

KAMU YAPIM SÖZLEŞMELERİNDE GEÇİCİ HAKEDİŞ RAPORLARINA İHTİRAZI KAYIT VE HUKUKA AYKIRILIK SORUNU

(The Problem Of Reservation And Contradiction To Law With Regard To Temporary Certificates Of Payments For The Public Construction Contracts)

Dr. Ali AVCI¹

ÖZ

Kamu yapım sözleşmelerinde iş sahibinin ücret ödemelerinin resmî bilgi ve belgelere dayanması gerekir. Uygulamada hakediş raporu olarak adlandırılan bu ödemelerde sözleşme ve eki şartname ile getirilen ihtirazi kayıt şekilleri beraberinde birçok problem doğurmaktadır. Kamusal gücün ağır bastığı bu işlerde iş sahibi ile belli konuda anlaşma sağlayamayan yüklenicinin tek çıkar yolu yargıya gitmek iken anılan şekil şartının zamanında ve uygun şekilde yerine getirilmemesi bu hakkın kullanılmasına engel olmaktadır. Bu çalışmada bu süreç ve sonuçları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: İhtirazi kayıt, Şartname, Delil Sözleşmesi, yapım işleri.

ABSTRACT

The payments for the public construction contracts are required to be based on official information and documents. In respect to these payments known as certificates of payments, reservations methods introduced by the contracts and attached specifications bring about many problems. In these works for which public power outweighs, while the only remedy for the contractor who has experienced trouble over any issue with the party ordering the work is to resort to the judiciary, the failure to execute the mentioned requirement as to the form in a timely and appropriate manner prevents exercising this right. The process and results of this shall be examined in this study.

Key Words: Reservation, Specification, Evidential Contract, Construction Works.

¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi, a.avci46@hotmail.com.



GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu 474-486 maddelerinde iş görme sözleşmeleri kapsamında düzenlenen eser sözleşmesi özel kişiler arasında düzenlenebileceği gibi kamu idareleri ile özel kişiler arasında da düzenlenebilir. Bir tarafın kamu idareleri olduğu eser sözleşmeleri uygulamada “*yapım sözleşmesi*” olarak adlandırılmaktadır. İş sahibi olarak kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu ve Devlet İhale Kanunu ile Kamu İhale Kanununa tâbi yapım işleri için akdedilen eser sözleşmeleri de bir özel hukuk sözleşmesi olup eser sözleşmesi hükümlerine tâbidir.² Yüklenicinin inşaatını üstlendiği yapının okul, karayolu, kamu binası, hastane, askerî tesis ve benzeri nitelikte oluşu ve arsanın malikinin hazine olması inşaatçı ipotentinin tescili hariç taraflar arasındaki sözleşmeye tabî ve taraf olmada eşit hak sahibi olma ilkesinde herhangi bir değişikliğe yol açmaz.³ Başka bir ifade ile özel hukuk ilişkilerinde sözleşmenin taraflarından birinin diğer tarafa üstünlüğü yoktur. Bu şekilde kamu idarelerinin taraf olduğu yapım sözleşmelerinde de iş sahibi idare ve yüklenici edimler hususunda eşit konumdadır ve kamu idarelerinin herhangi bir üstünlük ve ayrıcalığı bulunmamaktadır.

Yapım sözleşmeleri esasen TBK’ da düzenlenen eser sözleşmesi kapsamında kalmakla TBK hükümlerine tabî iken bu sözleşmeler için çıkarılmış 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu yapım sözleşmeleri için “*özel kanun*” niteliğindedir.⁴ Bu özel kanunlardan olan KİSK’nin 4.maddesinde düzenlendiği üzere yapım sözleşmelerinin tarafları, sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerine bu kurala aykırı hükümler konulamaz.

Yapım sözleşmeleri eser sözleşmesi niteliği gereği yüklenicinin edimi karşılığı iş sahibine ücret ödeme borcu yükleyen iki taraflı bir sözleşmedir. Ücret borcu olarak nitelenen bu para borcunu ödeme yükümlülüğü iş sahibine ait bir borçtur. Ücret Türk Lirası veya yabancı para olarak kararlaştırılabilir (TBK m.99). Eser sözleşmelerinde kural olarak TBK m.479 düzenlemesine göre “*iş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur.*” Böylece ücret alacağı eserin tesliminden önce veya daha sonra

2 Gümüş, Mustafa Alper, 6098 sayılı TBK’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Yayıncılık, 3.Bası, İstanbul 2014, s.8.

3 Kaplan İbrahim, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BATIDER, Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım, s.123.

4 4734 sk, yapım sözleşmeleri için sözleşme öncesi ihale sürecini, 4735 sk ise ihale sonrası süreci düzenler. 4734 sk uyarınca yapılan ihalelerin sonucunda düzenlenen yapım sözleşmeleri 4735 sk kapsamına girer.

değil, fakat teslim anında muaccel olmaktadır. İş görme borcu doğuran sözleşmelerdeki önce işin yapılması sonra ücretin alınması şeklindeki genel kural, bu şekilde istisna sözleşmeleri için de kabul edilmiş olmaktadır.⁵ Diğer taraftan TBK m.479 f.2'de f.1'de yer alan bu kurala istisna getirilmekte ve kısmî teslimler için kısmî ödemeler yapılması öngörülmektedir. Bu esas özellikle bölünebilen ve sayı, ölçü, ağırlıkla tespit edilen çeşidi ile belli şeylerin ardı ardına teslimine ilişkin eser sözleşmelerinde uygulanacaktır.⁶ Başka bir ifadeyle, sayı, ölçü veya ağırlık itibarıyla bölünebilen ve çeşidiyle belirli olan eserler bakımından parça parça veya kısım kısım ödeme mümkündür. Her hafta belirli miktarda duvar örülmesi karşılığında belirli miktarda ödeme yapılması örnek olarak söylenebilir.⁷ Ancak yapım sözleşmeleri bu nitelikte bir eser sözleşmesi değildir. Yani yapım işlerinde teknik anlamda kısmî ifadan (parça parça teslim edilen eserden) söz etmek mümkün değildir.⁸

Yapım işleri genelde uzun süreli işlerdir. İşin yapılması uzun zaman gerektirir. Uygulamada kararlaştırılan ücretin ödenmesi için teslim beklenmemekte ve yükleniciye belli aralıklarla ödeme yapılmaktadır. İş sahibi olan kamu idareleri ücret ödeme borçlarını hakedişler ile yerine getirirler. Uzun süren inşaat işlerinde sözleşme ve eklerinde işin devamı sırasında belirli aşamalarda o zamana kadar yapılmış kısma isabet eden bedel kısmının yükleniciye ödenmesi kararlaştırılır, buna hakediş veya situasyon denir.⁹ Başka bir tanıma göre, yüklenicinin parça parça meydana getirdiği inşaat, imalât ve ihzarata karşılık sözleşme ve eki şartnameler gereğince yapılan ödemeye ara hakediş, bunu gösteren hesap tablosuna da hakediş raporu adı verilir.¹⁰ Uygulamada geçici hakediş ödemeleri olarak adlandırılan bu yöntemle yükleniciye ödeme yapılırken beraberinde bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Yüklenicinin çoğu zaman ya ihtirazı kayıt usulünü bilmemesi ya da bu hakkını kullanmaktan çekinmesi nedeniyle zamanında geçici hakedişlere ihtirazı kayıt koyamamakta ve bunun sonucunda da hak kaybına uğramaktadır.

Bu çalışmamızda bu hak kaybına giden süreç ve sonuçları üzerinde durulacaktır. Öncelikle geçici hakedişlere ihtirazı kayıt şekli, konusu,

5 Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9.bası, Beta Yayınları, İstanbul-2013, s.1018.

6 Yavuz, s.1018.

7 Zevkliler Aydın- Gökyayla K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 12.Bası, Ankara2013, s.551.

8 Zevkliler-Aydın, s.552.

9 Öz, M.Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Yayıncılık, İstanbul-2012, s.81.

