

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (DENİZ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİ

Doktora Tezi

Aslıhan ERBAŞ AÇIKEL

Ankara - 2013

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (DENİZ HUKUKU)
ANABİLİM DALI

GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİ

Doktora Tezi

Aslıhan ERBAŞ AÇIKEL

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Hakan KARAN

Ankara - 2013

TEZ ONAY SAYFASI

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
DENİZ HUKUKU ANABİLİM DALI

GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Hakan Karan

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

Prof. Dr. Hakan Karan

Prof. Dr. Asuman Turanboy

Prof. Dr. Kemal Şenocak

Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım

Yrd. Doç. Dr. İsmail Demir

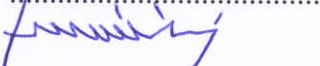
İmzası











Tez Sınavı Tarihi: 24 Ocak 2013

(Tez Beyan Belgesi)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

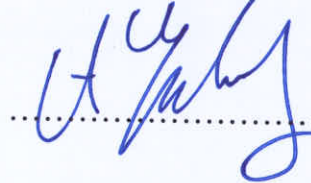
Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...08...../04...../2013...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Aslıhan Erbas Arıkel

İmzası



İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	II
KISALTMALAR.....	XVII
GİRİŞ	1
I. KONU VE AMAÇ	1
II. KAPSAM VE PLAN.....	3
III. METOD VE YAKLAŞIM	4

BİRİNCİ BÖLÜM

GEMİ İNŞASI, GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİNİN TEMEL KAVRAMLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE KURULUŞU

I. GEMİ İNŞASI.....	5
A) GEMİ İNŞA SANAYİ	5
B) TÜRKİYE'DE GEMİ İNŞASI.....	6
II. GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİNİN TEMEL KAVRAMLARI.....	7
A) TANIMI.....	7
B) UNSURLARI	10
1- Geminin İnşası	10
a) Gemi	10
b) Geminin İnşası	12
2- Bedelin Ödenmesi	13
3- Anlaşma	14
C) TARAFLARI.....	14
1- Tersaneci	14
2- İş Sahibi	17
D) DİĞER İLGİLİ KİŞİLER.....	18
1- Sınıflama Kuruluşları.....	18

2- Kredi Kuruluşları	19
III. HUKUKÎ NİTELİĞİ	20
A) İVAZLI BİR SÖZLEŞMEDİR.....	20
B) TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞMEDİR.....	21
C) ANİ EDİMLİ BİR SÖZLEŞMEDİR	21
D) RIZAÎ BİR SÖZLEŞMEDİR	21
E) İŞ GÖRME GAYELİ BİR SÖZLEŞMEDİR	22
1- Genel Olarak	22
2- Temlik Borcu Doğuran Sözleşme Olarak Satım Sözleşmesi Görüşü	22
a) İmal Edilecek Şeyler Hakkındaki Satım Sözleşmesi Görüşü.....	23
i. Genel Olarak.....	23
ii. İngiliz Hukuku Açısından.....	24
iii. Viyana Konvansiyonu Açısından.....	26
b) Erteleyici Şarta Bağlı Satış Sözleşmesi Görüşü.....	28
c) Beğenme Koşuluyla Satış Sözleşmesi Görüşü	28
3- Eser Sözleşmesi Görüşü.....	29
4- Eser Teslim Sözleşmesi Görüşü.....	30
5- Değerlendirme.....	32
IV. KURULUŞU	40
A) GENEL OLARAK	40
B) SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNE İLİŞKİN ANLAŞMALAR	42
C) SÖZLEŞME ÖNCESİ GÖRÜŞMELERDEN DOĞAN SORUMLULUK....	46
D) ŞEKLİ.....	49
E) TİP SÖZLEŞMELER	50
1- Genel Olarak	50
2- Çeşitleri	50
a) AWES.....	50

b) SAJ.....	51
c) NSF.....	51
d) NEWBUILDCON.....	51
e) MARAD.....	51
3- İçeriği.....	52
4- Tip Sözleşmelerin Genel İşlem Koşulu Niteliği.....	52

İKİNCİ BÖLÜM

TERSANECİNİN BORÇLARI

I. GEMİNİN TASARIMINI YAPMA BORCU.....	57
A) GENEL OLARAK.....	57
B) TİP SÖZLEŞMELERDE KONUNUN DÜZENLENİŞİ.....	59
1- Genel Olarak.....	59
2- Detay Plan ve Çizimlerin Onaylanması.....	59
3- Detay Plan ve Çizimlerin Onaylanacağı Süre.....	62
II. İŞİ KENDİ YÖNETİMİ ALTINDA YAPTIRMA BORCU.....	63
A) GENEL OLARAK.....	63
B) TERSANECİNİN İŞİ KENDİ YÖNETİMİNDE BAĞIMLI İFA YARDIMCILARINA YAPTIRMASI.....	65
C) TERSANECİNİN İŞİ BAĞIMSIZ İFA YARDIMCILARINA (ALT YÜKLENİCİLERE) BIRAKMASI.....	67
1- Genel olarak.....	67
2- Tersaneci ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki.....	68
3- İş Sahibi ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki.....	69
4- Tersanecinin Alt Yüklenicinin Davranışlarından Dolayı İş Sahibine Karşı Sorumluluğu.....	71
a) Genel Olarak.....	71
b) Tersanecinin İş Alt Yüklenicilere Devir Yetkisinin Bulunması.....	71

c) Tersanecinin İşi Alt Yüklenicilere Devir Yetkisinin Bulunmaması	72
D) TİP SÖZLEŞMELERDE KONUNUN DÜZENLENİŞİ.....	73
III. ARAÇ, GEREÇ VE MALZEMEYİ SAĞLAMA BORCU	75
A) ARAÇ VE GEREÇLERİN SAĞLANMASI.....	75
B) MALZEMENİN SAĞLANMASI	77
1- Genel Olarak	77
2- Malzemenin İş Sahibi Tarafından Sağlanması Halinde Tersanecinin	
Borçları	78
a) Genel Olarak	78
b) Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi.....	79
3- Malzemenin Tersaneci Tarafından Sağlanması Halinde Tersanecinin	
Borçları	81
a) Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....	81
b) Zapta Karşı Tekeffül Borcu	83
c) Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi	85
IV. İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE DEVAM ETME BORCU	85
A) GENEL OLARAK	85
B) İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA BORCUNUN İHLÂLİ	86
1- Uygulanma Şartları	86
a) Tersaneci Geminin İmalinde Gecikmiş Olmalıdır	86
i. İşe Başlamada Gecikme.....	87
ii. İş Görme Faaliyetlerinin Yavaş Yürümesi ve Ertelenmesi.....	88
iii. İşin Belirlenen Tarihte Yetiştirilemeyeceğinin Anlaşılması.....	90
b) Tersanecinin Sözleşmeye Aykırı Davranışı İle İşin Gecikmesi	
Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunmalıdır	90
c) Tersaneciye Uygun Bir Süre Verilmeli ve İhtarda Bulunulmalıdır	91
2- Hüküm ve Sonuçları	92
C) TİP SÖZLEŞMELERDE KONUNUN DÜZENLENİŞİ.....	94

V. İŞİ SADAKAT VE ÖZENLE YAPMA BORCU.....	96
A) GENEL OLARAK	96
B) TERSANECİDEN BEKLENEN ÖZENİN ÖLÇÜSÜ.....	97
C) TERSANECİNİN ÖZEN GÖSTERME VE SADAKAT BORCUNUN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI	99
1- Sözleşmenin Pozitif İhlali Nedeniyle Tazminat Talebi	99
2- İş Sahibinin Ayıplı Olacağı Anlaşılan İş Üçüncü Bir Kişiye	
Tevdi Hakkı	100
a) Genel Olarak	100
b) Uygulanma Şartları	100
i. İşin Devamı Sırasında Geminin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağı Açıkça Tahmin Edilebilmelidir.....	100
ii. Tersaneci Kusurlu Olmalıdır.....	101
iii. Tersaneciye Uygun Bir Süre Verilmeli ve İhtarda Bulunulmalıdır	102
c) Hüküm ve Sonuçları	102
3- İş Sahibinin Ayıplı Olacağı Anlaşılan İş Üçüncü Bir Kişiye	
Bırakamamasından Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı	104
D) TİP SÖZLEŞMELERDE KONUNUN DÜZENLENİŞİ.....	105
1- Teknik Yönetici Atanması	105
2- Tersanecinin İnşaat Sırasında Bildirilen Ayıpları Giderme Yükümlülüğü	107
VI. GEMİYE İLİŞKİN DENEME YÜZÜŞLERİ YAPMA BORCU	108
A) GENEL OLARAK	108
B) TİP SÖZLEŞMELERE GÖRE DENEME YÜZÜŞÜ YAPMA BORCUNUN İFASI.....	110
1- Bildirim	110
2- Deneme Yüzüşünün Yapılacağı Yer.....	111
3- Hava Koşulları	111

4- Gemi Adamları.....	112
5- Deneme Yüzüşleri İçin Gerekli Malzemenin Tedariki	112
C) HÜKÜM VE SONUÇLARI.....	113
VII. GEMİYİ TESLİM BORCU	114
A) GENEL OLARAK	114
B) TESLİM BORCUNUN İFASI	115
1- Teslim Borcunun İfa Şekli	115
2- Teslim Borcunun İfa Yeri	115
3- Teslim Borcunun İfa Zamanı	116
4- Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi.....	117
a) Teslim Borcunun İfa Şekli ve Teslim İle İlgili Belgeler.....	117
b) Teslim Yeri	121
c) Teslim Zamanı.....	121
C) TESLİM BORCUNUN İFASINDA TEMERRÜT	123
1- Temerrüdün Şartları	123
2- Temerrüdün Sonuçları	127
a) Aynen İfa ve Gecikmeden Doğan Tazminat ile Varsa Cezaî Şart Ödenmesini Talep Hakkı.....	127
i. Aynen İfa Talebi.....	127
ii. Gecikmeden Doğan Zararların Tazmini Talebi.....	128
iii. Cezai Şart ve Götürü Tazminat.....	129
b) Aynen İfayı Reddederek Müspet Zararın Tazminini Talep Hakkı	132
c) Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazminini Talep Hakkı	134
i. Sözleşmeden Dönme.....	134
ii. Menfi Zarar.....	137
3- Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi.....	138
a) Temerrüdün Şartları	139
i. Teslimde Gecikme Olması.....	139
ii. Gecikmenin “Kabul Edilebilir” Olmaması.....	139

aa) Mücbir Sebepler.....	139
bb) İş Değişiklikleri.....	141
cc) Diğer Sebepler.....	142
b) Temerrüdün Sonuçları.....	143
i. Genel Olarak.....	143
ii. Mazur Görülen Dönem.....	143
iii. Belirlenmiş Tazminat.....	144
aa) Belirlenmiş Tazminat Kayıtlarının Muhtevası.....	144
bb) Belirlenmiş Tazminat Kayıtlarının Hukukî Niteliği.....	144
iv. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi.....	148
D) MÜLKİYETİ DEVİR BORCU.....	149
1- Genel Olarak.....	149
2- Yapı Halindeki Geminin İlk Malikinin Tespiti.....	149
a) Türk Ticaret Kanunu Hükümlerini Esas Alan Görüş.....	149
b) Türk Medeni Kanunu Hükümlerini Esas Alan Görüş.....	151
i. Genel Olarak.....	151
ii. Klasik Görüş.....	152
iii. Modern Görüş.....	153
c) Değerlendirme.....	154
d) Tıp Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi.....	158
3- Mülkiyeti Devir Borcunun İfası.....	159
a) Mülkiyetin Devri.....	159
i. Yapı Halindeki Geminin Mülkiyetinin Devri.....	160
ii. Gemi Vasfı Kazandıktan Sonra Mülkiyetin Devri.....	164
b) Tıp Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi.....	165
4- Mülkiyetin Kapsamı.....	166
a) Geminin Unsurları.....	166
b) Gemi Mülkiyetinin Kapsamı İçinde Yer Alan Unsurlar.....	168
c) Uygulamada Mülkiyetin Kapsamının Belirlenmesinde Yaşanan Sorunlar.....	169
d) Tıp Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi.....	173

5- Hasarın İntikâli.....	173
a) Hasar ve Hasarın İntikali Kavramları.....	173
b) Hasarın Aidiyetinin Belirlenmesi.....	174
i. İmkânsızlık Yoksa Hasar Tersaneciye Aittir.....	174
ii. Gemi İnşa Sözleşmesinde İmkânsızlık.....	175
iii. Hasarın Tersaneciye Ait Olmasının İstisnaları.....	179
c) Tıp Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi.....	180
i. Hasarın İntikali ve Tersanecinin Sigorta Yaptırma Borcu.....	180
ii. Geminin Telef Olmasına Bağlanan Sonuçlar.....	184
aa) Kısmen Telef Olma Hali.....	184
bb) Tamamen Telef Olma Hali.....	185
VIII. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU	187
A) GENEL OLARAK	187
B) AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN DOĞABİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR.....	188
1- Geminin Ayıplı Olması.....	188
a) Ayıp Kavramı.....	188
b) Ayıp Türleri.....	190
i. Maddi Ayıp – Hukukî Ayıp.....	190
ii. Açık Ayıp – Gizli Ayıp.....	191
iii. Aslî Ayıp – Tali Ayıp.....	191
iv. Çok Önemli Ayıp – Az Önemli Ayıp.....	192
c) Tıp Sözleşmelerde Geçen Ayıp Türleri.....	193
i. Teslimden Önce Ortaya Çıkan Ayıplar – Teslimden Sonra Ortaya Çıkan Ayıplar.....	193
ii. Hesaplanabilir Ayıplar.....	194
2- Muayene ve İhbar Külfetlerinin Yerine Getirilmesi	194
a) Genel Olarak	194
b) Tıp Sözleşmelerde Muayene ve İhbar.....	196
3- Geminin Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olması	198

C) İŞ SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI... 199	
1- Genel Olarak	199
2- Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı	201
3- Bedel İndirimi İsteme Hakkı.....	205
4- Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	207
5- Ayıba Bağlı Zararların Tazmini Hakkı	210
6- Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi.....	212
a) Genel olarak	212
b) Tip Sözleşmelerde Ayıbın Giderilmesi Hakkı	213
i. Teslimden Önce Ortaya Çıkan Ayıplar.....	214
ii. Teslimden Sonra Ortaya Çıkan Ayıplar.....	215
c) Tip Sözleşmelerde Bedel İndirimi İsteme Hakkı	216
i. Bedel İndiriminin Özel Olarak Düzenlenmesi.....	216
ii. Bedel İndiriminin Özel Olarak Düzenlendiği Hesaplanabilir Ayıplar.....	217
aa) Geminin Hızındaki Yetersizlik.....	217
bb) Aşırı Yakıt Tüketimi.....	218
cc) Yük Kapasitesindeki Yetersizlik.....	219
dd) Ölü ağırlık kapasitesindeki Yetersizlik.....	220
ee) Diğer Ayıplar.....	220
iii. Tip Sözleşmelerde Özel Olarak Düzenlenen Bedel İndirimi İsteme Hakkının -“ <i>Liquidated Damages</i> ” Kaydının - Hukukî Niteliği.....	221
iv. Bedel İndiriminin Özel Olarak Düzenlendiği Hallerde Ayıbın Giderilmesi Hakkına Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu.....	223
v. Bedel İndiriminin Özel Olarak Düzenlenmediği Haller.....	224
d) Tip Sözleşmelerde Dönme Hakkı	225
e) Tip Sözleşmelerde Ayıba Bağlı Zarardan Doğan Sorumluluk.....	226
i. Ayıba Bağlı Zarardan Doğan Sorumluluğun Kaldırılması.....	226
ii. Sorumluluktan Kurtuluş Kayıtlarının Geçerliliği.....	227

D) AYIBIN İŞ SAHİBİNE İSNAT EDİLDİĞİ HALLERDE AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARIN SONA ERMESİ.....	234
1- Genel Olarak	234
2- Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi.....	237
E) KABUL HALİNDE AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARIN SONA ERMESİ	239
1- Genel Olarak	239
2- Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi.....	241
F) ZAMANAŞIMI	242
1- Genel Olarak	242
2- Süresi ve Başlangıç Anı	243
3- Zamanaşımı Süresinin Sözleşme ile Değiştirilmesi.....	244
IX. TERSANECİNİN GARANTİ BORCU.....	245
A) GENEL OLARAK	245
B) TİP SÖZLEŞMELERDE GARANTİ BORCU	247
1- Uygulanma Koşulları	247
a) Garanti Kapsamında Bir Ayıbın Ortaya Çıkması	247
b) Ayıbın Teslimden Sonra Ortaya Çıkması	249
c) Ayıbın İhbar Edilmesi	249
2- Hüküm ve Sonuçları	250
a) Münhasıran Ayıbın Tamir Edilmesi Yükümlülüğü	250
i. Aşırı Masraf Gerektiren Tamir İşleri.....	250
ii. Teslimden Sonra Garanti Süresinde Yapılan İşler.....	251
iii. İfa Yardımcılarının Kusurundan Sorumluluk.....	252
iv. Ayıbın Ne Şekilde Tamir Edileceği.....	253
b) Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Diğer Hakların Sona Ermesi.....	254
c) Ayıbı Giderme Borcunun İfa Yeri.....	256
3- Garanti Süresinin Zamanaşımı Süresi İle İlişkisi.....	257

a) Genel Olarak	257
b) Kanuni Zamanaşımı Süresinden Uzun Olan Garanti Süresi.....	258
i. Kanuni Zamanaşımı Süresinden Uzun Olan Garanti Süresinin İhbar Süresi Yerine Geçeği Görüşü.....	258
ii. Kanuni Zamanaşımı Süresi Dolduktan Sonra Kalan Sürede Hangi Hakların Kullanılabileceği.....	260
c) Kanuni Zamanaşımı Süresinden Kısa Olan Garanti Süresi.....	261
4- Garanti Mühendisi	262

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI

I. BEDEL ÖDEME BORCU	263
A) GENEL OLARAK GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİNDE UYGULANAN BEDEL SİSTEMİ	263
1- Götürü Bedel.....	263
2- Götürü Bedelin Kesinliğine İlişkin Kuralın İstisnaları	265
a) Eskalasyon Kaydı.....	265
b) Uyarılama ve Sözleşmeden Dönme Hakkı	267
i. Uygulanma Şartları.....	267
aa) Beklenilmeyen Durumların Ortaya Çıkması.....	267
bb) Beklenilmeyen Durumun Geminin Götürü Bedelle Tamamlanmasına Engel Olması veya Aşırı Derecede Güçleştirmesi.....	268
cc) Diğer Şartlar.....	270
ii. Hüküm ve Sonuçları.....	271
aa) Genel Olarak.....	271
bb) Sözleşmenin Yeni Koşullara Uyarlanması.....	272
cc) Sözleşmeden Dönme.....	273
B) İFASI.....	275
1- İfa Zamanı ve Yeri	275

2- Ayıplı İfa Halinde İş Sahibinin Bedeli Ödemeden Kaçınma veya Takas Beyanında Bulunma Hakkı	276
3- Temerrüt.....	278
a) Temerrüdün Şartları	278
b) Temerrüdün Sonuçları.....	279
i. Temerrüt Faizi ve Aşkın Zararın Tazmini.....	279
ii. Türk Borçlar Kanununun 125. Maddesinden Doğan Haklar.....	280
4- Tersanecinin İşi Durdurma Hakkı.....	281
5- Tersanecinin Bedel Alacağıının Teminatı.....	282
6- Zamanaşımı Süresi.....	283
C) TİP SÖZLEŞMELERE GÖRE KONUNUN DÜZENLENİŞİ	284
1- Genel Olarak	284
2- Ayıplı İfa Halinde İş Sahibinin Bedeli Ödemeden Kaçınma veya Takas Beyanında Bulunma Haklarından Feragat Etmesi.....	285
3- Temerrüt.....	286
a) Şartları	287
b) Sonuçları	287
i. Aynen İfa ve Gecikme Faizi.....	287
ii. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi.....	288
iii. Diğer Sonuçlar.....	288
II. İFAYA KATILMA VE GEMİYİ TESELLÜM BORCU.....	288
A) GENEL OLARAK	288
B) TEMERRÜT.....	290
1- Şartları.....	290
a) Tersaneci Gemiyi Gereği Gibi Önermiş Olmalıdır	290
b) İş Sahibi İfa Teklifini Haklı Bir Sebep Olmaksızın Reddetmelidir	291
2- Sonuçları	292
a) Genel Olarak	292
b) İş Sahibi Aleyhine Doğan Sonuçlar	292

c) Borçtan Kurtulması İçin Tersaneciye Tanınan İmkânlar	293
i. Tevdi veya Gemiyi Satarak Satış Bedelinin Tevdi.....	293
ii. Sözleşmeden Dönme.....	294
C) TİP SÖZLEŞMELERDE KONUNUN DÜZENLENİŞİ	295
1- Temerrüt.....	295
2- Temerrüdün Sonuçları	295
a) Plan ve Çizimlere İlişkin Olarak	295
b) Malzemeye İlişkin Olarak.....	296
c) Geminin Tesellümüne İlişkin Olarak	297
III. DİĞER YAN BORÇLAR.....	299

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK.....	300
II. GEMİNİN TAMAMLANMASININ İMKÂNSIZ HALE GELMESİ	
NEDENİYLE SONA ERME.....	301
A) İŞ SAHİBİNİN ŞAHSINI İLGİLENDİREN İMKÂNSIZLIK	301
1- Genel Olarak	301
2- Uygulanma Şartları	302
a) Tersanecinin Gemiyi Tamamlama Borcunun İmkânsızlığı	302
b) İmkânsızlık İş Sahibinin Riziko Alanından Kaynaklanmalıdır	302
3- Hüküm ve Sonuçları	303
a) Sözleşmenin Sona Ermesi	303
b) Tersanecinin Giderlerinin Ödenmesi	303
c) Kusuruyla İmkânsızlığa Yol Açan İş Sahibince Tersanecinin Zararının Tazmini.....	305
B) TERSANECİNİN ŞAHSINI İLGİLENDİREN İMKÂNSIZLIK	306
1- Uygulanma Şartları	306

a) Sözleşme Tersanecinin İşletmesel Nitelikleri Göz Önünde Tutularak Yapılmış Olmalıdır.....	306
b) Tersaneci Gemiyi Tamamlama Yeteneğini Kaybetmelidir	307
2- Hüküm ve Sonuçları	308
III. TERSANECİNİN ZARARININ TAZMİNİ SURETİYLE	
İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEYİ FESHİ	309
A) GENEL OLARAK	309
B) UYGULANMA ŞARTLARI	311
1- Gemi Henüz Tamamlanmamış Olmalıdır	311
2- Fesih Bildirimi	312
C) HÜKÜM VE SONUÇLARI	313
1- Sözleşmenin Sona Ermesi.....	313
2- Sözleşmenin İfa Edilen Kısmının Tasfiyesi.....	313
3- Tersanecinin Tüm Zararının Tazmini	314
IV. İFLÂS NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN FESHİ.....	316
A) GENEL OLARAK	316
B) TERSANECİNİN İFLÂSİ ÜZERİNE İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEYİ FESHİ	317
C) İŞ SAHİBİNİN İFLÂSİ ÜZERİNE TERSANECİNİN SÖZLEŞMEYİ FESHİ	318
V. TİP SÖZLEŞMELERDE KONUNUN DÜZENLENİŞİ.....	320
A) TİP SÖZLEŞMELERDE YER ALAN SONA ERME NEDENLERİ	320
B) TİP SÖZLEŞMELERE GÖRE SONA ERMENİN SONUÇLARI.....	321
1- İş Sahibi Tarafından Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin Sonuçları	321
a) Genel Olarak	321
b) Ödemelerin İadesi	322

c) İş sahibine Ait Malzemenin İadesi ya da Ücretlerinin Ödenmesi	322
2- Tersaneci Tarafından Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin Sonuçları.....	323
a) Genel Olarak	323
b) Yapılan Ödemeleri ve İş Sahibi Tarafından Verilen Malzemeyi Alıkoyma Yetkisi	323
c) Geminin Satımı.....	324
SONUÇ.....	325
KAYNAKÇA	336

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
Art.	Article
AUEHFD	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
Aufl.	Auflage
AUHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBE	Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
AWES	Association of Western Europe Shipbuilders
B.	Baskı
b.	Bent
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BIMCO	The Baltic and International Maritime Council
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
BR / DC	Baurecht /Droit de la Construction
BSK	Basler Kommentar
C.	Cilt
c.	Cümle
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DWT	Deadweight Tonnage
dn.	Dipnot
E.	Esas
Ed.	Edition
HD.	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
IACS	International Association of Classification Societies
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
ICFBR	Institute Clauses for Builder's Risks
İUHFD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	Karar
m.	Madde
Mad.	Madde
MARAD	Maritime Subsidy Board of the United States Department of Commerce Maritime Administration
MBD	Manisa Barosu Dergisi
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında

	Kanun
n.	Satır Numarası
N.	Kenar numarası
Nr.	Number
NSF	Norwegian Standart Form
OR	Obligationenrecht
p.	Paragraf
RG	Resmi Gazete
Rn.	Rundnummer
s.	sayfa
S.	Sayı
SAJ	Shipbuilders Association in Japan
SchRG	Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken
SchRO	Shiffsregisterordnung
SIA	Schweizerischer Ingenieur und Architekten – Verein
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	Tarih
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TK	6762 sayılı Ticaret Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UN	United Nations
v.	versus
vd.	Ve devamı
Vor.	Vorbemerkungen
vs.	Ve sair
Y.	Yargıtay
YİBGK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

I. KONU VE AMAÇ

Ekonominin canlılık kazandığı dönemlerde, üretilen emtianın Dünya pazarlarına taşınması ihtiyacı, gemi inşa talebini arttırmakta ve yeni gemi inşa sözleşmeleri yapılmaktadır. Ekonomik durgunluk ve krizlerin olduğu dönemlerde ise, azalan deniz taşımacılığı talebine istinaden, sipariş iptalleri yaşanmakta ve gemi inşa sözleşmesinin feshi, sözleşme konusu geminin türünün değiştirilerek sözleşmenin ayakta tutulması ve inşanın finansmanını sağlamak amacıyla verilen kredinin yeniden yapılandırılması gibi pek çok hukukî sorun ile karşılaşmaktadır. Gemi inşa sözleşmesi, bu anlamda, deniz ticareti alanında kendisinden sıklıkla sözü edilen bir hukukî müessesedir.

Yüksek sermaye yatırımı ve uzun süreli yoğun bir çalışmayı gerektiren gemi inşasına ilişkin sözleşmeler, uluslararası uygulamada, genellikle tip sözleşmeler esas alınarak hazırlanmakta ve son derece detaylı hükümler içermektedir. Türk gemi inşa uygulamasında ise, Türk tersanecileri tarafından uygulanacak bir tip sözleşme henüz oluşturulamamıştır. Uluslararası tip sözleşmelere de pek rağbet etmeyen Türk tersanecileri, genellikle gemi satımına ilişkin tip sözleşmeleri gemi inşa sözleşmelerine uyarlamaya çalışmaktadır. Gemi inşası için özel olarak hazırlanmış tip sözleşmelerin yeterince bilinmemesinden kaynaklanan bu uygulamalar nedeniyle, gemi ihracatında önemli ilerlemeler kaydeden Türk tersanecileri, göz ardı edilemeyecek ölçüde maddi kayıplara uğramaktadır.

Türk mevzuatı içerisinde gemi inşa sözleşmesi ile ilgili özel düzenlemelerin bulunmaması, bu tür sözleşmelerin genellikle ekonomik yönden güçlü olan iş sahiplerini koruyucu hükümler içermesi ve genellikle İngiliz hukukunun etkisi altında kalınarak düzenlenmiş olması, konunun Türk hukuku bakımından incelenmesindeki önemi ortaya koymaktadır. Bu çerçevede özellikle uluslararası alanda uygulanmakta olan tip sözleşme hükümlerinin bilinmesi, Türk gemi inşasının gelişimi için oldukça büyük bir önemi haizdir. Ne var ki çoğu tip sözleşme hükmünün İngiliz hukukuna özgü müesseselerden ilham alınarak kaleme alınmış olması sebebiyle, bu kavramlara Türk hukuku altında bir anlam vermekte güçlük

yaşanmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünde çoğunlukla tahkime başvurulması, Türk mahkeme içtihatlarının oluşumunu engellediğinden, bu güçlüğü arttırmaktadır.

Konu ile ilgili olarak şu ana kadar yazılmış olan üç temel eser bulunmaktadır. Bunlardan ilki *Malcolm A. Clarke* tarafından kaleme alınmış olan “*Shipbuilding Contracts – A Comparative Analysis of Contracts in the Major Maritime Jurisdictions*” isimli eserdir. *Clarke*, eserinde gemi inşa sözleşmeleri ile ilgili ortaya çıkabilecek hukukî meseleleri, Arjantin, Danimarka, Fransa, Japonya, Almanya, Norveç ve Amerika Birleşik Devletleri gibi önde gelen gemi yapımcısı ülkelerin iç hukuk düzenlemeleri kapsamında ele almış ve sonra tip sözleşmelerde konunun ne şekilde düzenlenmiş olduğunu incelemiştir. En son 1992 yılında güncellenen bu eser konunun Türkiye boyutunu ele almamaktadır. Konu ile ilgili diğer eser, *Simon Curtis* tarafından yazılan “*The Law of Shipbuilding Contracts*” isimli eserdir. *Curtis* ise konuyu uygulamada sıklıkla başvuru SAJ ve AWES formlarındaki maddeleri İngiliz hukuku temelinde ayrıntılı bir şekilde incelemek suretiyle ele almıştır. Konu ile ilgili son eser ise, *Hans Wüstendörfer*’in Alman hukuku açısından gemi inşa sözleşmesini inceleyen 1920 tarihli “*Tatsachen und Normen des Schiffbaues*” isimli eseridir. Birinci Dünya Savaşı’nın hemen ertesinde yayımlanan bu eser, gemi inşa sözleşmesine ilişkin o günün koşulları çerçevesinde ortaya çıkan hukukî sorunları ele almakla birlikte hala temel bir başvuru kaynağıdır. Her üç eser de konuya ilişkin bilgi ihtiyacını önemli ölçüde karşılamakla beraber, Türk hukukunda konu hakkında şimdiye kadar detaylı bir monografik çalışma yapılmamış olması, Türkiye’de gemi inşa sanayinin hızlı gelişimi karşısında, Türk hukuk öğretisi açısından önemli bir eksiklik olarak görülmektedir.

Tezin ana amacı, gemi inşa sözleşmesinin temel özelliklerini ele alarak tarafların hak ve borçlarını detaylı bir şekilde ortaya koymaktır. Bu çerçevede öncelikle gemi inşa sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespiti, sonrasında ise, gemi inşa sözleşmelerine uygulanacak Borçlar Kanunu hükümlerinin belirlenmesi ve tip sözleşmelerde yer alan düzenlemelerin Türk hukuku bakımından nitelendirilmesi amaçlanmaktadır.

II. KAPSAM VE PLAN

Tez dört bölümden oluşmaktadır. Tezin birinci bölümünde, konuya giriş yapabilmek amacıyla, gemi inşa sanayi üzerinde kısaca durulmuş ve Türk gemi inşa sanayi hakkında bilgi verilmiştir. Bu bölümde gemi inşa sözleşmesi kavramı ve uygulamada rastlanan çeşitleri açıklanmış, sözleşmenin tarafları ve sözleşme ile ilgisi bulunan diğer ilgili kişiler belirlenmiştir. Ayrıca gemi inşa sözleşmesinin, hukukî niteliği ele alınmış ve sözleşmenin, amaç bakımından iş görme sözleşmesi mi, yoksa temlik borcu doğuran bir sözleşme mi olduğu, karşılaştırmalı hukuktan istifade ile değerlendirilmiştir. Bunun yanında sözleşmenin kurulmasındaki özellikler ve sözleşme müzakereleri sırasında karşılaşılmaması muhtemel sorunlar ele alınmış, *culpa in contrahendo* sorumluluğu açıklanmıştır. Son olarak uygulamada karşımıza çıkan tip sözleşmeler hakkında bilgi verilmiştir.

Tezin ikinci bölümünde, tersanecinin, gemi inşa sözleşmesinden kaynaklanan borçları incelenmiştir. Bu kapsamda, tersanecinin geminin tasarımını yapma, gemiyi inşa ve teslim etme, mülkiyeti devretme, deneme yüzüşleri yapma ve ayıba karşı tekeffül borçları sayılabilir. Tezin üçüncü bölümünde ise, iş sahibinin bedel ödeme ve diğer borçlarına yer verilmiştir.

Tezin son bölümü, gemi inşa sözleşmesinin sona ermesine ayrılmıştır. Bu bölümde, sözleşmenin hangi hallerde sona erebileceği ve sona ermenin hüküm ve sonuçlarına değinilmiştir. Sonuç kısmında ise araştırma sonucunda tezde ulaşılan sonuçlara yer verilmiştir.

Gemi inşa sektörü aslında gemi inşası yanında, gemi bakım ve tamiri ile gemi sökümcülüğü alanlarını da içine almaktadır. Ancak tezin konusu, sadece gemi inşasına hasredilmiştir. Bunun gibi, gemi inşa sözleşmelerini yakın ölçüde ilgilendiren gemi finansmanı, gemi sigortası ve gemi ipoteği ile ilgili hususlara yeri geldikçe kısmen değinilmiştir. Diğer ilgili kişiler kısmında, sınıflama kuruluşlarına kısaca değinilmekle yetinilmiş, ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak kapsamda olması nedeniyle, bu kuruluşların hukuki sorumluluğuna yer verilmemiştir. Ayrıca tezde yalnızca maddi hukuk kurallarının ele alınmış olması nedeniyle devletler özel hukukuna temas eden hususlar kapsam dışında bırakılmıştır.

III. METOD VE YAKLAŞIM

Tezin hazırlanmasında, gemi inşa sözleşmesine, Türk hukukunun uygulanacağı faraziyesinden hareket edilmiştir. Bu itibarla, tezde gemi inşa sözleşmesi hakkında yapılan açıklamalar, esasen Türk hukuku kaynaklı olup, çalışma, erişilebildiği ölçüde karşılaştırmalı hukuk kaynaklarıyla tamamlanmıştır.

Türk Borçlar Kanununda “Gemi İnşa Sözleşmesi” başlığını taşıyan ayrı bir sözleşme türü bulunmamaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin esasları ve tarafların hak ve borçları incelenirken, sözleşmenin hukukî niteliğinin tespiti bölümünde yapılan açıklamalara uygun olarak, Kanunun ilgili düzenlemelerinden ve tip sözleşmelerde yer alan hükümlerden faydalanılmıştır. Bu çerçevede tezde kanuni düzenlemelerden, tip sözleşme hükümlerinden, bilimsel eserlerden, raporlardan ve mahkeme kararlarından hareket edilmiştir.

Belirtilen konularda, halihazırda 01.07.2012 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olan 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹ ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda² öngörülen düzenlemeler, tezin güncel bir nitelik taşıması amacıyla esas alınmış ve 22.04.1926. tarihli ve 818 sayılı Borçlar Kanunu³ ile 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun⁴ karşılık gelen hükümleri dipnotlarda ayrıca belirtilmiştir.

¹ Bkz. 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı RG.

² Bkz. 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı RG.

³ Bkz. 08.05.1926 tarihli ve 366 sayılı RG.

⁴ Bkz. 09.07.1956 tarihli ve 9353 sayılı RG.

BİRİNCİ BÖLÜM

GEMİ İNŞASI, GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİNİN TEMEL KAVRAMLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE KURULUŞU

I. GEMİ İNŞASI

A) GEMİ İNŞA SANAYİ

Geminin inşası, tamir ve bakımı ile gemi sökücülüğü sektörleri bir bütün olarak gemi inşa sanayini oluşturmaktadır. Bu sanayi dalının temelini oluşturan gemi inşası, çelik, makina imalat, elektrik-elektronik, boya ve lastik-plastik gibi pek çok alt sanayi kolunun mamullerinin bilimsel ve teknolojik temellere dayalı olarak, belirli bir sistematik ve disiplin içerisinde, tersanelerde bir araya getirilmesi ve birleştirilerek yeni bir gemi imal edilmesi işidir⁵.

Gemi inşa sanayi, ürettiği ürünlerin ihracı dolayısıyla döviz getirdiği gibi, milli filo için gemi inşa ederek yurt dışına döviz çıkışını da azaltmaktadır⁶. Bağlı yan sanayi sektörlerinde gelişim oluşturan, bölgesinde nitelikli iş gücünü arttıran, bölgesel ticaretin gelişmesine, büyümesine ve güçlenmesine yardımcı olan bu sanayi dalı, aynı zamanda bölgede yaşayan insanların refah ve kültürel düzeyini yükseltmektedir⁷.

