

T.C
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**FIDIC STANDART İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE İŞ
SAHİBİNİN ESASLI BORÇLARI**

Yüksek Lisans Tezi

OGEDAY ÇUHADAR

Tez Danışmanı: YRD.DOÇENT ASLI MAKARACI

İSTANBUL, 2010

ÖZET

FIDIC STANDART İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE İŞ SAHİBİNİN ESASLI BORÇLARI

Çuhadar, Ogeday

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Yrd.Doç.Aslı Makaracı

Ağustos, 2010 - 136 sayfa

Uluslararası ticari ilişkilerin küreselleştiği dünyada yatırımcılar güvenilir pazarlarda iş yapabilmek amacı ile, her yerde aynı şekilde anlaşılan, taraflar arasında adil hak ve borç paylaşımının yapıldığı standart sözleşmelere büyük önem vermektedir. Bu gerçek ışığında, FIDIC (*Fédération International Des Ingénieurs-Conseils*) isimli uluslararası meslek kuruluşu, inşaat sektöründeki hukuki standartların oluşturulması için, uluslararası inşaat işindeki tüm tarafların hak ve borçlarını adil bir şekilde düzenleyen ve yaklaşık olarak her on yılda bir güncellenen standart inşaat sözleşmeleri ortaya koymuştur. Bu sözleşmeler neredeyse her ülkede yaygın bir şekilde uygulanır hale gelmiştir.

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde iş sahibi için bir çok borç belirlenmiş olmakla beraber, iş sahibinin esaslı borçları, taraflar arasındaki ödeme, teslim gibi önemli ilişkileri düzenlemek ve sözleşmeyi yönetmek üzere mühendis atama borcu, işin yapılacağı sahayı yükleniciye teslim borcu ve iş bedelini yükleniciye ödeme borcudur.

Uygulanacak hukuk düzeni olarak Türk Hukuku'nun seçildiği FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan hukuki boşluklar Türk Hukuku tarafından doldurulacak, ayrıca emredici Türk Hukuku kuralları karşısında FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan hükümler tez konumuz olan iş sahibinin esaslı borçları ile ilgili konulara uygulanamayacaktır. İş sahibinin esaslı borçları ile ilgili bir çok meselede FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan hükümler Borçlar Kanunu hükümleri ile uyumlu olsa da, çeliştikleri konular sözleşmeye taraf olan kişiler için potansiyel uyuşmazlık alanları oluşturmaktadır.

Ayrıca FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan iş sahibinin esaslı borçları ile ilgili hükümlerin bir çok noktada iş sahibinin kamu kurumu olduğu işlere uygulanacak Türk Kamu İhale Mevzuatı'nda yer alan hükümler ile uyumlu olmadığı da tespit edilmiştir. Dolayısıyla FIDIC standart inşaat sözleşmesi kullanarak ihale yapan kamu kuruluşu niteliğindeki iş sahiplerinin, sözleşmeyi dikkatli bir biçimde kamu ihale mevzuatına adapte etmeleri gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Standart İnşaat Sözleşmeleri, FIDIC, İş Sahibinin Esaslı Borçları

ABSTRACT

THE FUNDAMENTAL OBLIGATIONS OF THE EMPLOYER IN FIDIC CONDITIONS OF CONTRACTS FOR CONSTRUCTION

Private Law LLM

Supervisor: Yrd.Doç.Aslı Makaracı

August, 2010 - 136 pages

The investors in a global commercial world, give a big importance to the standard contract forms, where a fair contribution of rights and duties of the parties has been formulated and which creates the same understanding all over the world, to operate in safe and secured markets . Thus, the NGO named FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*) has designed standart conditions of contracts for construction updated every ten years, which regulates fairly the rights and duties of the parties, who are active in intertational construction business. This contract forms are used almost in all countries.

There are a lot of obligations of the employer regulated by FIDIC conditions of contracts for construction, but the following obligations are essential and vital. First obligation is to appoint the engineer, who shall manage the contract in terms of important transactions between the parties like payments, handovers etc. Secondly, to give the possession of the site to the contractor is a fundamental obligation of the employer. The last and the most important obligation of the employer is to do the payment and doing it in time.

If there is an ambiguity in regulations of FIDIC conditions of contracts for construction, Turkish Law shall govern the contract in lieu of the unclear article, provided that the parties are agreed on and stated that in the contract. Additionally, the mandatory regulations of Turkish Law shall be valid for the essential obligations of the employer, even it is regulated by FIDIC conditions of contracts for construction. The most of the regulations of the FIDIC conditions of contracts for

construction conforms to the Turkish Obligation Law principles, but in case of a contradiction to each other, a dispute may be potentially arisen, which parties should take care.

Morover, the regulations of the the FIDIC conditions of contracts for construction are not in line with the public tender regulation of Turkish Republic. Therefore the public employers should carefully adapt the FIDIC conditions of contracts for construction to be in line with the regulations of public tenders.

Key words: The standart Conditions of Contracts for Construction, FIDIC, The fundamental obligations of the Employer.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	III
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR	X
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ YEKNESAKLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE FIDIC STANDART İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

I. ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ YEKNESAKLAŞTIRMA HAREKETLERİ	4
A. Birleşmiş Milletler-UNCITRAL	6
B. İnşaat Mühendisleri Enstitüsü (<i>Institute of Civil Engineers</i>)-ICE	8
C. Avustralya Standartlar Kuruluşu (<i>The Standards Association of Australia</i>)-SAA	9
D. Amerika Mimarlar Enstitüsü (<i>The American Institute of Architects</i>) AIA	10
E. Türkiye Standart İnşaat Sözleşmesi Örnekleri	11
II. FIDIC STANDART İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ	14
A. FIDIC Genel... ..	14
B. FIDIC - Kırmızı Kitap.....	18
1. FIDIC - Kırmızı Kitap İlk Üç Baskısı -1957/1969/1977	18
2. FIDIC - Kırmızı Kitap 4. Baskısı – 1987	20
3. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi ve FIDIC-Kırmızı Kitap-1999	22
a. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde Yeni Standart İnşaat Sözleşmesi Türleri ve Hazırlığı	22
b. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nin Getirdiği Yenilik ve Farklılıklar	25

a.a. Şekil farklılıkları	25
a.b. Kavramsal Farklar- Anlayış Farkları	26
C. FIDIC-Sarı Kitap	29
1. FIDIC-Sarı Kitap, Elektrik ve Mekanik İşler İçin Sözleşme Şartları – İlk Üç Baskı 1963 / 1980 / 1987	29
2. FIDIC-Sarı Kitap Tesis ve Tasarım-Yapım için Sözleşme Şartları-1999	30
D. FIDIC-Gümüş Kitap	32
1. FIDIC-Turuncu Kitap Anahtar Teslim ve Tasarım-Yapım İçin Sözleşme Şartları-Birinci Baskı, 1995	32
2. FIDIC- Mühendislik-Tedarik-İnşaat(MTİ)/ Anahtar Teslim Projeler İçin Sözleşme Şartları –Gümüş Kitap1999	33
E. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde Yer Alan Standart İnşaat Sözleşmelerinin Ana Hatları İle Karşılaştırılması	35
F. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde Yer Alan Standart İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk	39

İKİNCİ BÖLÜM

FIDIC STANDART İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE (KIRMIZI-SARI-GÜMÜŞ KİTAP) İŞ SAHİBİ KAVRAMI VE İŞ SAHİBİNİN ESASLI BORÇLARI

I. FIDIC STANDART İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE (KIRMIZI-SARI-GÜMÜŞ KİTAP) İŞ SAHİBİ KAVRAMI	43
A. FIDIC Yeni Sözleşmeler Dizisi-1999'dan Önceki Dönemde İş Sahibi Kavramı	43
B. FIDIC Yeni Sözleşmeler Dizisi -1999'da İş sahibi Kavramı	44
II. İŞ SAHİBİNİN ESASLI BORÇLARI VE BORCA AYKIRILIK HALLERİ	47
A MÜHENDİS ATAMA BORCU	48
1. Genel Olarak	48

2. İş sahibi tarafından atanan Mühendisin Hak ve Borçları	51
a. Tasarımın (Çizimlerin) Oluşturulması Borcu	51
b. İş Sahibinin Temsilcisi Olarak Sözleşme Yönetimi Hak ve Borcu.....	52
c. Denetleme Hak ve Borcu	52
d. Belgelendirme Hak ve Borcu.....	53
e. Değerlendirme ve Karar Verme Hakkı	54
3. Mühendis İle İlgili FIDIC Standart İnşaat Sözleşmelerindeki Temel Düzenlemeler	55
4. Mühendis İle İş Sahibi ve Yüklenici Arasındaki İlişkiler	57
a. Mühendis İle İş Sahibi Arasındaki İlişki	57
b. Mühendis İle Yüklenici Arasındaki ilişki	59
B. SAHA ZİLYETLİĞİNİN YÜKLENİCİYE DEVRİ VE ERİŞİM HAKKININ SAĞLANMASI BORCU	60
1. FIDIC Standart İnşaat Sözleşmelerinde Düzenlenme Şekli	60
2. Saha Kavramı	63
a. 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden Önceki Dönem	63
b. 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden Sonraki Dönem	65
3. 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde Yer Alan Düzenlemeler	66
a. Borcun Kapsamı	66
b. Saha Zilyetliği ve Erişim Hakkının Münhasırlığı	69
c. Borcun İfa Zamanı	70

d. Borca Aykırılık Halinde Yüklenici Hakları.....	72
a.a. Süre Uzatımı ve Masraflar	72
a.b. Fesih	74
C. İŞ BEDELİNİ ÖDEME BORCU.....	79
1. FIDIC Standart İnşaat Sözleşmelerinde Düzenlenme Şekli	79
2. İş Bedeli Hükümleri	80
a. İş Bedeli Kavramı	80
b. İş Bedeli ve Vergiler	84
c. Avans Ödemeleri	85
d. Demirbaş/Tesisat ve Malzemeler Avansı	87
e. İş Bedelinin Ödeneceği Döviz Cinsi.....	88
3. İş Bedelinin Uyarlanması	90
a. Enflasyon, Ekonomik Parametre Değişiklikleri	90
b. Mevzuat Değişiklikleri	92
c. Öngörülemeyen Durumlar	94
4. İş Bedelini Ödeme Usulü	99
5. İş Bedelini Ödeme Zamanı ve Borca Aykırılık.....	103
a. İş Bedelini Ödeme Borcunun İfa Zamanı	104

b. Borca Aykırılık Halinde Yüklenici Hakları	106
a.a. Faiz	106
a.b. Yüklenici'nin İşi Durdurma Hakkı	110
a.c. Yüklenici'nin Sözleşmeyi Fesih Hakkı	114
SONUÇ	120
KAYNAKÇA	122

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
ACE	Association of Consulting Engineers
A.g.e.	Adı geçen eser
A.g.m.	Adı geçen makale
AIA	The American Institute of Architects
BK	Borçlar Kanunu
Bkz	Bakınız
CECA	Civil Engineering Contractors Association
ED	evre Etki Değerleme
E.	Esas
EIC	European International Constructors
FIDIC	Fédration Internationale Des Ingénieurs-Conseils
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
IBA	International Bar Association
ICC	International Chamber of Commerce
ICE	Institute of Civil Engineers
ICLR	International Construction Law Report
JCT	Joint Contracts Tribunal
K.	Karar
K.H.H.D.	Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi
KİT	Kamu İktisadi Teşebbüsü
m.	madde
MK	Medeni Kanun
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu
NEC	New Engineering Contracts
RIBA	Royal British Architects Institute
s.	sayfa
SAA	The Standards Association of Australia
SPK	Sermaye Piyasası Kurumu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TRT	Türkiye Radyo Televizyon
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
vb.	ve benzeri

GİRİŞ

Uluslararası ilişkilerin ticari boyutu ile küreselleştiği dünyada yatırımcıların güvenilir pazarlar yaratmak amacıyla oldukları, bu amaca ulaşmak için en önemli araçlardan biri olarak ise, hukuki ve ticari güvenlik yaratacak olan, her yerde aynı şekilde anlaşılan, taraflar arasında adil hak ve borç paylaşımının yapıldığı, güvenilir, mümkün olduğu kadar bütün riskleri öngörebilen, her seferinde sözleşme hazırlığı yapılmasına gerek kalmayacak şekilde genel hükümler içeren standart sözleşmelere büyük önem verdikleri bir gerçektir. Yatırımcıların bu hassasiyeti dışında, özellikle karmaşık ticari, idari ve hukuki ilişkileri bünyesinde içeren inşaat projelerinin güvenli bir hukuki zeminde başarı ile gerçekleştirilmesi için yukarıda belirtilen özelliklere sahip standart sözleşmelerin hayati öneme sahip olduğunu belirtmek doğru olacaktır.

Hem ileri mühendislik uygulamalarının ilk önce İngiltere’de geliştirilmiş olması, hem de Anglo-Saxon Hukuk Düzeni’nin inşaat işlerinde tarafların hak ve borçlarının yasa ile değil kendileri tarafından sözleşme serbestisi içinde belirlenmesi ilkesini benimsemesinin bir sonucu olarak, inşaat ilişkilerindeki hak ve borçları düzenleyen standart sözleşmelerin hazırlanması faaliyeti ilk olarak 1850’li yıllarda İngiltere’de başlamış ve sürekli yaşanan tecrübeler ışığında sözleşmeler geliştirilerek bir çok başarılı örnek ile günümüze kadar gelmiştir.

Yukarıda bahsedilen başarılı İngiliz standart sözleşme uygulamalarını esas alarak, sektörde hem iş sahibi hem de yükleniciler arasında büyük kabul görmüş standart inşaat sözleşmeleri hazırlayan FIDIC (*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*) isimli müşavir mühendisler odalarının oluşturduğu uluslararası meslek kuruluşu, inşaat sektöründeki hukuki standartların oluşturulmasında önemli bir yere sahiptir. 1913 yılında aslında Kara Avrupası Hukuk Düzeni’nin etkisi altındaki ülkelerin meslek örgütleri tarafından kurulmuş olan FIDIC’in başlangıçta Anglo-Saxon Hukuk Düzeni etkisi altında hazırlanmış standart inşaat sözleşmelerini esas alması ilginç, ancak geniş tecrübeye dayanan başarılı örneklerin hazırlandığı bir sistemden yararlanmak anlamında da bir o kadar mantıklı bir karar olmuştur. Zaten daha sonra uygulamadan gelen istek ve ihtiyaçlar doğrultusunda yaklaşık olarak her on yılda bir standart sözleşmelerini güncelleyerek uluslararası alandaki tüm iş sahipleri ve yüklenicilerin yaygın olarak kullanabileceği standart inşaat sözleşmeleri ortaya koymuş ve her yeni versiyonda FIDIC standart inşaat sözleşmeleri biraz daha Anglo-Saxon özelliğinden uzaklaşmış, etkisi altında olduğu hukuk düzeni açısından daha karma nitelikli bir hal almıştır.

FIDIC, inşaat işindeki tüm tarafların (iş sahibi, yüklenici, alt yüklenici, müşavir-mühendis) hak ve borçlarını yeknesak ve adil bir şekilde düzenleyen standart inşaat sözleşmeleri hazırlamaktadır. Bu nedenle uluslararası yatırımcılar, iş sahipleri ve yükleniciler tarafından büyük oranda benimsenmiş ve neredeyse her ülkede yaygın bir şekilde uygulanır hale gelmiştir. Akıncı'nın doğru bir şekilde tespit ettiği gibi, bu yaygın kullanıma rağmen FIDIC standart inşaat sözleşmeleri taraflar seçmedikçe aralarındaki ilişkilere uygulanmaması sebebi ile bir *lex mercatoria* seviyesine gelmemiştir¹, ancak inşaat sektöründe çok rağbet gören standart inşaat sözleşmeleri oldukları kabul gören bir gerçektir.

Türk Hukuku'ndaki eser sözleşmesi düzenlemelerinde olduğu gibi, FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin de yüklenici ve iş sahibi olmak üzere iki tarafı mevcuttur. Gerek yabancı kaynaklarda, gerekse Türk kaynaklarındaki akademik ve uygulamaya yönelik çalışmalarda genel olarak yüklenicinin borçları ve bu borçlara uymamanın hukuki sonuçlarının incelendiği, ancak iş sahibinin borçları ve borca aykırılık halinde doğan hukuki sonuçların çok daha az incelendiği tespit edilmiştir. Oysa yüklenicinin olduğu kadar, iş sahibinin de hak ve borçlarının inceleme konusu yapılması ve bu konuda uygulamaya yol gösterecek sonuçlara ulaşılması, inşaat işlerinin başarı ile sonuçlandırılmasında önemli rolü olacak yasal ve sözleşmesel düzenlemelerin hazırlanması açısından gereklidir. Ayrıca yine doktrine bakıldığında FIDIC standart inşaat sözleşmeleri üzerinde yapılan çalışmalarda ya konunun idare hukuku yönünün ya da milletlerarası özel hukuk kapsamında tahkim ve ihtilafların çözümü yönünün incelendiği, ancak inşaat işinin esasına ilişkin tarafların hak ve borçları ile ilgili konuların özellikle Borçlar Kanunu hükümleri açısından çok az incelendiği tespit edilmiştir.

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin yukarıda bahsedilen önemi ve iş sahibinin hak ve borçlarının doktrinde yeteri kadar incelenmediğinin tespiti ışığında, bu tez çalışmasında FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin esaslı borçları inceleme konusu yapılmıştır. Söz konusu çalışma yapılırken, FIDIC tarafından geliştirilen en son seri sözleşmeler olan ve inşaat sektöründe uygulama sahası bulan üç ana iş modeli esas alınarak oluşturulmuş 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan FIDIC-Kırmızı Kitap-1999², FIDIC-Sarı Kitap-1999³ ve FIDIC-

¹ Akıncı, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996, s.31

² (*Conditions of Contract for Construction (for Construction, Building and Engineering Works Designed by the Employer)*)

³ (*Conditions of Contract for Plant and Design-Build (for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor)*)

Gümüş Kitap-1999⁴ isimli standart inşaat sözleşmelerinde yer alan iş sahibinin esaslı borçları ile ilgili hükümler incelenmiştir. İnceleme esnasında, 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki dönem FIDIC inşaat sözleşmelerinde yer alan hükümler ile farklılıklar da yeri geldiğinde ortaya konulmuştur. Ayrıca FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki iş sahibi esaslı borçlarına ilişkin hükümler, Türk Hukuku'ndaki hem özel ilişkilere uygulanan Borçlar Kanunu genel hükümler ve eser sözleşmesine ilişkin hükümler ile, hem de iş sahibinin kamu kuruluşu olduğu 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve ilgili mevzuatta yer alan hükümler ile karşılaştırılarak özellikle Türk Hukuku'nun uygulanacak hukuk olarak seçildiği FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlara değinilmeye çalışılmıştır.

Yukarıda açıklanan çerçevede, ilk bölümde uluslararası alanda kabul görmüş standart inşaat sözleşmeleri örnekleri ve bunları ortaya koyan kuruluşlar ile bu konudaki en iyi uygulama olarak yaygın kullanım şansı bulan ve farklı iş modeline göre farklı hükümler ile hazırlanmış FIDIC standart inşaat sözleşmeleri türleri tarihsel sıralama ile incelenmiştir.

İkinci Bölümde ise farklı tür FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki iş sahibi kavramı ve iş sahibinin esaslı borçları olarak uygulama sırası ile; iş sahibinin mühendisin atanması, saha zilyetliğinin yükleniciye devri ve erişim hakkının sağlanması ve iş bedelinin yükleniciye ödenmesi borçlarına ilişkin hükümler, Türk Hukuku ile uyan ve çelişen yönleri ile beraber inceleme konusu yapılmıştır.

⁴ (Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects)

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ YEKNESAKLAŞTIRMA HAREKETLERİ VE FIDIC STANDART İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

I. ULUSLARARASI İNŞAAT SÖZLEŞMESİ YEKNESAKLAŞTIRMA HAREKETLERİ

Gerek teknik, gerek yönetsel, gerekse hukuki konular ile ilgili standardizasyona gidilmesi ve yeknesak düzenlemeler yapılması hemen hemen tüm endüstrilerde her tür ticari projenin tatmin edici bir şekilde tamamlanabilmesi için yaşamsal bir öneme sahiptir.⁵ Zira karmaşık ticari işlemlerin alanlarında deneyimli uzman kuruluşlar tarafından uzun yıllar boyunca geliştirilmiş standart sözleşmeler ile düzenlenmesi zaman kazanmak ve risklerin öngörülmesi açısından büyük kolaylık sağlamaktadır.⁶

İnşaat projeleri de dahil olmak üzere çoğu proje, ister ağırlıklı yapım ve inşaat mühendisliği, isterse kimya, elektrik veya mekanik mühendisliği veya bunların bir kombinasyonunu gerektirsin, genel olarak karışık bir yapıya sahiptir.⁷ Hukuki ilişkilerin sadece yasalarla düzenlenmiş olması uygulamada bu ilişkilerden ortaya çıkan problemlerin çözümünde yetersiz kalabileceğinden, taraflar kendi tecrübeleri ışığında yasaların sağladığı sözleşme serbestisi içinde yarattıkları sözleşmeler ile hukuki durumlarında arzu ettikleri açıklığı sağlamaya çalışırlar. Ancak sözleşme serbestisinin sağladığı düzenleme yapma hakkı dahi uygulamada, özellikle inşaat gibi karmaşık ilişkilerde yetersiz kaldığından resmi merciler veya konunun uzmanı sivil toplum örgütü niteliğinde meslek kuruluşları, konuyu kendi düzeylerinde ele almak ve üyelerini yararlandırmak amacı ile “genel şartlar” içeren belirli standart sözleşmeler yayınlama faaliyetleri içindedir.⁸

İlgili tarafların menfaatleri arasında makul ve adil bir denge yaratan ve özellikle hak ve borçları, riskleri sözleşme tarafları arasında adil bir şekilde dağıtan, sektör temsilcisi sözleşme taraflarının ve finans kuruluşlarının aşına olduğu, standart sözleşmeler oluşturmak inşaat sektörü

⁵ The FIDIC Contracts *Guide*, 1.Baskı, Geneva, 2000, s.5.

⁶ Akıncı, A.g.e., s.10.

⁷ The FIDIC Contracts *Guide*, 1.Baskı, Geneva, 2000, s.5.

⁸ Karayalçın, Yaşar, FIDIC Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s.291.

açısından gittikçe artan bir biçimde önemli hale gelmiştir.⁹ İnşaat işi yapılırken standart sözleşmelerin seçilmeyerek baştan sözleşme hazırlığına gidilmesi, yorumlaması ve uygulaması zor dolayısıyla zayıf performans yaratan, taraflar arasında olması gereken güven ortamını sağlayamadığı için masraf ve ihtilafların arttığı sözleşme düzenlemeleri ile karşı karşıya kalma riskini doğuracaktır.¹⁰ Bu riskleri bertaraf edebilmek için bağımsız meslek örgütleri tarafından karmaşık inşaat ilişkilerindeki risk ve sorumlulukları adil ve mümkün olduğu kadar öngörülebilir bir şekilde düzenleyen, herkesin kullanabileceği standart sözleşmeler geliştirilmiştir.¹¹ Söz konusu standart sözleşmelerden bazıları hükümetler, bakanlıklar, kamu kuruluşları gibi resmi ve büyük iş sahipleri tarafından, bazıları bağımsız meslek kuruluşları tarafından, bazıları ise uluslararası örgütler tarafından hizmet amaçlı hazırlanmıştır.¹²

Bu noktada, standart inşaat sözleşmesi oluşturma çabalarının ilk önce içtihat/örf-adet hukuku (*common law*)'un geçerli olduğu İngiltere'de 19.yüzyıl'da başladığı ve bu alanda önemli çalışmaların büyük çoğunlukla Anglo-Saxon hukuk sisteminin geçerli olduğu ülkelerde yapılmış olduğunu belirtmek gerekir. Bunun en önemli sebebi, İngiltere'de inşaat işlerindeki hak ve borçların taraflar arasında nasıl paylaşılacağına Kara Avrupası hukuk sistemlerinde olduğu gibi kanunlar ile belirlenmemiş olması ve bunların tarafların sözleşme serbestisi içinde sözleşme hükümlerinde belirleyeceği konular olarak düşünülmesidir. Bu anlayışın sonucu olarak, hızlı gelişen inşaat endüstrisi tarafından inşaat işlerinde taraflar arasındaki ilişkilerin nasıl olması gerektiği, seçilen iş modeline¹³ göre hak ve borç paylaşımının nasıl yapılacağı uzun süre tartışılmış ve her iş modeline uygun standart sözleşme türleri yaratılması yoluna gidilmiştir.¹⁴ Kullanılmak istenen iş modeline uygun olan sözleşme türünün seçimi ile taraflar arasındaki hak ve borçların dağılımı da belirlenmiş olmaktadır. Götz'ün belirttiğine göre¹⁵, yapılacak inşaat işi için öngörülen iş modeline uygun sözleşme tipinin seçimi, inşaat maliyetinde yüzde beşe yakın bir tasarruf yaratmaktadır, dolayısıyla

⁹ *Guide to use of Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey*, First Edition (*Orange Book*), 1.Baskı, Geneva, 1996, s.7.

¹⁰ *Guide to use of FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works Third Edition* (*Yellow Book*), 1.Baskı, Geneva, 1988, s.15.

¹¹ Bunni, Nael g., *The FIDIC Forms of Contract*, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, s.3.

¹² http://www.constructionweblinks.com/Resources/Industry_Reports__Newsletters/Nov_6_2000/grove_report.htm(08.03.2010) Dünya üzerindeki belli başlı Standart İnşaat Sözleşmeleri'nin karşılaştırılması ve getirdikleri hükümlerin karşılaştırılarak yeni bir standart inşaat sözleşmesi hazırlanabilmesi için öneriler getirilmesi amacı ile Hong Kong hükümeti tarafından Jessee B.Grove koordinasyonunda oldukça kapsamlı bir araştırma yaptırılmıştır. "Grove Raporu" adı ile 2000 yılında yayınlanmıştır.

¹³ İnşaat işlerinde yüklenicinin borçları arasında sadece yapım işleri olması veya yapım işleri ile beraber tasarım ve/veya kurulum ve/veya bakım ve işletim de olup olmamasına göre farklı sonuçları ve ücretleri olan iş modelleri oluşturulup, ihaleler ve sözleşmeler bu iş modellerine göre hazırlanmaktadır.

¹⁴ Götz, Sebastian-Hök, *Handbuch des Internationalen und Auslaendischen Baurechts*, Springer Verlag, Berlin, 2005, s.181.

¹⁵ Götz, A.g.e., s.182, dip not 15 - Uluslararası İnşaat Hukuku Dergisi - ICLR (*International Construction Law Report*) 1996 fasikülünde yer alan "inşaat endüstrisi maliyet verimliliği raporu"

inşaat endüstrisinde seçilen iş modelinin hukuki altyapısı oluşturulurken üzerinde en çok durulan konu iş modeline uygun sözleşme türünün seçimidir.

A. Birleşmiş Milletler-UNCITRAL

1974 ve 1975 yıllarında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda, özellikle gelişmekte olan ülkeler başta olmak üzere tüm dünyada geçerli olacak, dengeli ve eşitlikçi uluslararası bir sözleşmenin, petro-kimya tesisleri, hidroelektrik santraller gibi endüstriyel işlerin inşasında büyük bir önemi olduğu düşünülmüş¹⁶ ve bu doğrultuda, Birleşmiş Milletler'in bir organı olan Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (*United Nations Commission on International Trade Law*) - UNCITRAL bünyesinde 36 üye devletin temsilcisinin olduğu bir çalışma grubu 1978 yılında kurulmuştur. Bu çalışma grubu tarafından, endüstriyel işlerin inşasında oluşan bir çok hukuki meselenin tartışıldığı, taraflara bu meseleleri halletmek için uygun yollar öneren, bir "hukuk rehberi" uzun çalışmalar sonucu hazırlanmış ve söz konusu metin 14 Ağustos 1987 tarihinde UNCITRAL tarafından kabul edilerek 1988 yılında yayınlanmıştır.

UNCITRAL-Hukuk Rehberi inşaat öncesi sözleşme dönemi, inşaat ve inşaat sonrası dönemi kapsayan, bu dönemlerde ortaya çıkabilecek hemen hemen tüm konular hakkında gözlem ve tavsiyeler içeren bir metindir. Rehber aslında standart normlar içeren sözleşme hükmü önerilerinin ötesinde, sözleşmelerin müzakeresi ve hazırlanması esnasında kullanıcıların yararlanacağı ilkeleri belirleyen ve sözleşme maddelerinin doğru yorumlanmasına yardımcı olma amacı içeren oldukça kapsamlı bir çalışmadır.

UNCITRAL-Hukuk Rehberi sözleşme öncesi fizibilite vb. çalışmalar, iş modelinin seçimi, yüklenicinin seçimi, sözleşmenin yürürlüğü, dili, işin tanımı, yüklenicinin kalite garantisi, iş bedeli ve ödeme koşulları, ekipman ve malzeme tedariki, şantiye, danışman mühendis, taşeronluk, inşaat esnasında gözetim ve testler, işin tamamlanması, teslim ve kabulü, risk aktarımı, zilyetliğin geçişi, sigortalar, teminatlar, gecikme ve ifa kusurları, tazminat ve cezai şartlar, zararlar, sözleşmenin uzaması ve feshi, eksik parçaların temini ve inşaat sonrası servis, fikri sınai hakların devri, uygulanacak hukuk seçimi ve ihtilafların çözüm yöntemi vb. çok önemli konuları irdelemiş ve yüklenici ile iş sahibi hak ve borçları arasında makul bir dengeyi kuracak önerilerde bulunmuştur.¹⁷

¹⁶ http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal_Guide_e.pdf, 28.09.2009, s.iii.

¹⁷ UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), *Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*, Newyork, 1988, s.2.

UNCITRAL-Hukuk Rehberi'nin 1988 yılında yayınlanmasını ardından, UNCITRAL devletlerin inşaat hizmetlerinin ve malların satın alınması usulleri hakkındaki kanunlarını modernize etmelerine yardımcı olmak amacı ile "Malların ve İnşaat Hizmetlerinin Satın Alınması Hakkında Model Kanun" adı altında bir dökümanı 16.07.1993 tarihinde yayınlamıştır. Model kanun, satınalma sürecinde rekabet, şeffaflık, adil ve objektif olma amaçlarına ulaşmayı hedeflemiştir.¹⁸ Söz konusu metin, her ne kadar standart bir sözleşme niteliğinde değil, inşaat hizmeti ve mal alımları ile ilgili yasal düzenleme yapmak isteyen devletlere yol göstermek amacıyla hazırlanmış olsa dahi, inşaat sektöründe kullanılan anlaşmaların hazırlanmasında yararlanılacak önemli bir kaynak olması sebebi ile uluslararası inşaat alanındaki standardizasyon hareketleri arasında yerini almıştır.

UNCITRAL bu sefer 2000 yılında yine uluslararası inşaat sektörünü yakından ilgilendiren bir standardizasyon çalışması yapmış ve kamu altyapı işlerinde ve inşaatlarında özel sektör yatırımı ile gerçekleşecek projelerde uygulanmak üzere bir hukuki çerçeve oluşturarak bunu "Özel Sektör Tarafından Finanse Edilen Altyapı Projeleri Hakkında Hukuki Çerçeve" adı altında 29.06.2000 tarihinde yayınlamıştır. Söz konusu metin özel sektörü altyapı yatırımları için teşvik etmek ve yatırım yapılan ülkenin kamu menfaatleri arasında bir dengeye ulaşmayı hedeflemiştir.¹⁹ Ardından özel sektörün altyapı yatırımlarının hukuki çerçevesini oluşturacak yasaların çıkarılmasında devletlere yardımcı olmak için yasal tavsiyeler ve örnek hükümler içeren "Özel Sektör Altyapı Yatırımları Hakkında Örnek Yasal Hükümler" adı altında bir belgeyi 07.07.2003 yılında yayınlamıştır.²⁰

B. İnşaat Mühendisleri Enstitüsü (*Institute of Civil Engineers*)-ICE

İnşaat Mühendisleri Enstitüsü (*Institute of Civil Engineers*)-ICE isimli kuruluş İngiltere'de 1818 yılında, inşaat mühendisliğinin geliştirilmesi ve uzman bilgisi alışverişi, inşaat mühendisliği standartlarının oluşturulmasına katkı sağlamak amacıyla kurulmuş, günümüzde 80.000 üyesi olan, İngiltere'de sivil kuruluşlar için önemli bir özellik olan "Kraliyet İmtiyaznamesi" almış bir meslek örgütüdür.²¹ İkinci dünya savaşına kadar muhtelif iş sahiplerince kullanılan standart inşaat

¹⁸ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1993Model.html (08.04.2010).

¹⁹ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html (08.04.2010).

²⁰ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2003Model_PFIP.html(08.04.2010).

²¹ <http://www.ice.org.uk>, (30.09.2009).

sözleşmesi tipleri²² 1945 yılında ICE tarafından birleştirilmiş ve “ICE Sözleşme Şartları” (*ICE Conditions of Contract*) adı altında inşaat işlerinde en iyi uygulamaları ve tedarik yöntemlerini içeren muhtelif standart sözleşme türleri²³ oluşturulmuştur.²⁴ İlk defa 1945 yılında hazırlanan ve şu anda 7.versiyonu²⁵ geçerli olan bu standart sözleşmeler, yüklenici, iş sahibi ve mühendisin borçlarının standart hale getirilmesi ve inşaat mühendisliğindeki risklerin²⁶ dengeli ve adil bir biçimde dağıtılması için hazırlanmıştır.²⁷ “ICE Sözleşme Şartları”, ihale dökümanları, genel hükümler içeren sözleşme taslağı, ölçüm yöntemleri ve uyuşmazlıkların çözüm yolları şeklinde ayrı bölümler ve bu bölümlere özel hazırlanmış standart hükümler içermektedir.²⁸

“ICE Sözleşme Şartları” genelde İngiltere’deki inşaat işleri için tasarlanmıştır, ancak buna benzer bir standart sözleşmeye uluslararası inşaat alanında da ihtiyaç duyulması sonucu Danışman Mühendisler Derneği (*Association of Consulting Engineers*)-ACE desteği ve ICE’nin onayı ile İngiltere dışındaki inşaat işlerinde de kullanılmak üzere orjinal ismi “Uluslararası İnşaat Sözleşme Şartları” (*Overseas (Civil) Conditions of Contract ACE Form*) olan ve “ICE Sözleşme Şartları”ndan küçük farkları ihtiva eden bir standart sözleşme de 1956 yılında yaratmıştır.²⁹

FIDIC standart sözleşmelerinin özellikle ilk üç versiyonunun hazırlanmasında, “ICE Sözleşme Şartları”nın ilk beş baskısından oldukça yararlanılmış ve “ICE Sözleşme Şartları”nın altıncı baskısında ise, FIDIC İnşaat İşleri Sözleşme Şartları’nın 4. baskısından yararlanılmıştır.

²² Avrupa’da ve özellikle İngiltere ve İrlanda’da 19.yüzyıl sonlarına doğru standart inşaat sözleşmesi formları hazırlanması ile ilgili çalışmalar yapılmıştır. Bunlardan en önemlisi Büyük İngiliz Mimarlar Enstitüsü - RIBA (*Royal British Architects Institute*) tarafından hazırlanan ve daha sonra RIBA Form olarak anılan “Yapım İşleri için Sözleşme Şartları”dır.²² RIBA Form’ları 1909 ile 1957 yılları arasında başarılı baskılar yapmış ve genelde İngiltere’deki yapım işlerinde kullanılmıştır. Söz konusu form daha sonra Ortak Sözleşme Kurulu-JCT (*Joint Contracts Tribunal*) adlı bağımsız kuruluş tarafından geliştirilmiş ve JCT Sözleşme Formları adı ile yayınlanmıştır.

²³ Söz konusu sözleşme formlarının oluşturulmasında İnşaat Yüklenicileri Derneği - CECA (*Civil Engineering Contractors Association*) ve Danışman Mühendisler Derneği – ACE (*Association of Consulting Engineers*) de destek olmuştur.

²⁴ Köksal, Tunay, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri, İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

²⁵ “ICE Sözleşme Şartları” ilk defa 1945’de yayınlanmış, ardından 1950’de ikinci baskısı, 1951’de üçüncü baskısı, 1955’de dördüncü baskısı, 1973’de beşinci baskısı, 1991’de altıncı baskısı ve son olarak Eylül 1999’da yedinci baskısı yayınlanmıştır.

²⁶ İnşaat sözleşmeleri düzenlenirken seçilen iş modeline göre, özellikle, sözleşmenin kurulmasından sonra doğabilecek ilgili kanunların değişmesi, beklenmedik doğa olayları, döviz kuru, enflasyon gibi ekonomik parametrelerde oluşacak dalgalanmalarının sonuçlarına katlanmak iş sahibinin mi yoksa yüklenicinin mi borcu olacağı ile ilgili konular İngiliz sözleşme dilinde “risklerin paylaşımı” kavramı ile tanımlanmaktadır.

²⁷ http://www.ice.org.uk/knowledge/contracts_conditions_of_contract.asp (04.10.09).

²⁸ ICE’nin yarattığı ilk sözleşme formlarının sadece inşaat işleri ile ilgili ancak tasarım, proje yönetimi, tesisat işleri ve anahtar teslim projeler gibi kavramların yer almadığı sözleşme tipleri olduğundan ve inşaat sektöründe bu yönde gelişim talepleri olduğundan ICE Hukuk İşleri Komitesi bu ihtiyaçlara cevap verebilmek adına 1985 yılında bir revizyon çalışmasına girmiş ve Yeni Mühendislik Sözleşmeleri – NEC (*New Engineering Contracts*) adı altında bir sözleşmeler serisi yayınlanmasına ön ayak olmuştur .

http://www.leanconstruction.org/lcj/V2_N1/LCJ_05_006.pdf(02.02.2010).

²⁹ Bunni, Nael g., The FIDIC Forms of Contract, Blackwell Publishing, Oxford, 2005, s.6.

Corbett'e göre bu tarihi arka plan bize göstermektedir ki, FIDIC standart sözleşmelerinin oluşturulmasında çok büyük ölçüde İngiliz İnşaat Hukuku prensipleri dikkate alınmıştır.³⁰ Aynı şekilde Knutson da FIDIC standart sözleşmelerinin, İngiliz hukukçular tarafından İngiliz Hukuku'na göre yorumlanan "ICE Sözleşme Şartları"ndan türetilmiş olduğunu ifade etmiştir.³¹

C. Avustralya Standartlar Kuruluşu (*The Standards Association of Australia*)– SAA

Farklı ülkelerde standart inşaat sözleşmesi geliştiren kurumlara bir örnek de Avustralya'da kurulmuş olan Avustralya Standartlar Kuruluşu (*The Standards Association of Australia*)-SAA'dır. Özel bir kuruluş olmakla beraber 1988 yılında Avustralya hükümeti ile imzalanan bir mutabakat metni kapsamında iş dünyası ve endüstride standart oluşturmada en üst merci olarak tanınmıştır.

SAA³², muhtelif kamu kurumlarının³³ inşaat ve bağlantılı hizmetlerinin alımında ve iş dünyasında kullanılmak üzere, ilk kez 1952 yılında o dönem CA24 olarak anılan, ardından muhtelif revizyonlar geçirdikten sonra 1978 yılında AS2124 adını alıp, 1986 yılında esaslı değişikliklere uğrayan bir standart inşaat sözleşmesi oluşturmuştur. AS 2124 inşaat mühendisliği, yapı işleri, mekanik ve elektrik mühendisliği ve diğer inşaat işleri için uygun, herkesin kullanabileceği bir standart sözleşme türü olarak yaratılmış, 1992 yılında muhtelif değişiklikler ile son halini almıştır.³⁴ Bu gelişmelerin ardından, 1997 yılında AS 2124'de esaslı bir takım değişiklikler yapılarak AS 4000 isimli standart inşaat sözleşmesi oluşturulmuştur. AS 4000 kalite, fiyat, tazminat ve sigorta, bigilerin açıklanması, güvenlik ve denetim, ödemeler, vergi ve harçlar, alt taşeron ve devir, fesih ve sözleşmenin sona ermesi gibi konularda genel düzenlemeler ve ek olarak ihale dökümanları içeren, muhtelif inşaat işleri için hazırlanmış bir standart sözleşmedir.³⁵

SAA son yıllarda AS4000/AS2124 standart inşaat sözleşmelerinin yapım projelerinde küresel olarak kullanımının teşvik edilmesini ummuştur, ancak bu umut kısmen gerçekleşmiştir ve

³⁰ Corbet, E.C., A Practical Legal Guide, 4th Edition London, 2001 – Naklen Türegün, Necip, FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001, s.254.

³¹ Knutson, Robert, FIDIC An Analysis of International Construction Contracts, Kluwer Law International, Hague, 2005, sf.xii.

³² <http://www.standards.org.au> (07.04.2010).

³³ Örneğin yıllık 90 milyon \$'ın üzerinde altyapı yatırımı yapan bir kamu iktisadi kuruluşu olan HydroTasmania tüm tedarikçileri ve yüklenicileri ile yaptığı işlerin hukuki bazını AS 4000 standart sözleşme şartları ile oluşturmaktadır. http://www.standards.org.au/downloads/0502_case-study_6.pdf (07.04.2010).

³⁴ <http://www.mcmullan.net/eclj/TallBuildings.htm>(23.03.2010).

³⁵ SAA AS 4000 dışında 2000'li yıllarda yine tasarım geliştirme ve inşaat ve renovasyon projelerinde kullanılmak üzere AS 4902 ve ekipman tedarigi ve montajı ilerinde kullanılmak üzere AS 4910 standart sözleşme şartlarını oluşturmuştur.

sözleşmeler yaygın bir kullanım şansı bulamamıştır.³⁶ Bunun sebeplerinden bir kaçı metraj belgelerinin³⁷ ele alınış şekli yapılan işlerin bedellerinin bulunmasında hata vb. riskleri yükleniciden ziyade iş sahibi üzerinde bırakması, alt-yüklenicilerin temerrüdü gibi konuların sonuçlarını belirsiz bir şekilde düzenlemesi, yetersiz bir teminat sistemi kurulmasıdır.

D. Amerika Mimarlar Enstitüsü (*The American Institute of Architects*)-AIA

AIA 1857 yılında Newyork'ta 13 mimarın bir araya gelmesi ile üyelerinin bilimsel ve pratik gelişimleri için kurulmuş, ardından hemen hemen tüm Amerikan eyaletlerinde şubeler açarak yaklaşık 83.000 üyesi olan çok güçlü bir sivil toplum kuruluşu haline gelmiştir.³⁸ AIA İnşaat projelerinde mal sahibi, mimar, danışman, yüklenici, alt yüklenici ve diğer ilgililer arasındaki ilişkileri standart kurallar ile düzenlemek için inşaat endüstrisinin ortak bir biçimde kullandığı, projelerdeki tüm ilişkileri düzenleyen bir genel inşaat sözleşme şartı oluşturmak Amerikan Mimarlar Enstitüsü'nün amaçlarından biri olmuştur.³⁹

AIA bu amaçla, ilk önce iş sahibi ve yüklenici arasındaki ilişkileri düzenlemek üzere 1888 yılında bir standart sözleşme yayınlamış, bunu 1911'deki 2. sürümü izlemiş ve 15. sürüm 1997 yılında hazırlanarak basılmış ve A201-1997 İnşaat için Genel Sözleşme Şartları (*General Conditions of Contract for Construction*) adını almıştır.⁴⁰ AIA geleneksel olarak her on yılda bir sözleşme formlarını güncellemektedir, bu kapsamda 2004 yılında başlayan güncelleme çalışmaları sonrası, A201-2007 isimli standart sözleşme yayınlanmıştır. AIA'nın hazırladığı sözleşme örneklerinde genellikle her iki sözleşme tarafının kontrol edemeyeceği olağanüstü doğa koşulları gibi riskler ile ilgili sorumluluğun iş sahibine yüklendiği bir yaklaşımı benimsemiştir.⁴¹ AIA standart sözleşme örnekleri inşaat projelerindeki iş ilişkileri ve bunların taraflarına göre hazırlamıştır. Aşağıda AIA sözleşme örnekleri söz konusu iş ilişkilerine göre şematik olarak gösterilmiştir:

³⁶ <http://www.mcmullan.net/eclj/TallBuildings.htm>(23.03.2010).

³⁷ Yapılan inşaatın ölçülerek iş bedelinin birim fiyatlar üzerinden hesaplanmasında kullanılan belge.

³⁸ http://www.aiachicago.org/resources_for_architects/about_aia.asp (02.02.2010).

³⁹ http://www.etnews.org/docs/AIA_A201.pdf (08.04.2010).

⁴⁰ http://www.aiachicago.org/resources_for_architects/order_docs_online.asp (09.04.2010).

⁴¹ Götz, A.g.e., s.182.

İnşaat için Genel Sözleşme Şartları (A201)

İş sahibi – Yüklenici Arasında İnşaat İşleri için Sözleşme (A101 – A111)	İş sahibi – Mimar Arasında Tasarım ve Yönetim İşleri için Sözleşme (B141 – B151)
Yüklenici – Alt Taşeron Arasında İnşaat İşlerinin Bir Kısmı için Sözleşme (A401)	Mimar – Danışman Arasında Tasarım ve Yönetim İşlerinin Bir Kısmı için Sözleşme (C141 – C142)
Ek Hükümler İçin Rehber (A511)	İş sahibi – Mimar Sözleşmesi'ne Ek Hükümler için Rehber (B511)
İhaleye Katılanlar için Talimatname (A701)	

E. Türkiye Standart İnşaat Sözleşmesi Örnekleri

Ülkemizde muhtelif kurumlar tarafından hazırlanmış standart inşaat sözleşmelerine özel kuruluşlardan ziyade kamu sektöründen örnekler bulmak mümkün olmaktadır. Bu kapsamda kendine özel bir kanun ile kurulmuş olan “Kamu İhale Kurumu”, ortaya koyduğu sözleşme yapma prensipleri ve hazırladığı standart inşaat sözleşmeleri ile dikkat çekicidir. Tüm dünyadaki örneklerinde olduğu gibi Türkiye’de de, devlet yasalar ile kendisine verilen görev kapsamında üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini kamu yararı doğrultusunda yerine getirebilmek için bir takım yapıların inşa edilmesine ihtiyaç duymaktadır. Kamu yönetimi bu doğrultuda özellikle oldukça büyük kapsamlı ve uzmanlık gerektiren yol, köprü, tünel, baraj, enerji santralleri gibi altyapı işlerinin yapılabilmesi de dahil olmak üzere yükleniciler ile her tür yapım işi için belirli ihale usulleri uygulayarak sözleşmenin karşı tarafı olan yüklenici veya yüklenicileri seçmekte ve seçilen yükleniciler ile inşaat sözleşmeleri yapmaktadır.