10 Şimşek Edip, "Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri", İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BATİDER,2 Tıpkı Basım, Ankara 18-29 Mart 1996, s.203.



ihtirazi kayıt aranmayan durumlar ve ihtirazi kaydın niteliği üzerinde durulacak, ikinci bölümde ise geçici hak edişlere ihtirazi kayıt konusu hukuka uygunluk açısından değerlendirilmeye çalışılacak ve sonuç bölümünde ise çalışmamızda varılan sonuçlar incelenecektir. Temyiz incelemesi sırasında karşılaştığımız mağduriyetler konunun ele alınması gerektiği düşüncesi oluşturduğundan çalışma sonucunda konunun tartışmalı durumu ortaya konulmak suretiyle uygulamada büyük bir mağduriyetin giderilmesine küçük bir katkıda bulunma ihtimali bizim için büyük bir mutluluk kaynağı olacaktır.

I- GEÇİCİ HAKEDİŞ RAPORLARINA İHTİRAZİ KAYIT

Geçici hakediş raporlarına ihtirazi kayıt konusu uygulamada tartışmalı niteliği gereği birçok soruna yol açmaktadır. Bu nedenle geçici hakediş ödemelerin niteliğinin belirlenmesi bu ödemelere yapılacak ihtirazi kaydın niteliğini belirleme açısından yararlı olacaktır.

1- İHTİRAZİ KAYIT KONUSU GEÇİCİ HAKEDİŞ ÖDEMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Geçici hakediş, eser bedelinin keşif özeti veya keşif cetvelleri, bunların eki birim fiyat listelerine göre belirlenmesinin kararlaştırıldığı yapım sözleşmelerinde iş sahibi ile yüklenici arasında yapılan sözleşme gereği inşaatın tamamlanıp tesliminden önce, yani inşaatın devamı sırasında belirli aralıklarla (genellikle her ay) tamamlanmış işlerin ve ihzaratı¹¹ yapılmış olan malzemelerin metraj ve miktarları tespit edilerek, bunların sözleşmenin eki veya sonradan onaylanmış birim fiyat cetvellerindeki birim fiyatlarla çarpılması sonucu ortaya çıkan bedelin ödenmesi için yüklenici ve idare elamanları tarafından düzenlenmiş, imzalanmış ve idare tarafından tasdik edilmiş bir rapor, bir belgedir.¹²

Geçici hakedişlerin gerçeğe ve sözleşmeye uygun belirlenmesi için iş sırasında belirli kayıtlar tutulur. Bu kayıtların en önemlileri, yevmiye defteri (yeşil defter) ve ataşman defteridir. Yevmiye (yeşil) defterlerine yüklenicinin edimini sözleşmeye uygun ifa ederken projeye uygun yapılmakta olan imalatın metraj ve miktarları yazılır. Defterler yüklenici ve iş sahibinin görevlileri tarafından imzalanır. Bu defterler bir bakıma ara hakediş raporlarının ekidir.¹³ Proje dışı veya proje değişikliğiyle fakat zorunlu olarak iş sahibinin talep ya da onayıyla yapılmış ek işlere ilişkin tutulan defter ataşman defteridir.

11 İhzarat; inşaat sektöründe kullanılan henüz inşaata girmemekle beraber ileride kullanılmak üzere yüklenicinin şantiyeye getirdiği malzemeye verilen isimdir. Şimşek, s.202.

12 Kaplan, s.158.

13 Kaplan, s.158.

Geçici hakediş raporlarının hangi süreler içinde ve hangi usullerle düzenleneceği Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 40 ıncı maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede belirtildiği üzere geçici hakediş raporları yüklenicinin başvurusu üzerine aksine bir hüküm bulunmadıkça birim fiyatlı sözleşmelerde her ayın ilk beş günü içinde, yüklenici başvuramaz ise iş sahibi idare en çok üç ay içinde tek taraflı olarak düzenleyebilir. Götürü bedelli sözleşmelerde ise geçici hakediş sözleşme ve eklerinde yazılı esaslara göre düzenlenir. Bu esaslara göre düzenlenen geçici hakedişlerin işleme konulması için yüklenici tarafından imzalanması gerekir. Yüklenici hazır bulunmazsa hakediş iş sahibinin elamanlarınca tek taraflı olarak düzenlenir.¹⁴

Yapım işleri, niteliği gereği bölünemeyen bir şeyin imali veya inşasını içerdiğinden tarafların işin belli aşamalarında belli ödemelerde bulunması hususunda sözleşme yapılırken anlaşmaları sonucu geçici hakediş raporları düzenlenir. Geçici hak edişler yüklenicinin çalışma borcunun (inşaat ediminin) ifası sırasında tutulan ve düzenlenen geçici ödeme belgeleridir.¹⁵ YİĞŞ m.40 düzenlemesine göre, geçici hak edişler kesin ödeme niteliğinde değildir ve kazanılmış hak oluşturmazlar. Bu hâliyle geçici hakedişler TBK m.479/II' de öngörülen parça parça teslim edildikçe bedeli ifa olunan iş niteliğinde olmadığı gibi, bir avans ödemesi de değildir. Kısmî ödeme kanuna (TBK m.479/II), avans ödemesi ise TBK m. 479/I'nın aksine yapılan anlaşmaya dayanır.¹⁶ Avans ödemesi, sözleşmeye göre iş sahibinin yükleniciye hiçbir ihzarat veya imalât yapmadan ileride mahsup edilmek üzere yaptığı ödemelerdir. Bu ödemeler ön ödeme niteliğindedir.¹⁷ Avans, henüz işe başlanmadan yapılması, bir güvenceye bağlanması, mahsup yoluyla geri ödenmesi ve miktarının önceden bilinmesi gibi özellikler taşır. Bu açıdan avans ödemesi, TBK m.479/I hükmünün aksine olan anlaşmadan kaynaklanır ve avans öderken çekince koymaya gerek yoktur.¹⁸ Oysa geçici hakediş ödemeleri yüklenicinin sözleşmeye göre belirli dönemlerde yaptığı imalat ve ihzaratın karşılığı olarak verilen ve kesin hakedişde mahsubu gereken bir ödemedir. Bu bakımdan geçici ödeme niteliğindedir.

Yapım işlerinde eserin teslim edilmesine kadar bedelin aylık dönemler hâlinde geçici hakedişlerle ödenmesi usulünde teknik anlamda kısmî ifadan söz etmek mümkün olmadığı gibi işe başlanmadan veya işe başlandı-

14 Bkz. YİĞŞ m.40/a-9.bent.

15 Kaplan, s.158.

16 Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010, C.II, s.306.

17 Baygın Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tâbi Olduğu Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s.201.

18 Zevkililer- Gökyayla, s.552.



ğl sırada yükleniciye avans ödemesi yapılır ise verilen avans işin devamı sırasında düzenlenen hakediş ödemelerinden mahsup edilir.

Bu açıklamalar ışığında denilebilir ki, geçici hakediş ödemeleri ne kısmî ödeme ne de avans ödemesi niteliğindedir. Geçici hakediş ödemeleri geçici ödeme niteliğindedir.

2- GEÇİCİ HAKEDİŞ RAPORLARINA İHTİRAZİ KAYDIN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Yukarıda niteliğini belirttiğimiz geçici hakediş raporlarında herhangi bir yanlışlık ve hata olduğunu düşünen yüklenici bu düşüncesini bir şekilde ortaya koymalıdır. Yani ihlâl edildiğini düşündüğü hakkını korumak amacıyla bir irade beyanı açıklamasında bulunmalıdır. Bu beyan yüklenicinin bir hakkının korunmasını sağlayan yenilik doğuran bir hak türü ve hukukî niteliği itibarıyla bir ihtirazi kayıttır.

İhtirazi kayıt, belli durumlarda belli bir hakkını korumak isteyen sözleşme tarafının bu konuda ortaya koyduğu bir beyan olarak tanımlanabilir. İhtirazi kayıt ileri sürme hakkı, yenilik doğurucu nitelikte olması nedeniyle bir hukuksal durumu ortaya koymak, yahut var olan hukuksal durumu değiştirmek veya ortadan kaldırmak için kullanılır.¹⁹ Kullanılmaması bunu iddia eden tarafın korunan bu haklarının talebini engeller. Bu nedenle yüklenicinin ihtirazi kayıt ileri sürmemesi iş sahibinin iradesini kabul ettiği anlamına gelir.