Ülke ekonomisi için büyük önem taşıyan gemi inşa sanayinin faaliyetleri, gemi inşa talebine bağlıdır. Gemi inşa talep ve arzı ise, denizcilik konjonktürüne (*shipping cycles*) bağlı olarak değişkenlik göstermektedir. Buna göre, gemi talebinin artması, gemi inşa fiyatlarının ve gemi siparişlerinin artmasını beraberinde getirir. Gemi teslimatı yapıldıkça artan gemi arzı, navlun ücretlerini düşürür. Bunun sonucu olarak, gemi siparişleri azalır, eski gemilerin ekonomikliği düşer ve gemi sökümleri artar. Gemi sökümleri neticesinde azalan gemi arzı, navlun ücretlerini yükseltir. Bu da döngünün başlangıcı olan gemi talebinin artmasına yol açar. Deniz taşımacılığında,

⁵ Devlet Planlama Teşkilatı: *Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Gemi İnşa Sanayi ve Rekabet Edebilirlik Özel İhtisas Komisyon Raporu*, Ankara 2001, s. 1.

⁶ *Komisyon Raporu*, s. 1.

⁷ *Deniz Ticaret Odası: 2009 Deniz Sektörü Raporu, İstanbul ve Marmara, Ege, Akdeniz, Karadeniz Bölgeleri*, İstanbul 2010, s. 88.

arz ve talep dengesi bu şekilde dalgalanmalarla seyrederek gemi inşa fiyatlarını ve gemi inşa siparişlerini belirler⁸.

Tamamen ticarî temele dayanan bu faktörlerin ötesinde, denizde can ve mal güvenliğinin sağlanmasını ve çevre koruma gereksinimlerinin uygulanmasını zorunlu kılan uluslararası kaide ve konvansiyonlar artan bir hızla yürürlüğe girmektedir. Bunun sonucu olarak yeni inşa edilen gemilerin bu kaidelere uygun olarak üretilmesi ve bazı tip ve tonajlı gemilerin yenilenmesi zorunlu hale gelmektedir⁹.

Küresel düzeyde faaliyet gösteren bu sektörde, Avrupalı gemi donatanları genellikle ücret ve finansman konularında kendilerine avantajlı görünen tersaneleri tercih ederken; Koreli ve Japon donatanlar, yerel tersanelere sipariş verme eğilimi göstermektedirler¹⁰. Global ekonominin ve navlun pazarının hızlı bir şekilde değişiklik gösteren taleplerini karşılamak zorunda kalan donatanların mümkün olan en kısa süreli teslim zamanını tercih etmesi, bu ihtiyacı karşılayabilen tersanelere yüksek tutarda ücret talep etme imkânı vermektedir¹¹. Dünya genelinde öne çıkan Uzak Doğulu tersaneleri, Avrupa Birliği ve ABD’li tersaneler izlemektedir. Üç tarafı denizlerle çevrili olan Türkiye, son yıllarda bu avantajını kullanarak, Dünya gemi üreticileri ile rekabet edebilir hale gelmiştir.

B) TÜRKİYE’DE GEMİ İNŞASI

1960’lı yıllardan itibaren devlet ve özel sektör tarafından yürütülen gemi inşa faaliyetleri, Türk ağır sanayinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır¹². Başlangıçta yalnızca Türk deniz ticaret sektörünün ihtiyaçlarını karşılayan bu sanayi dalı, zaman içinde büyük ihracat potansiyeli göstermiştir¹³. Nitekim 2003 yılından önce, tek parçada en fazla 16.000 DWT’lik gemi siparişi alabilen Türk tersaneleri, 2007

⁸ Stopford, M.: *Maritime Economics*, 3rd Ed., Oxon 2009, s. 98.

⁹ *Komisyon Raporu*, s. 6.

¹⁰ *Commission of the European Communities*: “Report from the Commission to the Council on the Situation in World Shipbuilding”, Brussels, 13.10.1999, COM(1999) 474 final, <http://aei.pitt.edu/4106/1/4106.pdf>, s. 9 (et. 26.04.2012).

¹¹ *COM(1999)*, s. 9.

¹² Ülkemizde gemi inşa sektörünün tarihi gelişimi için bkz. *Deniz Ticaret Odası*: “Gemi İnşa Sanayii Sektör Raporu”, *Ulusal Deniz Ticaretimizin Sektörel Bir Değerlendirilmesi, II. Ulusal Denizcilik Kongresi*, Ekim 1990, B. 3, İstanbul 1990, s. 218-225.

¹³ *Komisyon Raporu*, s. v.

sonunda, 180.000 DWT'lik siparişleri almaya başlamıştır¹⁴. Siparişlerdeki bu artışa bağlı olarak, 2002 yılında 550.000 DWT olan mevcut kurulu kapasite, 2009 itibariyle 3,48 milyon DWT'e çıkmıştır. 2006 yılındaki toplam sipariş ise 2,07 milyon DWT iken 2008 sonunda bu rakam, 4,34 milyon DWT'e ulaşmış; ancak ekonomik krizden dolayı yaşanan sipariş iptalleriyle, 2010 Mart ayında, 1,47 milyon DWT'e inmiştir¹⁵. 2002 yılında 37 adet olan tersane sayısını, 2010 yılı itibariyle faal tesis sayısı olarak 66'ya, yatırım aşamasındaki tesis sayısı olarak ise 60'a çıkaran Türkiye, büyük bir ilerleme göstererek önemli bir gemi ihracatçısı ülke konumuna gelmiştir¹⁶.

Ürün çeşitliliği, ürün kalitesi ve teknolojik yeterlilikte önemli aşamalar kaydeden Türk gemi inşa sanayi, konteyner, kimyasal tanker, hızlı deniz feribotları ve yatlar da dâhil olmak üzere tüm gemilerin inşaatını yapabilmektedir. Özellikle küçük ve orta tonajlı kimyasal tanker inşasında öne çıkan Türkiye, Mart 2010 verilerine göre, Dünya genelinde gemi siparişleri dikkate alınarak yapılan ülkeler sıralamasında, adet bazında beşinci, tonaj bazında onbirinci sırada yer almaktadır¹⁷. Türk gemi inşa sanayinde yaşanan tüm bu gelişmeler, gemi inşa sözleşmelerinin Türk hukuku açısından incelenmesindeki önemi ortaya koymaktadır.

II. GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİNİN TEMEL KAVRAMLARI

A) TANIMI

Gemilerin el sanatı ürünü olduğu yüzyıllarda donatanlar, gemilerini, malzeme ve işçileri bizzat temin etmek suretiyle, kendi nezaret ve talimatları altında inşa

¹⁴ 2002-2008 yılları arasında üretilen gemilerin çoğu Avrupa Birliği ülkelerine ihraç amaçlı inşa edilmiştir. *Deniz Sektörü Raporu*, s. 95.

¹⁵ *Deniz Sektörü Raporu*, s. 97.

¹⁶ *Deniz Sektörü Raporu*, s. 95. Türkiye'de yeni gemi inşa eden tersaneler; özel sektör tersaneleri, kamu tersaneleri ve askeri tersaneler olarak ayrıca alt gruplara ayrılabilir. Özel sektör tersaneleri, bir kaç istisna dışında, yatırım ve işletme sermayesi yönünden sıkıntıları bulunan ve istihdamları eldeki iş kapasitesine bağlı olarak değişmekte olan kuruluşlardır. Büyük çoğunluğu Tuzla Özel Sektör Bölgesi'nde yerleşmiş bunların tersaneler küçük ve orta büyüklükteki gemileri üretmek üzere yapılmıştır. Devlet sektörü tersaneleri Türkiye Gemi Sanayi A.Ş. bünyesindeki iki adet tersaneden oluşmaktadır. Haliç Tersanesi İstanbul içindeki tek bakım-tutum tersanesi, Camialtı Tersanesi ise yolcu gemisi gibi katma değeri yüksek gemi tiplerinde uzmanlaşmış tek Türk tersanesidir. Askeri tersaneler kuruluş gayelerine uygun olarak Deniz Kuvvetleri Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı ihtiyacı olan askeri amaçlı gemilerin inşaatını ve onarımını yapmakta, kapasite fazlası ihtiyaç ise talep olduğu takdirde kamu ve özel sektörün yeni gemi inşa taleplerini karşılamakta kullanılmaktadır. Bkz. *Komisyon Raporu*, s. 14 vd.

¹⁷ *Deniz Sektörü Raporu*, s. 97.

ettirmektedir (*Eigenbau, self-construction*)¹⁸. Donatanların gerekli ahşap malzemeyi alması ve inşa yerini ayarlaması üzerine, tuttıkları yelkenci ve diğer el işçilerinin katılımı ve inşa konusunda usta olan gemicilerin yardımıyla gemi ortaya çıkarılmaktaydı¹⁹. Bu yöntemle göre, teşebbüsün patronu olan gemi maliki, gemiyi yalnız başına inşa edeceğinden, tek gemi için işçi istihdam etmekte ve bu işçilere emir ve talimat vermektedir²⁰. Eskiden oldukça ekonomik olan ve *tasarruflu inşa (construction à l'économie)*²¹ olarak adlandırılan bu yöntem, gemi inşa tekniğinin gelişimi neticesinde, ekonomikliğini yitirmiştir²².

Günümüzde donatanlar, gemi inşa alanındaki teknolojik gelişmelere, bilgi birikimine ve iş bölümüne bağlı olarak gemilerini kendi yönetimlerinde inşa etmemekte, bu işi konusunda uzman, yeterli teknik bilgiye ve donanıma sahip tersanecilere bırakılmaktadırlar. Buna bağlı olarak, tersanecinin, bir gemiyi, belli bir bedel karşılığında, kararlaştırılan şekilde inşa etmeyi ve iş sahibine teslim etmeyi; iş sahibinin ise, bu edim karşılığında bir bedel ödemeyi ve sözleşmeye uygun olarak inşa edilen gemiyi teslim almayı taahhüt ettiği “gemi inşa sözleşmesi” (*der Schiffbauvertrag, shipbuilding contract*) yapılmaktadır.

Gemi inşa sözleşmesi, uygulamada iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Birinci halde, gemi yaptırmak isteyen, malzemeyi kendisi vermekte ve yalnız işin görülmesi tersanecinin uhdesine bırakılmaktadır (*şartnameli inşa*²³ ya da *taahhüt suretiyle inşa*

¹⁸ *Wüstendörfer, H.: Tatsachen und Normen des Schiffbaues, Hamburg 1920, s. 7; Kender, R./Çetingil, E.: Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları İle Birlikte) Temel Bilgiler, B. 8, İstanbul 2007, s. 56.*

¹⁹ *Wüstendörfer, s. 7; Gelenbeg, M. H.: Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul 1938, s. 42.*

²⁰ *Wahl, A. (Çev. Berker, K.): Deniz Ticaret Hukuku Nazari ve Ameli, Adalet Bakanlığı Yayınlarından 1948, s. 39, N. 44.*

²¹ *Wahl, s. 39, N. 44.*

²² *Akıncı, S.: “Gemi Mülkiyeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXIII, Sayı 3-4, İstanbul 1958, s. 333. Bu usul, bugünkü gemilerin basit olmayan terkihi itibarıyla, ancak küçük balık avına mahsus deniz vasıtaları gibi iptidai gemilerde kullanılmaktadır. Bu da nadiren vaki olmaktadır. Bkz. Wahl, N. 44. Bununla beraber tersaneleri bulunan büyük donatma şirketlerinin işletmek veya satmak üzere bizzat gemi inşa ettikleri bugün de görülmektedir. Bkz. Okay, S.: Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş-Gemi, Donatan ve Donatma İştiraki, Gemi Adamları, B. 3, İstanbul 1970, s. 161.*

²³ *Okay (C. I), s. 162.*

sözleşmesi²⁴). İkinci halde ise, tersaneci kendi emrindeki işçiler ve temin edeceği malzeme ile gemi inşasını taahhüt etmektedir²⁵ (*götürü inşa sözleşmesi*)²⁶.

Uygulamada sıklıkla başvurulmasına rağmen, mevzuatımızda, gemi inşa sözleşmesi ile ilgili herhangi bir düzenleme veya tanıma yer verilmemiştir. Yabancı hukuk sistemlerinde de bu konuda genel bir düzenleme yapmaktan kaçınılmış olduğu gözlemlenmektedir. Ancak gemi inşa sözleşmesi, ister “götürü inşa”, ister “şartnameli inşa” şeklinde olsun, tersanecinin, bir geminin inşasını ve teknik donanımını tamamlayıp, bu inşa sonucunda ortaya çıkan gemiyi, sözleşmenin diğer tarafına bir bedel karşılığında teslim etmeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Sonuç olarak gemi inşa sözleşmesi, “*tersaneci ile iş sahibi arasında, tersanecinin, iş sahibince ödenmesi taahhüt olunan bedel karşılığında, bir gemi inşa ederek, iş sahibine teslim etmeyi taahhüt ettiği anlaşma*” olarak tanımlanabilir.

Tersaneci, bir sipariş almaksızın, sonradan satmak üzere, kendi nam ve hesabına bir gemi meydana getirebilir²⁷. Özellikle navlun piyasasının hareketli ve spekülasyonun yoğun olduğu dönemlerde başvuru bu yöntemde, bir gemi inşa sözleşmesinden bahsedilemez. Tersanecinin amacı, navlun piyasasının ilerleyen yıllarda zirve yapacağı inancıyla, imal edeceği gemiyi piyasada yüksek bir fiyata satarak kâr elde etmektir. Bu nedenle, tersanecinin gemi inşa edilirken ya da inşa edildikten sonra alıcı ile yapacağı sözleşme, gemi inşa sözleşmesinden ziyade gemi satım sözleşmesine vücut verir.

Gemi inşa sözleşmesi esasen bir “*taşınır inşaat sözleşmesi*”dir²⁸. Bilindiği üzere bir inşaatın taşınmaz inşaat veya taşınır inşaat olması, borçlar hukuku bakımından konusu olacağı sözleşme türünü ve bu sözleşmenin tabi olduğu kanunî hükümleri değiştirmez²⁹.

²⁴ Wahl, N. 43.

²⁵ Gelenbeg, s. 42.

²⁶ Okay (C. I), s. 162; Wahl, N. 43.

²⁷ Bkz. Göknül, M. N.: *Deniz Ticareti Hukuku*, İstanbul 1946, s. 57.

²⁸ İzveren, A./Franko, N./Çalık, A.: *Deniz Ticaret Hukuku*, Ankara 1994, s. 67.

²⁹ Öz, M. T.: *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Taşınmaz Yatırım Ortaklıklarının ve Diğer Birden Fazla Müteahhit Bulunan Durumların Yarattığı Sorunların İncelenmesi ile Birlikte*, B. 2, İstanbul 2006, s. 15. Borçlar Kanunu açısından, eserin taşınır ya da taşınmaz eşya olmasının, sadece ayıba karşı tekeffüle ilişkin hakların tabi olduğu zamanaşımı yönünden farklı hükümler içerdiği yönünde

B) UNSURLARI

Her ne kadar mevzuatımızda gemi inşa sözleşmesinin tanımı yapılmamış ise de, yukarıda yaptığımız tanımdan hareketle, sözleşmenin unsurlarını tesbit etmek mümkündür:

1- Geminin İnşası

a) Gemi

Gemi inşa sözleşmesinin konusu, bir geminin inşasıdır. Türk Ticaret Kanununun 931. maddesine³⁰ göre, *tahsis edildiği gaye, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme kabiliyetini haiz pek de küçük olmayan her araç, kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa dâhi, bu Kanun manasında “gemi” sayılır.* Bu tanım çerçevesinde bir cismin gemi olarak kabulü, evvela suyun altında veya üstünde yüzme kabiliyetini haiz bir aracın³¹ varlığını gerektirir; ayrıca bu aracın suda³² serbestçe hareket etme yeteneğini haiz³³ ve bu amaca tahsis edilmiş³⁴ olması ve fakat pek küçük olmaması³⁵ şarttır.

Bkz. Schlatter, H.: *Die Haftung des Unternehmers im Werkvertrag insbesondere für Wermängel nach Schweizerischem Recht*, Schaffhausen 1934, s. 16.

³⁰ TK m. 816'yı karşılayan bu maddede önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler için bkz. dn. 15, 16 ve 17.

³¹ 6762 sayılı TK açısından bir cismin “gemi” olarak kabul edilebilmesi için aranan birinci şart, onun tekne biçiminde olmasıdır. *Okay* (C. I), s. 78. Tekne, içi oyuk, hacimli ve suyun altında ya da üstünde yüzme kabiliyeti bulunan şey demektir. *Kender/Çetingil*, s. 33; *Çağa, T./Kender, R.: Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan*, B. 14, İstanbul 2005, s. 46; *Tekil, F.: Deniz Hukuku*, B. 6, İstanbul 2001, s. 67. 6102 sayılı TTK'da ise “tekne” yerine “araç”tan bahsedildiği için, tekne olmayan cisimlerin de gemi olarak kabulü mümkündür.

³² 6762 sayılı TK, deniz gemilerini esas almıştır. TK hükümleri akarsu veya gölde kullanılan iç su gemilerine uygulanmaz. Bkz. *Sözer, B.: Gemi, Geminin Mütemmim Cüzü ile Teferruatı ve Bunların Finansal Kiralama Sözleşmesi ile Temini Halinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar*, İstanbul 2010, s. 35. 6102 sayılı TTK'da ise “deniz” yerine “su”dan bahsedildiği için iç su gemileri de Ticaret Kanunu açısından gemi olarak kabul edilmektedir.

³³ Sadece yüzme kabiliyetinin bulunması, yani suyun üzerinde durabilmesi yeterli değildir; gemi deniz üstünde hareket edebilecek niteliğe ve kapasiteye sahip olmalıdır. *Çağa/Kender*, s. 46. Doktrinde genellikle kabul edildiğine göre, bir cismin gemi olarak nitelendirilebilmesi için , kendi başına hareket imkanına sahip bulunması şart değildir. Bkz. *Sözer*, s. 35. 6762 sayılı TK'da bir cismin gemi olarak nitelendirilebilmesi için kendi başına hareket yeteneğine sahip bulunmasının gerekmeyeceği, açık bir hüküm ile belirtilmiştir.

³⁴ *Okay* (C. I), s. 79.

³⁵ Burada genellikle teknenin denize açılacak ve deniz tehlikelerine direnç gösterebilecek büyüklükte olması aranmaktadır. Bkz. *Sözer*, s. 51.

Kanun maddesindeki anılan tarif, sadece ticaret hukuku açısından gemi kavramını tespit etmekte olduğundan, bu tarife göre gemi sayılmayan bir aracın, bu Kanunun düzenleme alanı dışında gemi vasfını taşıması ve bu suretle muamele görmesi mümkündür³⁶. Nitekim gemi inşa sözleşmesi açısından “gemi”, Türk Ticaret Kanunundaki gemi tanımından daha geniş bir anlama sahiptir³⁷. Bu bağlamda gemi inşa sözleşmesine konu olabilecek gemi kavramı, Kanunda tarif edilen her türlü aracın yanında, diğer su araçlarını da içermektedir³⁸. Diğer bir ifadeyle, suda hareket etme ya da pek küçük olmama şartları aranmaksızın yüzebilen her türlü tekne, araç ve yapılar, gemi inşa sözleşmesine konu olabilir. Bu anlamda gemi inşa sözleşmesi açısından asgari unsur, suda yüzebilme kriteridir. Nitekim Tersane, Tekne İmal ve Çekek Yerlerine İşletme İzni Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğinde³⁹ “tersane”nin, *her cins ve boyutlarda gemi ve su araçlarının inşasına imkân sağlayan kıyı tesisi*; “su aracı”nın ise, *gemi dışında, suda yüzebilen ve tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılan her türlü araç ve yapı*, olarak tanımlanmış olması bu görüşü destekler mahiyettedir. Bu açıklamalar ışığında, askeri ve ticari gemiler, yük ve yolcu gemileri, römorkörler ve yatlar ile mavna, şat, buzkıran, yüzer vinç, kano, motorbot gibi araçların yanında kıyı ötesi platformların inşası⁴⁰ da, bu sözleşmesinin konusunu oluşturabilir⁴¹.

Ne var ki, inşa süresince gemi vasfı oluşmamakta, bu süre zarfında ancak bir “yapı”dan yani “*yapı halindeki bir gemi*”den (*im Bau befindlichen Schiff, ship under construction*) söz edilebilmektedir. Yapı halindeki gemi, tamamlandığında gemi niteliği kazanacak her türlü eserdir⁴². Ancak sadece malzemenin siparişi ve tersaneye getirilmesi, yapı halinde gemi sayılmak için yeterli değildir. Bu malzemenin,

³⁶ Kalpsüz, T.: *Deniz Ticareti Hukuku, Giriş-Gemi*, C. 1, Ankara 1971, s. 78.

³⁷ Esasen varılan bu sonuç diğer Kanunlarda yer alan gemi tanımları açısından da geçerlidir. Zira mevzuatımızda gemi tanımını ihtiva eden pek çok kanun, tüzük ve yönetmelikte genellikle benzer tariflere yer verilmekle birlikte, çok farklı tanımlara da rastlanabilmektedir.

³⁸ Bu nedenle gerek 5 Haziran 2010 tarihli Gemi İnşa Yönetmeliği’nde gerekse 10 Ağustos 2008 tarihli Tersane, Tekne İmal ve Çekek Yerleri Yönetmeliği’nde “gemi” yanında “su aracı”ndan bahsedilmektedir.

³⁹ Bkz. 10.08.2008 tarih ve 26963 sayılı RG.

⁴⁰ Bu gibi su araçlarının inşası söz konusu olduğunda genellikle tip sözleşmelerde yer alan hükümler, bu araçların özellikleri göz önünde bulundurulmak suretiyle uyarlanmaktadır.

⁴¹ Gemi inşa endüstrisi içerisinde, gemilerin, offshore tesislerin ve yüzen tesislerin üretildiği hakkında bkz. *Storch, R. L./Hammon, C. P./Bunch, H. M./Moore, R. C.: Ship Production*, 2. Ed. New Jersey 1995, s. 3.

⁴² *Wolff, H.: Grundriß des Sachenrechts bei Schiffen und Schiffsbauwerken*, Hamburg 1949, s. 9.

geminin inşasına yönelik ilk birleştirme faaliyetiyle birlikte “yapı halindeki gemi” ortaya çıkar⁴³.

Yapı halindeki bir gemi, inşası tamamlanmış bir geminin aksine henüz hareket etme özelliğini kazanmış olmamakla birlikte, özüne dokunulmaksızın bir yerden bir yere nakli mümkün olduğundan, niteliği itibariyle “taşınır” hükmündedir⁴⁴. Yapı halindeki bir geminin, yapı halinden çıkıp, gemi vasfı kazanması ise, suya indirilmesine, çoğunlukla kızaktan inmesine (*vom Stapellauf*) bağlıdır⁴⁵. Ancak yapının denize indirilmesi gemi vasfının kazanılması için tek başına yeterli olmayıp, inşa çalışmalarının kesin olarak tamamlanmış ve yapının suda yüzmeye imkânına kavuşmuş olması gerekir⁴⁶.

b) Geminin İnşası

Gemi inşası, yeni bir geminin meydana getirilmesini, imalini ifade etmektedir. Burada, malzeme, parça, aksam gibi çok sayıda unsur kullanılarak gerçekleştirilen inşa faaliyeti sonucunda, tamamen yeni bir ürün oluşturulmaktadır⁴⁷. Bu çerçevede gemiyi oluşturacak sonuca götüren her türlü edim, tersanecinin meydana getirme (iş görme) faaliyetidir. Hazırlık çalışması olarak nitelendirilebilecek⁴⁸ bu faaliyetler sonucunda gemi meydana gelmektedir. Binaenaleyh, gemi inşası, malzemenin geminin inşası maksadıyla birleştirildiği andan başlayıp, suda iş sahibine teslim olduğu ana kadar devam eden bir faaliyetler yumağıdır.

⁴³ Aksoy, S. E.: *Yapı Halindeki Gemilerin Rehni*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 9.

⁴⁴ Tekil, s. 75; İzveren/Franko/Çalık, s. 22; Schaps, G./Abraham, J.: *Das deutsche Seerecht, Kommentar und Materialsammlung*, 3. Aufl., Berlin 1959, s. 357, Anm. 4; Herber, R.: *Seehandelsrecht, Systematische Darstellung*, Berlin New York 1999, s. 104. Ancak yapı halindeki gemiler, TK m. 891 (TTK m. 937) uyarınca Türk Medeni Kanununun 429/2, 444, 523 ve 635. maddelerinin tatbikinde “taşınmaz mal” olarak kabul edilir. Dolayısıyla yapı halinde bulunan gemiler, vesayet altında bulunan kişiler ile mirasçıların korunmasına yönelik olan bu maddelere ilişkin istisnai durumlarda taşınmaz hükümlerine; bunun dışında ise taşınır hükümlerine tabi olacaktır.

⁴⁵ Wüstendörfer, s. 61.

⁴⁶ Kalpsüz (Deniz Ticareti Hukuku), s. 85; Çağal/Kender, s. 47; Schamps/Abraham, s. 356, Anm. 2; Y. TD. 27.10.1949, E. 4524/K. 4381, Eriş, G.: *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. 3 Deniz Ticareti ve Sigorta*, Ankara 1990, s. 86.

⁴⁷ Sözer, s. 62.

⁴⁸ Öz, M. T.: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul 1989, s. 9; Özyörük, S.: *İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları*, Ankara 1988, s. 2.

Geminin tamiri, bakım ve modernizasyonu ya da sökümü için tersaneci ile gemi maliki ya da donatan arasında yapılan sözleşmeler, gemi inşa sektörü ile yakından ilişkili olsalar da, gemi inşa sözleşmesinin kapsamı içinde yer almamaktadır. Zira bu tür edimleri konu alan sözleşmelerin esaslı unsurları, gemi inşa sözleşmesinin esaslı unsurlarından farklılık göstermektedir. Örneğin gemi söküm sözleşmesinde iş sahibinin aslî edim borcu, gemi inşa sözleşmesinde olduğu gibi belirli bir ücret ödemek iken, tersanecinin borcu, inşa sözleşmesinden farklı olarak bir geminin inşası değil, hurda haline gelen bir geminin parçalarının ayrıştırılarak sökümünün gerçekleştirilmesidir.

2- Bedelin Ödenmesi

Gemi inşa sözleşmesi, tersanecinin gemiyi inşa etme borcunun karşılığında iş sahibinin bedel ödeme borcu altına girdiği ivazlı bir sözleşmedir. Genellikle bir tacir olan tersanecinin, ticarî işletme çevresi içindeki gemi inşa faaliyeti, ticarî işletmenin gayesi itibariyle karşılıksız olamaz⁴⁹. Zira Türk Ticaret Kanununun 20. maddesine göre, *ticarî işletmesiyle ilgili bir iş gören tacir uygun bir ücret isteyebilir*⁵⁰. Bu nedenle tarafların, tersaneciye bir bedel ödeneceği hususunda önceden açıkça anlaşmış olmalarına gerek bulunmadığı gibi, bedel miktarının da önceden tespit edilmiş olması zorunlu değildir⁵¹. Nitekim sözleşmede belirlenmeyen bedel, işin değerine ve tersanecinin masraflara göre tespit edilir⁵².

⁴⁹ Bu konuda bkz. Arkan, S.: *Ticari İşletme Hukuku*, B. 15, Ankara 2011, s. 140.

⁵⁰ TK m. 22.

⁵¹ Tandoğan, H.: “İstisna Akdinin Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akidlerden Ayırtdilmesi”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara 1970, s. 323; Bühler, T.: *Obligationenrecht*, Teilband V 2d, Art.363-379, Zürich 1998, Art. 374, N. 3; Pedrazzini, M. M.: *Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, Schweizerisches Privatrecht*, Bd. VII/1, s. 497 vd., Basel/Stuttgart 1977, s. 537; Kaplan, İ.: “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, *İnşaat Sözleşmeleri, (Yönetici, İşletmeci ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)*, Ankara 1996, s. 128. Ücretin önceden tespit edilmemiş olması küçük tamir sözleşmelerinde gündeme gelir. Bühler, Art. 374, N. 7; Tandoğan, H.: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri*, B 3, Ankara 1987, s. 298.

⁵² Ayrıca meydana getirilecek eser karşılığında bir ücret ödenmesi kararlaştırılmış ve fakat ücretin miktarı konusundan hiç söz edilmemişse veya taraflar ücretin miktarı konusunu ileride yapacakları bir anlaşmayla çözümleneceklerini kararlaştırmış olmalarına rağmen bu konuda bir anlaşmaya varamamış olmaları halinde de ücret Borçlar Kanununun 366. (TBK m. 481) maddesine göre belirlenecektir. Baygın, C.: *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*, İstanbul 1999, s. 48.

3- Anlaşma

Gemi inşa sözleşmesi, tarafların bu sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları ile kurulur. Rızai bir sözleşme olan gemi inşa sözleşmesinde, tersanecinin malzemeyi tesellümü veya geminin teslimi, bu sözleşmenin kurulması için gerekli olmayıp, bu sözleşmenin kendiliğinden doğan bir sonucudur.

C) TARAFLARI

1- Tersaneci

Gemi inşası, tamamen teknik ve özel uzmanlık gerektiren bir daldır. Bu nedenle gemi inşası, bu branşta uzman gemi inşaat firmaları tarafından gerçekleştirilir⁵³. Uygulamada gemi inşaat firmasını tanımlamak amacıyla, “tersane”⁵⁴ ya da “tersane sahibi”⁵⁵ kavramlarının kullanıldığı görülmektedir. Tip sözleşmelerde ise, müteahhit, yüklenici veya üstenci anlamlarına gelen “builder”⁵⁶ ya da “contractor”⁵⁷ terimlerinden hareket edilmektedir.

Tersane, tersanecinin edimini ifa ettiği, yani geminin inşa olduğu yerdir. Nitekim Tersane, Tekne İmal ve Çekek Yerlerine İşletme İzni Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte tersane, *her cins ve boyutlarda gemi ve su araçlarının inşası, bakım-onarım ve tadilatlarından biri veya bir kaçının yapılmasına imkân sağlayan teknik ve sosyal altyapı ve en az elli metre deniz cephesine sahip gemi inşa kapasitesi belirlenmiş kıyı tesisi* olarak tanımlandıktan sonra; *bir tersane, tekne imal yeri ya da çekek yerini veya yüzer havuzu işleten veya işletecek gerçek veya tüzel kişiyi tanımlamak üzere “tesis işleticisi”* terimi kullanılmıştır.

⁵³ İzveren/Franko/Çalık, s. 67.

⁵⁴ Kender/Çetingil, s. 56.

⁵⁵ Kaner, İ. D.: *Deniz Ticareti Hukuku, (Giriş-Gemi-Donatan ve Donatma İştiraki-Kaptan)*, İstanbul 2001, s. 27. TTK m. 987/I ve 992/I (a) ile TK m. 859/17y, 860/II, 862/I, 863/I metinlerinde de “tersane sahibi” ifadesi kullanılmaktadır.

⁵⁶ Bkz. SAJ, NEWBUILDCON ve NSF'nin ilgili maddeleri.

⁵⁷ Bkz. AWES'in ilgili maddeleri.

Tersane sahibi, gemi inşa sözleşmesine taraf olan kişiyi tarif etmek yerine, daha çok ilgili tesisin mülkiyetinin kime ait olduğunu göstermektedir. Müteahhit veya yüklenici kavramları ise, genel olarak eser sözleşmesinde eseri imal etmekle yükümlü tarafı tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır. Yönetmelikte geçen tesis işleticisi terimi ise uygulamada henüz yaygın bir kullanım kazanmamıştır. Tezde, gemi inşa sözleşmesinde gemiyi inşa etme işini üstlenen kimseyi daha özel bir terimle ifade etmenin daha uygun olacağı kanaatiyle, bu kavramlar yerine geminin inşasını taahhüt eden kişi anlamında “*tersaneci*” teriminden yararlanılmıştır.

Tersane, Tekne İmal ve Çekek Yerlerine İşletme İzni Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesine göre, *yatırımı tamamen veya kısmen tamamlanmış ve faaliyete geçebilecek durumda olan tesisin işletilebilmesi için, İdareden işletme izni veya kısmi işletme izni alınması zorunludur*⁵⁸. Bu anlamda tersaneci, gemi inşa faaliyetini ancak ilgili İdareden işletme izni almak suretiyle gerçekleştirebilir.

Gemi inşa sözleşmesinde “*tersaneci*”, kendisine ödenmesi taahhüt olunan bedel karşılığında, bir gemiyi inşa ederek iş verene teslim etmeyi taahhüt eden kişidir. Bu anlamda tersaneci olmak için, tersane sahibi olmak gerekmez. Tersane sahibi, kendisi tersaneyi işletip gemi inşa faaliyetinde kullanabileceği gibi; tersane sahibi ile yapmış olduğu kira sözleşmesi neticesinde, tersaneyi kullanma hakkını kazanan bir üçüncü kişi de gerekli işletme iznini aldıktan sonra gemi imalinde bulunabilir⁵⁹.

Tersaneci, genellikle bir ticarî işletmeyi işletmesi veya ticaret şirketi niteliğinde olması nedeniyle “*tacir*” sıfatını haizdir⁶⁰. 6762 sayılı Ticaret Kanununun 12.

⁵⁸ Yönetmeliğin Geçici 3. maddesi uyarınca, mevcut tesisler için kısmi işletme izninin 10/8/2014 tarihine kadar, işletme izninin ise 10/8/2015 tarihine kadar alınması zorunludur.

⁵⁹ Nitekim Tersane, Tekne İmal ve Çekek Yerlerine İşletme İzni Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesine göre, *işletme izni bulunan tesisin tamamı devredilebilir veya kiraya verilebilir*.

⁶⁰ Esasen inşaat sözleşmelerinin çoğunda yüklenici bir tüzel kişi, bir ticaret şirketi olmaktadır. Bkz. Öz (İnşaat), s. 110. Bu ticari ortaklık içerisinde, yüklenici, üstlendiği borçları, organları vasıtası ile yerine getirmektedir. Yüklenicinin zorunlu unsuru olan organları bizzat tüzel kişiliğin kendisini oluşturmaktadır. Seliçi, Ö.: *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978, s. 126. Tüzel kişiliğin organları dışındaki personeli ise ifası kendisine bırakılan borçlar veya kullanılmasına katıldıkları haklar bakımından yardımcı şahıs olarak kabul edilmektedir. Yargıtay 4. HD. 1.11.1976, 6024/9292 (YKD. 1978/4, s. 533). Bkz. Oğuzman, M. K./Öz, M. T.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2009, s. 367. Bu yapılanma içerisinde işin organizasyon ve

maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş olan “*her çeşit imal ve inşa*” işi kapsamında, gemi inşa etmek faaliyetinin de dâhil olduğu açıktır. Ancak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 12. maddesinde bu tanımlamadan vazgeçilerek, tacir, *bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kimse olarak* tanımlanmış; 11. maddesinde ise ticari işletme, *esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletme* olarak ifade edilmiştir. Gemi inşa faaliyetinin maddi büyüklüğünün esnaf faaliyetleri sınırının çok üzerinde olması ve tersanecinin faaliyetlerinin bedeni çalışmasından ziyade personeli ve diğer ifa yardımcıları ile gerçekleştirdiği bir organizasyon kapsamında ifa ediliyor olması nedeniyle, kanunun aradığı diğer şartları havi tersanecinin tacir sıfatı değişmeyecektir⁶¹. Bu nedenle tacirlere uygulanan özel hükümler tersaneciler için de geçerlidir.

Gemi inşasının teknik bakımdan son derece karmaşık bir yapıya sahip olması ve iş bölümünü zorunlu kılması, tersanecinin, inşa işini çalıştırdığı pek çok işçi ve uzman ile gerçekleştirmesine sebep olmaktadır. Diğer yandan gemi inşasına konu işlerin ayrı uzmanlık gerektirmesi nedeniyle, tersaneci, bir kısım işleri çoğu zaman alt yüklenicilere yaptırmaktadır. Alt yüklenici kullanan tersaneci, tıpkı anahtar teslimi üstlenen genel bir müteahhit (*Generalunternehmer*) durumundadır. Tersanecinin, geminin inşası yanında, plan ve projelerini hazırlama işini de üstlenmesi mümkündür. Bu durumda ise tersaneci, tümel yüklenici (*Totalunternehmer*) konumundadır⁶². Tersaneci, hizmet sözleşmesindeki işçiden farklı olarak iş sahibinin talimatıyla bağlı değildir⁶³. İş sahibinin siparişini kabul ya da reddetmek tamamen kendisinin ihtiyarındadır.

koordinasyonunun düzenlenmesi, hangi ekibin işleri yürüteceği vs. örgüt içerisinde çözümlenmiştir. *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 25.

⁶¹ Kanunun aradığı diğer şartlar için bkz. *Arkan*, s. 28.

⁶² *Widmer*, C.: “Die massgeblichen Leistungen im Generalunternehmer-Vertrag, Das Private Baurecht der Schweiz”, Beiträge für die Praxis, Zürich 1994, s. 120; *Gauch*, P.: “Der Totalunternehmervertrag-Von seiner Rechtsnatur und dem Rücktritt des Bestellers”, (BR/DC) 2/1989, s. 41.

