsa bunların tazmini BK m.360'a göre müteahhitten istenebilmektedir. İnşa eserinin ayıplı olması dışında sözleşmeye aykırılıktan, özellikle müteahhidin özen borcunu ihlalden kaynaklanan zararların tazmininde ise BK m.356 ve BK m.96'ya göre hareket edilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan buradaki zararların BK m.96'ya göre tazmini gereken ve inşa eserinin ayıplı olmasının dışında sözleşmeye aykırılıktan dolayı ortaya çıkan zararlardan ayrı düşünülmelidir⁵³².

İnşa eserindeki ayıplar, kâr mahrumiyeti biçiminde ortaya çıkabileceği gibi (Hidroelektrik santralindeki ayıp dolayısıyla elektrik üretilmemesi, ayıp nedeniyle otoyolun işletmeye açılmaması vb.) fiilî zarar (Bacanın ayıplı olarak yapılmasından dolayı yangın çıkması, nükleer santralin ayıplı olmasından dolayı radyoaktif sızıntı yaratması vb.) şeklinde de kendini gösterebilmektedir⁵³³.

c. Ayıp ile Zarar Arasında İlliyet Bağı Bulunmalı

İdarenin BK m.360'a göre zararlarını müteahhitten tazmin edebilmesi için inşa eserinde meydana gelen zararın ayıptan kaynaklanması gerekmektedir. İnşa eserindeki ayıp ile oluşan zarar arasında uygun bir illiyet bağı olmadıkça idare BK m.360 çerçevesinde tazminat talebinde bulunamayacaktır⁵³⁴.

d. Müteahhidin Kusuru Bulunmalı

Ayıptan kaynaklanan zararların tazmininin talep edilebilmesi için kural olarak müteahhidin kusurlu olması gerekmektedir. İdarenin BK m.360 ve YİĞŞ m.45'ten

⁵³² SELİÇİ: s.182-183; TURANBOY: s.177.

⁵³³ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.205.

⁵³⁴ SELİÇİ: s.182; EREN: İnşaat Sözleşmesi, s.86. Uygun illiyet bağının varlığı için inşa eserindeki ayıbın genel hayat tecrübelerine, olayların akışına göre idarenin uğradığı zarara sebebiyet vermesi gerekmektedir. Uygun illiyet bağı ile ilgili açıklamalar için bkz. REİSOĞLU: s.154, 314; EREN: Borçlar Genel, s.492-505.

haklarını kullanabilmesi için müteahhidin herhangi bir kusuru olması gerekmezken, ayıptan kaynaklanan zararların tazmini kusur şartına bağlanmıştır⁵³⁵.

Kusurun kim tarafından ispat edileceği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte baskın görüşe göre, ayıptan kaynaklanan zarar bir tazminat borcu doğurmaktadır. Müteahhidin bu zarardan dolayı sorumluluğu kusura dayandığından BK m.96'da yer alan genel esaslar burada da uygulanmalıdır. Müteahhit ancak kusuru olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilmektedir. BK m.96'da MK m.6'daki ispat kuralının terse çevrilmesinin sebebi, borçlunun davranışının alacaklı tarafından bilinmesinin güç olması, bu yüzden borçlunun çevresindeki bir olgunun alacaklı tarafından ispatının adil olmamasıdır. İnşaat sözleşmelerinde müteahhit uzman kişidir. Aynı uzmanlığı iş sahibinden beklemek ve kusurun ispatını iş sahibine bırakmak mümkün değildir⁵³⁶. Bu bakımdan müteahhit ancak ayıpların meydana gelmesini sağlayan kusurun kendisinden kaynaklanmadığını ispat etmek suretiyle tazminat sorumluluğundan kurtulabilmektedir.

İnşa eserindeki kusurun yapı tekniği kurallarından kaynaklanması halinde bu meslekî kusuru ortaya çıkarır. Müteahhidin burada yapı tekniği bilmediğini ileri sürerek tazminat sorumluluğundan kurtulması mümkün değildir. Ayrıca müteahhit inşa eserinin kendi yetenek ve olanaklarını aştığını ve bu yüzden ayıpların meydana geldiğini ileri sürerek de sorumluluktan kurtulamamaktadır. Ancak müteahhit kendisine verilen plan ve projeler ile yapı denetim görevlisinin talimatlara uygun olarak inşa eserini yaptığını (YİĞŞ m.15/4,5) buna rağmen ayıbın ortaya çıktığını ispatlar ise ayıptan kaynaklanan tazminattan sorumlu olmamaktadır⁵³⁷.