İhtirazi kaydın hukukî niteliği konusunda değişik görüşler bulunmaktadır. Bunlar, ihtirazi kaydın bir sözleşme ile kararlaştırılması (sözleşme görüşü), tek taraflı işlem görüşü ve kanundan doğan bir hak görüşüdür. Ancak bu üç görüşün de ortaya çıkışı bakımından ihtirazi kaydın hukukî niteliğini tam olarak ortaya koyamadığı, bu nedenle de ihtirazi kaydın kendine özgü bir hak olarak kabulü gerektiği belirtilmektedir.²⁰

İhtirazi kayıt, ifa anına kadar bizzat yüklenici veya onun temsilcileri tarafından kullanılabilir. Çünkü ihtirazi kayıt hakkı şahsa sıkı surette bağlı bir hak değildir. Bu nedenle ihtirazi kayıt yüklenicinin yasal veya iradi temsilcileri tarafından da kullanılabilir. Birden fazla yüklenicinin bulunduğu yapım işlerinde, yüklenicilerden birinin koyduğu ihtirazi kayıt diğer yükleniciler bakımından da hüküm ifa ederken, ihtirazi kaydın ileri sürülmemesi hâlinde eğer o ortağın geçici hakediş raporunda isim ve imzası bulunmuyorsa bu ortak açısından hakkın kullanılmasına engel

19 Sanlı Erdal, "Borçlar Hukuku Açısından İhtirazi Kayıt Esasları", Panel Yapım İşlerinde İhtirazi Kayıt, Bilirkişiler Hakemler ve Arabulucular Derneği, Ankara Kasım 2014, s.15-16.

20 Güven Kudret, "Borçlar Hukuku Açısından İhtirazi Kayıt Esasları", Panel Yapım İşlerinde İhtirazi Kayıt, Bilirkişiler Hakemler ve Arabulucular Derneği, Ankara Kasım 2014, s.23.

teşkil etmeyeceği kabul edilmelidir.

İhtirazı kayıt ileri sürülmemesi bir bakıma ifa yerine geçen bir borçtan kurtulma şekli olarak kabul edilebilir. İhtirazı kayıt ileri sürülmemesinin neden olduğu hak kaybı, hak sahibi yüklenicinin örtülü bir irade beyanı ile o haktan vazgeçtiğine ilişkin bir kabule dayanmaktadır. Bu hak kaybını önlemek isteyen yüklenici bu hakkını bir irade beyanı ile kullanır. Ama bu irade beyanı iş sahibini cezalandıran bir durum değildir. Yüklenici ihtirazı kayıt kullanmak suretiyle iş sahibinden sorumlu olmadığı bir edimin ifasını talep etmemektedir.²¹

İhtirazı kaydın tazminat niteliği de yoktur. Yüklenicinin korumaya çalıştığı hak bir zararın karşılığı da değildir. Yalnızca yüklenicinin alacağını güvenceye alan bir hak olarak kabul edilmelidir. İhtirazı kayıt kullanılmakla yeni bir hak doğmamakla birlikte bir bakıma hakkın varlığının iş sahibine karşı ileri sürülme imkânı elde edilmektedir. İş sahibinin borcunu ifa etmesi ihtirazı kaydın varlığına değil borcun varlığından kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan ihtirazı kayıt söz konusu borcun ifasını sağlayan bir koruma tedbiridir.

Yapım işlerinde geçici hakedişlere ihtirazı kayıt tarafların sözleşme ile ihtirazı kaydın süresini ve niteliğini önceden kararlaştırdıkları bir şekilde gerçekleşir. Bu şekilde kararlaştırılan ihtirazı kayıt süresi hak düşürücü süredir. Ancak ihtirazı kayıt ileri sürmemek borcu sona erdirmekle birlikte borç ilişkisini sona erdirmez. Yalnızca borcun talep edilebilirliğini ortadan kaldırır.

3- GEÇİCİ HAKEDİŞLERE İHTİRAZI KAYDIN KONUSU

Yapım işlerinde geçici hakedişlerle yükleniciye ödenecek tutar yapılan imalat ve ihzarat karşılıkları sözleşmede belirtilen yöntemle hesaplanır. Yine aynı yöntemle sözleşme hükümleri doğrultusunda yükleniciden kesilmesi gereken kalemler belirlenir.²² Yani bir hakedişte hem yükleniciye ödenmesi gereken ücret şeklinde artı değerler, hem de kesilmesi gereken eksi değerler bulunur.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık bu iki kalemden ayrı ayrı doğabileceği gibi her iki kalemden birlikte de doğabilir. Bu nedenle yüklenicinin ihtirazı kayıt kaydı şu hususlara dayanabilir. Artı değerler olarak gerçekleştirilen imalat veya ihzaratın miktarı (metraj hesaplamaları), nakliye mesa-

21 Şendur Günay, "Kamuda Hakkediş Ödemelerinde İhtirazı Kayıt", Panel Yapım İşlerinde İhtirazı Kayıt, Bilirkişiler Hakemler ve Arabulucular Derneği, Ankara Kasım 2014, s.60.

22 Yapılacak ödeme belirlenirken sözleşme eki birim fiyat cetvelleri veya sonradan taraflarca tesbit edilmiş, onaylanmış yeni birim fiyat tutanakları da işin tabiatı gereği dikkate alınmalıdır. Kaplan, s.158.



feleri, fiyat farkı uygulaması, yeni fiyat tespiti, süre uzatımı, eksi değerler olarak ise ceza kesintisi, avans kesintisi, vergi kesintisi gibi kalemlerdir.

Bir geçici hakediş raporunda bu iki değerden bir kısmında veya hepsinde yanlışlık olduğunu düşünen yüklenici bu düşüncesini ihtirazi kayıt şeklinde somutlaştıracaktır. Ancak bazı durumlarda yüklenicinin ihtirazi kayıt koymasına gerek yoktur. Başka bir ifadeyle yüklenici ihtirazi kayıt koymadan da bu hakkını aramak için yasal yolları kullanabilecektir. İhtirazi kayıt konması şartının aranmayacağı haller aşağıda incelenecektir.

A- İHTİRAZI KAYIT ŞARTININ ARANMAYACAĞI HÂLLER

Belli durumlarda yüklenicinin geçici hakedişlere ihtirazi kayıt koymasına gerek yoktur. Yüklenici ihtirazi kayıt koymasa da herhangi bir hak kaybına uğramaz.

a- Geçici Hakediş Raporlarına Girmeyen Veya Eksik Giren İmalatlar

Bir hakediş raporu düzenlenirken bu hakedişe o zamana kadar yapılan belli bir imalat hiç girmemiş veya eksik girmiş olsa bile yüklenicinin ihtirazi kayıt koyması beklenilmeden devam eden geçici hakedişlerde veya kesin hakedişte dikkate alınır ve bedeli yükleniciye ödenir. Bunun yasal dayanağını YİĞŞ m.41 düzenlemesi oluşturur.