⁶³ *Gautschi*, G.: *Der Werkvertrag, Artikel 363-379 OR*, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Bern 1967, Art. 363, N. 3.d; *Werz*, J. C.: *Delay in Construction Contracts, A comparative study of legal issues under Swiss and Anglo – American law*, Freiburg 1994, N. 35.

2- İş Sahibi

“İş sahibi”, gemi inşa sözleşmesinin diğer tarafını oluşturur. Yani iş sahibi, bir geminin inşa olunarak kendisine tesliminin taahhüdü karşılığında, tersaneciye bedel ödemeyi taahhüt eden kişidir. Tip sözleşmelerde, iş sahibi için “müşteri” (*purchaser*) ya da “alıcı” (*buyer*) terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Bu adlandırma, gemi inşa sözleşmesinin, tip sözleşmelerin tabi olduğu hukuklarda satım sözleşmesi olarak nitelendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak bu çalışmada satım akdini anımsatan bu kavramlar yerine, inşaat sözleşmelerinde yaygın bir tabir olan “iş sahibi” deyiminin kullanılması tercih edilmiştir.

İş sahibi, genellikle mevcut filosunu genişletmek isteyen bir donatan, yani gemiyi deniz ticaretinde kullanacak olan malik veya üçüncü kişidir. İş sahibi, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Hatta iş sahibi, bir yapı ortaklığı şeklinde de karşımıza çıkabilir. 6762 sayılı Ticaret Kanununun 971. maddesinde düzenlenmiş olan yapı ortaklığı, iki veya daha çok kimsenin parası ortaklaşa verilmek ve denizde işletilmek üzere gemi yaptırmak için kurdukları bir ortaklıktır⁶⁴. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda yapı ortaklığına ilişkin hükümler kaldırılmış olduğundan bu tür bir ortaklığın kurulması halinde, yapının inşasına başlanmasından inşa tamamlanıp geminin denizde işlemeye başladığı ana kadar Türk Borçlar Kanununun 620 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan adi ortaklığa ilişkin hükümler uygulama bulur⁶⁵. Uygulamada, sorumluluklarını sınırlamayı dileyen kişiler, daha ziyade bir ticaret şirketi çatısı altında gemi inşa sözleşmesine taraf olmaktadır. Gemi inşa projesinin finansmanının finansal kiralama sözleşmesi⁶⁶ ile karşılandığı hallerde, finansal kiralama şirketlerinin de iş sahibi olması mümkündür⁶⁷. Bunun yanı sıra yat inşası

⁶⁴ Çağal/Kender, s. 184; Okay (C. I), s. 294; Kender/Çetingil, s. 86; Tekil, s. 193.

⁶⁵ Gemi denizde işlemeye başladığı andan itibaren ise artık donatma iştiraki mevcut olduğundan donatma iştirakine ilişkin kurallar geçerli olacaktır. Bkz. Çağal/Kender, s. 184.

⁶⁶ Finansal kiralama sözleşmesinde kiralayanın aslı borcu, kira konusu malın satıcısından veya malın temini bir istisna sözleşmesinin konusu ise yükleniciden alınması için gereken finansmanın sağlanması yani malın mülkiyetinin iktisabı için icab eden bedelin ödenmesi ve bunu müteakip malın kiracının doğrudan zilyetliğine geçirilmesidir. Uygulamada malın seçimi, satıcı/imalatçı ile gereken temaların kurulması, sözleşme şartlarının müzakeresi ve tesbiti vb hususlar müstakbel kiracı tarafından yapılır. Aralarında mutabakat tesis edildikten sonra, müstakbel kiracı ile finansal kiralama şirketi arasında, finansal kiralama sözleşmesi için müzakereler başlar. Bkz. Sözer, s. 75.

⁶⁷ Finansal kiralama sözleşmesinde müstakbel kiracı ile gemiyi yapacak olan tersaneci arasında mutabakat sağlandıktan sonra veya çoğu zaman müzakereler sürerken, konu işlemi finanse edecek olan finansal kiralama şirketine de intikal ettirilir. Bir taraftan müstakbel kiracı ile finansal

gibi, ticari amaçla sipariş edilmemiş gemiler söz konusu olduğunda tacir olmayan kişilerin de iş sahibi sıfatını taşıması mümkündür. Ancak tezde yer alan konular daha ziyade her iki tarafın da tacir olduğu faraziyesinden hareketle ele alınmıştır.

D) DİĞER İLGİLİ KİŞİLER

Gemi inşası gibi büyük ölçekli inşaat işleri, genellikle bir proje kapsamında ele alınmaktadır. Bu proje, tersaneci ve iş sahibi arasında akdedilecek gemi inşa sözleşmesi yanında, kreditorler ile kredi sözleşmesi, sınıflama kuruluşları ile sınıflama sözleşmesi ve sigortacılar ile sigorta sözleşmesi gibi pek çok yan sözleşmenin kurulması ile hayata geçirilmektedir. Ayrıca bu maksatla, alt yüklenicilerle imzalanacak taşeronluk sözleşmesine, malzeme tedarikçileri ile imzalanacak satım sözleşmesine, geminin tasarımı için yapılacak tasarım sözleşmesine vb. pek çok sözleşmeye ihtiyaç duyulabilir. Gemi inşa sözleşmesini etkileyen bu ilişkiler ağı içerisinde, gemi inşa projesine dâhil olan bazı katılımcılara aşağıda kısaca yer verilmiştir:

1- Sınıflama Kuruluşları

Gemi sınıflama kuruluşları, gemi ve diğer deniz yapılarının tasarlanması, inşası ve sonrasında tekne, makine ve donanım güvenliği için uyulması gerekli teknik kuralların belirlenmesi ile söz konusu yapıların, bu kurallara uygunluğunu inceleme, denetleme ve belgeleme faaliyetlerinde bulunan kuruluşlardır⁶⁸. Gemi inşa

kiralama şirketi arasında finansal kiralama sözleşmesi imzalanırken, diğer taraftan da finansal kiralama şirketi ile tersane arasında gemi inşa sözleşmesi imzalanır. Bkz. *Sözer*, s. 110.

⁶⁸ *Koyuncu, İ. S.: Gemi Sınıflama Kuruluşlarının Faaliyetleri ve Sorumluluğu*, İstanbul 2008, s. 32. Bu kuruluşlar tarafından verilecek olan sınıflama belgesi özellikle geminin sigortası için önem taşımaktadır. Zira tekne sigortaları, sigorta himayesi sağlamadan önce geminin *International Association of Classification Societies* (IACS), üyelerinden biri tarafından sınıflama belgesi verilmesini şart koşmaktadır. Diğer yandan sınıfı olmayan bir geminin navlun sözleşmesi akdetme şansı azalmaktadır. Sınıflama kuruluşları tarafından yapılan beyanlar da gemi alım satım sözleşmelerini etkilemektedir. Ayrıca klası olmayan gemilerin P&I sigortası yapılmamaktadır. Bkz. *Lagoni, N.: The Liability of Classification Societies*, Berlin Heidelberg 2007, s. 11.

sözleşmesinde gemiler, iş sahibinin tayin ettiği⁶⁹ sınıflama kuruluşunun kural kitabına uygun olarak inşa edilir⁷⁰.

Bu kapsamda öncelikle tersaneci ile gemi sınıflama kuruluşu arasında, gemi inşası sırasında yapılması gereken işlem ve denetlemeler hususunda bir sözleşme akdedilir⁷¹. Bu sözleşme çerçevesinde, sınıflama kuruluşu tarafından gemi inşa ve tasarım planları ile inşa için kullanılan malzeme incelenir; geminin inşaatı belirli zaman aralıklarıyla denetlenir ve makine/ekipmanların güvenlik açısından düzgün çalışıp çalışmadığı kontrol edilir⁷². Denetlemelerde tespit edilen eksiklik ve yanlışların düzeltilmesi yönünde tersaneci uyarılır; gerekli düzeltmeler yapılmazsa gemi hakkında sınıflama belgesi düzenlenmez. Gemi, sınıflama kuruluşunun kurallarına göre inşa edilirse sınıflama belgesi verilir ve geminin sınıfı ilân edilir⁷³. Bu şekilde, geminin amaçlanan ticarî kullanım tarzını karşılayacak şekilde, denize elverişliliğiyle ilgili emredici normlara uygun olarak inşa edilmesi sağlanır⁷⁴.

2- Kredi Kuruluşları

Bir geminin inşası oldukça yüksek yatırım maliyetleri gerektirmektedir. Yeni gemi inşa ettirmek isteyen donatanlar, inşa için gerekli olan yüksek yatırımı, kendi öz kaynaklarını kullanmak yerine, genellikle dış kaynaklardan sağlama yoluna gitmektedirler. Dış kaynaklardan gemi finansmanı sağlamak için donatanların başvurabileceği pek çok yöntem bulunmaktadır. Bu yöntemler öncelikle “borçlanma”

⁶⁹ Tersaneciler, gemi inşa planlarının tekrardan onaylanması ve değişik kural kitaplarının uygulanması gibi, zaman kaybına yol açabilecek hususlardan kaçınmak amacıyla, donatanları, devamlı çalıştıkları gemi sınıflama kuruluşlarına yönlendirmekte; aksi halde ek ücret talep etmektedir. Bkz. *Curtis, S.: The Law of Shipbuilding Contracts*, 3. Ed., London 2002, s. 25.

⁷⁰ *Koyuncu*, s. 42.

⁷¹ *Curtis*, s. 26. Son yıllarda deniz kamu hukuku alanında yaşanan gelişmelere bağlı olarak sınıflama kuruluşları, hizmet alanlarını uluslararası konvansiyonlardan kaynaklanan deniz emniyeti ve güvenliğine ilişkin ilişkin kanuni denetimlerin yapılması yönünde genişletmişlerdir. Bu tür denetimler, bayrak devleti ile sınıflama kuruluşları arasında yapılan bir anlaşmaya dayanmaktadır ve kamu hukuku karakterini haizdir. Bkz. *Lagoni*, s. 8; *Koyuncu*, s. 26.

⁷² *Lagoni*, s. 6; *Basedow, J./Wurmnest, W.: Third-Party Liability of Classification Societies, A Comparative Perspective*, Berlin - Heidelberg 2005, s. 10.

⁷³ Sınıflama belgesi her ne kadar geminin denize elverişliliğini göstermek için düzenlense de bunu garanti etmemektedir. Ayrıca sınıflama kuruluşu, teslimden sonra zaman zaman yaptığı denetimlerle geminin kurallara uygun vaziyette olup olmadığını araştırır. Geminin sınıflama kurallarına uygun olmaması halinde sınıfı geri alınır. Bkz. *Lagoni*, s. 7.

⁷⁴ *Koyuncu*, s. 42.

(*debt*) ve “sermaye” (*equity*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁷⁵. Günümüzde gemi finansmanı açısından kullanılan en yaygın araç, kredi kuruluşlarından, yani bankalardan alınan kredidir⁷⁶.

Kredi kuruluşlarından borçlanma, donatanlar ile kreditorler arasında imzalanan kredi anlaşmaları ile gerçekleşmektedir. Bir donatana kredi verilip verilmeyeceği ve söz konusu kredinin miktarı, süresi, faiz oranı ve donatandan istenecek teminatlar, donatanın finansal gücüne, piyasadaki konumuna ve geçmiş kredi ödemelerine bakılarak karara bağlanmaktadır. Anapara ve faizlerin ödenmemesi riskini teminat altına almak isteyen bankalar, donatandan, gemi üzerinde banka lehine ipotek kurmasını talep etmektedirler. Bu kapsamda, geminin hasara uğraması riskine karşılık, geminin sigortalanması, bu sigortanın, geminin charter sözleşmelerinin ve alacak haklarının bankaya devredilmesi de şart koşulabilmektedir. Çoğu zaman, bu koşulların yerine getirilememesi nedeniyle, gemi için finansman sağlayacak bir kredi kuruluşu bulunamadığı takdirde gemi inşasına ilişkin tersaneci ve iş sahibi arasında yürütülen müzakereler sözleşme kurulamadan sona ermektedir.

III. HUKUKÎ NİTELİĞİ

A) İVAZLI BİR SÖZLEŞMEDİR

Tarafların bir karşı alacak elde etmek veya iktisap sebebiyle yaptıkları sözleşmeler, ivazlı sözleşmelerdir. Gemi inşa sözleşmesi, bu anlamda ivazlı bir sözleşmedir. Zira tersaneci, gemiyi inşa etme borcunun ifası karşılığında bedele hak kazanır. Yani tersanecinin bir gemiyi meydana getirip teslim etmek borcuna karşılık, iş sahibi de bedel ödeme borcu altına girer.

⁷⁵ Borçlama, bir kredi kuruluşundan borçlanma (senior banking), fon düzenleme (issuing bonds), mezzanine finans, leasing gibi çeşitli şekillerde gerçekleşmektedir. Sermaye ise ya emeklilik şirketleri gibi yatırım yapmak isteyen şirketlerin özel sermaye (privat equity) ile şirkete iştirak etmesi ya da halka açılma (public equity) ile mümkün olmaktadır. Ayrıca Norveç ve Almanya’da yaygın bir şekilde kullanılan komandit şirket yöntemi ile de sermaye sağlanabilmektedir. Bkz. *Stopford*, s. 269-316.

⁷⁶ Bu yöntem tüm gemi finansmanı işlemlerinin yaklaşık % 80’inini oluşturmakta, geriye kalan yöntemler ise bu yöntemi tamamlayıcı bir fonksiyon ifa etmektedir.

B) TAM İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN BİR SÖZLEŞMEDİR

Gemi inşa sözleşmesi, tarafların edimleri birbirinin karşılığını oluşturduğu için tam iki tarafa borç yükleyen (*synallagmatischen*) bir sözleşmedir. Zira tersanecinin aslî edimi olan gemiyi inşa ve teslim etme borcu ile, iş sahibinin aslî edimi olan ücret ödeme borcu birbirinin karşılığını teşkil eder.

C) ANİ EDİMLİ BİR SÖZLEŞMEDİR

Tersaneci, edimini genellikle iki veya üç yıl arasında değişen bir zaman dilimi içerisinde ifa etmektedir. Ancak tersanecinin edimi, belirli veya belirsiz bir süre boyunca devam eden bir ifaya yönelmiş değildir. Onun edimi ifa ile yani geminin inşa edilip iş sahibine teslimi ile son bulmaktadır. İş sahibinin menfaati de zaman içinde değil, tamamlanmış gemiyi teslim alması ile bir kerede gerçekleşmektedir. Dolayısıyla geminin inşasının uzun bir zamana ihtiyaç göstermesi nedeniyle sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu ilk bakışta düşünülebilirse de⁷⁷, ifanın bir kerede sona ermesi nedeniyle, ani edimli sözleşme olarak kabulü gerekmektedir⁷⁸.

D) RIZAİ BİR SÖZLEŞMEDİR

Gemi inşa sözleşmesi, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulduğu için rızai bir sözleşmedir. Geminin teslimi, sözleşmenin kurulması aşamasıyla değil, ifa süreciyle ilgili bir husustur.

⁷⁷ Eren, F.: “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri (I)”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara 1996, s. 52.

⁷⁸ Eser sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi mi yoksa sürekli bir borç ilişkisi mi olduğu belirlenirken nitelendirici olan iş görme faaliyetinin değil, eserin gerçekleşmesinden doğacak çıkarın zamana yaygın olmasıdır. Dolayısıyla iş sahibinin ifaya olan çıkarının zaman içinde yaygın olduğu istisnai hallerde sürekli borç ilişkisi kurulabilir. Bu tür sürekli eser sözleşmeleri iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlar ard arda eser teslimi borcunu içeren sözleşmeler yani eser tedariki sözleşmeleri ve tek bir eserin varlığının zaman içinde genişlediği eser sözleşmeleridir. Bkz. Öz, s. 21. Genel olarak eser sözleşmeleri, yüklenicinin bir sonucu meydana getirme faaliyetinde bulunması nedeniyle uzun ömürlü iseler de iş sahibinin ifaya olan çıkarı bir anda “teslim”le gerçekleştiğinden kural olarak ani edimlidirler. Örneğin yüklenicinin iki veya üç yıl süreyle inşaatı tamamlamaya çalışması ifa olmayıp, ifaya hazırlıktır. İfa son bir eylemle yani teslimle gerçekleşecektir. Selimoğlu, Y. E.: “Eser Sözleşmesi ve Kavramlar”, Faruk Erem’e Armağan, Ankara 1999, s. 686.

E) İŞ GÖRME GAYELİ BİR SÖZLEŞMEDİR

1- Genel Olarak

Türk hukukunda, gemi inşa sözleşmesini düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide bu sözleşmelerin, eser⁷⁹, satım⁸⁰ veya kural olarak eser sözleşmesi olmakla beraber istisnaen satım sözleşmesi niteliği taşıyabileceğine⁸¹ ilişkin farklı görüşlere rastlanmaktadır. Yargıtay, hukukî niteliği ile ilgili tartışmalara girmeksizin, gemi inşa sözleşmesini, eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir⁸². Öğreti ve Yargıtay uygulamasında ortaya çıkan bu görüş farklılığı, gemi inşa sözleşmesinin, iş görme borcu yanında teslim borcu doğurmasından kaynaklanmaktadır. Zira tersanecinin, bir inşa eseri meydana getirmeyi borçlanması nedeniyle, bir iş görme sözleşmesi olan eser sözleşmesi unsurlarını taşıyan gemi inşa sözleşmesi, diğer yandan ise, inşa edilen geminin, diğer tarafa teslim edilmesi, yani kesin olarak devredilmesi borcu doğuruyor olması nedeniyle, temlik borcu doğuran satım sözleşmesinin unsurlarını da ihtiva etmektedir⁸³. Gemi inşa sözleşmesinin amaç bakımından niteliğine ilişkin olarak ortaya çıkan görüş farklılıkları, sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespiti için, bu görüşlerin bütün yönleriyle ve ayrıntısıyla incelenmesini zorunlu kılmaktadır.

2- Temlik Borcu Doğuran Sözleşme Olarak Satım Sözleşmesi Görüşü

Türk Borçlar Kanununun 206 vd. maddelerinde⁸⁴ düzenlenmiş olan satım sözleşmesi, satım konusu mal ile semenin karşılıklı olarak değiştirilmesi taahhüdünü içeren rızai bir sözleşmedir. Bir geminin inşasını konu eden sözleşmelerin, satım sözleşmesi (*contract for sale*) olarak nitelendirilmesi, özellikle Anglo Sakson ve

⁷⁹ İzveren/Franko/Çalık, s. 67.

⁸⁰ Okay (C. I), s. 164.

⁸¹ Çağal/Kender, s. 102.

⁸² HGK T. 19.12.1951, E.128-42, K. 138, Olgaç, S.: *Kaza, ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu*, Cilt II, B. 2, İstanbul 1970, s. 1043.

⁸³ Yüklenicinin, meydana getirdiği eseri, iş sahibine teslim etmek zorunda olması nedeniyle inşaat sözleşmesinin satış sözleşmesine yaklaştığı yönünde bkz. Eren (İnşaat I), s. 51. Özellikle yüklenicinin teslim borcu yanında mülkiyeti nakil borcu olduğu hallerde satım sözleşmesi ve eser sözleşmesi arasındaki sınırı çizmenin zorlaştığı hakkında bkz. Klauser, P.: *Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen*, Zürich 1973, s. 3.

⁸⁴ BK m. 182 vd.

Fransız hukuk doktrininde karşımıza çıkan bir görüştür⁸⁵. Gemi inşa sözleşmesinin, satım sözleşmesi görüşü çerçevesinde, *imal edilecek şeyler hakkındaki satım sözleşmesi*, *erteleyici şarta bağlı satım sözleşmesi* veya *beğenme koşuluyla satış sözleşmesi* olarak değerlendirilmesi mümkündür.

a) *İmal Edilecek Şeyler Hakkındaki Satım Sözleşmesi Görüşü*

i. Genel Olarak

Satım sözleşmesinin yapıldığı sırada, akdin konusunun mevcut olması veya satıcının malvarlığında bulunması şart değildir⁸⁶. Dolayısıyla gelecekte yapılacak (müstakbel) eşyanın satımının mümkün olduğu kabul edilmektedir⁸⁷. Bu tür bir sözleşmede, satıcı, sözleşmenin kurulması sırasında, henüz mevcut olmayan bir malın mülkiyetini alıcıya geçirmeyi taahhüt etmektedir⁸⁸. Tersaneci de, inşa edeceği geminin sipariş verene teslimini ve mülkiyetinin devrini taahhüt etmektedir⁸⁹. Bu benzerlik nedeniyle, gemi inşa sözleşmesi, imal edilecek şeyler hakkındaki satım akdi olarak nitelendirilebilir. Nitekim Türk hukukunda *Okay*, gemi inşa sözleşmesini, ileride hazırlanacak veya imal edilecek bir şeyin satışı olarak vasıflandırmanın yerinde olacağı görüşündedir⁹⁰.

Gemi inşa sözleşmesinin hukuki niteliğinin, imal edilecek şeyler hakkındaki satım sözleşmesi karakterini haiz olduğu görüşü, İngiliz ve Fransız hukuklarında kabul

⁸⁵ Gemi inşa sözleşmelerinin İngiltere’de Amerika Birleşik Devletleri ve Fransa gibi bazı yargı çevrelerinde satım sözleşmesi olarak kabul edildiği görülmektedir. Bkz. *Clarke, M. A.: Shipbuilding Contracts, A Comparative Analysis of Contracts in the Major Maritime Jurisdictions, Comite Maritime International, 2nd Ed., Lloyd’s of London Press, London 1992, s. 15, dn. 69; Okay (C. I), s. 163; Wahl, N. 46.* Amerika’da gemi inşa sözleşmeleri eyaletlerin yargı yetkisi içinde kabul edilmektedir. Bu nedenle farklı eyaletlerde değişik sonuçlara ulaşılması mümkündür. Örneğin Louisiana’da konuya ilişkin genel bir kural olmamakla birlikte, her bir sözleşme ödeme ya da malzemelerin tedarikine ilişkin hususlara göre değerlendirilmektedir. Bu kapsamda *Golden Lane Marine, INC. v. Bobben Fabrications, INC., 1977 A.M.C. 2006* davasında sözleşmenin satım sözleşmesi olduğuna dair iddia reddedilmiş ve sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir.

⁸⁶ *Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, B. VI, İstanbul 2008, s. 79; Tunçomağ, K.: Borçlar Hukuku (C. II), Özel Borç İlişkileri, B. 3, İstanbul, 1977), s. 45; Yavuz, C./Özen, B. /Acar, F.: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, B. 7, İstanbul 2009, s. 24.*

⁸⁷ *Tunçomağ (C. II), s. 45; Gauch, P./Schönle, H.: Obligationenrecht, Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191, 3. Auflage, Zürich 1993, Art. 184, N. 57, 118.*

⁸⁸ *Gauch, P.: Der Werkvertrag, 4. Überarbeitete und Erweiterte Auflage, Zürich 1996, N. 126.*

⁸⁹ Genel olarak eser sözleşmelerindeki bu benzerlik için bkz. *Gauch, N. 126; Gauch/Schönle, Art. 184, N. 132.*

⁹⁰ *Okay (C. I), s. 164.*

görmektedir⁹¹. Alman Medeni Kanununda 2002 yılında yapılan değişiklikten sonra, imal edilecek şeylere ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi hükümlerine tâbi tutulduğundan, bu görüşün Alman hukuku açısından da geçerli olduğu söylenebilir.

İmal edilecek şeyler hakkındaki sözleşmelerin satım akdi olarak kabul edilmesi, uluslararası ticarî teamüle de uygun düşmektedir. Nitekim uluslararası eşya satımını düzenleyen Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması⁹² (Viyana Konvansiyonu) bu nitelikteki sözleşmeleri satım sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Bu görüş çerçevesinde gemi inşa sözleşmesinin İngiliz hukuku ve Viyana Konvansiyonu hükümleri açısından incelenmesine aşağıda yer verilmiştir.

ii. İngiliz Hukuku Açısından

İngiliz hukukunda satım sözleşmesi, mülkiyetin sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçtiği “*doğrudan satış*” (*outright sale*) ve sözleşmenin kurulmasından sonraki bir anda alıcıya geçtiği “satım için sözleşme” (*agreements to sell*) olmak üzere ikiye ayrılır⁹³. Satım için sözleşmelerde, malın mülkiyeti, gelecekte veya bir koşulun yerine getirilmesi üzerine alıcıya geçer. İngiliz hukuk öğretisinde, gemi inşa sözleşmesinin bu ikinci gruba girdiği ve mevcut olmayan ve fakat gelecekte varolacak bir şeyin satımına ilişkin bir sözleşme (*the sale of future goods*) olduğu kabul edilmektedir⁹⁴.

⁹¹ Gemi inşa sözleşmesi, Fransız Hukuku'nda imal edilecek şeyler hakkındaki satım akdi (*vente à livrer*) olarak nitelendirilmektedir. Bkz. *Govare*, J. P.: “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection with Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 43.

⁹² United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 14.04.2009 tarih ve 27200 sayılı RG'de yayımlanan 5870 sayılı Kanun ile Türkiye'nin bu anlaşmaya katılması uygun bulunmuştur.

⁹³ *Curtis*, s. 3; *Hill*, C.: *Maritime Law*, 6th Ed., London Hong Kong 2003, s. 49.

⁹⁴ *Mandaraka-Sheppard*, A.: *Modern Admiralty Law With Risk Management Aspects*, London-Sydney 2001, s. 414; *Lawson H. B./Norton*, J. E.: “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 33; *Hill*, s. 75; *Hodges, S./Hill, C.: Principles of Maritime Law*, London - Hong Kong 2001, s. 66; *Clarke*, s.14; 1958 tarihli *McDougall v. Aeromarine of Emsworth Ltd.* davasında “...gemi inşa sözleşmesi her ne kadar bir geminin yapımı sözleşmesi formunda olsa da bu sözleşme hukukumuzda satım sözleşmesidir” denilerek gemi inşa sözleşmesinin satım sözleşmesi niteliği taşıdığı açıkça ifade edilmiştir. *McDougall v. Aeromarine of Emsworth Ltd.* [1958], 2 Lloyd's Rep. 345; Ayrıca *Reid v. Macbeth and Gray* [1904] A.C. 223;

Bununla birlikte, tersanecinin sözleşmeyi feshinden önce muaccel olan bedel alacaklarının, fesihden sonra tersaneciye ödenip ödenmeyeceği hususunda *Hyundai* ve *Stocznia* davalarında verilen mahkeme kararları, gemi inşa sözleşmesinin satım sözleşmesi niteliğini tartışmaya açmıştır. *Hyundai Heavy Industries Co. v. Papadopoulos and Others* (1980) davasında mahkeme, satım sözleşmesine uygulanan bir içtihadı⁹⁵ gemi inşa sözleşmesine uygulamayı reddetmiştir. Mahkeme bu kararına gerekçe olarak, uygulamayı reddettiği içtihadı konu olaydaki sözleşmenin, gemi inşa sözleşmesinin aksine, “satıcı tarafından hiç bir çalışma ya da satım konusu eşya üzerinde hiç bir masraf yapılmasını gerektirmeyen” bir sözleşme olduğunu belirtmiş; ayrıca söz konusu gemi inşa sözleşmesinin, sadece geminin satımı için değil, inşası, suya indirilmesi, donanımı, tamamlanarak teslimi ve satımı için yapılan bir sözleşme olduğuna işaret etmiştir⁹⁶. *Hyundai* davasında benimsenen ilkeler, daha sonra *Stocznia Gdanska S.A. v. Latvian Shipping Co., Latreefer Inc. and Others* (1998) davasında da uygulanmış ve gemi inşa sözleşmesinin sadece bir geminin satımı sözleşmesi değil, “tersanecinin yükümlülükleri arasında, bir geminin tasarımı, inşası ve inşası tamamlanan geminin alıcıya tesliminin de yer aldığı bir sözleşme olduğu” vurgulanmıştır⁹⁷.

Bu davalarda, gemi inşa sözleşmesinin nihai amacının, belirli bir ücret karşılığında eşyanın mülkiyetinin devri olduğu ve fakat bu amaca ulaşmak için tarafların üstlenmiş olduğu yükümlülüklerin niteliği ve kapsamının satım sözleşmesinden ziyade bir inşa sözleşmesine benzediği sonucuna ulaşılmıştır. Bu sonuçtan hareket eden mahkemeler, geminin inşası sırasında ifa edilen çalışma neticesinde, bir karşılık edimin tersaneci tarafından yerine getirildiğine ve bu sebeple tersanecinin, kısmi bedel alacağına hak kazandığına karar vermiştir⁹⁸.

Sir James Laing & Sons Ltd v. Barclay, Curle & Co. Ltd. [1908] A.C. 35 ve *Re Blyth Shipbuilding and Dry Docks Company* 1926 1 Ch. 494. Bkz. *Curtis*, s. 1.

⁹⁵ Bu içtihadı konu olan *Dies v. British and International Mining and Finance Corporation Ltd.* [1939] 1 K.B. 724, davasında alıcının satım sözleşmesini ihlalinin, ödemiş olduğu taksitleri, satıcının tazmin edilecek nitelikteki zararları dışında geri almasına engel oluşturmadığı kabul edilmiştir. *Curtis* s. 2, dn. 7.

⁹⁶ *Curtis*, s. 2.

⁹⁷ *Curtis*, s. 2.

⁹⁸ Bu kararları değerlendiren yazarlar, tersanecinin, geminin mülkiyetini devretmeden önce gerçekleştirdiği edimleri için ücret ödemek istemeyen iş sahibinin bunu sözleşmede açıkça belirtmesi gerektiğini; nitekim sözleşmede bu yönde açıkça hüküm bulunmaktaysa, sözleşme

Günümüz İngiliz hukuk öğretisine göre, *Hyundai* ve *Stocznia* kararları, “bir satım sözleşmesi niteliği taşıyan gemi inşa sözleşmesinin, aynı zamanda inşa sözleşmesinin bir takım özelliklerini de ihtiva eden karma bir niteliği haiz olduğunu ” ortaya koymuştur⁹⁹. Bu yaklaşım, İngiliz hukukunun satım sözleşmesi ile ilgili bir takım kurallarının tersaneci üzerindeki etkisini azaltmış; ancak sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin kabulü değiştirmemiştir¹⁰⁰. İngiliz hukukunda gemi inşa sözleşmesine, genel olarak satım sözleşmesi hükümlerinin tatbik edilmesi tarafların, uygulamada gemi inşa sözleşmesinin yapısına uygun düşmeyen kanun hükümlerini (özellikle ayıba karşı tekeffülle ilgili olarak) sözleşme ile değiştirmesine yol açmaktadır¹⁰¹.

iii. Viyana Konvansiyonu Açısından

Uluslararası eşya satımını düzenleyen Viyana Konvansiyonunun 3. maddesine göre, *imal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun*¹⁰². Bu hükmün, üretilecek veya imal edilecek olan malların satımına ilişkin sözleşmelere, uygulanabilmesi için, imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin prensipte satıcı tarafından temin edilmesi gerekir¹⁰³. Eğer bu malzemenin *esaslı*¹⁰⁴ bir

bedeli taksitler halinde ödense de, mülkiyet nakledilmeden önce yapılan ödemelerin iş sahibine iade edilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. *Neo*, D. S. S.: “Repudiation of a Shipbuilding Contract: Responses and Remedies”, *Singapore Journal of Legal Studies*, 1998, s. 461.

⁹⁹ *Mandaraka-Sheppard*, s. 414; *Curtis*, s. 2. Çin Hukuku açısından da gemi inşa sözleşmesinin karma bir nitelik taşıdığı öğretide ifade edilmektedir. Bkz. *Li, Lili: A Study on the Legal Nature of Shipbuilding Contract*, Master Thesis, Oslo 2009, s. 35.

¹⁰⁰ *Curtis*, s. 2-3.

¹⁰¹ *Ringdal*, F.: “The Remedy of Defects under Shipbuilding Contracts in Scandinavian Law”, *Schriften Des Deutschen Vereins Für Internationales Seerecht*, Reihe A: Berichte Und Vorträge, Heft 20, Hamburg 1974, s. 3 - 4.

¹⁰² Tercüme için bkz. *Atamer*, Y.: *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, B. 1, İstanbul 2005, s. 38.

¹⁰³ *Atamer* (CISG), s. 38.

¹⁰⁴ Doktrinde ve uygulamada *esaslı* kavramının nasıl anlaşılması gerektiği konusunda muhtelif görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan en yaygın olanları, alıcı tarafından temin edilen malzemenin değerini veya bu malzemenin, malın imali açısından taşıdığı önemi esas alan görüşlerdir. Bkz. *Schlechtriem, P./Butler, P.: UN Law on International Sales*, Berlin-Heidelberg 2009, s. 24; *Atamer* (CISG), s. 39. CISG Danışma Kurulu, 24 Ekim 2004 tarihinde verdiği 4 numaralı Görüş’te malzemenin ekonomik değerini esas almıştır. Bkz. *Honsell, H.: Kommentar Zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf*, Berlin Heidelberg 2010, s. 30. Ancak Kurul, bu değeri belirli bir rakam olarak vermekten kaçınmış

bölümünü alıcı temin etmişse, artık Viyana Konvansiyonu anlamında bir satım sözleşmesinden söz edilemez¹⁰⁵; zira satıcı, gerçek anlamda malı satmak yerine, sadece iş görme borcu altındadır¹⁰⁶. Dolayısıyla, malzemesi yüklenici (satıcı) tarafından sağlanan eser sözleşmeleri, bu Konvansiyon kapsamında satım sözleşmesidir¹⁰⁷. Viyana Konvansiyonunda yer alan bu düzenlemenin *ratio legis*, satıcının aslı edim yükümlülüğünün, tıpkı yüklenicinin yükümlülüğü gibi, bir sonucun gerçekleştirilmesine yönelik olmasıdır¹⁰⁸.

Sonuç olarak, inşa için gerekli olan malzemenin esaslı olarak tersaneci tarafından karşılandığı (götürü) gemi inşa sözleşmesi, Viyana Konvansiyonu kapsamında satım sözleşmesidir. Ancak Konvansiyonun 2. maddesinin (e) bendinde, “*gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satışı*” Konvansiyonun uygulama sahasından çıkartılmıştır. Taşınır malların satımına ilişkin olan Konvansiyon, taşınır mal hükmünde olan gemileri, gerek hava, gerekse deniz taşıtlarının birçok hukuk düzeninde taşınmaz gibi kendine özgü muamele görmesi, genelde bir sicile kayıtlı olmaları ve satışlarına ilişkin özel düzenlemelerin var olması sebepleriyle bu malların satımı kapsamı dışında tutmuştur¹⁰⁹.

ve olayın özelliğine göre “ekonomik değer” kriterinin uygulanmasının imkansız ya da uygun olmadığı durumlarda diğer kriterin uygulanabileceği sonucuna varmıştır. Örneğin her iki tarafın sağladığı malzemenin hemen hemen aynı fiyatta olması halinde, Bkz. CISG-AC 4 Numaralı Görüş İmal Edilecek ya da Üretilecek Şeyler Hakkındaki Satım Sözleşmesi ve Karma Sözleşme (Madde 3 CISG), 24 Ekim 2004, Raportör: Prof Pilar Perales Viscasillas. Kurul özellikle, satıcı tarafından know-how¹⁰⁴, model, tasarım sağlanması hallerinde, bunun imalat için gerekli olan malzeme şeklinde anlaşılamayacağını vurgulamıştır. Bkz. *Atamer* (CISG), s. 39.

¹⁰⁵ *Schlectriem/Butler*, s. 23; *Atamer* (CISG), s. 38.

¹⁰⁶ *Schlectriem/Butler*, s. 23. Diğer yandan taraflar, malzemenin esaslı kısmı alıcı tarafından sağlansa da sözleşmeye Viyana Konvansiyonu'nun uygulanacağını kararlaştırabilmektedir. *Schlectriem/Butler*, s. 24.

¹⁰⁷ *Zindel, G. G./Pulver, U.: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 3. Auflage, Basel-Genf-München 2003, Vorbem. Zu Art. 363-379, N. 24; *Atamer* (CISG) s. 38.

¹⁰⁸ *Zindel/Pulver*, Vorbem. Zu Art. 363-379, N. 24.

¹⁰⁹ *Atamer* (CISG), s. 45. Ancak doktrinde, Antlaşmanın bu tür araçlara uygulanmayacağı yönünde bir tespit yapılırken, aracın en azından boyutunun ve kullanım amacının dikkate alınmasında fayda bulunduğu ve küçük spor kayıkları, kano gibi hobi amaçlı kullanılan araçların satın alınmasında Anlaşma hükümlerinin uygulanabileceği ifade edilmektedir. *Atamer* (CISG), s. 45. Aynı şekilde, hareket amacı olmayan, yüzen mekânların örneğin, köprü, yüzen platform gibi nesnelere de Antlaşma kapsamında ele alınabileceği ifade edilmektedir. *Schlechtriem/ Butler*, s. 29; *Atamer* (CISG), s. 45.

b) *Erteleyici Şarta Bağlı Satış Sözleşmesi Görüşü*

Türk Borçlar Kanununun 170. maddesi¹¹⁰ uyarınca taraflar, bir sözleşmenin sonuçlarını doğurmasını veya ortadan kalkmasını, gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesi şartına bağlayabilirler¹¹¹. Sonuçlarının doğması gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlı olan bu tür sözleşmeler, “erteleyici şarta bağlı sözleşme” olarak adlandırılır¹¹². Erteleyici şarta bağlı sözleşme sayesinde taraflar öncelikle hukuki işlem ve sözleşmelerini gelecekteki olaylara ve bunların muhtemel gelişmelerine uyarılama imkânı bulmaktadır¹¹³.