⁵³⁵ TANDOĞAN: Borçlar Özel, Cilt 2, s.205; SELİÇİ: s.184; TURANBOY: s.178. Müteahhidin BK m.360'tan kaynaklanan ayıp nedeniyle tazminat sorumluluğu kusur şartına bağlı olmakla birlikte bazı durumlarda kusur aranmadığı görülmektedir. İnşa eserindeki ayıplara ve bunlardan kaynaklanan zararlara müteahhidin yardımcılarının sebep olması durumunda müteahhidin kusuru olmasa dahi BK m.360/1,2 ve m.100'e göre sorumlu olmaktadır. Ancak müteahhit yardımcıları gibi davransaydı, ayıbın kusurdan kaynaklanmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilme imkanına sahiptir.

⁵³⁶ SELİÇİ: s.185; TURANBOY: s.178.

⁵³⁷ SELİÇİ: s.185-186; TURANBOY: s.178.

SONUÇ

Ülkemizin en önemli sektörlerinin başında inşaat sektörü gelmektedir. İnşaat sektörü, bünyesinde birçok unsuru barındırmaktadır. Bu bakımdan inşaat sektöründe meydana gelebilecek değişiklikler diğer sektörleri de doğrudan ya da dolaylı bir biçimde etkilemektedir. Oldukça geniş ve zengin bir alana sahip olan inşaat sektöründe yapılan işlerin çoğu ise idareye aittir. İdare, yerine getirmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerini gerçekleştirmek ve kendi ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla inşa eserlerinin yapımına ihtiyaç duymaktadır. İdarenin ihtiyaç duyduğu inşa eserlerinin baraj, enerji santrali, tünel, otoyol gibi büyük ve karmaşık yapıda olması kamu ihale inşaat sözleşmeleri olarak adlandırılan sözleşmelerin inşaat sektöründeki önemini ortaya koymaktadır. Ancak bu sözleşmelere BK dışında 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar ile YİĞŞ'nin uygulanması özellikle müteahhidin borçları bakımından aleyhe durum yaratmaktadır. Bu durumun aşılmasında faydalanılacak en önemli kaynaklardan birisi ise FIDIC standart sözleşmeleridir.

Çalışmamızda kamu ihale inşaat sözleşmeleri ile 1987 tarihli 4. baskı ve 1999 tarihli 5. baskı FIDIC Kırmızı Kitaplar'daki müteahhidin borçları ele alınmıştır. Ayrıca BK'nın istisna sözleşmesinin ilgili hükümleri de çalışmaya dahil edilmiştir. Müteahhidin borçlarının incelendiği bu çalışma sonucunda aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:

- Kamu ihale inşaat sözleşmeleri öncelikle özel hukuk sözleşmeleri arasında yer almaktadır. Bu tür sözleşmelerin taraflarından birisi idaredir. Ancak idarî sözleşmelerde olduğu gibi konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi ya da yürütülmesine katılmayı içermemektedir. Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi'nin son dönemdeki kararları da bu yöndedir. Ayrıca 4735 sayılı Kanun m.4/3'te yer alan *“Bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklere sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilmez. Kanunun yorum ve uygulanmasında bu prensip göz önüne bulundurulur.”* şeklindeki düzenleme kamu ihale inşaat sözleşmelerinin özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğunu açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Bu husus özellikle müteahhidin borçlarının değerlendirilmesinde ölçüt olarak kabul edilmesi gereken bir ilkedir.