AB ile müzakere sürecinde Türk İhale Mevzuatı’nın AB Mevzuatı ve uluslararası mevzuat ile uyumlu hale getirilmesi amacıyla “gelir nitelikli ihaleler” ile “gider nitelikli ihaleler”in farklı sistemler içinde düzenlenmesinin sağlanması amaçlanmıştır.⁴² Ülkemizde kamu kurumlarının yapmış olduğu ihaleler sonucunda imzalanan sözleşmeler 01.03.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4734 ve 4735 sayılı kanunlara kadar, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tabi idi. Ancak yukarıda belirtilen AB ile müzakere sürecindeki amaçlar doğrultusunda, bu tarihten sonra, kamu kurumlarının gelir kazandırıcı nitelikte olan ihaleleri sonucunda yapılacak sözleşmeler yine 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na tabi olmakla beraber, kamu harcamasını gerektiren işlerin ihalesi

⁴² Karaca, Mehmet, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi, Ankara, 2009, s.15.

sonrasında yapılacak sözleşmeler 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabi olacağı şekilde düzenleme yapılmıştır.⁴³ Kamu kurumlarınca yaptırılan inşaat çalışmaları kamu harcamasını gerektirdiğinden, bu kapsamda yapılan ihaleler ve sonucunda yapılan sözleşmeler de 4734 ve 4735 sayılı Kanunlar'a tabi olarak yapılan "Kamu İhale İnşaat Sözleşmesi" şeklinde yapılmaktadır. Daha doğru bir deyişle, inşaat sözleşmesinin imzalanmasından önceki dönemle ilgili olarak ihalenin yapılması ve sonuçlanmasına 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu uygulanırken, inşaat sözleşmesinin imzalanmasından sonraki döneme ilişkin sözleşme taraflarının hak ve yükümlülükleri, sözleşmenin sona ermesi vb. konulara 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uygulanmaktadır.⁴⁴

4735 sayılı kanun m.5 hükmü kamu kurumu ile yüklenici arasında imzalanan sözleşmenin tüm unsurlarının önceden belirlendiği "Tip sözleşme" kavramını ortaya koymuştur. Bu noktada belirtmek gerekir ki, bu kavram özel hukukta yer alan "Tip Sözleşme" kavramı ile ilgisi olmayan, sadece yasa koyucunun "standart sözleşme" kavramını ifade etmek üzere 4735 sayılı kanunda kullandığı terimdir. Bu düzenlemeye 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 hükmününün vermiş olduğu yetki ile Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanmaktadır. Standart inşaat sözleşmesi niteliğindeki bu sözleşmelerin hazırlanması esnasında 4734 sayılı Kanun m.7 uyarınca işin adı, niteliği, türü ve miktarı, idarenin ve yüklenicinin adı ve adresi, varsa alt yüklenicilere ilişkin bilgiler ve sorumlulukları, sözleşmenin bedeli, türü ve süresi, ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilip verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı, sözleşme konusu işler için ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği, ulaşım, sigorta, vergi, resim ve harç giderlerinden hangisinin sözleşme bedeline dahil olacağı, vergi, resim ve harçlar ile sözleşmeyle ilgili diğer giderlerin kimin tarafından ödeneceği, montaj, işletmeye alma, eğitim, bakım-onarım, yedek parça gibi destek hizmetlerine ait şartlar, kesin teminat miktarı ile kesin teminatın iadesine ait şartlar, garanti istenilen hallerde süresi ve garantiye ilişkin şartlar, işin yapılma yeri, teslim etme ve teslim alma şekil ve şartları, gecikme halinde alınacak cezalar, mücbir sebepler ve süre uzatımı verilebilme şartları, sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler, denetim, muayene ve kabul işlemlerine ilişkin şartlar, yapım işlerinde iş ve işyerinin sigortalanması ile yapı denetimi ve sorumluluğuna ilişkin şartlar, sözleşmede değişiklik

⁴³ Gök, Yaşar, Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, Ankara, 2009, s.49.

⁴⁴ Karaca, A.g.e., s.22.

yapılma şartları, sözleşmenin feshine ilişkin şartlar, yüklenicinin sözleşme konusu iş ile ilgili çalıştıracağı personele ilişkin sorumlulukları, ihale dokümanında yer alan bütün belgelerin sözleşmenin eki olduğu, anlaşmazlıkların çözümü gibi oldukça önemli konular düzenlenmektedir. Sözleşme metninde sadece belli bazı bölümler boş bırakılarak tarafların sözleşmeyi sözleşme serbestisi içinde diledikleri gibi düzenlemeleri imkanı da çok sınırlı olarak tanınmıştır. Yani sadece söz konusu standart sözleşmenin çizmiş olduğu sınırlar içinde bir serbestlik söz konusudur.

4735 sayılı Kanun m.6 inşaat işleri için üç tip sözleşme öngörmüştür. Bunlar sırasıyla anahtar teslimi götürü bedel üzerinden yapılan kamu ihale inşaat sözleşmesi (m.6.a.), birim fiyat üzerinden yapılan kamu ihale inşaat sözleşmesi (m.6.c.) ve her iki ücret belirleme yönteminin uygulandığı karma kamu ihale inşaat sözleşmesidir (m.6.d.). Söz konusu Tip Sözleşmeler Kamu İhale Kurumu tarafından 4734 ve 4735 sayılı kanunlar çerçevesinde hazırlanmakta olup, tarafların inşaat ilişkilerindeki hak ve borçlarını öngörülebilir bir şekilde düzenleyen, herkesin kullanabileceği standart inşaat sözleşmeleridir. Söz konusu tip sözleşmeler konusu yapım işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasları tespit eden ve işyeri, projeler, yapı denetim hükümleri, işin yürütülmesi, hakediş raporları, kabul işlemleri, sözleşmenin devri, fesih vb. bir çok önemli konuyu düzenlemiş olan “Yapım İşleri Genel Şartnamesi”⁴⁵ 4734 ve 4735 sayılı kanunlar uyarınca hazırlanmış ve 02.04.2010 tarihli Resmi Gazete’de çıkarılmıştır. Bu şartname hem iş sahibinin kamu kurum veya kuruluşları olduğu sözleşmelere, hem de tarafların atıfta bulunmaları halinde özel kişiler arasında yapılan eser sözleşmelerine uygulanabilecektir. “Yapım İşleri Genel Şartnamesi”nin ekinde anahtar teslim götürü bedel sözleşme veya birim fiyat sözleşme veya karma sözleşme türleri için de kullanılacak Ek-7 “Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme” standart inşaat sözleşmelerine Türkiye’den verilebilecek bir örnektir.

II. FIDIC STANDART İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ

A. FIDIC Genel

FIDIC kısaltması “*Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils*”in (Uluslararası Müşavir Mühendisler Federasyonu) ilk harflerinden oluşmaktadır. FIDIC Avrupa’da mevcut üç inşaat mühendisi meslek örgütünün katılımı ile 1913 yılında, kendisine üye olan meslek

⁴⁵4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 53 üncü maddesine dayanılarak 04.03.2009 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği Ek-8’de düzenlenmiştir.

örgütlerinin mesleki menfaatlerini korumak üzere kurulmuş bir federasyondur.⁴⁶ FIDIC'in orjinal kurucusu olan meslek örgütleri Fransa, Belçika ve İsviçre kökenlidir. İki dünya savaşı arasındaki zamanlarda FIDIC'in biraz inişli-çıkışlı bir tarihi olmuştur, ancak asıl olarak hep bir Kara Avrupası meslek örgütü olarak kalmıştır. İngiltere müşavir mühendisler meslek örgütü 1948 yılında, Amerika Birleşik Devletleri müşavir mühendisler meslek örgütü ise 1958 yılında FIDIC üyesi olmuşlardır. 1970'lerde yeni sanayileşen ülkelerin meslek örgütleri üye olmaya başlamış ve ancak bundan sonra FIDIC gerçek anlamda uluslararası bir organizasyon olarak tanınmaya başlamıştır.⁴⁷

FIDIC dünya çapında müşavir mühendislik meslek kuralları ve etiği ile ilgili çalışmalar yapmakta, çeşitli standart sözleşmeleri, iş süreçlerini, risk yönetimi, çevre vb. konularda rehberleri, eğitim paketlerini hazırlamakta ve ilgili dökümanları yayınlamaktadır. FIDIC'in kuruluş amacı müşavir mühendislere küresel olarak rehber olmak ve dünya çapındaki imajlarını iyileştirmek, genel mesleki standartlarını geliştirerek sürdürmektir.⁴⁸

FIDIC ülkelerinde müşavir mühendislik mesleğini temsil eden derneklerden seçilmiş olanların oluşturduğu uluslararası bir meslek örgütüdür, özel şirketlerin FIDIC üyeliği mümkün değildir. Her ülkenin FIDIC'e sadece 1 üye gönderme hakkı mevcuttur. İlgili ülkenin meslek örgütü üye olabilmek için uyguladığı meslek kurallarının FIDIC kuralları ile uyumunu göstermek zorundadır.⁴⁹ FIDIC'in günümüz üyeleri, 1987 yılında üye olan "Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği" de dahil olmak üzere 70'ten fazla ülkenin ulusal müşavir mühendis birliklerinden oluşmaktadır. FIDIC üye ulusal kuruluşların yıllık genel kurulda seçtiği 9 üyeden oluşan bir yürütme kurulu tarafından yönetilmektedir. Yürütme kurulunun 2 yıl hizmet etmek üzere atadığı başkan da dahil tüm yürütme kurulu üyeleri görevlerini gönüllü bir biçimde gerçekleştirmektedir.⁵⁰ FIDIC'in muhtelif aktiviteleri, üyeleri üzerinde çalışılacak konunun uzmanı olan o işe özel çalışma grupları ve komiteler tarafından gerçekleştirilmektedir. FIDIC standart sözleşmelerinin oluşturulması görevi ise "Sözleşme Komitesi"ne aittir. FIDIC standart sözleşmelerinin oluşturulmasında daima söz konusu dökümanları kullanan sektöre danışmış örneğin Dünya Bankası'nın aktif katılımını istemiş, bankaların, sigortacıların ve Uluslararası Barolar Birliği - *International Bar Association* (IBA) - gibi hukuk örgütlerinin yorumlarını kabul etmiş, sadece iş sahiplerinin değil yüklenici meslek kuruluşlarının da katılımını sağlamıştır. Örneğin standart

⁴⁶ FIDIC Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works Designed by Employer, Geneva, 1999, s.1.

⁴⁷ <http://www1.fidic.org/resources/contracts/bowcock97.asp>(22.02.2010).

⁴⁸ Şeremet, Melis, İnşaat Sözleşmeleri ve FIDIC, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 4, 2006, s.1550.

⁴⁹ Bunni, A.g.e., s.6.

⁵⁰ http://217.197.210.21/resources/contracts/wade_oct05.pdf(10.03.2010).

sözleşmelerin hazırlanması esnasında risk ve ödeme konularında adil ve dengeli bir yapı kurulabilmesi için Avrupa Uluslararası Yükleniciler Birliği (*European International Contractors*)-EIC gibi kuruluşların katılımı da teşvik edilmektedir.

Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu (*Federation Internationale des Ingenieurs Conseils*) ve Konut ve Bayındırlık İşleri Uluslararası Federasyonu (*Federation Internationale du Batiment et des Travaux Publics*) adlı iki meslek örgütü, FIDIC standart inşaat sözleşmesinin hazırlanmasına önyak olmuşlar ve 1957 yılında FIDIC standart inşaat sözleşmesi (Kırmızı Kitap)⁵¹ ilk baskısını yaptırmışlardır.⁵² Söz konusu standart inşaat sözleşmesi FIDIC'e her şeyden fazla prestij sağlamış, önemli kullanım alanı bulmuş ve bugün halen "FIDIC Sözleşme"leri adı ile anılan sözleşmelerin ilk adımını oluşturmuştur. FIDIC'in geliştirdiği standart sözleşmeler iş sahipleri, finans kuruluşları ve yükleniciler arasında oldukça popülerdir, ünü o kadar yaygınlaşmıştır ki, Dünya Bankası standart inşaat ihalesi dökümanları arasında FIDIC standart inşaat sözleşmesinin yer alması ve kullanılmasını zorunlu hale getirilmiştir. Gerçekten bazı kamu kurum veya kuruluşları, yerel yönetimler yurtdışından kredi finansmanı ile gerçekleştirdikleri projelerin ihalelerinde bazen sadece finansmanı sağlayan kuruluş istediği için FIDIC standart inşaat sözleşmelerini kullanmak durumunda kalabilmektedir.⁵³ H.A.Dumont'a göre seksenli yıllarda uluslararası inşaat projelerinin yüzde otuzunda FIDIC standart inşaat sözleşmeleri kullanılmaktadır.⁵⁴

İnşaat projelerinin en kendine özgü özelliklerinden birisi, birbirini tekrar eden bazı projeler olsa da, her birinin aslında diğerinden farklı olması, hiç bir inşaat projesinin birbirinin aynı olmamasıdır. Bu nedenle tüm inşaat, elektrik, mekanik işlerine uyan standart bir sözleşmenin oluşturulması pek mümkün olmasa da, edinilmiş tecrübelerden yararlanarak rehber niteliğinde standart sözleşmeler hazırlamak mümkündür.⁵⁵ Yapım işlerinde taraflar arasında adil hak, borç ve riziko paylaşımının FIDIC'in standart sözleşmeler yaratmaktaki temel amacı olduğunu belirtmek yanlış olmayacaktır. Bu amaca ulaşmak üzere FIDIC sözleşmelerinde yer alan basit ilke, yüklenicinin ancak ihale esnasında tahmin edebileceği veya görebileceği şartlar ile bağlı olmasıdır.⁵⁶ FIDIC Kırmızı Kitap-1987'nin Rehberi'nin⁵⁷ önsözünde yer aldığı şekli ile⁵⁸, bir

⁵¹ *FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction 1st Edition.*

⁵² Türegün, A.g.m., s.254.

⁵³ İnal, Tamer, FIDIC Şartnamesi kapsamında Uluslararası Sözleşmeler, K.H.H.D., sayı 49-50, s.183.

⁵⁴ Akıncı, A.g.e., s.12.

⁵⁵ http://www1.fidic.org/resources/contracts/wade_overview_2005.pdf (14.02.2010) .

⁵⁶ <http://www1.fidic.org/resources/contracts/bowcock97.asp>(10.02.2010).

projenin arzu edilen zaman içinde ve bütçe dahilinde tamamlanabilmesi için, tüm hazırlık ve uygulama aşamalarının, hassas, dikkatli ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi yaşamsal öneme sahiptir. Bir başka FIDIC tarafından hazırlanmış rehber olan FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı'nın Rehberi'nin önsözünde yer aldığı şekilde ise⁵⁹, standart sözleşme şartlarının kullanımı sadece sözleşme konusu işin başarı ile bitirilmesine yardımcı olmayacak, ayrıca ihaleye katılan firmaların ihale tekliflerinin tutarının düşmesine de yarayacaktır zira yükleniciler vaad ettikleri hizmetlere uygulanacak olan bu standart şartlara aşına hale gelecekler ve sonuçlarını öngörmekte zorlandıkları sözleşme şartları için finansal bir karşılık ayırma ihtiyacı duymayacaklardır.⁶⁰

FIDIC yukarıda açıklanan amaçlar ile standart sözleşmeler oluşturulması için çalışmalara başlamış ve yüklenici ile iş sahibi arasındaki muhtelif yapım işlerini analiz ederek, sözleşme konusu yapım işinin türüne, yapım işinin tasarımının hangi tarafa ait olduğuna, sözleşme yönetiminde sözleşme tarafları dışında mühendis⁶¹ yer alıp almamasına göre sözleşme türlerini belirlemiştir. FIDIC her bir sözleşme türüne ayrı isim vermiş ancak aralarındaki farklılığı vurgulamak üzere, bunların farklı kapak renkleri ile basımını sağlamıştır.

En son 1999 yılında FIDIC tarafından hazırlanan sözleşme türlerini, yukarıdaki ölçütler, orjinal isimleri ve o sözleşme türünün önceki baskıları ile birlikte aşağıdaki tabloda görmekteyiz.

⁵⁷ FIDIC 1987'de çıkarttığı 4.Baskı Kırmızı Kitap'ın her hükmünün italic olarak yazıldıktan sonra, o hükmün nasıl yorumlanması gerektiği, sözleşmeyi oluşturan komiteninin o hükmün düzenlenmesi ile neyi amaçladığı ile ilgili ile ilgili açıklamaların ilgili sözleşme hükmünün altında yer aldığı bir nevi sözleşme klavuzu hazırlamış ve 1989 yılında yayınlamıştır.

⁵⁸ Guide to use of Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction Fourth Edition (Red Book), 1.Baskı, Geneva, 1989 ,s..17.

⁵⁹ Guide to use of FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works Third Edition (Yellow Book), 1.Baskı, Geneva, 1988, s.15.

⁶⁰ Guide to use of Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey First Edition (Orange Book), 1.Baskı, Lausanne, 1996 ,s.7.

⁶¹ Bazı FIDIC sözleşmelerinde, iş sahibi tarafından sözleşmenin yönetimi, işin kontrolü, yüklenicinin yaptığı işlerin ölçümü, süre uzatımı, işbedelinin arttırımı gibi uyuşmazlık konularında ilk çözüm yeri olmak gibi görevler ile müşavir/mühendis atanması öngörülmüştür.

	Orjinal İsim	Sözleşme Konusu İş (FIDIC tarafından ilgili sözleşmenin kullanılması tavsiye edilen işler)	Sözleşme Konusu Yapım İşinin Tasarım Yükümlülüğü	Mühendis Mevcut	1999'dan Önceki Baskılar
Kırmızı Kitap	<i>FIDIC Conditions of Contract for Construction</i>	Sadece inşaat mühendisliği uygulamaları içeren yapım işleri.	İş sahibinin sözleşmesel borcu.	Mühendis sözleşme yönetiminde görevli.	1957 1969 1977 1987
Sarı Kitap	<i>Conditions of Contract for Plant and Design-Build (for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor)</i>	Ağırlıklı elektrik ve mekanik tesisat ve donanım işleri içeren yapım işleri.	Yüklenicinin sözleşmesel borcu.	Mühendis sözleşme yönetiminde görevli.	1963 1980 1987
Gümüş Kitap	<i>Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects</i>	Her tür (inşaat-mekanik-elektrik) mühendislik, satınalma ve inşaat işleri içeren anahtar-teslim yapım işleri.	Yüklenicinin sözleşmesel borcu.	Mühendis sözleşme yönetiminde görevli değil, iş sahibinin temsilcisi görevli.	1995 Turuncu Kitap ⁶²

Tezimizin bundan sonraki bölümlerinde söz konusu sözleşmelerden bahsedilirken, uygulamada yapıldığı gibi kolaylık olması açısından sözleşmelerin tam isimlerinden ziyade renkleri belirtilerek hükümleri incelenecektir.⁶³

⁶² FIDIC Anahtar Teslim ve Tasarım-Yapım için Sözleşme Şartları (Turuncu Kitap)-(FIDIC Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey 1st Edition (Orange Book)).

B. FIDIC - Kırmızı Kitap

1. FIDIC - Kırmızı Kitap İlk Üç Baskısı -1957/1969/1977

FIDIC yapım işlerinde kullanılacak bir standart sözleşmenin hazırlanması için üyelerinden gelen yoğun talep çerçevesinde yaptığı çalışmalar sonucunda, dünyada yapım işleri için ilk standart sözleşmelerin RIBA, ICE⁶⁴ gibi kuruluşlar tarafından hazırlandığı İngiltere'deki uygulamaların incelenerek oradaki standart sözleşme hükümlerinden yararlanılması gerektiğine karar vermiştir. Bunun sonucu olarak, FIDIC "ICE Sözleşme Şartları"nın baz alan orjinal ismi "İnşaat Mühendisliği İşleri için Genel Sözleşme Şartları" (*Conditions of Contract For Works of Civil Engineering Construction*) olmasına rağmen, bu isim uzun olduğu ve kitap kırmızı bir kapak ile yayınlandığı için "Kırmızı Kitap" olarak anılan standart inşaat sözleşmesini Ağustos 1957 yılında birinci baskı olarak yayınlanmıştır. FIDIC-Kırmızı Kitap 1.Baskı ağırlıklı olarak "ICE Sözleşme Şartları"nın 4.Baskısı baz alınarak hazırlanmıştır.⁶⁵ Bunun sebebi ikinci dünya savaşından hemen sonraki yıllarda Dünya Bankası gibi kuruluşların finanse ettiği uluslararası projeler yürütülürken bir çok ülkede yer alan danışmanların, zaten "ICE Sözleşme Şartları"nın kullanmalarındır. FIDIC'in ilk "Kırmızı Kitap"ı hazırladığı sırada, deyim yerinde ise Amerika'yı yeniden keşfetmek yerine, zaten bu konuda yapılmış bir çalışmayı kullanmak istemesi gayet doğaldır. Ancak tüm bu gelişmelerin hukuki yönden ilginç sonucu, "Kara Avrupası Hukuk Sistemi"ne tabi bir ülke olan İsviçre'de kurulmuş olmasına rağmen FIDIC'in hazırladığı standart inşaat sözleşmelerinin "İngiliz İçtihat/Örf ve Adet Hukuk Sistemi" (*common law*) yaklaşımına sahip olmasıdır.

FIDIC tarafından hazırlanan 1.Baskı "Kırmızı" Kitap'ta temelde "ICE Sözleşme Şartları" baz alınsa da bunlardan farklı olarak, kefil, rehin vb. teminatlar yerine garanti mektubu istenmesi, sözleşmede uygulanacak dilin belirlenmesi, erken iş bitirme primi⁶⁶, ihtilaf halinde tahkimin

⁶³ FIDIC'in tabloda belirtilen asıl yapım sözleşmeleri dışında uygulamacılar için hazırlanmış olduğu, 500.000.€'dan daha düşük bedelli yapım işleri için önerilen orjinal ismi "*Short Form of Contract*" olan ve Yeşil Kitap adı verilen 1999 baskı sözleşme, iş geliştirme-yatırım bankaları tarafından finanse edilen işler için hazırlanmış, orjinal ismi "*Conditions of Contract for Construction Multilateral Development Bank Edition*" olan ve Yatırım Bankası için Kırmızı Kitap adı verilen 2006 baskı sözleşme,yap-işlet-devret işleri için hazırlanmış, orjinal ismi "*Conditions of Contract for Design, Build and Operate*" olan ve Altın Kitap adı verilen 2008 baskı sözleşme mevcuttur.

⁶⁴ Bkz. I.B. başlığı altındaki açıklamalar.

⁶⁵ <http://www1.fidic.org/resources/contracts/bowcock97.asp>(10.02.2010).

⁶⁶ Yüklenicinin sözleşmede belirtilen iş bitirme zamanından önce işi tamamlayıp teslim etmesi halinde kazanacağı tutarı sözleşme ile belirlenen ek iş bedelidir.

Uluslararası Ticaret Odası (ICC-*International Chamber of Commerce*) kuralları kapsamında yürütüleceği gibi bir takım değişik hükümler getirilmiştir.⁶⁷

FIDIC-Kırmızı Kitap'ın 1.Baskı'dan sonra Temmuz 1969 yılında Asya ve Batı Pasifik Yükleniciler Derneği Federasyonu'nun (*Federation of Asian and Western Pasific Contractors Associations*) katkısı ile FIDIC-Kırmızı Kitap'ın 2.Baskı yayınlanmıştır. Söz konusu sözleşme arazi ıslahı⁶⁸ ile ilgili yeni bir "üçüncü bölüm" dışında FIDIC-Kırmızı Kitap 1.Baskı içeriğinden önemli bir farklılık içermemektedir. 1973 yılında Amerika Birleşmiş Yükleniciler Derneği'nin (*Associated General Contractors of America*) katkısı ile biraz daha değiştirilen FIDIC- Kırmızı Kitap'ın ikinci baskısı İngiliz standart sözleşmelerinin hükümlerine daha da yaklaşmıştır.⁶⁹ Bu noktada belirtmek gerekir ki, FIDIC'in asıl amacı uluslararası iş dünyasında geçerli olacak bir standart sözleşme metni yaratmak olmasına rağmen, bunu mümkün olduğu kadar İngiliz standart inşaat sözleşmelerinden hükümlerinden az ayrılarak yapmak eğilimindedir.⁷⁰

Yukarıda belirtilen eğilim doğrultusunda FIDIC-Kırmızı Kitap 3.Baskı, oldukça tartışmalı ve radikal değişiklikler içeren bazı yeniliklerle 1973 yılında çıkarılmış olan "ICE Sözleşme Şartları"nın 5. baskısı esas alınarak, Mart 1977 yılında çıkarılmıştır. FIDIC-Kırmızı Kitap 3.Baskı'nın açıklayıcı önsözüne göre "küresel olarak uygulanabilecek genel hükümler birlikte gruplandırılarak 1.bölümde, ancak ödeme, uygulanacak hukuk ve geçerli dil gibi bilgiler her sözleşmenin 2.bölümünde, rakamsal bilgiler ise ihale teklif ekinde⁷¹ yer alacaktır.⁷² FIDIC-Kırmızı Kitap 3.Baskı önceki baskılara göre önemli değişiklikler yapılmıştır.⁷³ Öncelikle ilk defa sözleşme tarafı olmayan bir müşavir mühendisin iş sahibince atanması kapsamında onun onayı ile görevini ifa etmeye başlayacağı ve bu görev ve yetkilerinin ne olacağına dair hükümler getirilmiştir.⁷⁴ Bunun dışında sözleşmeye uygulanacak hukuk, 3.şahıs zararları ile ilgili sigortalar, alt-yükleniciler, iş sahibinin bilgi vermesi gerekirken vermemesinin, nükleer ve basınç dalgalarının yükleniciye haklı olarak işi durdurma hakkı vereceği ile ilgili hükümler getirilmiştir.

⁶⁷ Bunni, A.g.e., s.6-7.

⁶⁸ Bataklık arazilerinin kurutulması tarım arazisi haline getirilmesi gibi arazinin işlevini değiştirmek üzere gerçekleştirilen yapımlardır.

⁶⁹ Glover, Jeremy, *Understanding the new FIDIC Red Book*, Sweet&Maxwell, 2006, London, sf.xiii.

⁷⁰ <http://www.fenwickelliott.co.uk/files/FIDIC.pdf> (17.01.2010).

⁷¹ Yüklenici tarafından iş bedeli ve muhtelif detaylar içeren ve ihalede iş sahibine verilen aynı zamanda sözleşmenin eki olan, bağlayıcı teklif mektubudur.

⁷² <http://www1.fidic.org/resources/contracts/bowcock97.asp>(10.02.2010).

⁷³ Bunni, A.g.e., s.8-9.

⁷⁴ Mühendis kavramı aşağıda II.B. bölümünde detaylı olarak incelenecektir.

Buraya kadar açıkladığımız FIDIC sözleşmelerinin ilk üç baskısı İngiltere’de ve İngiliz kökenli firmalar tarafından kullanılan “ICE Sözleşme Şartları” hükümlerinden yararlanılarak oluşturulduğundan İngiliz içtihat/örf-adet hukuku (*Common Law*) etkisi altında, sözleşme konusu yapım işinin tasarımının iş sahibi veya mühendisi tarafından yükleniciye sağlandığı, yüklenicinin ise işin sadece inşaat mühendisliği uygulamalarından sorumlu olduğu bir iş modeli baz alınarak hazırlanmış sözleşmelerdir.⁷⁵ Ancak İngiliz Hukuku etkisindeki içeriği ve hükümlerine rağmen FIDIC standart inşaat sözleşmeleri hem Kara Avrupası ülkeleri hem de Ortadoğu ve Uzakdoğu ülkelerin oldukça yaygın bir kullanım alanı bulmuştur.

2. FIDIC - Kırmızı Kitap 4. Baskısı - 1987

1983 yılında FIDIC bünyesinde görevli bir komisyonun çalışmaları ile FIDIC-Kırmızı Kitap’ın revize edilmesi sonucu, mühendisin temel rolünü tanımlayan, iş sahibi kavramını daha netleştiren, her iki sözleşme tarafı arasında hakları ve yükümlülükleri açısından denge kurmaya çalışan, teminatlar, risk, sigortalar, talep ve ihtilafların halli usullerine özellikle dikkat eden, dilini güncel tutmaya gayret eden ve güncel iş pratiğinin yansıtıldığı⁷⁶ FIDIC-Kırmızı Kitap 4. Baskı⁷⁷ 1987 yılında çıkarılmıştır. Söz konusu komisyonun çalışmaları sırasında FIDIC Standart İnşaat Sözleşmesi’nin dili ve konseptinin çok Anglo-Saxon olduğu yönündeki eleştiriler ve iş sahiplerinin uygulama esnasında sözleşmede yaptıkları değişiklikler dikkate alınmış ve muhtelif değişiklikler yapılarak FIDIC-Kırmızı Kitap 4. Baskı oluşturulmuştur.⁷⁸

FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı’nın, önceki üç baskıdan ilk farklılaşması dökümanın başlığında olmuş ve önceki baskılarda yer alan “uluslararası” kelimesi, sözleşmenin sadece uluslararası alanda değil, sözleşme taraflarının kendi ülkelerinde de kullanılmasını teşvik etmek üzere çıkarılmıştır. Ancak bu aşamada belirtmek gerekir ki, FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı yazım dili ve kullanılan kavramlar açısından, ilk üç baskıya nazaran İngiliz Hukuku’ndan daha uzaklaşarak, metne uluslararası bir hukuk dilinin hakim olduğu bir standart sözleşme olmuştur.⁷⁹ Bunun dışında FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı’nın “İkinci Kısım” metni genişletilmiş ve ayrı bir kitapçık olarak basılmıştır. “İkinci Kısım” içeriğinde “Birinci Kısım” ile bağlantı kuracak şekilde

⁷⁵ http://www1.fidic.org/resources/contracts/wade_overview_2005.pdf (14.02.2010).

⁷⁶ Guide to use of Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction Fourth Edition (Red Book), 1.Baskı, Geneva, 1989 ,s..20.

⁷⁷ FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction 4th Edition-,Geneva,1987.

⁷⁸ Guide to use of Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction Fourth Edition (Red Book), 1.Baskı, Geneva, 1989 ,s..18.

⁷⁹ Knutson, A.g.e., sf.xiii.

madde numaralarına atıflarda bulunulmuştur. Kullanıcıların kendilerine uygun sözleşmeyi hazırlayabilmesi için “İkinci Kısım”ı özel olarak kaleme almaları gerektiğinden, “İkinci Kısım”ın nasıl kullanılacağına dair açıklamalar ve örnek hükümler de FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı’ya eklenmiştir.

FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı, metnin anlamını değiştirmeyen çok küçük değişikliklerle 1988 yılında, değişikliklerin belirtildiği Ek-A ile birlikte yeniden basılmış, daha sonra yine yapılmış değişiklikleri içeren Ek-B ile birlikte 1992 yılında yeniden basılmıştır. 1992 yeniden basımda önemli sayılabilecek aşağıdaki değişiklikler gerçekteştirilmiştir.⁸⁰ İlk olarak ödemelerde hakediş sistemi içinde kullanılmak üzere “Ara Ödeme Sertifikası” ve Nihai Ödeme Sertifikası” kavramları sözleşme metnine eklenmiştir. Doğa olayları vb. rizikolardan bahsedilirken “Olumsuz” kavramı yerine “Öngörülemeyen” kavramı sözleşme metnine eklenmiştir. Örneğın iş sahibinden kaynaklanan sebepler ile yükleniciye iş bedeli dışında ödenmesi gereken tutarları ifade eden “masraf” kavramının yüklenici kârını da içerdine ve tarafların tahkime gitmeden evvel uzlaşma yolu arayacaklarına dair sözleşme metnine hükümler eklenmiştir.

Bu noktada önceki FIDIC-Kırmızı Kitap baskılarında standart bir sözleşme eki olmamasına rağmen FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı’da sözleşme eki olarak düzenlenen FIDIC “İhale Prosedürü” isimli belgeye kısaca değinmekte yarar vardır. FIDIC “İhale Prosedürü” ihaleye giren firmaların seçimi ve inşaat, mekanik ve elektrik işler açısından değerlendirilmeleri ile ilgili sistematik bir yaklaşım getirmektedir. Bu döküman iş sahibi ve mühendise rekabetçi teklifleri toplama, hızlı ve adil bir biçimde değerlendirmede yardımcı olmak üzere yaratılmıştır.⁸¹

FIDIC Kasım 1996’da, sözleşme taraflarının ihtilafların halli, ödemeler ve ödeme için belgelendirmede gecikmeyi önleme gibi üç tartışmalı alanda alternatif düzenlemeler yapılabilmesi için “FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı’ne Ek” adı altında bir belge yayınlamıştır. Ek belge üç bölüme sahiptir.⁸² Birinci bölüm (A) “İhtilaf Uzlaştırma Kurulu” başlığını taşımaktadır. FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı’nın m. 67 hükmünde yer alan ihtilafların halli usulüne, bu usulde yer alan mühendisin hem uzlaştırıcı hem de yarı hakem rolünün eleştirilmesi sonucu alternatifler aranmış, içindeki uzmanların sözleşme imzalanırken seçildiği bir “İhtilaf Uzlaştırma Kurulu” oluşturulması 1996 Eki’nde alternatif olarak düzenlenmiştir. Buna göre eğer taraflar 67.m.de yer alan ihtilaf halli

⁸⁰ Bunni, A.g.e., s.11-12.

⁸¹ <http://www1.fidic.org/resources/contracts/bowcock97.asp>(10.02.2010).

⁸² Bunni, A.g.e., s.14.

usulunu istemez ve bir “İhtilaf Uzlaştırma Kurulu” oluşturulmasını isterlerse, sözleşmede yapabilecekleri değişiklik için Birinci bölüm (A)’da kullanılabilecek örnek hükümler eklenmiştir. İkinci bölüm (B) “Götürü Usulde Ödeme” başlığını taşımaktadır. FIDIC- Kırmızı Kitap – 4.Baskı aslında birim maliyet usulu ile iş bedelinin belirlendiği sözleşmelerdir.⁸³ “Birinci Kısım”da yer alan ödemeler ile ilgili hükümlerin alternatifini olarak, yükleniciye birim maliyet usulu üzerinden ödeme yapmaktansa, götürü usulde ödeme yapma imkanı veren örnek hükümler eklenmiştir. Üçüncü bölüm (C) ise “Geç Belgelendirme” başlığını taşımaktadır ve mühendisin yapılan işler ile ilgili geç belgelendirme yapması ve yüklenicinin ödemelerini geç alması riskine karşı yükleniciyi korumak üzere düzenlenmiş alternatif hüküm eklenmiştir.

3. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi ve FIDIC-Kırmızı Kitap-1999

a. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde Yeni Standart İnşaat Sözleşmesi Türleri ve Hazırlığı

FIDIC tüm sözleşme türlerini içerdiği hükümler farklılık gösterse de tek bir şekilde ve madde sıralaması ile düzenleyerek dört ayrı sözleşmeden oluşan bir seri olarak 1999 yılında yayınlamış ve söz konusu seriye “1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi” adını vermiştir.

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinden “Kırmızı Kitap” 4.Baskı’yı güncellemek ve değişik bir şekil ve içerikle yayınlamak üzere 1994 yılında bir çalışma grubu kurmuştur.⁸⁴ Çalışma grubu ilk önce hangi meselelerde güncelleme yapılması gerektiği üzerine kafa yormuş ve bu konuda araştırma yapmak üzere İngiltere’deki Reading Üniversitesi’ni görevlendirmiştir. Reading Üniversitesi’nin iş dünyası ve akademik çevrelerde anket vb. yöntemler kullanarak yaptığı uzun ve detaylı araştırmaların sonuçları FIDIC çalışma grubu tarafından analiz edilmiş ve öncelikli konular belirlenmiştir.⁸⁵ İlk olarak FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki en önemli sorunlardan birinin iş sahibi tarafından atanan mühendisin sözleşmenin yürütülmesi esnasındaki rolü olduğu tespit edilmiştir. Araştırmalara iş dünyası ve akademik çevrelerden katılanların yarısı mühendisin daha tarafsız bir konumda olması gerektiğini ifade ederken, diğer yarısı ücreti iş sahibi tarafından ödenen mühendisin tarafsız olmasının beklenmesinin büyük bir çelişki olduğunu belirtmiştir. İkinci

⁸³ Birim maliyet bedelli ve götürü bedelli sözleşme tipleri ikinci bölüm II.D. başlığı altında incelenecektir.

⁸⁴ Çalışma Grubu Üyeleri : Christopher Wade (Grup Lideri), Peter L.Booen (Baş Redaktör), Hermann Bayerlein ve Christopher L.Seppala (Hukuk Danışmanları), Jose F.Speziale. Ayrıca sözleşme metinlerinin yazımında görev yapan FIDIC Sözleşmeler Komitesi üyeleri : John B.Bowcock, Michael Mortimer Hawkins, Axel-Volkmar Jaeger, Tony Norris.

⁸⁵ Bunni, A.g.e., s.487.

olarak çalışma grubunun üzerinde çalıştığı “Kırmızı Kitap” dışında diğer FIDIC tarafından basılmış standart sözleşmelerin de incelenmesi gerektiği, üçüncü olarak FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin kullanıcılarının dikkatini çektiği meselelerin FIDIC yönetimi tarafından dikkate alınması gerektiği tespit edilmiştir.⁸⁶

Çalışma grubunun hazırlıkları sonucunda Eylül 1999’da tamamen yeni ve farklı standart inşaat sözleşme türleri oluşturulmuş ve FIDIC tarafından bunlar “1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi” (*The New Suite of FIDIC Contracts*) adı ile yayınlanmıştır. “1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi” içinde FIDIC tarafından çıkarılan yeni dört adet standart inşaat sözleşmesi aşağıda belirtilmiştir:

1. İnşaat Sözleşme Şartları (Tasarımı İş sahibi Tarafından Yapılmış İnşaat, Yapım ve Mühendislik İşleri için) Kırmızı Kitap-1999 – *Conditions of Contract for Construction (for Construction, Building and Engineering Works Designed by the Employer) - 1999*

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999’un önsözünde bu sözleşme türü şu şekilde tanımlanmıştır:⁸⁷ FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 tasarımı iş sahibi veya temsilcisi mühendis tarafından yapılan yapım ve mühendislik işleri için tavsiye edilir. Bu tür bir sözleşme kapsamında genellikle yüklenici iş sahibi tarafından verilen tasarım kapsamında inşaat işlerini yapar, ancak bu işlerden bazıları istisnai olarak yüklenici tarafından tasarımı yapılacak unsurlar içerebilir.⁸⁸

2. FIDIC Tesisat ve Tasarım-Yapım Sözleşme Şartları (Tasarımı Yüklenici Tarafından Yapılmış Elektrik ve Mekanik Tesisat ve İnşaat ve Mühendislik İşleri için) Sarı Kitap-1999 *Conditions of Contract for Plant and Design-Build (for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor) - 1999*

FIDIC-Sarı Kitap-1999’un önsözünde söz konusu sözleşme türü şu şekilde tanımlanmıştır:⁸⁹ FIDIC-Sarı Kitap-1999 elektrik ve/veya mekanik tesisatın tasarımı, yapımı işleri için tavsiye edilir. Bu sözleşme ile yapılan düzenlemelere göre, genellikle yüklenici iş sahibinin

⁸⁶ Bunni, A.g.e., s.488.

⁸⁷ FIDIC Conditions of Contract for Construction for Construction, Building and Engineering Works Designed by the Employer, Geneva, 1999.

⁸⁸ [http://www1.fidic.org/resources/contracts/icla_v16/booen.html\(02.04.2010\)](http://www1.fidic.org/resources/contracts/icla_v16/booen.html(02.04.2010)).

⁸⁹ FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build for Electrical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor, Geneva, 1999.

ihtiyaçları doğrultusunda işin tasarımını yapar ve elektrik ve/veya mekanik tesisat ve ekipman işlerinin bir takım inşaat işleri ile kombinasyonu olan sözleşme konusu işi yapar.

3. FIDIC MTİ (Mühendislik-Tedarik-İnşaat) Anahtar Teslim Projeler için Sözleşme Şartları (*Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects*) Gümüş Kitap-1999

FIDIC -Gümüş Kitap-1999 önsözünde bu sözleşme türü şu şekilde tanımlanmıştır:⁹⁰ FIDIC-Gümüş Kitap-1999 tek bir kuruluşun mühendislik işlerinin tasarımı ve yerine getirilmesi ile ilgili bütün sorumluluğu aldığı projeler için tavsiye edilir. Bu tür sözleşme ile yapılan düzenlemelere göre, genellikle tek bir kuruluş tüm tasarım işlerini, ardından mühendislik, tedarik ve inşaat işlerini yapar, işletilmeye hazır tam teçhizatlı bir tesisi anahtar teslim olarak iş sahibine teslim eder.

4. FIDIC Kısa Sözleşme Formu-*Short Form of Contract* -Yeşil Kitap-1999

FIDIC-Yeşil Kitap-1999 önsözünde bu sözleşme türü şu şekilde tanımlanmıştır:⁹¹ FIDIC-Yeşil Kitap-1999 görece olarak küçük sermaye gerektiren yapım ve mühendislik işleri için tavsiye edilir. İşin niteliğine ve durumun özelliğine göre bu sözleşme formu büyük sermaye gerektiren ancak görece küçük ölçekli ve tekrar gerektiren veya kısa süreli işler için de uygun olabilir. Bu tür sözleşme ile yapılan düzenlemelere göre, genellikle yüklenici iş sahibi veya eğer varsa temsilcisi tarafından verilen tasarıma göre işi yapar, ancak bu sözleşme yüklenici tarafından inşai-elektrik-mekanik tasarımın yapıldığı sözleşmeler için de uygun olabilir. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nin sözleşmelerinden sonuncusu olan FIDIC- Yeşil Kitap-1999 toplam değeri 500.000.\$'ın altında kalan işler için tasarlanmıştır, ancak bedeli bundan fazla olmasına rağmen çok az sayıda inşai iş gerektiren işler için de uygun olabilecek bir standart inşaat sözleşmesidir.

Çalışma grubu yukarıda kısaca değinilen 1999 tarihli yeni standart inşaat sözleşmelerini kaleme alırken içeriklerinin dışında şekilsel olarak iki prensibi dikkate almıştır.⁹² İlk olarak, sözleşme serbestisi içinde FIDIC sözleşmelerinde yer alan standart hükümlerin taraflarca kolayca değiştirilebilmesinin önü açılarak standart inşaat sözleşmelerine daha esnek bir yapı sağlanmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda sözleşmelerin birinci kısmında standart maddeler içeren “genel hükümler” düzenlenirken, ikinci kısımda “özel hükümler” başlığı altında “genel hükümler”de

⁹⁰ FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects, Geneva, 1999.

⁹¹ FIDIC Short Form of Contract, Geneva, 1999.

⁹² [http://www1.fidic.org/resources/contracts/booen_mar01.asp\(01.03.2010\)](http://www1.fidic.org/resources/contracts/booen_mar01.asp(01.03.2010)).

yapılmak istenen değişikliklerin nasıl ve hangi örnek hükümler ile yapılabileceğine dair açıklamalar getirilmiştir. İkinci olarak, “1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi”nden önceki dönemde aynı konuların farklı standart inşaat sözleşme türlerinde farklı madde numaralarında düzenlenmesi sonucu, farklı sözleşme türleri arasında karşılaştırma yapmak çok zor hale gelmiştir. Uygulamacılar tarafından bu durumun eleştirilmesi sonucu “1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi”nde yer alan tüm sözleşmelerde içerikleri farklı olsa dahi tüm konu başlıkları tek tip hale getirilerek aynı maddelerde düzenlenir hale gelmiş, tüm FIDIC standart inşaat sözleşmesi türleri şekil olarak yeknesak hale getirilmiştir.

b. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nin Getirdiği Yenilik ve Farklılıklar

Bu aşamada belirtmek gerekir ki 1999 yılında FIDIC tarafından çıkarılan standart inşaat sözleşmeleri, tamamen yeni sözleşmeler olmaktan ziyade, FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı’nın ve FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı’nın ve FIDIC-Turuncu Kitap-1996’nin revize edilmiş halleridir. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde yer alan standart inşaat sözleşmeleri ile FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı ve FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı arasındaki farkları şekilsel ve kavramsal farklılıklar olarak iki ayrı kategoride incelemekte yarar vardır:

a.a. Şekil farklılıkları:

FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı ve FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı’de kaleme alınan hükümler birbirlerinden oldukça farklı başlıklar altında ve farklı maddelerde yer alırken, 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde yer alan standart inşaat sözleşmelerinde yer alan hükümler aynı maddelerde ve aynı başlıklar ile kaleme alınmışlardır. Ayrıca 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde yer alan içeriği ve hacmi oldukça fazla 20 adet ana madde varken, örneğin FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı’da içeriği ve hacmi çok daha az 72 madde mevcuttur.

Aslında FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı ve FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı hazırlanırken yaşanan en önemli eksikliklerden birisi, bu sözleşmelerin farklı çalışma grupları tarafından farklı bir üslupla ve farklı formatlarda kaleme alınmasıdır. Bu durum bu sözleşmelerin hepsinin FIDIC tarafından hazırlanmış standart inşaat sözleşmeleri olmasına rağmen, aynı hukuki meselelerin ayrı sözleşmelerde farklı başlıklar altında farklı maddelerde ele alınmasına yol açmıştır.⁹³ Örneğin

⁹³ [http://www1.fidic.org/resources/contracts/seppala.asp\(04.04.2010\)](http://www1.fidic.org/resources/contracts/seppala.asp(04.04.2010)).

FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı bir mücbir sebep hükmü içerirken, FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı bunun yerine özel riskler adı altında hükümler içermektedir. İki ayrı standart sözleşme formunun aynı veya benzer hukuki meseleleri herhangi bir makul gerekçe olmadan farklı bir şekilde düzenlemesi ve bu durumun kullanıcılar üzerinde gereksiz bir yük yaratması FIDIC tarafından kabul edilebilecek bir durum değildi. Zira farklı iş modelleri için hazırlanmış olduklarından içerikleri farklı olsa bile, sözleşme hükümlerinin şekil olarak farklı maddeler içinde düzenlenmesi, her iki sözleşmenin kullanıcılar tarafından karşılaştırılarak kendileri için doğru sözleşme türünü seçmelerini zorlaştırıyor, bu durum ise FIDIC sözleşmelerinin kullanım için tercih sıklığını düşürüyordu. Bu nedenle 1999 baskı standart sözleşmelerin hazırlanmasındaki önemli amaçlardan biri de dört adet standart inşaat sözleşmesinde yer alan maddelerin, tanımların ve uslubun birbirleri ile uyumlu hale getirilmesi ve yeknesak bir yapıya kavuşturulmasıdır. Bu amaç kapsamında “Kırmızı Kitap”, “Sarı Kitap” ve “Gümüş Kitap” yeniden yapılandırılarak hepsinin genel hükümler niteliğinde aynı başlıklı 20 ana maddeye dayanması ve madde ve tanımların içeriğinin mümkün olduğu kadar aynı veya benzer olmasına dikkat edilmiştir. Bu amacın yerine getirilebilmesi için de 1999 baskı “Kırmızı Kitap”, “Sarı Kitap” ve “Gümüş Kitap”ın üçünün de tek bir çalışma grubu tarafından hazırlanması sağlanmış, 1999 baskı diğer standart inşaat sözleşmesi olan “Yeşil Kitap” çalışma grubunun da bu grupla birlikte çalışması sağlanmıştır.⁹⁴

Bu kapsamda yukarıda belirttiğimiz FIDIC standart sözleşmelerinden FIDIC-Yeşil Kitap-1999 hariç diğerlerinin hepsi aşağıdaki üç ayrı bölümden oluşmaktadır.⁹⁵ İlk bölüm genel hükümler, uyuşmazlıkların çözümü anlaşması ve usul kurallarını da içermektedir. İkinci bölüm özel hükümlerin hazırlanmasına ilişkin rehber, ana şirket garantisi, ihale teminatı, performans garantisi ve avans ödemesi teminatı örneklerini içermektedir. Üçüncü bölüm ise ihale mektubu, ihale formları ekini içermektedir.

a.b. Kavramsal Farklılıklar

1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde yer alan yeni FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999 ile FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı ve FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı arasındaki kavramsal farklılıklar şekil farklarından çok daha önemlidir. FIDIC geleneğinde her zaman olduğu gibi, bu kavramsal farklılıklardan bazıları iş sahibi bazıları ise yüklenici lehine olmuştur. En önemli

⁹⁴ [http://www1.fidic.org/resources/contracts/seppala.asp\(04.04.2010\)](http://www1.fidic.org/resources/contracts/seppala.asp(04.04.2010)).

⁹⁵ [http://www1.fidic.org/resources/contracts/papworth_claims.pdf\(05.01.2010\)](http://www1.fidic.org/resources/contracts/papworth_claims.pdf(05.01.2010)).

kavramsal farklar aşağıda sözleşmelerdeki madde sıralamasına göre değil ancak önem sırasına göre belirtilmiştir.⁹⁶

1999 yılından evvel basılan FIDIC sözleşmelerinden FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı inşaat işleri için tasarlanmışken, FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı elektrik ve mekanik işler için tasarlanmıştır ve sözleşme türleri sözleşme konusu işlere göre belirlenmektedir. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde ise standart inşaat sözleşmeleri işin tasarım yükümlülüğünün hangi sözleşme tarafının borcu olarak düzenlendiği ve mühendis kavramının sözleşmede yer alıp almamasına göre türlere ayrılmaktadır. Bu kapsamda, FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 iş sahibinin tasarımını yaptığı ve mühendis olan projeler için, FIDIC-Sarı Kitap-1999 yüklenicinin tasarımını yaptığı ve mühendis olan projeler için, FIDIC-Gümüş Kitap-1999 ise yüklenicinin tasarımını kendisinin yaptığı ve mühendis olmayan projeler için tasarlanmıştır.