Madde 41' göre, "yüklenicinin kesin hak ediş raporunun düzenlenmesinde geçici hakediş raporlarındaki rakamlara itibar edilmez ve kesin metraj ve hesaplar sonucunda bulunan miktarlar esas alınır." Bu madde düzenlemesi gereğince geçici hakediş raporlarına girmeyen veya eksik giren imalat miktarları kesin metraj olarak kesin hakediş raporlarında dikkate alınacaktır.

b- İhzarat Bedeli Ödemelerinde

İhzarat bedeli ödemelerinde de yüklenicinin ihtirazi kayıt koyması gerekli değildir. Bu kabulün dayanağını da YİĞŞ m.41 düzenlemesindeki belirtilen husus ile m.40 düzenlemesinde, yapılan işler ile ihzarattan doğan alacak kalemlerinin birlikte gösterilmiş olmasıdır. Bu iki madde düzenlemesi ışığında ihzarat bedellerine yüklenicinin ihtirazi kayıt koymaması buna kesin hesapta ileri sürmesine engel olmayacaktır

c- Sözleşme Dışı Yapılan Fazla İmalâtlar

Yüklenici tarafından sözleşme ve sözleşmede belirtilen iş artışı dışında herhangi bir nedenle imalat yapılmış ise yüklenici bu imalatın bedelini ihtirazi kayıt koymasa bile talep edebilir. Esasen fazla imalatı geçici hakediş girmeyen imalat kapsamında değerlendirmek gerekir.

d-YİĞŞ'nin Sözleşmenin Eki Olmaması Durumu

Taraflar arasında imzalanan sözleşmenin ekleri arasında YİĞŞ sayılmamışsa bu şartnamenin aradığı usulde ihtirazi kayıt konulması gerekmez. Yargıtay uygulamalarında yalnızca bu şartnamenin sözleşmenin eki olduğu durumlarda belirtilen ihtirazi kayıt şekline uyulup uyulmadığına bakılmaktadır.

e-İhtirazi Kayıt Konusunda Açılmış Bir Dava Bulunması Durumunda

İş sahibi idarenin kontrol görevlilerince hazırlanan hakediş raporu incelenmesi için yükleniciye verilir. Bu durumda yüklenici iki şekilde hareket edebilir. Eğer hazırlanan geçici hakediş raporunun doğru olduğunu düşünüyorsa imzalar. Ancak geçici hakedişi oluşturan artı ve eksi değerlerde yanlışlık olduğunu düşünüyorsa imzalamadan yanlış olduğunu düşündüğü alacak kalemi yönünden görevli mahkemede bir dava açabilir. Bu durumda açılan dava bir ihtirazi kayıt niteliğindedir. Sonradan imzalanmak ve onaylanmak suretiyle yürürlüğe giren geçici hakediş raporuna anılan husus yönünden yüklenicinin yeniden ihtirazi kayıt koymasına gerek yoktur. Çünkü açılan dava bir nevi ihtirazi kayıt niteliğindedir ve yeniden şartname hükmünde belirtilen şekilde ihtirazi kayıt konması gerekmez.

4- GEÇİCİ HAKEDİŞLERE İHTİRAZI KAYDIN ŞEKLİ

İş sahibi idarece düzenlenen geçici hakedişte bir eksiklik veya yanlışlık olduğunu düşünen yüklenici bu hakedişe ihtirazi kayıt koyabilir. Bu ihtirazi kayıt yapım işlerinde belli bir süre ve şekle tabi tutulmuştur.

Buna ilişkin şekil sözleşme eki YİĞŞ'nin 40 ıncı maddesinde gösterilmiştir. Buna göre; *“yüklenici geçici hakedişlere itirazı olduğu takdirde, karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri, idareye vereceği ve bir örneğini de hakediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklamaları ve hakediş raporunun “idareye verilen... tarihli dilekçemde yazılı ihtirazi kayıtla” cümlesini yazarak imzalaması gereklidir. Eğer yüklenicinin, hakediş raporunun imzalamasından sonra tahakkuk işlemi yapılmıyaya kadar, yetkililer tarafından hakediş raporunda yapılabilecek düzeltmelere bir itirazı olursa hak edişin kendisine ödendiği tarihten başlamak üzere en çok on gün içinde bu itirazını dilekçe ile idareye bildirmek zorundadır. Yüklenici itirazlarını bu şekilde bildirmedeği takdirde hakedişi olduğu gibi kabul etmiş sayılır.”*

Bu düzenleme gereğince içeriği ve gerekçeleri belli olmayan yalnızca “ihtirazi kayıtla”, “ihtirazi kayıt hakkım baki kalmak üzere” gibi ifadeler aranan şekil şartına uygun olmadığından geçerli bir ihtirazi kayıt olarak kabul edilemez. Fakat kanun maddesinde bir açıklık bulunmamakla bir-



likte yüklenicinin geçici hakediş raporundaki kendi adının altına açıkça hangi hususlara itiraz ettiğini belirterek ihtirazi kayıt koyması geçerli bir ihtirazi kayıt olarak kabul edilmelidir.

Yargıtay YİĞŞ'nin bu şekil düzenlemesini bir delil sözleşmesi olarak kabul etmektedir (HMK m.193).²³ Delil sözleşmesi, belli bir vakıanın, belli bir delille veya diğer deliller yanında kararlaştırılan türdeki deliller ile de ispat edilebileceği konusunda taraflar arasında davadan önce veya yargılama sırasında yapılan usuli bir sözleşmedir.²⁴ Delil sözleşmesi, münhasır delil sözleşmesi ve münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak ikiye ayrılır. YİĞŞ'nde getirilen delil sözleşmesi, m.193'de "*taraflar belirli delillerle ispatı öngörülemeyen vakıaların da sadece belirli delil veya delillerle ispatını kabul edebilirler*" hükmünce belirtilen münhasır delil sözleşmesi niteliğindedir.

Şartnamede öngörülen ihtirazi kayıta belirtilen şekil şartı delil sözleşmesi niteliği uygulamada yerel mahkemeler ve Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından çok katı bir şekilde uygulanmaktadır. Yargıtay birçok kararında bu durumu vurgulamaktadır. "Yanlar arasında imzalanan 18.05.2007 tarihli sözleşmenin 9.2.1 maddesinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi sözleşmenin ekleri arasında sayılmıştır. Anılan şartnamenin 40. maddesinde yüklenicinin ara hakedişlere itirazi bulunması halinde karşı görüşlerinin neler olduğunu ve dayandığı gerekçeleri idareye vereceği ve bir örneğini de hakediş raporuna ekleyeceği dilekçesinde açıklaması ve hakediş raporlarını "*idareye verilen ...tarihli dilekçemdeki ihtirazi kayıtlar*" cümlesini yazarak imzalaması gerektiği, aksi takdirde hakedişi olduğu gibi kabul etmiş sayılacağı şeklinde düzenleme yapılmıştır. Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin bu hükmü delil sözleşmesi niteliğinde olup sözleşmenin yapıldığı ve dava tarihinde yürürlükte bulunan HUMK'nın 287. maddesi hükmünce kesin delil olduğundan görevi gereği mahkemece ve temyiz halinde Yargıtay'ca kendiliğinden göz önünde tutulur. Somut olayda fiyat farkı ödenmediği ileri sürülüp talepte bulunulan 2, 3, 4 ve 10 nolu hakedişlerde fiyat farkı yer almamasına rağmen yüklenici tarafından usulüne uygun biçimde itiraz edilmemesi nedeniyle söz konusu bu hakedişler yüklenici yönünden kesinleşmiş sayıldığından, mahkemece davanın reddine karar verilmesi yerine bu husus üzerinde durulmaksızın kabulü doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur."²⁵

23 Düzenlemenin delil sözleşmesi niteliği Yargıtay kararlarında kökleşmiş uygulama şeklindedir. Örnek karar için, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2010/15-609 Esas, 2010/634 Karar ve 08.12.2010 tarihli kararı.

24 Pekcanitez Hakan- Atalay Oğuz- Özeker Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 9.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara-2010, s.455.

25 Y. 15 HD, 2012/4069 E, 2013/3260 K, ve 21.05.2013 tarihli kararı ve benzer şekilde 2010/2910 E, 2010/3717 K ve 29.06.2010, 2011/213 E, 2012/19 K ve 16.01.2012 tarih, 2011/3944 E, 2011/5165 K ve 19.09.2011 tarih, 2012/6329 E, 2013/1417 K ve 28.02.2013 tarih, 2014/1212 E, 2014/2774 K ve

Hatta Yüksek mahkeme baskı ile hakediş raporlarını imzalamak zorunda kaldığını noter yoluyla tespit ettiren yüklenicilerin taleplerini dahi kabul etmemektedir. Güncel bir kararda olay şöyle gelişmiştir. Davacı yüklenici düzenlenen hakedişi imzalaması için iş sahibinin kendisine baskı yaptığı ve ibra belgesi istediği, bunun sonucunda hakedişin düzenlendiği ve ibraname vermek zorunda kaldığını, bunu göstermek için “ikrah zabtı” düzenleyerek bu belgeyi notere teslim ettiğini, bu belge tesliminden sonra hakedişi imzaladığını iddia ederek hakedişin kendisini bağlamayacağını ileri sürmüştür. Yanlar arasında imzalanan sözleşme hükümlerinde hak edişe ihtirazi kayıt için belli bir süre ve şekil şartı getirilmiştir. Yüksek mahkeme davanın kısmen kabulü kararının temyiz incelemesinde, olayda gabin, aşırı yararlanmanın iki şartının gerçekleşmediğini ve sözleşmede öngörülen düzenlemeye uygun şekilde ihtirazi kayıt bulunmadığı gerekçesiyle yerel mahkemenin kabul kararını bozmuş ve katı uygulamasını devam ettirmiştir.²⁶

II- GEÇİCİ HAKEDİŞ RAPORLARINDA ÖNGÖRÜLEN İHTİRAZİ KAYDIN HUKUKA UYGUNLUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRMESİ

Kamu İhale Kurumun çıkardığı bir idari düzenleme olan YİĞŞ'nin yukarıda bahsi geçen hükmünün bu denli mutlak kabulü birçok yönden sıkıntıya yol açtığı gibi bu şartnamenin bunu sağlayıp sağlayamayacağı konusu sürekli tartışılan bir konudur.