Gemi inşa sözleşmesinin erteleyici şarta bağlı bir sözleşme olarak kabulü, özellikle Fransız doktrininde azınlıkta kalan bir kısım yazar tarafından savunulmuştur¹¹⁴. Bu görüşe göre satış, gemi inşasının ikmalî şartına bağlıdır; yapı tamamlanmakla erteleyici şart tahakkuk eder ve alıcı sözleşme anından itibaren gemiye malik olur.

c) *Beğenme Koşuluyla Satış Sözleşmesi Görüşü*

Beğenme koşuluyla satış, Türk Borçlar Kanununun 249. maddesine göre, *alıcının satılanı deneyerek veya gözden geçirerek beğenmesi koşuluyla yapılan satıştır*. Alıcının satım konusunu denemesi, beğenmesi ve onaylaması geciktirici iradi şartına bağlı bir satım sözleşmesi olan beğenme koşuluyla satışta, alıcı, satım konusuna açıkça veya örtülü onay verene kadar, sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmadığı gibi, satım konusu, alıcının zilyetliğinde olsa bile mülkiyet satıcıda kalmaya devam eder¹¹⁵. Nitekim Kanunun 250. maddesi¹¹⁶, beğenme koşuluyla satışta, alıcının,

¹¹⁰ BK m. 149’u karşılamaktadır. Metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında hüküm değişikliği yoktur.

¹¹¹ Eren, F.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B. 12, İstanbul 2010, s.1115; Gauch, P./Schluep, W./Emmenegger, S.: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, B. II, 9. Auflage, Zürich 2008, N. 3948; Oğuzman/Öz, s. 880; Pulaşlı, H.: *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları*, Ankara 1989, s. 8.

¹¹² Eren, s.1124; Koller, A.: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Bern 2009, s. 1269, N. 1.

¹¹³ Eren, s.1116. Ayrıca bu tür bir sözleşme ile sözleşmenin taraflarından biri diğer tarafın davranış biçimini, onu belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü altına sokmaksızın etkileme imkânı bulur. Eren, s.1116.

¹¹⁴ Dufour, No 363 571 ve 572 (Okay (C. I), s. 163’den naklen).

¹¹⁵ Aral, F.: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, B. 8, Ankara 2010, s. 178; Gümüş, M. A.: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, C.1, İstanbul 2008, s. 255; Tandoğan, (C. I/1), s. 296; Yavuz/Acar/Özen,

satılanı kabul etmekte veya hiçbir sebep göstermeksizin geri vermekte serbest olduğunu düzenlemektedir.

Gemi inşa sözleşmesinde çoğu zaman, geminin denizde yapılacak “deneme yüzüşleri”nden (*sea trials*) sonra iş sahibinin kabulüne sunulacağı yönünde düzenlemeler bulunmaktadır. Sözleşmede deneme yüzüşleri yapıldıktan sonra geminin teslim edileceğine dair bir şart bulunması, sözleşmenin Türk Borçlar Kanunu anlamında “beğenme koşuluyla satış” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorununun doğurmaktadır¹¹⁷.

3- Eser Sözleşmesi Görüşü

Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununun 470 ilâ 486 maddeleri arasında düzenlenmiştir¹¹⁸. Kanunun 470. maddesinde yer alan tanıma göre, *eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*¹¹⁹. Bu tanım çerçevesinde eser sözleşmesinin aslı unsurları bir şeyin imali ve bedel ödenmesidir.

Gemi inşa sözleşmesinde de tersaneci, iş sahibinin vermeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında bir geminin inşasını üstlenmektedir. Bu çerçevede gemi inşa sözleşmesinin unsurlarının eser sözleşmesi ile esaslı derecede örtüştüğü gözlenmektedir. Yargıtay da gemi inşa sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliği taşıdığı görüşündedir¹²⁰. Gemi inşa sözleşmesi, İtalya, Japon, Kore, Yunanistan ve Yugoslavya hukuklarında da, eser sözleşmesi (*contract for work and materials*) olarak nitelendirilmektedir¹²¹.

s. 114-116; von Büren, B.: *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551)*, Zürich 1972, s. 59.

¹¹⁶ TBK'nın 250. maddesinde, BK m. 219. metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

¹¹⁷ *Okay* (C. I), s. 164.

¹¹⁸ Eser sözleşmesi, BK'nın 355 ilâ 371. maddeleri arasında düzenlenmekteydi.

¹¹⁹ Türk Borçlar Kanununun 470. Maddesinde, BK m. 355 metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

¹²⁰ HGK T. 19.12.1951, E. T. 128-42, K. 138 sayılı karar için bkz. *Olgaç*, s. 1043; 15. HD. E. 2004/6389, K. 2005/3666, T. 20.06.2005.

¹²¹ *Clarke*, s. 15, 16.

4- Eser Teslim Sözleşmesi Görüşü

Öğretide eser sözleşmesinde malzemenin kim tarafından verildiğine göre bir ayırım yapılmakta ve malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı sözleşmeler “olağan eser sözleşmesi” (*schlichter werkvertrag*), yüklenici tarafından sağlandığı sözleşmeler ise “eser teslim sözleşmesi” (*werklieferungsvertrag*) olarak adlandırılmaktadır¹²². Eser teslim sözleşmesinin hukuki niteliğinin tespitinde, çeşitli hukuk düzenlerinde farklılıklar görülmektedir. Örneğin Roma hukukunda ve onu izleyen hukuk sistemlerinde bu tür sözleşmeler, satım sözleşmesi olarak kabul edilmekteyken¹²³; Türk / İsviçre hukukunda sözleşmenin hala eser sözleşmesi karakterini haiz olduğu görüşü hakimdir.

Roma hukuku geleneğini izleyen Alman hukukunda da eser teslim sözleşmesi uzun yıllar boyunca, satım sözleşmesi hükümlerine tâbi tutulmuştur: Alman Medeni Kanununun 2002 yılında yapılan revizyonundan önce geçerli olan 651. maddesine göre, malzemenin yüklenici tarafından tedarik edilerek bir şeyin imalının üstlenildiği sözleşmelere satım sözleşmesine ait hükümler uygulanır; ancak sözleşmenin konusunun gayri misli eşya olması halinde satım sözleşmesi yanında eser sözleşmesine ait bir takım hükümler de uygulama alanı bulur¹²⁴. Alman hukukunda, malzemenin tersaneci tarafından tedarik edildiği götürü nitelikteki gemi inşa sözleşmeleri, bu madde uyarınca “eser teslim sözleşmesi” olarak kabul edilmiş ve satım sözleşmesi hükümlerine tâbi tutulmuştur¹²⁵. Danimarka ve Norveç gibi bazı

¹²² Gauch, N. 121 vd; Eren (İnşaat I), s. 69.

¹²³ Roma Hukukunda sözleşmenin eser sözleşmesi (*locatio conductio operis*) olarak kabulü için malzemelerin muhakkak iş sahibi (*locator*) tarafından temin edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde yani malzemelerin yüklenici (*conductor*) tarafından tedarik edilmesi halinde istisna akdinden ziyade satım akdinin varlığı kabul edilirdi. Bugün Roma hukukunun etkisi altında olan pek çok hukuk sisteminde bu ayırım hala önem arz etmektedir. Bkz. Canavcı, M. A.: *Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akdi*, Yüksek Lisans Tezi, AUSBE 2006, s. 60 vd.

¹²⁴ 1 Ocak 1900 - 1 Mayıs 1993 tarihleri arasında yürürlükte olan BGB § 651: “(1) [1] *Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen.* [2] *Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung; ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle des § 433, des § 446 Abs. 1 Satz 1 und der §§ 447, 459, 460, 462 bis 464, 477 bis 479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648.* (2) *Verpflichtet sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zuthaten oder sonstigen Nebensachen, so finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung.*”.

¹²⁵ *Wüstendörfer*, eserinin yayımlandığı tarih olan 1920 yılında geçerli olan BGB § 651 hükmünden yola çıkarak, “tersanecinin, tamamlanmış bir geminin sipariş verene teslimini üstlendiği bir sözleşmenin genelde gayri misli bir eşyanın imalatını düzenleyen BGB § 651 kapsamında eser

ülkelerde de malzemenin tersaneci tarafından sağlandığı gemi inşa sözleşmeleri satım sözleşmesi olarak kabul edilmektedir¹²⁶. Türk öğretisinde, bu tür hukuk sistemlerinin etkisinde kaldığı düşünülen *Okay* da, götürü gemi inşa sözleşmelerinin eser sözleşmesinden ziyade, satım sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunmuştur¹²⁷.

2002 yılında yapılan revizyon ile Alman Medeni Kanununun 651. maddesi değiştirilmiştir¹²⁸. Bu değişiklik ile eskiden hangi sözleşme tipinin uygulanacağını belirlemesi açısından, malzemenin kim tarafından sağlandığına ve imal edilen eşyanın türüne (misli-gayri misli eşya) bağlı olarak yapılan ayırım kaldırılarak, sözleşmenin kurulmasından sonra imal edilecek veya üretilecek olan tüm taşınır şeyler hakkında satım sözleşmesi hükümlerinin uygulanması sağlanmıştır¹²⁹. Sonuç olarak günümüz Alman hukukunda, taşınır bir mal olan gemi inşasına ilişkin

teslim sözleşmesi” olduğunu ifade etmektedir. *Wüstendörfer*, s. 8; Aynı yönde bkz. *Schaps/Abraham*, s. 364. *Wüstendörfer*’in eserinde öncelikle, gemicilik sektörü detaylı bir şekilde anlatılmış ve Alman gemicilik sektöründe gemilerin kural olarak sipariş üzerine inşa edildiği ve malzemenin kendi hesabına tersaneci tarafından tedarik edildiği ifade edilmiştir. *Wüstendörfer*, s. 8. Dolayısıyla *Wüstendörfer* tarafından yapılan tanımda, eser teslim sözleşmesi olarak nitelendirilen gemi inşa sözleşmesinin, götürü nitelikteki gemi inşa sözleşmesi için geçerli olduğu söylenebilir. Yani, Alman hukukunda *Wüstendörfer* tarafından gemi inşa sözleşmesi için eser teslim sözleşmesi olarak yapılan nitelendirmenin, sadece götürü nitelikteki gemi inşa sözleşmeleri için yapıldığını ve malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı gemi inşa sözleşmelerinin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesinde bir sakınca olmadığını söylemek mümkündür.

¹²⁶ Bkz. *Clarke*, s. 14.

¹²⁷ *Okay* (C. 1), s.163.

¹²⁸ 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren yürürlükte olan BGB § 651: “*Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. § 442 Abs. 1 Satz 1 findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 649 und 650 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.*” Bu değişiklik ile AB Tüketici Alım Yönetmeliği hükümleri iç hukuka adapte edilmiştir. Bkz. *Münchener Kommentar*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4 Schuldrecht Besonderer Teil II München 2005, § 651, N. 2.

¹²⁹ *Münchener Kommentar*, § 651, N. 1. Ancak gayri misli şeylerin imalinin söz konusu olduğu hallerde, satım sözleşmesi hükümleri yanında eser sözleşmesine ilişkin bir takım hükümler de uyarlanmak suretiyle uygulanacaktır. *Münchener Kommentar*, § 651, N. 1. Buna göre misli olmayan şeylerin tesliminde iş sahibinin sorumlulukları ve işe katılma külfeti, (*Mitwirkungspflicht*) ile tarafların karşılıklı fesih olanakları hakkındaki kurallardan olan § § 642 vd. uygulama alanı bulacaktır. Bunlar yönünden § 640’a göre istisna sözleşmesindeki eseri teslim alma düzenlemesi yerine, § 446 ve § 447 hükümlerine göre satımla ilgili hasarın intikali düzenlemesinin geçecektir. Bkz. *Heub*, M. H. (Çev. *Demir*, M.): “Borçlar Hukuku Reformu: Yeni İstisna Sözleşmesi Hukuku”, *BATIDER*, Yıl 2002, C. XXI, S. 4, s. 39.

sözleşmeler, malzemenin kim tarafından tedarik edildiğine bakılmaksızın, satım sözleşmesi hükümlerine konu edilmiştir¹³⁰.

5- Değerlendirme

Gemi inşa sözleşmesi, temlik borcu doğuran sözleşme kapsamında, imal edilecek şeyler hakkındaki satım sözleşmesi, beğenme koşuluyla satış sözleşmesi ya da erteleyici şarta bağlı bir satış sözleşmesi; iş görme sonucu doğuran sözleşme bakımından ise, eser sözleşmesi veya satım akdine yaklaşan eser teslim sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.

Beğenme koşuluyla satım sözleşmesi, alıcının, sözleşme konusunu beğenmesi ve onaylaması şartına bağlı bir sözleşmedir¹³¹. Alıcı, sözleşme konusu şeyi denedikten sonra kabul edip etmemekte serbesttir¹³². Bu nedenle alıcının onay veya reddi, alıcı için karar verme yetkisini içermeyecek şekilde şarta bağlanmış satımlar, özellikle hüküm ve sonuç doğurması, satım konusunun objektif kullanılabilirliği veya objektif olarak tespit edilmesi gereken (olumlu) muayene sonucuna bağlanmış olan satımlar, beğenme koşuluyla satım olarak nitelendirilemez¹³³.

Gemi inşa sözleşmesi, geminin belirli özelliklerinin, önceden iş sahibi tarafından denenmesi imkânı sağlayan bir sözleşme olması nedeniyle, beğenme koşuluyla satıma benzerdir. Nitekim gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibinin gemiyi kabulü, deneme yüzüşleri neticesindeki sonuçların olumlu çıkması, yani geminin sözleşme ile kararlaştırılan özellikleri taşıması koşuluna bağlıdır. Burada da tıpkı denemeli satımda olduğu gibi objektif ve sonradan kontrol edilebilen bir uygunluk kriteri mevcuttur. Yani geminin sözleşmede kararlaştırılan özellikleri taşıyıp taşımadığının tespiti, objektif olarak mümkündür. İş sahibinin, sözleşmede yer alan özellikleri taşıyan gemiyi, kabulden imtina etmesi sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla iş sahibi, gemiyi kabulü hususunda tamamen serbest ve bağımsız hareket edemez.

¹³⁰ *Münchener Kommentar*, § 651, N. 3. Alman Hukukunda gemide değişiklik yapılmasını öngören ya da geminin tamirini konu edinen sözleşmeler ise eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bkz. *Herber*, s. 444, *Göger*, E.: “Gemi Tamir Mukavelenamesi”, ABD 1961, S. 2, s. 11.

¹³¹ Tandoğan, C. I/1, s. 295.

¹³² *Antalya*, G.: *Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım*, İstanbul 1993, s. 38; *Oğuzman/Öz*, s. 289; *Tandoğan (C. I/1)*, s. 296.

¹³³ *Tandoğan (C. I/1)*, s. 296; *Gümüş (C. 1)*, s. 256; *Antalya*, s. 94.

Diğer yandan beğenme şartıyla satımda, alıcının eşyayı muayene veya tecrübe etmesi zorunluluğu olmadığı gibi, muayene veya tecrübenin sonuçlarına göre hareket mükellefiyeti de yoktur¹³⁴. Gemi inşa sözleşmesinde ise, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi ve bu çerçevede gemiyi kabul etmemesi, geminin muayene edilmesi koşuluna bağlıdır. Anılan nedenlerle, gemi inşa sözleşmesinin beğenme koşuluyla satım sözleşmesi olarak kabulü mümkün değildir¹³⁵.

Şarta bağlı sözleşmelerde, sözleşmenin gerçekleşmesi taraflardan birinin iradesine bağlı olacak şekilde şarta tabi tutulmaktadır¹³⁶. Ancak her ne kadar sözleşmenin, taraflardan birinin irade ve fiiline bağlı bir iradi şartla kurulması mümkün olsa da, şartı oluşturan olay belirsiz ve geleceğe ilişkin olmalıdır¹³⁷. Nitekim şart gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli, belirsiz bir olay olduğu için, şarta bağlı hukukî işlemde iki devre bulunmaktadır¹³⁸. Birinci devre, hukuki işlemin yapılmasından şartın gerçekleşmesine kadar geçen devre; ikincisi ise, şartın gerçekleşmesinden sonraki devredir. Yapılmasından şartın gerçekleşmesine kadar geçen devrede, hukukî işlem askıdadır¹³⁹. Bu zaman zarfında taraflar, şart gerçekleşmeden önce yapmış oldukları sözleşme ile bağlıdır. Kurulduğu anda tarafları bağlayan sözleşme, hüküm ve sonuçlarını şartın gerçekleştiği anda meydana getirir. Bu nedenle şartın gerçekleşmesinden önce, alacaklı lehine bir alacak hakkı doğmadığı gibi, borçlu aleyhine de bir borç var olmaz. Alacaklı, şart gerçekleşmediği için borçludan ifayı talep ve dava edemez; borçlu tarafından yapılan ifayı reddedebilir¹⁴⁰.

Geminin tamamlanması olgusunun herhangi bir şüpheye ve belirsizliğe meydan vermemesi nedeniyle, gemi inşa sözleşmesini, geminin tamamlanması erteleyici

¹³⁴ *Antalya*, s. 38.

¹³⁵ Aynı yönde bkz. *İstanbul*, s. 9.

¹³⁶ *Eren*, s. 1123. Tecrübe ve muayene şartıyla satışta satılan şeyin alıcı tarafından kabulü ya da mülkiyeti muhafaza kaydıyla satımda alıcının satış bedelini tam olarak ödemesine bağlı bir mülkiyeti devir işlemi iradi şarta örnek olarak gösterilmektedir.

¹³⁷ *Oğuzman/Öz*, s. 875; *Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. B., İstanbul 1993, s. 328-329; *Tunçomağ, K.: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, B. 6, İstanbul 1976, s. 991; *Kılıçoğlu, A. M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009, s. 608; *Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger*, B. II, N. 3962; *Pulaşlı*, s. 23.

¹³⁸ *Pulaşlı*, s. 143-145.

¹³⁹ *Eren*, s. 1125.

¹⁴⁰ *Pulaşlı*, s. 146.

şartına bağlı bir sözleşme olarak nitelendirmek mümkün değildir¹⁴¹. Zira geminin tamamlanması, ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan bir durumu ifade etmeyip, sözleşme ile üstlenilen asli edim borcunun kendisidir. Ayrıca tersanecinin gemiyi inşa etmesi şartına tâbi tutulan bir sözleşme olduğu gerekçesiyle, şarta bağlı hukukî işlemler için geçerli olan sonuçların kabul edilmesi, gemi inşa sözleşmesinin ruhuna uygun düşmemektedir. Nitekim bu kabul gereğince, gemi inşa edilinceye kadar iş sahibinin herhangi bir talep hakkı olamayacakken, geminin inşa edilip edilmemesi ya da geç inşa edilmesi tamamen tersaneciye bağlıdır. Hâlbuki gemi inşa sözleşmesinde tersaneci, sözleşme ile kararlaştırılan nitelikleri taşıyan bir gemiyi inşa etmeyi ve belirtilen tarihte iş sahibine teslim etmeyi üstlenmektedir.

Tersanecinin inşa işini ifa etmemesi, gecikerek ifa etmesi ya da ayıplı ifa etmesi üzerine iş sahibinin sahip olacağı haklar sözleşmede ve kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin amacından hareket edilerek yapılacak bir yorum neticesinde, sözleşmenin erteleyici şarta bağlı satım sözleşmesi olduğunun kabulü, iş sahibi açısından sözleşme dengesini olumsuz yönde etkileyebilecektir. Ayrıca bu tür bir kabul, tersanecinin, geminin tamamlanmasından önceki inşa faaliyetlerinden doğan alacaklarına kavuşamaması gibi bir sonuca yol açabilecektir ki, bu sonuç da gemi inşa ekonomisi ile örtüşmemektedir. Bu nedenlerle gemi inşa sözleşmesinin geminin inşa edilmesi *erteleyici şarta* bağlı bir sözleşme olduğuna ilişkin görüşe katılmak mümkün değildir.

Bilindiği üzere satım sözleşmesinin konusu, genelde sözleşme kurulduğu sırada mevcut olan ve bir başkasının meydana getirmiş olduğu hazır bir şeyi alıcıya devir ve teslim etmektir¹⁴². Gemi inşa sözleşmesinde ise, tersaneci, hazır ikinci el bir geminin satımından¹⁴³ farklı olarak, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmayan bir şeyi, bir emek sonucunda meydana getirme ve teslim etme taahhüdünde bulunmaktadır. Bu çerçeveden bakıldığında, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut

¹⁴¹ Ancak öğretilerde müstakbel bir nesnenin satımına ilişkin sözleşmelerin şarta bağlı olduğu yönündeki görüşler için bkz. *Pulaşlı*, s. 9-11.

¹⁴² *Bühler*, Art. 363, N. 133; *Schlatter*, s. 24; *Selimoğlu*, Y. E.: *İstisna (Eser) Sözleşmesi*, Ankara 2010, s. 17; Buna göre sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan bir şey söz konusu ise eser sözleşmesinden bahsedilemez. Bkz. *Gautschi*, Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR, N. 17; *Tandoğan* (İstisna Akdi Kavramı), s. 329.

¹⁴³ İkinci el gemi satışları için bkz. *Goldrein, I./Turner, P.: Ship Sale and Purchase*, London-Hong Kong 2003.

olmayan, gelecekteki bir şeyin satımını konu alan *imal edilecek şeyler hakkındaki satım sözleşmesi* ile gemi inşa sözleşmesi arasında bir yakınlık olduğu gözlenmektedir. Zira gelecekte ortaya çıkacak malın önceden satılması ve elde edildikten sonra teslim edilmesi biçimindeki satım sözleşmelerinde de çoğu kez bir imal faaliyeti gerçekleşmektedir¹⁴⁴.

Eser sözleşmesi ile imal edilecek şeyler hakkındaki satım sözleşmesi arasındaki bu kavramsal yakınlık, yaşanan teknolojik ilerleme neticesinde seri üretime geçilmesinin bir sonucudur¹⁴⁵. Nitekim el sanatının egemen bulunduğu zamanlarda ısmarlananın meydana getirdiği eserin bir *parça borcu*¹⁴⁶, bu borcun konusunu oluşturan sözleşmenin de eser sözleşmesi olduğu kabul edilmekteydi. Oysa bugün seri halinde (makine ile) imalat yüzünden borcun niteliği *çeşit borcuna* dönüşmüş¹⁴⁷ ve buna bağlı olarak eser sözleşmesinin konusunu oluşturan edimler satım sözleşmesine konu edim haline gelmiştir¹⁴⁸. Bu nedenle günümüzde, çeşit borcu niteliği taşıyan ve rutin bir şekilde seri olarak üretilen şeyler ile ilgili sözleşmeler, imal edilecek şeyler hakkındaki satım sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁹. Ancak seri halde üretilen bazı çeşit borçlarının, hala eser sözleşmesine konu olabilmesi nedeniyle¹⁵⁰, uygulamada bu ayrımı yapmak güçtür. Bu nedenle sözleşmenin hukukî niteliğinin tespitinde tereddütler oluşursa sözleşmenin amacı ile aslı unsurlarından hareket edilmelidir.

Eser sözleşmesine karakterini veren ve onun hukuki niteliğini tespit eden en önemli husus, iş görme (emek) unsurudur¹⁵¹. Eser sözleşmesinde devamlı olarak

¹⁴⁴ Öz, s. 11. İstisna akdinde malzeme yüklenici tarafından tedarik olunmuş ise, akdolunan mukavele satış akdine pek ziyade yaklaşır. Bkz. Göğçer, s. 10.

¹⁴⁵ Tunçomağ, s. 970.

¹⁴⁶ Tunçomağ, s. 970; Gautschi, Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR, N. 15.

¹⁴⁷ Tunçomağ, s. 970.

¹⁴⁸ Serozan, R.: *Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayrım*, İstanbul 1969, s. 23. Federal Mahkeme, inşaat demirleri teslimini içeren bir sözleşmeyi, bu demirler özelliklerle belli bir yerin ölçülerine göre ısmarlanmış olmalarına rağmen satım sözleşmesi olarak saymıştır. BGE 103 II 33. Bkz. Öz, s. 11, dn. 44.

¹⁴⁹ Bühler, Art. 363, N. 134; Klauser, s. 4; Gauch/Schönle, Art. 184, N. 134. Yargıtay HGK'nun bir kararında bedel mukabilinde belli ölçü üzerine sandıklı tahta yapıp teslim etme taahhüdü, seri halinde ve makine ile yapılacağı cihetle herhangi bir sanat özelliği göstermediğinden, istisna akdi değil, satış niteliğinde sayılmıştır. YHGK 12.11.1958, E. 46/K. 46. Bkz. Tandoğan (İstisna Akdi Kavramı), s. 330.

¹⁵⁰ Gautschi, Vor. Art. 363-379, N. 16.

¹⁵¹ Gauch da sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti hususunda tarafların aslı edim yükümlülüklerinden hareket etmekte ve imal edilecek şeyler hakkındaki satım akdi ile eser

dava edilebilir nitelikte olan bir iş görme yükümlülüğü, yani teslim edilecek olan eşyayı üretme yükümlülüğü mevcuttur¹⁵². Bu çerçevede, işin görülmesi sırasında söz hakkı bulunan iş sahibi, eserin nasıl olması gerektiği hakkında (*wie es sein soll*) yükleniciye çeşitli talimatlar (planların onaylanması, usta seçimi gibi), verebilmekte¹⁵³, işin durdurulmasını dâhi isteyebilmektedir. Buna karşılık mülkiyeti nakil amacı güden sözleşmelerden olan satım sözleşmesine karakterini veren husus, eşyanın mülkiyetinin diğer tarafa geçirilmesidir. İşin görülmesi sırasında herhangi bir söz hakkı bulunmayan alıcı, imal sonucu oluşan eşyayı mevcut haliyle (*wie sie ist*) teslim almaktadır¹⁵⁴. Ayrıca satım sözleşmesinde alıcı için malın belirli bir kişi tarafından imali de önem taşımamaktadır¹⁵⁵. Bu nedenle iş sahibinin talimat verme yetkisinin bulunduğu sözleşmeler ile borcun belirli bir yüklenici tarafından ifasının önem taşıdığı sözleşmeler, eser sözleşmesine delalet etmektedir¹⁵⁶. Aynı şekilde eşyanın kısmen ya da tamamen sipariş veren için özel olarak üretildiği sözleşmeler de, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir¹⁵⁷. Uygulamada üretilen eşyanın belirli ölçüde kendine özgünlük (*Individualitaet*) kazanması halinde, yine eser sözleşmesinin varlığına hükmedilmektedir¹⁵⁸.

Hülasa sözleşme ile kararlaştırılan aslî edim yükümlülüğünü, eşyanın meydana getirilmesi oluşturuyorsa, eser sözleşmesi; aksi takdirde satım sözleşmesi vardır¹⁵⁹. Bir başka deyişle, iş asıl, hammadde ikinci derecede önem taşıyor ve ücret teslim edilen eşyanın değil de, işin bir karşılığını teşkil ediyorsa, eser sözleşmesi söz

sözleşmesi arasındaki farkın, *imal etme yükümlülüğü* olduğunu ve satım sözleşmesinde satıcının imal yükümlülüğünün arka planda kaldığını ifade etmektedir. Bkz. *Gauch*, N. 127. Aynı yönde bkz. *Zindel/Pulver*, Vorbem. Zu Art. 363-379, N. 9. Seri şekilde üretilen eşyaların teslimine ilişkin sözleşmelerde iş görme yükümlülüklerinin arka planda kaldığı yönünde bkz. *Klauser*, s. 4.

¹⁵² *Gauch*, N. 127; *Zindel/Pulver*, Art. 363, N. 23.

¹⁵³ *Bühler*, Art. 363, N. 135; *Gauch/Schönle*, Art. 184, N. 133; *Gauch*, N. 128; *Zindel/Pulver*, Art. 363, N. 23; *Bühler*, Art. 365, N. 12.

¹⁵⁴ *Bühler*, Art. 363, N. 135; *Gauch/Schönle*, Art. 184, N. 133.

¹⁵⁵ *Tandoğan* (İstisna Akdi Kavramı), s. 330.

¹⁵⁶ *Tandoğan* (İstisna Akdi Kavramı), s. 330.

¹⁵⁷ *Bühler*, N. 136.

¹⁵⁸ *Klauser*, s. 5.

¹⁵⁹ *Gauch*, N. 127. Satım sözleşmesi halinde imalat, borçlunun aslî edim yükümlülüğü içerisinde değildir; imalat esasen sözleşme konusunun kararlaştırılan cins eşya grubundan ayırd edilmesini sağlamaktadır. Bkz. *Klauser*, s. 4.

konusudur¹⁶⁰. Buna karşılık hammadde ağır basıyor ve özel nitelik ve yaratıcı faaliyet gerektirmeyen iş arka planda kalıyorsa, satım sözleşmesi mevcuttur¹⁶¹.

Bu açıklamalar, gemi inşa sözleşmesi açısından değerlendirildiğinde şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır: Gemi inşa sözleşmesi, genellikle sipariş verenin hususi arzularına göre özel bir plan gereğince imal edilen ferdan muayyen bir geminin inşasını konu almaktadır¹⁶². Bu tür bir sözleşmede, tersanecinin gemiyi ne şekilde inşa edeceği, hangi malzemeleri kullanacağı, alt yüklenici kullanıp kullanamayacağı, inşa sonucu oluşacak geminin hangi hıza, ağırlığa ve sair özelliklere sahip olacağı açıkça düzenlenmektedir. Ayrıca iş sahibi, inşa sırasında, tersanecinin faaliyetlerini sürekli olarak denetim altında tutmakta, hatta bu denetimini daha sağlıklı bir şekilde gerçekleştirebilmek amacıyla, tersanede daimi bir temsilci bulundurmaktadır. Bu temsilci, inşa için kullanılacak olan malzemeyi ve her türlü inşa işinin yürütülmesini denetlemekte; tespit ettiği aykırılıklara anında müdahale imkânına sahip olmaktadır. Bu hususlar tersanecinin imal, yani iş görme borcunun öne çıktığını göstermektedir. Dolayısıyla uygulamada en çok karşılaşılan sözleşme tipi olan, sipariş üzerine *ferden muayyen bir geminin inşasını* konu edinen sözleşmelerin, imal edilecek şeyler hakkındaki satım sözleşmesi olarak kabulü mümkün değildir. Dolayısıyla gemi inşa sözleşmesinin, kural olarak iş görme borcu doğuran eser sözleşmesi olduğunu kabul etmek gerekir¹⁶³.

Ancak nadiren de olsa tersanecinin standart tasarımına göre seri halde yapılan *nev'en muayyen bir geminin inşası* da söz konusu olabilir¹⁶⁴. İş sahibinin üretim konusunda herhangi bir söz hakkının bulunmadığı, denetim yapamadığı, geminin tersanecinin standart plan ve tasarımlarına uygun olarak inşa edildiği bu gibi hallerde ise, temlik borcu doğuran bir satım sözleşmesinin bir türü olan imal edilecek şeyler hakkındaki satım sözleşmesi söz konusu olur¹⁶⁵. Sonuç olarak, gemi inşa sözleşmesi

¹⁶⁰ Oser, H./Schönenberger, W.: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. V, Teilband 2, Zurich 1936, Art. 363, N. 20; Becker, H. (çev. Dura, S. A.): *İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri*, Ankara 1993, Mad. 363, N. 2; BGE 29 II 48; BGE 105 II 264, Öz, s. 11; Tandoğan (C. I.1), s. 80.

¹⁶¹ Tunçomağ, s. 970.

¹⁶² COM (1999), s. 9.

¹⁶³ Aynı yönde bkz. Akıncı, S., s. 333.

¹⁶⁴ Nehir gemilerinden Volgabalt ve Volgodon, prototip gemi üretimine örnek gösterilebilir. Bkz. *İstanbulu*, s. 11, dn. 24.

¹⁶⁵ Çağa/Kender, s.102; Akıncı, S., s. 334; *İstanbulu*, s. 10.

kural olarak iş görme borcu doğuran bir sözleşme olup, istisnaen temlik borcu doğuran sözleşme niteliği taşıyabilir.

Gemi inşa sözleşmesinin hukukî niteliğinin eser sözleşmesi olarak tespitinden sonra, malzemenin kim tarafından tedarik edildiğine bağlı olarak bir açıklama yapmak lazım gelir. Nitekim malzemenin iş sahibi tarafından tedarik edildiği sözleşmeler (ferden muayyen bir geminin inşası söz konusu ise), kolaylıkla eser sözleşmesi olarak kabul edilebilirken; malzemenin tersaneci tarafından tedarik edildiği eser teslimi sözleşmeleri (götürü gemi inşa sözleşmeleri) bakımından, öğretide ve hukuk düzenlerindeki farklılıklar nedeniyle aynı sonuca varmak pek kolay değildir.

Türk/İsviçre hukukunda, satım ve eser sözleşmesinin unsurlarını taşıyan karma bir sözleşme (*ein gemischter vertrag*) olarak nitelendirilen eser teslim sözleşmesinde¹⁶⁶, malzemenin yüklenici tarafından sağlanması, satım sözleşmesine ait bir unsur olarak kabul edilmekte; ancak bu unsurun eser sözleşmesinin mevcudiyetini ortadan kaldırmadığı ifade edilmektedir¹⁶⁷. Bu nedenle, eser teslim sözleşmesine, temelde eser sözleşmesi hükümleri uygulanmasına rağmen, istisnaen satım sözleşmesine ait hükümlere de gidilebilir¹⁶⁸. Türk/İsviçre hukuku, bu anlamda Roma hukuku ve Alman hukukundan ayrılmaktadır. Türk Borçlar Kanunu, malzemeyi yüklenicinin sağladığı eser teslimi sözleşmesini, Roma hukuku ve Alman hukukunun aksine, bir çeşit satış sözleşmesi olarak görmemektedir¹⁶⁹. Türk hukukunda, malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı eser (teslim) sözleşmesi ile ilgili olarak, Alman

¹⁶⁶ Koller, A.: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abt., Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363-366*, Bern 1998, (Werkvertrag), Art. 365, N. 7; Bühler, N. 139.

¹⁶⁷ Koller (Werkvertrag), Art. 365, N. 2. Schlatter, s. 34.

¹⁶⁸ Gauch, N. 123; Eren (İnşaat), s. 69. Şöyle ki, TBK m. 472 (BK m. 357)'de malzemenin hem yüklenici hem de iş sahibi tarafından sağlandığı haller ayrı ayrı düzenlenmiş ve her iki hal de eser sözleşmesinin kapsamına alınmıştır. Ancak malzemelerin yüklenici tarafından sağlandığı hallerde, yüklenicinin satım akdindeki satıcı gibi sorumlu olduğu düzenlenerek kısmen satım sözleşmesinin uygulanması kabul edilmiştir. Koller (Werkvertrag), Art. 365, N. 2. Esasen *Munzinger* tarafından hazırlanan İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı, malzemenin yüklenici tarafından tedarik edildiği eser sözleşmelerini, Ortak Hukuk'ta olduğu gibi satım sözleşmesi olarak kabul etmekteydi. Ancak bu görüşe karşı, bu tür sözleşmelerin eser ve satım sözleşmelerinin unsurlarını taşıyan karma bir sözleşme olduğu görüşü savunulmuştur. Sonuç olarak bu tür sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak tasnif edilmesine ve yüklenicinin kendisi tarafından tedarik edilen malzeme hakkında zapta karşı tekeffül bakımından satım sözleşmesindeki satıcı gibi sorumlu tutulmasına karar verilmiştir. Bkz. Bühler, Art. 365, N. 3.

¹⁶⁹ Tandoğan, C II, s. 106.

hukukundaki gibi, satım sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını belirten özel bir düzenleme olmaması nedeniyle, götürü nitelikteki gemi inşa sözleşmesi hakkında, teorik olarak eser teslim sözleşmesi nitelendirmesinin yapılabilmesine karşılık, hukukî anlamda eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını kabul etmek gerekir. Bu noktada götürü gemi inşa sözleşmesine, satım sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan *Okay*'a katılmak mümkün değildir.