1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999'da bir önceki versiyonlara nazaran mühendisin rolü ile ilgili önemli değişiklikler yapılmıştır. Eski versiyonlarda mühendisden görevini tarafsız bir biçimde yapması beklenirken, 1999 baskı standart inşaat sözleşmelerinde bu anlayış terk edilmiş ve mühendisin iş sahibi adına çalıştığı kabul edilmiş ancak kararlarını verirken adil olması beklenmiştir.

1999'dan önceki FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yükleniciden muhtelif teminatların istenmesi ile ilgili düzenlemeler mevcutken, 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde (m.11.9) söz konusu teminatların iş sahibi tarafından nasıl iade edileceği ile ilgili hükümler getirilmiştir.

1999'dan önceki FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olmayan 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'ndeki (m. 2.4) diğer bir yenilik, yüklenicinin talebi halinde iş sahibinin mali gücünü ispatlayacak belge sunmak zorunda olacağını, aksi takdirde yüklenicinin işi askıya alma, işi yavaşlatma veya sözleşmeyi feshetmek hakkı olduğunu düzenleyen hükümler getirilmiştir.

1999'dan önceki FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olmayan "öngörülemezlik" kavramı 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde detaylı bir biçimde tarif edilerek, olası riskler ile ilgili sorumlulukların taraflara dağıtımında etkili bir kavram olarak sözleşmedeki yerini almıştır.

⁹⁶ Bunni, A.g.e., s.488.

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde genel olarak öngörülebilir riskler ile ilgili sorumluluk yükleniciye ait olurken, öngörülemez riskler ile ilgili sorumluluk iş sahibi tarafına bırakılmıştır.

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.15.5 hükmüne istinaden daha önceki FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin hiçbirinde olmayan bir hak iş sahibine verilerek, işi kendisi yapmamak veya başka bir yükleniciye vermemek şartı ile, herhangi bir sebep göstermeden sadece o ana kadar yapılmış işlerin bedelini ödemek sureti ile sözleşmeyi tek taraflı feshetmek yetkisi verilmiştir.

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'a yeni eklenen m.17.6 ile yüklenicinin sorumluluğunun sözleşme bedeli ile veya ikinci kısım özel hükümlerde belirlenecek bir tutar ile sınırlandırıldığına dair 1999'dan önceki FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olmayan bir düzenleme getirilmiştir.

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.19 ile 1999'dan önceki FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde kesin olmayan ifadeler taşıyan "özel risk" kavramının yerine daha net ve açık bir biçimde tanımlanmış "mücbir sebep" kavramı getirilmiştir.

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'a yeni getirilen m.2.5 ile, daha önceki FIDIC standart sözleşmelerinde yer almayan, iş sahibine sözleşme kapsamında ileri süreceği tüm taleplerde, hükümde yer alan talepte bulunma şekli ve usulüne uyma yükümlülüğü getirilmiştir.

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'a m.20.1 ile yüklenici tarafından yapılacak talepler için kesin bir süre limiti getirilmiştir. 28 günlük kesin süre yüklenicinin talepte bulunmasına neden olan olayı öğrendiği veya öğrenmiş sayılması gereken tarihte başlayacaktır. Süre hak düşürücü nitelikte düzenlemiş olup aşımı halinde yüklenici konu olay ile ilgili tüm talepte bulunma haklarını kaybetmektedir.

1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde hem "Kırmızı Kitap" hem de "Sarı Kitap"ta yeni getirilen hükümler ile, ödemelerin iş sahibi tarafından geciktirilmesi halinde yükleniciye sözleşmede iş bedeli için belirlenen ilgili döviz kurunun ülkesindeki merkez bankası iskonto faizinin yüzde üç fazlası oranında bir faiz ile ücretini iş sahibinden tazmin etme hakkı verilmektedir.

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.14.7.b. hükmü uyarınca ara hakediş ödeme vadesi, hakediş belgelerinin mühendise yüklenici tarafından verildiği tarihten itibaren 56 gün yapılarak uzatılmıştır, eski vade 28 gündür.

1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde m.20.2., 20.3., 20.4. hükümleri ile FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'ya yapılan 1996 Eki'ndekine benzer bir "Uyuşmazlık Muhakeme Kurulu" (*Dispute Adjudication Board*) getirilmiştir. 1996 Eki'nden farklı olarak söz konusu kurul FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'a göre ihale ekinde tavsiye edilen kurala göre yani işe başlama tarihinden 28 gün sonra atanacaktır.

1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nin getirdiği en önemli yeniliklerden biri ise tamamen yeni bir sözleşme olan ve FIDIC'in 1999 yılına kadar tüm standart inşaat sözleşmelerinin temeli olan" taraflar arasında dengeli riziko dağıtım politikası'nın dışına çıktığı FIDIC-Gümüş Kitap-1999'dur. Zira iş bedelinin götürü usulde belirlendiği bu sözleşme tipindeki çoğunluk rizikolar ile ilgili sorumluluk yükleniciye yüklenmiştir. Bu durum doğal olarak ihalede iş bedelinin oldukça artmasına yol açacak, ancak nihai iş bedelinin çok daha istikrarlı kalmasını sağlayacaktır. Ayrıca FIDIC-Gümüş Kitap-1999 mühendis kavramını tamamen ortadan kaldırmış ve onunla ilgili sorumlulukların iş sahibinde olması yönünde düzenlemeler yapmıştır.

1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan yenilikler ve farklılıklar ile ilgili konuyu bitirmeden evvel, uluslararası inşaat pazarında oldukça etkin üyelere sahip olan ve FIDIC'in tüm standart sözleşme hazırlıklarında görüşünü alarak ve mümkün olduğu kadar bu görüşler doğrultusunda standart sözleşmeler oluşturmaya gayret ettiği Avrupalı Uluslararası Yükleniciler (*European International Constructors*)–EIC isimli kuruluşun, önceki versiyonlarda yer alan taraflar arasındaki hak ve borçların dengeli paylaşımı ilkesinin 1999 baskı standart inşaat sözleşmeleri ile kaybedildiği ve bu dengenin yükleniciler aleyhine bozulduğu yönündeki eleştirisini belirtmek gerekir.⁹⁷

⁹⁷ EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contract for Construction, Berlin, 2002, sf.3.

C. FIDIC-Sarı Kitap

1. FIDIC-Sarı Kitap, Elektrik ve Mekanik İşler İçin Sözleşme Şartları⁹⁸ - İlk Üç Baskı 1963 / 1980 / 1987

İlk üç baskı FIDIC-Kırmızı Kitap, yapının ana unsurlarının şantiyede gerçekleştirildiği, tasarımın iş sahibi veya mühendis tarafından hazırlanarak yükleniciye verildiği, yüklenicinin ise sadece inşaatı yapmakla borçlu olduğu projeler ve yol, köprü gibi altyapı projeleri için hazırlanmıştır.⁹⁹ Başka bir deyişle, FIDIC-Kırmızı Kitap inşaat işinin önemli bölümünün şantiyede, sahada yapıldığı işlere yönelik olarak hazırlanmıştır. İnşaat sektöründe yapının esaslı unsurlarının şantiyeden başka bir yerde yapılıp/üretilip şantiyeye getirildiği, yüklenicinin görev tanımına tasarım işlerinin dahil olduğu işlerin de mevcut olması ve bu işlerle ilgili de tarafların standart sözleşmelere ihtiyacı duyması sonucu elektrik / mekanik işler ve tesisatın üretimi ve montajı için FIDIC-Sarı Kitap isimli sözleşme 1963 yılında FIDIC tarafından ortaya konulmuş, 2. baskısı 1980 yılında çıkarılmıştır.¹⁰⁰

Bahse konu ilk iki baskı, yapılan sözleşmelerin tamamen Anglo-Saxon hukuk sistemine dayandığı ve dilinin özellikle İngilizce konuşulmayan ülkelerde belirsizliklere yol açtığı ve iş sahibi ile yükleniciden ziyade sadece avukatların anladığı bir uslubu olduğu yönünde eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin dikkate alınması sonucu, 1987 yılında FIDIC-Kırmızı Kitap ile beraber aynı anda çıkan FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı, FIDIC'in genel taraflar arasında adil hak ve borç paylaşımı prensibine uygun bir metin olmuştur.¹⁰¹ FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı ürün testleri, tesisatı devreye alma prosedürleri, garantiler vb konuları detaylı bir şekilde düzenlemiş ve daha ziyade enerji türbinleri, büyük jeneratörler vb.nin imali için uygun standart inşaat sözleşmesi olarak hazırlanmıştır.

FIDIC yukarıda belirtildiği gibi seçilen yapılmak istenen inşaat işinin türüne göre kullanılmasını tavsiye ettiği FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı'da FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'ya göre farklı düzenlemeler yapmıştır. Örneğin FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'da ödemeler o ay boyunca yüklenici tarafından gerçekleştirilen işin miktarına bağlı olarak birim maliyet iş bedeli üzerinden hesaplanarak aylık olarak gerçekleştirilmektedir. Bu yöntem şantiyede yapılan işin ölçülmesi ile

⁹⁸ FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works, Geneva, 1987.

⁹⁹ Glover, A.g.e., s.xiv.

¹⁰⁰ <http://www.fenwickelliott.co.uk/files/FIDIC.pdf> (03.03.2010).

¹⁰¹ Bunni, A.g.e., s.464.

göreceli olarak kolaydır. Ancak şantiye dışında fabrikada yapılan işlerde aylık ölçümler pratik değildir, dolayısıyla FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı'da yer alan işlerin ödemeleri ulaşılan aşamalara göre götürü usulde ödenmektedir.¹⁰² Örneğin belli bir miktarı fabrikada üretim ve testler tamamlandığında, belli bir oranı şantiyeye tesliminde, belli oranı ise montaj tamamlanıp devreye alındığında ödenecek şekilde anlaşmalar yapılmaktadır.

2. FIDIC-Sarı Kitap, Tesis ve Tasarım-Yapım için Sözleşme Şartları -1999

Yukarıda açıklandığı gibi 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi kapsamında dört adet standart sözleşme yayınlamıştır, bunlardan biri de FIDIC-Sarı Kitap-1999'dur. FIDIC-Sarı Kitap-1999, eski FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı'nın yerini almıştır. FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı, sadece elektrik ve mekanik tesisatının inşası için kaleme alınmış bir standart sözleşme formu iken, FIDIC-Sarı Kitap-1999 elektrik-mekanik işlerin yanı sıra inşaat ve mühendislik işleri de barındıran projeler için tasarlanmıştır.¹⁰³

FIDIC-Sarı Kitap-1999 genelde tasarımının iş sahibinin ihtiyaçları doğrultusunda yüklenici tarafından yapıldığı elektrik ve/veya mekanik tesisatın inşası ve mühendislik işleri için tasarlanmıştır. FIDIC-Sarı Kitap-1999 iş dünyasında özel sektördeki yapım işlerinde ve kamu sektöründeki altyapı işlerinde yoğun olarak kullanılmıştır. Ayrıca Avrupa Uluslararası Yükleniciler EIC (*European International Constructors*) isimli kuruluş da içinde tesisat tedarigi ve inşaat işlerini barındıran tasarım/yapım sorumluluğunun yüklenicide olduğu projelerde kullanılmasını tavsiye etmiştir.¹⁰⁴

FIDIC-Sarı Kitap-1999 her ne kadar tesisat tasarım ve yapım sözleşmesi olarak adlandırılmışsa da, tüm yapım ve mühendislik işlerinin tasarımı ve ifası için de uygun olduğu için sadece eski FIDIC-Sarı Kitap-3.Baskı'nın değil, anahtar teslim projeler için 1995'de yaratılmış FIDIC-Turuncu Kitap'ın da yerini aldığı söylenebilmektedir. Aynı FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da olduğu gibi, FIDIC-Sarı Kitap-1999'da da sözleşmenin yönetilmesi için iş sahibi tarafından mühendis atanmaktadır ve ayrıca FIDIC-Turuncu Kitap-1995'de¹⁰⁵ olduğu gibi işin tamamlanması sonrası yapılacak performans testleri için hüküm içermektedir.¹⁰⁶

¹⁰² http://www1.fidic.org/resources/contracts/wade_overview_2005.pdf sf.2 (13.02.2010).

¹⁰³ http://www1.fidic.org/resources/contracts/wade_overview_2005.pdf(08.03.2010).

¹⁰⁴ Bunni, A.g.e., s.552.

¹⁰⁵ Aşağıda II.D.1. kısmında incelenecektir.

¹⁰⁶ http://www1.fidic.org/resources/contracts/icla_v16/booen.html(02.04.2010).

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'un eski FIDIC versiyonlarına nazaran getirdiği yenilikler ile ilgili yukarıda yapılan açıklamalar büyük oranda FIDIC-Sarı Kitap-1999 için de geçerlidir. FIDIC-Kırmızı Kitap'a göre kısmi bir farklılık, FIDIC-Sarı Kitap kullanılacak projelerin ihalesinde özellikle dikkatli davranmak gerekliliğinde kendini göstermektedir, zira tasarım yükü yüklenicide olmasına rağmen, yüklenici bu tasarımı iş sahibinin ihtiyaçları-gereklilikleri doğrultusunda yapacaktır. Dolayısıyla tasarımın kapsamı, hangi amaca ulaşma için işin tasarlandığı, tasarım sürecine hangi sınırlar dahilinde kimin katılacağı, kalite kontrol vb. konular genelde sözleşme formlarında düzenlenmediğinden tarafların "Sarı Kitap" imzasından önce bu konular üzerinde anlaşmaları, daha sonra çok ciddi mali sonuçlar da doğurabileceğinden önemlidir.¹⁰⁷ Bu kapsamda "İş sahibinin İhtiyaçları" kavramı FIDIC-Sarı Kitap-1999 ile getirilen ve diğer FIDIC standart sözleşme formlarından farklılık gösteren en önemli konulardan biridir.

D. FIDIC-Gümüş Kitap¹⁰⁸

1. FIDIC-Anahtar Teslim ve Tasarım-Yapım İçin Sözleşme Şartları¹⁰⁹--Turuncu Kitap-Birinci Baskı, 1995

Anahtar teslim projelerde kullanılmak üzere yayınlanmış olan FIDIC-Gümüş Kitap-1999 isimli sözleşme türü, daha önce yine FIDIC tarafından yayınlanan FIDIC-Turuncu Kitap-1999 isimli sözleşme türünün hükümleri esas alınarak ve bu hükümlerin geliştirilmesi ile hazırlanmıştır. Dolayısıyla anahtar teslim projeler için FIDIC tarafından üretilmiş ilk standart sözleşme formu FIDIC-Turuncu Kitap-1995'tir ve daha sonra FIDIC tarafından çıkarılan FIDIC-Gümüş Kitap-1999'un temeli olması açısından incelenmeye değerdir.

1970 ve önceki yıllarda inşaat endüstrisi kendisinde de uzman bilgisinin ve deneyiminin olduğu özel projeleri anahtar teslimi almak konusunda fikri sınai haklar ile ilgili endişeleri nedeni ile uzak durmuşsa da, 1980'li yıllar ile birlikte tasarım ve yapımın bir arada olduğu projeler çekici hale gelmiş ve bu tür projelerin hukuki altyapısını ortaya koyacak standart sözleşme türlerine ihtiyaç artmıştır. Söz konusu ihtiyaca ilk önce ICE cevap vererek 1992 yılında, ICE Standart İnşaat

¹⁰⁷ Bunni, A.g.e., s.552.

¹⁰⁸ FIDIC Conditions of Contract for EPC Turnkey Projects-1999.

¹⁰⁹ FIDIC Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey 1st Edition (Orange Book)-1995.

Sözleşmesi Formu 6.Baskı'dan tamamen farklı “Tasarım ve İnşaat İçin Standart Sözleşme Formu” adı altında bir sözleşme türü yayınlamıştır.

ICE'nin bu konudaki faaliyetleri ile paralel olarak söz konusu uluslararası talebi karşılamak üzere FIDIC de 1990'lı yılların başında büyüyen “anahtar teslim proje” pazarına uyan yeni bir standart sözleşme türü yaratmaya karar vermiş ve buna uygun bir çalışma grubu kurarak FIDIC-Turuncu Kitap isimli sözleşmeyi 1995 yılında yayınlamıştır.¹¹⁰ FIDIC-Turuncu Kitap-1995, genelde uluslararası nitelikli inşaat işlerinde yüklenicinin tam olarak bütün tasarımdan sorumlu olduğu, projenin yapımı ile ilgili tüm mühendislik uygulamaları, inşaat, elektrik ve mekanik faaliyetlerin işin tanımına girdiği ve hatta “anahtar teslim” niteliğini vurgulayan tam teçhizatlı, tüm donanımı içinde ve işletilmeye hazır bir şekilde teslim yükümlülüğünün olduğu projeler için tasarlanmıştır.¹¹¹

FIDIC-Turuncu Kitap-1995 ile avantajların yakalanacağı düşüncesi ile yayınlanmıştır.¹¹² Öncelikle tasarım grubu ve inşaat grubunun yakın işbirliği sayesinde tasarım ve inşaat yönetiminde ciddi tasarruf sağlanacaktır, tasarım aşaması ihale ve inşaat aşamalarından ayrılmayacağı için projenin gerçekleştirilme süresi kısıllacaktır, tasarım, malzeme ve inşaat sorumluluğu tek bir elde toplanarak, olası kötü sonuçlardan kimin sorumlu olacağı ile ilgili belirsizlikler yok edilecektir. Ayrıca anahtar teslim işlerde iş bedeli götürü usulde belirleneceği için sözleşmede işin kapsamı ile ilgili belli sınırlara kadar değişiklik yapılırsa bile ihale ve sözleşme ile belirlenen iş bedelinin (proje bütçesinin) aşılmaması sağlanacaktır.

FIDIC-Turuncu Kitap-1995'de sözleşmenin genel yapısı, genel hükümlerden oluşan birinci kısım ve özel hükümlerden oluşan ikinci kısım olmak üzere diğer FIDIC standart sözleşmeleri ile aynı olmakla beraber, FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı ve FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı konseptlerinden farklılaştığı önemli noktalar mevcuttur.¹¹³ Örneğin diğer FIDIC standart sözleşmelerinde olan mühendis kavramı sözleşmeden çıkarılarak yerine “İş sahibi Temsilcisi” kavramı getirilmiş,¹¹⁴ uyuşmazlıkların çözümünde farklı usuller oluşturulmuş, yine diğer FIDIC standart sözleşmelerinde olmayan “iş sahibi ihtiyaçlarına uygun teslim” kavramının getirilmiştir.

¹¹⁰ http://217.197.210.21/resources/contracts/wade_oct05.pdf(05.03.2010).

¹¹¹ FIDIC Conditions of Contract For Design-Build and Turnkey, Geneva,1995.

¹¹² Bunni, A.g.e., s.472.

¹¹³ http://www1.fidic.org/resources/contracts/FIDIC_overview%20_glover07.html(22.04.2010).

¹¹⁴ Glover, A.g.e., s.xv.

2. FIDIC-Mühendislik-Tedarik-İnşaat (MTİ)/Anahtar Teslim Projeler İçin Sözleşme Şartları-Gümüş Kitap-1999

FIDIC-Kırmızı Kitap ve FIDIC-Sarı Kitap'ın uluslararası inşaat pazarının ihtiyaçlarının sadece belirli bir kısmını karşılamıştır, zira FIDIC bu kitaplarda taraflar arasında dengeli risk paylaşımını öngörerek, iş sahibinin özel riskler doğması halinde bunun maliyetini karşıladığı, yüklenicinin öngörülemez riskler ile ilgili sorumluluğunun olmadığı, ancak nihai iş bedeli ve iş bitirme zamanının çok belirli olmadığı bir sözleşme yapısı kurmuştur.¹¹⁵ Oysa, uluslararası inşaat pazarı daha belirli bir nihai iş bedeli ve iş bitirme zamanına özellikle iş sahibinin kamu sektöründen olduğu projelerde¹¹⁶ ihtiyaç duymaktaydı. Bazı iş sahipleri uzun yıllardır FIDIC sözleşmelerini sorumluluk dengesi daha çok yüklenici üzerinde olacak şekilde değiştirmekte ve Yap-İşlet-Devret tarzı özel olarak finanse edilen projelerde finansman sağlayan kuruluşlar çok daha kesin bir “nihai iş bedeli ve iş bitirme zamanı” talep etmekteydi.¹¹⁷ FIDIC bu ihtiyaçları dikkate alarak yukarıda açıklandığı gibi önce FIDIC-Turuncu Kitap-1995'i hazırlamış ardından, hem FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı hem de FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı'nın yeniden ele alınması esnasında, anahtar teslim işler için hazırlanmış FIDIC-Turuncu Kitap-1995'in de revize edilmesini öngörerek, aynı çalışma grubunun 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi kapsamında FIDIC MTİ/Anahtar Teslim Projeler için Sözleşme Şartları-Gümüş Kitap-1999 adı altında bir standart inşaat sözleşmesi hazırlamasını sağlamıştır.

FIDIC-Gümüş Kitap-1999, iş sahibinin daha kesin bir nihai iş bedeli ve iş bitirme süresi isteyip, kendi üzerinde daha az risk olmasını istediği, tarafların tüm riskler ile ilgili tam bir bilgi ve kabule sahip olduğu, yap-işlet-devret tarzı projeler de dahil olmak üzere özel olarak finanse edilen, anahtar teslim projelerde kullanılmak üzere hazırlanmıştır.

FIDIC-Gümüş Kitap-1999 diğer 1999 baskı FIDIC-Kırmızı Kitap ve FIDIC-Sarı Kitap ile birlikte aynı formata sahip olmasına rağmen, diğerlerinden artık mühendis kavramının sözleşmede yer almaması, risklerin büyük oranda yüklenicide yüklenmesi gibi önemli noktalarda farklılaşmıştır. Bu farklılaşma FIDIC-Gümüş Kitap-1999'un götürü usulde belirlenmiş ve artış riski olmayan iş bedelleri ile çalışılmak istenen projeler için hazırlanmasından kaynaklanmaktadır.

¹¹⁵ FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, Geneva, 1999.

¹¹⁶ Marmaray projesinde FIDIC MTİ/Anahtar Teslim Projeler için Sözleşme Şartları (Gümüş Kitap) kullanılmaktadır.

¹¹⁷ http://www1.fidic.org/resources/contracts/wade_overview_2005.pdf(20.04.2010).

Özetlemek gerekirse FIDIC-Gümüş Kitap-1999'da ¹¹⁸ tasarım sorumluluğu sadece yüklenici üzerindedir, iş sahibi tasarım yapılırken kullanılmak üzere ihtiyaçlarını yükleniciye verir, yüklenici tüm mühendislik, inşaat, tedarik işlerini yerine getirmekle ve projeyi tüm ekipmanı ile beraber ve işletilmeye hazır olarak “anahtar teslim” şeklinde teslim etmek borcu ile yükümlüdür, sözleşmeyi yönetmek üzere mühendis olmayacaktır, bunun yerine “İş sahibi Temsilcisi” olacaktır, iş bedeli götürü olarak belirlenecektir ve iş bitirme sonrası test ve kontrol prosedürleri olacaktır. Bunların doğal sonucu olarak da iş bedeli ve iş bitirme zamanı kesin olacak ve yüklenici çok daha fazla risk üstleneceğinden, iş sahibi bunun karşılığında diğer FIDIC-Kırmızı Kitap veya FIDIC-Sarı Kitap sözleşmelerine nazaran daha yüksek iş bedeli ödeyecektir.

FIDIC-Gümüş Kitap-1999 önsözünde FIDIC önemli uyarılarda bulunmuş ve iş sahibinin ihtiyaçlarını tespit etmek ve doğru bir biçimde tanımlamak için ihaleye giren yükleniciler yeterli zaman tanınmaması halinde veya ihale edilen yapım işi yüklenicinin kontrol edemeyeceği yeraltı işleri veya başka işler içeriyorsa, ara hakediş ödemeleri resmi bir merci veya kurum kararına bağlı olursa, FIDIC-Gümüş Kitap-1999'un bu tür bir projeye uygun olmayabileceğini yüklenicilerin bu konularda dikkatli olması belirtmiştir.¹¹⁹

E. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde Yer Alan Standart İnşaat Sözleşmelerinin Ana Hatları İle Değerlendirilmesi

1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi, gerek omurgasını oluşturan FIDIC-Kırmızı Kitap-1999, FIDIC-Sarı Kitap-1999 ve FIDIC-Gümüş Kitap-1999'u eski versiyonlarına göre oldukça değiştirerek titiz bir şekilde geliştirmesi, gerekse tüm standart sözleşme formları için şekilsel olarak yeknesak bir yapı ve üslup oluşturması ile uluslararası inşaat camiasında yer alan diğer standart inşaat sözleşme türlerinin önüne geçmiş, iş dünyasında da geniş ilgi görmüş ve yoğun biçimde kullanılmaya başlamıştır. Örneğin Dünya Bankası hazırladığı tüm ihalelerde ihale dökümanları içerisinde resmi sözleşme olarak FIDIC standart inşaat sözleşmelerini kullanacağını açıklamıştır.¹²⁰ Bugün kullanılan FIDIC İnşaat Sözleşme Formları'nın hazırlanmasında hukuki güvenilirliğini sağlamak üzere FIDIC tarafından yapılan hazırlığın her aşamasında Dünya Bankası,

¹¹⁸ http://www1.fidic.org/resources/contracts/wade_overview_2005.pdf(20.04.2010).

¹¹⁹ FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, Geneva, 1999.

¹²⁰ http://www1.fidic.org/resources/contracts/wade_overview_2005.pdf(20.04.2010).

Baro Birlikleri vb. kurumlardan sürekli danışmanlık alınması da bu durumun oluşmasında önemli bir etkidir.¹²¹

Hem yukarıda belirtilen önemi, hem bundan sonraki bölümde iş sahibinin esaslı borçlarının 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nin omurgasını oluşturan bu üç sözleşme karşılaştırılarak incelenecek olması, hem de sözleşmelerin hazırlanma mantığını anlamak açısından, her üç standart sözleşmenin ana özellikleri ile karşılaştırılması yararlı olacaktır. Söz konusu standart inşaat sözleşmeleri tavsiye edildikleri proje türleri, mühendis kavramı ve uyumsuzlukların çözümünde rolü, tarafların sözleşmesel borçlarının kapsamı, ödemeler ve sözleşme rizikolarından sorumluluğun taraflar arasında paylaşılması açılarından FIDIC tarafından basılan bir sözleşme rehberi çerçevesinde aşağıdaki şekilde karşılaştırılmıştır.¹²²

FIDIC İnşaat Sözleşme Şartları (Kırmızı Kitap)	FIDIC Tesis ve Tasarım- Yapım için Sözleşme Şartları (Sarı Kitap)	FIDIC Mühendislik-Tedarik- İnşaat (MTİ) / Anahtar Teslim Projeler için Sözleşme şartları (Gümüş Kitap)
Hemen hemen tüm tasarım işlerinin iş sahibine veya onun temsilcisine ait olduğu yapım ve mühendislik işleri için hazırlanmıştır.	Hemen hemen tüm tasarım işlerinin yükleniciye ait olduğu elektrik ve mekanik tesisat yapımı ile yapım ve mühendislik işleri için hazırlanmıştır.	Eğer işin bedeli ve bitirme süresinde bir kesinlik isteniyorsa ve yüklenici tasarım ve projenin gerçekleştirilmesi ile ilgili tüm sorumluluğu alıyorsa, büyük santraller, fabrikalar, altyapı projeleri ve diğer buna benzer projeler için hazırlanmıştır.

¹²¹ İnal, Tamer, Uluslararası mimarlık/mühendislik standart sözleşmelerinin yarar ve sakıncaları, K.H.H.D., sayı 51-52, s.231.

¹²² The FIDIC Contracts Guide, Geneva, 2000.

<p>Sözleşme iş sahibinin ihale sonrası “kabul mektubu”nu düzenleyerek yükleniciye vermesi ile yasal olarak yürürlüğe girer.</p> <p>Sözleşme alternatif olarak, “kabul mektubu” söz konusu değilse, ihale evrakları içinde yer alan “sözleşme anlaşması”nın imzası ile yürürlüğe girer.</p>	<p>Sözleşme iş sahibinin ihale sonrası “kabul mektubu”nu düzenleyerek yükleniciye vermesi ile yasal olarak yürürlüğe girer.</p> <p>Sözleşme alternatif olarak, “kabul mektubu” söz konusu değilse, ihale evrakları içinde yer alan “sözleşme anlaşması”nın imzası ile yürürlüğe girer.</p>	<p>Sözleşme ihale evrakları içinde yer alan “sözleşme anlaşması”nın¹²³ imzası ile yürürlüğe girer.</p> <p>Alternatif olarak ihale teklif mektubu’nda, sözleşmenin iş sahibinin “kabul mektubu”nu düzenlemesi ile yürürlüğe gireceği hükme bağlanabilir.</p>
<p>Sözleşme iş sahibi tarafından atanan mühendis tarafından sevk ve idare edilir.</p> <p>Uyuşmazlık çıkması halinde “Uyuşmazlık Çözüm Kurulu”na gidilir.</p> <p>Alternatif olarak özel hükümler kısmında düzenleme yapılarak, uyuşmazlık halinde “Uyuşmazlık Çözüm Kurulu” yerine geçmek üzere mühendis kararlarının dikkate alınacağı düzenlenebilir.</p>	<p>Sözleşme iş sahibi tarafından atanan mühendis tarafından sevk ve idare edilir.</p> <p>Uyuşmazlık çıkması halinde “Uyuşmazlık Çözüm Kurulu”na gidilir.</p> <p>Alternatif olarak özel hükümler kısmında düzenleme yapılarak, uyuşmazlık halinde “Uyuşmazlık Çözüm Kurulu” yerine geçmek üzere mühendis kararlarının dikkate alınacağı düzenlenebilir.</p>	<p>Sözleşme, iş sahibi veya atadığı temsilcisi tarafından sevk ve idare edilir.</p> <p>Uyuşmazlık çıkması halinde “Uyuşmazlık Çözüm Kurulu”na gidilir.</p>

¹²³ Sözleşme anlaşması (*contract agreement*) FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin tek sayfalık bir ekidir. Bu ekde genel hükümlerin yer aldığı birinci bölüm, özel hükümlerin yer aldığı ikinci bölüm, teknik spesifikasyonlar, çizimler, teklif mektubu ve teklif mektubunun kabulü mektubuna atıf yapılarak tarafların bu dökümanları okuduğu ve üzerinde anlaşmış oldukları belirtilmiştir. Taraflar sözleşme anlaşmasını imzalayarak atıfta bulunduğu tüm dökümanların kendileri için bağlayıcı olduğunu beyan etmektedirler.

<p>Yüklenici, spesifikasyonlar ve çizimleri içeren sözleşmeye ve mühendis talimatlarına uygun olarak, sözleşme konusu inşaat işlerini ifa eder ve sadece tarif edilmiş belli bir sınıra kadar istisnai olarak tasarım yapar.</p>	<p>Yüklenici, kendi ihale teklifini ve iş sahibinin ihtiyaçlarını içeren sözleşmeye uygun olarak, tesisatı ve/veya donanımın yapım işini tasarlar, montaj da dahil olmak üzere gerçekleştirir.</p>	<p>Yüklenici, iş sahibinin ihtiyaçlarını içeren sözleşmeye uygun olarak, yapım işini tüm tesisat veya donanım dahil olmak üzere tasarlar ve işletmeye hazır olacak şekilde gerçekleştirir.</p>
<p>Ara ödemeler ve nihai ödeme, mühendis tarafından, işin güncel miktarı ölçülerek ve bunlara tarifeler ve birim fiyatları uygulanarak hesaplanan tutar üzerinden tasdik edilecektir.</p> <p>Özel hükümlerde farklı değerlendirme prensipleri belirlenebilir.</p>	<p>Ara ödemeler ve nihai ödeme, mühendis tarafından bir ödeme/hakediş listesinde sözleşme konusu işin tamamlandığı aşamalara göre götürü bedel üzerinden belirlenerek tasdik edilecektir.</p> <p>Ancak işlerin güncel miktarının ölçümü ve birim fiyatlar üzerinden hesaplanacak tutarların ödenmesi de özel hükümlerde kararlaştırılabilir.</p>	<p>Ara ödemeler ve nihai ödeme, “iş sahibi temsilcisi” tarafından işin bitirilen kısmı tasdiklendikten sonra o kısım için götürü olarak belirlenmiş iş bedeli üzerinden ödenecektir.</p> <p>Ancak işlerin güncel miktarının ölçümü ve birim fiyatlar üzerinden hesaplanacak tutarların ödenmesi de özel hükümlerde kararlaştırılabilir.</p>
<p>Sözleşmenin genel hükümler kısmı sözleşmesel rizikolardan sorumluluğu taraflar arasında eşit ve adil bir şekilde paylaşmıştır.</p>	<p>Sözleşmenin genel hükümler kısmı sözleşmesel rizikolardan sorumluluğu taraflar arasında eşit ve adil bir şekilde paylaşmıştır.</p>	<p>Sözleşmenin genel hükümler kısmı sözleşmesel rizikolardan sorumluluğu önemli ölçüde yüklenici üzerinde bırakmıştır</p>

F. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde Yer Alan Standart İnşaat Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilere uygulanacak hukukun belirlenme kuralları 5718 sayılı MÖHUK ile düzenlenmiştir. Sözleşmesel bir ilişkiyi birden fazla hukuk sistemi ile ilgili kılan unsur “yabancılık unsuru” olarak adlandırılmaktadır. Yabancılık unsurunun nasıl belirleneceği ile ilgili kanunda bir açıklık olmasa da, herhangi bir sözleşmenin yabancılık unsurlu olması için, taraflardan birinin yabancı olması, ikametgahının yabancı ülkede olması, sözleşmenin yapıldığı yerin veya ifa yerinin yabancı ülkede olması yeterlidir.¹²⁴ Bu noktadan bakıldığında FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin “yabancılık unsuru” taşıma ihtimalinin yüksek olduğu söylenebilir, zira bu sözleşmeler genelde uluslararası rekabete açık olan büyük hacimli inşaat işleri için kullanıldıklarından, işi ihale eden iş sahibi ile yüklenicinin birbirinden farklı uyruklu olması veya işin yapılacağı yerin taraflardan herhangi biri için yabancı ülke niteliğinde olması ihtimali yüksek olacaktır.

FIDIC standart inşaat sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesindeki ilk ihtimal tarafların sözleşmede uygulanacak hukuk seçimini yapmış olmasıdır. MÖHUK md.24/1 hükmü uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabi olmaktadır. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'ni oluşturan tüm FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan m.1.4. hükmüne göre taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe ve karşılıklı anlaşarak seçebilmektedir. Tarafların yapması gereken tek şey hukukunu seçtikleri ülkenin ismini sözleşmeye yazmaktır. MÖHUK md.24/2 hükmü uyarınca taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilmektedir, ancak FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan m.1.4. hükmünün kullanıcıların seçeceği hukukun sözleşmenin tamamına uygulanması sonucunu doğuracak şekilde hazırlanmış olduğunu belirtmek gerekir.

Yabancılık unsuru içeren bir FIDIC standart inşaat sözleşmesi yapılırken sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Türk Hukuku'nun seçilmesi halinde, sözleşme serbestisi prensibi doğrultusunda uyuşmazlıklara öncelikle FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan kurallar uygulanacak, ancak boşluk olması halinde Türk Hukuku uygulanacak ve ayrıca emredici nitelikteki Türk Hukuku kuralları karşısında FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan kurallar uygulanmayacak ve bu emredici Türk Hukuku kuralları uygulanacaktır.¹²⁵

¹²⁴ Akıncı A.g.e. s.8

¹²⁵ Akıncı, A.g.e., s.25

Bu noktada Yargıtay'ın Türk Hukuku'nun uygulanacak hukuk olarak seçildiği sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim ile çözümleneceği durumlarda Türk Hukuku'nun doğru uygulanıp uygulanmadığı konusunda Yargıtay'ın denetim yapacağı yönünde bir görüşü olduğunu belirtmek gerekir.¹²⁶ Söz konusu görüş tahkim kurumunun niteliği ile bağdaşmadığı gerekçesi ile Akıncı tarafından eleştirilmiştir.¹²⁷ Ayrıca sözleşmeden doğan uyuşmazlığın çözümünde, uyuşmazlıkla ilgili FIDIC standart inşaat sözleşmesinde açık bir hüküm mevcutsa, yani Türk Hukuku'nun uygulanmasını gerektirecek bir boşluk mevcut değilse, Yargıtay'ın tahkim kararını denetlerken sadece gerçekten boşluk olup olmadığına bakması gerektiği, yoksa FIDIC standart inşaat sözleşmesi kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığını kontrol etmeyeceğini belirtmek gerekir.

MÖHUK md.24/3 hükmü uyarınca hukuk seçimi taraflarca sözleşmenin imzası esnasında veya sonradan her zaman yapılabilmekte veya sonradan değiştirilebilmektedir ve bu şekilde sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleştirilen hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak da geçerli olmaktadır. Dolayısıyla Türk Hukuku'nun uygulanacak hukuk olarak seçildiği bir FIDIC standart inşaat sözleşmesi'nde taraflar anlaşarak daha sonra farklı bir hukuku sözleşmeye uygulanmak üzere seçmiş olsalar dahi, seçilen yeni hukuk Türk Hukuk kuralları uyarınca ancak tarafların hakları saklı kalmak şartı ile geriye dönük olarak uygulanabilecektir.

FIDIC standart inşaat sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesindeki ikinci ihtimal tarafların sözleşmede uygulanacak hukuk seçimini yapmamış olmasıdır. MÖHUK md.24/4 hükmü uyarınca tarafların sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimini yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanacaktır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilecektir. Doktrinde karakteristik edimin yani sözleşmeyi karakterize eden edimin belirlenmesinde sözleşmeye türünü veren veya daha rizikolu olduğu düşünülen edimin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.¹²⁸ Eser sözleşmelerinde karakteristik edimin yüklenicinin eseri imal etmesi olduğu ve bunun sonucu olarak karakteristik edim borçlusunun yüklenici olduğu doktrinde ağırlıklı olarak

¹²⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 28.01.1994 tarih, 1993/4 E. – 1994/1 K. – Akıncı A.g.e. s.26

¹²⁷ Akıncı, A.g.e., s.119

¹²⁸ Tekinalp, G., Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, 1995, s.252-253

ileri sürüldüğü gibi, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda da açıkça belirtilmiştir.¹²⁹ Sonuç olarak tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmediği, ancak karakteristik edim borçlusu olan yüklenicinin işyerinin Türkiye olduğu FIDIC standart inşaat sözleşmesi'ne Türk Hukuku'nun uygulanacağını belirtmek doğru olacaktır.

Son olarak hakemlerin herhangi bir hukuka atıf yapmaksızın dahi uyuşmazlığı, o konuda sözleşme hükümlerinde bir boşluk olmaması sebebi ile FIDIC standart inşaat sözleşmeleri kuralları kapsamında çözebilecekleri ve bu tür sadece sözleşme hükümlerine atıfta bulunarak alınmış hakem kararlarının tenfizine 1958 tarihli “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi” çerçevesinde herhangi bir engel olmadığı doktrinde belirtilmiştir.¹³⁰

¹²⁹ Akıncı, A.g.e., s.84

¹³⁰ Akıncı, A.g.e., s.30

İKİNCİ BÖLÜM

FIDIC STANDART İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE (KIRMIZI-SARI-GÜMÜŞ KİTAP) İŞ SAHİBİ KAVRAMI VE İŞ SAHİBİNİN ESASLI BORÇLARI

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde iş sahibi için bir çok borç belirlenmiş olmakla beraber, iş sahibinin esaslı borçlarının, taraflar arasındaki ödeme, teslim gibi önemli ilişkileri düzenlemek ve sözleşmeyi yönetmek üzere mühendis atama borcu, işin yapılacağı sahayı yükleniciye teslim borcu ve iş bedelini yükleniciye ödeme borcu olduğunu belirtmek gerekir. Bu sayılanların dışında, yüklenicinin işi bitirmesine izin vermek, sözleşme gereği çeşitli talimatlar vermek, sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde alt-yüklenicileri ve malzeme sağlanacak kişileri belirlemek,¹³¹ işin ilerlemesine mani olmamak, eğer sözleşmede kararlaştırıldıysa malzeme sağlamak, yükleniciye işleri yapabilmesi için muhtelif izinleri vermek gibi yükümlülükler de iş sahibi borcu olarak sayılmıştır.¹³² Ancak fark edileceği üzere bunların bir kısmı iş sahibi açısından ya bir borç değil ve hak niteliğindedir, ya da esaslı borçlara yan borçlar niteliğindedir. Dolayısıyla çalışmamızda iş sahibinin bu yan borçlarına değinilmeyecek ve esaslı borçları üzerinde durulacaktır.

1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'ni oluşturan tüm FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan m.1.4. hükmüne göre taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku Türk Hukuku olarak seçmeleri halinde, uyuşmazlıklara öncelikle FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan kurallar uygulanacak, ancak boşluk olması halinde Türk Hukuku uygulanacak ve hatta boşluk olmasa dahi emredici nitelikteki Türk Hukuku kuralları uygulanacaktır. Dolayısıyla bundan sonraki bölümlerde iş sahibinin FIDIC standart inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan esaslı borçları incelenirken, aynı zamanda bu kuralların Türk Hukuku'ndaki aynı konu ile ilgili kurallar karşısındaki durumu karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

¹³¹ Akıncı, A.g.e. , s.38

¹³² Bunni, A.g.e., s.208

I. FIDIC STANDART İNŞAAT SÖZLEŞMELERİNDE (KIRMIZI-SARI-GÜMÜŞ KİTAP) İŞ SAHİBİ KAVRAMI

A. FIDIC Yeni Sözleşmeler Dizisi-1999'dan Önceki Dönemde İş Sahibi Kavramı

FIDIC standart inşaat sözleşmeleri, bir yapım projesinin gerçekleştirilmesi için yapılacak işlere karar veren ve bu işlerin maliyetini karşılayan iş sahibinin sözleşmenin birinci tarafı, onun işlerin yapımı için uygun bularak seçtiği yüklenicinin sözleşmenin ikinci tarafı olduğu kabulüne dayanmaktadır.¹³³ 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki FIDIC standart inşaat sözleşmelerine bakıldığında iş sahibi kavramının, genel hükümler içerisinde yer alan tanımlar kısmının farklı bölümlerinde ama birbirine çok yakın bir biçimde tanımlandığını görüyoruz.

FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı¹³⁴ m. 1.1.a.i. hükmü ve FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı¹³⁵ m. 1.1.12.deki hükmü iş sahibini, "*İş sahibi işbu sözleşmenin ikinci bölümünde ismi belirtilen kişi ile onun kanuni halefidir, ancak yüklenicinin onaylaması durumu hariç temellük eden-devralan değildir.*" şeklinde tanımlanmıştır. FIDIC-Turuncu Kitap-1995'de¹³⁶ ise iş sahibi genel hükümler içinde yer alan m. 1.1.2.1.deki hükümde, *İş sahibi işbu sözleşmenin teklif-ihale ekinde ismi belirtilen kişi ile onun kanuni halefidir, ancak yüklenicinin onaylaması durumu hariç temellük eden-devralan değildir.*" şeklinde tanımlanmıştır.

Görüleceği üzere birbirinden farklı işler için hazırlanmış her üç sözleşme türünde yer alan iş sahibi tanımında içerik olarak bir fark olmayıp, sadece iş sahibinin isminin sözleşmede belirleneceği yer farklı turulmuştur. Her üç sözleşmede de sözleşmenin taraflarının iş sahibi ve yükleniciden ibaret olduğu, eğer diğer tarafın yazılı onayı yoksa,¹³⁷ herhangi alacak veya borcu devralanın sözleşme tarafı olarak kabul edilmeyeceği vurgulanmış ve hatta bu tür bir onay verilmeden önce hukuki danışmanlık alınması önerilmiştir.¹³⁸

¹³³ Guide to use of Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction Fourth Edition (Red Book), 1.Baskı, Geneva, 1989 ,s.35.

¹³⁴ FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction, Fourth Edition Geneva, 1987 – Reprinted 1988 with editorial amendments-Reprinted 1992 with further amendments.

¹³⁵ FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works, Third Edition, Geneva, 1987.

¹³⁶ FIDIC Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey, First Edition, Geneva, 1995.

¹³⁷ FIDIC-Turuncu Kitap-1995'de yer alan m.1.8.'e göre yukarıda bahsedilen onayın yazılı şekilde olması şarttır.

¹³⁸ Guide to use of Conditions of Contract for Design-Build and Turnke First Edition (Orange Book), Geneva, 1996, s.20.

Her üç sözleşmenin de genel hükümler kısmında yer alan “açıklama” başlıklı m. 1.3. hükmünde iş sahibi de dahil olmak üzere sözleşmede geçen “ taraflar” ve “kişiler” kelimelerinin ortaklık, şirket ve her tür yasal yetkinliği olan kuruluşu da içerdiği belirtilmiştir, yani FIDIC standart sözleşme şartlarına göre iş sahibi gerçek kişi olabileceği gibi tüzelkişi de olabilmektedir.

B. FIDIC Yeni Sözleşmeler Dizisi -1999’da İş Sahibi Kavramı

1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde yer alan standart inşaat sözleşmelerine bakıldığında iş sahibi kavramının, her üç sözleşmede de genel hükümler içerisinde yer alan tanımlar kısmının, taraflar ve kişiler isimli bölümünde düzenlendiğini ve birbirinin aynı ve fakat sadece iş sahibi isminin yer alacağı yerin farklı belirtildiği şekilde tanımlandığını görüyoruz.

FIDIC-Kırmızı Kitap–1999 ve FIDIC-Sarı Kitap–1999’da iş sahibi genel hükümlerde yer alan m. 1.1.2.2.deki hükümde, “*İş sahibi işbu sözleşmenin ihale ekinde ismi belirtilen kişi ile onun kanuni halefidir.*” şeklinde tanımlanmıştır.¹³⁹FIDIC-Gümüş Kitap-1999’da ise iş sahibi genel hükümlerde yer alan m. 1.1.2.2.deki hükümde, “*İş sahibi sözleşme anlaşmasında ismi belirtilen kişi ile onun kanuni halefidir.*” şeklinde tanımlanmıştır.¹⁴⁰

Türk Hukuku’nda Borçlar Kanunu’nun ilgili hükümlerinde eser sözleşmesinin tarafı olarak tarif edilen “iş sahibi” terimini ifade etmek üzere, Alman ve İsviçre Hukuku’nda sipariş veren, ismarlayan anlamına gelen “*Besteller*”¹⁴¹, Fransız Hukuku’nda amir anlamına gelen “*Maitre*”, İngiliz Hukuku ve FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde ise işveren anlamına gelen “*Employer*” terimleri kullanılmaktadır. Görüleceği üzere farklı hukuk sistemlerinin kullandığı terminolojilerde bir uyum mevcut değildir. Ayrıca doktrinde de iş sahibini ifade etmek üzere farklı terimler kullanılmıştır, örneğin Seliçi inşaat sözleşmelerine özel olarak iş sahibi için “İnşaat Sahibi” terimini kullanmıştır.¹⁴² Ancak Tandoğan’a göre, eser sözleşmesi başkasına ait bir işin görülmesini konu edindiğinden ve bugüne kadar tutunmuş bir deyim olduğundan Borçlar Kanunu’nun da kullandığı “iş sahibi” kavramını kullanmaya devam etmek yerinde olacaktır.¹⁴³

¹³⁹ FIDIC Conditions of Contract for Construction, Birinci Baskı, Geneva, 1999 ve FIDIC Conditions of Contract for Plant and Design-Build, Birinci Baskı, Geneva, 1999.