- Kamu ihale inşaat sözleşmesinin eki niteliğinde olan YİĞŞ ile teknik ve idarî şartnameler genel işlem şartları niteliğindedir. Sözleşmenin yapılması ile birlikte akdî nitelik taşıyacak olan bu şartnameler idare tarafından hazırlanmaktadır. İdare tarafından kamu ihale inşaat sözleşmesi ile şartname hükümleri hazırlanırken azamî düzeyde müteahhitle diyalog kurulmalıdır. Çünkü inşa eserinin idarenin menfaatlerine uygun eksiksiz ve ayıpsız bir biçimde yerine getirilebilmesi için sözleşme hükümlerinin bu duruma uygun olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Yapılacak olan her bir kamu ihale inşaat sözleşmesi kendine özgü özellikler içermektedir. İdare tarafından hazırlanacak olan tip sözleşmelerin ve şartnamelerin her durumda somut olayın gereksinimleri karşılamaı mümkün değildir. Bu bakımdan idare, kamu ihale inşaat sözleşmeleri bakımından tip sözleşme ve şartname oluştururken oldukça geniş bir çerçeve çizmeli ve bu çerçevenin doldurulmasını sözleşmenin taraflarına bırakmalıdır. Böylece sözleşme taraflarının tam anlamıyla eşit konumda olmasına yaklaşılmış olacak ve sözleşmelerden kaynaklanabilecek ihtilaf asgarî seviyeye indirilecektir. Bütün bunların yanında BK Tasarısı ile genel işlem şartları bakımından düzenleme getirilmesi sözleşmelerin oluşturulmasına da önemli katkı sağlayacaktır.
- Kamu ihale inşaat sözleşmeleri hukukî nitelik olarak BK’da düzenlenen istisna sözleşmesine oldukça benzemektedir. Her iki sözleşmede de müteahhidin inşa eseri meydana getirerek teslim etme borcu karşılığında iş sahibinin ücret ödeme borcu bulunmaktadır. Bununla birlikte kamu ihale inşaat sözleşmelerinin istisna sözleşmesinde ayrılan, kendine özgü nitelikleri de bulunmaktadır. Bunlardan en önemlileri meydana getirme ve anlaşma unsurudur. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde meydana getirme unsuru içinde istisna sözleşmesinden farklı olarak nakliye de yer almaktadır. İstisna sözleşmesinde edimlerden birinin bir kısmını kapsamaması halinde nakliye, meydana getirme unsuru içinde yer alacaktır. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde ise nakliyenin bir edimin tümünü kapsayıp kapsamaması önemli değildir. İnşa eseri ile ilgili yapılan her türlü nakliye yapım işi arasında yer almaktadır. Bu bakımdan meydana getirme unsuru içindeki nakliye bakımından iki sözleşme arasında fark bulunmaktadır.

İstisna sözleşmesi ile kamu ihale inşaat sözleşmesi arasındaki önemli farklardan birisi de anlaşma unsuru bakımından ortaya çıkmaktadır. İstisna sözleşmesinde

tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde ise tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları sözleşmenin kurulması için yeterli değildir. Sözleşmenin ayrıca idare tarafından onaylanması da gerekmektedir. Kamu ihale inşaat sözleşmesinin onaylanması ile birlikte sözleşme kurulmuş olmakta ve taraflar bakımından hak ve borçlar doğurmaktadır. Bu husus özellikle müteahhidin ve idarenin borçlarının doğum anı bakımından önem taşımaktadır.

- Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde yer alan müteahhidin kesin teminat verme borcu 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar'da oldukça ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Kesin teminatın neler olacağından şekline kadar bütün unsurlara serbesti alanı bırakmayacak biçimde ilgili kanunlarda yer vermiştir. FIDIC Kırmızı Kitaplar'da ise kesin teminatın verilmesi konusunda genel bir çerçeve çizilmekte ve bu çerçeve içinde tarafların serbestçe hareket etmesine imkan tanınmaktadır. Hatta FIDIC (Eski) Kırmızı Kitap m.10.1 "*Sözleşme, düzgün bir şekilde ifası için yüklenicinin teminat vermesini öngörüyorsa....*" şeklinde ifade ile kesin teminatın verilir verilmemesini tarafların aralarında anlaşmalarına bırakmaktadır.
- BK'da olduğu gibi kamu ihale inşaat sözleşmelerinde ve FIDIC Kırmızı Kitaplar'da kural olarak müteahhidin inşa eserini şahsen meydana getirmesi gerekmektedir. Ancak inşa eserlerinin boyut ve hacim olarak büyümesi ile uzmanlık gerektiren işlerin artması müteahhidin inşa eserini meydana getirirken temsilci ve alt müteahhitlerden yardım almasına yol açmıştır. Müteahhit temsilcilerinin görevlendirilmesi ve yetkileri konusunda kamu ihale inşaat sözleşmeleri ile FIDIC Kırmızı Kitaplar arasında çok büyük bir fark bulunmamaktadır. Alt müteahhitlik konusunda ise her iki sözleşme türü farklı yaklaşımlar içermektedir. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde tek tip alt müteahhitlik öngörülmüştür. Buna göre asıl müteahhit tarafından seçilen alt müteahhit idarenin onayı ile görevine başlayabilmektedir. FIDIC Kırmızı Kitaplar'da kamu ihale inşaat sözleşmesinde öngörülen alt müteahhitlik türünün yanında "*Atanmış alt müteahhit*" olarak adlandırılan alt müteahhitlik türü de yer almaktadır. Bu alt müteahhitlik türünde mühendis ya da iş sahibi asıl müteahhidin herhangi bir rızasına gerek duymadan alt müteahhit atamaktadır. Atanmış alt müteahhidin mühendis ya da iş sahibi tarafından belirlenmesine karşın, atanmış alt