Son tahlilde, Türk Hukuku açısından, gemi inşa sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespitinde, malzemenin kim tarafından tedarik edildiğine göre bir kıstastan hareket edilemez¹⁷⁰. Bu tür bir tespit yapılırken, malzemenin kim tarafından tedarik edildiğine bakılmaksızın, sözleşme konusunun sipariş üzerine özel olarak inşa edilen bir gemi mi, yoksa seri halde üretilen bir gemi mi olduğuna bakılmalıdır. Eğer iş sahibi tarafından özel olarak bir gemi sipariş edilmiş, bu sözleşmede geminin hangi plana göre inşa edileceği ve hangi nitelikleri taşıyacağı belirlenmiş, alt yüklenici kullanımına sınırlamalar getirilmiş ve iş sahibinin temsilcisinin inşa işlerini denetlemek üzere tersanede bulundurulmasına izin verilmişse, bu sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunda şüphe yoktur. Ancak iş sahibi, tersanecinin seri halde ürettiği gemilerden sahip olmayı arzu etmiş ve sözleşmede geminin ne şekilde inşa edileceğine ilişkin haklar iş sahibine verilmeksizin sadece tersanecinin standart tasarımına uygun bir geminin teslimi taahhüt edilmişse, satım sözleşmesi karakteri taşıyan bu sözleşme imal edilecek şeyler hakkındaki satım sözleşmesi olarak kabul edilebilir. Gemi inşa uygulamasında ikinci gruptaki sözleşmelere çok nadiren rastlandığı için, tezimizde yer alan incelemede, sipariş üzerine bir geminin inşasını konu edinen gemi inşa sözleşmesi temel alınmış ve tarafların hak ve borçları belirlenirken bu sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğini haiz olduğundan hareket edilmiştir.

¹⁷⁰ *Bühler*, Art. 363, N. 137.

IV. KURULUŞU

A) GENEL OLARAK

İki taraflı bir hukukî işlem olan gemi inşa sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununun 1. maddesi¹⁷¹ uyarınca, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulur. Kanunun 2. maddesi¹⁷², sözleşmenin kurulmuş sayılması için, tarafların irade beyanlarının, sözleşmenin bütün esaslı unsurları üzerinde uyuşmasını aramaktadır¹⁷³. Bu çerçevede, gemi inşa sözleşmesinin kurulması ve bağlayıcı nitelik kazanması için, sözleşmenin esaslı unsurları olan, *bir geminin inşası, semen ve inşa edilen gemi ile semenin birbiriyle mübadelesi hususlarında anlaşma* gereklidir¹⁷⁴.

Gemi inşa projelerinin büyük bir bölümü, iş sahibinin filosunu değiştirme veya tonajını artırmak için filosuna ekleme yapma kararı vermesi ile başlar. İş sahibinin teknik ve ticari birimleri, ihtiyaç duyulan geminin tip ve teçhizatının ana hatlarını belirler. Bu belirlemeden sonra, iş sahibi, genellikle inşa edilecek gemilere ilişkin tecrübesi bulunan aracılar (brokerlere) danışabilmektedir¹⁷⁵. Aracılar, iş sahibinin talep ettiği tarihte ve fiyatta gemiyi teslim edebilecek tersanelere ilişkin önerilerde bulunmaktadırlar. İş sahipleri, bu öneriler ışığında genellikle, bu tersanelerin bir veya

¹⁷¹ TBK m. 1'de, BK m. 1 metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

¹⁷² TBK m. 2'de, BK m. 2 metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

¹⁷³ Sözleşmenin esaslı unsurları, objektif ve subjektif esaslı noktalar olmak üzere iki farklı kategoride ele alınmaktadır. Objektif esaslı noktalar, kanunda öngörülen tipte bir sözleşmenin mevcut sayılabilmesi için zorunlu olan unsurlardır. Bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, N.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, B. 4, İstanbul 2008, § 17, N. 6; *Eren*, s. 210; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 75; *Tunçomağ (C. I)*, s. 202; *Oğuzman/Öz*, s. 64; *Kılıçoğlu*, s. 49. Subjektif esaslı noktalar ise objektif bakımdan ikinci derecede, yan noktalar olarak nitelendirilebilecekken taraflarca sözleşmenin esaslı unsurları, yani sözleşme iradesinin zorunlu şartı olarak kararlaştırılmış olan noktalardır. *Kocayusufpaşaoğlu*, § 17, N. 7; *Eren*, s. 213. Üzerinde uzlaşılması gereken noktaların yalnızca objektif noktalar mı, yoksa hem objektif hem de subjektif esaslı noktalar mı olduğu hususunda doktrinde yer alan tartışma için bkz. *Eren*, s. 212. Karşı görüş ve tartışmalar hakkında bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, § 17, N. 9-11.

¹⁷⁴ *Wüstendörfer*, s. 13.

¹⁷⁵ *Curtis*, s. 8. Brokerin yeni bir gemi yapım projesine dâhil olması durumunda, genellikle müzakerelere katıldığı ve tarafları anlaşmaya yönelttiği görülmektedir. İş sahibinin temsilcisi için hareket etmiş olsa dâhi, Brokerin komisyon ücretinin tersane sahibi tarafından ödenmesi teamüldür. Bu komisyon, sözleşme fiyatının belli bir yüzdesi olarak belirlenir ve teslimden önce ödenen taksitlerden dilimler halinde veya teslimle birlikte götürü olarak ödenir. Bkz. *Curtis*, s. 8.

birkaçı ile irtibata geçmekte ve projeye olan ilgilerini öğrenebilmek için araçları yetkilendirmektedirler¹⁷⁶.

Benzer gemileri daha önce standart bir tasarımla üretmiş olan tersaneler, geminin üretileceği standartları, makine ve donanımının ana unsurlarını içeren ve “Temel Özellikler” (*Principal Particulars*) adı verilen bir özet hazırlamaktadırlar¹⁷⁷. Bu takdirde, tabiatıyla sözleşme müzakereleri daha kısa sürmektedir¹⁷⁸.

İnşa edilecek geminin özellikleri iş sahibi tarafından önceden belirlenmişse, hazırlanan teknik şartname ve sözleşme taslağı, tersanelere gönderilerek en uygun fiyat elde edilmeye çalışılmaktadır¹⁷⁹. İş sahipleri, bu piyasa değerlendirmesi ve tekliflerin toplanmasının ardından, sözleşme görüşmelerine başlayacağı tersaneyi seçmektedirler. Gemi, iş sahibinin şartnamesine göre inşa edileceğinden, teknik şartların araştırılması ve sonuçlandırılması için birkaç hafta veya aylık bir süreç gerekebilir¹⁸⁰. Bu süreçte geminin deniz ve hava koşullarındaki performansının belirlenmesi amacıyla, model tank testleri yapılır ve ayrıca geminin dizaynı ve inşa metoduna ilişkin klas kuruluşları ve düzenleyici kurumların ön onaylarının alınması için detaylı bir danışmanlık hizmetinden yararlanır¹⁸¹.

Gemi inşa projesinin teknik ve ticarî parametreleri araştırıldıktan sonra, sözleşme ve şartnamenin detaylarına ilişkin müzakere süreci başlar. Müzakereler, tarafların daha önceki ticari ilişkileri, geminin tersanecinin standart şartname ile inşa ettiği gemilerden olup olmaması ve gemi inşa pazarının genel yapısı gibi pek çok değişkene bağlı olarak şekillenmektedir¹⁸². Tarafların daha önceki ticari ilişkileri, bu değişkenler içinde ciddi bir öneme sahiptir. Gemi inşasının büyük riskler

¹⁷⁶ *Curtis*, s. 8.

¹⁷⁷ *Curtis*, s. 8; *Mandaraka-Sheppard*, s. 415.

¹⁷⁸ *Mandaraka-Sheppard*, s. 415.

¹⁷⁹ *Curtis*, s. 8; *Mandaraka-Sheppard*, s. 415. İhaleye davet (*invitation to tender*) olarak adlandırılan bu yöntem, özellikle iş sahibinin kamu kurumu olduğu ve açık rekabeti sağlamakla yükümlü olduğu durumda sıklıkla kullanılır. *Curtis*, s. 8.

¹⁸⁰ Gemi tersanecinin standart şartnamesine göre inşa ediliyorsa, bu tür bir sürece lüzum bulunmamaktadır. Bkz. *Curtis*, s. 9.

¹⁸¹ Bu işler nedeniyle veya projenin geliştirilmesi için sarf edilen diğer giderler, proje gerçekleştirilmezse iş sahibinden alınmak üzere, tersane sahibi tarafından karşılanır. Bu hususta açık bir anlaşma olmasa dâhi, özellikle iş sahibinin tersane tarafından bu süreçte yapılan iş ve hizmetlerden yararlanması örneğinde olduğu gibi sınırlı bazı durumlarda tersane sahibinin giderlerinin iadesini talep etme yetkisi bulunmaktadır. Bkz. *Curtis*, s. 9.

¹⁸² *Curtis*, s. 7; *Mandaraka-Sheppard*, s. 415.

barındırması, donatanların genellikle daha önce çalışmalarından memnun oldukları tersaneciler ile tekrar çalışmak istemelerine neden olmaktadır¹⁸³.

Taraflar ilk kez bir araya geliyorsa, her bir taraf diğer tarafın finansal yapısı ve proje tecrübelerini dikkatlice irdeler ve sözleşme imzalanmadan önce ticarî ve teknik şartlar hususunda detaylı müzakereler gerçekleştirilir¹⁸⁴. Bu müzakereler tarafların temsilcilerinden oluşan ticarî, hukukî ve teknik takımlar ile sürdürülür. Büyük ölçekli gemi inşa projelerinde oldukça yaygın olduğu üzere, birbirinden bağımsız çalışan ticarî ve teknik müzakere ekipleri, ancak sürecin oldukça geç döneminde bir araya gelir ve ulaştıkları sonuçları karşılaştırarak metinlerini uyumlu hale getirir¹⁸⁵. Bu müzakereler sonucunda ortaya çıkan sözleşme metni, çoğu kez konuları ayrıntılı şekilde düzenleyen çok sayıda madde içerir. Hemen her maddesi, yoğun tartışmalar sonucu kabul edilen ve defalarca metni değiştirilen bu gibi sözleşmelerde, sözleşmenin tümüne ilişkin olarak kimin icapta bulunup, kimin kabul ettiğini söylemek imkânı genelde yoktur¹⁸⁶.

İcap ve kabulün tam olarak ayrıştırılmadığı, müzakerelere katılan tarafların teknik temsilci ve hukuk danışmanlarının hazırladığı metnin, taraf temsilcilerince aynı anda ve birlikte imza edildiği durumlarda, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından birini icap, diğerini kabul olarak nitelendirme imkânının bulunmaması, söz konusu işlem, taraf iradelerine dayandığından ötürü, neticede herhangi bir fark yaratmaz¹⁸⁷. Bu gibi sözleşmeler, borçlar hukuku ilkelerine göre, *birlikte muvafakat* yolu ile kurulur¹⁸⁸.

B) SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNE İLİŞKİN ANLAŞMALAR

Gemi inşa sözleşmesinin müzakere edilmesi oldukça uzun süren bir zaman dilimi içerisinde gerçekleştirilir. Bu nedenle taraflar çoğu zaman, henüz sözleşme ile

¹⁸³ Curtis, s. 8; Mandaraka-Sheppard, s. 415.

¹⁸⁴ Curtis, s. 8; Mandaraka-Sheppard, s. 415.

¹⁸⁵ Bu uygulama, sözleşme müzakerelerinin olumsuz sonuçlanması durumunda, eş zamanlı yürüyen teknik şartlara ilişkin müzakerelerde ciddi miktarda zaman ve para kaybına neden olma riskini beraberinde getirmektedir. Bkz. Curtis, s. 12.

¹⁸⁶ Kocayusufpaşaoğlu, § 16, N. 6.

¹⁸⁷ Gauch, P./Schluep, W./Schmid, J.: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008, N. 486. Ayrıca bkz. Merz, H.: *Vertrag und Vertragschluss*, 2. Auflage, Freiburg 1992, N. 191a.

¹⁸⁸ Kocayusufpaşaoğlu, § 16, N. 6, s. 168.

bağlanmaksızın müzakerelerin ilerlemesini sağlamak amacıyla, niyet mektubu (*letter of intent; Absichtserklärung*), köprü sözleşme (*bridging contract*) ya da ön sözleşme (*Vorvertrag*) adı altında çeşitli belgeler imzalamaktadır.

İnşaat sektöründe, sanayi tesislerinin yapımında, işletmelerin satın alınmasında, lisans verilmesinde ve müşterek şirket kurma gibi pek çok hukukî ilişkide yaygın olarak kullanılan niyet mektubuna, gemi inşa müzakereleri sırasında da sıklıkla başvurulmaktadır¹⁸⁹. Niyet mektubu ile içeriği yeterince belirlenmemiş bir sözleşmenin kurulmasını sağlamak niyeti açığa vurulur ve bu sonuca ulaşmak üzere görüşmelerin ciddi olarak sürdürülmesi taahhüt edilir¹⁹⁰.

Gemi inşasına ilişkin niyet mektubunda, genellikle geminin bedeli, kur, ödeme şekli, teslim tarihi ve sözleşmeye uygulanacak hukuk gibi son derece önemli hususlar yer alır¹⁹¹. Bu aşamada iş sahibinin nihai sözleşmeyi kabulü, genellikle projenin finansmanını sağlayabilecek kaynaklara ulaşmasına bağlıdır¹⁹². Bu nedenle niyet mektubunda genellikle sözleşmenin imzalanmasının, finansman sağlanması koşuluna bağlı olduğu ifade edilir¹⁹³.

Bağlayıcılık iradesi taşımayan niyet mektupları, sözleşme görüşmelerini başlatma ya da sözleşmenin kurulması konusunda taraflara bir yükümlülük doğurmaz¹⁹⁴. Bu durumu ifade etmek üzere, bu kavramın kökeni olan Anglo-Sakson hukuk çevrelerinde sözleşmeye, bağlamazlık kaydı “*no binding clause*” eklenir¹⁹⁵.

¹⁸⁹ Lutter, L.: *Der Letter of Intent*, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1998, s. 10; Dinar, R. T.: *Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı*, İstanbul 2008, s. 1; Doğan, G.: *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*, İstanbul 2006, s. 78.

¹⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N. 32; Dinar, s. 63; Doğan, s. 78.

¹⁹¹ Curtis, s. 9.

¹⁹² Curtis, s. 9.

¹⁹³ Curtis, s. 10.

¹⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N. 32; Curtis, s. 10; Dinar, s. 64; Doğan, s. 79. Bu tür mektupların bir icaba davet olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. Dinar, s. 64- 65; Doğan, s. 79. Buna karşılık hal ve şartların özelliklerine bağlı olarak niyet mektubunun bağlayıcılık kazanmasının da mümkün olabileceği yönünde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, §11, N. 32 ve özellikle dn. 57’de anılan yazarlar. Niyet mektuplarının bağlayıcı nitelik kazandığı durumlar hakkında detaylı açıklama için bkz. Dinar, s. 65-67. Tarafların gemi inşa projesine ilişkin karşılıklı anlaşmalarını belirlemede yardımcı olan niyet mektubunun, taraflar üzerinde hukuki bağlayıcılıktan ziyade ahlaki (moral) bağlayıcılık dayattığı yönünde bkz. Mandaraka-Sheppard, s. 415.

¹⁹⁵ Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1100; Lutter, s. 37; Kocayusufpaşaoğlu, §11, N. 32; Dinar, s. 4; Doğan, s. 79. Kara Avrupası Hukuklarında ise “*unverbindlich*” ibaresi kullanılır. Türk hukukuna bakıldığında tarafların niyet mektuplarına “*işbu niyet mektubu bağlayıcılık içermez*” ifadesini veya

Niyet mektubu düzenlenmesinden sonraki aşamada, sözleşmenin kurulması, tersaneci açısından geminin bedeli konusundaki anlaşmaya; iş sahibi açısından ise sözleşme ve şartname ile ilgili hükümlerin nihai olarak detaylandırılmasına ve projeyi mali açıdan destekleyecek yeterli finans kaynağı bulunmasına bağlıdır¹⁹⁶. Bu aşamada proje finansmanı sağlanırsa, taraflar arasında geçici ve köprü niteliğinde bir sözleşme kurulabilir¹⁹⁷. Böylece projenin ilerleyen döneminde önemli teknik çalışmalar yapacak olan tersaneciye, iş sahibinin proje konusundaki ciddiyeti gösterilmiş olur¹⁹⁸. Bu tür bir sözleşme ile tersaneci, iş sahibinin ödeyeceği bir ücret karşılığında, proje çalışmalarında bulunmayı ve diğer teknik hizmetler sunmayı taahhüt eder¹⁹⁹. Bu anlaşmalar, özellikle yüksek nitelikli gemiler veya deniz üstünde inşa edilen petrol ve doğal gaz platformları bakımından ortaya çıkmaktadır²⁰⁰.

Sözleşme müzakerelerinin henüz devam ettiği, ancak bazı konuların tam olarak aydınlığa kavuşmadığı bir noktada, taraflar, ileride bir gemi inşa sözleşmesi akdetme ve bu sözleşmenin yapılması için gerekli çabayı gösterme hususunda bir anlaşma yapabilirler²⁰¹. Tarafların gelecekte borçlandırıcı bir sözleşme kurma konusunda yaptıkları bu tür anlaşmalar, “ön sözleşme” (*der Vorvertrag, pactum de contrahendo*) olarak adlandırılmaktadır²⁰².

benzer ifadeleri ekledikleri görülmektedir Bkz. *Dinar*, s. 63. Yine niyet mektuplarında yer verilen “*subject to contract*” yani “sözleşme yapılmasına bağlı olarak” ifadesi, bağlılığı ortadan kaldıran bir kayıttır. Bkz. *Gauch/Schluep/Schmid*, N. 1100; *Kocayusufoğlu*, § 11, N. 32. Ancak sözleşme görüşmelerine başlamakla sözleşme görüşme ilişkisinin doğduğu ve bunun hukuki bir ilişki olduğu kabul edilmektedir. *Eren*, s. 1083; *Gezder*, Ü.: *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul 2009, s. 30. Nitekim Yargıtay’a göre de, “*Akit bir süreçtir. Taraflar akit kurulmadan önce akdin içeriği, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar. Bu görüşmelerin yapılması ile taraflar arasında hukuki ilişki kurulur.*” Bkz. Yargıtay 19. HD, E. 2005/2865, K. 2005/11959, T. 01.12.2005; Yargıtay 13. HD, E. 1995/9375, K. 1995/9860, T. 13.11.1995 Ancak niyet mektubu ya da sözleşme taslağı gibi metinler ile akdetme yükümlülüğü olmaksızın özel bir temelden kaynaklanan görüşme yükümlülüğü doğabilmektedir. Görüşme yükümlülüğü ile taraflara belirli bir sözleşmenin kurulması ya da değiştirilmesi hakkında görüşme yapma yükümlülüğü yüklenmektedir. Bu durumda bir taraf görüşme yapmayı reddettiği zaman bundan bir tazminat yükümlülüğü doğar. Bkz. *Gezder*, s. 49-50.

¹⁹⁶ *Mandaraka-Sheppard*, s. 415.

¹⁹⁷ *Mandaraka-Sheppard*, s. 415

¹⁹⁸ *Mandaraka-Sheppard*, s. 415.

¹⁹⁹ *Mandaraka-Sheppard*, s. 415.

²⁰⁰ *Curtis*, s. 12.

²⁰¹ *Wüstendörfer*, s. 21; *Öz (İnşaat)*, s. 30.

²⁰² *Kocayusufoğlu*, § 11, N. 14; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 142; *Oğuzman/Öz*, s. 148; *Doğan*, s. 51; *Ayrancı, H.: Ön Sözleşme*, Ankara 2006, s. 40; *Dinar*, s. 45.

Ön sözleşmeden bahsedebilmek için, sonradan yapılacak olan asıl sözleşmenin borçlanma işlemi niteliğinde olması gerekir²⁰³. Asıl sözleşme tasarruf işlemi niteliği taşıyorsa, onu hazırlayan borç sözleşmesi bir ön sözleşme değildir²⁰⁴. Bu bağlamda, borç sözleşmesi niteliğinde olan gemi inşa sözleşmelerinin gelecekte kurulmasına ilişkin ön sözleşme yapılabilir. Bu tür ön sözleşmelerde, iş sahibi, özellikle iyi bir navlun piyasasının sinyallerinin olduğu bir dönemde, filosunu genişletme imkânını güvence altına almış olmakta ve tersanelerin kapasite sorunlarından doğacak riskleri ortadan kaldırmaktadır; tersaneci ise, ileriye dönük, tesis kapasitesinin doluluğunu ve çalışanları için iş potansiyeli temin etmektedir²⁰⁵.

Doktrinde savunulan hâkim görüşüne göre, ön sözleşmenin kurulabilmesi, asıl sözleşme ile aynı belirlilik ölçüsüne sahip olmasına bağlıdır²⁰⁶. Bu nedenle gemi inşa sözleşmesine ilişkin bir ön sözleşmede, sözleşmenin esaslı unsurlarına yer verilmelidir. Buna karşılık, inşaatın ayrıntılarının (malzeme, vade vb.) ve bedelin ne şekilde ödeneceğinin kararlaştırılmış olması şart değildir²⁰⁷. Asıl sözleşmeyi akdetmekten imtina eden borçlu, alacaklı tarafından, borcunu aynen ifası için dava edilebilir²⁰⁸; böyle bir davada, hâkimin kararı, borçlunun asıl sözleşmenin

²⁰³ *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 1077; *Kocayusufpaşaoğlu*, § 11, N. 14; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 142; *Eren*, s. 279 - 280; *von Tuhr*, A. (çev. Edege, C.): *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı*, C. 1-2, Ankara 1983, s. 261; *Oğuzman/Öz*, s. 148; *Doğan*, s. 51-52; *Ayranacı*, s. 43-44; *Dinar*, s. 45-46.

²⁰⁴ *Kocayusufpaşaoğlu*, § 11, N. 14, s. 100; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 142; *Tunçomağ*, C. I, s. 275; *Eren*, s. 279 - 280; *Oğuzman/Öz*, s. 148; *Doğan*, s. 51-52; *Ayranacı*, s. 43-44; *Dinar*, s. 45-46.

²⁰⁵ *Wüstendörfer*, s. 21.

²⁰⁶ Hâkim görüş ve azınlıktaki görüş hakkında bkz. *Doğan*, s. 137, dn. 408, 409. Ayrıca aynı yönde bkz. *Gauch/Schlupe/Schmid*, N. 1079; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 143; *Tunçomağ* (C. I), s. 275; *Eren*, s. 280. Belirlilik ölçüsünün hangi nitelikte olması gerektiği hususundaki tartışmalar için bkz. *Doğan*, s. 137 vd.; *Ayranacı*, s. 85, 113-140. Hâkim görüş, esas noktaları itibarıyla eksik olan bir ön sözleşmenin, sözleşme kapsamının yeterli derecede belirli olmaması nedeniyle, meydana gelmeyeceğini savunmaktadır. *Doğan*, s. 137. Aksi takdirde ön sözleşmenin geçersiz olacağı yönünde bkz. *Eren*, s. 280; *Ayranacı*, s. 137.

²⁰⁷ *Öz* (İnşaat), s. 30.

²⁰⁸ *Kocayusufpaşaoğlu*, § 11, N. 22; *Tunçomağ* (C. I), s. 277; *Eren*, s. 282-283; *Oğuzman/Öz*, s. 149; *Doğan*, s. 177; *Ayranacı*, s. 41. Ön sözleşme alacaklısının açacağı aynen ifa davasında asıl sözleşmeye konu ifanın da talep edilip edilemeyeceği yönünde doktrinde yer alan farklı görüşler için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, § 11, N. 22; *Doğan*, s. 169-176; *Ayranacı*, s. 179-182. Özellikle ayrıntılar üzerinde anlaşma sağlanmadığından bahisle bir tarafın inşa sözleşmesini yapmaktan kaçınması halinde, diğer tarafın başvurusu üzerine hâkim, boşlukları, yasa hükümleriyle ve tarafların durumu ile işin niteliğinin dürüstlük kuralı ışığında gerektirdiği hükümlerle doldurur. Bkz. *Öz* (İnşaat), s. 30.

kurulmasına ilişkin irade beyanının yerine geçer²⁰⁹. Ön sözleşme alacaklısı, borcunu ifa etmeyen ön sözleşme borçlusundan aynen ifa yerine tazminat da talep edebilir²¹⁰.

C) SÖZLEŞME ÖNCESİ GÖRÜŞMELERDEN DOĞAN SORUMLULUK

Gemi inşa sözleşmesinin kurulmasından önceki müzakere döneminde, taraflar arasında sözleşme benzeri, bir “*güven ilişkisi*” doğmaktadır. Bu nedenle tarafların sözleşme kurma niyetiyle hareket etmeleri, sözleşmenin kurulmasında önem arz eden konularda birbirlerini aydınlatmaları, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerine zarar vermemeleri, dürüstlük kuralına ve koruma yükümlerine uygun davranmaları gerekir²¹¹. Öğretide sözleşmenin müzakeresi sırasında, bu yükümlülüklerine aykırılık teşkil eden kusurlu davranışıyla diğerine zarar veren tarafın, bu zararı tazmin etmesi gerektiği kabul edilmektedir²¹². Bu sorumluluk “sözleşme öncesi sorumluluk” (*culpa in cotrahendo* sorumluluğu) olarak anılmaktadır. Öğretide ağırlık kazanan görüş, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun, bir sözleşme sorumluluğu veya sözleşme benzeri bir sorumluluk olduğu yönündedir²¹³. Bu görüşte, görüşme ve

²⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N. 22; Tunçomağ (C. I), s. 275; Oğuzman/Öz, s. 149; Doğan, s. 177; Ayrancı, s. 177. Aksi yönde bkz. Kocayusufpaşaoğlu, N.: *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, İstanbul 1959, s. 153-154’te anılan yazarlar. Mahkeme tarafından verilen kararın hukuki niteliğine ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Kabul beyanını yenilik doğuran haklardan kabul eden birinci görüş sahiplerine göre mahkemenin kabul yerine geçen kararı yenilik doğurucu niteliktedir. Büyük çoğunluk tarafından kabul edilen hâkim görüşe göre ise, ortada bir edim davası vardır ve borçlunun asıl sözleşmeyi yapma borcunu yerine getirmesi dava edilmektedir. Dava dilekçesinde yer alan icap ve mahkemenin kabul beyanının yerini tutan kararı ile sözleşme kurulmakta ve sonuç olarak mahkeme kararı asıl sözleşmenin yerine geçmektedir. Doktrindeki bu farklı görüşler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N. 23-28; Eren, s. 282-283; Doğan, s. 169 vd.; Ayrancı, s. 177 vd.

²¹⁰ Gauch/Schlupe/Schmid, N. 1082; Kocayusufpaşaoğlu, § 11, N. 27; Eren, s. 283; Doğan, s. 177; Ayrancı, s. 174.

²¹¹ Oğuzman/Öz, s. 321; Eren, s. 1083; Kılıçoğlu, s. 71; Spiess, H. R.: “Submission und Abschluss von Bauverträgen”, *Das Private Baurecht der Schweiz, Beiträge für die Praxis*, Zürich 1994 s. 67. “... sözleşmenin müzakeresine giren taraflar bu ilişkide dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdürler (MK m. 2)...” Yargıtay 3. HD, E. 1997/6603, K. 1997/8864, T. 15.9.1997.

²¹² Kocayusufpaşaoğlu, § 2 N. 8; Oğuzman/Öz, s. 321-322; Eren, s. 1083.

²¹³ Kocayusufpaşaoğlu, § 2 N. 8; Eren, s. 1086-1087; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 979; Oğuzman/Öz, s. 324; Tunçomağ (C. I), s. 212; Serozan, R.: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, B.3, İstanbul 2002, (İfa Engelleri) §19 N. 1; von Tuhr, s. 187, 254.; Yalman, S.: *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara 2006, s. 83-84; Kutlu Sungurbey, A.: *Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar*, İstanbul 1988, s. 117; Demircioğlu, H. R.: *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu)*, Ankara 2009, s. 291; Ulsan, İ.: *İyiniyetli Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu*, İstanbul 1984 s. 300; Baygın, C.: “Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, AÜEHFD, C. IV. S. 1-2 (2000), s. 356. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliğinin haksız fiil olduğu yönünde bkz.

güven ilişkisi, bir hukukî ilişki olarak nitelendirilmekte ve taraflar arasında hukukî ilişkinin kurulduğu yerde, haksız fiil hükümleri yerine, sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması daha uygun düştüğü kabul edilmektedir²¹⁴.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukla ilgili genel bir düzenlemeye mevzuatımızda yer verilmemekle birlikte, Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanununda konuyla ilgili pozitif bazı düzenlemeler bulunmaktadır²¹⁵. Doktrin ve uygulama ise, kanunda münferit biçimde düzenlenen durumlar dışında da sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun söz konusu olabileceğini kabul etmektedir²¹⁶.

Gemi inşa sözleşmesinin uzun süren müzakereleri sırasında her iki tarafın da *culpa in contrahendo* sorumluluğu gündeme gelebilir. Örneğin tersanecinin, işi ifa etme hususunda gerekli yeterliliğe sahip olmamasına rağmen, iş sahibi nezdinde yanıltıcı olarak sanki bu yeterliliğe sahipmiş gibi davranması veya gemi havuzu kapasitesinin inşa için yeterli olmadığını bilmesine rağmen, yeterli bir kapasitesi varmış gibi hareket ederek, sözleşme görüşmelerini devam ettirmesi dürüstlük kuralına ve özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder²¹⁷. Sözleşme, tersanenin yeterli inşa kapasitesinin olmaması ya da tersanecinin gerekli yeterliliğe sahip olmaması nedeniyle kurulamazsa, tersanecinin *culpa in contrahendo* sorumluluğu doğar. Ayrıca ücretin tersanecinin kusuru neticesinde az hesaplanması ve geminin inşa

Kılıçoğlu, s. 72. Kendine özgü sorumluluk oluşturduğu yönündeki görüş için bkz. *Gezder*, s. 97 - 98. Ancak öğretilerde bu sorumluluğun hukuksal niteliğinin sözleşme sorumluluğuna, sözleşme benzeri sorumluluğuna, haksız fiil sorumluluğuna veya temelini MK m. 2'deki dürüstlük kuralında bulan sorumluluğun özel bir türüne dayandığı yönünde tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışma anılan üst başlıklar etrafında yürümekle birlikte çok sayıda alt başlıklar içermektedir. Tüm bu alt başlıklar hakkında bilgi için bkz. *Demircioğlu*, s. 77 vd.; *Gezder*, s. 59 vd.; *Yalman*, s. 69 vd.; *Kutlu Sungurbey*, s. 103 vd.; *Baygın*, s. 347 vd.; *Oğuzman/Öz*, s. 35 vd.

²¹⁴ *Eren*, s. 1086; *Kocayusufpaşaoğlu*, §2 N. 8, s. 9; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 978; *Yalman*, s. 83; *Demircioğlu*, s. 291.

²¹⁵ Bu düzenlemeler için bkz. *Eren*, s. 1088; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 977-978; *Kutlu Sungurbey*, s. 119; *Demircioğlu*, s. 73; *Gezder*, s. 144 vd.; *Yalman*, s. 35 vd.; *Kılıçoğlu*, s. 70; *Baygın*, s. 357 vd.

²¹⁶ Kanunda düzenlenmeyip de doktrin ve uygulamada kabul edilen sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hallerinden bazıları şunlardır: Edimin başlangıçtaki imkânsızlığı veya sözleşmenin şekle aykırılığı nedeniyle sözleşmenin geçersiz olmasından doğan zararın tazmini, sözleşme görüşmeleri esnasında kusurlu olarak yanlış bilgi verilmesi, koruma yükümlülüklerinin ihlâli, sözleşme görüşmeleri sırasında bazı özensiz davranışlar sebebiyle karşı tarafın yaralanmasına veya bir eşyanın hasara uğramasına yol açma ve bir kimsenin yapmayı asla düşünmediği bir sözleşme hakkında kötü niyetli ve aldatıcı hareketlerle diğer bir kimsede sözleşme yapma ümidi uyandırma. Bkz. *Yalman*, s. 45; *Oğuzman/Öz*, s. 321-322. Bunlar ve benzeri diğer örnekler için bkz. *Eren*, s. 1089 vd.; *Kocayusufpaşaoğlu*, §2 N. 11a; *Tunçomağ*, C. I, s. 212; *Gezder*, s. 155 vd.

²¹⁷ *Bühler*, Art. 364, N. 17.

sırasındaki maliyetinin sipariş verildiği andaki maliyetine göre artması halinde, tersanecinin *culpa in contrahendo sorumluluğu* doğabilir²¹⁸.

Bununla birlikte, tersanecinin, sözleşme kurulmadan önceki safhada kusurlu bir davranışı olmuş ve bu kusurlu davranış sözleşmeden doğan borcun ihlâline yol açmışsa, örneğin, tasarım borcunun özenli ifa edilmemesi nedeniyle ayıplı bir gemi inşa edilmişse²¹⁹, *culpa in contrahendo sorumluluğuna* değil, borca aykırılık hükümlerine başvurulur²²⁰. Bu sonuç *culpa in contrahendo sorumluluğunun*, mevcut sözleşmeden doğan sorumluluk karşısında ikincilliği ilkesi şeklinde ifade edilmektedir²²¹.

Gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibinin de sözleşme öncesi sorumluluğu gündeme gelebilir²²². Özellikle esasen bağlayıcı bir sözleşme akdetmek istemeyen, sadece

²¹⁸ İsviçre Federal Mahkemesi'nin de kararına konu olan bir olayda, yüklenici, birim ücretin hesaplamasında yaptığı bir yanlışlığı bahane ederek sözleşme bedelinin uyarlanmasını talep etmiş ve iş sahibinin, diğer teklif sunanların teklifleri ile yapacağı basit bir karşılaştırma ile kendisi tarafından yapılan fiyat teklifinde bir yanlışlık olduğunu anlayabileceğini iddia etmiştir. Mahkeme, yüklenicinin bu iddialarını yerinde bulmayarak, iş sahibinin, yüklenicinin hatalarını araştırmakla yükümlü olmadığını belirtmiştir. BGE 102 II 82. Böylece iş sahibinin, yüklenicinin hesaplamalarını neye dayanarak yaptığını görmesine imkân olmayan hallerde korunması sağlanmış ve ayrıca yüklenicinin, sözleşme kurulmadan önceki safhada, sözleşme kurulduktan sonra sözleşme bedelini arttırabilmek amacıyla kasti hatalar yapması engellenmek istenilmiştir. Bkz. *Spiess*, s. 75.

²¹⁹ Geminin tasarımı için teklif vermeden önce yapılacak işler, tersane açısından ciddi bir konstrüksiyon çalışması yapılmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede bir yandan geminin uzunluk, genişlik ve yüksekliği ile makinelerin tasarımı arasında korelasyon kurulması; diğer yandan geminin taşıma kapasitesi, su altı derinliği ve deniz hızının hesaplanması gerekmektedir. Söz konusu konstrüksiyon çalışmaları sırasında tersanecinin, hatalı bir gemi tasarımı yapması çoğunlukla ayıplı bir geminin inşa edilmesi sonucunu doğuracaktır. *Wüstendörfer*, s. 16-17.

²²⁰ *Wüstendörfer*, s. 17; *Gauch*, N. 2315; *Brändli*, R.: *Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118*, Zürich/St. Gallen 2007, N. 61.

²²¹ *Oğuzman/Öz*, s. 324. *Kutlu Sungurbey*, s. 112; *Demircioğlu*, s. 283-284; *Gauch*, N. 2315. Ancak *Gauch*'a göre sözleşme görüşmeleri sırasında, yüklenicinin kusurlu davranışı sonucu eserde ayıp meydana gelmesi her ne kadar *culpa in contrahendo sorumluluğuna* yol açmasa da, ayıba bağlı zararların tazmini açısından söz konusu kusurun tespitinde dikkate alınır. Bkz. *Gauch*, N. 2315.

²²² Sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kuralına aykırı davranılmaması durumunda dâhi iş sahibinin yüklenici aleyhine haksız zenginleşmesi de mümkündür. *Tandoğan* (İstina Akdi Kavramı), s. 322. Örneğin gemi inşa işini üstlenmek isteyen tersanecinin, hazırlık çalışmaları çerçevesinde, bedel tahmini, planlar, ölçümler, hesaplamalar gibi çeşitli faaliyetlerde bulunması gerekecektir. Gemi inşa sektörü uygulamasında tersaneciler, yapmış oldukları bu çalışmalar için inşa ücreti dışında ayrı bir ücret almamaktadır. Plan, proje ve hesaplar sonradan bunları uygulayacak yüklenici tarafından hazırlanmış ve inşaat için götürü bir ücret kararlaştırılmış ise, genellikle plan, proje ve hesaplara ait hazırlık çalışmalarının karşılığının da bu ücrete dâhil olduğu görüşü savunulmaktadır. Dolayısıyla bu tür hazırlık çalışmaları inşa işinin bir kısmını oluşturmaktadır. Ancak tersanecinin yapmış olduğu çalışmalara rağmen, sözleşme kurulamazsa, iş sahibinin bu çalışmaları ücreti karşılığında ya da ücret ödemeksizin alıkoymayı koyamayacağı sorunu ortaya çıkar. *Gautschi*'ye göre, yüklenicinin sözleşme müzakereleri sırasında hazırlayıp iş sahibine verdiği, ticari değer taşıyan bir edim teşkil eden bu tür hazırlık çalışmalarının, sözleşme

sektör araştırması yapan ya da hangi tersane ile sözleşme kuracak olduğunu bilmesine rağmen, fiyat düşürmek amacıyla başka tersanelerden fiyat teklifi alan iş sahibi, gerçekten sözleşme yapılacağı inancı ile hareket eden tersanelerin tekliflerini hazırlarken uğradıkları zararlarını *culpa in contrahendo* sorumluluğu çerçevesinde tazmin etmekle yükümlüdür²²³.