¹⁴⁰ FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, Birinci Baskı, Geneva, 1999.

¹⁴¹ Becker, H., İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çeviren A.Suat Dura, Ankara, 1993, s.626.

¹⁴² Seliçi, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s.1.

¹⁴³ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 5.Tıpkıbasım, İstanbul, 2010, s.2.

Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde yapılmış bir iş sahibi tanımı mevcut değildir ancak doktrinde iş sahibinin çeşitli tanımları yapılmıştır. Yavuz iş sahibini bir eserin meydana getirilip teslimi karşılığı ücret ödeme borcu altına giren kişi olarak,¹⁴⁴ Dayınlı istisna akdine konu olan eserin meydana getirilmesinde ve yüklenici tarafından meydana gelen eseri teslim almakta menfaati olan kişi olarak,¹⁴⁵ Selimoğlu ise eser sözleşmesi uyarınca yüklenici tarafından meydana getirilen eserin sahibi olarak,¹⁴⁶ tanımlamıştır. Görüleceği gibi Borçlar Kanunu'nda açık bir tanımla verilmemiş olması sebebi ile Türk Hukuk Doktrini'nde iş sahibi kanundaki eser sözleşmesi tarafından yola çıkarak tanımlar yapılmıştır. Dolayısıyla, eser sözleşmesini tarif eden BK m.355 hükmünden hareketle, iş sahibini eser sözleşmesinde bir eserin yapılması ve kendisine teslimi karşılığında bir ücret ödeyeceğini taahhüt eden kişi olarak tarif etmek mümkündür.

Türk Hukuku'nda tüm eser sözleşmelerini kapsamamakla beraber diğer bir hukuki kaynak olarak olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yer alan iş sahibi kavramından bahsetmek gerekir. Zira her iki kanuna göre yapılan inşaat sözleşmelerinde kamu hukukuna bağlı veya kamu denetimi altında olan veya kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşları iş sahibi sıfatını taşımaktadır. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.2. hükmünde iş sahibi olarak inşaat sözleşmelerine taraf olabilecek kamu kurum ve kuruluşları sırasıyla genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri (TBMM, Cumhurbaşkanlığı, Başbakanlık, Anayasa Mahkemesi vb. Yüksek Mahkemeler, Bakanlıklar, Müsteşarlıklar, Genel Müdürlükler), özel bütçeli idareler (Üniversiteler vb.), düzenleyici ve denetleyici kurumlar (TRT, SPK vb.), sosyal güvenlik kurumları, mahalli idareler (Belediyeler, İl Özel İdareleri) ve KİT'ler, Fonlar vb. diğer kamu kuruluşlarıdır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu bu tür inşaat sözleşmeleri, bir tarafı idare olmasına rağmen özel hukuk ilişkisi doğuran sözleşmelerdir ve Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir.¹⁴⁷ FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin bir kamu kurum veya kuruluşu olmasına herhangi bir engel yoktur. Türkiye'de bir kamu kurum veya kuruluşu açtığı herhangi bir ihalede yabancı bir yüklenici ile FIDIC standart inşaat sözleşmelerini kullanarak anlaşma yapmak isteyebilir. Bu durumda sözleşmeden önceki ihale aşamasında doğabilecek uyuşmazlıkların çözüm

¹⁴⁴ Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2007, s.497.

¹⁴⁵ Dayınlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, 2008, s.160.

¹⁴⁶ Selimoğlu, Engin, İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara, 2010, s.3.

¹⁴⁷ Selimoğlu, A.g.e., s.3.

yeri 4734 sayılı kanun kapsamında idari yargı, 4735 sayılı kanun kapsamında sözleşmenin imzalanmasından sonra doğabilecek uyuşmazlıkların çözüm yeri ise adli yargı veya tahkim şartı var ise tahkim olacaktır.

Yukarıda belirttiğimiz gibi FIDIC standart inşaat sözleşmeleri arasında, sözleşmenin içinde iş sahibi isminin belirtildiği yer dışında herhangi iş sahibi düzenlemelerinde bir fark yoktur ve iş sahipleri gerçek kişi veya tüzel kişi olabilmektedir. Ancak 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki FIDIC standart sözleşmelerinde iş sahibi tanımı içinde yer alan “ ... *ancak yüklenicinin onaylaması durumu hariç temellük eden değildir.*” ifadesine, 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer verilmemiştir. Zira 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki standart sözleşmelerde birbirinden oldukça farklı düzenlenmiş bir mesele olan “ tarafların hak ve borçlarını devri” konusu, 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yeknesak bir biçimde düzenlenerek, m.1.7.de yeni ve ayrı bir hüküm getirilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, gerek iş sahibi gerekse yüklenici, diğer tarafın onayı olmadan, hak ve borçlarının tümünü veya bir kısmını diğer tarafın mutabakatı olmadan devir imkanına sahip değildirler. Yani FIDIC inşaat sözleşmelerinde her iki taraf için de bir hak ve borç devir yasağı mevcuttur. Bu yasağın istisnası, sözleşmeden doğan alacak bir banka veya finans kurumuna teminat olarak gösterilmek üzere devir ve temlik edilecekse, m.1.7.b. hükmü uyarınca diğer tarafın onayı olmadan bu devrin yapılabilmesidir. Bu durumda taraflar değişmemekte sadece alacak bir banka veya finans kurumuna temlik edilebilmektedir.

FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki iş sahibi tanımı ile ilgili 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde getirilen bir diğer yenilik genel hükümlerde “iş sahibinin personeli” adı altında bir düzenleme ile bu kişilerin de, sözleşme tarafı olmamakla beraber ayrıca tanımlanmış olmasıdır. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde “iş sahibinin personeli” ile örneğin m. 7.3.e istinaden test ve gözetime katılanlar, m. 1.1.2.6.'ya istinaden yükleniciye bildirilenler gibi iş sahibinin sorumlu olduğu kişiler kastedilmiştir.¹⁴⁸ “İş sahibinin personeli”nin bu şekilde tanımlanması Avrupa’lı Uluslararası Müteahhitler – EIC tarafından özellikle iş sahibinin bir hükümet veya resmi bir kuruluş olduğu durumlarda “iş sahibinin personeli” niteliğindeki kişilerin çok büyük miktarlara ulaşacağı ve bu durumun sorunlara yol açabileceği gerekçeleri ile eleştirilmiştir.¹⁴⁹ Bu noktada unutmamalıdır ki, iş sahibinin şantiyedeki diğer yüklenicileri m.

¹⁴⁸ The FIDIC Contracts *Guide*, 1.Baskı, Geneva, 2000, s.49.

¹⁴⁹ EIC-European International Constructors Guide to the FIDIC Conditions of Contract for Construction , Berlin, 2002, sf.6.

2.3.'e istinaden “iş sahibi personeli” niteliğinde değilken ve FIDIC-Kırmızı Kitap–1999 ve FIDIC-Sarı Kitap–1999’da yer alan mühendis ve onun personeli “iş sahibi personeli” niteliğindedir.¹⁵⁰ Türk Hukuku uyarınca FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde “iş sahibi personeli” adı altında düzenlenen kişileri BK m.100 hükmü kapsamında iş sahibinin ifa yardımcıları olarak nitelemek mümkündür, zira bu kişiler iş sahibinin muhtelif borçlarını ifasını veya sözleşmeden kaynaklanan bir takım haklarını kullanmasında kendisine yardımcı olmaktadır ve FIDIC standart inşaat sözleşmeleri hükümlerine göre bu kişilerin verecekleri zarardan iş sahibi sorumlu olmaktadır.

II. İŞ SAHİBİNİN ESASLI BORÇLARI VE AYKIRILIK

FIDIC standart inşaat sözleşmelerine göre iş sahibinin üç temel ve esaslı borcu mevcuttur. Sözleşme konusu işin niteliğine göre değişmekle beraber ifa edilmelerindeki sıraya göre bunlardan ilki sözleşmeyi yönetmek üzere mühendis atama borcu, ikincisi işin yapılacağı saha zilyetliğinin ve erişim hakkının yükleniciye teslimi borcu, sonuncusu da iş bedelini sözleşmede belirtilen usuller çerçevesinde yükleniciye ödeme borcudur. İlerleyen bölümlerde söz konusu her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesi türünde iş sahibinin esaslı borçları eski ve yeni versiyonları karşılaştırılarak ve ilgili konudaki Türk Hukuku kurallarına değinilerek incelenecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki Türk Hukuku’nda iş sahibinin yükümlülükleri adı altında çok ağırlıklı olarak iş bedelini ödeme yükümlülüğü üzerinde durulmuş, bunun dışındaki yükümlülükleri ne uygulamada çok yer bulmuş ne de doktrinde detaylı inceleme konusu olmuştur. Türk Hukuku’na göre iş sahibinin başlıca ve esaslı borcu, asli edim yükümü iş bedelini ödemektir. Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde “iş sahibinin borçları” kenar başlıklı bir düzenleme m.364 ile 366 hükümleri arasında yapılmış, ancak bu maddelerde sadece iş sahibinin iş bedelini ödeme borcunun düzenlenmesi ile yetinilmiştir. Ancak Borçlar Kanunu’nundaki kenar başlık “iş sahibinin borçları” olduğuna göre, iş sahibinin iş bedelini ödeme dışında da borçları olmalıdır.¹⁵¹ Bunlardan ilki BK m.361.f. son gereği, iş sahibinin malzemenin veya tamir edilecek şeyin kendisi tarafından bilinen ancak yüklenicinin haberdar olmayacağı tehlikeli veya işi etkileyecek özellikleri hakkında yükleniciyi bilgilendirmek borcudur. İkinci olarak iş sahibinin eserin ayıplı olup olmadığını incelemek ve ayıplı ise yükleniciye ihbar etmek borcu sayılabilir. Bir diğer borç olarak BK m.356 f.son gereği inşaat sözleşmesinde işin yapılması

¹⁵⁰ Glover, A.g.e., s.9.

¹⁵¹ Yavuz, A.g.e., s.534. – Karşı görüş için bkz. Öz, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2006, s.100

için gerekli araç ve gereçlerin iş sahibi tarafından karşılanacağı belirtilmişse iş sahibinin bunları zamanında ve gereği gibi temin ederek yükleniciye teslim borcundan bahsedilebilir. Ayrıca iş sahibinin inşaatın yapılacağı arsanın hem hukuki (kamulaştırılmış, parsellenmiş, inşaata uygun imar durumu, inşaat ruhsatı mevcut) hem de fiziki ayıplardan arınmış olarak yükleniciye teslim edilmesi borcundan söz edilebilecektir.¹⁵² Bu noktada belirtmek gerekir ki, aksine sözleşmede bir hüküm yoksa¹⁵³ inşaat projelerini yaptırmak da,¹⁵⁴ kural olarak iskan ruhsatının alınması da iş sahibi sorumluluğundadır, ancak taraflar yapacakları sözleşme ile bu yükümlülüğün yükleniciye ait olacağına ve bu borcu arsa sahibinden BK m.357 hükmü uyarınca alınacak bir vekaletname ile ifa edebileceğini kararlaştırabilirler.¹⁵⁵ Son olarak vergi hukuku açısından bakıldığında, sözleşmede aksi yönde bir düzenleme yoksa iş bedelinden doğan KDV'nin ödenmesi¹⁵⁶ ve yükleniciye iş bedeli ödemesi yapılırken stopajın kesilerek maliyeye iş sahibi tarafından yatırılması¹⁵⁷ iş sahibi borçları arasında sayılabilecektir.

Türk Hukuku'nda iş sahibinin asli borcu olan ücret ödeme dışındaki yukarıda sayılan yan borçları Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesi ile ilgili bölümünde toplu bir biçimde düzenlenmemiş, daha ziyade Borçlar Kanunu genel hükümlerden ve muhtelif bağlantılı yasalardan çıkarımlar yapılarak yukarıdaki belirlemeler yapılmıştır. Bunlar genel olarak sözleşmeden doğan güven ilişkisinin bir gereği olarak ortaya çıkan ve eserin ortaya çıkması için iş sahibinin de kendisinden beklenen şeyleri yapması, yani işbirliği göstermesi prensibinden ortaya çıkan borçlardır.¹⁵⁸

A. MÜHENDİS ATAMA BORCU

1. Genel Olarak

Yukarıdaki bölümlerde açıklandığı üzere FIDIC-Kırmızı Kitap ve FIDIC-Sarı Kitap'ta inşaat sözleşmesi iş sahibi tarafından atanan mühendis tarafından sevk ve idare edilirken, FIDIC-Gümüş Kitap'ta bu kuruma yer verilmemiş ve sözleşmenin bizzat iş sahibinin kendisi veya belirleyeceği temsilcisi (iş sahibi temsilcisi) tarafından yönetileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla bu

¹⁵² Dayımlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s.160.

¹⁵³ Yargıtay 15 HD 20.05.1985 T., 4396E 1727K – Uygur, Turgut, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Ankara, 2010, s.8109.

¹⁵⁴ Duman, A.g.e., s.149.

¹⁵⁵ Yargıtay 15 HD 20.04.1992 T., 5002E 2048K – Uygur, A.g.e., s.8110.

¹⁵⁶ Bu konuda daha geniş açıklama “ii. İş bedeli ve vergiler” başlığı altında sf 116’da yapılmıştır.

¹⁵⁷ Duman, A.g.e., s.149.

¹⁵⁸ Gökyayla, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009, s.26.

bölümde ele alınan mühendis atama borcu sadece FIDIC-Kırmızı Kitap ve FIDIC-Sarı Kitap için geçerlidir.

İşi tanımlayan, yaptıran ve ücretini ödeyen sözleşme tarafı olarak iş sahibinin inşaat işlerinde deneyimi olan bir kadrosu olsa da olmasa da, yaptırılacak inşaatın teknik özelliklerini tespit etmek, ihale şartlarını oluşturmak, proje, çizim ve teknik belgeleri hazırlamak, inşaat süresince kontrol hizmetlerini yerine getirmek gibi sorumlulukları bu konuların uzmanı bir müşavir mühendise verme, yüklenici ise inşaat esnasında karşılaşılan sorunlar ile ilgili iş sahibi namına hareket edebilen bir uzman ekip arama eğilimindedir.¹⁵⁹ Ayrıca iş sahibi ile yüklenici arasında sözleşmenin devamı esnasında çıkabilecek teknik-idari-hukuki ihtilafların da çözümü için tarafsız bir arabulucuya ihtiyaç da söz konusudur. İşte tüm bu ihtiyaçların giderilmesi için FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde mühendis kavramı oluşturulmuş ve sözleşmenin yürütülmesinde kendisine önemli görevler verilerek hak ve borçları muhtelif sözleşmelerde düzenlenmiştir. FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin genel yapısı iş sahibi ve yüklenici arasında dengeyi oluşturan mühendis kurumu esas alınarak oluşturulmuştur. FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin genel şartlarından bir takım hükümlerin çıkarılması veya bir takım eklemeler yapılması mümkündür, ancak bu yapılırken iş sahibi, yüklenici ve mühendis arasındaki dengenin bozulmamasına çok dikkat edilmelidir, aksi takdirde mühendisin yerine getireceği işlevler üzerine kurulu sözleşme sisteminin beklendiği şekilde işlememesi söz konusu olabilecektir.¹⁶⁰

Mühendis inşaat işinin projeye uygun olarak yapılıp tamamlanması için gerekli tasarımları yapmak, işi denetlemek, belgelendirme ve onay makamı olarak hareket etmek, doğacak uyuşmazlıklar ya da ileri sürülebilecek talepler hakkında karar vermek gibi çok önemli görevler üstlenmektedir. Bu önemli görevleri nedeni ile mühendisin atanmaması ne sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmekte ne de yükleniciye iş sahibinden herhangi bir talepte bulunma hakkı vermemesine rağmen, FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999'un hukuki olarak kurulmuş olsalar da neredeyse ölü doğmuş olmaları ve yüklenicinin işe fiili olarak başlayamaması sonucunu doğuracağından, doktrinde gerek yabancı¹⁶¹ gerekse yerli kaynaklarda mühendisin atanması iş sahibinin esaslı borçlarından biri olarak sayılmıştır.

¹⁵⁹ Karayalçın, A.g.m.,s.292.

¹⁶⁰ Karayalçın, A.g.m., s.292.

¹⁶¹ Bunni, A.g.e., s.209, Akıncı, Ag.e., s.39

Bu kapsamda iş sahibinin FIDIC standart inşaat sözleşmeleri açısından ifa etmesi gereken en önemli borçlarından biri, sözleşmenin yapımından önce ve sonra önemli görevleri yürütecek olan mühendisin atanmasıdır. FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’da yer alan “Mühendisin Borç ve Yetkileri” isimli m.3.1. hükmünde söz konusu borç; “İş sahibi sözleşme ile kendisine verilen sorumlulukları yerine getirecek olan mühendisi atayacaktır” ifadesi ile belirtilmiştir. Mühendisin FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan önemli görevleri nedeni ile, adeta bu atama yapılmadan sözleşmenin yürütülmesi mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla sözleşmenin geçerliliği ile ilgili bir ön koşul olmamasına rağmen, söz konusu atamanın yapılmaması sözleşmenin işleyişini engelleyeceğinden, önemli iş sahibi yükümlülüklerinden birinin de mühendisin atanması olduğu rahatlıkla söylenebilir. Örneğin FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999 m.8.1 hükmü uyarınca yüklenici ihaleyi kazandığını bildiren kabul mektubunu almasından sonraki 42 gün içinde sözleşme konusu işe başlayabilmesi için mühendisin kendisine 7 gün içinde işe başlaması gerektiğini bildiren bir ihbarı göndermesi gerekmektedir, söz konusu ihbar yapılmadan yüklenici işe başlayamamaktadır.

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde mühendisin atanması ile ilgili herhangi bir zaman belirtilmemiş olmasına rağmen, uygulamada sözleşme öncesi ve sonrasında farklı mühendis ile çalışmanın getireceği iki başlıktan kaynaklanan bir çok sorunu bertaraf etmek üzere, sözleşme öncesi tasarım döneminde söz konusu atamanın yapılması ve aynı kişi veya firma ile devam edilmesi tavsiye edilmektedir.¹⁶²

Türk Hukuku’nda özellikle Borçlar Kanunu’nda düzenlenen eser sözleşmeleri ile ilgili hükümlerde bu tür bir mühendis kavramına yer verilmediği gibi, iş sahibi tarafından atanması ile ilgili de herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla inşaat aşamasında iş sahibine projenin oluşturulması, ihale, sözleşmenin yürütümü, inşaat işlerinin denetimi vb. konularda yardımcı olacak bir mühendisin hukuki durumu, görev ve yetkileri, yasal düzenlemelerden ziyade, iş sahibi ile mühendis arasında yapılacak bir sözleşme ile ve inşaat sözleşmesinin bir bölümünde isim ve görevlerinin yer alması ile belirlenebilecektir.¹⁶³

Bu noktada belirtmek gerekir ki FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan mühendis kavramına yakın bir kurum 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda düzenlenmiş ve bu kanun kapsamında yapılan büyük inşaat işleri ile ilgili m.4.de bir “Danışman” kavramı getirilmiştir. Buna

¹⁶² Glover, A.g.e., s.57.

¹⁶³ Karayalçın, A.g.m., s.293.

göre “Danışman” teknik konularda danışmanlık yapan, bilgi ve deneyimini idarenin yararı için kullanan, danışmanlığını yaptığı işin yüklenicileri ile hiçbir organik bağ içinde bulunmayan, idareden danışmanlık hizmeti karşılığı aldığı ücret dışında hiçbir kazanç sağlamayan hizmet sağlayıcılarını ifade etmektedir. Dolayısıyla 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında kamu kuruluşu tarafından yapılacak ihale ve bu ihale sonucunda yapılacak sözleşmenin uygulanmasında, aynı FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi iş sahibine bir müşavir mühendislik hizmeti verecek bir gerçek veya tüzel kişinin öngörüldüğünü belirtmek yanlış olmayacaktır.

2. İş Sahibi Tarafından Atanan Mühendisin Hak ve Borçları

Mühendis FIDIC standart inşaat sözleşmesinin herhangi bir tarafı değildir, mühendis sadece iş sahibi ile imzaladığı müşavir-mühendislik sözleşmesine taraftır.¹⁶⁴ Yapım işlerinin yüklenici tarafından ifası esnasında, mühendis, bir yandan iş sahibi adına FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan hak ve yetkileri kullanmakta, diğer yandan hem FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde hem de müşavir-mühendislik sözleşmesinde belirlenen borç ve yükümlülükleri ifa etmektedir.¹⁶⁵ Mühendisin sözleşmelerin tarafı olmamasına rağmen inşaatın devamı esnasında ifa ettiği borçları FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’da yer alan genel hükümler ile düzenlenmiştir, bunlardan en önemlilerine sırasıyla aşağıda değinilecektir.¹⁶⁶

Burada belirtilmesi gereken önemli nokta, aşağıda yer alan işlerin bir yönü ile mühendisin iş sahibine karşı aralarındaki müşavir-mühendislik sözleşmesine göre borçları, diğer yönü ile yükleniciye karşı FIDIC standart inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan hak ve yetkileri olduğudur. Bu nedenle bazı başlıklarda hem hak hem de borç kelimesi özellikle aynı anda kullanılmıştır.

a. Tasarımın (Çizimlerin) Oluşturulması Borcu

Eğer mühendis FIDIC önerilerine uyularak henüz ihale süreci başlamadan iş sahibi tarafından atanmışsa, mühendisin iş sahibine karşı söz konusu borcunun ihale süreci bitirilmeden evvel ifa edilmiş olması gereklidir, zira tasarımlar ne kadar eksiksiz tamamlanmışsa, ihaleden o kadar fazla verim alınacaktır.

¹⁶⁴ Bu sözleşmenin detayı hakkında ilerleyen bölümlerde II.A.4. maddesi altında bilgi verilecektir.

¹⁶⁵ Glover, A.g.e., s.56.

¹⁶⁶ Bunni, A.g.e. , s.210.

Bu borç kapsamında mühendis projenin yapımına başlanmadan önceki safhada iş sahibine hayal ettiği projenin nasıl gerçekleşebileceği ile ilgili etütler de yapacak, yapım işinin hangi malzeme ile ve hangi inşaat usulu ile yapılabileceği konularında danışmanlık verecek ve ihalenin de temelini oluşturacak projenin oluşturulması ve çizimini gerçekleştirecektir.¹⁶⁷

b. İş sahibinin Temsilcisi Olarak Sözleşme Yönetimi Hak ve Borcu

Burada sözleşme konusu işin zamanında, belirlenen bütçenin içinde kalacak şekilde, tarif edilen kaliteye ve tasarıma uygun tamamlanmasını sağlamak üzere, mühendisin iş sahibine karşı bir borcu ve aynı zamanda yüklenici tarafından sözleşme konusu iş yapılırken iş sahibini temsilen, sanki iş sahibiymişcesine yüklenicinin ve sözleşmenin yönetilmesi hak ve yetkisinden bahsetmek doğru olacaktır.

Bu kapsamda projenin yapımına başlandıktan sonra mühendis tarafından sözleşmenin yönetimi ile ilgili oldukça çeşitli ve genelde yüklenici ile karşı karşıya gelmesini gerektiren faaliyetler yürütülmektedir. Örneğin yükleniciye iş sahibi adına iş değişikliği talimatı vermek, yüklenicinin bitirdiği işlere ilişkin ara ödemelere ve hakedişlere iş sahibi adına onay vermek, geçici ve kesin kabulü yapmak gibi sözleşmenin yürütümü esnasında iş sahibini temsilen kullanması gereken hak ve yetkiler sayılabilir.¹⁶⁸

c. Denetleme Hak ve Borcu

Sözleşme konusu işin yapımı aşamasında iş programı, kullanılan malzeme, tasarıma uyulması vb. ni denetleme işinin daha ziyade yüklenicinin belli bir kaliteyi sağlaması için mühendisin iş sahibine karşı ifa etmesi gereken bir borcu olduğunu, yükleniciye karşı ise FIDIC standart inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan kullanılması gereken bir yetki ve hak olduğunu belirtmekte yarar vardır. FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde, yapım esnasında kullanılan malzeme, demirbaş teçhizatın sözleşmede belirtilen niteliklere ve mühendisin talimatlarına uygun olması gerektiği ve mühendisin bunlar üzerinde nerede olurlarsa olsunlar testler yapma hakkı olduğu hüküm altına alınmıştır.

¹⁶⁷ Türegün, A.g.m., s.259.

¹⁶⁸ Türegün, A.g.e., s.259.

FIDIC standart inşaat sözleşmeleri temelde Anglo-sakson ülkelerinde geçerli olan “örf ve adetlere dayalı içtihat hukuku” (*common law*) prensipleri baz alınarak hazırlandığından, bu noktada söz konusu hukuk sisteminde yer alan muhtelif emsal mahkeme kararları ile¹⁶⁹, mühendisin yükleniciye işini nasıl yapacağını söylemek yükümlülüğü olmadığını, yükleniciye değişik konularda danışmanlığını sunabileceğinin ancak mühendisin yaptığı tasarımı gerçekleştirecek şekilde bir yapıyı inşa etmek ve kullanılabilir halde teslim etmek nihai borcunun yüklenicide olacağını bağlayıcı olarak hüküm altına alındığını belirtmekte yarar vardır.¹⁷⁰

d. Belgelendirme Hak ve Borcu

Belgelendirme ile mühendisin yüklenici tarafından yapılan işin tamamlanıp tamamlanmadığını belirlemesi veya yüklenici tarafından yapılan işin değerini ölçerek birim maliyetler üzerinden veya işin aşamaları için belirlenmiş götürü ücret üzerinden ödenecek iş bedeli tutarını belirlemesi ve onaylayacak şekilde belgelendirmesi kastedilmektedir. Bu belgeler aylık ödemelerin veya nihai ödemenin yapılabilmesi için ön koşul niteliğindedir.¹⁷¹ Burada yine aynı anda mühendisin müşavir mühendislik sözleşmesinden kaynaklanan iş sahibine karşı bir borcu ve yükleniciye karşı FIDIC standart inşaat sözleşmelerinden kaynaklanan bir yetki ve hakkı olduğunu belirtmek gerekir.

Mühendisin belgelendirme borç ve yetkisi ile ilgili ihmalden kaynaklanan sorumluluklarının sınırları İngiliz Hukuku’nda önemli hukuki tartışmalardan biri olmuştur. Mühendisin bir ara ödemenin belgelendirilmesi esnasında belgelerin içeriği ile ilgili ihmali sonucu yanlış tutarda ödeme yapılmasına sebep olması durumunda FIDIC standart inşaat sözleşmesine taraf olmadığı ve yükleniciye karşı bir özen borcu olmadığı ve sözleşmede bu konuda bir sorumluluk kaldırıcı hüküm de olması dolayısıyla yüklenici zararlarından sorumlu olmadığına dair mahkeme kararları verilmiş olsa da,¹⁷² başka bir emsal karar ile¹⁷³ örneğin yapım işinin devamı esnasında yanlışlıkla iş süresinin uzatımı gerektiği yönünde belgeleme yapan mühendisin yükleniciye karşı sözleşme hükümleri ile çatışacak şekilde belgelendirme yapması sebebi ile sorumlu tutulmasına hükmedilmiştir.

¹⁶⁹ Oldschool v. Gleeson (Construction) Ltd (1976) 4 BLR 103 – Clayton v. Woodman (1962) 1 WLR 585. – Bunni, A.g.e.177

¹⁷⁰ Bunni, A.g.e., s.176-177.

¹⁷¹ Akıncı, A.g.e., s.145

¹⁷² Glover, A.g.e., s.58 – Pacific Associates v Baxter 1998 44 BLR 33.

¹⁷³ Glover, A.g.e., s.58 – John Mowlem&Co v Eagle Star Insurance&Ors 1992 62 BLR 126.

e. Değerlendirme ve Karar Verme Hakkı

FIDIC standart inşaat sözleşmesi ile mühendise iş sahibi ile yüklenici arasında çıkabilecek olası uyuşmazlıklarda, ya da tarafların herhangi bir konudaki talebi hakkında konuyu değerlendirip muhakeme ederek sonuca bağlama hak ve yetkisi verilmiştir.

İş sahibinin mühendis atama yükümlülüğü ile ilgili yukarıda belirtilen esaslar, gerek 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki dönem sözleşmeler, gerekse 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'ndeki sözleşmelerde hemen hemen aynı şekilde düzenlenmiştir. Ancak aralarındaki en önemli fark mühendisin sözleşme düzeni içindeki rolü ve özellikle değerlendirme ve karar verme hakkını kullanırken uygulayacağı takdir yetkisinin tarifinde görülmektedir. Bu aşamada belirtmek gerekir ki, FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin uygulanması ve yorumlanması esnasında uzun yıllar mühendisin sözleşmedeki rolünün iş sahibinin bir temsilcisi mi, bir uzlaştırıcı mı yoksa tarafsız bir karar mercii mi olduğu tartışılmıştır.¹⁷⁴ FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'da yer alan m.2.6. hükmü ile mühendisin alacağı kararlarda takdir yetkisini kullanırken sözleşme hükümleri ile uyumlu bir şekilde "tarafsız" davranacağı hüküm altına alınırken, FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da yer alan m.3.1. ve 3.5. ile mühendisin tarafsız olmadığı ve iş sahibi için çalıştığı vurgulanmış, taraflardan birinin herhangi bir talebi veya uyuşmazlık halinde bir anlaşmaya varmak üzere taraflara danışmanlık vereceği, anlaşma olmaması halinde ise tüm koşulları değerlendirerek takdir yetkisini kullanacağı ve sözleşmeye uygun "adil" bir karar vermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.¹⁷⁵

Yukarıdakine benzer bir farklılık FIDIC-Sarı Kitap'ın önceki ve sonraki versiyonlarında da mevcuttur. FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı'da yer alan m.2.1. ve 2.4. ile mühendisin taraflardan birinin herhangi bir talebi veya uyuşmazlık halinde tüm şartları değerlendirerek "tarafsız" bir biçimde takdir yetkisini kullanacağı hüküm altına alınmışken, FIDIC-Sarı Kitap-1999'da yer alan m.3.1. ve 3.5. hükümlerinde mühendisin tarafsız bir şekilde değil iş sahibi adına hareket ettiği kabul edildiği, tarafların anlaşmasını sağlayamaması halinde kullanacağı takdir yetkisi sonucu "adil" bir karar alması gerektiği yönünde düzenleme yapılmıştır.

Mühendisin rolü ve hareket tarzının yukarıda belirtildiği gibi 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki ve sonraki standart inşaat sözleşmelerinde farklı şekilde

¹⁷⁴ Glover, A.g.e., s.57.

¹⁷⁵ Bunni, A.g.e., s.491.

düzenlenmiş olmasının sonucu olarak, sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki standart inşaat sözleşmelerinde mühendisin kararından memnun olmayan tarafın doğrudan tahkime gidemesiyken, 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde mühendis kararı ile tahkim arasına “Uyuşmazlık Çözüm Kurulu” isimli yeni bir uyuşmazlık çözüm alternatifi getirilmiş olmasıdır. Zira artık 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde tarafsız olarak değil iş sahibi adına hareket eden bir mühendis söz konusudur, ancak uyuşmazlıkların çözümü için son çare olan tahkime gidilmeden evvel tarafsız bir şekilde karar vereceği düşünülen “Uyuşmazlık Çözüm Kurulu” ile 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde düzenlenerek denge sağlanmak istenmiştir.

Son olarak Türk Hukuku'nda eser sözleşmeleri ile ilgili Borçlar Kanunu hükümleri arasında mühendis hak ve borçları hakkında yapılmış herhangi bir düzenlemenin mevcut olmadığını belirtmek gerekir. Ancak bir tarafı kamu kurum veya kuruluşları olan işlerde, yani 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki işlerde iş sahibine FIDIC İnşaat Sözleşme Şartları'ndakine benzer hizmet veren bir “Danışman” olduğundan ve aynı kanunun m.4. hükmünde danışmanın tarif edildiğinden de yukarıda bahsetmiştik. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.48. hükmü uyarınca danışmanın ne tür hizmetler vereceği belirlenmiştir. İlgili hüküm uyarınca danışman ÇED raporu hazırlanması, plân, yazılım geliştirme, tasarım, teknik şartname hazırlanması, denetim gibi teknik veya benzeri alanlarda niteliği itibarıyla kapsamlı ve karmaşık olduğu, özel uzmanlık ve deneyim gerektirdiği idarece tespit edilen hizmetleri kamu kurumu olan iş sahibine verecektir. Görüleceği gibi FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki benzer nitelikte borçlar 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu m.48. hükmü uyarınca danışmana verilmiş ancak aynı şekilde danışmana standart sözleşmelerin yönetilmesi esnasında kullanabileceği bir takım yetkiler ve haklar verilmemiştir.

3. Mühendis İle İlgili FIDIC Standart İnşaat Sözleşmelerindeki Temel Düzenlemeler

Mühendis hakkında FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da yer alan hükümler uyarınca muhtelif temel düzenlemeler yapılmıştır.¹⁷⁶ FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.3.1. hükmü uyarınca iş sahibi tarafından atanan mühendisin FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde sözleşme tarafı olmamasının doğal sonucu olarak sözleşmeyi değiştirmek hakkı yoktur ve yetkilerini FIDIC standart inşaat sözleşmeleri genel hükümler kapsamında belirlendiği şekilde kullanacaktır. Mühendise sadece iş sahibinin onayı ile kullanması istenen bir takım yetkiler verilmek isteniyorsa, bunlar sözleşmenin

¹⁷⁶ Glover, A.g.e., s.55.

ikinci kısmında yer alan “özel hükümler”de düzenlenmelidir. İş sahibi yüklenici ile imzalanmış olan sözleşmede, yukarıda açıklandığı gibi önceden belirlenip sözleşmeye konulanlar hariç, mühendisin yetkilerini yüklenici ile mutabık kalmadan herhangi bir şekilde kısıtlayamayacaktır.

Mühendis yerine getireceği bir takım işleri yardımcılara veya başka bir mühendise yazılı bir biçimde sınırlarını belirterek devredebilir. Ancak FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.3.2 hükmü uyarınca iş sahibi ve yüklenicinin yazılı onayı olmadan m.3.5. hükmünde yer alan tarafların muhtelif talepleri ve sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar ile ilgili karar verme yetkisini devredemez.

Karayalçın, mühendis isminin sözleşmenin özel şartlar kısmında belirtildiğini, dolayısıyla yüklenicinin ismi belirtilen mühendisin kişiliğine güvenerek sözleşmeyi imzaladığını ve uygulama esnasında iş sahibi tarafından değiştirilmesinin FIDIC-Kırmızı Kitap-1987 hükümleri kapsamında mümkün olmadığını belirtmiş olsa da¹⁷⁷, FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.3.4. hükmüne göre iş sahibi mühendisi değiştirmek isterse 42 gün önceden bu durumu yükleniciye bildirerek değişikimi yapabilmekte, yüklenicinin ise en fazla önerilen değişikliğe haklı bir sebep ile itiraz etme hakkı mevcut olup, bu itiraz üzerine iş sahibi başka bir kişiyi bulmakla yükümlü olmaktadır. 42 gün içinde yüklenici herhangi bir itirazda bulunmazsa iş sahibi mühendisi sözleşmenin herhangi bir aşamasında değiştirebilecektir. “Haklı sebepler”in ne olabileceği ile ilgili FIDIC tarafından, mühendisin özellikle yüklenicinin yaptığı işleri ve dökümanlarını inceleyebilecek teknik yeterliliğe ve tanınmışlığa sahip olmaması, tarafsızlığını ortadan kaldıracak koşullara sahip olması gibi durumlar örnek olarak verilmiş, en nihayetinde konunun her durumun özel şartları dikkate alınarak çözülmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁷⁸

Sözleşme taraflarının herhangi bir talebinde veya uyuşmazlık halinde, mühendis öncelikle taraflara bir anlaşmaya varabilmeleri için danışmanlık yapmakla, eğer anlaşmaya varılamazsa FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.3.5. hükmü uyarınca tüm şartları göz önünde bulunduran ve sözleşmeye uygun adil ve gerekçelendirilmiş bir karar vermekle yükümlüdür. Mühendisin sözleşmenin yönetimi esnasında yüklenici tarafından yapılan talepler sonucu vermesi gereken en önemli kararlar “süre uzatımı” ve “iş bedeli” hakkında vereceği kararlardır. Mühendisin söz konusu kararları hangi sürede vereceğine ilişkin belirli bir hüküm bulunmamasına rağmen FIDIC-Kırmızı Kitap-1999, m.1.3.’de yer alan “*Onaylar, belgelendirmeler, teyitler ve kararlar sebebsiz yere*

¹⁷⁷ Karayalçın, A.g.m., s.294.

¹⁷⁸ The FIDIC Contracts Guide, Geneva, 2000, s.86.

geciktirilemez veya imtina edilemez” hükmü ile karar alma süreci ile ilgili dolaylı da olsa bir sınırlama getirilerek suistimalin önüne geçilmek istenmiştir. Mühendisin aksi yönde davranışı yükleniciye iş süresinin uzatımını istemek, gecikme nedeni ile oluşan zararlarını talep etmek hakları verecektir.¹⁷⁹

4. Mühendis ile İş Sahibi ve Yüklenici Arasındaki İlişkiler

Mühendis aslında FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin bir tarafı değildir, ancak sözleşme konusu işin gerçekleştirilmesinde çok önemli bir yere sahiptir. Mühendis ile iş sahibi ve yüklenici arasında ilişkiler muhtelif hukuki nitelermelere konu olabilir.

a. Mühendis ile İş Sahibi Arasındaki İlişki

İlk olarak, mühendis ile iş sahibi arasındaki ilişki aralarında imzalanmış bir “Müşavir Mühendislik” (*Consulting Engineering*) sözleşmesine dayanmaktadır. Müşavir mühendislik sözleşmesi iş sahibi ile mühendis arasında kurulan, iş sahibi tarafından ödenen belli bir ücret karşılığında mühendis tarafından belirli teknik hizmetin ve belgelemenin yapılacağı iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.¹⁸⁰ Söz konusu sözleşme ile verilecek hizmetin kapsamı çok çeşitli olabilir ama ağırlıklı olarak ya tasarım, planlama, fizibilite çalışmaları gibi ortaya bir eser çıkarmaya yönelik işler ya da proje yönetimi, inşaat faaliyetine nezaret, kontrol ve her tür ödeme, teslim belgelendirmesi gibi iş görme konusu işlerdir.

Söz konusu ilişkide kullanılmak üzere FIDIC tarafından “Müşteri/Danışman Model Hizmet Anlaşması - (Beyaz Kitap)¹⁸¹ adlı bir standart sözleşme geliştirilmiştir. Söz konusu standart sözleşme ile ilgili ilk çalışmalar 1986 yılında başlamış, birinci baskı 1990 yılında, arada yapılan revizyonlardan sonra en son 4. baskı ise 2006 yılında çıkarmıştır.¹⁸² FIDIC-Beyaz Kitap 4.Baskı FIDIC tarafından yatırım öncesi fizibilite, planlama çalışmaları, tasarımların yapılması, inşaatın idaresi ve proje yönetimi hizmeti verilmesi ile ilgili işler için iş sahibi veya yükleniciye tavsiye edilmektedir. Görüleceği üzere tavsiyede belirtilen işlevler neredeyse mühendisin FIDIC standart inşaat sözleşme formlarında tarif edilen işlevleri ile aynıdır, dolayısıyla söz konusu standart

¹⁷⁹ Bu konu hakkında detaylı açıklama ilerleyen bölümlerde II.C.5. numaralı kısımda yapılacaktır.

¹⁸⁰ Dayımlarlı, Kemal, İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, s.5.

¹⁸¹ FIDIC Client/Consultant Model Service Agreement, Geneva, 2006.

¹⁸² FIDIC söz konusu sözleşme formunun maddelerinin nasıl yorumlanması gerektiği ve özel hükümlerin nasıl oluşturulması gerektiğine ilişkin bir rehber hazırlığı içindedir.

sözleşme çok rahatlıkla iş sahibi ile mühendis arasındaki ilişkinin hukuki temeli olarak kullanılabilir. FIDIC-Beyaz Kitap 4.Baskı diğer FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi genel şartlar ve özel şartlar ile birincisinde hizmetin kapsamının tarifleneceği, ikincisinde müşteri (iş sahibi) tarafından sağlanacak ekipman ve personelin tariflendiği, üçüncüsünde hizmet zaman çizelgesinin belirtildiği ve en son ödemelerin düzenlendiği dört adet ekten oluşmaktadır.

Türk Hukuku açısından mühendis ile iş sahibi arasındaki ilişkinin bir iş görme sözleşmesine dayandığı ileri sürülmüştür.¹⁸³ Mühendisin inşaat sözleşmesine imza koyan taraflardan biri olmamasına rağmen, FIDIC standart inşaat sözleşmeleri kapsamında belirli görevlerin yerine getirilmesinden doğrudan sorumlu olmasının hukukî dayanağı aslında mühendis ile iş sahibi arasında yapılan müşavir-mühendis sözleşmesidir.¹⁸⁴ Kanaatimizce mühendis iş sahibine karşı FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki görevleri yerine getirmeyi bir iş görme sözleşmesi olan müşavir mühendislik sözleşmesi ile bir borç ifası niteliğinde taahhüt etmektedir. Mühendis ile iş sahibi arasındaki ilişkinin hukuki nitelmesini yapabilmek için müşavir-mühendis sözleşmesi kapsamında verilen hizmetlerin niteliğine bakmak gerekir. Eğer söz konusu hizmetler planlama, tasarım, fizibilite çalışmaları ise ortaya çıkarılan bir eser söz konusu olduğundan bu yönü ile müşavir-mühendis sözleşmesi BK m.355 hükmü anlamında bir eser sözleşmesi niteliğindedir. Bu noktada mühendisin iş sahibine karşı görevleri arasında sayılan planlama ve tasarım sonucu ortaya çıkacak her bir projenin ayrı bir eser gibi nitelenebilmesine rağmen, fizibilite çalışmalarının, başka bir deyişle azami yapı maliyeti vb. hesaplamaların bir iş görme sonucu ortaya çıkarılmalarına rağmen atipik bir özellik arzettikleri ve isimsiz bir sözleşmeye konu olabilecek faaliyetler olduğu yönünde doktrinde bir görüş olduğunu ifade etmek gerekir.¹⁸⁵ Eğer müşavir-mühendis sözleşmesi inşaat faaliyetine nezaret, işlerin kontrolü ve her tür ödeme, teslim işleminin belgelendirmesi gibi çalışmaları içeriyor ise, bu durumlarda belli bir sonucun yani eserin mutlaka elde edilmesi değil fakat belli bir yönde özen ve sadakat ile çalışma söz konusu olduğundan, BK m.386 hükmü anlamında bir vekalet sözleşmesi söz konusu olacaktır. Eğer her iki grup hizmet de verilecekse karma nitelikli bir sözleşme söz konusu olacaktır ki Dayınlarlı İsviçre Federal Mahkemesi'nin de durumu bu şekilde gördüğünü ifade etmektedir.¹⁸⁶

¹⁸³ Gökyayla, A.g.e., s.14.

¹⁸⁴ İnal, Tamer, FIDIC şartnâmesi kapsamında elektrik ve mekanik işler sözleşmeleri, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 59-60

¹⁸⁵ Uyan, Göktürk, İsviçre-Türk Hukuku'nda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul, 2006, s.160.

¹⁸⁶ Dayınlarlı, Kemal, İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, s.19.

b. Mühendis ile Yüklenici Arasındaki İlişki

Yüklenici, mühendis ile aralarında herhangi bir sözleşme olmamasına rağmen FIDIC standart inşaat sözleşmesini imzalayarak, mühendisin FIDIC standart inşaat sözleşmesinde belirtilen hak ve yetkilerini iş sahibi adına ve onun ifa yardımcısı sıfatı ile kullanacağını kabul etmektedir. Zira FIDIC standart inşaat sözleşmeleri m.1.1.2.6. hükmüne göre mühendis iş sahibinin personeli gibi kabul edilmektedir.

Kanaatimizce mühendisin FIDIC standart inşaat sözleşmesi kapsamında özellikle işin yürütümünün kontrolü, yapılan işin ölçümü, ödeme tutarının hesaplanması gibi aslında iş sahibinin yapması beklenecek olan borçları ifa ederkenki yüklenici karşısındaki rolünün Türk Hukuku uyarınca hukukî niteliği, iş sahibinin ifa yardımcısı sıfatı ile FIDIC standart inşaat sözleşmesi çerçevesinde iş görmesidir. FIDIC standart inşaat sözleşmesinde mühendisin yerine getireceği belirlenen işlere bakıldığında, bunların genelde iş sahibi ile vekalet ilişkisi içinde olan mühendisin iş sahibinin ifa yardımcısı sıfatı ile ifa edeceği işler olduğu görülmektedir. Bu hukuki nitelenimin doğal sonucu olarak iş sahibi, mühendisin FIDIC standart inşaat sözleşmesinde yer alan bu borçlarını ifa ederken yükleniciye vereceği her tür zarardan BK m.100 hükmü uyarınca tam olarak sorumlu olacaktır.

Mühendisin yükleniciye karşı hukuki statüsünün iş sahibinin ifa yardımcısı olduğu kanaatimizi destekler şekilde FIDIC standart inşaat sözleşmesinin muhtelif hükümlerinde düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.3.1.a. hükmü uyarınca mühendisin sözleşme ile belirlenen yetkilerini kullanırken iş sahibi için hareket ettiğinin kabul edilmiştir. Bu konuda diğer örnek FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.1.1.2.6. hükmüdür. Bu hüküm ile mühendis de “iş sahibinin personeli” başlığı altında sayılarak neredeyse ifa yardımcısı sıfatının dahi önüne geçecek şekilde sanki bir hizmet ilişkisi ile iş sahibine bağlıymış gibi gösterilmiştir. Ancak genel itibari ile mühendisin iş sahibi ile imzaladığı müşavir-mühendislik sözleşmesine bakıldığında yükleniciye karşı hukuki statüsünün iş sahibinin işçisi değil ifa yardımcısı olduğunu belirtmek doğru olacaktır. Mühendisin iş sahibinin ifa yardımcısı sıfatını destekler son örnek ise FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.17.3.g. ve m.17.4. hükümleridir. Bu hükümler mühendisin yaptığı tasarım sonucu zarar gören yükleniciye zararının tazminini doğrudan iş sahibinden istemek hakkını vermiştir, zira mühendis iş sahibinin ifa yardımcısı olarak düşünülmektedir. Bu noktada FIDIC Borçlar Kanunu ile uyumlu bir düzenleme yapmıştır, zira yüklenici ile aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi olmayan mühendisten kaynaklanan bir sebep yüzünden yüklenicinin zarar görmesi

halinde mühendis BK m.100 hükmü çerçevesinde iş sahibinin yardımcı kişisi durumundadır ve söz konusu zararlardan iş sahibi sorumlu olacaktır.

Aynı konuda FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki düzenlemelerden farklı bir düzenleme Türk Hukuku'nda iş sahibinin bir kamu kurum veya kuruluşu olduğu sözleşmelere uygulanan 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu ile yapılmıştır. 4735 sayılı kanun m.32 hükmü uyarınca mühendis – kanunun deyimini ile “Danışman” - danışmanlık hizmetlerinde; tasarım hatası, uygulama yanlışlığı, denetim eksikliği, hatalı yaklaşık maliyet tespiti, işlerin yürürlükteki mevzuata uygun olarak yapılmaması, meslek ahlakına uygun davranılmaması vb. nedenlerle meydana gelen zarardan doğrudan sorumludur, dolayısıyla bu tür durumlarda yüklenicinin danışman yüzünden oluşan zararlarını hiç bir şekilde iş sahibi statüsünde olan kamu idaresinden tazmin etmesi mümkün değildir.