Bu bölümde şartnamenin bu düzenlemesinin hukuka uygunluk açısından değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır.

1-YİĞŞ HÜKÜMLERİNİN TBK M. 131 AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

6098 sayılı TBK'nun 131'inci maddesinde düzenlenen ihtirazi kayıt, “*asıl borcun ifa ya da diğer bir sebeple sona ermesi halinde buna bağlı ferî hak ve borçlarında sona ereceğine ilişkin*” genel kurala bir istisna olarak düzenlenmiştir. TBK düzenlemesinde ihtirazi kayıt, asıl borç ifa edilirken alacaklının işlemiş faiz ve cezai şartın ifasını isteme hakkını saklı tutması hâlidir.

Türk Borçlar Kanunu m.131 niteliği gereği itibarıyla düzenleyici bir hükümdür, bu nedenle taraflar isterlerse sözleşmede asıl hak sona erse bile yan hakkın sona ermeyeceğini kararlaştırabilirler.²⁷ 2.fıkıradaki ise faiz ve ceza koşulu bakımından özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenle-

21.04.2014 tarihli yayımlanmamış kararları. UYAP, erişim tarihi:13.01.2015.

26 Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 2013/6528 E, 2014/3345 K, ve 14.05.2014 tarihli yayımlanmamış kararı.

27 Eren Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 17. Bası, Ankara-2014, s.1307.



meye göre, işlemiş faiz ve cezai şart alacağı açısından alacaklıya ihtirazı kayıt koyma hakkı tanınmıştır. Diğer bir ifadeyle alacaklının ihtirazı kayıt koyma hakkı yalnızca bu iki kalemle sınırlanmıştır. Ancak uygulamada asıl alacağı alan alacaklının sair bütün alacakları bakımından ihtirazı kayıt koyabileceği yolunda bir gelişme yaşandığı, asıl alacak bakımından alacaklı veya borçlunun daha sonraki talep haklarını kullanabilmeleri için bir ön koşul olarak kabul edildiği belirtilmektedir.²⁸

Türk Borçlar Kanunu düzenlemesinde ihtirazı kayıt koyma süresi “*ifa ânına kadar*” olarak belirtilmiş olmasına rağmen tarafların sözleşme ile ihtirazı kaydın kullanılabilmesi bir süreyi önceden kararlaştırmaları mümkündür. Bu durumda kararlaştırılan süre niteliği itibarıyla bir hak düşürücü süredir. Mahkemece bu süreye uyulup uyulmadığı kendiliğinden dikkate alınacaktır.

Yukarıda kapsamı ve niteliğini belirttiğimiz ihtirazı kayıt yapım işleminde anılan şartname ile belli bir şekle bağlanmıştır. Ancak şartnamenin getirdiği ihtirazı kayıt kanun hükmünde belirtilmeyen kalemlere ilişkindir. Çünkü TBK’da ihtirazı kayıt yalnızca işlemiş faiz ve ceza yönünden getirilmiştir. Bunun dışındaki kalemler için örneğin, fiyat farkı ödemesi açısından aranan ihtirazı kayıt şartı kanunda getirilmemiş bir ihtirazı kayıt şartıdır.

Diğer bir açıdan TBK ifa halinde uygulanacak ihtirazı kaydı düzenlemiştir. Geçici hakediş ödemeleri yukarıda incelediğimiz üzere geçici ödeme niteliğinde olup şartname hükümlerine göre kesin ödeme olmayıp ve idare tarafından her zaman fazla ödeme yapıldığı iddiasıyla kesin hesapta bu ödemelerin geri alınması mümkündür. Bu yüzden geçici hakediş ödemeleri bir ifa niteliği taşımadığından TBK düzenlemesi anlamında bir ihtirazı kayda konu olması tartışılması gereken bir konudur.

2-YIĞIŞ HÜKÜMLERİNİN TBK M.104 AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Türk Borçlar Kanunu m.104’e göre; “*faiz veya kira bedeli gibi dönemsel edimlerden biri için, alacaklı tarafından çekince belirtilmeksizin makbuz verilmişse, önceki dönemlere ait edimler de ifa edilmiş sayılır.*” Bu düzenlemeye göre faiz veya kira bedeli gibi dönemsel edimlerde çekince belirtilmeden makbuz verilirse önceki dönemlere ait edimlerin ifa edildiği karine olarak kabul edilir. Bu düzenleme bir karinedir ve aksi iddia eden tarafından ispat edilmelidir.²⁹

28 Güven, s.26,33.

29 Oğuzman M. Kemal- Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11.Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, C.1, s.339.

Şartnamenin 40.maddesinde öngörülen ihtirazi kayıta bu karinenin bir sonucu olduğu düşünülebilir. Bunun için geçici hakedişlerin bir dönemsel edim niteliği taşıması ve dönemsel bir borç olması gerekir. Bir kira sözleşmesinden çeşitli devrelerde doğan kira bedeli, bir ödünç ilişkisinde meydana gelen faiz gibi, belli aralıklarda doğan veya bir taksitle satıştaki taksitler gibi belirli aralıklarda muaccel olan borçlara dönemli borçlar denir.³⁰ Fakat yukarıda belirttiğimiz gibi geçici hakediş ödemeleri bir dönemsel edim niteliğinde değildir, yalnızca geçici ödeme niteliğindedir. Ayrıca daha sonra düzenlenen geçici hakediş ödemesinde öngörülen şekil şartına uyulduğunda bu geçici hakediş ödemesindeki ihtirazi kayıt konusunun dava edilmesi mümkündür. Bu durum dahi geçici hakedişlerin dönemsel edim niteliği taşımadığının en önemli kanıtıdır. Bu nedenle YİGŞ'nin getirdiği ihtirazi kayıt uygulamasının gerekçesi TBK m.104 karinesi olamaz.

3- YİGŞ HÜKÜMLERİNİN TBK M.27 AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

TBK m.27 düzenlemesine göre, “kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.” Anılan bu düzenleme gereğince tüm sözleşme hükümleri kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olmamalıdır. Bu nedenle YİGŞ'nin ihtirazi kayıt düzenlemesinin kanunun 27. maddesinde belirtilen esaslara uygun olması gerekir. (Çünkü şartname sözleşmenin eki olarak sözleşme hükümlerinden sayılmaktadır.

Şartnamenin ihtirazi kayıt hükmünün sözleşmenin taraflarında olması gereken eşitliği bozduğu, savunma ve hak arama özgürlüğünün kısıtladığı ve kaldırdığı için Anayasaya ve kişilik haklarına aykırı olduğu, böyle bir düşünceyle hareket edildiğinde ise bunun hukuki sonucunun TBK ifadesiyle hükümsüzlük olduğu ileri sürülmektedir.³¹

Yapım işlerinde imzalanan sözleşme, 4735 sayılı KİSK kapsamında tip sözleşme niteliğindedir. Bu sözleşme içeriğine ve eki şartnamelere yüklenicinin kağıt üzerinde değişiklik talep hakkı bulursa da uygulamada herhangi bir şekilde müdahalede bulunması mümkün görülmemektedir. Daha ziyade sözleşme imzalanma aşamasına kadar iş sahibinin kamusal gücü ağır basmakta bu durum hem sözleşme maddelerinde hem de sözleşme eki şartname hükümlerinde kendini göstermektedir. Şartnamede belirtilen geçici hakedişlere ihtirazi kayıt şekli ve uygulaması bu eşitsiz

³⁰ Oğuzman- Öz, s.340.