D) ŞEKLİ

Türk Borçlar Kanununun 12. maddesine göre, *sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiç bir şekle tabi değildir*²²⁴. Türk Ticaret Kanununun 1001. maddesinin II. fıkrasında düzenlenen gemi satım sözleşmesinin aksine²²⁵, gemi inşa sözleşmesinin kurulmasını şekle tabi kılan bir kanun hükmü mevzuatımızda bulunmamaktadır²²⁶. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 200. maddesinde yer alan senetle ispat zorunluluğu gereğince, gemi inşa sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekebilir²²⁷. Nitekim uygulamada, son derece teknik konuları içeren ve mahiyeti gereği sözleşme bedeli Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki sınırı aşan gemi inşa sözleşmesi, yazılı olarak düzenlenmektedir.

imzalanmaması durumunda, yükleniciye iade edilmesi gerekir. Bkz. *Gautschi*, Art. 363, N. 12.c. İş sahibinin bedel ödemeksizin bu çalışmaları alıkoyması, sebepsiz zenginleşme oluşturur. *Wüstendörfer*, s. 23. Ayrıca iş sahibinin söz konusu çalışmaları, iş sahibinin sözleşme imzaladığı diğer bir yükleniciye de kullandırmaması gerekmektedir. *Gautschi*, Art. 363, N. 12.c. *Wüstendörfer*, iş sahibinin ücreti karşılığında da olsa bu çalışmaları elinde tutamayacağı ve başka tersanelere kullandırmayacağı görüşündedir. *Wüstendörfer*, s. 23-24.

²²³ *Curtis*, s. 9; *Spiess*, s. 77. Gemi inşa ettirmek isteyen iş sahibi, yukarıda ifade edildiği üzere, kendisine teklifte bulunmaları yönünde icaba davette bulunduğu tüm tersanelerin tekliflerini değerlendirir ve kendi koşulları ile en çok uyum içinde olan tersane ile sözleşme görüşmelerine başlar. Bu aşamada tarafların görüşmeleri kesme imkânının bulunduğu genel olarak bilinmektedir. Bu sebeple taraflardan her biri sözleşme görüşmelerinin dürüst bir şekilde yürütmüş olması koşuluyla, her hangi bir yükümlülük altına girmeden görüşmeleri yarıda kesebilir. Ancak diğer görüşme tarafı ile sözleşme kurmayacağını önceden ve kesin olarak bilmesine rağmen görüşmelere başlayan veya sözleşme görüşmelerini sözleşme yapma niyeti olmadan, kötü niyetle ve aldatıcı davranışla yürüten tarafın, dürüstlük kuralından kaynaklanan ciddi görüşme yükümlülüğünü ihlâl ettiği kabul edilir. *Gezder*, s. 167. Bu yükümlülüğü ihlal eden tarafın, sözleşmenin yapılmaması nedeniyle karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etmesi gerekir. *Eren*, s. 1090-1091; *Yalman*, s. 48.

²²⁴ BK m. 11'i karşılamaktadır.

²²⁵ Bu maddeye göre gemi siciline kayıtlı bir geminin mülkiyeti devir anlaşmasının yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onaylı olması gerekmektedir. 6762 sayılı Ticaret Kanunda yer almayan bu hüküm yeni bir düzenlemedir.

²²⁶ Gemi inşa sözleşmesinin akdi hususunda İngiliz Hukuku'nda da bir şekil şartı aranmamaktadır. Bkz. *Curtis*, s. 5; *Hill*, s. 76.

²²⁷ Bu sınır şu anda ikibinbeşyüz Türk Lirasıdır.

E) TİP SÖZLEŞMELER

1- Genel Olarak

Gemi inşa sözleşmesi, genellikle bu alanda faaliyet gösteren kurumlarca hazırlanmış olan çerçeve niteliğindeki standart (tip) sözleşmeler esas alınarak oluşturulmaktadır²²⁸. Tarafların ticarî ilişkilerinde tip sözleşme hükümlerini esas almaları veya bu hükümleri menfaatlerine uygun bir şekilde yaptıkları değişikliklerle uyarlamaları, zaman ve bilgi birikimi açısından büyük kolaylık sağlamaktadır²²⁹.

Gemi inşa sektöründe belli başlı beş tip sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşmeler incelendiğinde genellikle tersaneci ve iş sahibinin menfaatleri arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı, ancak bazı tip sözleşmelerde tersanecinin, bazılarında ise iş sahibinin menfaatlerinin öne çıktığı görülmektedir. Sözleşmenin kurulması sırasında hangi tip sözleşmenin seçileceği hususunda özellikle tersanecinin ikamet yeri önem taşımaktadır²³⁰. Gemi inşa sektöründe yer alan başlıca sözleşme tipleri ve özellikleri kısaca şu şekildedir:

2- Çeşitleri

a) AWES

1972 yılında Batı Avrupa Tersaneciler Birliği (*Association of Western Europe Shipbuilders*) tarafından hazırlanan bu standart form, esasen *Dorchester Grubu* olarak adlandırılan ve 1967 yılında Almanya, İngiltere, Hollanda ve İtalyan tersanecilerinin oluşturduğu bir grup tarafından hazırlanan “*The Dorchester Contract*” temel alınarak oluşturulmuştur²³¹. Günümüzde AWES, Avrupa’da, özellikle Almanya, Finlandiya, Fransa, İtalya ve Yunanistan’da geniş ölçüde uygulanmaktadır. Daha çok sipariş veren tarafın çıkarlarını korumaya yönelik olan bu sözleşme örneği, 1999 yılında geniş ölçüde revize edilmiş ve tersaneci ve iş sahibi

²²⁸ Esasen konu inşa sözleşmeleri olunca bu tip standart sözleşmelere diğer inşa sektörlerinde de müracat edilmektedir. Bu konuda FIDIC en bilinen örnektir. Ayrıca ülkemizde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa tabi inşaat işlerinde de, Kamu İhale Kurumu’nca düzenlenen tip sözleşmenin kullanılması zorunludur.

²²⁹ Akıncı, Z. Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, s. 10.

²³⁰ Curtis, s. 13.

²³¹ Ringdal, s. 4.

menfaatlerini büyük ölçüde dengeleyerek günün ihtiyaçlarına cevap veren bir form haline gelmiştir.

b) SAJ

Japon Tersaneciler Birliği (*Shipbuilders Association in Japan*) tarafından düzenlenen bu form da uygulamada geniş ölçüde yer bulmaktadır. Bu form, Güney Kore, Çin, Singapur ve Tayvan'da kullanılan formların da temelini oluşturmaktadır²³². Bu formda yer alan hükümler, özellikle alt yüklenici kullanılması, mücbir sebep hallerinin geniş tutulması ve tersanecinin sorumluluğunun sınırlandırılması gibi düzenlemeleri ile daha ziyade tersanecinin menfaatlerini korumaya yöneliktir. Bu nedenle uygulamada bu formda iş sahibinin talebi ile çeşitli uyarlamalar yapılmaktadır.

c) NSF

Norveç Gemi Donatanları Birliği ve Tersaneciler Birliğinin ortak çalışması sonucunda hazırlanan ve 1999 yılında yayınlanan bir formdur. SAJ ve AWES formlarında yer alan hükümlerin karması niteliğindedir.

d) NEWBUILDCON

BIMCO tarafından geliştirilen ve 5 Temmuz 2007 tarihinde resmi olarak kabul edilen bu form, tersane menfaatlerinden ziyade sipariş veren tarafın menfaatlerini sağlamaya yönelik hükümler içermektedir. Alt yüklenici kullanımının sınırlandırılması, geminin “iyi uluslararası gemi inşa ve deniz mühendisliği uygulamaları”na uygun olması şartının açıkça düzenlenmesi, makul sayıda yardımcı, memur ve mürettebat ile birlikte en azından bir temsilcinin tersanede bulunması, bu maksatlı şartlardır.

e) MARAD

Amerika Birleşik Devletleri Ticaret Bakanlığına Bağlı Denizcilik Müsteşarlığı tarafından hazırlanan ve 1980 yılında yayınlanan bu form, 1936 tarihli Ticari Deniz

²³² Curtis, s. 13.

Kanununun 11. Bölümünde yetkilendirilen Federal Gemi Finansmanı Programına göre finanse edilen yeni Amerikan gemilerine uygulanmaktadır²³³. Ancak uluslararası uygulamada bu forma pek başvurulmamaktadır.

3- İçeriği

Tip gemi inşa sözleşmelerinin ana yapısı, genellikle şu şekilde düzenlenmektedir: Sözleşmenin ilk bölümünde geminin türü, teknik özellikleri, sınıflandırılması ve tesciline ilişkin giriş hükümleri yer alır. Sözleşmenin ikinci bölümünde ise mali konulara ilişkin olarak sözleşme bedeline, kura, ödeme koşullarına, sözleşme bedelinde hem ayıplı ifa hem de geç teslim halinde yapılacak uyarlamalara, tersaneci ve iş sahibi tarafından verilecek teminatlara, vergilere ve diğer masraflara yer verilir. Üçüncü ve dördüncü bölümler genellikle plan ve çizimlerin onaylanmasına, inşa sırasında yapılacak denetime, şartname ve sözleşmede yapılacak değişikliklere ve geminin deneme yüzüşlerine ayrılmaktadır. Sonraki bölümlerde ise teslim, teslim yeri ve zamanı ve teslimle ilgili belgeler; mülkiyetin nakli ve hasarı intikali konuları işlenmektedir.

Teslimde mazur görülen gecikmeler genellikle ayrı bir bölümde ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Ayrıca tersanecinin teslim sonrası ayıplı ifadan doğan sorumluluğu da genellikle ayrı bir bölümde açıklanmaktadır. Tersanecinin teslim öncesi ayıplı ifaya ilişkin borçları ise sözleşme metni içerisine serpiştirilmiş durumdadır. Bunun dışında her bir tip sözleşmede yerleri farklı bölümlerde düzenlenmiş olsa da, iş sahibi tarafından sağlanan malzeme, tersanecinin alt sözleşme yapabilme yetkisi, sigorta zorunluluğu, fikri mülkiyet hakları gibi hükümler de bulunmaktadır. Sözleşmenin son bölümü ise genellikle uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümlenmesine ilişkindir.

4- Tip Sözleşmelerin Genel İşlem Koşulu Niteliği

Türk Borçlar Kanununun 20. maddesinin ilk fıkrasına göre, *genel işlem koşulları*, *bir sözleşme yapılırken düzenleyenin ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme*

²³³ Curtis, s. 13.

hükümleridir. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeler, “tip sözleşme”, “katılmalı sözleşme”, “kitle sözleşme” ya da “formüler sözleşme” olarak anılabilmektedir²³⁴. Konunun uzmanı kişilerce, kullanan tarafın menfaatlerini korumak amacıyla, bütün olasılıklar düşünülerek hazırlanan genel işlem koşulları²³⁵, çoğu zaman sözleşmenin diğer tarafınca tam olarak bilinmemekte veya pazarlık gücü bulunmadığı için kabul edilmektedir²³⁶. Bu nedenle kanun koyucu bu tür koşulların denetlenmesini ve zayıf konumda olan tarafın korunmasını öngörmektedir. Tip sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olarak kabul edilmesi, genel işlem koşullarına ilişkin denetime tabi olması sonucunu doğurabilecektir.

Gemi inşa sözleşmelerine ilişkin tip sözleşmeler, somut bir tersaneci veya iş sahibi tarafından değil, tersaneci veya iş sahiplerinin kurduğu birlikler tarafından hazırlanmıştır. Kanunun sözüne sıkı sıkıya bağlı kalındığında, gemi inşa uygulamasında kullanılan tip sözleşmelerin genel işlem koşulu olarak değerlendirilmesi mümkün olmayabilir. Oysa kanun hükmü, yalnızca düzenleyenin taraf olduğu sözleşmeler bakımından genel işlem şartlarının söz konusu olacağı izlenimi oluşturmaktaysa da, üçüncü kişilerce hazırlanan genel işlem koşulunun kullanılmış olmasının genel işlem koşulu denetiminin kapsamında olacağı kabul edilmektedir²³⁷.

²³⁴ Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 33; *Altop*, A.: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlenmesi”, <http://demirdemirhukuk.com/AA-Makale2.pdf>, s. 1 (et. 27.04.2012); *Demir*, M.: “2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın Genel İşlem Koşulları’na İlişkin Maddelerinin (M. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, TBBD, Yıl 2008, S. 76, s. 217-230, s. 217.

²³⁵ *Altop*, s. 1; *Kocayusufpaşaoğlu*, § 23, N. 2, s. 226.

²³⁶ *Altop*, s. 1. Bu kişilerin, her bir sözleşmenin tek tek görüşülmesi yoluyla doğacak zaman kaybı, bazı sözleşmelerde mutlaka yer alması gereken birtakım hükümlerin unutulması veya iyi bir biçimde kaleme alınmaması rizikolarına katlanması beklenemez. Bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, § 23, N. 2, s. 228. Genel işlem koşullarının işletmelere sağladığı diğer kolaylıklar için bkz. *Atamer*, Y.: *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, B. 2, İstanbul 2001, s. 32. Doktrinde, çağın gerekleri nedeniyle, genel işlem şartlarından vazgeçmenin mümkün olmadığı ve fakat genel işlem koşullarına dayalı sözleşmelerin yasanın emredici hükümleri ile hukuken daha sıkı bir denetim altına alınması ve zayıf durumdaki karşı tarafı daha iyi korunması gerektiği ifade edilmiştir. *Kocayusufpaşaoğlu*, § 23, N. 2, s. 228. Aynı yönde bkz. *Altop*, s. 1-2.

²³⁷ *Atamer*, Y. (Genel İşlem), s. 69; *Kramer*, E.: *Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR*, Bern 1986, Art. 1, N. 181. Kanun maddesindeki bu ifadenin eleştirisi için bkz. *Altop*, s. 5; *Atamer*, Y. (Genel İşlem), s. 69, dn. 43; *Güngör*, H. G.: “Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler (I)”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 3, S. 30, Haziran 2005, s. 2100-2101.

Kanun maddesinde yer alan tanımın yaratabileceği bu yanlış izlenimi bertaraf etmek için, doktrinde *Altop* tarafından önerilen tanımın daha isabetli olduğu düşünülmektedir. Buna göre genel işlem koşulları, *çok sayıda benzer sözleşmede kullanılmak üzere önceden düzenlenmiş olan ve sözleşmenin taraflarından birinin (kullanan), diğer tarafa sözleşme yapılırken sunduğu sözleşme hükümleridir*²³⁸. Bu tür bir tanım uyarınca, gemi inşa sözleşmeleri için hazırlanan tip sözleşmelerin genel işlem koşulu olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir.

Türk Borçlar Kanununun 21. maddesi uyarınca, karşı taraf aleyhine bir genel işlem koşulunun sözleşme içeriğine dahil olup geçerli sayılabilmesi için, onun bu genel işlem koşulu hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Bu bakımdan öncelikle, gemi inşa uygulamasında başvuru tip sözleşmelerden birinin esas alındığı sözleşme ilişkisinde, iş sahibi ve/veya tersanecilerin bu tip sözleşme koşulları hakkında bilgi sahibi olup olamayacağının incelenmesi gerekir. Özellikle büyük gemilerin inşasına dair sözleşmeler, teknik, finans ve hukuk grubunu oluşturan müzakere ekiplerinin her bir madde üzerinde titizlikle durdukları, uzun süren müzakereler sonucunda oluşturulmaktadır. Dolayısıyla bu şekilde kurulan sözleşmelerde, tarafların sözleşme koşulları hakkında bilgi sahibi olmadığı ileri sürülemeyeceğinden, genel işlem koşullarının varlığından söz edilemez.

Gemi inşa uygulamasında sözleşme müzakerelerinin çok detaylı bir şekilde icra ediliyor olmasının yanında, gemi inşa sözleşmesinin taraflarını oluşturan tersaneci ve iş sahiplerinin genellikle tacir olmasının genel işlem koşulu denetlemesine ne surette etki edeceği üzerinde de durulmalıdır. Türk Ticaret Kanununun 18. maddesinin II. fıkrası uyarınca, her tacir, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. Bu zorunluluk, kendi alanında genel işlem koşulu içeren bir sözleşmeye taraf olacak tacirin, bu koşullardan kendisini korumak için gerekli önlemleri almasını şart kılar²³⁹.

²³⁸ *Altop*, s. 5.

²³⁹ *Atamer*, Y. (Genel İşlem), s. 56. Yazara göre, tüketicilere nazaran önemli bir iş tecrübesi avantajı bulunan tacirlerin genel işlem koşulu içeren sözleşme kurulmasına alışık olması ve bunların içeriğine dair bilgi sahibi olması beklenir. Özellikle belirli bir branşa ilişkin olarak sürekli kullanım halinde olan genel işlem koşulları açısından bu konuda tereddüt etmemek gerekir. Bu anlamda gemi inşa sektöründe bulunan donatan ve tersanecilerin taraf olduğu gemi inşa sözleşmelerinde, genel işlem koşulu denetimi yapılması mümkün olmamalıdır.

Kocayusufpaşaoğlu, her ikisi de o konularda uzman iki tacir veya ticarî işletme arasında kurulan bireysel sözleşmelerde, taraf(lar), genel işlem koşuluna göre hareket etmiş olsa(lar) dahi, karşı tarafın korunmaya ihtiyacı olmadığını ifade etmektedir²⁴⁰. Aynı şekilde *Atamer*'e göre, tüketicilere nazaran önemli bir iş tecrübesi avantajı bulunan tacirlerin genel işlem koşulu içeren sözleşme kurulmasına alışık olması ve bunların içeriğine dair bilgi sahibi olması beklenir²⁴¹. Özellikle belirli bir sektöre ilişkin olarak sürekli kullanım halinde olan genel işlem koşulları açısından bu konuda tereddüt etmemek gerekir. Bu anlamda gemi inşa sektöründe bulunan donatan ve tersanecilerin taraf olduğu gemi inşa sözleşmelerinde, genel işlem koşulu denetimi yapılması mümkün olmamalıdır.

Ancak tacirler arasında kurulan sözleşmelerde, küçük ve orta ölçekli işletme sahibi tacir olan tarafın, diğerine nazaran pazarlık imkanı çok sınırlı olabilir. Böyle bir sözleşme ilişkisinde, istisnaen, zayıf konumda olan tacirin genel işlem koşulu içeren sözleşme hükümlerine karşı korunması gerekliliği doğabilir²⁴². Bu nedenle, karşı tarafı tacir olmayan veya küçük ve orta ölçekli işletme sahibi tacir olan gemi inşa sözleşmesi ilişkisinde, tip sözleşmelerin esas alındığı ve yalnızca teslim tarihi, ödemeler gibi bir kaç hususun müzakere edildiği sözleşmelerde²⁴³, müzakere kapsamı dışında kalan diğer sözleşme maddelerinin, Türk Borçlar Kanununun 21-25. maddeleri kapsamında genel işlem koşulu denetimine tabi tutulması gündeme gelebilir.

Türk Borçlar Kanununa göre, genel işlem koşulunun denetimi üç aşamada gerçekleştirilir. Kanunun 21 ve 22. maddelerinde düzenlenen *yürürlük denetimi* aşamasında, bu koşulun sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığı belirlenir. Buna göre, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına

²⁴⁰ *Kocayusufpaşaoğlu*, 23, N. 3, s. 228.

²⁴¹ *Atamer*, Y. (Genel İşlem), s. 54-55.

²⁴² *Atamer*, Y. (Genel İşlem), s. 56-57.

²⁴³ Tip sözleşmelere bakıldığında, geminin uzunluğu, gross tonu, klasi, ölü ağırlık kapasitesi, seyir hızı, yakıt tüketimi gibi teknik özellikleri, bedelin miktarı, kaç taksitte ödeneceği, ödeme koşulları, geminin teslimindeki gecikilen günler için sözleşme bedelinden indirilecek miktarlar; hız, ölü ağırlık kapasitesi, seyir hızı ve yakıt tüketimine dair taahhütlerden sapma olması durumunda sözleşme bedelinde yapılacak indirim miktarı, teslim tarihi, sözleşmeden doğan ödemelerde temerrüde düşülmesi halinde tatbik edilecek faiz oranı, tahkim şartı, uygulanacak hukuk, tahkim yeri ve hakem sayısına dair sözleşme hükümlerinin taraflarca doldurulmak üzere boş bırakıldığı görülmektedir. Dolayısıyla tarafların en azından bu hususlarda müzakere ettiği varsayılacaktır. Bu hükümler dışında kalan konular, tip sözleşmelerde standart olarak düzenlenmektedir.

girmesi, sözleşmenin kurulması sırasında, karşı tarafa açıkça bilgi verilip, bunların içeriğini öğrenme imkânının sağlanmasına ve karşı tarafında bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Ayrıca, karşı tarafın menfaatine aykırı hükümler ile sözleşmenin niteliğine ve özelliğine yabancı olan hükümler (*Unklarheitsregel*), yazılmamış sayılır.

Sözleşmenin içeriğine dahil olduğu belirlenen genel işlem koşulu, ikinci aşamada, yorum yoluyla denetlenir. *Yorum denetimi* olarak nitelendirilen bu aşama, Türk Borçlar Kanununun 23. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, genel işlem koşuluna giren hükmün yorumunda tereddüt hasıl olursa, *contra preferentem* yorum yöntemi tercih olunur.

Bu aşamalardaki denetimler sonuç vermezse, Türk Borçlar Kanununun 24 ve 25. maddesi uyarınca, bu kez koşulların geçerliliği denetlenir. Buna göre, sözleşmeyi düzenleyene, bir hükmü tek taraflı olarak karşı taraf aleyhine değiştirme yetkisi veren hükümler varsa bunlar da yazılmamış sayılacaktır. Son olarak, karşı tarafa inceleme şansı verilerek kabul ettirilmiş olsa da, dürüstlük kuralına aykırı derecede karşı tarafın aleyhine olan hükümler yine yazılmamış addedilir.

İKİNCİ BÖLÜM

TERSANECİNİN BORÇLARI

Gemi inşa sözleşmesinin kurulması ile birlikte tersaneci, sözleşmeye uygun şekilde bir gemi inşa etmeyi ve tamamladığı bu gemiyi, iş sahibine teslim etmeyi üstlenmektedir. Gemi inşa sözleşmesinde tersanecinin borçları, esas itibariyle Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesi kısmında düzenlenmiş olan yüklenicinin borçları ile aynıdır. Ancak gemi inşa uygulamasında, bu sözleşmenin kendine özgü yapısından kaynaklanan bir takım borçlara, örneğin geminin tasarımı ile deneme yüzüşlerini yapma borçlarına ayrıca yer verilmekte ve birtakım borçlarında, özellikle ayıba karşı tekeffül borcu ile ilgili olarak, yüklenicinin borçlarından farklı düzenlemelere gidilmektedir.

I. GEMİNİN TASARIMINI YAPMA BORCU

A) GENEL OLARAK

Tasarım faaliyeti, eserin, maddi bir sonuç olarak ortaya çıkmasından önce ifası zorunlu olan bir faaliyettir¹. Bu faaliyet, iktisadî açıdan bağımsız olan ve serbest meslek icra eden bir mimar tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, yapının inşaatını gerçekleştirecek olan yüklenici tarafından da ifa edilebilir². Zira inşaat uygulamasında, yüklenicinin, inşa hizmeti yanında, plan ve projeleri hazırlama hizmetlerini üstlenmesiyle oldukça sık karşılaşılmaktadır. Tasarım ve inşa işi yüklenici tarafından üstlenilirse, bir “*tümel müteahhitlik sözleşmesi*” (*Totalunternehmervertrag*) söz konusu olur³. Pek çok gemi inşa sözleşmesinde de geminin tasarımını üstlenen taraf, tersanecidir. Ancak uygulamada, tersanecinin, iş sahibi tarafından hazırlanan ya da hazırlattırılan projeler çerçevesinde, sadece gemiyi inşa işini üstlendiği de görülmektedir.

¹ Uyan, G.: *İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İş Görme Sözleşmeleri Kuramına Bir Katkı*, İstanbul 2006, s. 3.

² Uyan, s. 4, 8.

³ Uyan, s. 8; Schmacher, R.: *Die Haftung des Architekten aus Vertrag, Das Architektenrecht*, 3. Auflage, Freiburg 1995, s. 119.

Tümel bir gemi inşa sözleşmesinde, hem geminin tasarımını, hem de inşasını konu edinen bir eser sözleşmesi mevzu bahistir⁴. Bu sözleşme uyarınca tersaneci, geminin tasarımını yapma borcu kapsamında, ön proje hazırlanması, uygulama ve detay planlarının yapılması, çizimlerin ve işçilik resimlerinin hazırlanması gibi hizmetleri ifa etmeyi üstlenmektedir.

Geminin tasarım işini üstlenen tersaneci, geminin tasarımına ilişkin edimleri tıpkı bir mimar gibi özenle yerine getirmek ve projeyi sözleşmede kararlaştırılan zamanda hazırlamakla yükümlüdür⁵. Ayrıca Gemilerin Teknik Yönetmeliğinin⁶ 18. maddesinde, açıkça gemilerin, *ulusal mevzuat ve uluslararası sözleşmeler dâhilinde yapısal, mekanik ve elektrik gereksinimlerine göre dizayn ettirileceği* hükme bağlanmıştır. Böylece geminin tasarımını yapma borcuna bir standart getirilmiştir.

Tersaneci, gemi inşa projesini, teknik esaslara uygun olarak, hesap ve çizimlerde hata yapmadan ifa etmek zorundadır⁷. Teknik esaslara aykırı olan, hesap ve çizim hataları bulunan projeler, iş sahibinin sözleşmenin amacından doğan ifa menfaatini karşılamaya elverişli değildir ve tersanecinin sorumlu tutulmasını gerektirir⁸. Tersanecinin, tasarım borcuna ilişkin sorumluluğu, eser sözleşmesi hükümlerine göre belirlenir⁹. Bu nedenle proje uygulanmadan önce işin hatalı veya sözleşmeye uygun olmadığı anlaşılırsa, iş sahibi, Türk Borçlar Kanununun 475 vd. hükümlerinde¹⁰ öngörülen seçimlik haklarını kullanabilir¹¹. Projenin uygulanması sırasında ortaya çıkan gizli proje hatalarını, tersanecinin kendisinin düzeltmesi, sadakat ve özen borcunun bir gereğidir¹². İnşaat işi tamamlandıktan sonra, geminin gizli proje hataları

⁴ Günümüzde hem tasarım hem de inşa işinin birarada üstlenildiği tümel müteahhitlik sözleşmeleri, eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. *Kaplan, İ: Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu*, Ankara 1983, (Mimarın Sorumluluğu) s. 16; *Koller (Werkvertrag)*, Art. 363, N. 203; *Gauch (Totalunternehmervertrag)*, s. 41-42; *Schmacher*, s. 119.

⁵ Mimarın proje düzenlemesine ilişkin borçları hakkında bkz. *Kaplan (Mimarın Sorumluluğu)*, s. 112-140; *Schmacher*, s. 121 vd.

⁶ 17.11.2009 tarih 27409 sayılı Resmi Gazete.

⁷ Dürüstlük kuralı, mimara, yapı sahibine noksan ve hatasız bir proje teslim etmesini yükümlü kılmaktadır. Bkz. *Kaplan (Mimarın Sorumluluğu)*, s. 75.

⁸ *Kaplan (Mimarın Sorumluluğu)*, s. 131, 132.

⁹ Bu konuda vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu değildir. Bkz. BGE 114 II 53.

¹⁰ BK m. 360 vd.

¹¹ *Kaplan (Mimarın Sorumluluğu)*, s. 142.

¹² Gizli proje hataları, kullanmaya elverişli olmayan bir yapının gerçekleşmesine sebep olacak nitelikte iseler, yapı sahibi, BK m. 360 hükmüne dayanarak, bildirim yükümünü yerine getirmek koşuluyla sözleşmeden dönebilir. Ender sayılabilecek bu durum dışında, uygulama sırasında

nedeniyle ayıplı olarak inşa edildiği anlaşılırsa, iş sahibi aşağıda ele alınacak ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde ayıbın giderilmesi, bedel indirimi ve sözleşmeden dönme gibi seçimlik haklara sahip olur¹³.

B) TİP SÖZLEŞMELERDE KONUNUN DÜZENLENİŞİ

1- Genel Olarak

SAJ ve AWES tip sözleşmelerinin, tersanecinin iş kapsamını düzenleyen ilgili maddelerinde, geminin tasarımını yapma borcuna ilişkin genel bir hükme yer verilmemiştir¹⁴. Buna karşılık NEWBUILDCON ve NSF'de, tersanecinin, geminin tasarımını (*design*) hazırlamakla yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir¹⁵.

Tersanecinin ulusal ve uluslararası mevzuatta belirlenen standartlara uygun olarak hazırlaması gereken tasarımın, geminin güvenli bir şekilde işletilebilmesi ve sözleşmede belirtilen kullanma amacına elverişli olması gerekir¹⁶. Tersanecinin tasarım yapma borcuna bir standart getiren NEWBUILDCON'a göre, tersaneci, geminin tasarımını, "*iyi uluslararası gemi inşa ve denizcilik mühendisliği uygulamalarına uygun olarak*" hazırlamalıdır¹⁷.

2- Detay Plan ve Çizimlerin Onaylanması

Gemi inşa sözleşmesinin imzalandığı sırada, çeşitli ön plan ve çizimler şartnamenin ekinde yer almaktadır. Ancak bunlar geminin detay proje ve çizimlerini içermez; detay plan ve çizimler çoğunlukla, inşa programının uygulamaya geçirilmesi safhasında hazırlanır¹⁸. Bu nedenle, tip sözleşmelerde genellikle, tersaneci tarafından hazırlanacak olan detay plan ve çizimlerin, iş sahibinin onayına

ortaya çıkan proje hatalarının düzeltilerek giderilmesi gerekir. *Kaplan* (Mimarın Sorumluluğu), s. 143.

¹³ Tasarım işinin serbest mimar tarafından yapılması halinde ise yapı sahibinin mimara karşı sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve projenin düzeltilmesi taleplerini kullanması mümkün olmayıp; yapı sahibi ancak hatalardan ileri gelen zararlarının tazminini talep edebilecektir. Bkz. *Kaplan* (Mimarın Sorumluluğu), s. 144.

¹⁴ SAJ Page P-1, n. 11-14; AWES Art. 1 (a).

¹⁵ NEWBUILDCON Art. 1 (a) n. 69 - 71; NSF Art. II 1, p. 1.

¹⁶ Bkz. *Curtis*, s. 19. *Aktiebolaget Gotaverken v. Westminster Corporation of Monrovia and Another* [1971] 2 Lloyd's Reports, 505.

¹⁷ NEWBUILDCON Art. 1 (a) n. 70-71.

¹⁸ Bkz. *Curtis*, s. 73.

sunulacağını düzenleyen hükümlere yer verilir. Bu konuda düzenleme içeren SAJ'a göre “*Tersaneci, Alıcının onayını almak üzere plan ve çizimlerin üç (3) adet kopyasını onun 18. maddede belirtilen adresine gönderir. Plan ve çizimleri teslim alan Alıcı, teslim anından itibaren on dört (14) gün içinde, onayını ya da varsa yorumlarını içeren plan ve çizimlerin bir (1) kopyasını Tersaneciye geri gönderir. İş sahibine gönderilecek plan ve çizimlerin listesi, taraflarlarca birlikte belirlenir*”¹⁹.

Plan ve çizimlerin iş sahibinin onayına sunulması, teknik hataların önüne geçmeyi ve inşa faaliyetlerinin ileri aşamalarında ihtiyaç duyulacak masraflı değişikliklerin yapılmasını önlemeyi amaçlar²⁰. Bununla birlikte iş sahibinin, geminin plan ve çizimlerine onay vermesi, onun sonradan söz konusu çizimlerin hatalı olduğunu ya da şartnameye uygun olmadığını iddia etmesine engel teşkil edebilir²¹; yani bu onayın bir kabul beyanı yerine geçmesi mümkündür. Nitekim uygulamada tersaneciler, genellikle bu tür bir onay ile tasarım hatalarından doğan sorumluluklarını bertaraf etme eğilimi taşımaktadır.

İş sahibi tarafından verilen onayın, kabul beyanı yerine geçip geçmeyeceğinin tespitinde, iş sahibinin plan ve çizimleri incelerken göstermesi gereken özenin ve iş sahibinin uzmanlığının dikkate alınması gerekir. Plan ve çizimlerin teknik kurallara uygun olup olmadığı veya projelerde çizim ve hesap hatalarının bulunup bulunmadığını, yalnız bu işlerde uzman olan meslekten kişiler anlayabilir. Bu nedenle genellikle mimari projeler bakımından, iş sahibinden mesleki uzmanlık beklenemez²².

Gemi inşa sözleşmelerinde de tersaneci, hem tecrübe, hem de donanım açısından projeye ilişkin tasarım risklerini anlayabilecek ve bu riskleri yönetebilecek olan taraftır²³. Dolayısıyla, iş sahibinin plan ve çizimleri incelerken göstereceği özenin tayininde, o işlerden anlayan orta vasıfta bir kişinin hataları anlayabilmesi için göstereceği özen esas alınmalı, aksine o işlerde tecrübesi olmayan bir kişinin

¹⁹ SAJ Art. IV. 1. (a). Benzer hüküm için bkz. AWES Art. 2 (b); NEWBUILDCON Art. 20 (b); NSF Art. V. 1 (a).

²⁰ Curtis, s. 73.

²¹ Curtis, s. 73.

²² Kaplan (Mimarın Sorumluluğu), s. 140; Schmacher, s. 202.

²³ Curtis, s. 19.

göstereceği özen, ölçü olarak kabul edilmemelidir²⁴. Bu çerçevede gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibinin projeyi dikkat ve özenle muayenesi yeterli sayılmalı ve uzman olmadığı göz önünde tutularak, onun böyle bir muayene sonucu fark edemediği hatalar gizli ayıp olarak nitelendirilmelidir²⁵. Bu nedenle gizli ayıp addedilen tasarım hatalarına iş sahibinin onay vermesi ya da tasarımı küçük değişikliklerle kabul etmesi, onun ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmasına engel oluşturmamalıdır. Bu kapsamda, konuya açıklık getirmesi bakımından, ayıplı bir şekilde tasarlanan ve inşa edilen dört adet mavnayı konu edinen, *Ingram River Equipment, Inc. v. Potts Industries, Inc.* kararında yer verilen hususlara değinmekte fayda bulunmaktadır²⁶:

“(1) taraflar arasındaki sözleşmede, alıcının menfaatinin edim sonucuna ilişkin olduğu ve işin ne şekilde ve hangi yöntemle ifa edileceğinin satıcının kontrolünde olduğu ifade edilmiştir;

(2) alıcının uzmanlığı esas olarak mavnaların işletilmesi ve bakımına ilişkin olup, tasarımı bu kapsamda yer almaz; tersaneci olan satıcı, mavnaların tasarımı üstlenmiştir;

(3) alıcının bakım işini kolaylaştırmak için, tasarımı talep ettiği ufak değişiklik, onun uzmanlık yönünden satıcıya dayandığı gerçeğini değiştirmemektedir.”

Bazı tip sözleşmelerde, *alıcının, plan ve çizimlere ilişkin verdiği onayın, tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerine halel getirmeyeceği* yönünde hükümlere yer verilmektedir^{27,28}. Böylece iş sahibinin plan ve çizimlere yönelik kabul beyanının, onay olarak yorumlanmasının önüne geçilmektedir.

²⁴ Kaplan (Mimarın Sorumluluğu), s. 140.

²⁵ Kaplan (Mimarın Sorumluluğu), s. 140.

²⁶ Bagot, Michael H.: “The Ebb and Flow of East River: Consideration of the Supreme Court’s Decision on Products Liability in Shipbuilding Contracts” Tulane Maritime Law Journal, Vol. 30, 2006, s. 153-154.

²⁷ NEWBUILDCON Art. 20 (f); AWES Art. 2 p. son; NSF Art. V-1 (e).

²⁸ *Cenargo Ltd. v. Empresa Nacional Bazan de Construcciones Navales Militares SA* davasında Mahkeme, bu tür bir kaydın, planların alıcı tarafından onaylanmasına rağmen, taraf iradelerinin, tersaneciyi sorumlu tutmaya yönelik olduğunu gösterdiğine hükmetmiştir. [2002] EWCA Civ 524 Quenn’s Bench Division (Commercial Court). Bkz. *Curtis*, s. 74.