müteahhidin yapacağı işlerden dolayı iş sahibine karşı asıl müteahhit sorumlu olmaktadır. FIDIC Kırmızı Kitaplar bu durumu hafifletmek amacıyla asıl müteahhide, atanmış alt müteahhide itiraz etme hakkı tanımıştır. Ancak iş sahibi tarafından atanan alt müteahhidin yaptığı işlerden dolayı iş sahibine karşı asıl müteahhidin sorumlu olması, FIDIC standart sözleşmelerindeki hak ve borçların adilane dağılımı ilkesine ters düşmektedir.

- İnşa eserinin yapımında kullanılacak olan araç - gereç ve malzemelerin sağlanması, BK'da yer alan düzenlemelerin aksine, her iki sözleşme türünde de açık bir biçimde müteahhide yüklenmiştir. Araç - gereçlerin sağlanması konusunda FIDIC Kırmızı Kitaplar'da oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle araç - gereçlerin sağlanması yolları üzerinde durulmuş ve inşa eserinin yapımında devamlılığı sağlamak için araç-gereçlerin iş sahasında bulundurulması esası getirilmiştir. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde araç - gereçlerin inşa eserinin yapımına hem nitelik hem nicelik olarak uygun olması gerektiği vurgulanmış ve uygun olmaması halinde iş sahasından çıkarılacağı yer almıştır.

Malzeme sağlama borcu bakımından üzerinde en çok durulan konu malzemenin kalitesidir. FIDIC Kırmızı Kitaplar malzemenin kalitesinin inşaat sözleşmesine ve mühendisin talimatlarına uygun olmasına yer vermiştir. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde de malzemenin sözleşmede belirtilenlere uygun olmasının yanında inşa eserinin yapımına elverişli olması aranmıştır. Malzeme kalitesinin tespit edilmesi için yapılacak testler sonucunda malzemenin teknik şartnameye ve inşa eserinin yapımı ile idarenin kullanım menfaatlerine elverişsiz olması durumunda reddedilmesi söz konusu olmaktadır.

- Müteahhidin inşaat sözleşmesinden kaynaklanan özen ve sadakat borcunun derecesinin belirlenmesi, borcun kapsamının da belirlenmesi konusunda önem taşımaktadır. BK müteahhidin özen borcunu hizmet sözleşmesindeki işçinin özen borcu gibi görmektedir. BK Tasarısı ile birlikte ise müteahhidin özen borcu belirlenirken benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir müteahhidin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranış esas alınmaktadır. Kamu ihale inşaat sözleşmeleri ile FIDIC Kırmızı Kitap tarafından da kabul edilen “*Objektif özen*” ölçütünün kabulü, müteahhidin uzman kişi olması ve inşa eserini meydana

getirirken bağımsız olması yönünden inşaat sözleşmesinin yapısına daha uygun düşmektedir. Taraflar aralarında anlaşarak objektif özenin üzerinde bir özenin gösterilmesi konusunda her zaman anlaşmaları da mümkündür.