³¹ İnan Atilla, “Geçici Hakedişlerde İhtirazi Kayıt Konusunda Yüklenicilerin İçinde Buldukları Koşullar”, Panel Yapım İşlerinde İhtirazi Kayıt, Ankara Kasım 2014, s.124.



kamu gücü etkisi ile getirilmiş bir hüküm haline gelmektedir.³² Bu durum bir nevi kanunun emredici hükümlerinden olan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden TBK m.27'ye aykırılık teşkil ettiği söylenebilir.

A- Taraflar Arasındaki Eşitsizlik Durumu

Yapım işleri sözleşmesi bir özel hukuk sözleşmesidir. Özel hukuk sözleşmelerinde temel ilke tarafların eşitliğidir. Yani sözleşmenin her iki tarafı sıfatına ve konumuna bakılmaksızın aynı haklara sahiptir.

Yapım işleri sözleşmelerinde özel kanun olduğu vurguladığımız 4735 sayılı KİSK'nun 4. maddesinde, *"bu kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları sözleşme hükümlerinin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir. İhale dokümanı ve sözleşme hükümlerinde bu prensibe aykırı maddelere yer verilemez. Kanunun yorum ve uygulamasında bu prensip göz önünde bulundurulur"* düzenlemesi getirilmiştir. Ancak geçici hakediş ödemelerinin taraflar açısından niteliği ve ihtirazı kayıt hususunda şartnamenin hükümleri KİSK m.4 uygulamasına aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü geçici hakedişler idare yönünden fazla ödeme olacak şekilde kesinlik taşımaz. Yani geçici hakedişlerde yükleniciye fazla ödeme yapıldığı sonradan anlaşılırsa iş sahibi idare süre ve şekle bağlı olmadan yani ihtirazı kayıt koyması şartı aranmaksızın bu hatasını her zaman sonraki ara hakedişlerde veya kesin hesapta tek taraflı olarak düzeltebilir. İdare bu yanlışlığı kesin hesapta da fark etmez ise idare açısından yine bir hak kaybı olmayacaktır. Bu durumda da eser sözleşmelerinde geçerli olan zamanaşımı süresi içinde fazla ödemenin iadesi istemiyle dava açılabilir. Yargıtay, yapım işlerinde zamanaşımı uygulamasını kesin kabul tutanağının onay tarihi ile kesin hakediş raporunun onay tarihlerinden hangisi sonra ise o tarihi zamanaşımına başlangıç olarak esas almaktadır. Doktrinde ise, yapım işlerinde zamanaşımı süresi beş yıl olduğu ve kesin hesabın çıkarılması gününden itibaren işlemeye başlayacağı, belirtilmektedir.³³ Hatta iş sahibi idarenin unutarak kesmemiş olduğu cezaların da kesin hesapta kesilmesi mümkündür. Bu imkânı idareye tanıyan YİGS'nin 40 ıncı maddede düzenlemesidir.

Şartnamenin dolayısıyla sözleşmenin iş sahibi idareye bu denli hak tanırken aynı durumda yüklenici belirtilen ihtirazı kaydı süresinde ve belirtilen şekilde yerine getirmese bu hakkını korumaya yönelik dava hakkını dahi kullanamamaktadır. Bu durumda KİSK 4.maddesindeki ta-

32 Özellikle bu konuda açılmış dava dosyaların temyiz incelemesinde, yüklenicinin temel savunmasını iş sahibi idare ile ters düşmemek ve bakiye alacaklarını tahsil edememe korkusunu ısrarla dile getirdiği görülmektedir.

33 Aral Fahrettin-Ayrancı Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2012, s.375.

raflar arasındaki eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaktadır. Her durumda ihtirazı kayıt açısından sözleşme tarafları iş sahibi ile yüklenici eşit durumda olmadıkları için şartname hükmü KİSK'ne aykırıdır.

Öte yandan şartname hükmü yüklenicinin hak arama özgürlüğünü de kısıtlamaktadır. Anayasanın 2 inci maddesinde belirtilen hukuk devletinin özelliklerinden birisi de “hakların elde edilmesini kolaylaştırma ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldırma” olarak belirtilmektedir. 36 ıncı maddede, *“herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir”* ilkesi vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi de bir kararında hak arama özgürlüğünü şöyle tanımlamıştır. “Hak arama özgürlüğü, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biri olmakla birlikte aynı zamanda toplumsal barışı güçlendiren, bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır.³⁴ Bu kararda belirtildiği gibi bireyin hak arama özgürlüğü haksızlığı önleme aracı olduğundan şartnamenin bu hükmünün haksızlığı önlemediği gibi aksine yüklenici aleyhine büyük bir haksızlık getirdiği açıktır.

B- Şartnamenin Hukuksal Niteliği Açısından Değerlendirme

Sözleşmenin eki olarak kabul edilen YİĞŞ Kamu İhale Kurumunun çıkardığı bir düzenlemedir. Şartnameye sözleşme maddesi niteliği veren anılan sözleşmenin ek olması durumudur. Şartnamenin kabul ettiği ihtirazı kayıt şekli aksine yüklenici davranışı ile yüklenicinin temel hakkı olan hak arama hakkı, savunma hakkı gibi anayasal haklarını bir bakıma sınırlamakta veya ortadan kaldırmaktadır.

Sözleşmede idarenin aslî edimi olan hakediş ödemesinde hakkı ortadan kaldıran veya ondan vazgeçme sonucunu doğuran ihtirazı kayda ilişkin hükmün kanun, tüzük, yönetmelik değil de daha alt hiyerarşik bir düzenleme olan şartnamelerde yer verilmesi hakkın önemi karşısında hakkın korunmasına hizmet etmeyecek bir şekle bürünmüştür. Temel haklardan olan sözleşme özgürlüğü bağlamında yapılan bir sözleşmede edimin talebi de temel hak kapsamında değerlendirilmelidir. Temel hakkı sınırlandıran veya tamamen ortadan kaldıran, yani edimi artık talep edilemez bir hale sokan düzenlemelerin de kanun seviyesinde yapılması gerekir. Bu münhasır delil sözleşmesi niteliğinde olsa dahi kanuni düzenleme ile hükme bağlanması icap eder.³⁵

³⁴ Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 tarih, 2009/27 Esas ve 2010/9 Karar ve 492 sayılı kararı.

³⁵ Can Ozan, “Yapım İşlerinde İhtirazı Kayıt İle İlgili Bazı Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”, Panel Yapım İşlerinde İhtirazı Kayıt, Ankara Kasım 2014, s.108.



Yukarıda belirtilen görüş anayasal temel hakların yalnızca kanun seviyesinde düzenlemelerle yapılacağını öngören Anayasa hükmüne uygun bir yorumdur. Böylelikle yapım işlerinde geçici hakediş ödemelerinde ihtirazi kayıt düzenlemelerinin yapım işleri için özel kanun olarak kabul edilen KİŞK hükümleri ile yapılması gerektiği açıktır.

4. YİĞŞ HÜKÜMLERİNİN TBK M.20 (GENEL İŞLEM KOŞULLARI) AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

6098 sayılı TBK ile sözleşme özgürlüğü ilkesine bir sınırlama olarak ve her tür sözleşme ilişkisinde uygulanmak üzere genel ve kapsamlı bir düzenleme ile genel işlem koşulları kabul edilmiştir. Taraflarının birinin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden tek başına hazırlayıp düzenleyerek sözleşmenin yapılması sırasında diğer tarafa sunduğu standartlaştırılmış sözleşme hükümlerine genel işlem koşulları denir.³⁶ TBK m.20/I'de, "*genel işlem koşulları bir sözleşme yapılırken düzenleyen ilerde çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak sunduğu sözleşme hükümleri*", olarak belirtilmiştir.