3- Detay Plan ve Çizimlerin Onaylanacağı Süre

İş sahibi, plan ve çizimleri onaylamada gecikerek, tersanecinin iş takviminin aksamasına yol açabilir²⁹. Bu nedenle tip sözleşmelerde, iş sahibinin plan ve çizimleri onaylayacağı süreye bir sınır getirilmekte³⁰ ve bu süreye uyulmaması halinde, plan ve çizimler, kendiliğinden kabul edilmiş sayılmaktadır³¹.

İş sahibi, kendisine gönderilen plan ve çizimleri, çeşitli yorumlar ilave etmek suretiyle onaylayabilir. AWES'e göre: *“Tersaneci, yorumların iş değişikliği teşkil etmemeleri koşuluyla, gemiyi, bu yorumlara göre inşa etmek zorundadır. Bu konudaki uyuşmazlıklar 15 (b) maddesinde yer alan “uzman değerlendirmesi”ne göre çözümlenir. Ayrıca bu tür uyuşmazlıklardan kaynaklanan gecikmeler, haklı gecikme olarak kabul edilir”*³².

NEWBUILDCON'da bu tür uyuşmazlıklardan kaynaklanan gecikmenin, haklı gecikme olarak kabul edilip edilmeyeceğine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır³³. NSF formunda ise, tarafların anlaşması ya da tahkim kararı sonucunda, iş değişikliği teşkil edecek yorum ya da değişikliklerin tersaneciye, sözleşme bedelinde ve teslim tarihinde uygun bir düzenlemeye gidilmesini talep etme hakkı vereceği belirtilmektedir³⁴. İş sahibinin planları onaylamaması ya da bu planlara tersanecinin kabul edemeyeceği şekilde bir yorum ilave etmesinin sonuçlarına ilişkin SAJ'da bir düzenleme bulunmamaktadır.

²⁹ Curtis, s. 74.

³⁰ SAJ, NEWBUILDCON ve NSF formlarında bu süre on dört gün olarak belirlenmiştir. Bkz. SAJ Art. IV-1 (a), n. 4; NEWBUILDCON Art. 20 (b), n. 346; NSF Art. V-1 (a). AWES'te ise bu süre tarafların kararlaştıracakları bir süre olarak ifade edilmektedir. AWES Art. 2 (b) p.1. Fakat SAJ'da bu süre eğer iş sahibi, kendisini tersanede temsil etmek üzere bir inşaat teknik yöneticisi atamışsa yedi güne indirilmiştir. SAJ Art. IV-1 (b), n. 13.

³¹ SAJ Art. IV-1 (c), n. 18-21; NEWBUILDCON Art. 20 (e), n. 370-373; AWES Art. 2 (b) p. 1. NSF'de ise on dört günlük sürenin sonunda tersanecinin iş sahibine faks çekerek üç günlük bir süre daha tanınması öngörülmüştür. NSF Art. V-1 (d).

³² AWES Art. 2 (b) p. 2.

³³ NEWBUILDCON Art. 20 (c), (d).

³⁴ NSF Art. V 1 (c).

II. İŞİ KENDİ YÖNETİMİ ALTINDA YAPTIRMA BORCU

A) GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanununun 471. maddesinin 3. fıkrasına³⁵ göre, yüklenici, *meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.* Türk Borçlar Kanunu, yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıdığı işlerde şahsen ifa ya da kendi yönetimi altında yaptırma borcu getirmiş³⁶; kişisel özelliklerin önem taşımadığı işlerde ise, işin alt yüklenicilere bırakılmasına cevaz vermiştir.

Şahsen ifa borcu, işin bizzat yüklenicinin elinden çıkmasının, iş sahibi için önem arz ettiği işlerde doğar³⁷. Buna karşın, yüklenicinin bizzat ifasının ve bedeni yeteneklerinin önem taşımadığı, tek kişi ile üstesinden gelinemeyecek işlerde, yüklenici, işi kendi yönetim ve denetimi altında dâhi yaptırabilir³⁸. Edimin ifası, hem

³⁵ BK m. 356/2'yi karşılayan bu maddede hüküm değişikliği bulunmayıp, sadece dili Türkçeleştirilmiş ve sadeleştirilmiştir.

³⁶ Bu hüküm, borçlunun borçlandığı edimi şahsen yerine getirmek zorunda olmamasına dair, TBK m. 83'te (BK m. 67) öngörülen genel kuralın bir istisnasıdır. *Gauch*, N. 617; *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 10; *Gautschi*, Art. 364, N. 15 a; *Cerruti*, R.: *Der Untervertrag*, Freiburg 1990, N. 405; *Tunçomağ* (C. II), s. 993; *Tandoğan* (C. II), s. 71; *Aral*, s. 325; *Gümüüş*, M. A.: *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, C. 2, İstanbul 2010, s. 15; *Kılıçoğlu*, A. M.: "Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu" AÜHFD, 1975, C. 32, s. 188; *Erdoğan*, İ.: "İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması" SÜHFD, C.3, S.1, s. 138. Genel kuraldan ayrılan bu tür bir düzenlemenin altında, eser sözleşmesinde maddi edimlerin yanında yer alan hizmet edimleri dolayısıyla, yüklenicinin şahsının veya şahsi yeteneklerinin, sözleşmenin kurulmasında önem taşıdığı düşüncesi yatmaktadır. *Gauch*, N. 617; *Aral*, s. 326. İş görme sözleşmeleri, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunan sözleşmelerdir. *Kılıçoğlu* (Eseri Şahsen Yapma), s. 186. Bu durum, iş görme edimlerinin kural olarak şahsen ifayı gerektirdiğine dair genel kuralın eser sözleşmelerine yansımalarıdır. *Şenocak*, Z.: *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara 2002, s. 19.

³⁷ Edimin yerine getirilmesinde yüklenicinin kişisel yetenek ve becerilerinin önemli olup olmadığı, ilk planda sözleşme hükümlerine göre, sonrasında işin niteliğine göre tespit edilir. *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 10; *Şenocak*, s. 20; *Schlatter*, s. 17. Kanunda yüklenicinin şahsen ifa ve idare etme mükellefiyetinin istisnası olan haller yalnız hukuki işlemin niteliğine göre yüklenicinin şahsi niteliğinin söz konusu olmadığı haller olarak ifade edilmiştir. Ancak burada vekâlet ve hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, iş sahibinin rızasına dayanan bir devir olanağı kabul edilmelidir. Fakat vekâlet ve hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, istisna sözleşmesinde yüklenicinin iş gücünü kaybetmesi işi alt yükleniciye devir olanağı vermez. *Kılıçoğlu* (Eseri Şahsen Yapma), s. 194. Nihayet, yüklenicinin ediminin kişisel nitelik taşıyıp taşımadığı hususunda, Kanunun 471. maddesinde öngörülmemiş dâhi olsa, ilişkilerdeki teamül de rol oynar. *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 10; *Aral*, s. 327; *Şenocak*, s. 21.

³⁸ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 24. Diğer bir deyişle, işin mahiyetine göre, kararlaştırılan edimin kişisel nitelik taşımasına rağmen yüklenicinin kişiliğine bu denli sıkı sıkıya bağlı olmayan durumlarda yüklenicinin işi şahsen ifası yerine, kendi yönetimi altında yaptırması yeterlidir. Ancak

gerçek kişiler hem de tüzel kişiler açısından kişisel nitelik taşıyabilir³⁹. Tüzel kişilerin edimle ilgili “kişisel özellikleri”, tecrübe, know-how, özel metotlara hâkimiyet ve personelin eğitim seviyesi gibi özelliklerinden müteşekkildir⁴⁰. Gerçek kişiler tarafından ifa edilecek olan işlerde⁴¹, özellikle el sanatları ve el işçiliğini gerektiren eser sözleşmelerinde yüklenici, şahsen ifa ile yükümlüyken⁴²; tüzel kişilerin, bilhassa ticaret şirketlerinin üstlendiği işlerde, işin niteliği gereği genellikle, şahsen ifa değil, işi kendi yönetim ve denetimi altında yaptırma borcu bulunmaktadır⁴³. Eserin meydana getirilmesinde, yüklenicinin kişisel yetenek ve becerileri önemli değilse, yüklenici, işin bir kısmını ya da tamamını, kendi yönetimi altında olmadan, kendi ad ve hesabına yaptığı bir sözleşmeyle, bir başkasına da yaptırabilir⁴⁴.

Günümüzde, büyük inşaat ve imalat işlerinin iş bölümünü gerektiriyor olması, bu işlerde başkalarının çalışmasından yararlanılmasını zorunlu kılar. Bu zorunluluk, eser sözleşmesinde şahsen ifanın önemini, diğer iş görme akitlerine oranla azaltmıştır⁴⁵. Nitekim büyük bayındırlık işleri, gemiler, trenler, otobanlar, uçaklar gibi büyük eserler, makine ile seri halde imal edilen şeyler, örgütlenmiş, rasyonelize edilmiş ve iş bölümüne dayanan bir çalışmanın neticesinde ortaya çıkar; bu tür eserlerin imalinde artık yüklenicinin işgücü ve uzmanlığı, tek başına yeterli olmaz⁴⁶.

yüklenicinin her türlü yönetim faaliyetinden vazgeçecek şekilde işin icrasını faaliyetlerini kendi yönetim ve organizasyonlarına göre yürüten üçüncü kişilere şahsen bırakmaya yetkisi yoktur. Bkz. *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 24.

³⁹ *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 53.

⁴⁰ *Gauch*, N. 614; *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 38; *Aral*, s. 327.

⁴¹ *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 61; *Bühler*, Art. 364, N. 56; *Tandoğan* (C. II), s. 71.

⁴² *Gautschi*, Art. 364, N. 9 e; *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 55; *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 30; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 23; *Tunçomağ* (C. II), s. 993; *Aral*, s. 326. Yüklenicinin eseri şahsen meydana getirme yükümlülüğü, seçilen yüklenicinin kişisel yetenek ve becerilerinin, eserin meydana getirilmesinde önem taşıdığı ve başkalarının onun idaresi altında dâhi aynı eseri meydana getirmesinin mümkün olmadığı durumlarda söz konusudur. *Gauch*, N. 609; *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 55; *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 30; *Bühler*, Art. 364, N. 56; *Cerruti*, N. 407; *Tandoğan* (C. II), s. 71; *Aral*, s. 326; *Şenocak*, s. 20.

⁴³ *Gauch*, N. 610; *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 32; *Tandoğan* (C. II), s. 71; *Aral*, s. 326. Bu tür tüzel kişiliklerde işin yönetimi tüzelkişiliğin yetkili organları aracılığıyla yerine getirilir. *Gauch*, N. 610; *Bühler*, Art. 364, N. 59.

⁴⁴ *Gauch*, N. 611; *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 18; *Şenocak*, s. 20.

⁴⁵ *Gautschi*, Art. 364, N. 9. d; *Bühler*, Art. 364, N. 79; *Tandoğan*, s. 72; *Öz* (İnşaat), s.110; *Tunçomağ* (C. II), s. 993; *Aral*, s. 326; *Özyörük*, s. 14.

⁴⁶ *Gautschi*, Art. 364, N. 9 d; *Gautschi*'nin bu tespiti günümüzde daha da kuvvetlenmiş ve BK m. 356/II kronolojik bir hataya dönüşmüştür. *Bühler*, Art. 364, N. 79. Yani eser sözleşmelerinde işin başkasına devri kural haline gelmiştir. Bkz. *Aral*, s. 327.

Gemi inşa sözleşmesinde de, tersaneci, işi, büyük oranda kendi yönetimi altında çalışan personeli ile meydana getirmektedir. Bununla birlikte denizde bir fabrika inşa etmekten farksız olan gemi inşasını, sadece kendi işletmesinin imkânları dâhilinde gerçekleştirmesi neredeyse imkânsız olan⁴⁷ tersaneci, kaçınılmaz olarak kendi personeli yanında alt yüklenici kullanmaktadır. Bu nedenle gemi inşa sözleşmesinde, işin bir kısmının alt yüklenicilere bırakılması, işin niteliği gereği, tersanecinin yetkisi dâhilindedir⁴⁸. Zira bu tür büyük inşa işlerinde, iş sahibi için, yüklenicinin yapılan işler dolayısıyla şahsen sorumluluğunun devam etmesi, işin kimin tarafından yapıldığı hususundan daha fazla önem taşır⁴⁹. Ancak genellikle tersanecinin kişisel özellikleri, yani daha evvel yaptığı işler, bu işlerin kalitesi, tecrübe ve ekonomik durumu gibi hususlar göz önünde tutularak akdedilen sözleşmede, işin tamamının başka bir yükleniciye bırakılması, kural olarak mümkün değildir⁵⁰. Dolayısıyla sözleşmede aksi düzenlenmedikçe, iş sahibi, tersaneciyi işlerinin bir kısmında alt yüklenici kullanmaktan men edemeyeceği gibi; tersaneci de iş sahibinin onayını almaksızın işin tamamını bir başkasına devredemez. Sonuç olarak tersaneci, gemiyi inşa işini, kısmen kendi personelinin kullanarak ve kısmen alt yüklenicilere başvurmak suretiyle, ifa yardımcılarının faydalanarak yerine getirir⁵¹.

B) TERSANECİNİN İŞİ KENDİ YÖNETİMİNDE BAĞIMLI İFA YARDIMCILARINA YAPTIRMASI

Tersanecinin gemiyi kendi yönetimi altında yaptırmasından anlaşılan, geminin tersaneci ile bağımlılık ilişkisi içerisinde olan mimarlar, mühendisler, ustalar, kalfalar, işçiler vb. yardımcı kişilerce meydana getirilmesidir⁵². Tersanecinin, gemiyi

⁴⁷ Yang, J.: *Subcontracting in the Chinese Shipbuilding Contract*, Master Thesis, Oslo 2006, s. 25-26.

⁴⁸ Nitekim tersaneci ile gemi inşa sözleşmesi akdeden iş sahibinin, tersanecinin aynı zamanda hem marangoz, hem doğramacı, hem de elektrik tesisatçısı olamayacağını bilmesi gerektiğinin kabulü günlük hayatın akışına uygun düşmektedir. *Widmer*, s. 132. Büyük inşaat işlerinde, yapımı üstlenilen iş çeşitli uzmanlık alanları içerisine girer. Böyle bir işi üstlenen yüklenicinin eseri bir bütün olarak imal etmesi çok zor hatta imkânsızdır. Eseri uygun bir durumda ve uygun zamanda meydana getirmek için yüklenici bir veya birden çok alt yükleniciye işi kısım kısım devretme yetkisi sözleşmenin niteliğinde saklıdır. Bkz. *Erdoğan*, s. 141.

⁴⁹ *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 36; *Tunçomağ* (C. II), s. 993; *Yang*, s. 26. Ayrıca bkz. *Şenocak*, Z.: *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Ankara 1995, s. 6.

⁵⁰ Aynı yönde bkz. *Widmer*, s. 131. BGE 103 II 52.

⁵¹ İfa yardımcısı, borçlunun bilgisi ve iradesi dahilinde, borçluya ait bir yükümlülüğü ifa eden ya da ifa faaliyetlerine katılan kişidir. Bkz. *Şenocak* (İfa Yardımcıları), s. 104.

⁵² *Şenocak*, s. 20; *Öz* (İnşaat), s.110; *Gautschi*, Art. 364, N. 11 a; *Tunçomağ* (C. II), s. 994.

inşa borcu yerine getirmek için, genellikle hizmet sözleşmesi kapsamında başvurduğu personeli, kendisinin bağımlı ifa yardımcısıdır⁵³. İfa yardımcısının borçlu ile bir sözleşme ilişkisi içinde olması gerekmediğinden⁵⁴, borcun ifasında hizmetinden faydalanılan aile efradı da, tersanecinin ifa yardımcısı olarak kabul edilir⁵⁵.

Tersanecinin gemiyi kendi yönetimi altında meydana getirme borcu, bu işin organizasyonunu, gerekli çalışma araçlarının sağlanmasını, işin icrası için yeterli sayıda ve gerekli bilgilere sahip nitelikli personel teminini, işin icrası için gerekli talimatlar vermeyi, bu personelin ve işin icrasının denetim ve gözetimi ile işin gerektirdiği güvenlik önlemlerinin⁵⁶ alınmasını kapsamaktadır⁵⁷.

İşi kendi yönetimi altında yaptırma borcunu gereği gibi yerine getirmeyen tersaneci, Türk Borçlar Kanununun 112. maddesi⁵⁸ uyarınca, kusuru olmadığını ispat etmedikçe, iş sahibinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olur⁵⁹. Tersaneci, kendi yönetimi altında yaptırma borcuna aykırı hareket etmese dâhi, Kanununun 116. maddesi⁶⁰ uyarınca, yardımcı kişilerin işin icrası sırasında iş sahibine verdikleri zarardan da sorumlu tutulabilir⁶¹. Bununla birlikte tersanecinin işletmesinde görev

⁵³ Uçar, A.: *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara 2003, s. 27.

⁵⁴ Koller, A.: *Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR*, 2. A., Zurich 1981, N. 197.

⁵⁵ Tandoğan H.: *Türk Mes'uliyet Hukuku -Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet-*, Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 436.

⁵⁶ İşin gerektirdiği güvenlik önlemlerinin alınmaması sadece sözleşmeden kaynaklanan özen yükümlülüğünün ihlâli anlamına gelmeyip; zarar gören şahıslar açısından bir haksız fiil sorumluluğu ve ölüm, yaralanma gibi hallerde cezai sorumluluğun doğmasına yol açabilecek nitelikte bir ihmâldir. *Gautschi*, Art. 364, N. 11 c.

⁵⁷ *Gautschi*, Art. 364, N. 11 c; *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 48; *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 34; *Bühler*, Art. 364, N. 58; *Tandoğan* (C. II), s. 75; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 27; *Şenocak*, s. 20; *Aral*, s. 326; *Gümüş* (C. 2), s. 15; *Kılıçoğlu* (Eseri Şahsen Yapma), s. 190.

⁵⁸ Türk Borçlar Kanununun 112. maddesinde, BK m. 96 aynen benimsenmiş olup metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında bir hüküm değişikliği yoktur.

⁵⁹ *Tandoğan* (C. II), s. 76; *Kılıçoğlu* (Eseri Şahsen Yapma), s. 191; *Erdoğan*, s. 139.

⁶⁰ TBK m. 116 ile BK m. 100 hükümleri büyük oranda benimsenmiştir. Buna karşın 116. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan yeni hükme göre, "Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür". Böylece, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya san'at, ancak, kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebildiği takdirde, borçlunun, ifa yardımcılarının hafif kusurundan bile sorumluluktan kurtulması yolunun kapatılması amaçlanmıştır. Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 115. madde gerekçesi.

⁶¹ *Schlatter*, s. 17; *Tandoğan*, s. 76; *Selimoğlu* (Eser Sözleşmesi), s. 91; *Erdoğan*, s. 139.

yapan ve fakat borcun ifası tevdi edilmemiş olan diğer çalışanları iş sahibine zarar verirse, Kanununun 116. maddesi değil, 66. maddesine⁶² göre sorumluluk tesis edilir⁶³.

C) TERSANECİNİN İŞİ BAĞIMSIZ İFA YARDIMCILARINA (ALT YÜKLENİCİLERE) BIRAKMASI

1- Genel olarak

Tersanecinin, iş sahibine karşı yüklendiği işin bir kısmını veya tamamını yaptırmak üzere diğer bir yüklenici ile anlaşması, üçlü bir borç ilişkisine (*Vertragskette*) vücut verir. Bu ilişkide iş sahibi, tersaneciye bir geminin inşasını sipariş eden ve tersaneci ile gemi inşa sözleşmesi kuran kişidir. Tersaneci, hem asıl sözleşme olarak adlandırılan gemi inşa sözleşmesinin, hem de diğer yüklenici ile imzalanan ve alt sözleşme olarak nitelendirilen sözleşmenin tarafı ve bağlantı noktasıdır⁶⁴.

Alt yüklenici (*subcontractor; Subunternehmer*) ise, tersaneci ile yapmış olduğu eser sözleşmesiyle, tersanecinin iş sahibine borçlandığı işin bir kısmı veya tamamının yerine getirilmesini taahhüt eden kişidir ve onun bağımsız ifa yardımcısıdır⁶⁵. Bu kapsamda, tersanecinin malzeme tedarikçileri alt yüklenici değildir⁶⁶; ancak alt yüklenicinin işi yapmak için gerekli olan malzemeleri kendisinin tedarik etmesi, onun bu niteliğini değiştirmez⁶⁷. Eğer işin tamamı bir alt yükleniciye bırakılmışsa, tersaneci iş sahibine karşı asıl iş gören olup; alt yüklenici, alt gemi inşa sözleşmesi ile işi fiilen üstlenen diğer bir tersanecidir. Bu kişi bir tersane sahibi olabileceği gibi,

⁶² BK m. 55.

⁶³ *von Tuhr*, § 70, s. 591; *Tandoğan* (Mesuliyet), s. 441.

⁶⁴ Genel olarak alt sözleşmenin özellikleri hakkında bkz. *Cerruti*, N. 8-27.

⁶⁵ *Tandoğan* (C. II), s. 77; *Aral*, s. 328; *Selimoğlu* (Eser Sözleşmesi), s. 88; *Kılıçoğlu* (Eseri Şahsen Yapma), s. 194. Yardımcı kişinin borçlunun denetimi ve talimatı altında iş görmesi zorunlu değildir; yardımcı kişi ekonomik ve teknik bakımdan tamamen bağımsız olabilir. Bkz. *Şenocak* (İfa Yardımcıları), s. 167.

⁶⁶ *Gauch*, N. 140; *Gauch*, P.: “Probleme von und mit Subunternehmern” in *Festschrift, A. Maier-Hayoz*, S. 151 ff, s. 156; *Bühler*, Art. 364, N. 53. Tedarik eden, mallarını piyasa için üretir, malları satan alan firma ile arasında alt yüklenicilik sözleşmesindeki gibi bir ilişki yoktur. Tedarik eden, yüklenicinin işverene karşı olan yükümlülüklerinden bir kısmını yerine getirmeyi üzerine almamaktadır. O sadece yüklenicinin gerekli malzemeleri satın aldığı veya üretilmesini sağladığı kişidir. Bkz. *Yalçınduran*, T.: *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri*, Ankara 2000, s. 51. Aynı yönde bkz. *Şenocak* (İfa Yardımcıları), s. 122. Anglo Sakson hukukunda ise alt yüklenici sözleşmeleri ile tedarik sözleşmeleri aynı tür sözleşme grubu içerisinde değerlendirilmektedir. Bkz. *Werz*, N. 56.

⁶⁷ *Gauch* (Subunternehmer), s. 157.

tersane sahibiyle yaptığı anlaşma doğrultusunda kullanım hakkı sahibi olan bir kişi de olabilir. Bu üçlü yapının taraflar arasındaki ilişkilere etkisi üzerinde kısaca durulmasında fayda bulunmaktadır.

2- Tersaneci ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

Tersaneci ve alt yüklenici arasında, alt sözleşmenin yapılması ile birlikte işin kısmen veya tamamen devredilmesine bağlı olarak, tersaneci ve iş sahibi arasındaki sözleşmeden bağımsız yeni bir sözleşme veya gemi inşa sözleşmesi kurulur⁶⁸. Bu sözleşmede alt yüklenici, tersaneciye karşı, sözleşmede belirtilen işi özenle yerine getirmekle yükümlüdür. Ancak alt yüklenicinin bu yükümlülüğü, iş sahibine karşı değil, sadece tersaneciye karşıdır⁶⁹. Bu sözleşme ilişkisinde alt yüklenici, üzerine aldığı konuda mesleki açıdan belirli bir uzmanlığa sahiptir⁷⁰. Alt yüklenici, tersanecinin bağımlı yardımcısı olmadığı için, tersanecinin alt yüklenici üzerinde denetim ve gözetim yetkisi yoktur⁷¹. Ancak sözleşmede kararlaştırılması veya işin niteliğinin gerektirmesi halinde, alt yüklenicinin, tersanecinin yönetim ve denetimi altında çalışması mümkündür⁷². Tersanede yapılması gereken işler için kullanılacak alt yüklenicilerin, tersanecinin gözetim ve denetimi altında çalıştığı kabul edilebilir. İşin tamamen devredildiği sözleşmelerde ise alt yüklenicinin, asıl işgören tersanecinin gözetim ve denetimi altında olduğu söylenemez.

Tersaneci ile alt yüklenici arasındaki alt sözleşme, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi uyarınca, asıl gemi inşa sözleşmesinden bağımsızdır⁷³; ancak uygulamada, her iki sözleşmenin koordinasyonu önem taşır ve alt sözleşmenin bazı hükümleri ile asıl sözleşme arasında bağlantı kurulur⁷⁴. Örneğin, alt yüklenicilik sözleşmesinin geçerliği veya yürürlüğe girmesi, asıl sözleşmenin yapılması koşuluna tabi tutulabilir

⁶⁸ *Gauch*, N. 144.

⁶⁹ *Aral*, s. 329; *Eren* (İnşaat II), s. 66.

⁷⁰ *Eren*, F.: “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları (II)”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer), Ankara 1996, s. 65. Bağımlı yardımcı şahısların uzman kişiler olması gerekmediği halde, alt yüklenicinin, o alanda çoğu zaman tersaneciden bile daha uzman olması gerekir. *Tandoğan* (C. II), s. 77.

⁷¹ *Tandoğan* (C. II), s. 77; *Gautschi*, Art. 364, N. 11 b, 15 c; *Aral*, s. 328.

⁷² *Gauch*, N. 623; *Eren* (İnşaat II), s. 65.

⁷³ *Gauch*, N. 145.

⁷⁴ *Tandoğan* (C. II), s. 83; *Gauch*, N. 146 ; *Werz*, N. 49.

ya da alt yüklenicinin ediminin kapsamının veya yapacağı işlerin niteliklerinin asıl sözleşme içeriğine göre belirleneceği kararlaştırılabilir⁷⁵.

3- İş Sahibi ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

İş sahibi ile alt yüklenici arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır⁷⁶. Dolayısıyla iş sahibi, sözleşmelerin nisbiliği kuralı gereğince, tersaneci ile alt yüklenici arasındaki sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir alacak hakkına sahip değildir⁷⁷. Bu itibarla iş sahibi, alt yükleniciye talimat vermeye yetkili olmadığı gibi, ondan, bir şeyin meydana getirilmesi ve meydana getirilen bu şeyin kendisine teslim edilmesi konularında bir talepte bulunamaz⁷⁸. İş sahibi, kural olarak, alt yüklenicilik sözleşmesinin ihlâlinden tersaneci lehine doğan hakları, kendi adına ileri süremez. Ancak öğretilde, vekâlet sözleşmesini düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 507. maddesinin⁷⁹ uygulanması suretiyle, iş sahibinin doğrudan alt yükleniciye başvurabileceği ifade edilmektedir⁸⁰. İş sahibi, şartları oluşmuşsa, haksız fiil hükümlerine dayanarak da alt yükleniciye başvurabilir⁸¹. Bunlar haricinde iki halde daha iş sahibi, sözleşmeye dayanarak doğrudan doğruya alt yükleniciye

⁷⁵ Ayrıca, iş sahibi eseri yükleniciden teslim almadan önce, alt yükleniciden bir teslim yapılmış sayılmayacağına dair kayıt konularak, alt yüklenicinin hasardan sorumlu tutulacağı süre uzatılabilir. Alt yüklenicilik sözleşmesine, asıl sözleşme tamamıyla yerine getirilmeden önce sona erecek olursa onun da kendiliğinden sona ereceğine veya böyle bir halde ilk yüklenicinin tam tazminat ödemeksizin alt yüklenicilik sözleşmesinden dönme hakkına sahip olacağına ilişkin kayıtlar da konulabilir. Hatta alt yüklenicilik sözleşmesinde “iş sahibidi müeahhide ödemedede bulundukça onun da alt yükleniciye ödeme yapacağı” (Pay - When paid - Klausel) veya “alt yükleniciye ödeme vadelerinin tesbitinde iş sahibinin yükleniciye ödeme vadelerine uyacağı” gibi kayıtlar da yer alabilir. *Gauch*, N. 147-157; *Tandoğan* (C. II), s. 83; *Yalçınduran*, s. 58, 59. Gemi inşa uygulamasında özellikle uygulanacak hukuk ve tahkim prosedürü açısından gemi inşa sözleşmesi ile alt yüklenicilik sözleşmesi arasında bağlantı kurulması tersaneci için hayati önemi haizdir. *Yang*, s. 34-36.

⁷⁶ *Gauch*, N. 162. İş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmede alt yüklenicinin seçiminde iş sahibinin söz hakkı bulunacağına veya alt yüklenicinin iş sahibi tarafından onanmadıkça çalıştırılmayacağına dair hüküm bulunması iş sahibi ile alt yüklenici arasında sözleşme ilişkisi doğurmaz. Bkz. *Öz* (İnşaat), s. 50.

⁷⁷ *Yalçınduran*, s. 169; *Cerruti*, N. 94.

⁷⁸ *Gauch*, N. 163; *Tandoğan* (C. II), s. 84; *Aral*, s. 329; *Eren* (İnşaat II), s. 66; *Öz* (İnşaat), s. 50; *Gümüş* (C. 2), s. 22.

⁷⁹ BK m. 391’i karşılayan bu hükümde, metninde yapılan arılaştırma dışında bir hüküm değişikliği yoktur.

⁸⁰ Bkz. *Yalçınduran*, s. 192. *Cerruti*, bu görüşü dikkate değer bir görüş olarak değerlendirmektedir. Bkz. *Cerruti*, N.138.

⁸¹ *Gauch*, N. 163; *Cerruti*, N. 104; *Tandoğan* (C. II), s. 85; *Eren* (İnşaat II), s. 66; *Aral*, s. 329. İngiliz Hukukunda, 1999 tarihli Sözleşme Kanununa dayanılarak ilgili alt yüklenicilik sözleşmelerinin kalite ile ilgili hükümlerinin ihlali nedeniyle doğrudan alt yükleniciye başvuru imkânı doğabilir. *Curtis*, s. 30.

başvurabilir. Bu hallerden birincisi, alt yüklenicinin tersanecinin kendisine verdiği işleri tam olarak ve zamanında ifa edeceğini iş sahibine karşı sözleşmeyle taahhüt etmiş olması⁸²; diğeri ise alt yüklenicilik sözleşmesinin Türk Borçlar Kanununun 129. maddesi⁸³ anlamında iş sahibi lehine yapılmış tam üçüncü kişi yararına sözleşme⁸⁴ niteliği taşımasıdır⁸⁵.

Kural olarak iş sahibinin, alt yükleniciye karşı ücret ödeme borcu bulunmamaktadır⁸⁶. Ancak iş sahibi, alt yükleniciye karşı, müteselsil borçlu sıfatıyla veya kefil olarak ücret ödeme taahhüdünde bulunmuş veya ona garanti vermiş ise, alt yükleniciye ücret ödemekle yükümlü olur⁸⁷. Alt yükleniciye, asıl yükleniciden olan ücret alacağı için, kanuni ipotek hakkı tanıyan Türk Medeni Kanununun 893. maddesi, gemi inşa sözleşmesi için uygulanmaz. Zira Türk Ticaret Kanununun 1013. maddesine⁸⁸ göre, tersane sahibinin, bir geminin inşa veya tamirinden doğan alacakları için, o gemi veya yapı üzerinde, bir ipotegin tesciline matuf kanuni bir talep hakkı vardır⁸⁹. Ancak bu ipotek hakkı, sadece tersaneciye ait olup, geminin inşa veya tamirinde çalışan işçi ve mühendislerle, tersanecinin taşeronları bu haktan

⁸² *Cerruti*, N. 570. Bu tür bir bağımsız garanti, iş sahibine, üçüncü kişi yararına sözleşme ve diğer hukuki imkânlarla kıyasla büyük bir avantaj getirmektedir. Bu şekilde iş sahibi, alt yüklenicinin alt sözleşmeden kaynaklanan def'i ve itirazlarına maruz kalmaz ve alt yükleniciye karşı, garanti sözleşmesinin içeriği sayesinde diğer hiç bir şekilde elde edemeyeceği yenilik doğurucu haklara sahip olur. Ayrıca, zarar ziyan halinde talep hakkı konusu, inhisari olarak üzerinde anlaşılmış olan garanti sözleşmesine göre çözümlenir. Bkz. *Yalçınduran*, s. 180.

⁸³ BK m. 111'i karşılamaktadır.

⁸⁴ Alt yüklenicinin, yüklenici ile yaptığı alt istisna sözleşmesinde, iş sahibine karşı bir edim taahhüdünde bulunulması durumunda üçüncü şahıs lehine sözleşmeden bahsedilir. Bu durum sözleşmelerin nisbiligi kuralına bir istisna teşkil eder ve alt istisna sözleşmesinin taraflarının bunu kararlaştırmış olmasına dayanır. Bkz. *Yalçınduran*, s. 181.

⁸⁵ *Gauch*, N. 164-167; *Cerruti*, N. 107; *Tandoğan* (C. II), s. 85; *Aral*, s. 329; *Eren* (İnşaat II), s. 66; *Öz* (İnşaat), s. 50; *Gümüş* (C. 2), s. 23; *Curtis*, s. 30. Ayrıca, yüklenicinin, alt yükleniciye karşı sahip olduğu hakları iş sahibine temlik etmesi ile de iş sahibi alt yükleniciye karşı bir talep hakkına kavuşabilir. *Gümüş* (C. 2), s. 23. Öte yandan alt yüklenici, yükleniciye bağlı bir yavru şirket durumundaysa, iş sahibi, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi kapsamında da alt yükleniciye başvurabilir. Bkz. *Gauch*, N. 168. Fakat asıl iş sahibi, ihale şartnamesine tek taraflı olarak ilk yükleniciyle onun iş verdiği alt yüklenicilerin müteselsilen sorumlu olacağı kaydını koymuşsa, bu kayıt alt yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için yeterli değildir. *Gauch*, N. 164; *Tandoğan* (C. II), s. 85. Ayrıca üçüncü kişiyi koruyucu etkisi olan sözleşme kapsamında, iş sahibinin doğrudan alt yükleniciye başvuru imkânı doğabilir. Bkz. *Yalçınduran*, s. 194-204.

⁸⁶ *Tandoğan* (C. II), s. 88; *Aral*, s. 329; *Eren* (İnşaat II), s. 66; *Yalçınduran*, s. 206.

⁸⁷ *Gauch*, N. 174; *Tandoğan* (C. II), s. 88; *Aral*, s. 330; *Eren* (İnşaat II), s. 66; *Yalçınduran*, s. 170, 206.

⁸⁸ TK m. 877'yi karşılayan bu maddeye ek olarak teminat ipoteği kurulması hakkı getirilmiştir.

⁸⁹ *Kalpsüz*, T.: *Gemi Rehni*, 4. B., Ankara 2001, s. 16.

faaydalanamazlar⁹⁰.

4- Tersanecinin Alt Yüklenicinin Davranışlarından Dolayı İş Sahibine Karşı Sorumluluğu

a) Genel Olarak

Tersanecinin işin bir kısmını veya tamamını alt yükleniciye devretmesi, iş sahibine karşı olan borçlarında bir değişiklik yaratmaz⁹¹. Türk Borçlar Kanununun 116. maddesine göre, tersaneci, alt yüklenicinin işin görülmesi sırasında iş sahibine vermiş olduğu zararlardan sorumludur⁹². Teslimde gecikme veya ayıplı ifa hallerinde, tersanecinin sorumluluğu, işin alt yükleniciye bırakılmasından baęımsızdır⁹³. Örneğin gemide bir ayıp ortaya çıkmışsa, iş sahibi, ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk yanında, bir başka imkân olarak alt yüklenicinin davranışından dolayı yüklenicinin sorumlu tutulmasını isteyemez⁹⁴. Bunun dışında meydana gelen zararlar bakımından, iş sahibi, alt yüklenicinin davranışı nedeniyle tersaneciyi sorumlu tutabilir⁹⁵. Bu noktada, tersanecinin sorumluluğunu, işi alt yüklenicilere devir yetkisinin bulunup bulunmamasına göre ikili bir ayırım yaparak incelemek uygun düşer.

b) Tersanecinin İş Alt Yüklenicilere Devir Yetkisinin Bulunması

İşi alt yüklenicilere devretme yetkisi bulunan tersaneci, alt yükleniciyi seğmekte ve ona talimat vermekte kusuru var ise, öncelikle bu kusurundan dolayı iş sahibine karşı sorumlu olur⁹⁶. Nitekim yüklenicinin yardımcı şahışlar ve alt yüklenicilerle

⁹⁰ *Kalpsüz* (Gemi Rehni), s. 21. "4721 sayılı Türk Medeni Kanununda böyle bir ipotek hakkının işçilere de tanınmış olmasına rağmen, Alman Hukukuna uygun olarak bu hakkın sadece tersane sahibine bahşedilmesi prensibi korunmuştur." Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Gerekçesi, Madde 1013. Aksi yönde bkz. *Aksoy*, s. 86.