- İnşaa eserinin yapımı özünde birçok tehlikeyi de beraberinde getirdiğinden hem kamu ihale inşaat sözleşmelerinde hem de FIDIC Kırmızı Kitaplar'da müteahhide belirli birtakım sigortaları yaptırma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bunlardan ilki inşaa eserinin yapımında kullanılacak araç - gereç, malzeme ile inşaa eserinin yapılan kısımlarının zarar görme rizikosuna karşılık yapılan inşaat sigortasıdır. İkincisi ise inşaa eserinin yapımı dolayısıyla çevre halkının ve çalışan işçilerinin uğrayacağı zararların tazmin edilmesine yönelik yapılan malî mesuliyet sigortasıdır. Her iki sigorta türü de müteahhidin inşaa eserini inşaat sözleşmesi hükümlerine uygun olarak tamamlayıp teslim edilmesini sağlamak amacıyla getirilmiştir.
- Müteahhit inşaa eserinin yapımına inşaat sözleşmesinde belirlenen tarihte başlayıp devam ettirerek tamamlamak zorundadır. Bunun için kamu ihale inşaat sözleşmelerinde ve FIDIC Kırmızı Kitaplar'da müteahhidin iş programı hazırlaması öngörülmüştür. İş programı ile birlikte inşaa eserinin yapımına ne zaman başlanacağı, hangi süre devam ettirileceği ve hangi tarihte inşaa eserinin tamamlanarak teslim edileceğinin belirtilmesi gerekmektedir. FIDIC Kırmızı Kitaplar kamu ihale inşaat sözleşmelerinin aksine inşaa eserinin yapımına en geç hangi tarihte başlanması gerektiğine yer vermiştir. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde ise inşaa eserinin yapımına başlama tarihi tarafların anlaşmasına bırakılmıştır.

İnşaa eserinin iş programında belirlenen tarihte bitirilmemesi kamu ihale inşaat sözleşmeleri ile FIDIC Kırmızı Kitaplar'da farklı şekilde sonuca bağlanmıştır. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinin zamanında bitirilmemesi halinde idarenin müteahhitten cezaî şart talep etme hakkı ortaya çıkmaktadır. Cezaî şartın talep edilebilmesi için kural olarak ne kusurun ne de zararın varlığı gerekir. İnşaa eserinin iş programında belirlenen tarihte tamamlanıp teslim edilmemesi halinde müteahhidin cezaî şart ödeme borcu muaccel hale gelmektedir. FIDIC Kırmızı Kitaplar'da ise inşaa eserinin zamanında bitirilmemesi müteahhidin gecikme tazminatı ödemesini gündeme getirmektedir. Cezaî şarttan farklı olarak gecikme tazminatının söz konusu olabilmesi için, hem müteahhidin kusurunun bulunması

hem de iş sahibinin bu kusurdan dolayı zarara uğraması gerekmektedir. Aksi takdirde gecikme tazminatı ödeme borcu doğmamaktadır.

- Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde ve FIDIC Kırmızı Kitaplar'da müteahhidin sözleşmeden kaynaklanan borçlarını tam olarak yerine getirebilmesi için tamamladığı inşaa eserini iş sahibine teslim etmesi gerekmektedir. “Geçici kabul” olarak adlandırılan teslim alma kamu ihale inşaat sözleşmelerinde daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde geçici kabul, FIDIC Kırmızı Kitapların aksine bir komisyon tarafından yapılmaktadır. Ayrıca geçici kabulün yapılmasından önce yapı denetim görevlisi tarafından bir ön inceleme yapılmakta ve inşaa eserinin teslim hazır olup olmadığı belirlenmektedir.
- Müteahhit inşaa eserini teslim ederek inşaat sözleşmesinden kaynaklanan borçlarından kurtulamamaktadır. Yapılacak muayene sonucunda ayıpların ortaya çıkması halinde iş sahibi birtakım haklara sahip olmaktadır. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde iş sahibi idarenin sahip olduğu haklar BK m.360'ta düzenlenen ayıp oranında indirim yapılması, ayıbın giderilmesi ve sözleşmeden dönme haklarıdır. Ancak YİĞŞ'te ayıbın giderilmesine ilişkin özel düzenleme yer almaktadır. YİĞŞ'si akdî bir nitelik gösterdiğinden öncelikle bunun uygulanması gerekmektedir. Kamu ihale inşaat sözleşmelerinde dönmenin uygulanması ise oldukça güçtür. Çünkü BK m.360/3'te yer alan dönmenin istisnasını oluşturan hüküm, kamu ihale inşaat sözleşmeleri bakımından kural niteliğindedir. Kamu ihale inşaat sözleşmesinin konusunu genelde baraj, otoyol, enerji santrali gibi büyük yapıtlar oluşturulduğundan ve bu inşaa eserleri idarenin kendi arazisi üzerinde yapıldığından, sözleşmeden dönme çok istisnaî durumlarda uygulama alanı bulabilecek bir seçimlik hak olarak ortaya çıkmaktadır. BK m.360 ile getirilen seçimlik hakların yanında iş sahibi idarenin ayıptan dolayı zarara uğraması halinde bunların tazminin müteahhitten isteme hakkı da bulunmaktadır. Bu hak diğer seçimlik haklarla birlikte kullanılabilceği gibi onlardan ayrı bir biçimde de kullanılabilir.