B. SAHA ZİLYETLİĞİNİN YÜKLENİCİYE DEVRİ VE ERİŞİM HAKKININ SAĞLANMASI BORCU

İşin yapılacağı yerin yani sahanın zilyetliğinin ve erişim hakkının yükleniciye teslim edilmesi iş sahibinin en önemli borçlarından biridir, zira işin süresinin başlangıcı ve yüklenicinin inşaaata başlama ve teslim borcunu yerine getirmesi doğrudan bu borcun yerine getirilmesine bağlıdır. Tezimizin bu bölümünde sırasıyla ilk önce söz konusu iş sahibi borcunun FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde düzenlenme şekli, ikinci olarak saha kavramı ve son olarak 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'ndeki sözleşmelerde yer alan hükümler ve bunlara Türk Hukuku'nda karşılık gelen hükümler incelenecektir.

1. FIDIC Standart İnşaat Sözleşmelerinde Düzenlenme Şekli

Sahanın zilyetliğinin yükleniciye devri ve erişim hakkının sağlanması borcu 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki ve sonraki dönem tüm FIDIC inşaat sözleşmesi formlarında farklı maddeler altında ancak mutlaka düzenlenmiştir.

FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'da iş sahibinin borçları tek tek liste olarak sayılmadığı gibi, saha zilyetliğinin yükleniciye teslimi ile ilgili ayrı bir düzenleme yapılmamış, konu “Başlama ve Gecikmeler” başlığı altında yapılan düzenlemeler içinde m.42.1'de “Saha Zilyetliği” ve “Sahaya Giriş” başlığı altında düzenlenmiş ve devamı m.42.2.'de ve 44.1.de söz konusu borca aykırılığın

sonuçları hüküm altına alınmıştır.¹⁸⁷ FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı’da ise iş sahibinin borçları ayrı bir başlık altında m.17 ve fıkralarında ve saha zilyetliğinin yükleniciye teslimi ise m.17.1. hükmünde düzenlenmiş ve söz konusu borca aykırılığın sonuçları ise “İşin Tamamlanma Süresinin Uzaması” başlığı altında m.26.1.de hüküm altına alınmıştır.¹⁸⁸ FIDIC-Turuncu Kitap-1995’e bakıldığında ise iş sahibinin genel borçlarına m.2.1. hükmünde değinilmiş olduğu, saha zilyetliğinin yükleniciye tesliminin m.2.2.de ve söz konusu borca aykırılığın sonuçlarının ise “İşin Tamamlanma Süresinin Uzaması” başlığı altında m.8.3. hükmünde düzenlendiği görülmektedir.¹⁸⁹

Gerek genel olarak iş sahibinin borçları, gerekse özelde iş sahibinin saha zilyetliğini ve erişim hakkını yükleniciye teslimi borcu, 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nden önceki dönem tüm FIDIC inşaat sözleşmesi formlarında farklı maddelerde ve farklı sıralamada düzenlenmiş ve bu durum uygulamacılar tarafından eleştiri konusu yapılmıştır. 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde söz konusu eleştiriler FIDIC tarafından dikkate alınmış ve bu kapsamda FIDIC-Kırmızı Kitap-1999, FIDIC-Sarı Kitap-1999 ve FIDIC-Gümüş Kitap-1999’da, yeknesak bir düzenleme ile, ana başlığı iş sahibi olan 2. maddenin altında m.2.1. hükmünde iş sahibinin saha zilyetliğini yükleniciye teslimi borcu detaylı bir biçimde düzenlenmiş ve söz konusu borca aykırılığın sonuçları ise her üç sözleşmede de “İşin Tamamlanma Süresinin Uzaması” başlığı altındaki m.8.4. hükmünde, içerik olarak bir takım farklılıklar içerse de, her üç sözleşme türünde de aynı maddeler içinde yer alacak şekilde ve aynı başlıklarla kaleme alınmıştır.

Türk Hukuku’na göre iş sahibinin esaslı ve en önemli borcu iş bedelini ödeme borcudur. Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde “İş Sahibinin Borçları” kenar başlıklı bir düzenleme m.364 ile 366 hükümleri arasında yapılmış, ancak bu maddelerde sadece iş sahibinin iş bedelini ödeme yükümlülüğünün düzenlenmesi ile yetinilmiştir. Borçlar Kanunu’nda iş sahibinin asli borcu olan ücret ödeme dışındaki yan borçları toplu bir biçimde sayılarak düzenlenmemiş, daha ziyade özellikle iki taraflı akitler, alacaklı temerrüdü vb. konulardaki Borçlar Kanunu Genel Hükümler’den çıkarımlar yapılarak iş sahibinin yan borçları hakkında belirlemeler yapılmıştır. Her ne kadar Borçlar Kanunu’nda çok açık bir biçimde ifade edilmemiş olsa da, aynı FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, yüklenicinin inşaata başlayabilmesi için öncelikle üzerinde inşaat yapılacak sahanın (arsa) inşaata elverişli, başka bir deyişle ayıpsız olarak yükleniciye teslim edilmesi gerektiği, dolayısıyla bunun iş sahibinin önemli borçlarından biri

¹⁸⁷ FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction, Fourth Edition Geneva, 1987–Reprinted 1988 with editorial amendments–Reprinted 1992 with further amendments, s.18-19.

¹⁸⁸ FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works, Third Edition, Geneva, 1987, s.15 ve s.19.

¹⁸⁹ FIDIC Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey, First Edition, Geneva, 1995, s.6 ve s.20.

olduğu doktrinde ifade edilmiştir.¹⁹⁰ Sahanın inşaata elverişliliğinden anlaşılması gereken şey, hukuken arsanın imar durumunun yapılacak inşaata uygunluğu veya üzerinde fiili olarak inşaata engel kiracı kullanımı vb. durumların olmamasıdır.¹⁹¹

BK m.81 hükmü uyarınca, iki taraflı bir sözleşmede diğer tarafı ifaya davet etmek isteyen kimse, ya borcunu ifa etmiş ya da ifasını teklif etmiş olmalıdır. Bir eser sözleşmesi çeşidi olan inşaat sözleşmeleri de türü itibari ile karşılıklı edimleri içeren bir sözleşme olması sebebi ile BK m.81 hükmüne tabidir. Söz konusu düzenlemeye göre taraflardan birinin karşı taraftan haklı bir biçimde ifa talebinde bulunabilmesi için sözleşmedeki öncelik sırasına göre ifa borçlusu olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla inşaat sözleşmesine ve sözleşme konusu işin özelliğine göre öncelikli ifa borcu olan iş sahibi, sözleşme konusu inşaat işinin yapılmasına elverişli arsayı yükleniciye teslim etmedikçe BK m.81 hükmü uyarınca yükleniciden işe başlama borcunu yerine getirmesi talebinde bulunamayacaktır.¹⁹² İş sahibinin sahayı yükleniciye teslim borcunun hukuki olarak dolaylı da olsa ifadesini bulduğu yer BK.m.81 hükmüdür. Aynı şekilde BK m.81 hükmü ile birlikte BK m.358 hükmü de dolaylı olarak iş sahibinin sahayı teslim yükümlülüğüne işaret etmektedir, zira saha işe elverişli bir biçimde hukuki ve fiili ayıpsız teslim edilmediği müddetçe yükleniciden inşaata başlaması istenemeyecektir. Yine BK m.357/3 hükmü uyarınca *“iş devam ettiği sırada, iş sahibinin gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılırsa yüklenici, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeğe mecburdur, aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir.”* Bu hükümden de dolaylı yoldan iş sahibinin ayıplarından arı bir sahayı yükleniciye sağlamakla yükümlü olduğunu anlamaktayız.¹⁹³ Özetle Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesi hakkındaki hükümlerinde çok açıkça ifade edilmiş olmasa da Türk Hukuku’nda da sahayı yükleniciye teslimin iş sahibinin öncelikli ve esaslı bir borcu olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Türk Hukuku’nda Borçlar Kanunu dışında, kamu kurum ve kuruluşlarının iş sahibi sıfatı ile taraf olduğu inşaat sözleşmelerine uygulanan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında çıkarılan Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nde de¹⁹⁴, FIDIC standart inşaat sözleşmelerine çok benzer bir biçimde saha teslimi ile ilgili detaylı düzenlemeler yapılmıştır.¹⁹⁵ Söz konusu düzenlemelere istinaden iş sahibi sözleşmenin imzalanmasından sonra, sözleşmede yazılı süre içinde işe başlanabilmesi için işyerini, (ihaleye esas proje ve mahal listesine göre; eksen kazıkları, someler,

¹⁹⁰ Kostakoğlu, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2010, s.257.

¹⁹¹ Karataş, İzzet, Eser (inşaat) Yapım Sözleşmeleri, Ankara, 2009, s.283.

¹⁹² Kostakoğlu, A.g.e., s.257.

¹⁹³ Duman, A.g.e., s.338.

¹⁹⁴ 04.03.2009 tarih ve 27159/mükerrer numaralı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹⁹⁵ Aydemir, Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2009, s.233.

röperler ve benzerleri, proje sahası, güzergah, zemin veya buna benzer yerler üzerinde kontrol edilerek) iş sahibi tarafından görevlendirilen yapı denetim görevlisinin de bulunduğu komisyon üzerinden yükleniciye teslim etmekle yükümlüdür.¹⁹⁶

2. Saha Kavramı

Saha sözleşme konusu inşaat işinin yapılacağı yerdir. Bir çok yazara göre FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde saha tanımı oldukça muğlak kalmıştır,¹⁹⁷ zira mühendislik faaliyetleri oldukça geniş alanlarda icra edilmekte ve bazen de sınırları çok tanımlanamayan iş sahibinin dahi kontrolünde olmayabilen alanlara dağılmaktadır. Sahanın tam olarak kastedildiği şekilde tanımlanması oldukça önemlidir, çünkü FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki bir çok hükümde bu kavram metin içinde yer almaktadır.¹⁹⁸ Bu noktada en iyi ve kesin saha tarifinin aslında sözleşme eki olan çizim ve projelerde yapıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zaten saha detaylı tarifinin teknik spesifikasyonda veya sözleşme eki çizimlerde yapılması FIDIC tarafından da tavsiye edilmektedir.¹⁹⁹ İş sahibinin teslim ile yükümlü olduğu sahanın ne olduğu ile ilgili tüm FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde düzenleme yapılmıştır. Aşağıda sırası ile bu düzenlemeler incelenecektir.

a. 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden Önceki Dönem

FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'de yer alan "Tanımlar" başlıklı m.1.1.in f fıkrasının vii numaralı bendinde "*İşlerin gerçekleştirilmesi için iş sahibince sağlanan yerler ve sözleşmede şantiyenin bir kısmını oluşturduğu özellikle belirtilmiş olan yerler*"²⁰⁰ olarak tanımlanmıştır. İnşaat işinin yapılması ile ilgili şantiyenin dışında bağlantı yolları, altyapı, lojmanlar vb.nin yüklenici tarafından kullanılması muhtemel yerler olduğu düşünülerek saha tanımlaması daha geniş tutulmuş ve sözleşmede şantiye dışındaki bu yerlerin de sözleşmede belirtilmiş olması şartı ile saha olarak sayılacağı ifade edilmiştir.

¹⁹⁶ Yapım İşleri Genel Şartnamesi m.6.1. hükmü.

¹⁹⁷ Bunni, A.g.e., s.212.

¹⁹⁸ Örneğin, FIDIC İnşaat Sözleşme Şartları (Kırmızı Kitap) 4. Baskısı – 1987'nin içinde bir çok maddede saha kavramı geçmektedir: 1.1., 6.2., 8.2., 11.1., 12.2., 16.1., 16.2., 19.1., 19.2., 21.1., 21.2., 25.1., 30.1., 31.1., 31.2., 33.1., 35.1., 36.1., 36.4., 37.1.,39.1., 40.1., 42.1., 42.3., 52.3., 54.1., 54.5., 54.7., 60.1., 63.1., 65.3., 65.7., 69.2.

¹⁹⁹ Guide To Use of FIDIC Conditions of Contract For Works of Civil Engineering Construction, 4.Edition, Geneva, 1989, s.43.

²⁰⁰ Türk Müşavirler ve Mühendisler ve Mimarlar Birliği, İnşaat İşleri İdari Şartnamesi-FIDIC Yayınları/47, 1995, s.12.

FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'nın saha tanımına değinmişken, bununla bağlantılı olarak aynı sözleşmenin 8.2. maddesinde “Sahada Çalışmalar ve Yapım Yöntemleri” başlığı altında, yüklenicinin sahadaki tüm çalışmaların ve yapım yöntemlerinin uygunluğundan, sahanın stabilitesi ve güvenliğinden tümüyle sorumlu olduğuna dair bir hüküm olduğunu da belirtmekte yarar vardır. Ancak FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'da tasarım sorumluluğu iş sahibi veya mühendiste olduğundan, söz konusu sorumluluk inşaattaki kalıcı işlerin proje ve teknik şartnamelerinden sorumluluğu ve geçici işlerin yüklenici tarafından hazırlanmamış proje ve teknik şartnamesini kapsamamaktadır.²⁰¹

FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı'da ise saha biraz daha geniş bir biçimde ele alınarak “Tanımlar” başlıklı m.1.1.in içinde yer alan 1.1.29. numaralı alt maddede “*İş sahibince sağlanmış veya kullanıma hazırlanmış olan ve yüklenicinin iş yapacağı veya demirbaşların (veya tesisatın) teslim edileceği yer veya yerler ile bunların çevresindeki, yüklenicinin iş sahibinin de rızası ile erişim amaçlarından çok işlerle bağlantılı olarak kullanacağı alan*”²⁰² olarak tanımlanmıştır. Söz konusu tanımlamanın FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'dan farklılaşması FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı'nın inşaat faaliyetinden ziyade elektrik ve mekanik tesisat yapım işleri için tasarlanmış olmasından kaynaklanmaktadır, zira bu tür işlerde tesisat bağlantıları ile ilgili bizzat işin yapıldığı yerin dışında çalışma zorunluluğu doğabilmektedir. Ayrıca bu tür işlerde sadece sahanın tesliminden ziyade yapımı gerçekleştirilen tesisat veya ilgili demirbaşın kullanılması da söz konusu olduğundan, saha tanımı içerisinde iş sahibince “sağlanma” dışında “kullanıma hazırlanma” yükü de iş sahibine getirilmiştir.

FIDIC-Turuncu Kitap-1995'de ise yukarıdaki ilk iki sözleşme formundan şekilsel olarak farklı olarak tanımlar konu bazında ayrılmış ve “Diğer Tanımlamalar” başlığı altında m.1.1.6.10.da saha “*İş sahibi tarafından sağlanan ve işin yapılacağı, tesisat ve malzemelerin getirileceği yerler ile; bu yer veya yerlerin parçalarını oluşturacağı sözleşmede belirtilen diğer yerlerdir.*”²⁰³ şeklinde tanımlanmıştır. Sahanın bu şekilde tanımlanmasının nedeni FIDIC-Turuncu Kitap-1995'in, tüm inşaat, tasarım, malzeme tedariki vb. yükümlülük ve risklerin yüklenicinin üzerinde olduğu

²⁰¹ FIDIC İnşaat sözleşme formlarında “*Kalıcı İş*” sözleşme gereğince gerçekleştirilecek kalıcı işler (bu arada demirbaş ve tesisatlar), “*Geçici İş*” ise işlerin gerçekleştirilip tamamlanması ve kusurların giderilmesi için gerekli olan (yükleniciye ait araçlar-donanım dışındaki) her türlü geçici iş olarak tanımlanmıştır. (Örnek Kırmızı Kitap mad.1.1.f.ii-)

²⁰² Türk Müşavirler ve Mühendisler ve Mimarlar Birliği, Elektrik ve Makina İşleri Şartnamesi-FIDIC Yayınları/45, 1995, s.16.

²⁰³ Türk Müşavirler ve Mühendisler ve Mimarlar Birliği, Tasarım-Yapım ve Anahtar Teslimi Sözleşmelerinin İdari Şartnamesi-FIDIC Yayınları/43, 1995, s.13.

“anahtar teslim” işler için tasarlanmıştır. Bu tür sözleşmelerde saha sadece şantiyeden değil aynı zamanda inşaatla kullanılacak malzemenin depolanacağı yerlerden de oluşmaktadır.

b. 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nden Sonraki Dönem

Yukarıda açıklandığı üzere, 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nden önceki dönem İnşaat Sözleşmesi Formları’nda düzenlemelerin şekil ve yeri konusunda farklılaşma olduğu gibi, tüm iş modellerini ve bunlar ile bağlantılı sözleşme formlarını kapsayacak yeknesak bir tanımlama yapma yoluna gidilmemiştir. Ancak uygulamacılardan gelen eleştiriler sonrası 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde bu durum düzeltilmiş ve saha tüm sözleşme formlarında hemen hemen aynı şekil ve içerikte tanımlanmıştır. FIDIC-Kırmızı Kitap-1999, FIDIC-Sarı Kitap-1999 ve FIDIC-Gümüş Kitap-1999 da dahil olmak üzere 3 ayrı FIDIC standart inşaat sözleşmesinde, “Diğer Tanımlar” başlığı altındaki maddeler arasında yer alan m.1.1.6.7. hükmünde “*Saha kalıcı işlerin yapılacağı, tesisat ve malzemelerin getirileceği yerler ile; bu yer veya yerlerin parçalarını oluşturacağı sözleşmede belirtilen diğer yerlerdir.*” şeklinde bir tanımlama yapılmıştır. Söz konusu tanımlamada sadeleştirme amacı ile önceki FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan “*İş sahibi tarafından sağlanan*” ifadesi çıkartılmıştır, zira iş sahibinin söz konusu yükümlülüğü açık ve detaylı şekilde ilerleyen maddelerde (m.2.1.) kaleme alınmıştır.

Türk Hukuku’nda Borçlar Kanunu’ndaki eser sözleşmeleri ile ilgili bölümün içinde herhangi bir saha tanımı yapılmamıştır. Ancak taraflar arasında imzalanacak bir inşaat sözleşmesinde atıfta bulunulması halinde uygulanacak olan ve iş sahibinin kamu kurum veya kuruluşu olduğu inşaat sözleşmelerinde geçeli olan «Yapım İşleri Genel Şartnamesi»²⁰⁴ m.4. hükmünde bir saha tanımı yapılmıştır. Buna göre saha yapım işinin meydana getirildiği yerler ile iş süresince geçici veya sürekli olarak kullanılan bina, arazi, arsa, malzeme ocakları vb. yerleri ifade etmektedir. Burada önemli olan konu, FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan düzenlemeye benzer bir şekilde sadece üzerinde inşaatın yapılacağı yerin değil, kurulacak tesislere ait yerler, ocakları depolar gibi yerlerin de saha kapsamında değerlendirilmiş olmasıdır.

²⁰⁴4734 sayılı Kamu İhale Kanunu 53 üncü maddesine dayanılarak 04.03.2009 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği Ek-8’de düzenlenmiştir.

3. 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde Yer Alan Düzenlemeler

a. Borcun Kapsamı

FIDIC 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'ni oluşturan tüm standart inşaat sözleşmelerinde yapılan yeknesak bir düzenleme ile, iş sahibi ana başlığı altında yer alan m.2.1. hükmünde iş sahibinin saha zilyetliğini yükleniciye devri borcu detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de iş sahibinin yükleniciye sahanın tüm bölümlerinin zilyetliğini ve erişim hakkını sözleşmede belirtilen zamanda vereceği hüküm altına alınmıştır. Bu borca uymamak yükleniciye işi bitirme süresini uzatmak ve doğan ekstra masrafları iş bedeline eklemek hakkı vereceğinden, iş sahibinin saha zilyetliğinin devri ve erişim hakkını sağlama borcu FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan esaslı iş sahibi borçlarından biridir. Bu sebeple basiretli bir iş sahibi eğer saha teslimini zamanında yapamayacağını düşünüyorsa, bu durumu FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin “özel şartlar” bölümü içinde belirtmesi uygun olacaktır.

Her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de m.2.1. hükmünde belirtilen “erişim” kelimesi, sahaya giriş hakkını ifade etmektedir ve m.14.5. hükmünde yer alan “giriş yolları” düzenlemesinden bağımsız bir hükümdür. Sahaya giriş hakkı olan yüklenici, aynı zamanda bu hakkını kullanırken yararlanacağı yolların erişim için uygun halde tutulmasından (bakımı, korunması, zarar verilmeden kullanılması vb.) sorumludur, iş sahibinin erişim hakkını sağlamak dışında uygun halde tutmak ile ilgili bir sorumluluğu mevcut değildir.

Saha kavramı ise her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesindeki m.1.1.6.7. hükmünde, sadece kalıcı işlerin yapılacağı, tesisat-ekipman ve malzemelerin getirileceği ve sözleşmede sahanın bir parçası olduğu hüküm altına alınan “diğer yerler” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla sözleşmenin tüm taraflarının “diğer yerler” ile ne kastedildiğini anlaması ve bunu sözleşmede belirlemesi önemlidir. Her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de sahanın tamamı veya belli bölümlerinin zilyetliğinin ve erişim hakkının verilmesinden söz edilmektedir. Dolayısıyla yüklenicinin yine hangi saha bölümleri için bu hakkının olduğunun sözleşmenin ilgili bölümlerinde düzenlenmiş olmasını sağlaması elzemdir. Yüklenici m.4.23. hükmü kapsamında bazı çalışmalarını saha dışında ek alanlarda yürütmek durumunda kalabilir. Prefabrik üretimleri başka bir alanda

yapmak bu duruma örnek olarak verilebilir. Sahanın bir parçası olmayan bu alanlar ile ilgili iş sahibinin herhangi bir zilyetlik devri veya erişim sağlanması borcu mevcut değildir.²⁰⁵

Her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de saha zilyetliğinin devri borcu kapsamında iş sahibinin sahayı FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'a göre sözleşme eki spesifikasyonda yer aldığı şekilde, FIDIC-Sarı Kitap -1999 ve FIDIC-Gümüş Kitap -1999'da ise "İş Sahibi İhtiyaçları"²⁰⁶ isimli dökümanda belirtildiği şekilde ve zamanda temel-tabanı, şantiye ve tesisatı, yapıyı teslim etmesi söz konusudur.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, doktrinde hep iş sahibinin üzerinde inşaat yapılacak arsayı yükleniciye sözleşme konusu inşaat işinin yapılmasına elverişli bir biçimde teslimi borcundan söz edilmiştir.²⁰⁷ İş sahibinin saha zilyetliğinin devri borcu ile ilgili üzerine inşaat yapılacak arsadan bahsedilmiş, ancak bunun dışında şantiyenin kurulacağı yer veya malzemenin çıkarılacağı ocak vb. üzerinde bizzat inşaat yapılacak arsa dışındaki yerlerden bahsedilmemiştir. Dolayısıyla Türk Hukuku'na göre özellikle sözleşmede yer almıyorsa iş sahibinin inşaatın üzerinde yapılacağı arsanın dışında, bu tür sahanın parçası olmayan ancak yüklenicinin işin yapılması için kullanmak isteyebileceği yerleri de yükleniciye teslimi borcu olmadığını saha kavramının FIDIC standart inşaat sözleşmelerinden daha dar bir biçimde yorumlandığını belirtmek doğru olacaktır.

Türk Hukuku'nun saha kavramını dar bir şekilde yorumlamasına karşın, iş sahibinin kamu kurum veya kuruluşları olduğu sözleşmeler için 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında hazırlanan Yapım İşleri Genel Şartnamesi, iş sahibinin sadece işin yapılacağı arazinin değil, iş için gerekli tesislerin kurulmasında ihtiyaç duyulan sahalardan hizmet yollarının geçeceği yerleri, her türlü toprak işlerine ait olup sözleşme veya eklerinde belirlenmiş veya sonradan idarece tespit edilmiş olan ariyet ve depo yerlerini, sözleşme veya eklerinde kamuya ait ocaklardan temini öngörülen yapı malzemeleri varsa (taş, kum, çakıl, gravye, balast, stabilize vb.) bunların temin yerlerini, yükleniciye bedelsiz olarak teslim edeceğini belirtmiştir.²⁰⁸ Ancak yükleniciye ait malzeme ve araç ambarları ile işçi barakaları gibi kendi ihtiyacı olan tesisler için kullanacağı yerler, idare tarafından yükleniciye bedelsiz olarak verileceği sözleşme veya eklerinde özellikle yazılı

²⁰⁵ The FIDIC Contracts Guide, Geneva, 2000, s.76.

²⁰⁶ FIDIC Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects, Birinci Baskı, Geneva, 1999, sf 1 : İşin yapılma amacı, kapsamı, tasarımı, teknik kriterleri ile uyumlu iş sahibinin sözleşmede belirtilen ihtiyaçlarının belirtildiği sözleşme eki dökümanı ifade eder.

²⁰⁷ Kostakoğlu, A.g.e., s.257.

²⁰⁸ Yapım İşleri Genel Şartnamesi m.6.

olduğu takdirde verilecek, aksi takdirde iş sahibi tarafından bedel mukabili yükleniciye tahsis edilecektir.

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her 3 standart inşaat sözleşmesinde de saha zilyetliğinin iş sahibi tarafından devri borcu ile bağlantılı olabilecek diğer bir hüküm ise, "Yüklenici" başlığı altında düzenlenen maddeler içinde yer alan "Saha Verileri" başlıklı m.4.10. hükmüdür. Söz konusu hükümde iş sahibinin zemin ve çevresel hususlar da dahil olmak üzere, sahadaki hidrolojik koşullar ile ilgili elindeki tüm ilgili verileri baz tarihten (*base date*)²⁰⁹ önce yüklenicinin bilgisine sunacağı ve yüklenicinin de tüm verilerin yorumlanmasından sorumlu olduğu belirtilmiştir. FIDIC-Gümüş Kitap-1999'da yüklenici "anahtar teslim" iş modeli kapsamında sözleşme konusu işin tüm bölüm ve aşamalarından zaten tam olarak sorumlu olduğundan FIDIC-Gümüş Kitap-1999'daki m.4.10. hükmünün devamında, diğer iki FIDIC standart inşaat sözleşmesinde (Kırmızı Kitap-Sarı Kitap) olduğu gibi yüklenici'nin sahayı inceleyip kontrol etmiş sayılacağına dair özel bir hükme yer verilmemiştir.

Bu noktada iş sahibinin zemin ve çevresel hususlar da dahil olmak üzere, sahadaki hidrolojik koşullar ile ilgili elindeki tüm ilgili verileri verme yükümlülüğü ile ilgili FIDIC düzenlemesinin, Türk Hukuku'nda BK m.361.f. son gereği, iş sahibinin malzemenin veya tamir edilecek şeyin kendisi tarafından bilinen ancak yüklenicinin haberdar olmayacağı tehlikeli veya işi etkileyecek özellikleri hakkında yükleniciyi bilgilendirmek borcu ile paralel bir düzenleme olduğunu belirtmekte yarar vardır. Ayrıca iş sahibi sahada kendisi tarafından bilinen ancak çok açık olmayan tehlikelerden veya sözleşme konusu işi etkileyebilecek durumlar hakkında yükleniciyi, MK m.2 hükmünde yer alan "dürüstlük kuralı" uyarınca haberdar etmelidir.²¹⁰

İş sahibinin saha teslimi ile ilgili yükümlülüğü konusunda değinilmesi gereken son konu m.1.13.'deki saha zilyetliğinin devri borcu ile bağlantılı başka bir borcudur. FIDIC 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'ni oluşturan tüm standart inşaat sözleşmelerindeki m.1.13. hükmü uyarınca, iş sahibi sahanın sözleşme konusu işin yapılabilmesi için gerekli olan yasal koşullara sahip olmasını, yani uygun imar, planlama ve benzeri izinlerini temin etmek ile borçludur. Eğer iş sahibi söz konusu borcunu yerine getiremezse yüklenicinin bu sebeple maruz kalacağı zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu noktada maddede geçen "benzer izinler" ile kastedilenin ne

²⁰⁹ Baz tarih 1999 Baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan tüm sözleşmelerin m.1.1.3.1. hükmünde "Teklifin sunulacağı son tarihten 28 gün önceki tarih" olarak tanımlanmıştır.

²¹⁰ Uygur, A.g.e., s.8110.

olduğu, bunun sınırının nerede bittiği tartışmalı olabileceği için, sözleşme hazırlanırken isim isim hangi izinlerin alınması ile iş sahibinin borçlu olacağının sözleşmede net bir şekilde belirtilmesi uygun olacaktır.²¹¹

Türk Hukuku'nda inşaatın teknik yönden hazırlığı belediyelerden o inşaatın yapılmasına cevaz veren imar izni alınması ile başlamaktadır. 3194 sayılı İmar Kanunu m.21 hükmü uyarınca bütün yapılmak istenen yapılar için belediyelerden inşaat ruhsatı alınması kamu düzeni ile ilgili olduğundan herkesin uyması gereken yasal bir zorunluluktur. Söz konusu hükümler çerçevesinde üzerinde inşaat yapılacak olan arsanın uygun imar durumunun alınması, sözleşme konusu işin plan ve projelerinin belediyeden onaylatılması ve inşaat ruhsatı alınması mülkiyet hakkı ile bağlantısı nedeni ile arsa sahibi olan iş sahibinin yetki ve yükümlülüğündedir. Dolayısıyla FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki m.1.13. hükmünde yer alan borcun Türk Hukuku ile paralel olduğu söylenebilir. İş sahibi inşaat ruhsatını alarak yükleniciye teslim etmeden yüklenicinin inşaata başlamasını bekleyemez.²¹² Türk Hukuku'nda yapılacak sözleşme ile bu borcun yükleniciye aktarılması ve bu kapsamda işlem yapabilmesi için vekaletname verilmesi de mümkündür.²¹³

b. Saha Zilyetliği ve Erişim Hakkının Münhasırlığı

Her  FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de sahanın tüm bölümlerine erişim hakkının yükleniciye münhasıran verilmeyeceği vurgulanmıştır, yani zilyetliğin yükleniciye devri sonrasında sahaya sadece kendisinin değil, iş sahibinin, iş sahibinin personelinin, mühendisin, diğer yüklenicilerin de belli şartlar ile girme hakkı olacaktır. İngiliz Hukuku'ndan farklı olarak bu durum özellikle vurgulanmış ve yüklenicinin sadece sözleşmesel borçlarını yerine getirmek üzere sahaya giriş hakkı olduğu ifade edilmek istenmiştir.²¹⁴ Dolayısıyla yklenciler münhasır haklarının sınırlarının sözleşme ile net bir şekilde belirlenmesini sağlamalıdır, zira eğer sahada yüklenicinin paylaştığı ve yüzde yüz kontrolün kendisinde olmadığı bir zilyetlik veya erişim hakkı mevcut ise, bu durumun iş programında belirlenecek iş süresi ve en nihayetinde sözleşme bedeli üzerinde önemli bir etkisi olacağını ve bunların değişmesine yol açabileceği açıktır. Örneğin FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.4.6. hükmü kapsamında yüklenicinin saha veya yan parselde iş sahibi için iş yapan diğer yükleniciler ile işbirliği yapmak durumunda olması halinde yukarıda bahsedilen durumlar doğabilecektir. Yüklenici saha zilyetliğini devraldıktan sonra bir kaç yükümlülükten sorumlu olur

²¹¹ Glover, A.g.e., s.33.

²¹² zer, Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Mteahhitin Sorumluluğu, İstanbul, 1977, s.67.

²¹³ Kostakoğlu, A.g.e., s.259.

²¹⁴ Glover, A.g.e. , s.39.

hale gelmektedir. Bunlardan en önemlileri, saha zilyetliğinin devralınmasından sonra yüklenicinin FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.4.8. ve m.4.22. hükümleri kapsamında sahanın güvenliği ve esenliğinden sorumlu olmasıdır. Ancak her halukarda, bu önemli sorumlulukları almasına rağmen yüklenici sahanın zilyetliğini ve erişim hakkını münhasıran almış olmayacaktır. Sahanın yükleniciye münhasıran verilmeyecek olması Avrupalı Uluslararası Mütahhitler Derneği tarafından eleştiri konusu yapılmış ve özellikle FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.4.6. hükmü kapsamında diğer iş sahibine hizmet eden diğer yükleniciler ile işbirliği yapmak zorunda kalacak olan yüklenicilerin, erişim hakkı ve saha zilyetliğinin münhasır kullanım sınırlarının ne olacağını FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde çok açık bir biçimde düzenlemeye dikkat etmeleri gerektiği ifade edilmiştir.²¹⁵

FIDIC standart inşaat sözleşmeleri genel itibari ile iş sahibinin sahaya giriş hakkını düzenlememektedir. Söz konusu hakkın FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki m.7.3. hükmünde yer alan inceleme yapma hakkı dışında doğrudan düzenlenmemiş bir konu olduğu, öyle bir hakkın olup olmadığının muğlak bırakıldığı görülmektedir. Dolayısıyla iş sahipleri FIDIC standart inşaat sözleşmelerinden hangisi imzalanırsa imzalsın, sahaya herhangi bir sebeple ihtiyaç duyulması halinde giriş hakkı olduğunu düzenleyen ek hükümleri sözleşmelerin “özel şartlar” kısmına eklemek isteyecektir.

c. Borcun İfa Zamanı

Saha zilyetliğinin ve erişim hakkının verilmesi gereken zaman ile ilgili üç FIDIC standart inşaat sözleşmesindeki düzenlemeler arasında farklar mevcuttur. FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ile FIDIC-Sarı Kitap-1999’da sahanın yükleniciye teslim zamanının yüklenici tarafından ihale esnasında iş sahibine verilen “teklif eki”nde yer alacağı belirtilmişken, FIDIC-Gümüş Kitap-1999’da teslim zamanının sözleşmenin ikinci bölümü olan “özel şartlar” kısmında belirleneceği ifade edilmiştir.

Eğer saha zilyetliğinin devri ve erişim hakkının sağlanması zamanı FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ile FIDIC-Sarı Kitap-1999’da yer alan “teklif eki”nde belirtilmemişse, iş sahibinin sahayı, yüklenicinin FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.8.3. hükmü kapsamında vereceği iş programına uymasını sağlayacak makul zaman ne ise, o zamanda vereceği hüküm altına alınmıştır.²¹⁶

²¹⁵ EIC Contractor’s Guide to the FIDIC Conditions of Contract for Construction, 2002, Berlin, sf.7.

²¹⁶ Bunni, A.g.e., s.540.

Yüklenici işe başlangıç ile ilgili mühendisden aldığı ihbardan itibaren 28 gün içinde iş programını verecektir. Aynı konuda FIDIC-Gümüş Kitap-1999’da farklı bir yöntem izlenerek sözleşmenin “özel şartlar” kısmında teslim zamanı ile ilgili bir düzenleme yapılmamışsa, iş sahibinin sahayı “işe başlama zamanı”nda vereceği hüküm altına alınmıştır. “İşe başlama zamanı” FIDIC-Gümüş Kitap-1999 m.8.1. hükmü uyarınca sözleşmenin yürürlüğe girdiği günden 42 gün sonrayı ifade etmektedir.

Yüklenici FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ile FIDIC-Sarı Kitap-1999’da yer alan m.4.2. hükmü uyarınca ihaleyi kazandığını belirten “Kabul Mektubu”nu teslim aldıktan sonraki 28 gün içinde, FIDIC-Gümüş Kitap-1999’da yer alan m.4.2. hükmü uyarınca sözleşmenin imzalamasından sonraki 28 gün içinde, masrafı kendisine ait olmak üzere iş sahibinin kabul edeceği bir bankadan düzenlenmiş bir “Performans Garantisi” niteliğinde bir banka teminat mektubunu iş sahibine vermekle yükümlüdür. Söz konusu yükümlülüğün yüklenici tarafından yerine getirilmemesi halinde m.14.6. kapsamında iş sahibinin ödemeleri durdurma ve yapmama hakkı mevcuttur. Her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesindeki m.2.1. hükmü ile, iş sahibine yükümlülük ihlali halinde kullanabileceği ikinci bir imkan verilerek, yüklenicinin “Performans Garantisi”ni süresi içinde vermemesi halinde, iş sahibinin yüklenicinin sahanın zilyetliği ve erişim hakkını kısıtlamak, engellemek hakkı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ışığında, yüklenici’nin “Performans Garantisi”ni süresi içinde vermemesi yüzünden iş sahibinin saha zilyetliğini yükleniciye devretmemesi halinde, yüklenicinin herhangi bir şekilde iş süresini uzatma hakkı olmayacaktır.²¹⁷

Türk Hukuku’nda iş sahibinin sahayı yükleniciye teslimi zamanının ne olması gerektiği ile ilgili ne Borçlar Kanunu hükümleri içerisinde ne de iş sahibinin kamu kurum veya kuruluşu olduğu 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu çerçevesinde yapılan düzenlemelerde FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki gibi açık bir düzenleme yapılmıştır. Dolayısıyla Borçlar Kanunu hükümleri kapsamında taraflar arasında imzalanacak olan inşaat sözleşmelerinde işin süresi ve yüklenicinin ne zaman işe başlayacağı ile birlikte sahanın ne zaman yükleniciye teslim edileceği de sözleşme serbestisi içinde belirlenecektir. Sözleşme ile iş süresinin başlangıcının saha tesliminden başka bir şey (örn.sözleşmenin imza tarihinden itibaren 2 yıl) ile başlayacağı düzenlenmiş ve buna uygun bir iş programı üzerinde taraflar anlaşmışsa, iş sahibi tarafından saha teslimini yüklenicinin söz konusu

²¹⁷ Glover, A.g.e., s.40.

süreye uymasını elverişli hale getirecek makul bir zamanda yerine getirmekle yükümlü olduğu söylenebilir.

d. Borca Aykırılık Halinde Yüklenici Hakları

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin saha zilyetliğinin yükleniciye devri borcuna uymaması halinde yükleniciye bahsedilen haklar iki grup altında toplanabilir. Bunlardan ilki, eğer iş sahibinin saha zilyetliğinin yükleniciye devri borcundaki temerrüdü çok uzun sürmemiş ve durum yüklenici açısından ciddi ve katlanılmaz hale gelmemişse, yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirmeden söz konusu temerrüt nedeni ile doğan gecikmenin iş süresine eklenmesini ve yapmış olduğu masraflar ile makul kârını isteyebilmesidir. İkinci ihtimalde ise, eğer iş sahibinin saha zilyetliğinin yükleniciye devri borcundaki temerrüdü uzun sürmüş ve bu durum yüklenici açısından ciddi ve katlanılmaz hale gelmişse, yüklenicinin sözleşmeyi feshederek, fesih nedeni ile uğradığı kâr kaybı veya zararın tazminini isteyebilmesidir.

Türk Hukuku'nda da iş sahibinin bir yan borç niteliğindeki sahayı teslim yükümlülüğünde temerrüde düşmesi ile ilgili yüklenicinin muhtelif hakları mevcuttur. Ancak bu haklar Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesinin düzenlendiği maddeler içinde değil, Borçlar Kanunu genel hükümler içinde karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler ve alacaklı temerrüdü ile ilgili düzenlemeler içinde yer almakta ve emsal mahkeme kararları ile yorumlanmaktadır. Borçlar Kanunu içinde dağınık bir şekilde düzenlenmiş olsa da yüklenicinin söz konusu iş sahibi temerrüdü dolayısıyla sahip olduğu hakların da FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi iki grup oluşturduğu söylenebilir. Bunlardan ilki sözleşmeyi sona erdirmeden süre uzatımı almak iken, diğeri sözleşmeden dönmedir.

a.a. Süre Uzatımı ve Masraflar

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde ortak bir biçimde m.2.1. hükmü ile, iş sahibinin sahanın zilyetliğini ve erişim hakkını sözleşmeye uygun süre içinde yükleniciye vermemesi halinde, yüklenicinin bu sebeple doğacak gecikme nedeni ile iş süresinin uzatılmasını ve bu sebeple doğacak ekstra masrafları ile makul kârının iş bedeline eklenmesini m.20.1. kapsamında FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ile FIDIC-Sarı Kitap-1999'da mühendise²¹⁸ vereceği ihbar ile talep etmek hakkına sahip olacağı düzenlenmiştir. Bu durumda FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ile FIDIC-Sarı

²¹⁸ FIDIC-Gümüş Kitap-1999'da mühendis mevcut olmadığından bu ihbar iş sahibi temsilcisine yapılacaktır.

Kitap-1999 m.3.5. hükmü kapsamında mühendis konu hakkında bir karar vererek taraflara bildirecektir. Sahanın zilyetliği ve erişim hakkının iş sahibi tarafından yükleniciye teslim edilememesi yüklenicinin bir hatası veya gecikmesinden kaynaklanıyorsa, yüklenicinin herhangi bir ek süre veya ek iş bedeli hakkı olmayacağı FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.2.1. hükmü ile düzenlenmiştir.

Bir İngiliz Mahkemesi'nde görülen davada, iş sahibi sahayı o sırada işgal eden kişiler yüzünden yükleniciye teslim edememiş ve işgalciler ancak 19 gün sonra tahliye edildikten sonra sahayı yükleniciye teslim edebilmiş, bu gecikmenin karşılığında teslim yükümlülüğü ve riski iş sahibinde olduğundan yüklenicinin iş süresine 19 gün daha eklenmesini istemek hakkı olduğuna karar verilmiştir.²¹⁹ Bununla birlikte aynı durumun saha yükleniciye teslim edildikten sonra gerçekleşmesi halinde, yani saha iş sahibi tarafından yükleniciye teslim edildikten sonra saha bir takım kişiler tarafından işgal edilseydi, yüklenicinin yine süre uzatımı hakkı olmayacaktı, zira sahanın tesliminden sonra yüklenici FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.4.8. ve m.4.22. hükümleri kapsamında sahanın güvenliği ve esenliğinden sorumlu hale gelmektedir.

Türk Hukuku'nda Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde iş sahibinin saha tesliminde temerrüdü halinde yüklenicinin iş süresinin uzatılmasına hakkı olduğuna dair açık bir hüküm mevcut değildir. Ancak yukarıda bahsedildiği gibi, tür itibari ile BK m.81 hükmü uyarınca karşılıklı yükümlülükler içeren bir sözleşme olan eser sözleşmesi çerçevesinde iş sahibi sahayı inşaata elverişli bir durumda yükleniciye teslim etmediği sürece yükleniciden işe başlama yükümlülüğünü yerine getirmesini isteyemeyecektir.²²⁰ Bu durumda borçlu (yüklenici), borçlu temerrüdünden kurtulmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak da, iş sahibinin saha teslimindeki gecikmesi, işin süresinin başlamasını engellemekte ve gecikme süresi kadar sözleşme süresinin uzaması ve yükleniciye süre uzatımı hakkı verilmesi sonucunu doğurmaktadır.²²¹ Emsal mahkeme kararları ile de sabit olduğu gibi işin gecikmesinin iş sahibinin arsayı teslim etmemiş olması gibi haklı nedenleri olması halinde yükleniciye ek süre tanınması²²² ve götürü bedelli sözleşmelerde bu gecikme süresince tamamlanması gereken sözleşme konusu iş için artan fiyatlara göre bir bedel farkı verilmesi gerekmektedir.²²³

²¹⁹ Rapid Building Group Ltd v Ealing Family Housing Association Ltd, (1985) 29 BLR 5 - Glover, A.g.e., s.41.

²²⁰ Yargıtay 15.HD 09.04.1990 tarih ve 1989/3976E, 1990/1715K sayılı karar – Kostakoğlu, A.g.e.,s.270.

²²¹ Duman, A.g.e. , s.520.

²²² Yargıtay 15.HD 27.01.1992 tarih ve 1991/3263E, 1992/215K sayılı karar – Kostakoğlu, A.g.e., s.309.

²²³ Kostakoğlu, A.g.e., s.934.

Türk Hukuku'nda konu ile ilgili diğerk bir kaynak olarak düşünölebilecek olan, iş sahibinin kamu kurum veya kuruluşları olduğu sözleşmeler için geçerli olan 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında hazırlanan Yapım işleri Genel Şartnamesi m.6.6. hükmü uyarınca, sahanın yükleniciye tesliminde gecikme olması ve bunun işin bir kısmının veya tamamının zamanında bitirilmesini geciktirmesi halinde, sözleşmede tespit edilen iş süresi, işin bir kısmı veya tamamı için gecikmeyi karşılayacak şekilde uzatılacaktır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında 02.04.2010 tarihli Resmi Gazete'de çıkarılan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin eki olan Ek-7 "Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme"de yer alan m.18.2.1. hükmü uyarınca, iş sahibinin, sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlölüklerini yüklenicinin kusuru olmaksızın yerine getirmemesi, yani yükleniciye saha teslimini yapmaması ve bu sebeple sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde, işin bir kısmına veya tamamına ait süre en az gecikilen süre kadar uzatılacaktır.²²⁴

Konunun Alman Hukuku boyutunu inceleyen Gökyayla, Gauch'a yaptığı atıfta, iş sahibinin sahayı teslim yükümlölüğünü geciktirmesinin yükleniciye iş süresini uzatım hakkı vereceğini, yine yüklenicinin iş sahibinin gecikmesi yüzünden yaptığı personel gideri, garaj kirası vb. fazla masrafı da iş sahibinden isteyebileceğini belirtmiştir.²²⁵ Aynı şekilde Türk mahkemeleri de, eğer iş sahibinin saha teslimindeki gecikmesi çok uzunsa sadece süre uzatımı değil yüklenicinin bu eylem sonucu oluşarı zararı da iş sahibi tarafından karşılanması gerektiği yönünde kararlar vermiştir.²²⁶

Sonuç olarak FIDIC standart inşaat sözleşmeleri yüklenicinin iş sahibinin saha tesliminde temerrüdü halinde sahip olduğu haklarını Türk Hukuku ile oldukça paralel bir şekilde düzenlemiş olduğu, sadece yükleniciye gecikme sebebi ile oluşarı masraflarını iş sahibinden talep ederken bu tutarın üzerine makul bir kâr da koymasını öngörerek biraz daha yükleniciyi koruduğu tespit edilmiştir.

a.b. Fesih

İş sahibinin sahanın zilyetliğini ve erişim hakkını sözleşmeye uygun bir biçimde yükleniciye hiç vermemesi halinde, bu durum esaslı bir sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilerek, FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ile FIDIC-Sarı Kitap-1999 m.16.2.d. ve FIDIC-

²²⁴ Duman, A.g.e., s.526.

²²⁵ Gökyayla, A.g.e., s.252-253.

²²⁶ Yargıtay 15.HD 10.04.1990 tarih ve 1989/2597E, 1990/1730K sayılı karar – Kostakoğlu, A.g.e. s.269.

Gümüş Kitap-1999 m.16.2.c hükümleri uyarınca yükleniciye sözleşmeyi fesih hakkı vermektedir.²²⁷ Bu durumda yüklenici 14 gün süreli bir fesih ihbarında bulunacaktır, yani iş sahibine ihbardan itibaren 14 gün içinde geçerli olmak üzere sözleşmenin feshedildiğini bildirecektir.

Yüklenici haklı bir fesih gerçekleştirmişse her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesindeki m.16.4. hükmü ve hüküm içindeki m.19.6 hükmüne atıf uyarınca, iş sahibine işe başlarken vermiş olduğu banka teminat mektubu şeklindeki performans garantisinin kendisine iade edilmesini, fesih tarihine kadar gerçekleştirilmiş ve sözleşmede fiyatı belirlenmiş işlerin bedelini, sözleşme konusu işler için sipariş edilen ve kendisine teslim edilmiş veya kendisine teslimi kabule yasal olarak zorunlu olduğu malzeme ve tesisat-ekipmanın bedelini²²⁸, sözleşme konusu işin tamamlanması öngörülerek o koşullarda makul olarak yapılmış diğer masraflarını, kendisine ait ekipmanının sahadan sökülmesi ve bunların kendi ülkesindeki işyerine nakliyesinin makul bedelini, fesih tarihi itibari ile sözleşme konusu işte çalıştırdığı işçilerinin kendi ülkelerine gönderilmelerinin makul bedelini, fesih nedeni ile uğradığı kâr kaybı veya diğer kayıp ve zararlarının ödenmesini iş sahibinden isteyecektir.

İş sahibinin yükleniciye saha tesliminde temerrüdü halinde yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirme hakkı olduğuna dair açık bir düzenleme eser sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinde mevcut değildir. BK m.81 hükmüne göre iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sözleşmenin bir tarafının diğer sözleşme tarafını ifaya mecbur edebilmesi için kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olması gerekmektedir.²²⁹ İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme türü olan eser sözleşmelerinde, borçlunun (yüklenicinin) borcunu ifa edebilmesi, alacaklının (iş sahibinin) ifa fiiline katılmasına, kendisinden beklenen hazırlık fiillerini yapmasına bağlıdır. İnşaat sözleşmelerinde söz konusu hazırlık fiillerinden en önemlisi ise sahanın yükleniciye işe başlayabilmesi için teslim edilmesidir.