Hem kanun metnindeki yer alan ifadeden hem de doktrinde yapılan tanım ışığında genel işlem koşulunun, bir sözleşme metninin önceden veya çok sayıda sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlanması ve karşı tarafla müzakere edilmeden tek taraflı olarak belirlenme unsurlarını taşıması gerekir. Kanun metninde geçen "tek başına" kavramını bu maddelerin kimseden yardım alınmadan düzenlenmesi anlamında değil, sözleşmenin diğer tarafıyla görüşülüp tartışılmadan tek taraflı olarak hazırlanması olarak anlamak gerekir.

Diğer bir açıdan genel işlem koşulu kabul edilebilecek sözleşme hükümleri sadece kanunun tamamlayıcı nitelikteki hükümlerine ilişkin sözleşmede yer alan düzenlemelerdir. Yoksa emredici hukuk kurallarını tekrar eden hükümlerin genel işlem koşullarının denetimi yoluyla etkisiz hale getirilmesi zaten mümkün değildir.³⁷

Bir sözleşme maddesinin kısmen veya tamamen genel işlem koşulu olarak kabul edilebilmesi için hazırlık ve sözleşmenin kurulması anındaki süreç dikkate alınmalıdır. Bu süreçte asıl önemli olan sözleşmenin iki tarafının sözleşme kapsamını belirleme ve bu kapsama yani sözleşme maddelerine müdahale etme imkanının bulunup bulunmaması konusudur. Yani genel işlem koşullarının tespitinde dikkate alınacak ölçüt, sözleşme taraf-

36 Eren, s.215, Yelmen Adem, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara-2014, s.47-48.

37 Yeniocak Umut, Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi, TBB Dergisi, Ankara 2013, S.117, s.81.

larından birinin sözleşme hükümlerini önceden tek taraflı olarak belirleme imkanına sahip olup olmadığıdır.³⁸ Genel işlem koşulunu kapsayan sözleşmeler uygulamada büyük ölçüde tip sözleşmelerde ortaya çıksa da bunu tek başına genel işlem koşulunu doğuran bir sonuç olarak görmek mümkün değildir.

Genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsam ve içeriğine girmesi, bunların karşı tarafça kabul edilmesine bağlıdır. Genel işlem koşulları sözleşmenin bir parçası olarak üstlenme anlaşmasıyla karşı tarafça açık bir şekilde kabul edilebileceği gibi örtülü olarak da kabul edilebilir.³⁹ Yine genel işlem koşulu olabilecek hüküm sözleşme maddesi olabileceği gibi sözleşmenin eki olan belgelerde de bulunabilir (TBK m.20). Yine TBK m.20/4'e göre *"genel işlem şartlarını sınırlayan hükümler sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanır."* Bu hükmeye göre, hiçbir kurum ve kişi genel işlem koşulları bakımından imtiyazlı bir durumda değildir. Örneğin, kamu kurum ve kuruluşları da yaptıkları özel hukuk sözleşmelerinde TBK m.20-25 hükümlerine tabî olacaktır.⁴⁰

Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olarak kabulü durumunda TBK m.21/I, gereğince bu hüküm sözleşmeye yazılmamış sayılma yaptırımı ile karşılaşır. Bunun için, genel işlem koşulu olarak kabul edilen hükmün açıkça ve özel olarak bilgilendirme yapıp buna göre kabul edilmemesi halinin gerçekleşmesi gerekir. Ne var ki genel işlem koşulunu düzenleyen taraf, sözleşmeyi hazırlarken karşı tarafla görüşerek ve tartışarak bu hükümleri hazırladığını veya sözleşmeyi hazırlarken karşı tarafın bu hükümleri inceleyip sonuçlarını bilerek ve değerlendirerek sözleşmeyi imzaladığını ispat etmesi halinde bu yaptırımdan kurtulur. Diğer bir yaptırım nedeni de m.21/II 'de düzenlenen "sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır" hükmüdür. Doktrinde buna "şaşırtıcı kurallar" denilmektedir. Burada amaçlanan genel işlem koşullarını hazırlayanın bu imkândan yararlanarak sözleşmenin normal ve olağan amacıyla ilgisiz hükümleri de karşı tarafa kabul ettirmek suretiyle çıkar elde etmesine engel olmaktır.⁴¹

Yukarıda kısaca niteliğini belirttiğimiz genel işlem koşulları açısından konumuz olan YİGŞ'nin ihtirazi kayıt öngören hükümlerini ele alacak olursak, şu tespitleri yapabiliriz.

38 Yeniocak, s.80.

39 Eren, s.218.

40 Oğuzman- Öz, s.166.

41 Oğuzman- Öz, s.168.



1-YİĞŞ maddeleri metin olarak önceden (Kamu İhale Kurumunca çıkarılmış idari bir düzenleme olarak) ve çok sayıda sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlanmış bir metindir. Yani tip sözleşme ve şartname niteliğinde olup genel işlem koşulları açısından bu dahi aksi ispat edilebilir bir karine niteliğindedir.

2-Şartnamenin tek taraflı olarak hazırlanan bir metin olarak yüklenici ile müzakere edilmesi durumu söz konusu değildir.

3-Genel işlem koşulunun tespiti ölçütü olan sözleşmenin taraflarından birinin sözleşme hükümlerini yani şartname maddelerini önceden tek taraflı belirleme imkanı her zaman ve en üst seviyededir. Diğer bir ifadeyle şartnameyi hazırlayan ve uygulayan iş sahibi idare ile yüklenici arasında bu anlamda ne eşitlik söz konusudur ne yüklenicinin müzakere gücü vardır. Çünkü yapım işlerinde sözleşme öncesi süreçte uygulanacak kuralları 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu belirler. Bu kanun düzenlemeleri ise anılan ihalenin yöntemini, ihale usul ve esaslarını belirlerken kamu gücüne dayalı ve tek yanlı bir sistem getirmiştir. Dolayısıyla sözleşme imzalanma aşamasına kadar olan dönemde idare hukuku düzenlemeleri geçerli olmakta ve yüklenicilerin bu kurallara uymaktan başka bir yolları bulunmamaktadır. Yani yapım işlerinde sözleşme öncesinde iş sahibi idare ile yüklenici adayları arasında karşılıklı tartışma, müzakere imkânı yoktur. İş sahibinin her zaman ihaleyi feshetme yetkisinin olduğu bir ortamda müzakere beklemek aşırı iyi niyetli bir yaklaşım olacaktır. Bu tek yanlı gücün ağır bastığı süreç sözleşme hükümlerini ve eklerini tek taraflı kendi lehine düzenleme gücünü iş sahibine vermektedir ki bu da geçici hakedişlere ihtirazı kayıt uygulaması olarak anılan YİĞŞ'nde kendini göstermektedir. Bu haliyle yapım işleri sözleşmeleri uygulamada iş sahibi idare ve yüklenicinin serbest iradesiyle müzakere etmek suretiyle oluşturdukları bir sözleşme niteliğinde değildir.

4- YİĞŞ'nde getirilen ihtirazı kayıt hükümleri tamamlayıcı nitelikteki hüküm niteliğinde olup, emredici hukuk kuralı olmadığından bu haliyle de genel işlem koşulu kapsamına alınması mümkündür. TBK m.20 gerekçesinde de "delil sözleşmelerine ilişkin bir genel işlem koşulunun bu sözleşmenin asıl metnine alınması, bu sözleşmelerin ekinde yer alması veya sözleşme metni ya da ekinde yer almakla birlikte yerinin değiştirilmesi, uygulama farklılığı doğurmayacaktır" kabulü ile de delil sözleşmelerin genel işlem koşulunun uygulama alanında kalabileceği vurgulanmıştır.