İnşaa eserindeki ayıpların belirli bir kullanım sonucunda ortaya çıkmasından dolayı inşaa eserinin kesin kabulünün inşaa eserindeki ayıplar bakımından bir etkisi bulunmamaktadır. Gizli ayıplar inşaa eserinin niteliğinden dolayı ya da

müteahhidin gizlemesinden dolayı belirli bir süreden ortaya çıkabilen ayıplardır. Bunun hemen tespit edilebilmesi oldukça güçtür. Kamu ihale inşaat sözleşmeleri bu tür ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için ayıba karşı tekeffül borcunun inşaa eserinin kesin kabulünün yapılmasından itibaren 15 yıl daha sürmesi gerektiğine yer vermiştir. Böylece inşaa eserindeki ayıbın kendisini bu 15 yıllık süre içinde göstermesi durumunda iş sahibi idare, müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcuna gitme imkanına sahip olmaktadır. BK'da da bu süre doktrin ve içtihatlardaki tartışmalara rağmen inşaa eserinin kabulünden itibaren 5 yıl olarak kabul edilmiştir. Ancak BK Tasarısı ile bu süre ikili bir ayrıma gidilerek düzenlenmiştir. Müteahhidin bilerek ya da ağır kusur ile ayıplı inşaa eseri meydana getirmesi durumunda bu süre ayıbın öğrenilmesinden itibaren 2 yıl ve her durumda teslimden itibaren 20 yıl olarak belirlenmiştir. Hafif kusurlu durumu kapsayan diğer halde ise bu süre teslimden itibaren 5 yıl olarak kabul edilmiştir. Böylece müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu bazı şartların varlığı halinde inşaa eseri kabul edilse dahi devam etmektedir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Hakan: İnşaat Sektöründe Konsorsiyum Sözleşmeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2000.
- AKÇAR, Nihan: İnşaat Sigortası Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004.
- AKINCI, Ziya: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996.
- AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, İstanbul, 2002.
- AKKANAT, Halil: Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2000.
- AKYOL, Şener: Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Know-How, Management, Ortak Girişim ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 1997.
- ALA, Döndü: Proje, Teknik Şartname ve Sözleşmedeki Yetersizliklerin Yapı Kalitesine Olumsuz Etkileri ve Çözüm Önerileri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Adana, 1996.
- ALTAŞ, Hüseyin: Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK m.368), Ankara, 2002.
- ALTINTAŞ, Ömer Faruk: Avrupa Hukuku Kaynakları, Ankara, 2007, (www.abgm.adalet.gov.tr).
- ALTOP, Atilla: Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara, 1990.
- ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2003.
- ARAT, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006.
- ARKAN, Sabih: Teminat Mektupları, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici - İşletmeci - Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 1996, s.309-315.
- ATAMER, M. Yeşim: Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s.291-331.