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin esaslı bir borcu olarak nitelenen saha zilyetliğinin yükleniciye teslim borcuna aykırılık, Türk Hukuk doktrininde borçlu temerrüdü değil alacaklı temerrüdü olarak ele alınmıştır. Zira doktrine göre inşaat sözleşmelerinde, satım sözleşmelerinde satım konusu eşyayı teslim almayı alıcı açısından sadece bir hak değil aynı

²²⁷ The FIDIC Contracts Guide, Geneva, 2000, s.75.

²²⁸ Söz konusu bedel ödendiğinde söz konusu malzeme ve tesisat-ekipman iş sahibinin mülkiyetine geçecek ve yüklenici tarafından iş sahibinin göstereceği yere istif edilecektir.

²²⁹ Oğuzman, Kemal M., Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2009, s.268.

zamanda bir borç olarak düzenleneyen BK m.208 gibi bir hüküm bulunmaması nedeni ile, sahayı teslim etmeyerek yüklenicinin inşaatı yapmasına engel olan iş sahibi borçlu temerrüdüne değil alacaklı temerrüdüne düşmektedir, örneğin haksız bir biçimde sahanın teslim edilmemesi ile inşaatı başlayamayan yüklenici mahkemeye başvurarak iş sahibini saha teslimine zorlayamamaktadır.²³⁰ Yine doktrine göre, alacaklı (iş sahibi), borçlunun (yüklenici) sözleşmeye uygun ve doğru bir şekilde borcunu ifa edebilmesi için²³¹ gerekli olan ve kendisinden beklenen hazırlık fiillerini yapmaktan haksız yere kaçınırsa, borçlu (yüklenici) hiç veya gereği gibi ifada bulunamayacaktır ki buna BK m.90 hükmü uyarınca “alacaklı temerrüdü” denilmektedir.²³² Eser sözleşmeleri yönünden meseleye bakıldığında, alacaklı iş sahibinin haklı bir neden olmaksızın borçlu yüklenicinin ifasına katılmaması, yani sahayı işe başlayabilmesi için yükleniciye teslim etmemesi sonucu “alacaklı temerrüdü” (*mora creditoris*) oluşacaktır.²³³ Alacaklının (iş sahibi) ifanın gerçekleşmesi için sahanın teslimi gibi kendisine düşen hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınmasının, örneğin iş sahibinin arsayı elverişli ve boş olarak yükleniciye teslimi şeklindeki öncelikli edimini yerine getirmeyerek BK m.90 hükmü uyarınca alacaklı temerrüdüne yol açacağına dair emsal mahkeme kararları mevcuttur.²³⁴ Ayrıca İsviçre BK (m.91/90) prensipleri çerçevesinde de eser sözleşmelerinde işin yapılacağı yere girmeye izin vermektan imtina etmek “alacaklı temerrüdü” olarak nitelendirilmiştir.²³⁵

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde sahayı teslim borcuna aykırılık halinde yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı ile ilgili paralel olarak, alacaklı temerrüdü ile ilgili BK m.94 hükmü ile de borçluya (yüklenici) alacaklının (iş sahibi) temerrüdü nedeni ile (madde içeriğindeki atıf kapsamında borçlu temerrüdü hükümlerine göre) sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Başka bir ifadeyle iş sahibinin saha teslimini yapmayarak ifa edimlerine hazırlık fiiline katılmamış olması, yükleniciye sözleşmeden dönme hakkı vermektedir.²³⁶ Burada “sözleşmeden dönme” şeklindeki geçmişe etkili bir sözleşme sona erme türünün öngörülmüş olmasının sebebi eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olması ve bu tür sözleşmelerin ancak geçmişe etkili olarak son bulmasıdır. Sözleşmeye göre belirli bir tarihte işe başlamak üzere hazırlık ve planlama yapmış olan yüklenici, iş sahibinin sahayı teslim etmemesi nedeni ile işe başlayamayacaktır. Bu süre zarfında uzun zaman

²³⁰ Öz, Turgut, A.g.e., s.101

²³¹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s.968.

²³² Karahasan, Mustafa Reşit, İnşaat, İmar, İhale Hukuku, s.451.

²³³ Selimoğlu, A.g.e., s.216.

²³⁴ Yargıtay 15 HD, 23.11.1987 tarih, 226E 4051K - Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, s.159.

Yargıtay 15 HD, 22.04.2008 tarih, 3118E 2682 K – Selimoğlu, A.g.e., s.216

²³⁵ Tuhr, Andreas – Çeviri: Cevat Edege, Borçlar Hukuku, Ankara, 1983, s.536.

²³⁶ Karahasan, Mustafa Reşit, İnşaat, İmar, İhale Hukuku, s.468.

bu tür bir güvensiz ortamda kalması doğru olmayacağından yasa koyucu BK m.94 hükmü ile kendisine sözleşmeden dönme imkanı tanımıştır.²³⁷

Sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen yüklenici, borçlunun temerrüdü ile ilgili BK m.106 hükmüne uygun olarak, BK m.90 uyarınca temerrüde düşmüş olan iş sahibine sahayı teslimi için uygun bir süre verecek, temerrüd halinin devamı halinde süresi sonunda sözleşmeden dönerek, eğer kusurlu ise iş sahibinden BK m.108/II uyarınca menfi zararlarının tazminini isteyecektir.²³⁸ Oysa FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan yukarıda açıklanan düzenlemelere göre yüklenicinin iş sahibinin temerrüdü halinde sözleşmeyi fesih imkanına kavuşması için ayrıca iş sahibine bir ihbar göndermesine gerek yoktur.

Eren sözleşmeden dönen borçlunun alacaklıdan tazminat isteyip isteyemeyeceği konusunda BK m.94 hükmünde bir açıklık olmadığını ancak hüküm içinde Bk m.106 ve m.108'e yapılan atıflar nedeni ile aksi yönde düşünmenin de doğru olmayacağını ifade etmiştir.²³⁹ Alacaklı temerrüdü için kusur şart değildir ancak tazminat istenebilmesi için kusur gereklidir. Yüklenici sahayı haksız bir biçimde teslim etmeyerek kusurlu olarak alacaklı temerrüdüne düşen iş sahibinden, BK m.108'e göre sözleşmeye güvenmekten dolayı uğradığı tüm zararının tazminini talep edebilecektir. Söz konusu menfi zararın kapsamına sözleşme yaptığı için harcamak durumunda kaldığı para, daha elverişli koşullarda sözleşme yapacakken, sözleşmeye güvenerek elverişli koşuldaki sözleşmeyi yapmaması nedeni ile kaçırdığı fırsatın parasal karşılığı ve bağlantılı başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi yüzünden oluşan zararları girecektir. Bu noktada dikkat edileceği gibi Borçlar Kanunu yükleniciye, FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde aynı durumdaki yükleniciye tanınan hakların "fesih nedeni ile uğradığı kâr kaybı" kısmı hariç tamamını sağlamıştır. Esee sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olarak ancak geçmişe dönük bir şekilde "sözleşmeden dönme" yöntemi ile sona erdirilmesi ve "sözleşmeden dönme" ile sadece menfi zararların istenebiliyor olması, müspet zararın ise ancak ileriye dönük fesih halinde istenebilecek olması nedenleri ile, yüklenici FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde kendisine tanınan "fesih nedeni ile uğranılan kâr kaybı" talebini Türk Hukuku'nda ileri süremiyor gibi görünmektedir.

Ancak inşaat işe başladıktan ve belli bir seviyeye geldikten sonra sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde ve sözleşmenin geriye etkili olarak sona ermesi durumunun yüklenici

²³⁷ Dayınlarlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s.201.

²³⁸ Öz, Turgut, A.g.e., s.102.

²³⁹ Eren, Fikret, A.g.e., s.983.

açısından haksız bir zarara yol açabileceği öngörülerek, bu tür durumlarda sözleşmenin sona ermesine sözleşme geçmişe değil geleceğe etkili olarak sona ermiş gibi sonuçlar bağlamanın daha doğru olacağına dair bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı verilmiştir.²⁴⁰ Yargıtayın iş sahibinin sözleşmeyi feshi için verdiği bu yöndeki kararının, yüklenicinin feshi için de uygulanması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür.²⁴¹ Dolayısıyla Türk Hukuku'nun söz konusu emsal karar ile, Borçlar Kanunu düzenlemeleri o yönde olmamasına rağmen, yüklenicinin iş sahibinin temerrüdü sonucu sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, sözleşmeden dönmeyi bir nevi ileriye etkili fesih olarak değerlendirip "kâr kaybını" da iş sahibinden isteyebilmesinin önünü açtığı söylenebilir. Ancak bu noktada unutulmaması gereken husus, Yargıtay bahse konu kararı ile yükleniciye sadece sözleşmeyi ileriye dönük sona erdirme hakkının getirdiği müspet zararı (kâr kaybı vs.) isteme imkanı yaratmış olmasına rağmen, FIDIC standart inşaat sözleşmeleri kapsamında yüklenici hem sözleşme ileriye etkili sona erdirilmişcesine uğranılan kâr kaybını, hem de geçmişe etkili sona erdirilmişcesine, mühendis tarafından belgelendiğinde o ana kadar yapılan işin, getirdiği malzemelerin ve tesisatın bedelini, işleri tamamlayacağı inancı ile yaptığı harcamalarını, ekipmanını şantiyeden götürmek ve işçilerini evlerine göndermek için harcayacağı makul nakliye bedelini iş sahibinden isteyebilmektedir.

Tüm bunların dışında, iş sahibinin saha teslimi yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucu yüklenici menfî zarar talebini kendi menfaatlerine uygun görmüyorsa, BK m.369 hükmünde yer alan düzenlemeden yararlanmak yoluna gidilebileceği ileri sürülmüştür.²⁴² BK m.369 iş sahibine eser tamamlanmadan tazminatını yükleniciye ödeyerek sözleşmeyi feshetmek imkanı tanımıştır. Bu durumda BK m.369 hükmü uyarınca inşaat sözleşmesi istisnai olarak geleceğe etkili bir biçimde sona erecek ve yüklenici müspet zararını iş sahibinden talep edebilecektir. Öz'ün ileri sürdüğü görüşe göre, iş sahibinin sadece saha teslimi borcunu yerine getirmemekle kalmayıp, yükleniciyi de istemediğini beyan etmesi halinde, yüklenici iş sahibinin BK m.369 uyarınca sözleşmeyi feshettiğini ileri sürerek, müspet zararını yani uğradığı tüm kazanç kaybını iş sahibinden isteyebilecektir.²⁴³

²⁴⁰ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 25.01.1984 tarih ve 1983/3E 1984/1K sayılı kararı - Kaplan, İbrahim, İş sahibinin borçları, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001, s.169

²⁴¹ Kaplan, İbrahim, A.g.m., s.169

²⁴² Öz, A.g.e., s.101

²⁴³ Doktrinde bu şekilde iş sahibinin örtülü irade açıklamasıyla BK m.369'a göre sözleşmeyi feshettiğinin kabul edileceği durumların hakkaniyete aykırı sonuçları olacağından hareketle, Öz'ün görüşüne karşı görüşler ileri sürülmüştür - Ayan, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008, s.38

C. İŞ BEDELİNİ ÖDEME BORCU

1. FIDIC Standart İnşaat Sözleşmelerinde Düzenlenme Şekli

İnşaat sözleşmesi tarafların karşılıklı borçları olan bir sözleşme türüdür. Yüklenici sözleşme konusu eseri sözleşmeye uygun ve zamanında bitirerek teslim etmek, buna karşılık iş sahibi ise iş bedelini ödemekle borçludur. Dolayısıyla diğer borçları da önemli olmakla beraber, iş bedelini ödeme borcu iş sahibinin asli borcudur. Başka bir deyişle iş bedelinin ödenmesi diğerlerine kıyasla iş sahibinin en önemli ve sözleşme temelini oluşturan borcudur.²⁴⁴ Bu nedenle söz konusu borç 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki ve sonraki dönem tüm FIDIC inşaat sözleşmesi formlarında farklı maddeler altında ancak mutlaka düzenlenmiştir. Aşağıda bu şekilsel düzenleme farklılıklarına değinilecektir.

FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'da "İş Sahibinin Yükümlülükleri" başlığı altında herhangi bir düzenleme yapılmamış, ancak iş sahibinin iş bedelini ödeme borcu "Sertifikalar ve Ödemeler" başlığı altında m.60. hükmü içinde düzenlenmiştir. Bu hüküm içinde yer alan alt maddelerde, ödeme yükümlülüğü, ödeme usulleri, ödeme zamanı, işin gecikmesine karşı teminat ödenmesi gibi konular düzenlenmiş ve devamında m.69.1. ve m.69.4. hükmünde söz konusu borca aykırılık halinde yüklenicinin hakları düzenlenmiştir.²⁴⁵ FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı'da ise iş sahibinin borçları ayrı bir başlık altında m.17 ve alt maddelerinde düzenlenmiş ancak iş sahibinin iş bedelini ödemek borcu bu madde içinde yer almamıştır. Söz konusu borç diğer FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer aldığı gibi FIDIC-Sarı Kitap 3.Baskı'da da "Sertifikalar ve Ödemeler" başlığı altında m.33 hükmü içinde düzenlenmiştir.²⁴⁶ FIDIC-Turuncu Kitap-1995'de ise iş sahibinin bir takım borçlarına m.2 ve alt maddelerinde değinilmiş, ancak iş sahibinin iş bedelini ödemek borcu "Sözleşme Bedeli ve Ödemeler" başlığı altında m.13. hükmü ve alt maddelerinde düzenlenmiştir.²⁴⁷ Burada sözleşme bedeli, avans ödemeleri, ödeme usulleri, ödeme zamanı, geç ödeme, işin gecikmesine karşı teminat ödemesi, yabancı kurlar gibi konular düzenlenmiştir.

Görüleceği üzere iş sahibinin iş bedelini ödeme borcu 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki dönem tüm FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde farklı maddelerde ve farklı sıralamada düzenlendiği gibi, içerik olarak da ödemeler ile ilgili farklı konulara değinilmiştir. Bu

²⁴⁴ Akıncı, A.g.e., s.38.

²⁴⁵ FIDIC Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction, Fourth Edition Geneva, 1987 – Reprinted 1988 with editorial amendments-Reprinted 1992 with further amendments, s.18-19.

²⁴⁶ FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works, Third Edition, Geneva, 1987, s.15 ve s.19.

²⁴⁷ FIDIC Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey, First Edition, Geneva, 1995, s.6 ve s.20.

durum uygulamacılar tarafından eleştirilmiş ve FIDIC 1999 baskı yeni Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç standart inşaat sözleşmesinde de yeknesak bir düzenleme ile, iş sahibinin iş bedelini ödeme borcu “Sözleşme Bedeli ve Ödemeler” ana başlığı altında m.14. hükmü ve alt maddelerinde ve söz konusu borca aykırılığın sonuçları ise “Yüklenici'nin İşi Askıya Alması ve Fesih” başlığı altında m.16. hükmünde düzenlenmiştir. Özetle m.14. hükmü içerik olarak bir takım farklılıklar içerse de, FIDIC 1999 baskı yeni Sözleşmeler Dizisi'deki her üç kitapda da iş sahibinin iş bedelini ödeme yükümlülüğü meselesi aynı maddeler içinde yer alacak şekilde ve hemen hemen aynı başlıklarla hüküm altına alınmıştır.

2. İş Bedeli Hükümleri

Türk Hukuku'nda eser sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir ve ücret eser sözleşmesine karakteristik özelliğini veren eser meydana getirme ediminin karşılığını oluşturur. BK m.355'teki tanıma göre “*İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeğe taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.*” Ücret yapılacak eser için ödenecek değeri ifade etmektedir.²⁴⁸ Yüklenici eseri tamamlayıp teslim ettiğinde iş sahibi iş-sözleşme bedelini ödeyecektir.²⁴⁹

İş bedeli tüm FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin de asli unsurlarından birisi olması sebebi ile her sözleşme tipinde düzenlenmiştir. Ancak her sözleşme tipi farklı iş modeli ve risklerin farklı bir biçimde dağılımı dikkate alınarak hazırlandığından, her sözleşmede farklı iş bedeli türleri belirlenebilmektedir. Aşağıda sırası ile FIDIC 1999 baskı yeni Sözleşmeler Dizisi'deki standart inşaat sözleşmelerinde iş bedelinin nasıl tarif edildiği, sözleşmelerde hangi tür iş bedelleri öngörüldüğü, iş bedellerinin ilgili vergi ve harçları içerip içermediği, iş bedellerinin bir kısmının avans olarak ödenip ödenemeyeceği ve iş bedellerinin yabancı para cinsinden ödenip ödenemeyeceği hususları açısından incelenecektir.

a. İş Bedeli Kavramı

İş bedeli ile ilgili düzenlemeler FIDIC 1999 baskı yeni Sözleşmeler Dizisi'de yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de şekil olarak aynı maddeler içinde yer almış ve sırasıyla iş bedeli, avans ödemeleri, ödeme yöntemi, ödeme zamanı, ödeme borcuna uymamanın sonuçları, kurlar hep aynı maddelerde ancak içerik olarak farklı şekillerde kaleme alınmıştır. Böylece FIDIC

²⁴⁸ Aydemir, A.g.e., s.183.

²⁴⁹ Duman, A.g.e., s.91.

1999 baskı Yeni Sözleşmeler Dizisi'nden önceki dönemde olmayan yeknesaklık şekil olarak sağlanmış, ancak farklı iş modelleri dikkate alınarak oluşturulmuş sözleşmeler olduklarından madde içeriklerinde farklılaşmalar olmuştur.

Gerek FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da gerekse FIDIC-Sarı Kitap-1999'daki tanımlar bölümünde yer alan m.1.1.4.2. hükmü, iş bedelinin m.14.1.hükmünde tarif edildiğini belirtmektedir. FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.14.1.a hükmü uyarınca iş bedeli, II.Bölümde yer alan "Özel Hükümler" kısmında aksine bir düzenleme mevcut değilse, "Değerleme" başlıklı m.12.3.'e göre üzerinde anlaşılmış ve belirlenmiş bedel olarak tanımlanmıştır. FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da "Ölçme ve Değerleme" başlıklı m.12. hükmü içinde yer alan düzenlemelere göre sözleşme konusu işler mühendis tarafından sözleşmede yer alan metotlar ile ölçülmekte, sözleşmede yer alan birim maliyetler üzerinden hesaplanan ve onaylanan sözleşme bedelleri aylık hakedişler düzenlenerek yükleniciye ödenmektedir. Dolayısıyla FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da iş bedeli ölçülen iş miktarının sözleşmede yer alan birim maliyetler ile mühendis tarafından hesaplanması ile ortaya çıkan değer olmaktadır. FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da iş bedeli ile ilgili önceki dönem sözleşmelere göre getirilen bir yenilik, keşif listelerinde yer alan iş kalemi miktarlarının gerçekleşecek işler ile ilgili tahmini bir bilgi olduğunun ve nihai sözleşme bedelini hesaplamak açısından baz alınamayacağına düzenlenmiş olmasıdır.²⁵⁰ Bu noktada FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'un, BK m.366 hükmünde yer aldığı gibi iş bedelinin yaklaşık olarak belirlenmesi düzenlemesine benzer bir düzenleme yaptığı söylenebilecektir. Tüm bu düzenlemelerden ortaya çıkan sonuç FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'un birim maliyet bedelli-fiyatlı bir sözleşme türü olduğudur.

FIDIC-Sarı Kitap-1999 m.14.1.a hükmü ise, yine II.Bölümde yer alan "Özel Hükümler" kısmında aksine bir düzenleme mevcut değilse, iş bedelini iş sahibinin ihale sonucunda düzenleyerek kazanan yükleniciye verdiği "Kabul Mektubu"nda belirtilen kabul edilmiş götürü sözleşme tutarı olarak tanımlamaktadır. FIDIC-Sarı Kitap-1999'da mühendis tarafından verilen muhtelif talimatlar çerçevesinde gerçekleştirilen işin bedelinin götürü olarak belirlendiği 14.1.a. maddesinde açıkça yer almaktadır, dolayısıyla FIDIC-Sarı Kitap-1999 götürü bedelli-fiyatlı bir sözleşme türüdür.

²⁵⁰ Bunni, A.g.e., s.547.

Gerek FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da gerekse FIDIC-Sarı Kitap-1999'da iş bedeli konusu paralel bir şekilde düzenlenmiştir, ancak aralarında önemli farklılıklar mevcuttur. FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 birim maliyet bedelli bir sözleşme iken, FIDIC-Sarı Kitap-1999 götürü bedelli-fiyatlı bir sözleşmedir. Ayrıca FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da "Ölçme ve Değerleme" başlıklı m. 12, FIDIC-Sarı Kitap-1999'da "Tamamlama Sonrasında Testler" başlıklı bir madde ile değiştirilmiş ve bu yüzden FIDIC-Sarı Kitap-1999 m.14.1.'e ek bir hüküm getirilerek sahaya getirilen bir malzeme veya yapılan bir işin ölçülmesi ile ödemesi hesaplanacaksa, II.bölümde "Özel Hükümler"de yer alan "Ölçme ve Değerleme" hükümlerine göre uygulama yapılacağı belirtilmiştir.²⁵¹

FIDIC-Gümüş Kitap-1999 tanımlar bölümünde yer alan m.1.1.4.1. iş bedelinin sözleşme konusu işlerin tasarımı, ifa edilerek tamamlanması ve kusurların giderilmesinin karşılığı olarak sözleşmede belirlenen ve eğer varsa sözleşmeye uygun yapılmış ayarlama-düzeltilmeleri de içeren tutar olarak tarif etmiş ve diğer iki FIDIC standart inşaat sözleşmesine nazaran farklı olarak m.14.1.'e atıfta bulunmamıştır. Bu yüzden m.14.1.a. hükmü sadece işler için ödemelerin götürü iş bedeli baz alınarak yapılacağını düzenlenmiştir.²⁵² Tüm bunlardan çıkacak sonuç FIDIC-Gümüş Kitap-1999'un götürü bedelli-fiyatlı bir sözleşme türü olduğudur.

İnşaat sözleşmelerinde iş bedeli kavramı Borçlar Kanunu hükümleri açısından incelendiğinde eser sözleşmesinde ücret ile ilgili üç ayrı durumun düzenlendiği görülmektedir.

İlk olarak ücretin belirsiz olduğu durumlar Borçlar Kanunu'nda düzenleme konusu yapılmıştır. BK m.366 hükmü incelendiğinde ücretin mutlaka önceden kararlaştırılmasının gerekmediği ortaya çıkmaktadır. Tarafların burada yapılacak inşaat karşılığı ücretin miktarının belirlenmesini daha sonraya bırakmaları söz konusudur.²⁵³ Evvelden kararlaştırılmamış olan bedel iş bitiminde yapılan şeyin kıymetine ve yüklenicinin masrafına göre belirlenecektir. Eser bedelinin belirlenmesinde yapıldığı yer ve zamandaki değeri dikkate alınacaktır. Yüklenicinin masrafından ise sadece fiili olarak harcadığı tutarın değil aynı zamanda iş karşılığı elde edeceği kârın da dikkate alınarak hesaplama yapılması gerekir,²⁵⁴ aksi takdirde eser sözleşmesi konusu iş ücretsiz yapılmış gibi görülüp vekalet hükümlerine tabi olabilecektir.²⁵⁵ FIDIC standart inşaat

²⁵¹ Bunni, A.g.e., s.578.

²⁵² Bunni, A.g.e., s.595.

²⁵³ Öz, A.g.e., s.56.

²⁵⁴ Karataş, A.g.e., s.244.

²⁵⁵ Karahasan, Mustafa R., İnşaat İmar İhale Hukuku, s.70.

sözleşmelerinde hiç bir zaman ücret belirlenmeden sözleşme imzalanmayacağı için, BK m.366 hükmü bu noktada uygulama imkanı bulamayacaktır.

İkinci durum, eğer ücret önceden kararlaştırıldıysa ilk ihtimal kesin olarak belirlenmesidir. BK m.365 hükmü uyarınca iş bedelinin bu şekilde götürü ücret olarak, veya birim fiyat usulü şeklinde belirlenmesi mümkündür. Götürü ücret tarafların eser sözleşmesi kapsamında yapılacak tüm iş için baştan bir ücret belirlemesi şeklinde ortaya çıkarken, birim fiyat usulunde yapılacak iş birimler olarak gösterilip her bir birim için ayrı ayrı fiyat belirlenmektedir. Götürü ücret üzerinden anlaşılacak eser sözleşmelerinde yüklenici sözleşme konusu işi belirlenen ücrete yapmak zorundadır, bu nedenle “garantili gider tayini” olarak da tanımlanmıştır.²⁵⁶ FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde her iki şekilde de ücret tipi belirlendiğine yukarıda değinilmiştir.

Üçüncü durum, eğer ücret önceden kararlaştırıldıysa ikinci ihtimal BK m.366 hükmü uyarınca ücretin yaklaşık olarak keşif bedeli niteliğinde belirlenmesidir. Burada tahmini ücret söz konusudur ve eserin bedeli iş bitiminde BK m. 366 hükmü uyarınca kıymetine veya yüklenicinin masrafına göre tayin edilecektir. İş sahibi için önemli olanın eserin bir an evvel bitirilmesi olduğu inşaat işlerinde yüklenici ile bu şekilde tahmini bir ücret (keşif ücreti) üzerinden anlaşılıp daha sonra ücretin maliyet artı kâr sistemine göre belirleneceği kararlaştırılabilmektedir.²⁵⁷ Özellikle FIDIC-Kırmızı Kitap-1999’da sözleşme eki olan keşif listelerinin tahmini iş bedelini gösterdiği, tutar olarak bağlayıcı olmadığı ifade edilmesi ile BK m.366 hükmü ile uyumlu bir düzenlemedir.

Türk Hukuku’na göre aynı FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, taraflar ücretin hesaplanış şekli ile ilgili sözleşme serbestisi içinde diledikleri şekilde düzenleme yapabilirler, yani ücret edimi götürü, çalışma saatlerine bağlı veya birim fiyat üzerinden serbestçe belirlenebilir ve bu durum sözleşmenin hukuki olarak türünü belirlemede önem arz etmez.²⁵⁸ Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca eser sözleşmesinde taraflar ücreti açık veya zımni bir şekilde belirleyebilecektir.²⁵⁹

İş bedeli, ücret kuralı olarak paradır, ancak para dışında bir eserin veya belli bir arsa payının da ücret olarak kararlaştırılması mümkündür, bu durumda trampa benzeri bir ilişki var gibi görünse

²⁵⁶ Becker, A.g.e., s.630.

²⁵⁷ Dayınlarlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s.16.

²⁵⁸ Tandoğan, A.g.e. , s.27.

²⁵⁹ Yavuz, A.g.e., s.497.

de doktrinde iki ayrı eser sözleşmesi olduğu yönünde görüş mevcuttur.²⁶⁰ FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde iş bedelinin düzenlendiği hükümler incelendiğinde, iş bedelinin para dışında bir şey ile belirlenmesinin düşünülmediği görülmektedir, ancak sözleşme serbestisi içinde tarafların II.bölümde yer alan “Özel Hükümler” kısmında farklı düzenlemeler yapabilecekleri ve fakat bu durumda iş bedeli ile bağlantılı tüm hükümlerin revize edilmesi gerekeceği söylenebilir.

İş sahibinin kamu idaresi olduğu sözleşmelere uygulanacak olan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda “Sözleşme Türleri” başlığı altında m.6’da yapılan düzenlemede götürü ve birim fiyat olmak üzere iki ücret türünün de tanımlandığını görüyoruz. Buna göre yapım işlerinde uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için toplam bedel üzerinden anlaşılması halinde “anahtar teslimi götürü bedel sözleşme”, ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli yüklenici tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden anlaşılması halinde “birim fiyat sözleşme” söz konusu olacaktır.

Sonuç olarak görüleceği üzere Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesi hakkındaki hükümlerinde yer alan düzenlemelerde ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda yer alan ücret düzenlemelerinde, FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki düzenlemelerdekine çok benzer ücret türleri belirlenmiştir.

b. İş Bedeli ve Vergiler

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de iş bedelinin vergi ve harçları ile ilgili aynı şekilde düzenleme yapılarak, vergi ve harçların sorumluluğu yüklenici üzerinde bırakılmıştır. Madde 14.1.b. hükmüne göre yüklenici sözleşmeye göre ödenmesi gereken tüm vergi, resim ve harçları ödeyecektir ve m.13.7. hükmünde yer alan mevzuat değişiklikleri sebebi ile düzeltme hükümleri hariç, söz konusu masraflar hiç bir şekilde iş bedelinin düzeltilmesine yol açmayacaktır. Yüklenicinin vergi, resim ve harçları ödeme yükümlülüğü ayrıca “Yasalara Uyum” başlıklı m.1.13. hükmünde de belirtilmiştir. Tüm bunlardan çıkan sonuç ister birim maliyet üzerinden anlaşılarak yapılan FIDIC-Kırmızı Kitap-1999, isterse

²⁶⁰ Gümüş, Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2010, s.8.

götürü ücret üzerinden anlaşarak yapılan FIDIC-Sarı Kitap-1999 ve FIDIC-Gümüş Kitap-1999 söz konusu olsun, tüm vergi ve harçlardan yüklenici sorumludur.

Konuya Türk Hukuku açısından bakıldığında FIDIC İnşaat Sözleşmesi Formları'nda yer alan düzenlemelere paralel bir uygulama olduğu görülmektedir. 3065 sayılı Katma Değer Kanunu uyarınca üretilen her tür hizmet katma değer vergisine tabidir. Eser sözleşmelerinde hizmeti üreten kişi olan yüklenici KDV yükümlüsüdür ve vergiyi m.1/a hükmüne göre hizmet alana yani iş sahibine yansıtacaktır. KDV'nin yüklenici tarafından iş sahibine yansıtılmasında iki ayrı durum söz konusu olacaktır. Eğer eser sözleşmesinde ayrı bir hüküm yoksa ve sözleşme götürü ücret üzerinden yapılmışsa normalde iş sahibine yansıtılacak olan vergi götürü ücret bedeli içinde sayılır ve iş sahibine yansıtılamayacağı Yargıtay'ın oturmuş içtihatlarındandır.²⁶¹ Eğer eser sözleşmesi birim fiyat üzerinden yapılmışsa, sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa, KDV yüklenici tarafından iş sahibine yansıtılacaktır.

c. Avans Ödemeleri

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de avans bedeli ödenmesi ile ilgili m. 14.2.hükmünde düzenleme yapılmıştır. Buna göre, iş sahibi işlerin başlayabilmesi için total sözleşme değeri üzerinden belli bir miktar avans ödemesini, karşılığında bir faiz istenmemek şartı ile, yükleniciye yapacaktır.²⁶² İş sahibinin yükleniciye tasarım ve ihzarat²⁶³ işleri için faizsiz avans ödemesi yapacağı FIDIC-Sarı Kitap-1999 ve FIDIC-Gümüş Kitap-1999'daki m.14.2.hükmünde düzenlenmiş, buna karşın FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.14.2. hükmünde, bu sözleşme türünde yüklenicinin tasarım yükümlülüğü mevcut olmadığından "tasarım" kelimesi çıkmış sadece ihzarat için avans verileceği belirtilmiştir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken şey avans ödemesinin otomatik olmadığıdır.²⁶⁴ Eğer öngörülen avans ödemesi "Teklif Eki"nde²⁶⁵ yer almıyorsa m.14.2. hükmü uygulanmayacaktır.

²⁶¹ Yargıtay 15 HD, 15.04.1990 tarih ve 1989/4649E 1990/2171K - Kostakoğlu, A.g.e., s.940.

²⁶² Bunnı, A.g.e. , s.547.

²⁶³ İhzarat , herhangi bir yapım işi için gerekli malzemenin önceden alınarak şantiyede stoklanması işlemidir.

²⁶⁴ Glover, A.g.e., s.283.

²⁶⁵ Yüklenici tarafından iş bedeli ve muhtelif detaylar içeren ve ihalede iş sahibine verilen aynı zamanda sözleşmenin eki olan, bağlayıcı teklif mektubudur.

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’de yer alan m.14.2. düzenlemesine göre, bu avans ödemelerinin toplamı, eğer birden fazla taksitler halinde ödenecekse taksitlerin sayıları, ödeme zamanları, uygulanacak kurlar “Teklif Eki”nde belirtilecektir. FIDIC-Gümüş Kitap-1999 m.14.2.’ye göre ise avans ile ilgili tüm detaylar II.bölümde yer alan “Özel Hükümler”de yer alacaktır. Eğer FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’daki “Teklif Eki”nde veya FIDIC-Gümüş Kitap-1999’daki “Özel Hükümler”de avans ödemesi miktarı yer almıyorsa m. 14.2. hükmü uygulanmayacak, taksit sayısı belirtilmemişse avans bedeli tek seferde ödenecek, uygulanacak kurlar belirlenmemişse iş bedeline uygulanan kur avans bedeli için de geçerli olacak, geri ödemeler için amortizasyon oranı belirtilmemişse bu oran avans tutarının iş bedeline bölünmesi ile hesaplanacaktır.²⁶⁶

İş sahibi bir örneği FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 (E) ekinde yer alan, avans bedeli tutarında bir banka garantisini yükleniciden almadan herhangi bir avans ödemesi yapmayacaktır. 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde avans tutarları karşılığında yüklenici tarafından iş sahibine verileceği düzenlenen ve Ek.E’de örnek formu verilen garanti, m. 4.2. kapsamında verileceği düzenlenen performans garantisi formuna benzer niteliktedir. Söz konusu garanti formu Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tarafından hazırlanan “Standart Kurallar” başlığı altında çıkarılan yayında (458-ICC Uniform Rules for Demand Guarantees1992) yer almaktadır.²⁶⁷ FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 m.14.2. hükmü yükleniciye verilen avans tutarının garantilerin geçerliliğinin biteceği günden 28 gün öncesine kadar iş sahibine geri ödenmemiş olması ve yüklenicinin garanti mektubu süresini uzatamaması halinde, iş sahibine garantiyi nakde çevirme imkanı da vermiştir.

Türk Hukuku’nda iş bedeli BK m.364 hükmü uyarınca eserin tamamlanması ve teslim edilmesi sonrasında ödenir. Ancak taraflar emredici olmayan bu kurala bağlı kalmadan ücret ödeme koşullarını ve zamanını diledikleri gibi serbestçe kararlaştırabilirler. Bu bağlamda işe başlamadan evvel veya başladıktan bir süre sonra iş bedelinin belli bir oranında avans verilmesi söz konusu olabilir.²⁶⁸ Söz konusu avanslar aynı FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde tarif edildiği gibi sözleşme konusu iş ilerledikçe yüklenici tarafından ifa edilen kısmın ücretinden düşülmek suretiyle mahsup edilecektir. Ayrıca iş sahibinin kamu idaresi olduğu sözleşmelere uygulanacak olan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda m.7 hükmünde avans verilebileceği ancak

²⁶⁶ Bunni, A.g.e., s.596.

²⁶⁷ The FIDIC Contract Guide, Geneva, 2000, sf.236 .

²⁶⁸ Dayınlarlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s.16.

ödeme yeri ve şartlarıyla, avans verilip verilmeyeceğinin, verilecekse şartları ve miktarının mutlaka sözleşmede yer alması gerektiği vurgulanmıştır.

d. Demirbaş/Tesisat ve Malzemeler Avansı

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de avans ödemesine benzer bir uygulama "İşler İçin İstenen Demirbaş/Tesisat ve Malzemeler" başlığı altındaki m.14.5. hükmünde düzenlenmiştir.²⁶⁹

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999'de yer alan düzenlemeye göre yüklenici her ayın sonunda hazırlayacağı hakedişlerde sadece bitirilen kalıcı işlerin bedelini değil, aynı zamanda kalıcı işlere dahil edilmek üzere işyerine sevk edilen veya getirilen ancak henüz dahil edilmemiş olan ve "Teklif Eki"nde listelenmiş malzemelerin ve tesisat/demirbaşın bedelini de, daha sonra bunlar kalıcı işlere dahil edildiği zamanki hakedişten düşmek üzere, belirterek ödenmesini isteyebilecektir. Yani iş sahibi bu yöntem ile yükleniciye önceden sahaya getirilmiş ve ancak henüz kullanılmamış malzeme ve monte edilmemiş demirbaş veya ekipman için ön ödeme veya avans ödemesi yaparak, önden yapılan bu finansman ile yüklenicinin nakit akışını iyileştirmiş olmaktadır. Bu noktada FIDIC söz konusu düzenlemenin gerekçesini açıklarken, herhangi bir yüklenici için öngörülebilir bir nakit akışının önemine vurgu yapmıştır.²⁷⁰ Uygulamada bu tür malzeme bedelinin ön ödemesinde veya avans olarak ödemesinde bir takım fireler olabileceği de düşünülerek fatura bedelinin yüzde doksanının ödenmesi yoluna gidilmektedir.

Mühendis ancak bir takım şartlar yerine getirildiğinde "Ara Hakediş"e demirbaş/tesisat ve malzemeler için ekleme yapılmasına dolayısıyla bunlar için ek ödeme yapılmasına karar verebilecektir. Öncelikle yüklenici, demirbaş/tesisat ve malzemelerin kullanılışları ile ilgili siparişler, makbuzlar vs. içeren tatmin edici kayıtları tutmalı ve bunları incelemeye hazır bulundurmalı, ayrıca demirbaş/tesisat ve malzemelerin sahaya teslim ve satın alınması masraflarını tevsik eder tatmin edici belgeleri sunmalıdır. İkinci olarak eğer sahaya teslim edilmek üzere sevk edilen demirbaş/tesisat ve malzemeler söz konusu ise, bunlar "Teklif Eki"nde listelenmiş olmalı, sözleşmeye uygun olarak doğrudan sahaya sevk edilmiş olmalı, açık bir biçimde konşimentoda listelenmiş olmalı, bu konşimento, navlunun ve sigortanın ödendiğine dair belgeler ve sözleşmeye

²⁶⁹ Glover, A.g.e. , s.284.

²⁷⁰ Guide to the Use of FIDIC Conditions of Contract For Works of Civil Engineering Construction, 4.Baskı, Geneva, 1989, s.135.

uygun avans tutarında ve söz konusu demirbaş/tesisat ve malzemeler sahada uygun bir biçimde depolanana kadar geçerli olacak bir banka garantisi mühendise teslim edilmiş olmalıdır. Son olarak eğer sahaya teslim edilmiş demirbaş/tesisat ve malzemeler söz konusu ise, bunlar kayıp, zarar ve hasarlara karşı korunacak şekilde uygun bir biçimde depolanmış olmalıdır. FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’de yer alan m.14.5. hükmünün devamındaki düzenlemelere göre, sahaya getirilen demirbaş/tesisat ve malzemelerin maliyetlerinin yüzde sekseni hakediş tutarına eklenecektir.

FIDIC-Gümüş Kitap-1999 m.14.5. hükmünde aynı konu ile ilgili daha sade bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre yüklenici sözleşme ile henüz sahada olmayan demirbaş/tesisat ve malzemeler için bir ara ödeme alma yetkisine bir takım şartlar ile sahip olabilecektir. Öncelikle ilgili demirbaş/tesisat ve malzemeler işin yapılacağı ülkede ve iş sahibinin talimatlarına uygun olarak iş sahibi adına işaretlenmiş olmalıdır veya yüklenici iş sahibine sigorta ve iş sahibince onaylı, avans tutarında, ilgili demirbaş/tesisat ve malzemeler sahada uygun bir biçimde depolanıncaya kadar geçerli olacak şekilde bir banka garantisi vermelidir.

e. İş Bedeli’nin Ödeneceği Döviz Cinsi

Yabancı döviz ile ödemeler hakkında FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’da aynı düzenlemeler yapılmış, FIDIC-Gümüş Kitap-1999’da ise diğer iki sözleşme formu ile benzer nitelikte düzenleme yapılmış, ama düzenlemelerde belirtilen sözleşme belgeleri farklılaşmıştır. İlk iki sözleşmede sürekli “Teklif Eki” belgesine atıf varken sonuncu sözleşmede “Sözleşme Anlaşması” ve “Özel Hükümler”e atıf mevcuttur.

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de m.1.1.4.8. hükmünde “Yerli Döviz Kuru” işin yapıldığı ülkenin kuru olarak tanımlanırken, m.1.1.4.6. hükmünde “Yabancı Döviz Kuru” iş bedelinin belli bir kısmının veya tamamının ödeneceği “Yerli Döviz Kuru”ndan farklı döviz cinsi olarak tanımlanmıştır. FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’daki “Ödemelerin Kurları” başlıklı m.14.15. hükmüne göre, iş bedeli “Teklif Eki”nde belirtilen döviz cinsinden ödenecektir. FIDIC-Gümüş Kitap-1999’deki m.14.15. hükmüne göre ise “Sözleşme Anlaşması’nda yer alan döviz cinsi iş bedeli ve avans ödemelerinde esas alınacaktır.

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de eğer iş bedeli sadece yerli döviz cinsinden belirtilmiş ancak ödemelerin bir kısmı başka bir döviz cinsinden yapılacaksa, yerli ve yabancı döviz cinsinden yapılacak ödemelerin tutarları ve oranları ile ödemelerin hesaplanmasında kullanılacak sabit döviz kurları, FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999'a göre "Teklif Eki"nde, FIDIC-Gümüş Kitap-1999'a göre "Sözleşme Anlaşması"nda yer aldığı şekilde olacaktır. Eğer "Teklif Eki"nde veya "Sözleşme Anlaşması"nda bu konuda herhangi bir düzenleme yoksa, baz tarihi yani teklif verilmesi gereken en son günden 28 gün önceki gün itibari ile işin yapılacağı ülkenin Merkez Bankası'nın saptadığı kurlar dikkate alınacaktır. FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 birim maliyet fiyatlı bir sözleşme türü olması nedeni ile iş bedeli ile bunun bir kısmının, yani birim maliyet listelerindeki bazı iş kalemlerinin farklı döviz cinsinden ödenmesi, dolayısıyla bu maddenin uygulanması mümkün olabilecektir. Ancak FIDIC-Sarı Kitap-1999 ve FIDIC-Gümüş Kitap-1999 götürü bedelli sözleşmeler olmaları nedeni ile, genelde tek bir iş bedeli ve ödemenin yapılacağı kur belirleneceğinden bu madde pek uygulama sahası bulamayacaktır.²⁷¹

Türk Hukuku'na göre iş bedelinin sözleşmede yabancı para cinsinden belirlendiği durumlarda eğer sözleşmede açıkça aynen ödeme kaydı mevcut değilse BK m.83 hükmü uyarınca iş bedeli Türk Lirası üzerinden ödenebilecektir. FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin eki olan ve ihale aşamasında yüklenici tarafından iş sahibine gönderilen icap niteliğinde olan, işin tanımı, tutarı, genel şartları gibi hükümler içeren "İhale Teklif Mektubu" (*Letter of Tender*) ve "Teklif Eki" (*Appendix to Tender*) içerisinde iş bedelinin ödeneceği kur belirtilebilmektedir. Burada yer alan ifadeler bir tür "aynen ödeme kaydı" niteliğinde olduğundan²⁷² iş sahibi açısından burada belirlenen kurun dışında bir kurla ödeme yapmak BK m.83. hükmü uyarınca mümkün olmayacaktır. Örneğin bir Türk kamu kurumunun FIDIC standart inşaat sözleşmelerini kullanarak yaptığı ihalede bir İngiliz yüklenici "İhale Teklif Mektubu"nda ihale edilen işi ABD Doları üzerinden belirlenmiş bir iş bedeli karşılığı yapmayı teklif eder ve Türk iş sahibi bunu kabul ederse, ödeme zamanı geldiğinde "İhale Teklif Mektubu"nda belirtilenin aksine Türk iş sahibinin Türk Lirası üzerinden ödeme yapması mümkün değildir.

²⁷¹ The FIDIC Contract Guide, Geneva, 2000, s.257.

²⁷² "Payments are only to be made in a currency named on the first page of the Letter of Tender."

3. İş Bedelinin Uyarlanması

İş bedelinin uyarlanması kavramı ile sözleşmenin yürürlüğe girmesi veya belirlenecek başka bir tarihten sonra herhangi bir sebeple malzeme, işçilik gibi girdi maliyetlerinde artış veya azalış olması halinde, iş bedelinin bu artış veya azalış dikkate alınarak değiştirilmesi kastedilmektedir. Enflasyonun veya önemli dengesizliklerin yaşandığı ekonomilerde, iş sahiplerinin kendi menfaatleri açısından da, özellikle uzun vadeli (bir yıldan fazla süreli) inşaat işlerinde yükleniciden sözleşme boyunca herhangi bir değişiklik olmadan iş bedelini sabit tutmasını istememesi gerektiği FIDIC tarafından ileri sürülmüştür.²⁷³ Zira eğer iş sahibi bu şekilde davranabilirse ihalelerde önemli yüklenicilerden makul ve rekabetçi fiyat teklifleri alabilecek ve bunların net kriterler ile değiştirilebilmesini sağlayacaktır. FIDIC ideal durumun, yüklenici teklifini verdikten sonra işçilik ve malzeme maliyetlerinde oluşan net artışlar ışığında iş bedelinin yeniden değerlendirilmesinin mümkün olduğu sözleşmeler ile iş yapmak olduğunu ve bunu yaparken kriterlerin mümkün olduğu kadar temel fiyatlar ve endeksler hakkında resmi kaynaklara dayanan kriterler olmasının işleri gerektiğini, resmi kaynak bulmakta zorlanılan durumlarda ise alternatif metotlar ile konunun çözülmesinin uygun olacağını öngörmüştür.²⁷⁴

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de işçilik ve malzeme maliyetlerinde muhtelif sebepler ile oluşabilecek değişimlerin, iş bedelini değiştirmesi, eskale etmesi ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde iş bedelini değiştirilmesine yol açabilecek başlıca üç durum öngörülerek düzenleme yapıldığı tespit edilmiştir.

a. Enflasyon, Ekonomik Parametre Değişiklikleri

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'ndeki her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de yer alan m.13.8. hükmünde enflasyon vb. sebepler ile işçilik-malzeme maliyetlerinde yaşanan artış-azalış sebebi ile iş bedelinin değişmesi düzenlenmiştir.

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999'da "Masraflarda Değişiklik için Ayarlamalar" başlığı altındaki m.13.8. hükmü ile, işçilik veya malzeme veya işin yapılması için

²⁷³ Guide to the Use of FIDIC Conditions of Contract For Works of Civil Engineering Construction, 4.Baskı, Geneva, 1989, s.161.

²⁷⁴ Bunni, A.g.e., s.316.

gerekli başka herhangi bir masraf kaleminin maliyetlerinde ekonomik herhangi bir sebeple yükseliş veya düşüşler söz konusu olduğunda, eğer “Teklif Eki”nde “Ayarlama Datası Tablosu” yer alıyorsa, maddenin devam eden hükümlerinde belirtilen formulasyona istinaden, söz konusu farkların iş bedeline eklenebileceği veya iş bedelinden çıkarılabileceği düzenlenmiştir. İş bedelinin herhangi bir uyarlamaya tabi tutulmadan sabit kalmasının istendiği sözleşmelerde m.13.8. hükmünün geçersiz olduğunu belirtmek yeterli olacaktır. İş süresinin uzun olduğu, yıllara yayıldığı inşaat sözleşmelerinde fiyat uyarlamaları yükleniciler tarafından istenmekte, dolayısıyla bu tür hükümler oluşturulması ile enflasyon vb. ekonomik göstergelerde değişiklikler sonucu oluşabilecek risklerin iş sahibi tarafından karşılanmasının önü açılmaktadır.