Yargıtay uygulamasında anılan şartname düzenlemesinin TBK' da düzenlenen genel işlem koşulu kapsamında kalıp kalmadığı noktasında henüz bir karar bulunmamaktadır. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere bu

şartnamenin 40 ıncı maddesinde düzenlenen ihtirazı kayıt TBK m.20 anlamında bir genel işlem koşulu teşkil etmektedir. Yerel mahkemede bu yönde açılacak bir davanın sonucunda Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin vereceği olumlu karar uygulamadaki mağduriyeti giderici olacaktır. Diğer yünden ihaleye teklif veren yüklenicilerin tüm ihale evrakını inceleyip özgür iradeleri ile bu sözleşmeyi imzaladıkları yaklaşımı yukarıda ele aldığımız ihale ve sözleşme hazırlık sürecine çok iyi niyetli bir anlam yüklemekten öteye gidemeyecektir.

SONUÇ

Yapım işlerinde geçici ödeme belgesi niteliğinde olan ve iş sahibi idare açısından hiçbir bağlayıcılığı bulunmayan geçici hakediş raporlarına yüklenici tarafından sözleşme eki şartnamede belirtilen şekilde ihtirazı kayıt konmaması sonucunda yüklenici açısından birçok mağduriyet yaşanmakta, bir bakıma hakkın ileri sürülmesi imkânı ortadan kaldırılmaktadır. Diğer bir ifadeyle geçici hakedişe ihtirazı kayıt konulmadığında yüklenici daha sonra talepte bulunma hakkını kaybetmektedir. Buna karşılık iş sahibi idareden ihtirazı kayıt beklenmediği gibi kesin hakedişte hatta daha sonra kesin kabul yapılırsa dahi zamanaşımı süresi içinde iş sahibi bu hakkını kullanabilmektedir. Bu durum en azından sözleşmelerde bulunması gereken tarafların eşitliği ilkesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

YİĞŞ'nin kabul ettiği ihtirazı kayıt şekline uyulmaması hâlinde yüklenicinin yargı kanalıyla hakkını arama hürriyeti sınırlandırılmış olmaktadır. Burada borç ilişkisi sona ermemekle birlikte borcun talep edilebilirliği ortadan kaldırılmaktadır. Aslında bu düzenlemenin amacının yükleniciyi edimini özenli yerine getirmeye ve basiretli bir tacir gibi davranmaya yöneltmek olduğu savunulabilir ise de beklenen fayda ile getirilen ihtirazı kayıt şartı arasında dengesizlik vardır. Şartname düzenlemesi ölçülülük, amaca ve işin gereğine uygunluk ve sözleşme taraflarının silah eşitliği ilkelere açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Esasında şartnamenin getirdiği ihtirazı kayıt uygulaması geçici hakedişin düzenlenme amacına da uymamaktadır. Şöyle ki geçici hakediş raporları yüklenicinin işi daha hızlı bitirebilmesi ve finansman sıkıntısı çekmemesi için belli aralıklarla düzenlenen olası yanlışlık ve fazla ödemelerin iş sahibi idarelerce kesin hesapta her zaman düzeltilebileceği aile usul ödeme belgeleridir. Bu nitelikleri taşıyan bir belgeye alacağı sonlandıran kesin belge gibi bir nevi haktan feragat yetkisi vermek oldukça ağır bir yaklaşım tarzı olmaktadır.

Belirttiğimiz gibi geçici hakediş raporları iş sahibi idare açısından hiçbir kesinlik ve anlam taşımazken yüklenici açısından kutsal bir metinmiş



gibi yaklaşılması da anayasada özünü bulan kanunlar karşısında herkesin eşit olacağı ilkesine ve KİŞK düzenlemesinde yer alan bu sözleşmelerdeki tarafların eşitliği ilkesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Şartnamede getirilen ihtirazı kayıt uygulamasının yerel mahkemeler ve Yargıtay'ca aşırı şekil denetimli uygulanması sorunu daha da derinleştirmektedir. Amaç burada hak sahibi yüklenicinin ihtirazı kayıt koymasını sağlamak iken mutlak şekil şartı içinde ihtirazı kaydın konmasına rağmen ek dilekçenin sunulmaması durumunda geçerli bir ihtirazı kayıt kabul edilmemekle bir nevi yükleniciye uygulanan bir ceza halini almaktadır.

Diğer yönden TBK' da düzenlenen ihtirazı kayıt uygulamasının yapım işleri yönünden mutlaka özel kanun niteliğindeki KİŞK' da düzenlenmesi ve en azından sözleşme metni içinde gösterilmesi gerekirken bunun yalnızca Kamu İhale Kurumunun bir idari düzenlemesi ile yapmak Anayasamızda özünü bulan temel hakların sınırlandırılmasının yalnızca kanunla yapılabileceği düzenlemesine aykırılık teşkil etmektedir. Yine bu şartname hükmü TBK'na giren genel işlem koşulu ilkesi gereğince geçersiz bir düzenlemedir. Çünkü incelediğimiz gibi anılan şartname hükmü her bakımdan genel işlem koşulu yasağına aykırılık teşkil etmektedir.

Çalışmamızda ayrıntılı olarak incelediğimiz Yapım İşleri Genel Şartnamesindeki ihtirazı kayıt uygulaması tarafların eşitliği ilkesine aykırı olduğu gibi kendi içinde taraflar arasında eşitsizlik hükümleri içerdiği için anayasanın özünü oluşturan kanunlar karşısında herkesin eşitliği ilkesine açıkça aykırıdır. Genel işlem koşulu ilkesine konu bir dava ile bu şartname hükmünün yazılmamış sayılması en kolay ve sorunu halledecek bir sonuç olacaktır. Ama yakın zamanda Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin içtihat değişikliğine gitmesi beklenmediğinden bu eşitsizliğin düzenlemenin şartname ile yapılması nedeniyle idari yargıda bir dava konusu yapılması mağduriyetleri giderici başka bir yol olarak kabul edilebilir.

KAYNAKLAR

Aral Fahrettin-Ayrancı Hasan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Baygın Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 1999.

Can Ozan, “Yapım İşlerinde İhtirazı Kayıt İle İlgili Bazı Sorunlar Ve Çözüm Önerileri”, Panel Yapım İşlerinde İhtirazı Kayıt, Ankara Kasım-2014.

Eren Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara-2014.

Erdal Sanlı, “İhtirazı Kayıt”, Panel Yapım İşlerinde İhtirazı Kayıt, Bilirkişiler Hakemler ve Arabulucular Derneği, Ankara Kasım 2014.

Gümüş, Mustafa Alper, 6098 sayılı TBK’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Yayıncılık, 3.Bası, İstanbul- 2014.

Güven Kudret, “Borçlar Hukuku Açısından İhtirazı Kayıt Esasları”, Panel Yapım İşlerinde İhtirazı Kayıt, Bilirkişiler Hakemler ve Arabulucular Derneği, Ankara Kasım 2014.

İnan Atilla, “Geçici Hakedişlerde İhtirazı Kayıt Konusunda Yüklenicilerin İçinde Buldukları Koşullar”, Panel Yapım İşlerinde İhtirazı Kayıt, Ankara Kasım 2014.

Kaplan İbrahim, “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BATIDER, Ankara, 18-29 Mart 1996, 2.Tıpkı Basım.

Koç Nevzat- Ulusoy Erol- Akipek Şebnem, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Ve Yürürlük Kanunu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2012.

Oğuzman M. Kemal- Öz Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11.Baskı, Vedat Kitapçılık C.1, İstanbul 2013.

Öz, M.Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Yayıncılık, İstanbul-2012.

Pekcanitez Hakan- Atalay Oğuz- Özkes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 9.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara-2010.

Şendur Günay, “Kamuda Hakkediş Ödemelerinde İhtirazi Kayıt”, Pa-



nel Yapım İşlerinde İhtirazı Kayıt, Bilirkişiler Hakemler ve Arabulucular Derneği, Ankara Kasım 2014.

Şimşek Edip, “Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BATIDER,2 Tıpkı Basım, Ankara 18-29 Mart 1996.

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2010, C.II.

Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6098 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9.bası, Beta Yayınları, İstanbul-2013.

Yelmen Adem, Türk Borçlar Kanununa Göre Genel İşlem Şartları, Ankara-2014.

Yeniocak Umut, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Genel İşlem Koşullarının Yargısal Denetimi”, TBB Dergisi, Ankara 2013. S.117.

Zevkliler Aydın-Gökyayla K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, 12.Bası, Ankara-2013.