- Avrupa Birliği Avrupa Komisyonu Türkiye Temsilciliği: AB’de Kamu İhaleleri “Herkesin Yararı ve İyi İdare İçin”, Ankara, 2002.
- BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul, 1998.
- BİLGE, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971.
- BİLGEN, Yavuz: Türkiye’deki İhale Mevzuatı ve Avrupa Birliği İhale Mevzuatına Uyarlanması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2001.
- BOZER, Ali: Sigorta Hukuku Genel Hükümler - Bazı Sigorta Türleri, Ankara, 2004.
- BUNNI, Nael G.: The FIDIC Forms of Contracts the Fourth Edition of the Red Book 1992, the 1996 Supplement, the 1999 Red Book, the 1999 Yellow Book, the 1999 Silver Book, Oxford, 2005.
- BURCUOĞLU, Haluk: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s.283-332.
- CAN, Mertol: Sigorta Hukuku, Ankara, 2005.
- CELAL, Nasır: Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2005.
- ÇAKALIR, Yalçın: Mimarlık Sözleşmesi, Ankara, 1974.
- DAYINLARLI, Kemal: Joint Venture Sözleşmesi, Ankara, 2007.
- DOĞANYİĞİT, Sadettin: Açıklamalı-Uygulamalı-Sorun Çözümlü Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Ankara, 2007.
- DUMAN, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, İstanbul, 2006.
- EDİS, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1979.
- EMEK, Uğur: Avrupa Birliği Kamu İhaleleri Sistemindeki Gelişmeler, İntes İşveren Dergisi, Eylül - Ekim, 2001, s.18-24.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006 (Borçlar Genel).

- EREN, Fikret: Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici - İşletmeci - Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 1996, s.45-103 (İnşaat Sözleşmeleri).
- ERGİN, Ayşe Dicle: Borçlar Kanununa Göre Anahtar Teslimi İnşaat Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2003, Ankara.
- ERMAN, Hasan: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. m.365/2), İstanbul, 1979.
- ERTEN, M. Ali: Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Ankara, 2000.
- GİRİTLİ, İsmail/BİLGİN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun: İdare Hukuku, İstanbul, 2006.
- GÖKYAYLA, K. Emre: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, GÜHFD, sayı 1, İstanbul, 2002, s.785-805.
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, Cilt 2, Bursa, 2003 (İdare Hukuku).
- GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku Dersleri, Bursa, 2006 (İdare Hukuku Dersleri).
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/ TAN, Turgut. İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt 1, Ankara, 2007.
- GÜNDAY, Metin: İdare Hukuku, Ankara, 2003.
- GÜRER, E.Erhan: İnşaat Sektöründeki Riskler Korunma Seçenekleri ve İnşaat Sigortaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1997.
- GÜVENÇ, Celalettin: Uluslararası İhalelerde Örnek Alınan FIDIC Şartnamelerinin ve Türkiye Uygulamasının İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.
- HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.
- İş Programı Hazırlama Teknikleri Seminer Notları, İstanbul Teknik Üniversitesi İnşaat Fakültesi, s.2-7 (www.ins.itu.edu.tr).
- KAPLAN, İbrahim: Türk - İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara, 1983 (Mimarlık Sözleşmesi).

- KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sektöründe Joint Venture - Müşterek İş Ortaklığı, Ankara, 2007 (Joint Venture).
- KAPLAN, İbrahim: İstisna Akdinde Müteahhitten Talep Edilen Teminat ve Kesintiler, Yaklaşım Dergisi, sayı 102, Haziran 2001 (Teminat).
- KAPLAN, İbrahim: İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici - İşletmeci - Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 1996, s.105-171 (Ücret).
- KAPLAN, İbrahim: Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, sayı 2, Aralık 1991, s.49-89 (Genel İşlem Şartları).
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: İnşaat-İmar-İhale Hukuku, Cilt 1, İstanbul ,1997.
- KARAYALÇIN, Yaşar: Hukukta Öğretim - Kaynaklar - Metod - Problem Çözme, Ankara, 2001.
- Kazancı İçtihat Programı.
- KENDER, Rayegan: Türkiye’de Hususî Sigorta Hukuku, İstanbul, 2005.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2007 (Borçlar Genel).
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, 1975, cilt 32, sayı 1-4, s.185-199 (Şahsen Yapma).
- KOÇ, Mehmet: Finansal Kiralama (Leasing), İstanbul, 2004.
- KOSTAKOĞLU, Cengiz: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, 2006.
- KÖKTAŞ, Arif: Avrupa Birliğinde Kamu İhale Hukuku ve AB Politikaları Arasındaki İlişki, Ankara, 2005.
- KULUÇLU, Erdal: Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri, Sayıştay Dergisi, sayı 49, Nisan - Haziran 2003, s.99-115.
- KUTLU, Meltem: İdare Sözleşmelerinde İhale Süreci, İzmir, 1997.
- ODER, Burak: Kamusal İhale Usulleri Konusunda Avrupa Topluluğu Standartlarını Belirleyen Düzenlemeler ve Maliye Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Devlet İhale

Kanunu Tasarı Taslağına İlişkin Genel Değerlendirme, Gün Işığında Kamu Yönetimi Sempozyumu, Ankara, 2001.