FIDIC-Gümüş Kitap-1999’da tüm tasarım/montaj-inşaat yükümlülükleri anahtar teslim olarak yüklenicinin üzerinde olduğu ve iş bedeli götürü olarak belirlenmiş bir sözleşme olduğundan, enflasyon vb. sebepler ile girdi maliyetlerinde olabilecek artış veya azalışlar sonucu iş bedelinin değişmesi iş sahibi tarafından istenmemektedir. Dolayısıyla m.13.8.de diğer iki FIDIC standart inşaat sözleşmesinden farklı olarak, sözleşme metninin içinde iş bedelinin enflasyon vb. sebepler ile işçilik/malzeme ve işin yapılması için gerekli diğer masraf kalemlerinde oluşan artış veya azalışlar sonucu değişmesi ile ilgili bir düzenleme yapılmamış, sadece eğer iş bedelinin bu sebepler ile değişmesi isteniyorsa bunun II.bölümde yer alan “Özel Hükümler” kısmında düzenlenebileceği belirtilmiştir.

Türk Hukuku’nda sözleşme serbestisi kapsamında FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi iş bedelinin önceden öngörülen kriterler ve hesaplama yöntemleri ile değişmesi konusunda taraflar serbestçe anlaşarak bunun şartlarını düzenleyen hükümleri sözleşmelere ekleyebilmektedir.

İş sahibinin kamu kurum veya kuruluşu olduğu işler için geçerli olan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.8 hükmü de çeşitli kurallar oluşturularak fiyat farkı verilebileceğini yani iş bedelinin uyarlanabileceğini düzenlenmiştir. Burada kanun koyucu “fiyat farkı” kavramı ile iş bedelinin uyarlanmasını kastetmektedir. Aynı hükme göre sözleşme türlerine göre fiyat farkı verilebilmesine ilişkin esas ve usulleri tespite Kamu İhale Kurumunun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkili olacaktır.²⁷⁵ Bu kapsamda, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında 02.04.2010 tarihli Resmi Gazete’de çıkarılan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama

²⁷⁵ Duman, A.g.e., s.258.

Yönetmeliği'nin eki olan Ek-7 “Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme”deki m.14. hükmü yükleniciye fiyat farkı hesaplanması öngörülmüş ise, 24.12.2002 tarih ve 5039 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki olan “4734 Sayılı Kamu İhale Kanununa Göre İhalesi Yapılacak Olan Yapım İşlerine İlişkin Fiyat Farkı Hesabında Uygulanacak Esaslar” uyarınca fiyat farkının hesabı ve ödenmesine ilişkin hükümler “Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme”ye eklenecektir.

b. Mevzuat Değişiklikleri

İş bedelinin uyarlanması yol açabilecek ikinci durum, maliyetlerin artışına yol açacak bir mevzuat değişikliğinin işin yapıldığı ülkede gerçekleşmesidir. Bu tür değişikliklere örnek olarak vergi mevzuatında değişiklikler, iş hukukunda değişiklikler, ticaret ambargoları ve yaptırımları gösterilebilir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, burada değiştiği bahsedilen mevzuat ve kuralların Türk Hukuku açısından hukuki niteliğini, bunların MÖHUK m.31 hükmü ile düzenlenmiş olan “doğrudan uygulanan kurallar” olduğu şeklinde yapmak doğru olacaktır. Zira bu kurallar yabancı unsur taşıyan taşınmazın, kendi kapsamı ve amacı içine giren tüm hukuki işlemlere ve sözleşmelere uygulanan, kamu hukuku veya özel hukukta bulunan düzenlemelerdir.²⁷⁶ MÖHUK m.31 hükmünde yer alan ifade ile, sözleşmeye uygulanacak hukukun içerisinde yer alması bile, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmektedir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınacaktır. Bu anlamda FIDIC standart inşaat sözleşmesinde Türk Hukuku uygulanacak hukuk olarak seçilsin ya da seçilmesin örneğin Türkiye’de gerçekleşen bir inşaat işinde çalıştırılan Türk işçilerin sosyal sigorta primlerinde meydana gelebilecek bir artış veya azalış “doğrudan uygulanan kural” niteliğinde olduğundan uygulanacak ve sözleşme konusu işin girdi maliyetlerinde değişikliğe yol açacaktır.

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de m.13.7. hükmüne uyarınca baz tarihten²⁷⁷ sonra ülkenin mevzuatında meydana gelen bu tür değişiklikler nedeni ile işçilik ve malzeme gibi girdi maliyetlerinde azalma veya artış olursa bu durum dikkate alınarak iş bedeli uyarlanacaktır. Yüklenici baz tarihten sonra mevzuatta olan değişiklikler nedeni ile sözleşme konusu işi geciktirmek durumunda kalırsa ve/veya ek masraf yaparsa, söz konusu durumu FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’da mühendise,

²⁷⁶ Tiryakioğlu, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1996, s.267-268

²⁷⁷ Baz tarih FIDIC Anahtar Teslim ve Tasarım-Yapım için Sözleşme Şartları (Turuncu Kitap)-1995 m. 1.1.3.1.’de “Teklifin İş sahibinin onayına sunulacağı en son günden 28 gün önceki tarih” olarak tanımlanmıştır.

FIDIC-Gümüş Kitap-1999’da iş sahibine ihbar edecek ve m. 20.1. kapsamında süre uzatımını ve iş bedeline ekleme yapılmasını talep etmek hakkına sahip olacaktır. Görüleceği üzere FIDIC bu düzenlemelere sözleşmede yer vererek tarafları sonradan ortaya çıkabilecek “doğrudan uygulanan kural”lara karşı korumak istemiştir.

Her ne kadar mevzuat değişikliği sonucu yüklenicinin haklarından bahsedilmişse de, tersi bir durum söz konusu olup mevzuattaki bir değişikliğin maliyetleri düşürmesi de söz konusu olabilir. Bu durumda iş sahibinin de iş bedelinin kendi lehine azaltılarak ayarlanmasını-değiştirilmesini istemek hakkı olduğu açıktır,²⁷⁸ zira m. 13.7 hükmünün başında sadece azalıştan bahsedilmemiş “... maliyetlerde bir artış veya azalış” olması halinde iş bedelinin buna göre ayarlanacağından bahsedilmiştir. Bunun dışında m. 13.7 hükmünde özellikle bahsedilmediğinden, iş sahibinin maliyetlerdeki azalış sonucunda iş bedelinin ayarlanması dışında iş süresinin değişimini de isteme hakkı olmadığını belirtmek gerekir.

Türk Hukuku’nda özellikle bu yönde tarafları koruyucu bir hüküm olmamakla beraber, Borçlar Kanunu’na tabi olan sözleşmelerde yüklenicinin KDV kanunu uyarınca vergi yükümlüsü olduğundan daha önce bahsetmiştik Bu kapsamda vergi oranlarında bir artış olması halinde, eğer sözleşmede aksi yönde bir düzenleme yoksa ve sözleşme götürü ücret üzerinden yapılmışsa, yüklenicinin bu nedenle iş bedelini değiştirme hakkı olmayacağı düşünülebilir zira vergi götürü ücret bedeli içinde sayılmaktadır. Ancak eser sözleşmesi birim fiyat üzerinden yapılmışsa, sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa, KDV yüklenici tarafından iş sahibine yansıtılacağından olası bir artış da iş sahibine yansıtılacak yani iş bedeli dolaylı olarak uyarlanmış olacaktır.

İş sahibinin kamu kurum veya kuruluşu olduğu inşaat sözleşmeleri için geçerli olan “Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme” m.14.1. hükmü uyarınca, yüklenicinin, sözleşme süresi içinde, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerde artışa gidilmesi veya yeni mali yükümlülüklerin getirilmesi gibi nedenlerle fiyat farkı verilmesi talebinde bulunamayacağının düzenlendiğini belirtmek gerekir. Yani iş sahibinin kamu kurum veya kuruluşu olduğu yapım işlerinin ihalesi sonucu imzalanacak sözleşmede, aynı konu ile ilgili FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan düzenlemenin tam tersi yönde bir düzenleme yapılarak mevzuatın değişmesi riski iş sahibinden yükleniciye geçirilmiştir. Dolayısıyla iş sahibinin kamu kurum veya kuruluşu olduğu inşaat

²⁷⁸ Glover, A.g.e., s.275.

işlerinde kullanılacak FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki m.13.7 hükmü büyük olasılıkla sözleşmenin imzası aşamasında revize edilecektir.

c. Öngörülemeyen Durumlar

İş bedelini uyarlanmasına yol açabilecek üçüncü durum ise, 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de m.17.3. hükmünde "İş Sahibi Riskleri" başlığı altında düzenlenen durumların ortaya çıkması halinde, yüklenicinin bu durumlar sebebi ile uğradığı zarar veya kayıpları iş bedeline FIDIC standart inşaat sözleşmeleri m.17.4. hükmü uyarınca eklemesidir.

FIDIC standart inşaat sözleşmeleri m.17.3. hükmünde tarif edilen durumlar iş sahibinin sonuçlarından sorumlu olduğu riskler olarak kabul edilmiş ve gerçekleşmesi halinde bu sebeple yüklenicinin yapmak zorunda kaldığı masrafın iş bedeline m.17.4.de yer alan usul ile ekleneceği dolayısıyla iş bedelinin uyarlanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu riskler resmi olarak ilan edilmiş olsun olmasın savaş, savaşa benzer durumlar, işgal, düşman faaliyetleri, ülkede ayaklanma, terörizm (1999'dan önceki FIDIC inşaat sözleşme formlarında yoktur), ihtilal, askeri veya sivil benzeri hareketler, yüklenicinin veya alt yüklenicilerin çalışanları hariç kişilerin çıkardığı kargaşalık, ayaklanma, yüklenicinin kullanımı hariç savaş gereçleri, patlayıcı maddeler, radyoaktif kirlenme, ışın yayılımı ve ses-altı veya ses-üstü uçaklardan gelen basınçlı dalgalar olarak sayılmıştır. Buraya kadar "iş sahibi riskleri" olarak belirtilen hususlar 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesi için de geçerlidir.

Yukarıda sayılanların dışındaki, iş sahibinin kalıcı işlerin herhangi bir bölümünü kullanması, iş sahibi personelinin veya iş sahibinin sorumlu olduğu kişilerin işin herhangi bir bölümü ile ilgili tasarımları ve basiretli ve tecrübeli bir yüklenicinin öngörerek önlemini alamayacağı öngörülemez doğa olayları gibi durumlar sadece FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999 açısından "iş sahibi riskleri" olarak kabul edilmiştir, yani iş bedelinin uyarlanması sonucu doğurabilecektir. Ancak bunlar FIDIC-Gümüş Kitap-1999 açısından "iş sahibi riskleri" olarak kabul edilmemiştir yani meydana gelmeleri halinde iş bedelinin uyarlanması hakkı vermezler.

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de yukarıdaki durumlardan birinin oluşması sonucu yüklenicinin zarara uğraması

halinde bu zarar veya kaybın karşılığı iş bedeline m.17.4. hükmü kapsamında eklenecek, dolayısıyla iş bedeli uyarlanmış olacaktır. Son olarak belirtmek gerekir ki iş sahibinin kalıcı işlerin herhangi bir bölümünü kullanması, iş sahibi personelinin veya iş sahibinin sorumlu olduğu kişilerin işin herhangi bir bölümü ile ilgili tasarımları yüzünden yüklenici zarar görürse bu zarar tazmin edilirken tazminat tutarına yüklenicinin makul karı da eklenecektir.²⁷⁹

Türk Hukuku'nda öngörülemeyen durumların oluşması halinde ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinden ayrılarak sözleşmenin yapıldığı zamanın şartlarına uyarlanabileceği (*clausula rebus sic stantibus*) durumlar, hem bazı kanun hükümleri ile hem de emsal bazı kararlar ile kabul edilmiştir. Bu kapsamda FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki uygulamaya benzer bir biçimde, BK m.365/2 hükmü ile taraflar arasında sözleşmesinin imzası esnasında kararlaştırılmış olan iş bedelinin belirli şartların oluşması ile uyarlanmasının önü açılmıştır.²⁸⁰ BK m.365/2 hükmü, taraflarca sözleşme kurulurken öngörülemeyen, öngörülse dahi dikkate alınmayan durumların oluşması nedeni ile girdi maliyetlerinin artması, yüklenicinin eseri yapma ve teslim etme borcunu ifa etmesinin aşırı derecede güçleşmesi halinde yüklenicinin başvurusu ile yargıca iş bedelini arttırma veya sözleşmeyi sona erdirme yetkisi tanınmaktadır.²⁸¹

Bilindiği gibi iş bedelinin götürü ücret şeklinde belirlendiği sözleşmelerin yüklenici açısından en önemli riski iş bedelinin BK m.365/1 hükmü uyarınca değişmezliğidir ve bu durum iki tür problem yaratabilir.²⁸² İlk olarak yüklenici hesaplamalarını iyi yapamadığı için gerçekte daha pahalıya mal olacak bir inşaatı daha ucuza yapabileceğine inanarak eser sözleşmesini imzalayabilir. Bu durumda normalde yüklenicinin olası zararını sineye çekmesi gerekecektir. Sadece en tecrübeli yüklenicinin dahi dış unsurlar nedeni ile düşeceği bir hataya düşülmüşse BK m.24 uyarınca sözleşmenin hata sebebi ile iptali istenebilecektir. İkinci olarak sözleşme imzalandıktan sonra ortaya çıkan bir durum nedeni ile yüklenicinin sözleşme konusu işi tarafların üzerinde anlaştığı iş bedeli ile yapması çok güçleşebilir.

İşte yukarıdaki ikinci durumda yasa koyucu BK m.365/2 hükmü uyarınca yüklenicinin iş bedelinin arttırılması veya sözleşmeden dönme hakkını kullanılması için hakimin sözleşmeye müdahalesini isteyebileceği yönünde bir düzenleme yapmıştır. Götürü olarak belirlenmiş iş bedelinin sözleşme süresince değişmeden kalması esas kural olduğundan ve BK m.365/2 hükmü ile

²⁷⁹ Glover, s.343.

²⁸⁰ Tandoğan, A.g.e., s.239.

²⁸¹ Seliçi, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s.54.

²⁸² Öz, A.g.e. , s.61.

çok istisnai bir durum yaratıldığından ancak kanun ile belirlenmiş şartların yerine gelmesi halinde uygulanabileceği yönünde düzenleme yapılmıştır.

İlk olarak taraflarca önceden “öngörülemeyen” veya “öngörülse de dikkate alınmayan”, objektif olarak “olağanüstü” nitelikte olayların gerçekleşmesi gerekir. Bu durumların ne olduğu yargıcın takdirinde olmakla beraber²⁸³ örnek olarak sıradışı iklim şartları, savaş, grev, boykot, para değerinde olağanüstü düşüş, enflasyonda olağanüstü değişiklikler, sözleşme yapıldığı sırada olmayan ve daha sonra yükleniciye büyük maliyet getiren vergi ile ilgili düzenleme yapılması sayılabilir. Kostakoğlu bu noktada Türkiye’de sözleşme tarihinden sonra enflasyonun artması ve dolayısıyla fiyatların artmasının BK 365/2 hükümlerinin uygulanmasına yol açmayacağına dair Yargıtay’ın istikrar kazanan emsal kararları olduğundan bahsetmiştir.²⁸⁴ Aynı şekilde Seliçi Yargıtay’ın İkinci Dünya Savaşı sırasında yüzde yüze varan fiyat artışlarına rağmen eser sözleşmelerine müdahale etmediğini belirtmiştir.²⁸⁵ BK m.365/2 hükmünün uygulanması için meydana gelen durumun mutlaka mücbir sebep olması da gerekmemektedir, yani tarafların öngörebildiği ancak dikkate almadığı olağanüstü durumların oluşmasında da BK m.365/2 hükmünde yer alan hakları yüklenici ileri sürebilecektir.²⁸⁶

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde iş bedelinin uyarlanmasına yol açacak sebepler tek tek sayılarak, BK m.365/2 hükmünde iş bedelini değiştirme koşulu olarak belirlenen “öngörülemezlik” veya “dikkate almama” şartı ortadan kaldırılmakta ve bu şart aranmaksızın FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde belirtilen risklerin meydana gelmesi halinde yükleniciye iş bedelini değiştirme hakkı tanınmaktadır. Burada tartışılacak nokta Türk Hukuku’nun uygulandığı bir FIDIC standart inşaat sözleşmesinde sayılan sebepler dışında “olağanüstü” nitelikli ve öngörülmemiş veya öngörülse dahi dikkate alınmamış bir risk meydana gelirse, yüklenicinin yine de iş bedelinin değiştirilmesini talep hakkı olup olmayacağıdır. Öz böyle bir durumda gerçekleşen “olağanüstü” olay taraflarca öngörülmemiş ise sözleşmede belirtilmemiş olsa dahi ve hatta sözleşmede bu sebepler dışında sebepler ile bedel arttırımı istenmeyeceği sınırlayıcı bir biçimde düzenlenmiş olsa dahi, yüklenicinin BK m.365/2 hükmünde yer alan haklardan yararlanması gerektiği yönünde görüş vermiştir, zira olağanüstü nitelikte riskler sözleşmede sayılırken, gerçekleşen riskin sayılmamış olması taraflarca öngörülmediğini göstermektedir.²⁸⁷

²⁸³ Seliçi, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s.55.

²⁸⁴ Kostakoğlu, A.g.e. , s.931.

²⁸⁵ Seliçi, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, s.57.

²⁸⁶ Tandoğan, A.g.e., s.239.

²⁸⁷ Öz, A.g.e. , s.61.

Olağanüstü risklerin sınırlayıcı bir biçimde sayıldığı sözleşmelerde BK m.365/2 hükmünün uygulanabileceği fikrine karşı görüşler de vardır. Örneğin Tandoğan BK m.365/2 hükmünün uygulanabilmesi için tarafların olağanüstü hallerden bazılarının gerçekleşmesi halinde iş bedelinin değiştirilemeyeceğini sözleşmede kararlaştırmamış olmalarının gerektiğini ifade etmiştir.²⁸⁸ Konu tartışmalı da olsa, kanaatimizce FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde sayılan olağanüstü durumlar sınırlayıcı bir biçimde sayılmadığından, bu sebepler dışında “olağanüstü” nitelikli ve taraflarca öngörülmemiş bir riskin oluşması halinde BK m.365/2 hükmünün uygulanacağı ve yüklenicinin bu haklarını ileri sürebileceğini belirtmek doğru olacaktır.

BK m.365/2 hükmü uyarınca eser sözleşmesine hakim müdahalesi için diğer şart, sonradan ortaya çıkan riskin sözleşme konusu işin sözleşmede belirlenen götürü ücret ile yapılmasını çok güçleştirmesidir. Örneğin sözleşme imzasından sonra saha zemininin temel atmaya uygun olmadığı tespit ve temel için yüklenicinin son derece ağır masraflar ile işlem yapması halinde Yargıtay BK 365/2 hükümlerinin uygulanabileceğine hükmetmiştir.²⁸⁹ İnşaat masraflarının artması yükleniciyi ekonomik olarak yok edecek kadar kapsamlı olmak zorunda değildir, yüklenicinin sözleşmeye uyduğu zaman uğrayacağı zarar ile feshedilirse uğrayacağı zarar arasındaki fark oldukça büyük ise, işin yapılmasının oldukça zorlaştığından söz edilebilir.²⁹⁰ BK m.365/2’de belirtilen bu şart subjektiftir, zira bir yüklenici için çekilmez nitelikteki bir olağanüstü enflasyon artışı mali gücü daha kuvvetli olan bir yüklenicinin işinin yapılmasını çok güçleştirmeyebilir. Hakim olayın özelliğine göre, aşırı bir güçleştirme olup olmadığı ve olağan yüklenici rizikosunu aşan bir durum olup olmadığına karar verecektir. BK m. 365/2 hükmünde yer alan “*işin yapılmasını son derece işkal eden*” kavramı İsviçre BK’da karşılığı olan m.373/2 hükmünde benzer ve aynı sonucu oluşturacak şekilde “*işin yapılmasını aşırı zorlaştıran*” şeklinde ifade edilmiştir.²⁹¹ Bu arada belirtmek gerekir ki, olağanüstü olayın sonucu olarak yüklenicinin hiç kâr etmemesi İsviçre Federal Mahkemesi tarafından iş bedelinin değiştirilmesi için yeterli görmemiştir.²⁹²

Burada önemli olan husus ve çelişki, FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde sayılan risklerin sadece oluşması ve bunun yükleniciye ek maliyet çıkararak zarar vermesinin yeterli olmasına rağmen, BK m.365/2 hükmüne göre riskin ortaya çıkmasının yetmeyip, ortaya çıkan risk nedeni ile sözleşme konusu işin sözleşmede belirtilen iş bedeli ile yapılmasının çok güçleşmesi şartının da

²⁸⁸ Tandoğan, A.g.e., s.247.

²⁸⁹ Yargıtay 15 HD 14.01.1999 tarih ve 4258/76 sayılı karar - Karataş, A.g.e., s.251.
Yargıtay HGK 05.03.2003 tarih ve 2003/15-125 E., 2003/141 K. - Kazancı

²⁹⁰ Uygur, A.g.e., s.8354.

²⁹¹ Becker, A.g.e., s.629.

²⁹² Tandoğan, A.g.e., s.245.

aranmasıdır. Dolayısıyla Türk Hukuku'nun geçerli hukuk olarak seçildiği bir FIDIC standart inşaat sözleşmesinde belirtilmeyen risklerden birinin gerçekleşmesi halinde, yüklenici FIDIC standart inşaat sözleşmesine göre değil Borçlar Kanunu hükümlerine göre talepte bulunmak zorunda olacağı için, öngörülemeyen riskin oluşması dışında ayrıca sözleşme konusu işin yapılmasının çok güçleşmesi şartı da aranacak, ancak FIDIC standart inşaat sözleşmesinde sayılan risklerden birinin gerçekleşmesi halinde ise söz konusu subjektif şart aranmayacaktır.

BK m.365/2 hükmü uyarınca yüklenicinin sözleşmenin uyarlanmasını isteyebilmesi için öngörülen diğer şart olağanüstü durumun oluşmasında yüklenicinin bir kusuru olmaması gerektirir.²⁹³ FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde çok açıkça belirtilmiş olmasa da, olağanüstü durumun gerçekleşmesi sonrasında yüklenici mühendise iş bedelinin indirimi talebinde bulunduğu müddetinde mühendis konuyu m.3.5. hükmünde belirtilen usuller ile inceleyecek ve eğer olağanüstü durumun oluşmasında yüklenicinin kusurunu tespit ederse bu talebi kabul etmeyecektir. Yani FIDIC standart inşaat sözleşmeleri bu noktada Türk Hukuku ile uyumludur.

BK m.365/2 hükmünün uygulanabilmesi için gereken son şart yüklenicinin gerçekleşen olağanüstü olay nedeni ile ileri süreceği talepleri iş sahibine sözleşme konusu işi yapmadan yani ifadan önce bildirmesidir. Eğer yüklenici herhangi bir bildirimde bulunmadan işe devam ederse ve tamamlarsa (ve hatta tamamlamasa dahi devam ederse) BK m.365/2 hükmü uyarınca iş bedeli değiştirme talebi BK m.357/3 hükmünden hareketle kabul edilmeyecektir.²⁹⁴ FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olağanüstü nitelikli risk ortaya çıktığında bunun nasıl bildirileceği ve hangi süreçlerden geçilmesi gerektiği m.17.4. ve m.20.1. hükümleri kapsamında düzenlenmiş ve yüklenici talepleri için geçerli olan bir takım süreler getirilmiştir, söz konusu talep sürelerine uyulmaması halinde yüklenici iş bedelinin uyarlanarak değiştirilmesi hakkını kaybetmektedir, dolayısıyla bu yönü ile Borçlar Kanunu hükümlerine paralel bir düzenleme söz konusudur.

Son olarak belirtmek gerekir ki yasa koyucu BK m. 365/2 hükmü uyarınca belli şartların oluşması ile hakimin iş bedelini arttırarak veya sözleşmeyi sona erdirerek sözleşmeye müdahale edebileceği yönünde düzenleme yapmıştır. FIDIC standart inşaat sözleşmeleri de Borçlar Kanunu hükümleri ile paralel olarak yukarıda sayılan muhtelif risklerin gerçekleşmesi halinde belli usullere uyularak sözleşmenin sona erdirilebileceğini "Mücbir Sebep" başlıklı m.19. hükmü ve alt maddelerinde belirlemiştir.

²⁹³ Yargıtay 4.HD, 12.12.1957 tarih ve 1957/7173 E. 1957/7373 K. - Tandoğan, A.g.e., s.246.

²⁹⁴ Öz, A.g.e., s.66.

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin de sayılan risklerin oluşması halinde iş bedeli'nin kendi lehine azaltılarak uyarlanmasını istemek hakkı olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Türk Hukuku'nda ise aksi yönde bir düzenleme yapılmıştır, zira BK m.365/3 hükmü iş sahibine öngörülemez durumlar sonucu maliyetlerin düşmesi halinde iş bedelini uyarlanmasını mahkemeden talep etmek hakkı vermemiştir.

Türk Hukuku'nda iş bedelinin uyarlanması konusu ile ilgili farklı bir düzenleme kamu kurumu niteliğindeki iş sahiplerinin yaptırdığı inşaat işleri için yapılmıştır. İş sahibinin kamu kurum veya kuruluşu olduğu işlerde geçerli olmak üzere, enflasyon vb. sebepler ile olumsuz fiyat artışlarının etkisinden yüklenicileri korumak için 1974 yılından itibaren idareye birim fiyatları yeniden tespit etmek, arttırmak ve fesih taleplerini kabul etmek yetkisi veren bir çok kararname çıkarılmıştır.²⁹⁵ Söz konusu kararnamelerin idare açısından bağlayıcı mı olduğu, yani yüklenicilerin bu kararnamelere dayanarak iş bedelinin değiştirilmesi için dava açıp açamayacakları doktrinde oldukça tartışılmış ve çelişen yargı kararları sonrasında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile söz konusu kararnamelerin idare açısından bağlayıcı olduğu hüküm altına alınmıştır.²⁹⁶ Yani kararnamede öngörülen şartlar gerçekleştiyse ilgili idareler iş bedelinin uyarlanması veya fesih talepleri hakkında takdir yetkisini haiz değildirlir.²⁹⁷ Sonuç olarak iş sahibinin kamu kuruluşu olduğu sözleşmelerdeki iş bedelleri çıkarılan kararnamelerdeki şartların yerine gelmesi halinde uyarlanabilmektedir.

4. İş Bedelinin Ödenmesi Usulü

İş bedelinin ödenmesi usulu ile ilgili düzenlemeler 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de şekil olarak aynı maddeler içinde yer almış ancak içerik olarak bazı kavramların farklı isimlendirilmesi dışında çok önemli farklılıklar olmadan kaleme alınmıştır. Böylece 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önce mevcut olmayan yeknesaklık şekil olarak sağlanmıştır. Bu arada belirtmek gerekir ki FIDIC-Turuncu Kitap-1995'de yer alan ödeme usulu ile ilgili düzenlemeler 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan FIDIC standart inşaat sözleşmeleri için esas teşkil etmiştir.

²⁹⁵ Selimoğlu, A.g.e., s.162.

²⁹⁶ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu 24.11.1986 tarih, 1986/2 K (05.02.1987 tarihli RG).

²⁹⁷ Tandoğan, A.g.e. , s.271.

“Ara Ödeme Belgesi İçin Başvuru” başlıklı m.14.3. hükmüne göre yüklenici, FIDIC-Kırmızı Kitap-1999’a göre her ayın sonunda, FIDIC-Sarı Kitap-1999 ve FIDIC-Gümüş Kitap-1999’a göre sözleşmede ödeme için belirtilen sürenin sonlanmasından sonra,²⁹⁸ m.4.21. hükmünde belirtilen işlerin ilerlemesine ilişkin ayrıntılı rapor da dahil olmak üzere, kendisinin hak kazandığını öngördüğü tutarları gösteren ve bunları kanıtlayıcı belgelerin de ekli olduğu 6 kopya belgeyi-raporu, FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’a göre mühendise, FIDIC-Gümüş Kitap-1999’a göre iş sahibine verir. Raporla sırasıyla ilgili ay itibari ile sağlanan inşaat belgelerinin ve yapılan işlerin sözleşmeye uygun tahmini bedelleri, m.13.7. ve m.13.8. hükümleri uyarınca muhtelif sebepler ve mevzuattaki değişiklikler nedeni ile eklenmesi veya düşülmesi gereken tutarlar, iş sahibi tarafından kesilecek “güvence bedelleri”, m.14.2. hükmü uyarınca avans ödemeleri nedeni ile eklenecek veya düşülecek tutarlar, m.14.5. hükmü uyarınca demirbaş/tesisat için yapılan avans ödemeleri nedeni ile eklenecek veya düşülecek tutarlar, sözleşme gereği yüklenici veya iş sahibi taleplerinden kaynaklanan uygulanması gereken düşmeler veya eklemeler ve daha önce belgelendirilen tutarlar bulunacaktır. Bu arada belirtmek gerekir ki, m.14.6. hükmüne göre mühendis veya iş sahibi performans garantisini almadan ve onaylamadan herhangi bir ödemeye onay vermeyecektir.

Avrupa’lı Uluslararası Yükleniciler Derneği (EIC), yüklenicinin yapacağı ödeme başvurusunun geçerli olması ve ödeme alabilmek için yüklenicinin vereceği raporun içeriği ile ilgili m.14.3. hükmünde ön koşul niteliğinde sayılan hususların aşırı derecede tek taraflı olduğu ve değiştirilmesi gerektiği eleştirisinde bulunmuştur.²⁹⁹

Mühendis veya iş sahibi yüklenicinin m.14.3. hükmü kapsamında raporunu ve kanıtlayıcı belgelerini aldıktan sonraki 28 gün içinde kendi görüşüne göre yükleniciye ödenmesi gereken muaccel tutarı içeren “Ara Ödeme Belgesi”ni düzenleyerek m.14.6. hükmü çerçevesinde iş sahibine, bir kopyasını da yükleniciye verecektir. İş sahibi bu noktadan sonra “Ara Ödeme Belgesi” ile bağlı hale gelmekte ve kendisinin karşı talebi vs. olsa bile belirtilen tutarı tam ve eksiksiz olarak yükleniciye m.14.7.b. hükmü uyarınca ödemek durumunda kalmaktadır.³⁰⁰ “Ara Ödeme Belgesi” kapsamında ödemeyi durduran sadece iki durum mevcuttur.³⁰¹ Bunlardan ilkinde eğer yüklenici tarafından getirilen herhangi bir malzeme veya yapılan iş sözleşme şartlarına uymuyorsa, işin düzeltilmesi veya malzemenin değiştirilmesi yüklenici tarafından gerçekleştirilene kadar iş sahibi

²⁹⁸ Bunni, A.g.e., s.579.

²⁹⁹ EIC Contractor’s Guide to the FIDIC Conditions of Contract for Construction, Berlin, 2002, s.18.

³⁰⁰ The FIDIC Contract Guide, Geneva, 2000, s.245.

³⁰¹ Bunni, A.g.e., s.548.

ödemeyi gerçekleştirmeyebilir. İkinci durumda eğer yüklenici sözleşmeye uygun bir işi yapmamışsa ve mühendis bu durumu kendisine ihbar ettiyse, söz konusu işin parasal değeri, iş yüklenici tarafından yapılabildiği kadar tutulabilmektedir.

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999'daki m.14.6. hükmünde yer alan düzenlemenin devamında "Teklif Eki" içinde "Ara Ödeme Belgesi" düzenlenebilmesi için asgari bir miktar belirlenmiş ve mühendisin işin tamamlanması ve bedeli ile ilgili tespiti bu tutardan az ise, mühendisin "Ara Ödeme Belgesi" düzenleme zorunluluğu yoktur. Söz konusu düzenleme FIDIC-Gümüş Kitap-1999'da mevcut değildir. Ayrıca mühendis veya iş sahibinin daha önceki bir "Ara Ödeme Belgesi"nde yapması gereken ancak yapmadığı bir düzeltmeyi veya iş bedelinde bir indirim, bir sonraki "Ara Ödeme Belgesi"nde yapma hakkı mevcuttur.

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olmayan bir düzenleme ile, 14.6.m. hükmünde "Ara Ödeme Belgesi"nin düzenlenmesinin veya yükleniciye bir ödeme yapılmasının mühendis veya iş sahibinin herhangi bir sözleşme konusu işi kabulü, onayı veya tatmin olması olarak kabul edilmeyeceğine dair bir düzenleme getirilmiştir. Böyle bir hükme iş sahibinin kabul veya onaydan kaçınması gerektiğini düşündüğü durumlarda ara ödemeyi durdurmaması ve yüklenicinin de "Ara Ödeme Belgesi"ni veya ödemeyi ödenen işlerin bir kabul veya onayı olarak görmesinin önüne geçmek için ihtiyaç duyulmuştur.³⁰²

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde ara ödemeler dışında nihai iş bedeli ödemesi için de usuller öngörülmüştür. Yüklenici, iş sahibi tarafından "Teslim Alma Belgesi"nin (*taking over certificate*) düzenlenerek kendisine ulaştırılmasından itibaren 84 günlük süre içinde, destekleyici belgeler ile birlikte mühendis veya iş sahibinin kabul edeceği formatta bir "İş Bitirme Raporu"nu (*statement at completion*) m.14.10. hükmü uyarınca mühendis veya iş sahibine 6 kopya olarak verecektir. "İş Bitirme Raporu" "Teslim Alma Belgesi"nde belirtilen tarihe kadar sözleşme uyarınca yapılan tüm işlerin bedelini, yüklenicinin kendisine ödenmesini öngördüğü tutarları ve kendisine daha sonra ödenmesini öngördüğü tahmini tutarları içerecektir. Mühendis veya iş sahibi "İş Bitirme Raporu"nu aldıktan sonra m.14.6 hükmüne göre ödenmesi gereken tutarı belgelendirecektir.

³⁰² The FIDIC Contract Guide, Geneva, 2000, s.246.

Ancak sözleşme konusu işin iş sahibi tarafından teslim alındığını gösteren “Teslim Alma Belgesi”nin düzenlenmesi, yüklenici açısından nihai iş bedeline hak kazanmak için yeterli değildir. Sözleşme konusu iş ancak yüklenicinin tüm yükümlülüklerini yerine getirdiğini gösteren “Performans Belgesi”nin (*performance certificate*) mühendis tarafından düzenlenmesi ile kabul edilmiş sayılacaktır. Yüklenici, “Performans Belgesi”nin düzenlenip kendisine verilmesinden sonraki 56 günlük süre içinde, mühendis veya iş sahibine onun onayladığı formatta ve kanıtlayıcı belgeler ile birlikte, içinde sözleşme uyarınca yapılan tüm işlerin değeri ve yüklenici’nin kendisine ödenmesini öngördüğü tüm tutarlar bulunan, 6 kopya “Nihai Taslak Durum Raporu”nu (*draft final statement*) m.14.11. çerçevesinde mühendise verecektir. Mühendis “Nihai Taslak Durum Raporu” içeriği ile mutabık ise FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’daki m. 14.13.’e göre m.14.11. ve m.14.12. hükümleri çerçevesinde “Nihai Taslak Durum Raporu”nu ve ibranameyi aldıktan sonraki 28 gün içinde nihai olarak yükleniciye ödenmesi gereken tutarı içeren “Nihai Ödeme-İstihkak Belgesi”ni (*final payment certificate*) iş sahibine sunacak ve ödeme süreci başlayacaktır. Eğer mühendis veya iş sahibi “Nihai Taslak Durum Raporu” içeriği ile mutabık değilse bu durumu yükleniciye bildirdikten sonra yüklenici ya mutabık kalınmayan bölümleri düzelterek “Nihai Taslak Durum Raporu”nu tekrar mühendis veya iş sahibine verecektir ya da m. 20.4. kapsamında (Uyuşmazlık Değerlendirme Kurulu) veya 20.5. kapsamında (karşılıklı anlaşma) uyuşmazlığın çözümü yoluna başvuracaktır. Bu yollar ile uyuşmazlığın çözümü mümkün olmazsa konu m. 20.6. kapsamında tahkim yolu ile çözülmeye çalışılacaktır.

Türk Hukuku’nda FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki hakediş usulu ile ödeme kurallarına yakın bir düzenleme BK m. 364/2 hükmünde yapılmıştır. Bu hüküm uyarınca “*Yapılan şey parça parça teslim edildikçe bedeli ifa olunmak üzere mukavele edilmiş ise her kısmın bedeli o kısmın teslimi zamanında ödenmek lâzımdır.*” Uygur söz konusu düzenlemenin aslı olan İsviçre BK m.372 hükmüne tam uygun olarak tercüme edilmediğini, düzenlemenin orjinalinin “*Eser kısımlar halinde teslim edilecekse ve ücret de kısımlara göre kararlaştırılmışsa, her kısım teslim edildikçe ona ilişkin ödeme yapılmalıdır*” olduğunu, dolayısıyla eser kısım kısım teslim ediliğinde teslim edilen kısma ilişkin bedelin ödenmesi hususunda ayrıca anlaşmış olmaya gerek olmadığını ifade etmiştir.³⁰³ Herhalukarda FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki ara hakedişler ile ödeme usulu BK m. 364/2 ile uyumludur. Bunun dışında Türk Hukuku’nda özel kişiler arasındaki eser sözleşmelerine uygulanan Borçlar Kanunu düzenlemeleri arasında ödeme usulleri ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamış, konuyu tarafların serbestçe belirleyecekleri öngörülmüştür. Bu

³⁰³ Uygur, A.g.e., s.8121.

kapsamda uzun süren büyük inşaat işlerinde taraflar ara hakedişler usulü ile işin belli kısımları bittikçe iş bedelinin ödendiği ve bunun usullerinin belirlendiği sözleşmeler yapabilecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki söz konusu ara hakedişler kapsamında yapılan ödemeler nihai değildir, daha sonra iş bitiminde yapılan kesin hesap sonucunda düzeltilebilmekte, yanlışlıkla yapılan fazla ödemeler BK m.126/4 hükmü uyarınca kesin hesabın yapılma tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi içinde geri istenebilmektedir.³⁰⁴

İş sahibinin bir kamu kurum veya kuruluşu olduğu sözleşmelere uygulanacak olan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.7 hükmünde bu tür sözleşmeler içinde sözleşmenin bedeli, türü ve süresi ile ödeme yeri ve şartlarının mutlaka yer alması gerektiği belirtilmiş, kanun kapsamında çıkarılan “Yapım İşleri Genel Şartnamesi”nde ise birim fiyat esasına göre yaptırılan işler ve anahtar teslim götürü bedel esasına göre yapılan işler için ayrı ayrı olmak üzere geçici hakediş ve kesin hakediş usulleri detaylı bir biçimde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki benzer niteliktedir. Ödemelerin ara hakediş raporları ile yapılması, ara hakedişlerin ayda bir yapılması, FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki mühendis benzeri bir “yapı denetim görevlisi”nin hakediş sistemi içindeki yeri, yüklenicinin ara hakedişlere itiraz süreçleri, ara hakediş kapsamında yapılan ödemelerin kesin olmaması, avans niteliğinde olup kazanılmış hak yaratmaması FIDIC standart inşaat sözleşmeleri ile benzerlik hususunda verilebilecek örneklerdir.

5. İş Bedelini Ödeme Zamanı ve Borca Aykırılık

İş bedelini ödeme borcunun iş sahibinin esaslı borcu olması ve bu borca aykırılığın ağır sonuçları olması sebebi ile tüm FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde her iki konu detaylı olarak düzenlenmiştir. Aşağıda sırası ile 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde yer alan FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde bu konuların nasıl ele alınmış olduğu incelenecektir.

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de, iş bedelinin ödeme zamanı ve ödemenin yapılmamasının sonuçlarını düzenleyen hükümler aynı maddelerde yer almıştır, dolayısıyla şekilsel olarak aralarında bir yeknesaklık mevcuttur. Ancak belirtmek gerekir ki FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999

³⁰⁴ Duman, A.g.e., s.969.

hükümleri birebir aynı iken, FIDIC-Gümüş Kitap-1999 hükümleri bazı konularda farklılaşmaktadır.

a. İş Bedelini Ödeme Borcunun İfa Zamanı

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de yer alan m.14.7. hükmünde iş sahibinin avans bedeli, ara hakediş bedeli ve nihai iş bedeli olmak üzere üç ayrı tür iş bedelini ödeme borcunu ifa etmesi için süreler belirlenmiş ve dolayısıyla ödeme zamanı düzenlenmiştir.

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999 m.14.7. hükmüne göre iş sahibi, "Avans Bedeli"nin ilk taksidini (veya anlaşmaya göre tamamını), hangisi daha sonra ise ya "Kabul Mektubu"nun düzenlenmesinden sonraki 42 gün içinde ya da m.4.2. hükmü uyarınca performans garantisinin kendisi tarafından teslim alınmasından sonraki 21 gün içinde; her "Ara Hakediş Belgesi"nde belgelenen "Ara Ödeme Tutarı", yüklenici tarafından hazırlanan ödeme talebi raporu ve destekleyici belgeleri mühendisin almasından sonraki 56 gün içinde; mühendis tarafından hazırlanan "Nihai Ödeme Belgesi"nde belirtilen "Nihai İş Bedeli"ni ise, söz konusu belgenin kendisi tarafından teslim alınmasından sonraki 56 gün içinde, yükleniciye ödeyecektir.

FIDIC-Gümüş Kitap-1999 m.14.7. hükmüne göre ise iş sahibi, "Avans Bedeli"nin ilk taksidini (veya anlaşmaya göre tamamını), hangisi daha sonra ise, ya sözleşmenin yürürlüğe girme tarihinden sonraki 42 gün içinde ya da iş sahibinin m.4.2. uyarınca performans garantisinin kendisi tarafından teslim alınmasından sonraki 21 gün içinde; yüklenici tarafından hazırlanan her bir ödeme talebi raporuna göre "Ara Ödeme Tutarı"nı, ödeme talebi raporu ve destekleyici belgelerin kendisi tarafından teslim alınmasından sonraki 56 gün içinde; "Nihai İş Bedeli"ni yüklenici tarafından "Nihai Ödeme Raporu"nun ve ibranamenin kendisi tarafından teslim alınmasından sonraki 56 gün içinde yükleniciye ödeyecektir.

Ödeme zamanı hakkındaki hükümler 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki dönem FIDIC standart inşaat sözleşmelerinden oldukça farklılaşmıştır. FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'da ödeme zamanı iş sahibinin "Ara Hakediş Belgesi"ni mühendisden almasından

sonraki 28 gün içindedir, oysa FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da ise ödeme zamanı yüklenicinin hazırladığı “Ödeme Raporu”nun mühendise tesliminden sonraki 56 gün içindedir.³⁰⁵

FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'de önce yüklenicinin “Ödeme Raporu”nu mühendise vermesinden itibaren mühendisin 28 gün içinde “Ara Hakediş Belgesi”ni düzenlemesi ve iş sahibine teslim etmesi, ardından iş sahibinin de “Ara Hakediş Belgesi”ni teslim almasından sonraki 28 gün içinde yükleniciye ödeme yapmasını öngören ve aslında toplamında 56 günlük iki kısımdan oluşan süreç, FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da ödeme süresinin hesaplanması açısından ilk kısım iptal edilerek iki ayrı 28 günlük süre yerine tek bir 56 günlük süre ile düzenleme yapılmıştır. Yani hem ödeme süresinin kendisi hem de ödeme süresinin başlangıcı değişmiştir.

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da sözleşme dönemi boyunca ödeme sürelerinin FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı'da olduğu gibi “Ara Hakediş Belgesi”nin iş sahibi tarafından teslim alınmasından itibaren değil, yüklenicinin “Ödeme Raporu”nu mühendise teslim etmesinden sonra başlayacak olmasının önemli sonucu, ödeme süreleri başladığında iş sahibinin ne tutarda bir ödeme yapacağını bilmemesi olacaktır.³⁰⁶ Zira iş sahibi her hakediş döneminde ödeyeceği tutarı mühendis tarafından düzenlenecek “Ara Hakediş Belgesi” ile öğrenmektedir. Yani FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da ödeme süresinin başlangıcında yapılan değişiklik ile aslında mühendisin kısa sürede “Ara Hakediş Belgesi” düzenlememesi riski yükleniciden iş sahibine geçirilmiştir. Zira mühendisin yükleniciden “Ödeme Raporu”nu alması ile iş sahibinin ödeme süresi başlamaktadır ancak mühendis “Ara Hakediş Belgesi”ni düzenlemekte ne kadar gecikirse, iş sahibi zaten ödeme süresi ve yükümlülüğü başlamış bir tutarı o kadar geç öğrenecek ve kendini ödeme için veya karşı talepleri için o kadar daha az zamanda hazırlamak durumunda kalacaktır. Bu arada “Nihai Hakediş Belgesi” kapsamında ödenecek tutarın süresinin başlangıç ve ödeme süresi açısından FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı ile FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 arasında bir fark yaratılmadan düzenlendiğini de belirtmek gerekir.³⁰⁷

Avrupa'lı Uluslararası Yükleniciler Derneği (EIC), 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki m.14.7. hükmünde yer alan ödeme sürelerinin aşırı olduğu eleştirisini yapmış ve daha makul aralıklar ile ödeme almanın yüklenicilerin nakit akışının düzgün olması açısından daha uygun olacağı önerisinde bulunmuştur.³⁰⁸

³⁰⁵ Bunni, A.g.e., s.492.

³⁰⁶ Glover, A.g.e., s.294.

³⁰⁷ Bunni, A.g.e., s.527.

³⁰⁸ EIC Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contract for Construction, Berlin, 2002, s.20.

Türk Hukuku'nda iş bedelini ödeme borcu iş sahibinin eser sözleşmesinden kaynaklanan en önemli, başlıca ve esaslı borçtur.³⁰⁹ BK m.74 hükmünde yer alan ifa zamanı ile ilgili hükmün bir tekrarı niteliğinde olan BK m.364 hükmüne göre iş bedeli sözleşmede aksine bir hüküm yoksa eserin teslimi zamanında ödenir.³¹⁰ Söz konusu kural İsviçre Borçlar Hukuku'nda eser sözleşmeleri için öngörülen “Önce eser, sonra para”³¹¹ prensibi ile de uyumludur. BK m. 364/2 hükmü uyarınca eğer yapılan şey bölüm bölüm teslim edildikçe bedeli ödenmek üzere sözleşme yapılmışsa her kısmın bedeli o kısmın teslimi zamanında ödenecektir. Ancak söz konusu düzenleme emredici olmayıp taraflar iş bedelinin ödenmesi zamanını serbestçe kararlaştırabilecektir.

b. Borca Aykırılık Halinde Yüklenici Hakları

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de iş sahibinin iş bedelini ödeme borcunu zamanında yerine getirmemesi ve temerrüdü halinde yüklenicinin hakları ile ilgili yapılan düzenleme ile, 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki dönem FIDIC FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, yükleniciye faiz, işi durdurmak ve sözleşmeyi fesih olmak üzere 3 grup hak verilmiştir, aşağıda sırasıyla bunlar incelenecektir.

a.a. Faiz

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de m.14.8. hükmü uyarınca, iş sahibi tarafından m.14.7. kapsamında yapılması gereken ödemelerden herhangi birisi gecikirse, yüklenici gecikme döneminde ödenmeyen tutarlar üzerinden aylık olarak hesaplanacak bir “finansal ücret” (*financing charges*) yani faiz almaya hak kazanacaktır.

“Finansal Ücret” sözleşmede tanımlanmış bir kavram değildir. *Minter v. WHTSO* davasında İngiliz Yargıtay'ı doğrudan zarar ve/veya masraf kavramının, borç alınması gerekseydi sermaye için ödenmesi gereken faizi de içerdiği şeklinde bir belirleme yapmıştır, dolayısıyla “finansal

³⁰⁹ Kaplan, A.g.m., s.125.

³¹⁰ Kostakoğlu, A.g.e., s.937.

³¹¹ Becker, A.g.e., s.627.

ücret”i tanımlamak için buradaki “borç alınması gerekseydi sermaye için ödenmesi gereken faiz” tanımını kullanılabilecektir.³¹²

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi’nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de II. bölümde yer alan “Özel Hükümler”de aksi belirtilmedikçe, m.14.8. hükmünde belirtilen “finansal ücret”in (FIDIC bazı ülkelerde bunun “faiz” olarak adlandırıldığını belirtmiştir)³¹³, ödemenin yapılacağı döviz cinsinin ait olduğu ülke Merkez Bankası iskonto faiz oranının yüzde üç puan üzerinde olmak üzere yıllık olarak hesaplanacağı belirtilmiştir.

İngiltere’de gecikmiş ödemeye uygulanacak faiz ile ilgili 1998’de özel bir yasa çıkarılmış (*Late Payment of Commercial Debts [Interst] Act*) ve faiz ödemelerinin Merkez Bankası iskonto faiz oranından yüzde sekiz puan üzerinde hesaplanması gerektiği belirlenmiştir.³¹⁴ Eğer yapılan herhangi bir FIDIC standart inşaat sözleşmesinde m.14.8. hükmü sözleşmeden çıkarılmış olsa ve sözleşmeye uygulanacak hukuk İngiliz Hukuku olsa doğrudan söz konusu yüzde sekiz puan fazla faiz kuralı uygulanacaktır.³¹⁵

Bu noktada belirtmek gerekir ki m.14.8. hükmünde de yer alan faiz hükümleri sadece burada tanımlanan durumlarda uygulanacaktır, yani avans ödemesi, ara ödeme ve nihai iş bedeli ödemesi dışındaki mühendisin vereceği farklı kararlar sonucu yapılması gereken ödemelerin gecikmesinde uygulanmayacaktır.

FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’da önceki dönemde olmayan bir düzenleme maddeye eklenmiş ve gecikme döneminin, “Ara Ödeme Belgesi” düzenlenme tarihi ne olursa olsun m.14.7.de yer alan tarihte başlayacağı belirlenmiştir ki bu tarih yüklenici tarafından ödeme başvurusu yapmak üzere mühendise “Ödeme Raporu” verildiği tarihtir. Bunun anlamı FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’da gecikme halinde ödenmesi gereken “finansal ücret” hesaplanırken başlangıç tarihi olarak FIDIC-Kırmızı Kitap 4.Baskı’da olduğu gibi mühendisin “Ara Ödeme Belgesi” düzenlenme tarihinin dikkate alınmayacağı, yüklenicinin mühendise “Ödeme Raporu” verdiği tarihin dikkate alınacağıdır.³¹⁶

³¹² Glover, A.g.e. , s.297.

³¹³ The FIDIC Contract Guide, Geneva, 2000, s.248.

³¹⁴ Buna benzer bir düzenleme AB dünyesinde 2000/35 sayılı direktif ile yapılmıştır.

³¹⁵ Glover, A.g.e., s.296.

³¹⁶ The FIDIC Contract Guide, Geneva, 2000, sf.248.

1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de yüklenicinin hesaplanan finansal ücrete resmi bir ihbarda bulunmaksızın (FIDIC-Kırmızı Kitap-1999'da ve FIDIC-Sarı Kitap-1999'da herhangi bir belgelemeye de ihtiyaç duyulmaksızın) ve diğer hak ve tazminatları saklı kalmak kaydı ile hak kazanacağı belirtilmiştir.

Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerinde ve özellikle BK m.364 hükmünde iş sahibinin borçlu temerrüdüne düşmesinin sonuçları düzenlenmemiştir Ancak Türk Hukuku'na göre herhangi bir para borcunda temerrüde düşülmesi halinde, yani konumuz itibari ile iş sahibinin iş bedelini yükleniciye zamanında ödememesi halinde, temerrüde düşen borçlu yani iş sahibi, temerrüd devam ettiği sürece yükleniciye BK m.103 hükmü uyarınca faiz ödemekle yükümlü olacaktır.³¹⁷ Zira Türk Hukuku'nda iş sahibinin iş bedelini ödememesi halinde, söz konusu borcun bir para borcu olması nedeni ile, doğabilecek uyuşmazlığa BK m.101-108 hükümleri arasında düzenlenmiş olan “borçlu temerrüdü” düzenlemeleri uygulanacaktır. Söz konusu faiz borcunun doğması için sözleşmede buna istinaden bir hüküm olmasına gerek yoktur, borçlu temerrüdünün bir sonucu olarak faiz borcu yasadan doğmaktadır. Dolayısıyla Türk Hukuku'na tabi bir FIDIC standart inşaat sözleşmesinde faiz ödemesine ilişkin bir hüküm olmasa dahi yüklenicinin gecikmiş ödeme için iş sahibinden faiz talep etmek hakkı olacaktır.

Ayrıca para borcunun ifasında borçlu olan kişi, yani iş sahibi iş bedelinin ödenmesinde temerrüde düşerse, temerrüde düşmekte kusursuz olsa dahi, gecikme süresi boyunca temerrüt faizi uygulanmaya başlanacaktır.³¹⁸ FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde de yüklenicinin gecikmiş ödeme sonucu faize hak kazanması için sadece iş sahibinin ödemeyi gerçekleştirmemiş olması yeterlidir ayrıca kusurlu olması şartı aranmamaktadır.

Ancak iş sahibinin temerrüde düşmesi için yüklenicinin geciken iş sahibine BK m.101/1 hükmü uyarınca ihtarda bulunması gerekmektedir, zira borcun muaccel hale gelmesi yetmemektedir. Üstelik iş sahibi tacir ise söz konusu ihtarı TTK m.20.3 hükmü uyarınca noter aracılığı ile veya telgraf veya taahhütlü mektupla yapması gerekecektir. Her ne kadar BK m.101/2 hükmü uyarınca borcun ifa günü yani vadesi sözleşmede belirtilmişse söz konusu vadenin geçmesi ile herhangi bir ihtara gerek kalmadan borçlu iş sahibinin temerrüde düşeceği³¹⁹ belirtilmişse de, sözleşmede iş bedelinin ödenmesi için tam bir vade günü yerine, “ruhsatın alındığı gün” veya

³¹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993, s.929.

³¹⁸ Duman, A.g.e., s.989.

³¹⁹ Vade insan yerine ihtar eder (*dies interpellat pro homine*).

“hakediş onayından itibaren 5.gün” gibi vadenin sözleşmenin yapıldığı günden sonra belirli hale geleceği şekilde düzenlemeler yapılmışsa, yine de iş sahibinin temerrüde düşmesi için yüklenici ihtarı gerekmektedir.

Bu noktada Türk Hukuku uygulaması FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki düzenlemeden ayrılmaktadır, zira ödenmeyen iş bedeline ödemedeki gecikme süresince faiz uygulanması için yüklenicinin herhangi bir ihtar göndermesine gerek olmadığı, mühendise “Ödeme Raporu” verilmesinin yeterli olduğuna dair m.14.8. hükmünde düzenleme yapılmıştır. Bu noktada “Ödeme Raporu”nun yapılan işin miktarını ve buna karşılık ödenmesi gereken tutarı içeren bir bilgilendirme belgesi olduğunu ve ödeme ihtarı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmek gerekir.

Türk Hukuku’nda 3095 sayılı kanun ile temerrüd faizinin ne olacağı, ticari işlerde nasıl belirleneceği, yabancı para borçlarında hangi oranda uygulanacağına dair hükümler belirlenmiştir, ancak söz konusu hükümler emredici değil tamamlayıcı niteliktedirler, zira ilgili kanunun m.1 hükmünde *“ taraflarca sözleşmede farklı bir faiz hükmü kararlaştırılmadıkça”* söz konusu kuralların geçerli olacağı düzenlenmiştir.³²⁰ Dolayısıyla her halukarda FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan faiz oranları taraflar arasında uygulanacaktır, dolayısıyla bu konuda Türk Hukuku uygulaması açısından daha fazla açıklamaya gerek yoktur.

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, yüklenicinin iş sahibinin iş bedelini ödemekte temerrüdü sonucu uğradığı zararın FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan faiz oranlarını aşması halinde BK m. 105 hükmü uyarınca yüklenici “ek-munzam zararının” tazminini isteyebilecektir.³²¹ Yani yüklenicinin iş sahibinin temerrüdü yüzünden uğradığı müspet zararın FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde belirlenen gecikme faizi tutarını aşması halinde aradaki farkın munzam zarar olarak tazmini Türk Hukuku’na tabi bir FIDIC standart inşaat sözleşmesi varsa mümkündür. BK m.105 hükmü uygulanamayacak olsa bile yani FIDIC standart inşaat sözleşmesi Türk Hukuku’na tabi olmasa dahi iş sahibinin temerrüdü sonrası m.16.1. hükmü uyarınca yükleniciye, işi durdurması veya yavaşlatması nedeni ile gecikmeye uğraması ve/veya ek masraf yapmak durumunda kalması halinde diğer faiz vb. haklarına hanel gelmeden söz konusu masrafları talep etme hakkı verilerek dolaylı yoldan “ek-munzam tazminat” yolu açıldığı söylenebilecektir. .

³²⁰ Reisoğlu, A.g.e., s.277.

³²¹ Tekinay, A.g.e., s.941.

a.b. Yüklenicinin İşi Durdurma Hakkı

Yüklenicinin işi durdurma hakkı ile ilgili FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999'da birbirinin aynı düzenlemeler yapılmış, FIDIC-Gümüş Kitap-1999'da ise ilk iki sözleşmeye benzer ancak içerik olarak farklı düzenlemeler yapılmıştır. 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan her üç FIDIC standart inşaat sözleşmesinde de m.16.1. hükmü uyarınca, yüklenici belirli durumların oluşması halinde, iş sahibine 21 gün önceden ihbar etmek kaydı ile işi durdurabilir veya hızını azaltabilir.³²² Burada sözü edilen ihbarın m.1.3. hükmü uyarınca yazılı olması ve işi durdurmanın sebeplerini sözleşme maddesindeki aynı kelimeler ile olmasa bile net bir şekilde ifade ediyor olması gerekmektedir.

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin işi durdurma veya yavaşlatma hakkını kullanabileceği üç adet durum belirtilmiştir.

Bu durumlardan ilki mühendisin zamanında "Ara Ödeme Belgesi"ni düzenlememesidir. Yukarıdaki bölümlerde açıklandığı gibi m.14.6. hükmü uyarınca mühendis yüklenicinin raporunu aldıktan sonra 28 gün içinde "Ara Ödeme Belgesi"ni düzenlemek zorundadır, bu yükümlülüğüne aykırı davranması halinde yüklenicinin işi durdurma veya yavaşlatma hakkı olacaktır. Ancak bu şart mühendis kavramı sözleşmede yer almadığından FIDIC-Gümüş Kitap-1999'da mevcut değildir.

İkinci durum iş sahibinin m.2.4. hükmü kapsamında finansal durumu ile ilgili yükleniciye gerekli bilgiyi vermemesi halidir. 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nden önceki dönemde olmayan bir düzenleme olan m.2.4. hükmü ile iş sahibi yüklenicinin talebi halinde sözleşme konusu işi gerçekleştirmek için finansal yeterliliğe sahip olduğunu göstermekle yükümlüdür. İş sahibinin bu yükümlülüğüne aykırı davranması halinde yüklenicinin işi durdurma veya yavaşlatma hakkı olacaktır. Türk Hukuku'nda buna benzer bir düzenleme BK m.82 hükmü uyarınca yapılmıştır. Yüklenicide iş bedelinin vadesi geldiğinde dahi iş sahibi tarafından ödenmeyeceğine dair bir bilgi olsa bile, kural olarak yüklenici işe ara vermeden devam etmek zorundadır. Zira Borçlar Kanunu'nda yer alan borçlu temerrüdü kuralları nedeni ile borç muaccel olmadan borçlu temerrüde düşürülemez. Ancak BK m.82 hükmü ile alacaklının hakkının tehlikeye düşmesi halinde, borç ifa edilinceye kadar kendi borcunu ifadan kaçınabileceğine ve hatta gerekli teminat

³²² Sadece c fıkrası konumuz ile ilgili olmasına rağmen bağlantılı olduğundan hepsine değinilmiştir.

sağlanamazsa sözleşmeyi dahi feshedebileceğine dair bir düzenleme yapılmıştır. FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki düzenleme BK m.82 hükmü ile paralel bir şekilde yükleniciye, bu tür bir tehlikenin işareti sayılabilecek şekilde iş sahibinin finansal yeterliliği ile ilgili bilgi vermemesi halinde işi durdurma hakkı vermektedir.

Yüklenicinin işi durdurma hakkına sahip olacağı üçüncü durum ise iş sahibinin m.14.7. hükmü kapsamında muaccel hale gelen avans bedeli, ara ödeme veya nihai iş bedeli ödeme borcunu yerine getimemesi yani borçlu temerrüdüne düşmesi halidir. Bu durumda da yüklenicinin işi durdurma veya yavaşlatma hakkı olacaktır.

Eğer yüklenici yukarıda belirtilen üç temerrüt hali ile ilgili olarak işi durdurmuş veya yavaşlatmışsa, mühendis tarafından düzenlenmiş “Ara Ödeme Belgesi”ni, iş sahibinden finansal durumunu gösterir belgeyi veya ödeme yapıldığına dair doğrulayıcı belgeyi, sözleşmeyi feshetmesinden önce alırsa mümkün olan en kısa sürede işi eski hızına getirecek veya işi yeniden başlatacaktır.

Yüklenici, FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999’daki m.16.1. hükümlerine göre işi durdurması veya yavaşlatması nedeni ile gecikmeye uğrar ve/veya ek masraf yapmak durumunda kalırsa, durumunu mühendise, FIDIC-Gümüş Kitap-1999’a göre ise iş sahibine ihbar edecektir. İhbarı alan mühendis veya iş sahibi, yüklenicinin m.20.1. hükmü kapsamında talep ettiği süre uzatımı ile iş bedeline eklenecek kayıpları (ilave masraflar ve makul bir kâr miktarı³²³) hakkında m.3.5. hükmü uyarınca anlaşmaya varacak veya karar verecektir. Madde metninde çok açık bir şekilde ifade edilmese de iş durdurma sonrası işe yeniden başlanılmışsa yeniden ihzarat ve hazırlık masraflarının da yüklenici kayıpları arasında sayılması gerekmektedir.³²⁴

Yüklenicinin süre uzatımı ile iş bedeline eklenecek kayıpları talebi m.20.1. hükmünde belirtilen süre ve şekil şartlarına uyularak mühendise yapılmalıdır. Yüklenici uyuşmazlığın giderilememesi halinde konuyu sözleşmede öngörülen “Uyuşmazlık Çözüm Kurulu”na ve dolayısıyla buradan da tahkime götüremeyecektir. En nihayetinde yüklenicinin m.20.1.deki şekil şartlarına uymaması halinde kayıplarını tazmin edememesi hali söz konusu olabilecektir.

³²³ Bunni, A.g.e. , s.549.

³²⁴ Glover, A.g.e. , s.326.

İş sahibinin ödeme yapmaması halinde yüklenicinin işi durdurma hakkı bir çok standart inşaat sözleşmesi formunda düzenlenen bir kuraldır. İngiliz Hukuku'na tabi olan sözleşmelerde bu durum 1996'da çıkarılan "Konut Yardımı, İnşaat ve Yenilenme" (*Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996-HGCRA*) kanununda, herhangi bir ödeme almamasına rağmen sözleşme konusu işi yapmaya devam eden yüklenicilerin nakit akışını iyileştirmek amacı ile düzenlenmiştir ve FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan m.16.1. düzenlemesine benzer kurallar getirmiştir. Farklılık yüklenicinin seçimlik olarak ek süre veya kayıpları ile ilgili ek masraf alabilmesi, bu ikisini aynı anda FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi ayrı ayrı alamamasıdır.³²⁵

Türk Hukuku'nda Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmeleri hakkındaki özel hükümlerinde iş sahibinin iş bedelini ödemekte temerrüdü halinde, yüklenicinin işi durdurma hakkı olduğuna dair açık bir hüküm mevcut değildir. Ancak eser sözleşmesi tür itibari karşılıklı yükümlülükler içeren bir sözleşmedir ve bu tür sözleşmelere uygulanan BK m.81 hükmü uyarınca bir taraf diğer tarafı ifaya zorlayabilmek için kendi borcunu usulüne uygun olarak teklif etmelidir. Bu noktadan hareketle Kaplan muaccel hale gelmiş alacağı ödenmeyen yüklenicinin "ifa edilmezlik def'i" hakkını kullanarak işi geçici olarak durdurabileceğini belirtmiştir.³²⁶ Aynı şekilde Duman yapım aşamasında iş bedelini kısmen ara ödemeler ile ödemekle yükümlü iş sahibi, ara ödemesini geciktirirse yüklenicinin inşaatın yapımını durdurabileceğini, ancak MK m.2 hükmü uyarınca ara ödemenin miktarı ile durdurulan inşaat maliyeti arasında makul bir denge olması gerektiğini ifade etmiştir.³²⁷

BK m.364 birinci fıkrasına göre iş bedeli eserin tesliminde ödenecektir. Yani ani edimli borç ilişkisi olan eser sözleşmelerinde aksi kararlaştırılmadıkça yüklenici eseri bitirip teslim etmeden herhangi bir ödeme talep edememektedir, iş bedelinin daha önce ödenmesi isteniyorsa sözleşmeye bu yönde hükümler konulabilir. BK m.364/1 hükmünün geçerli olduğu, yani iş bedelinin ödeme zamanı ile ilgili herhangi bir düzenlemenin yapılmadığı eser sözleşmelerinde, teorik olarak yüklenici eserin teslimini gerçekleştirmeden iş sahibinden iş bedelinin ödemesini isteyemeyeceğinden, iş sahibinin iş bedelini ödemekte temerrüdü ancak eserin tesliminden sonra söz konusu olabilecek ve bu noktada ortada durdurulacak bir iş mevcut olmadığından, yüklenicinin

³²⁵ Glover, s.326.

³²⁶ Kaplan, A.g.m. , s.168.

³²⁷ Duman, , s.522.

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer aldığı gibi bir iş durdurma imkanı söz konusu olmayacaktır.

BK m.364/2 hükmünün geçerli olduğu eser sözleşmelerinde, yani iş bedelinin parça parça teslimler sonrasında ara hakedişler ile ödendiği eser sözleşmelerinde ise, yine iş tamamlandıktan sonra hakediş ödeneceğinden, ki FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde de durum böyledir, kanaatimizce yüklenicinin yine herhangi bir hakediş tutarı ödenmediğinde işi durdurma hakkı olmayacaktır,³²⁸ zira “ifa edilmezlik defii” ileri sürebileceği işin değil, bundan bir evvelki iş parçasının ücretinde temerrüt söz konusudur, durduracağı ve yapmayacağı iş bölümünün ücretini ise iş tamamlanmadan talep edemeyeceğinden, iş sahibi ifayı talep ederse yüklenici BK m.81’den yararlanarak “ifa edilmezlik defii” ileri süremeyecektir.

Dolayısıyla, doktrinde ifade edilen iş sahibinin borçlu temerrüdü halinde yüklenicinin işi durdurma hakkına sahip olabileceği durum BK m.364/2 hükmünün geçerli olduğu ve ara hakediş ödemeleri için avans ödeneceğinin yani teslim gerçekleşmeden iş bedelinin bir kısmının ödenebileceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerdir. Söz konusu avans bedeli ödenmediğinde yüklenicinin işi durdurma ve avans bedeli ödenmeden işe başlamama hakkı olacaktır.³²⁹ Bunun dışında doktrinde, yüklenicinin bu şekilde haklı bir sebeple işi durdurması sebebi ile yüklenici nezdinde doğan zararı da aynı FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, iş sahibinin tazmin etmesi gerektiği de ileri sürülmüştür.³³⁰

Sonuç olarak yüklenicinin FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki işi durdurma hakkının Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesi hakkındaki hükümleri ile tam olarak sağlanmadığını belirtmek doğru olacaktır.

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, iş sahibinin kamu kurum veya kuruluşu olduğu inşaat sözleşmeleri için geçerli olan 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında 02.04.2010 tarihli Resmi Gazete’de çıkarılan Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’nin eki olan Ek-7 “Yapım İşlerine Ait Tip Sözleşme” m.18.2.1. hükmü uyarınca, iş sahibinin, sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerini yüklenicinin kusuru olmaksızın yerine getirmemesi, yani herhangi bir ara ödemeyi yapmaması ve bu sebeple sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin

³²⁸ Aksi görüş için bkz. Tandoğan, A.g.e., s.314.

³²⁹ Öz, A.g.e., s.84

³³⁰ Yavuz, A.g.e., s.545

meydana gelmesi halinde, işin bir kısmına veya tamamına ait süre en az gecikilen süre kadar uzatılır.³³¹ Görüleceği gibi kanun koyucu FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki gibi yüklenicinin işi durdurma hakkı olduğuna dair doğrudan bir ifade yerine ödeme olmaması sonucu iş dururursa bunun yarattığı gecikmenin iş süresine ekleneceği şeklinde bir düzenleme yapmıştır.

a.c. Yüklenicinin Sözleşmeyi Fesih Hakkı

Yüklenici'nin sözleşmeyi fesih hakkı ile ilgili FIDIC-Kırmızı Kitap-1999 ve FIDIC-Sarı Kitap-1999'da birbirinin aynı düzenlemeler yapılmıştır. FIDIC-Gümüş Kitap-1999'da ise ilk iki sözleşmeye benzer ancak içerik olarak farklı düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin FIDIC-Gümüş Kitap-1999'da mühendis kavramı mevcut olmadığından, mühendisin "Ara Ödeme Belgesi"ni zamanında düzenlememesi bir fesih sebebi olarak sayılmamıştır.

Yüklenici 1999 baskı yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'nde yer alan tüm FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki m.16.2. hükmünde yer alan şartlardan birinin gerçekleşmesi halinde sözleşmeyi iş sahibine göndereceği bir ihbar ile feshedebilmektedir. Bu şartlardan ilk üçü aynı zamanda yükleniciye işi durdurma hakkı da veren iş sahibinin finansal durumu ile ilgili bilgiyi m. 2.4. hükmü uyarınca yükleniciye vermemesi, mühendisin "Ara Ödeme Belgesi"ni zamanında (yükleniciden ödeme raporunun alınmasından itibaren 28 gün) düzenlememesi,³³² ve iş sahibinin muaccel hale gelmiş borcunu ifa etmemesidir. Konumuz ile ilgili olarak belirtmek gerekir ki, FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin borçlu temerrüdü çok açık bir biçimde fesih sebebi olarak belirtilmiştir.

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan m.16.2.c. hükmüne göre, iş sahibi m.14.7.de yer alan ödeme süresinin, ki bu süre yüklenicinin ödeme için mühendise başvuru tarihinden itibaren 56 gündür, üstünden 42 gün geçmesine rağmen "Ara Ödeme Belgesi"ne göre muaccel olduğu belirtilmiş olan "Ara Ödeme" tutarını yükleniciye ödemezse, yüklenicinin sözleşmeyi fesih hakkı mevcuttur. Yani yüklenicinin sözleşmeyi iş sahibinin ödeme temerrüdü nedeni ile fesh edebilmesi için iş sahibinin söz konusu ödemeyi yüklenicinin ödeme için mühendise başvuru tarihinden itibaren 98 gün içinde ödememesi gerekmektedir. Başka bir deyişle iş sahibi ancak söz konusu 98 günlük süreyi herhangi bir ödeme yapmadan geçirmesi halinde temerrüde düşmektedir. Avrupa'lı

³³¹ Duman, A.g.e., s.526

³³² Mühendis kavramı FIDIC-Gümüş Kitap-1999'da mevcut olmadığından, bu durum FIDIC-Gümüş Kitap-1999 açısından fesih sebebi değildir.

Uluslararası Yükleniciler Derneği (EIC), m.16.2.c. hükmünde yer alan bu temerrüde düşme süresinin aşırı uzun olduğu eleştirisini yapmış ve söz konusu sürenin 14 gün olmasının daha uygun olacağı önerisinde bulunmuştur.³³³

Bu noktada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, iş sahibinin “avans ödemesi” ve “nihai iş bedeli ödemesi” borçlarını ifade temerrüde düşmeleri halinde yükleniciye işi durdurma hakkı verilmiş ancak sözleşmeyi fesih hakkının verilmemiş olmasıdır. Zira m.16.2.c. hükmünde açıkça “ara ödeme” borcunda temerrüdün sonucu olarak yüklenicinin sözleşmeyi fesih hakkı düzenlenirken diğer ödemelerden bahsedilmemiştir. Kanaatimizce konu bu yönü ile Türk Hukuku ile uyumlu değildir, zira sözleşmeden kaynaklanan bir para borcunun ifasında borçlunun temerrüdü için söz konusu paranın ödenmemiş olması yeterlidir, ödenmeyen para borcunun avans veya başka bir isim altında sözleşmede tanımlanmış olması bir şeyi değiştirmeyecektir. Bu kapsamda Türk Hukuku’nun geçerli olduğu bir FIDIC standart inşaat sözleşmesinde boşluk olması halinde Türk Hukuku uygulanacağından, FIDIC standart inşaat sözleşmesinde yükleniciye avans bedelinin ödenmemesi halinde sözleşmeyi fesih hakkı olduğu açıkça belirtilmemişse bile yüklenicinin boşluğu dolduran Türk Hukuku çerçevesinde borçluyu temerrüde düşürerek seçimlik haklarından sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanabileceğini belirtmek doğru olacaktır.

FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan m.16.1. hükmü uyarınca yüklenici 14 gün sonra yürürlüğe girecek şekilde bir ihbarnameyi iş sahibine göndererek sözleşmeyi feshedebilmektedir.³³⁴ Yüklenici haklı bir fesih gerçekleştirmişse m.16.4. hükmü ve söz konusu hüküm içindeki m.19.6. hükmüne atıf uyarınca bir çok talebi iş sahibine yöneltebilecektir. Aşağıda yüklenicinin ileri sürebileceği taleplerine geçmeden evvel, bunların FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde seçimlik talep hakkı olarak yükleniciye tanınmadığını, yüklenicinin seçtiklerini veya hepsini birlikte talep etmeye hakkı olduğunu belirtmek gerekir.

Sözleşmeyi haklı olarak fesheden yüklenici, sözleşme imzalanırken iş sahibine teslim ettiği bir banka teminat mektubu niteliğindeki “Performans Garantisi”nin kendisine iade edilmesini; fesih tarihine kadar gerçekleştirilmiş ve sözleşmede fiyatı belirlenmiş işlerin bedelini; işler için sipariş ettiği ve kendisine teslim edilmiş veya teslimini kabule yasal olarak zorunlu olduğu

³³³ EIC Contractor’s Guide to the FIDIC Conditions of Contract for Construction, Berlin, 2002, s.22.

³³⁴ FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde m.8.11.uyarınca uzatılmış bir iş durdurma halinin mevcut olduğu durumlarda veya iş sahibinin iflas etmesi vb. durumlarda yükleniciye sözleşmeyi derhal fesih imkanı tanınmıştır. (m.16.2.)

malzeme ve tesisat-ekipmanın bedelini,³³⁵ işin tamamlanması öngörerek kendisi tarafından o koşullarda makul olarak yapılmış diğer masrafları; gerçekleştirmiş olduğu geçici işlerin ve kendisine ait tesisat ve ekipmanının sahadan sökülmesi ve bunların kendi ülkesindeki işyerine nakliyesinin makul bedelini; fesih tarihi itibari ile sözleşme konusu işte çalıştırdığı işçilerinin kendi ülkelerine gönderilmelerinin makul bedelini ve son olarak fesih nedeni ile uğradığı kâr kaybı veya diğer kayıp ve zararın ödenmesini FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan ilgili hükümler uyarınca iş sahibinden talep etmek hakkına sahiptir.

Türk Hukuku'na bakıldığında iş sahibinin iş bedelini ödemekte temerrüdü halinde yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirme hakkı olduğuna dair açık bir düzenleme eser sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinde mevcut değildir. Konu Borçlar Kanunu genel hükümler içindeki borçlunun temerrüdü düzenlemeleri incelenerek hareketle ele alınmalıdır. İş sahibinin iş bedelini ödeme borcunda temerrüdü halinde BK m.106-108 hükümleri uyarınca alacaklı sıfatı ile yüklenicinin seçimlik hakları mevcuttur.³³⁶ Alacaklı ilk olarak temerrüde rağmen borcun aynen ifasını ve gecikmeden doğan zararının tazminini (temerrüt faizi) isteyebilir, zira temerrüt boçluyu borcundan kurtaramamaktadır.³³⁷ Alacaklı ikinci olarak, aynen ifadan vazgeçip müspet zararları, yani temerrüt faizi ve temerrüt faizini aşan ek zarar ile sözleşmenin ifa edilmemesi nedeni ile kaybettiği kârın tazminini isteyebilir veya alacaklı son olarak aynen ifadan vazgeçip sözleşmeyi “sözleşmeden dönme” yolu ile sona erdirerek menfi zararları isteyebilir (BK m.108)

Konuyu eser sözleşmeleri açısından değerlendirdiğimizde, eser sözleşmeleri tür olarak ani edimli sözleşmelerden olduğu ve Borçlar Kanunu prensipleri çerçevesinde bu tür sözleşmeler sadece geçmişe etkili olarak “sözleşmeden dönme” yolu ile sona erdirilebildiklerinden, iş sahibinin borçlu temerrüdü halinde yüklenici ya iş sahibinin zararına olmayacak bir süre sözleşme konusu işi durdurarak ödemedeki gecikme dolayısıyla uğradığı zararın karşılığı olarak temerrüt faizini talep edecek ya da BK m.106 hükmü uyarınca sözleşmeden dönerek, eğer borçlu temerrüdünde kusurlu ise, BK m.108 hükmü uyarınca menfi zararlarını talep edebilecektir.³³⁸ İsviçre-Türk Hukuk doktrinine göre sözleşmeden dönme sonucu alacaklı borçludan menfi zararlarını isteyebilir, yani yüklenici sözleşme hiç kurulmamış olsaydı uğramayacak olduğu zararı iş sahibinden talep

³³⁵ Bedeli ödendiğinde söz konusu malzeme ve tesisat-ekipman iş sahibinin mülkiyetine geçecek ve yüklenici tarafından iş sahibinin göstereceği yere istif edilecektir.

³³⁶ Aral, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007, s.376.

³³⁷ Kılıçoğlu, M.Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s.506.

³³⁸ Duman, A.g.e., s.989.

edecektir.³³⁹ Söz konusu menfi zarar kavramı çerçevesinde yüklenici, dönülen eser sözleşmesini yaptığı için harcamak durumunda kaldığı parayı, daha elverişli koşullarda bir eser sözleşmesi yapacakken, dönülen sözleşmeye güvenerek elverişli koşuldaki sözleşmeyi yapmaması nedeni ile kaçırdığı fırsatın parasal karşılığını ve varsa dönülen eser sözleşmesi ile bağlantılı başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi yüzünden oluşan zararını iş sahibinden talep edecektir.

Görülebileceği üzere Borçlar Kanunu'nda yer alan menfi zarar kavramı içinde, FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin iş bedelini ödemekte temerrüdü halinde, yükleniciye sözleşmeyi sona erdirmesi halinde tanınan iş sahibinden “kâr veya kazanç kaybının tazminini istemek” hakkı yer almamaktadır. FIDIC standart inşaat sözleşmeleri Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmelerinin ani edimli sözleşmeler olması nedeni ile sadece geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönme yolu ile sona erdirilebildikleri ve dolayısıyla sözleşmeden dönme sonrası yüklenicinin menfi zarar talebi içinde “kar veya kazanç kaybı”nın yer alamayacak olması anlayışının ötesine geçmiş ve yükleniciye müspet zarar olarak kabul edilen “kar veya kazanç kaybı”nı iş sahibinden talep etme hakkını vermiştir.

Borçlar Kanunu'nun FIDIC standart inşaat sözleşmeleri ile de çelişen bu anlayışı, inşaat işi başladıktan ve belli bir seviyeye geldikten sonra sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde, sözleşmenin sona ermesine sözleşme geçmişe değil geleceğe etkili olarak sona ermiş gibi sonuçlar bağlamanın daha doğru olacağına dair bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı verilmesi ile uygulamada eleştirilmiş ve değiştirilmiştir.³⁴⁰ 25.01.1984 tarih ve 1983/3E 1984/1K sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda konu şu şekilde ifade edilmiştir:³⁴¹ “... İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir... Müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeni ile sözleşmenin feshi halinde ... bu fesih geriye mi ileriye mi etkili sonuç doğuracaktır? ... Olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa BK 106-108 hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçların) haklı gösterdiği durumlarda; MK m.2 hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin

³³⁹ Tekinay, A.g.e., s.969.

³⁴⁰ Kaplan, A.g.m., s.169.

³⁴¹ Tekinay, A.g.e., s.966.

(sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir...” Yargıtayın iş sahibinin sözleşmeyi feshinin ileriye etkili olarak değerlendirilmesi yönünde verdiği bu kararının yüklenicinin sözleşmeyi feshi için de uygulanması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür.³⁴²

Sonuç olarak Türk Hukuku hem doktrin görüşleri hem de söz konusu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile, Borçlar Kanunu düzenlemesi o yönde olmamasına rağmen, yüklenicinin iş sahibinin ücret ödemedi temerrüdü sonucu sözleşmeyi sona erdirmesi halinde, sözleşmeden dönme bir nevi fesih olarak değerlendirip FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki hükümler ile paralel bir şekilde “kâr kaybını” da iş sahibinden isteyebilmesinin önünü açmıştır.

Yukarıda değinilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile yükleniciye sadece sözleşmeyi ileriye dönük sona erdirmeye hakkının getirdiği müspet zararı (kâr kaybı vs.) isteme imkanı yaratılmıştır, dolayısıyla yüklenicinin hem menfi hem de müspet zararını iş sahibinden talep etmek hakkı yoktur, sözleşmeyi sona erdirmeye yollarından birini ve bunun sonucu olarak talep edeceği zarar türünü seçebilecektir. Ancak FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan fesih hükümleri uyarınca iş sahibinin iş bedeli ödemedi temerrüdü sonucu yüklenicinin sözleşmeyi feshi halinde, yüklenici hem sözleşme ileriye etkili sona erdirilmişçesine uğranılan kâr kaybını, hem de geçmişe etkili sona erdirilmişçesine mühendis tarafından belgelendiğinde o ana kadar yapılan işin, getirdiği malzemelerin ve tesisatın, işleri tamamlayacağı inancı ile yaptığı harcamalarını, yani menfi zararlarını da iş sahibinden isteyebilmektedir. FIDIC standart inşaat sözleşmeleri yükleniciyi korumak adına bu noktada Borçlar Kanunu borçlu temerrüdü hükümlerinden oldukça ayrılmaktadır.

Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca yüklenicinin aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, iş sahibine ifa için süre verilmiş olması, ifa yapılmadan geçen sürenin sonunda yüklenicinin iş borcunun ödenmesinden vazgeçtiğini ve sözleşmeden döndüğünü iş sahibine bildirilmiş olması gerekmektedir. Oysa FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan düzenlemeye göre yüklenicinin iş sahibinin iş bedelini ödemedi temerrüdü halinde sözleşmeyi fesih imkanına kavuşması için ayrıca iş sahibine önden ifa için süre vermesine gerek yoktur.

³⁴² Kaplan, A.g.e. , s.169.

İsviçre Borçlar Hukuku'na göre iş sahibinin iş bedelini ödemeyerek borçlu temerrüdüne düşmesi halinde, ancak söz konusu temerrüdün sebebi (örneğin ödeme isteksizliği, kalıcı ödeme kapasitesi eksikliği vb.) yüklenicinin kendisi açısından bütün sözleşmeyi tehlikeye sokan bir durum oluşturuyorsa sözleşmeden dönme hakkı olduğu ileri sürülmüştür.³⁴³ Ancak Türk Hukuku'na göre iş sahibinin iş bedeli ödemekte temerrüdü halinde yüklenici sözleşmeden dönme hakkını, ödememe sonucu sözleşmenin amacının tehlikeye girmesi vb. herhangi bir şart aranmadan kullanabilmektedir.³⁴⁴ Türk Hukuku ile uyumlu bir şekilde FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan kurallara göre de, iş sahibinin borçlu temerrüdü sonucu yüklenicinin sözleşmeden dönmesi için belirli sürelerle ve belirli ihbar şartlarına uymak dışında sözleşmenin tehlikeye girmesi vb. bir şartın oluşmasına gerek yoktur.

³⁴³ Becker, A.g.e. , s.628.

³⁴⁴ Dayınlarlı, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s.169.

SONUÇ

FIDIC tarafından hazırlanan standart inşaat sözleşmeleri lex mercatoria düzeyinde bir hukuk düzeni değildir ve bunu yaratmak için hazırlanmamıştır. FIDIC hazırladığı standart inşaat sözleşmeleri ile inşaat işlerindeki taraflar arasındaki hak ve borçların mümkün olduğu kadar adil ve farklı iş modellerine uygun bir biçimde belirlenmesini ve sözleşme konusu işlerin ifası ile ilgili açık kuralların getirilmesini sağlamayı amaçlamıştır. Bunu yaparken başlangıçta Anglo-Saxon Hukuk Düzeni'nde yer alan başarılı standart inşaat sözleşmesi örneklerini esas almış, ancak daha sonra uygulamadan gelen istek ve ihtiyaçlar doğrultusunda yaklaşık olarak her on yılda bir standart sözleşmelerini güncelleyerek her versiyonda biraz daha Anglo-Saxon niteliğini kaybederek, uluslararası alandaki tüm iş sahipleri ve yüklenicilerin yaygın bir biçimde kullanabileceği etkisi altında olduğu hukuk düzeni açısından daha karma nitelikli standart inşaat sözleşmeleri ortaya koymuştur.

FIDIC standart inşaat sözleşmeleri temelde üç ayrı iş modeline göre, üç ayrı şekilde ve üç ayrı isimle 1957 yılından beri her on yılda bir güncellenerek hazırlanagelmiştir. En son 1999'da yapılan yeknesaklaştırma ile "FIDIC Yeni Sözleşmeler Dizisi" adı altında birbirinden bazı önemli konularda farklılaşan üç ayrı standart inşaat sözleşme türü düzenlenmiştir. Bunlar sırasıyla aşağıdaki gibidir:

1. FIDIC İnşaat Sözleşme Şartları-(Kırmızı Kitap) Yeni – 1999.
(Eski versiyonu: FIDIC İnşaat Sözleşme Şartları-(Kırmızı Kitap) 4. Baskısı – 1987).
2. FIDIC Tesis ve Tasarım-Yapım için Sözleşme Şartları-(Sarı Kitap) Yeni -1999.
(Eski versiyonu: FIDIC Elektrik ve Mekanik İşler için Sözleşme Şartları (Sarı Kitap) 3.Baskı -1987).
3. FIDIC MTİ / Anahtar Teslim Projeler için Sözleşme şartları(Gümüş Kitap) Yeni-1999
(Eski versiyonuFIDIC Anahtar Teslim ve Tasarım-Yapım için Sözleşme Şartları-(Turuncu Kitap-1995).

1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'ni oluşturan tüm FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde iş sahibi için bir çok borç belirlenmiş olmakla beraber, çalışmamızın konusu olan iş sahibinin esaslı borçlarının, taraflar arasındaki ödeme, teslim gibi önemli ilişkileri düzenlemek

ve sözleşmeyi yönetmek üzere mühendis atama borcu, işin yapılacağı sahayı yükleniciye teslim borcu ve iş bedelini yükleniciye ödeme borcu olduğunu belirtmek gerekir.

Küresel inşaat pazarındaki genel eğilim ile pararel olarak ülkemizde de FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin hem özel hem de kamu sektöründeki iş sahibi ve yükleniciler tarafından daha yoğun bir biçimde kullanılacağını, dolayısıyla önümüzdeki günlerde Türk Hukuku'nun uygulama sahası bulduğu daha çok FIDIC standart inşaat sözleşmeleri ile karşılaşılacağını öngörmek doğru olacaktır. 1999 Baskı Yeni FIDIC Sözleşmeler Dizisi'ni oluşturan tüm FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan m.1.4. hükmüne göre taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe ve karşılıklı anlaşarak seçebilmektedir. Uygulanacak hukuk olarak seçilen hukuk düzeni FIDIC standart inşaat sözleşmelerinin düzenlemediği, boşluk bıraktığı alanları dolduracaktır ancak FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan hükümlerin, sözleşmeye uygulanacak hukuk sisteminin emredici kuralları karşısında bir hükmü olmadığı da açıktır.

Bu noktada, hem çalışmamızın konusu olan iş sahibinin esaslı borçları, hem de tarafların diğer tüm hak ve borçları hakkındaki hükümlerin, uygulanacak hukuk düzeni olarak Türk Hukuku'nun seçildiği FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde taraflarca çok dikkatli analiz edilmesi gerektiği çalışmamızda ortaya konulmuştur. Zira FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan hukuki boşluklar Türk Hukuku tarafından doldurulacak, ayrıca emredici Türk Hukuku kuralları karşısında FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan hükümler iş sahibinin esaslı borçları ile ilgili uyumsuzluklarda uygulanamayacaktır. İş sahibinin esaslı borçları ile ilgili bir çok meselede FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan hükümler Borçlar Kanunu hükümleri ile uyumlu olsa da, çeliştikleri konular sözleşmeye taraf olan kişiler için potansiyel uyumsuzluk alanları oluşturmaktadır.

Ayrıca FIDIC standart inşaat sözleşmelerinde yer alan iş sahibinin esaslı borçları ile ilgili hükümlerin bir çok noktada iş sahibinin kamu kurumu olduğu işlere uygulanacak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve ilgili mevzuatta yer alan hükümler ile uyumlu olmadığı da tespit edilmiştir. Dolayısıyla ülkemizde yapılacak kamu ihalelerinde FIDIC standart inşaat sözleşmeleri kullanılmak istendiğinde, kamu ihale mevzuatında yer alan prensipleri doğrultusunda FIDIC standart inşaat sözleşmelerindeki iş sahibinin esaslı borçları ile ilgili hükümlerin revize edilmesi gerekecektir.

KAYNAKÇA

I. KİTAP VE MAKALELER

1. **Aral, Fahrettin**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007.
2. **Akıncı, Ziya**, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996.
3. **Ayan, Serkan**, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008.
4. **Aydemir, Efrail**, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2009.
5. **Bunni, Nael G.**, The FIDIC Forms of Contract, Blackwell Publishing, Oxford, 2005.
6. **Becker, H.**, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çeviren A.Suat Dura, Ankara, 1993.
7. **Dayınlı, Kemal**, İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Ankara, 1998.
8. **Dayınlı, Kemal**, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, Ankara, 2008.
9. **Duman, Hasan İlker**, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Ankara, 2010.
10. **Eggleston, Brian**, The ICE Conditions of Contract 7th Edition, Blackwell Science Ltd, 2001.
11. **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2006.
12. **EIC**, Contractor's Guide to the FIDIC Conditions of Contract for Construction, Berlin, 2002.
13. **Glover, Jeremy**, Understanding the new FIDIC Red Book, Sweet&Maxwell, Londra, 2006.
14. **Gök, Yaşar**, Açıklamalı Kamu İhale Kanunu, Ankara, 2009.
15. **Gökyayla, Emre**, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009.
16. **Götz, Sebastian-Hök**, Handbuch des Internationalen und Auslaendischen Baurechts, Springer Verlag, Berlin, 2005.
17. **FIDIC**, Guide to use of Conditions of Contract for Works of Civil Engineering Construction Fourth Edition (Red Book), 1.Baskı, Geneva, 1989.
18. **FIDIC**, Guide to use of FIDIC Conditions of Contract for Electrical and Mechanical Works Third Edition (Yellow Book), 1.Baskı, Geneva, 1988.
19. **FIDIC**, Guide to use of Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey, First Edition (Orange Book), 1.Baskı, Geneva, 1996.
20. **Gümüş, Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2010.

21. **İnal, Tamer**, FIDIC Şartnamesi kapsamında Uluslararası Sözleşmeler, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, sayı 49-50.
22. **İnal, Tamer**, Uluslararası mimarlık/mühendislik standart sözleşmelerinin yarar ve sakıncaları, K.H.H.D., sayı 51-52.
23. **İnal, Tamer**, FIDIC şartnâmesi kapsamında elektrik ve mekanik işler sözleşmeleri, K.H.H.D., sayı 59-60.
24. **Karaca, Mehmet**, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi, Ankara, 2009.
25. **Karahasan, Mustafa Reşit**, İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Ankara, 1997.
26. **Karahasan, Mustafa Reşit**, Türk Borçlar Hukuku, İstanbul, 2004.
27. **Karataş, İzzet**, Eser (inşaat) Yapım Sözleşmeleri, Ankara, 2009.
28. **Karayalçın, Yaşar**, FIDIC Sözleşmesi Genel Şartlarında Mühendisin Hukuki Durumu, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.
29. **Kaplan, İbrahim**, İş sahibinin borçları, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2001.
30. **Kılıçoğlu, M.Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006.
31. **Kostakoğlu, Cengiz**, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2010.
32. **Knutson, Robert**, FIDIC An Analysis of International Construction Contracts, Kluwer Law International, Hague, 2005.
33. **Köksal, Tunay**, Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri, İş Ortaklığı Sözleşmeleri ve uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
34. **Oğuzman, Kemal M., Öz Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2009.
35. **Öz, Turgut**, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2006.
36. **Reisoğlu, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2008.
37. **Seliçi, Özer**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978.
38. **Selimoğlu, Engin**, İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara, 2010.
39. **Şeremet, Melis**, İnşaat Sözleşmeleri ve FIDIC, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 4, 2006.
40. **Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 5.Tıpkıbasım, İstanbul, 2010.

41. **FIDIC**, The FIDIC Contracts *Guide*, 1.Baskı, Geneva, 2000.
42. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993.
43. **Tekinalp, Gülören**, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, 1995
44. **Tiryakioğlu, Bilgin**, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1996,
45. **Tuhr, Andreas** – Çeviri: Cevat Edege, Borçlar Hukuku, Ankara, 1983.
46. **Türegün, Necip**, FIDIC Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.
47. **Yavuz, Cevdet**, Türk Boçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2007.
48. **Uyan, Göktürk**, İsviçre-Türk Hukuku'nda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul, 2006.
49. **Uygur, Turgut**, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Ankara, 2010.

II. İNTERNET KAYNAKLARI

1. http://www.constructionweblinks.com/Resources/Industry_Reports__Newsletters/Nov_6_2000/grove_report.htm (08.03.2010).
2. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/construction/Legal_Guide_e.pdf, (28.09.2009).
3. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1993Model.html (08.04.2010).
4. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2003Model_PF_IP.html(08.04.2010).
5. <http://www.ice.org.uk>, (30.09.2009).
6. http://www.ice.org.uk/knowledge/contracts_conditions_of_contract.asp (04.10.09).
7. http://www.leanconstruction.org/lcj/V2_N1/LCJ_05_006.pdf(02.02.2010).
8. <http://www.standards.org.au> (07.04.2010).
9. http://www.standards.org.au/downloads/0502_case-study_6.pdf (07.04.2010).
10. <http://www.mcmullan.net/eclj/TallBuildings.htm>(23.03.2010).
11. http://www.aiachicago.org/resources_for_architects/about_aia.asp (02.02.2010).

12. http://www.etnews.org/docs/AIA_A201.pdf (08.04.2010).
13. http://www.aiachicago.org/resources_for_architects/order_docs_online.asp (09.04.2010).
14. <http://www1.fidic.org/resources/contracts/bowcock97.asp>(22.02.2010).
15. http://217.197.210.21/resources/contracts/wade_oct05.pdf(10.03.2010).
16. http://www1.fidic.org/resources/contracts/wade_overview_2005.pdf (14.02.2010).
17. <http://www.architecture.com/TheRIBA/Home.aspx> (13.01.2010).
18. <http://www.fenwickelliott.co.uk/files/FIDIC.pdf> (17.01.2010).
19. http://www1.fidic.org/resources/contracts/booen_mar01.asp(01.03.2010).
20. http://www1.fidic.org/resources/contracts/icla_v16/booen.html(02.04.2010).
21. <http://www1.fidic.org/resources/contracts/seppala.asp>(04.04.2010).
22. http://www1.fidic.org/resources/contracts/papworth_claims.pdf(05.01.2010).
23. <http://www.fenwickelliott.co.uk/files/FIDIC.pdf> (03.03.2010).
24. http://www1.fidic.org/resources/contracts/FIDIC_overview%20_glover07.html(22.04.2010).