- OĞUZ, Cemal: Genel İşlem Şartları ve İçerik Sınırları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1993.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006.
- OLGAÇ, Senai: İstisna Akdi - Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara, 1966.
- ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumî Esasları, Cilt 3, İstanbul, 1966.
- ORAGGILICOV, Dövrân: Milletlerarası Doğrudan Yatırım Açısından Joint Venture, İzmir, 2006.
- ÖZ, Turgut: İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2007 (İnşaat Sözleşmesi).
- ÖZYÖRÜK, Sezer: İnşaat Sözleşmesi (Yapısı - Feshi Borçlar Kanunu m.371'e Göre Sonuçları), İstanbul, 1988.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul, 2005.
- REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006.
- SAYMEN, Ferit: Türk Medeni Hukuku Umumî Prensipler, Cilt 1, İstanbul, 1960.
- SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978.
- SİRMEN, Lale: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara, 1992.
- ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3.Bası, İstanbul, 2005.
- ŞENOCAK, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002 (Ayrı).
- ŞENOCAK, Kemal: Meslekî Sorumluluk Sigortası, Ankara, 2000 (Sigorta).
- ŞENYÜZ, Doğan: Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler, Bursa, 2006.

- ŞEREMET, Melis: İnşaat Sözleşmeleri ve FIDIC, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 4, 2006, İstanbul, s.1549- 1562.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 1, Ankara, 1987.
- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, Ankara, 1987 (Borçlar Özel, Cilt 2).
- TANDOĞAN, Haluk: İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırte edilmesi, İmran Öktem'e Armağan, Ankara, 1970, s.311-332 (İstisna Akdi).
- TANDOĞAN, Haluk: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İşi Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu Joint Venture, BATİDER, Cilt 13, Sayı 3-4, s.57-89 (Joint Venture).
- TEKİNALP, Ünal: Türk Bankacılık Uygulamasında Genel İşlem Şartları, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara, 1986, s.119-160.
- TEKİNALP, Gülören; TEKİNALP, Ünal: Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul, 2000 (AB Hukuku).
- TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal: Joint Venture, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1988, s.143-176 (Joint Venture).
- TEKİNAY,S. Sulhi/AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1988.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul, 1963.
- TURANBOY, Asuman: Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonraki İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, Cilt 41, Sayı 1-4, 1989-1990, s.151-189.
- TÜREGÜN, Necip: FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici - İşletmeci - Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 1996, s.249-285 (İnşaat Sözleşmeleri).
- TÜREGÜN: FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü İnşaat Sözleşmeleri ve Tahkim Hukuku Sertifika Programı Ders Notları, 2008 (Sertifika Programı).

- UÇAR, Salter: Hukukta Cezaî Şart ve Uygulaması, İstanbul, 1993.
- UÇAR, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı Teslimin Usulü ve Hukukî Sonuçları, AÜEHF'nin 10. Yılına Armağan, AÜEHFD, Cilt 5, Sayı 1-4, 2001, s.513-555 (Teslim).
- ULAŞ, Işıl: Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara, 2005.
- UYAN, Gökhan: İsviçre - Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukukî Niteliği, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2002.
- UYGUR, Turgut: Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Özel Borç İlişkileri, Cilt 7, Ankara, 2003.
- ÜNAN, Saim: İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul, 1998.
- YALÇIN, Hilal: ABD ve Türk İnşaat Sektörlerindeki Standart Sözleşme ve Genel Şartnamelerin Karşılaştırılması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2004
- YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul, 2002.
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2001 (Hukuk Sözlüğü).
- YILMAZ, Lerzan: Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Joint Venture Anlaşmalarının Yorumu ve Hukukî Düzenlemeye Kavuşturulması İhtiyacı, Mahmur R. Belik'e Armağan, İstanbul, 1993, s.475-491 (Joint Venture).
- www.anayasa.gov.tr.
- www.fidic.org.
- www.intes.org.tr.
- www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm.
- www.serki.com.
- www.tmmmb.org.tr.
- ZEVKLİLER, Aydın: Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004.