⁹¹ *Gauch*, N. 177; *Yalçınduran*, s. 221; *Curtis*, s. 30.

⁹² *Gauch*, N. 177; *Cerruti*, N. 53, 421; *şenocak* (İfa Yardımcıları), s. 59. Yargıtay, geminin anahtar teslimi inşasının üstlenildiği bir sözleşmede, tersanecinin geminin tümü ile inşası aşamasında görev alacak taşeronların ve taşeronların çalıştırdığı işçilerin kusurlarından da sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD. E. 2008/7731 K. 2010/3625 T. 01.04.2010

⁹³ *Aral*, s. 331. Burada alt yüklenicinin davranışından dolayı yüklenicinin sorumluluğu, eserdeki bozukluktan ve gecikmeden dolayı sorumluluk karşısında arka planda kalmaktadır. Bkz. *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 122.

⁹⁴ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 122-123; *Kılıçoğlu* (Müteahhit), s. 197.

⁹⁵ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 123.

⁹⁶ *Tandoğan* (C. II), s. 93; *Kılıçoğlu* (Müteahhit), s. 198; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 124.

olan ilişkileri açısından özenli bir yönetim düzeni kurması gerekir. Yeteneksiz bir alt yüklenici seçilmesi veya alt yükleniciye iş bırakılırken yapılacak iş hakkında yanlış ve eksik bilgiler verilmesi yönetim borcuna aykırılık teşkil eder⁹⁷. Ancak alt yükleniciyi denetim yetkisi olmayan tersaneci, kural olarak denetimdeki özensizlik nedeniyle sorumlu tutulamaz⁹⁸.

Tersanecinin yönetimdeki özen borcuna aykırı davranışından dolayı sorumluluğuna gidilemediği takdirde, iş sahibi, tersanecinin alt yüklenicinin davranışından dolayı sorumlu tutulmasını isteyebilir⁹⁹. Tersanecinin bu sorumluluğu, alt yüklenicinin, bağımsız bir ifa yardımcısı olarak kabul edilmesi nedeniyle Türk Borçlar Kanununun 116. maddesine dayanır¹⁰⁰. Bu nedenle tersaneci, alt yüklenici seçiminde gerekli özeni gösterdiğini ve ona gerekli talimatı verdiğini ispat suretiyle sorumluluktan kurtulamaz¹⁰¹. Tersanecinin, alt yüklenicinin eyleminden doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için, böyle bir eylemde kendisi bulunmuş olsaydı kusurlu sayılamayacağını ispat etmesi gerekir¹⁰². Tersanecinin sorumluluğunun şartı olan kusur, yardımcı şahıs göz önünde tutularak değil, yardımcı şahsı kullanan tersaneci göz önünde tutularak takdir edilir¹⁰³.

c) *Tersanecinin İş Alt Yüklenicilere Devir Yetkisinin Bulunmaması*

Tersaneci, gemiyi inşa işini, yetkisi dahilinde olmadan bir alt yükleniciye bırakmışsa, iş sahibinin, yetkisiz bir şekilde görevlendirilen alt yüklenicinin

⁹⁷ *Gautschi*, Art. 364, N. 28a; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 123.

⁹⁸ *Tandoğan* (C. II), s. 93; *Eren* (İnşaat II), s. 67.

⁹⁹ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 124.

¹⁰⁰ *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 66; *Bühler*, Art. 364, N. 52; *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 46; *Tandoğan* (C. II), s. 60; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 125; *Aral*, s. 330; *Gümüüş* (C. 2), s. 18; *Kılıçoğlu* (Eseri Şahsen Yapma), s. 198.

¹⁰¹ *Eren* (İnşaat II), s. 67.

¹⁰² *Tandoğan* (C. II), s. 94; *Eren* (İnşaat II), s. 67.

¹⁰³ Bu durumda yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için bu davranışların, yüklenicinin mesleği icabı bilmesi gerekli tipik bilgiler ve mesleği icabı sahip olması gerekli tipik yetenekler ölçü alındığında bir kusur teşkil etmesi gerekir. Diğer bir deyişle, yüklenici, alt yüklenicilerin davranışının yapı taahhüdü işlerinde mutad olarak bilinmesi gerekli yapı tekniği kural ve usullerine uygun olduğunu ispatla BK m. 100'e göre sorumlu olmaktan kurtulabilecektir. *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 126. Tüzel kişiliğin söz konusu olması halinde, tüzel kişiliğin organının, edim fiilini icra ederken tüzel kişinin faaliyet gösterdiği iş çevresinde mutad olan özeni gösterip göstermediği incelenir. Eğer organın gerekli özeni göstermediği tespit edilirse bu kusurlu davranış bizzat tüzel kişiye yani tersaneciye atfedilecektir. *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 127.

uzaklaştırılmasını talep hakkı mevcuttur¹⁰⁴. Bu talebi yerine getirilmeyen iş sahibi, Türk Borçlar Kanununun 473 maddesinin II. fıkrası¹⁰⁵ uyarınca işi başkasına yaptırabilir¹⁰⁶.

Geminin inşasında yetkisi olmadığı halde alt yüklenici kullanan tersaneci, başlı başına borca aykırılık teşkil eden bu davranışı için, öncelikle Türk Borçlar Kanununun 112. maddesi kapsamında sorumlu olur¹⁰⁷. Tersaneci, bu sorumluluktan, ancak caiz olmayan şekilde alt yüklenici kullanmada herhangi bir kusurunun olmadığını, örneğin, borcun ifasının bir başkasına bırakılmasının caiz olduğu hususunda kusuru olmaksızın bir yanılığa düşmüş olduğunu ispat etmek suretiyle kurtulabilir. Tersaneci, alt yüklenicinin işi hiç ya da gereği gibi yapmaması nedeniyle, iş sahibinin uğradığı zararlardan Kanunun 112. maddesi yanında, 116. maddesi uyarınca da sorumludur¹⁰⁸.

D) TİP SÖZLEŞMELERDE KONUNUN DÜZENLENİŞİ

Tersanecinin alt yüklenici kullanıp kullanamayacağı tip sözleşmelerde açıkça düzenlenen konulardan biridir. Bu konuda, tersaneciye takdir hakkı sağlayan SAJ'a göre, "*Tersaneci, kendi takdirine bağlı olarak ve tamamen kendi sorumluluğunda olmak üzere, geminin inşa işinin herhangi bir kısmını, alt yükleniciye bırakabilir*"¹⁰⁹.

¹⁰⁴ *Gauch*, N. 640; *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 68; *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 52; *Cerruti*, N. 471; *Tandoğan* (C. II), s. 92; *Aral*, s. 330.

¹⁰⁵ TBK m. 473'te, BK m. 358 aynen benimsenmiş olup metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında bir hüküm değişikliği yoktur.

¹⁰⁶ *Gauch*, N. 640; *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 52; *Cerruti*, N. 497-501. Aksi yönde olan *Koller*'e göre iş sahibinin bu maddeye dayanarak işi üçüncü bir kişiye yaptırma hakkı bulunmamakta ancak, iş sahibi BK m. 358'in I ve II. fıkralarının kıyasen uygulanması sonucunda sözleşmeden dönme ve BK 106/II uyarınca diğer haklara sahip olabilmektedir. *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 68. İsviçre Federal Mahkemesi'nin *Koller*, tarafından savunulan görüşe uygun bir kararı için bkz. BGE 103 II 55.

¹⁰⁷ *Şenocak* (İfa Yardımcıları), s. 111; *Gauch/Schluemp/Emmeneger*, N. 3017; *Tandoğan* (Mesuliyet), s. 441.

¹⁰⁸ *Gauch*, N. 640; *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 73; *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 51; *Bühler*, Art. 364, N. 69; *Cerruti*, N. 457; *Tandoğan* (C. II), s. 92; *Aral*, s. 330; *Eren* (İnşaat II), s. 67; *Şenocak* (İfa Yardımcıları), s. 113; *Gauch/Schluemp/Emmeneger*, N. 3017. Yüklenicinin sözleşmeyi ihlali, alt yüklenici ile sözleşmeyi akdettiği an değil, fiili olarak alt yükleniciyi kullandığı an gerçekleşir. *Gauch*, N. 639; *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 51; *Bühler*, Art. 364, N. 68; *Cerruti*, N. 364; *Aral*, s. 330. Her iki hükme ilişkin sorumluluğun birbiriyle yarıştığı kabul edilmesine rağmen, bu hükümlerin birbirinden ayrı sorumluluk şartlarına sahip oldukları ve her iki hüküm çerçevesinde doğan sorumluluğun kapsamının birbirinden farklı olduğu hususu göz ardı edilmemelidir. *Şenocak*, s. 22; *Cerruti*, N. 458.

¹⁰⁹ SAJ Art. I-4.

Görüldüğü üzere SAJ'da işin tamamının başka bir yükleniciye devri mümkün değilken, işin bir kısmı serbestçe alt yükleniciye bırakılabilmektedir¹¹⁰.

Ancak uygulamada, tersanecinin, küçük işler dışında alt yüklenici kullanma yetkisi, iş sahibinin yazılı onayına tabi kılınarak sınırlandırılmaktadır¹¹¹. Bu uygulamayı dikkate alan NEWBUILDCON'a göre "...Tersaneci, küçük işler dışında kalan işler için, alıcının izni olmaksızın işi alt müteahhide bırakamaz"¹¹². NSF'de ise "aksi iş sahibi tarafından onaylanmadıkça geminin ana gövde ve büyük kısımlarının tersaneci tarafından yapılacağı" ve "iş sahibinin, haklı bir gerekçesi olmadıkça, bu onayı vermektan imtina edemeyeceği, bu işler dışında, tersanecinin alt yüklenici kullanmakta serbest olduğu" düzenlenmiştir¹¹³.

Tersanecinin alt yüklenici kullanma yetkisi, çoğu zaman, kullanılacak alt yüklenicileri onaylama, alt yükleniciler ile imzalanacak olan sözleşmeleri inceleme, bu alt sözleşmelerin gemi inşa sözleşmesi ile paralel içerikte olmasını arama, gemi inşa sözleşmesinin feshi halinde alt sözleşmelerin kendisine devredilmesini isteme gibi hakların iş sahibine tanınması suretiyle sınırlandırılmaktadır¹¹⁴. Alt yüklenici kullanılmasını, iş sahibinin onayına bağlayan NEWBUILDCON'da, bu onayın makul bir gerekçe olmadan reddedilemeyeceği kararlaştırılarak taraflar arasındaki menfaat dengesi sağlanmaya çalışılmaktadır¹¹⁵.

Uygulamada çoğu zaman, alt yüklenici kullanılmasının iş sahibinin onayına tâbi tutulduğu sözleşmelerde, iş sahibinin onayının alınmasında gecikme olmasını engellemek amacıyla şartnameye "Yapımcılar Listesi" (*Makers' List*) ilave edilmekte ve böylece iş sahibinin onayı önceden alınmaktadır¹¹⁶. Listede çeşitli alt yüklenicilerin isimleri yer almakta ve bu yükleniciler arasından nihai seçimi yapma hakkı tersaneciye tanınmaktadır. Bu liste içerisinden seçilen alt yükleniciye onay

¹¹⁰ Benzer bir düzenlemeye AWES Art. 1 (e)'de de yer verilmiştir.

¹¹¹ *Curtis*, s. 31; *Yang*, s. 39.

¹¹² NEWBUILDCON Art. 19.

¹¹³ NSF Art. II-4.

¹¹⁴ *Yang*, s. 26.

¹¹⁵ NEWBUILDCON Art. 19, n.328. Aynı düzenlemeye ana gövde ve büyük kısımlar için iş sahibinin onayını öngören NSF Art. II 4'te de rastlanmaktadır.

¹¹⁶ *Curtis*, s. 30.

vermeyen iş sahibi, tersanecinin bu yüzden uğrayacağı zararları tazmin etmek zorunda kalabilmektedir¹¹⁷.

SAJ ve AWES formlarında, tersanecinin alt yüklenici kullanabileceği düzenlenmekle birlikte, taraflar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümler bulunmamaktadır. NEWBUILDCON ve NSF’de ise “*tersaneci bu işlerin ifasından dolayı sanki işler tersanede kendisi tarafından yapılmış gibi sorumlu olmaya devam eder*” hükmü yer almaktadır¹¹⁸. Sözleşmede açıkça düzenlenmese dahi, tersanecinin işin bir kısmını veya tamamını alt yükleniciye devretmesi, iş sahibine karşı olan borçlarında bir değişiklik meydana getirmez¹¹⁹. Ancak büyük işlerin alt yükleniciler tarafından yapıldığı hallerde, teslim sonrası sorumluluğunu sınırlandırmak isteyen tersaneci, doğrudan kendisi garanti taahhüdünde bulunmak yerine, kendisine alt yüklenici tarafından verilen garantilerin iş sahibine devredilmesi ya da bu garantilerin doğrudan iş sahibi lehine düzenlenmesi karşılığında, kendi sorumluluğunun sınırlandırılması konusunda iş sahibi ile anlaşabilir¹²⁰.

III. ARAÇ, GEREÇ VE MALZEMEYİ SAĞLAMA BORCU

A) ARAÇ VE GEREÇLERİN SAĞLANMASI

Çalışma araç ve gereçleri, eserin meydana getirilmesi için gerekli olan ve eser tamamlandıktan sonra ondan ayrılabilen veya yüklenici tarafından kendi mülkiyetinde olduğu için geri alınabilen şeylerdir¹²¹. Bu kapsamda, tersanede kullanılan yapı iskeleleri, kaldırma donanımları, iş makineleri, işçi ve ustaların kullanacakları araçlar vb. alet ve edevatlar, çalışma araçları kapsamına girer.

Türk Borçlar Kanununun 471. maddesinin IV. fıkrası¹²² uyarınca, yüklenici, *aksine adet ve anlaşma olmadıkça, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan*

¹¹⁷ Curtis, s. 30.

¹¹⁸ NEWBUILDCON Art. 19, n. 329-330; NSF Art. II-4.

¹¹⁹ Gauch, N. 177; Curtis, s. 30.

¹²⁰ Curtis, s. 30; Yang, s. 40. Bu tür sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliği konusundaki açıklamalar için bkz. Dördüncü Bölüm X (B) 2 (a) 3.

¹²¹ Gautschi, Art. 364, N. 31, b; Zindel/Pulver, Art. 364, N. 43; Tunçomağ (C. II), s. 996; Tandoğan (C. II), s. 102; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 27.

¹²² BK m. 356/3’ü karşılayan bu maddede, metnin dilinin sadeleştirilmesi dışında hüküm değişikliği bulunmamakla birlikte, araç ve gereçlere ilişkin masrafların yükleniciye ait olacağı ifadesi silinmiştir.

araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır. Bu hükme göre tersaneci, inşaatın başlangıcından tamamlanma anına kadar, kullanılacak her türlü inşaat gerecini temin etmekle yükümlüdür¹²³. Tersaneci, mülkiyeti kendisine ait olan çalışma araçları kullanabileceği gibi, onları başkasından kiralayabilir veya ödünç alabilir¹²⁴. Çalışma araçlarının yalnızca sağlanması değil, masrafı da tersaneciye aittir¹²⁵. Tersaneci bu masrafları, toptan ücretinin veya birim fiyatların genel masraflar ve amortisman kalemleri içinde kısmen veya tamamen iş sahibine yansıtır¹²⁶.

Basiretli bir işadamı olan tersaneci, araç ve gereçlerin, gerek miktar bakımından, gerekse nitelik bakımından inşaata uygun olmasını sağlamalı ve bu araç ve gereçlerin bakımlarını zamanında yaptırmalıdır¹²⁷. İnşaatın zamanında tamamlanması için uygun bir tempoyla, ortalama bir iş gücü, alet edevat ve mesai ile çalışmak zorunda olan tersaneciden, işi, normalin ötesinde hızlı yapması için alışılmadık miktarda fazla ve pahalı araç gereç sağlanması, bu çapta bir inşaat için normal sayılmayacak kadar gelişmiş ve sofistike inşaat araçları temin etmesi beklenmez¹²⁸. Buna karşılık tersanecinin, mümkün mertebe masraflarını kısma amacıyla, yetersiz ve demode araçlar kullanması da borcunu ihlâl sayılır. Diğer bir ifadeyle tersaneci, kullandığı araç ve gereçler yüzünden iş gecikir veya ayıplı olursa iş sahibine karşı sorumlu olur¹²⁹.

Tip gemi inşa sözleşmelerinde, araç ve gereçlerin sağlanması ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu yüzden araç ve gereçlerle ilgili genel kurallar, tip sözleşmelerin kullanıldığı gemi inşa sözleşmelerinde tamamlayıcı hukuk kuralı olarak uygulanır.

¹²³ Schlatter, s. 18; Tandoğan (C. II), s. 101; Öz (İnşaat), s.108.

¹²⁴ Tandoğan (C. II), s. 102; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 27.

¹²⁵ Koller (Werkvertrag), Art. 364, N. 29; Tandoğan (C. II), s. 102; Öz (İnşaat), s.109; Gümüş (C. 2), s. 24.

¹²⁶ Bühler, Art. 364, N. 99; Tandoğan (C. II), s. 102; Tunçomağ (C. II), s. 996; Öz (İnşaat), s.109.

¹²⁷ Tersane, Tekne İmal ve Çekek Yerleri Yönetmeliğinin 21. maddesine göre, tesis işleticisi tüm kaldırma donanımlarının düzenli bakımlarının sağlandığına dair bakım kayıtlarının tutulmasını sağlamalıdır.

¹²⁸ Öz (İnşaat), s.109.

¹²⁹ Öz (İnşaat), s.109.

B) MALZEMENİN SAĞLANMASI

1- Genel Olarak

Malzeme, eserin meydana getirilmesi için kullanılan araç ve gereçlerden farklı olarak eseri meydana getiren ve onun bünyesine dâhil olan şeylerdir¹³⁰. Buna göre malzeme, çelik, demir, ahşap gibi ham madde olabileceği gibi, sac, profil, güverte teçhizatı, pencere, lavabo, monte edilecek olan motor, makine, elektrik ve ısıtma tesisatı gibi başka şeylerden üretilmiş olan eşya da olabilir¹³¹.

Sözleşmede bir hüküm veya bu konuda bir adet bulunmadığı takdirde, malzemeyi kimin sağlayacağı hususunda, Türk Borçlar Kanununda bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde ağır basan görüş, aksi kararlaştırılmadığı takdirde, gerekli malzemeyi sağlama borcunun, iş sahibine ait olduğu yönündedir¹³².

Gemi inşa uygulamasında, tersanecinin standart tasarımına uygun şekilde inşa edilen ya da bir LNG tankeri gibi sofistike olmayan gemilere ilişkin sözleşmelerde malzeme, tersaneci tarafından sağlanır¹³³. Ancak kargo yükleme-boşaltma donatımı, seyir sistemi, iletişim sistemi gibi makine ve araçların, maliyet unsurları ve denetimdeki kolaylık nedeniyle, iş sahibi tarafından tedarik edilmesi tercih edilir¹³⁴. İş sahibi tarafından verilecek malzeme, sözleşmede açıkça belirtilir; sözleşmede belirtilenler dışındaki malzeme ise tersaneci tarafından sağlanır.

¹³⁰ *Gauch*, N. 66; *Bühler*, Art. 365, N. 7; *Tandoğan* (C. II), s. 104; *Aral*, s. 332; *Gümüş* (C. 2), s. 25.

¹³¹ *Gauch*, N. 66; *Zindel/Pulver*, Art. 365, N. 4; *Aral*, s. 332.

¹³² *Gauch*, N. 74; *Koller* (Werkvertrag), Art. 365, N. 27; *Zindel/Pulver*, Art. 365, N. 2. *Aral*, s. 333. Aksi yönde *Bühler*, Art. 365, N. 5; *Tandoğan* (C. II), s. 105; *Gökyayla*, E.: "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002/1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, s. 795; *Erdoğan*, s. 144. Uygulamada genellikle, sözleşmenin yapılması sırasında, bu konuda açık veya zımni bir uyuşmaya varılır veya sözleşme yapıldıktan sonra, yüklenicinin kendine ait malzemeyi kullanmasına iş sahibinin ses çıkarmaması veya iş sahibinin getirdiği malzemeyi yüklenicinin kullanmaya başlamasıyla, malzemeyi kimin tedarik edeceği sorunu çözüme kavuşur. Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 105.

¹³³ *Curtis*, s. 230.

¹³⁴ *Curtis*, s. 230.

2- Malzemenin İş Sahibi Tarafından Sağlanması Halinde Tersanecinin Borçları

a) Genel Olarak

Tersaneci, iş sahibi tarafından teslim edilen malzemeyi, işe başlamadan önce muayene etmek ve bu malzemenin, sözleşmede öngörülen işin yapılmasına elverişli olup olmadığını incelemekle yükümlüdür¹³⁵. Tersaneci, bu incelemede veya işin icrası sırasında, malzemede tespit ettiği ayıpları, Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin III. fıkrası¹³⁶ uyarınca, iş sahibine bildirme taahhüdü altındadır¹³⁷. İhbar borcunu gereği gibi ifa etmeyen tersaneci, iş sahibinin bu nedenle uğradığı zarardan, Kanunun 112. maddesi gereğince sorumludur¹³⁸.

Ayrıca tersaneci, Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin II. fıkrası¹³⁹ uyarınca, iş sahibi tarafından verilen malzemeyi özenle kullanmalıdır. Özenle kullanma, malzemenin sadece sözleşmeye uygun surette kullanılmasını değil, aynı zamanda gereksiz yere sarf edilmemesini ve uygun bir şekilde muhafaza edilerek bozulacak, kırılacak veya çalınacak şekilde depolanmamasını içerir¹⁴⁰. Tersaneci, öngörülü ve basiretli bir işadamı olarak, iş sahibi tarafından sağlanacak malzemenin korunmasına yönelik her türlü önlemi almalıdır¹⁴¹. Ancak malzemeye ilişkin hasar iş sahibine ait

¹³⁵ *Tandoğan* (C. II), s. 109; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 795; *Erdoğan*, s. 145. Tersanecinin söz konusu malzemeyi, özellikle Gemi Teknik Yönetmeliğindeki esaslar dâhilinde, incelemesi gerekmektedir.

¹³⁶ BK m. 357/3'ü karşılamaktadır.

¹³⁷ Maddenin lafzına rağmen, buradaki ihbar yükümlülüğü, işin icrası başlamasından önce de mevcuttur. *Gauch*, N. 830. Tersaneci ayrıca geminin zamanında ve sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesini tehlikeye sokan her türlü durumu da iş sahibine bildirmelidir. *Bühler*, Art. 365, N. 63; *Zindel/Pulver*, Art. 365, N. 19; *Tunçomağ* (C. II), s. 1000; *Tandoğan* (C. II), s. 111; *Aral*, s. 335; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 796.

¹³⁸ *Koller* (Werkvertrag), Art. 365, N. 84; *Tunçomağ* (C. II), s. 1004; *Tandoğan* (C. II), s. 112. Ancak tersaneci kendisi zamanında ihbar etseydi dâhi sonucun değişmeyeceğini ispatlayarak bu sorumluluktan kurtulabilir. *Koller* (Werkvertrag), Art. 365, N. 87; *Bühler*, Art. 365, N. 73. Diğer yandan tersanecinin ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi, bu yükümlülüğünü yerine getirseydi elde etmiş olabileceği bazı haklarının kaybına yol açar. Yüklenicinin TBK m. 480/II ve 485/I'den kaynaklanan haklarını kullanmaması, iş değişikliği halinde ücret artışı istememesi, TBK m. 483/II uyarınca eserin telef olması nedeniyle hak kazandığı ücret alacağını kaybetmesi, TBK m. 476 uyarınca söz konusu olabilecek sorumsuzluk sebebinin kaybedilmesi gibi sonuçlar bu kapsamda yer alır. Bkz. *Bühler*, Art. 365, N. 72; *Zindel/Pulver*, Art. 365, N. 34 - 35.

¹³⁹ BK m. 357/2'yi karşılamaktadır.

¹⁴⁰ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 102; *Bühler*, Art. 365, N. 44; *Zindel/Pulver*, Art. 365, N. 13; *Tunçomağ* (C. II), s. 999; *Tandoğan* (C. II), s. 109; *Aral*, s. 335; *Gümüş* (C. 2), s. 28; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 795.

¹⁴¹ *Bühler*, Art. 365, N. 44; *Koller* (Werkvertrag), Art. 365, N. 55; *Tandoğan* (C. II), s. 110.

olduğundan, iş sahibi tarafından verilen malzemenin sigorta ettirilmesi yükümlülüğü, iş sahibine ait olup; tersanecinin malzemeyi sigorta ettirme yükümlülüğü, ancak sözleşmede açıkça kararlaştırılırsa doğar¹⁴².

İnşaat sonucunda artan malzeme, iş sahibine iade olunur. Bu nedenle Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin II. fıkrasında, tersanecinin, kullandığı malzeme hakkında, iş sahibine hesap vermek ve artan malzemeyi iade etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir¹⁴³.

Dürüstlük kuralına dayanan malzemeye ilişkin bu yükümlülüklerini ihlâl eden tersaneci, Kanunun 112. maddesi çerçevesinde sorumludur¹⁴⁴. Bu ihlâl, eserin ayıplı ifasına yol açarsa, eser sözleşmesi için öngörülen ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabilir¹⁴⁵.

b) *Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi*

Malzemenin iş sahibi tarafından tedarik edileceği sözleşme ilişkilerinde, “Alıcı Malzemeleri” (*Buyer's Supplies*) adı verilen bir liste yapılarak, hangi malzemenin iş sahibi tarafından sağlanacağı açıkça belirlenir. Sözleşmenin inikadı sırasında hazırlanan bu liste şartnameye eklenir. Tip sözleşmelerde, tersanecinin, bu malzemeye ilişkin yükümlülüklerini belirten ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir¹⁴⁶.

Tip sözleşmelere göre, tersanecinin iş sahibi tarafından sağlanan malzemeye ilişkin en önemli yükümlülüğü, söz konusu malzemenin kendisine teslim edildiği

¹⁴² *Bühler*, Art. 365, N. 44; *Koller* (Werkvertrag), Art. 365, N. 55; *Zindel/Pulver*, Art. 365, N. 14; *Tunçomağ* (C. II), s. 999; *Tandoğan* (C. II), s. 110; *Gümüş* (C. 2), s. 28; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 796; *Erdoğan*, s. 146. Ancak özel bazı durumlarda, malzemenin sigortalanmasını gerektiren fakat iş sahibince bilinmeyen olağanüstü tehlikeler mevcutsa, yüklenici, iş sahibinin dikkatini çekmekle yükümlüdür. Bkz. *Tunçomağ* (C. II), s. 1000; *Tandoğan* (C. II), s. 110; *Gümüş* (C. 2), s. 28. Hatta iş sahibinin sigorta yaptırmak için vaktinin bulunmadığı, aciliyet arz eden durumlarda yüklenici, iş sahibi hesabına malzemeye ilişkin olarak sigorta yaptırmak zorunda olabilir. *Gauch*, N. 828; *Tandoğan* (C. II), s. 111.

¹⁴³ *Bühler*, Art. 365, N. 45, 46; *Tunçomağ* (C. II), s. 1000; *Tandoğan* (C. II), s. 111; *Aral*, s. 335; *Gümüş* (C. 2), s. 28.

¹⁴⁴ *Koller* (Werkvertrag), Art. 365, N. 39; *Zindel/Pulver*, Art. 365, N. 36; *Gümüş* (C. 2), s. 28.

¹⁴⁵ *Koller* (Werkvertrag), Art. 365, N. 40.

¹⁴⁶ Bu çerçevede, SAJ, NEWBUILDCON ve NSF’de, hem iş sahibinin, hem de tersanecinin yükümlülüklerini belirten ayrıntılı düzenlemelere yer verilmişken, AWES’te tarafların sorumluluklarına ilişkin çok sınırlı bir düzenleme yer almaktadır.

andan itibaren emniyetli bir şekilde muhafaza edilmesi ve masrafları kendisine ait olmak üzere, gemiye kurulumunun sağlanmasıdır¹⁴⁷. Tersaneci, basiretli ve öngörülü bir işadamı olarak, Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin II. fıkrasında düzenlendiği şekilde, iş sahibi tarafından verilen malzemenin kullanımı ve muhafazasında gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı hareketin yaptırımı tip sözleşmelerde düzenlenmemiştir. Ancak burada da, özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle, malzeme telef olacak veya zarara uğrayacak ya da kaybolacak olursa, Kanunun 112. maddesi gereğince tersanecinin doğacak zararı tazmin etmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Tip sözleşmelerde genellikle, “*tersaneci, iş sahibine ait malzemenin kalite, verimlilik ve performansından dolayı sorumlu değildir*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır¹⁴⁸. İş sahibinin sağladığı ayıplı malzeme bakımından, tersanecinin sorumlu olmayacağını düzenleyen bu tür kayıtlar, Türk hukukunda tek başına tersaneciyi sorumluluktan kurtarmaya elverişli değildir. Zira Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin III. fıkrası uyarınca, işin icrası sırasında, iş sahibinin sağladığı malzemenin ayıplı olduğunu tespit eden tersaneci, bu tespitini derhal iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Bu ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen tersaneci, Kanunun 112. maddesi uyarınca, sorumlu tutulabilir.

Tip sözleşmelerde, tersanecinin, iş sahibi tarafından teslim edilen ve ayıplı olduğu anlaşılan malzemeyi kullanmaktan imtina edebileceği düzenlenmiştir¹⁴⁹. SAJ’a göre tersaneci, iş sahibince sağlanan ayıplı malzemeyi, iş sahibinin talebi üzerine, ayıbını gidererek ya da düzelterek kullanabilir¹⁵⁰. Bu durumda teslim tarihi, ayıbın giderilmesi için gerekli olan süre kadar uzar ve ayıbın giderilmesi için yapılan tüm giderleri, iş sahibi üstlenir¹⁵¹.

İş sahibi tarafından teslim edilen malzemeyi özenle kullanma ve saklama yükümlülüğü, kural olarak, tersaneciye malzemeyi sigorta ettirme mecburiyeti

¹⁴⁷ SAJ, Art. XVII-2, n. 8-11; NEWBUILDCON, Art. 21 (b) (i), n. 407- 410; NSF Art. XVI-2.

¹⁴⁸ SAJ, Art. XVII-2, n. 12-13; NEWBUILDCON, Art. 21 (b) (i), n. 411-413; NSF Art. XVI-2.

¹⁴⁹ SAJ, Art. XVII-1 (c), n. 17-19. NEWBUILDCON Art. 21 (a) (iii); NSF Art. XVI-1 (c).

¹⁵⁰ SAJ, Art. XVII-1 (c), n. 19-21.

¹⁵¹ SAJ, Art. XVII- 1 (c), n. 22-25.

getirmez. Ancak çoğu tip sözleşmede, yüksek değere sahip malzemenin tersaneci tarafından sigorta ettirileceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır¹⁵².

3- Malzemenin Tersaneci Tarafından Sağlanması Halinde Tersanecinin Borçları

a) Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Malzemenin tersaneci tarafından sağlandığı sözleşmelerde, tersaneci, Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin I. fıkrası uyarınca, *bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur*¹⁵³. Bu hükme göre tersaneci, iyi cinsten ve ayıpsız malzeme sağlamakla yükümlüdür. İyi cins veya ayıpsız malzeme, sözleşmede vad edilen veya dürüstlük kuralına göre beklenen vasıfları taşıyan malzemedir¹⁵⁴. Bu çerçevede tersanecinin sağladığı malzemenin, öncelikle sözleşmede kararlaştırılan cins ve kaliteden daha aşağı kalitede olmaması gerekir¹⁵⁵. Eğer kullanılacak malzemenin kalitesi hakkında sözleşmede bir hüküm yoksa, tersaneci, “orta kalitede” yani normal standartların altına düşmeyen, sağlam ve dış etkilere dayanıklı malzeme kullanmalıdır¹⁵⁶.

Gemilerin Teknik Yönetmeliğinin 19. maddesinde, inşa sırasında kullanılan yapım ve donatım malzemelerinin “ulusal veya uluslararası mevzuat ve kurallardaki temel şartları sağlayacak düzeyde” olması gerektiği belirtilerek, gemi inşasında kullanılacak malzemeye ilişkin bir kalite standardı getirilmiştir. Bunun yanında, aynı Yönetmeliğin 20. maddesinde, gemi inşasında kullanılacak ahşap, fiber takviyeli plastik ve metalik malzemeye ilişkin olarak, uyulması gereken özel kurallar tesis edilmiştir.

¹⁵² SAJ Art. XII-1, n. 6-7; NEWBUILDCON, Art. 38 (a), n. 876-880; NSF Art. XI 2 (b).

¹⁵³ BK m. 357/1’de yer alan “malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu husustaki gibi mütekeffildir” şeklindeki ibare, “bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur” şekline dönüştürülmüştür. Böylece yüklenicinin, kendisi tarafından sağlanan malzeme bakımından, zapttan sorumluluğunun değil, ayıptan sorumluluğunun söz konusu olduğu, fıkra da duraksamaya yer bırakmayacak biçimde belirtilmiştir.

¹⁵⁴ Aral, s. 334.

¹⁵⁵ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 97.

¹⁵⁶ Zindel/Pulver, Art. 365, N. 7; Gauch, N. 83; Tandoğan (C. II), s. 106; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 99; Aral, s. 334; Gökyayla (Özen Borcu), s. 795. Öğretide Tunçomağ, yüklenicinin özenle seçmesine rağmen malzemede bozukluk varsa bundan yüklenicinin sorumlu olmaması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Tunçomağ (C. II), s. 998. Buna karşın Tandoğan, kendi imali olmayan malzemedan yüklenicinin seçmede kusuru olmasa bile sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Tandoğan (C. II), s. 108.

Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin I. fıkrasında düzenlenen ayıp ve bozukluk, sadece yüklenicinin sağladığı malzemeye ilişkindir. Dolayısıyla iyi cinsten malzemenin kötü kullanılması nedeniyle inşaatta bozukluk ortaya çıkmışsa veya düzgün bir şekilde kullanılmasına rağmen, planlama ve tasarım hataları bozukluğa yol açmışsa, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gerekir¹⁵⁷.

İsviçre hukuk öğretisinde, yüklenicinin, sağladığı malzemenin ayıplı olması nedeniyle, iş sahibine karşı, satım sözleşmesi hükümlerine göre sorumlu kılınması eleştirilmektedir. Buna göre, sorumluluğun satım sözleşmesi hükümlerine tâbi kılınması, kısa zamanaşımı ve ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasına engel oluşturması bakımından iş sahibinin aleyhine sonuç doğurmaktadır¹⁵⁸. Türk Borçlar Kanununun 478. maddesinde, eser sözleşmesi için ayıplı ifaya ilişkin zamanaşımı düzenlenirken, (taşınır eserler için) iki yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüş; satım sözleşmesinde ayıba ilişkin zamanaşımını düzenleyen 231. maddesinde ise zamanaşımı iki yıla çıkarılmıştır. Kanunda zamanaşımı süreleri satım ve eser sözleşmelerinde birbirine paralel şekilde düzenlendiği için, Türk hukukunda 472. maddenin ilk fıkrası ile satım sözleşmesine yapılan atfın iş sahibi aleyhine sonuç doğurduğunu kabul etmek mümkün değildir¹⁵⁹. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun 227. maddesinin III. fıkrasında, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak alıcıya, satılanın ücretsiz olarak onarılmasını isteme hakkının tanınmış olması nedeniyle de satım sözleşmesine yapılan atfın, iş sahibi adına olumsuzluk teşkil edeceğinden artık söz edilemez.

Mamafih Kanunda satım sözleşmesine yapılan atıf nedeniyle, hiçbir olumsuzluk doğmayacağı da söylenemez. Bu konudaki ciddi bir olumsuzluk, Türk Borçlar Kanununun 473. maddesinin II. fıkrasının¹⁶⁰ hükmünün uygulanmayacak olmasından doğabilir. Bu hükme göre, edimin ifası sırasında eserin ayıplı olacağı anlaşıldığı takdirde iş sahibi, bir takım erken korunma imkânlarına sahiptir. Tersanecinin

¹⁵⁷ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu) s. 100.

¹⁵⁸ *Bühler*, Art. 365, N. 22.

¹⁵⁹ Bu sonucun, şeyin ayıplı olması nedeniyle açılacak davalar, BK m. 363'ü, satım sözleşmesi hükümlerine tabi kılınmış olduğu için, BK'nın satım sözleşmesine atıf yapan 357. maddesi için kabulü gerekir.

¹⁶⁰ BK m. 358/2'yi fıkrasını karşılamaktadır.

sağladığı malzemedeki ayıp hakkında bu hükmün uygulanamayacak olması, iş sahibi aleyhine sonuçlar doğurabilir¹⁶¹.

Esasen uygulamada, malzemenin tedarikini, eserin imalinden ayırmak ve eserdeki ayıbın malzemededen mi, yoksa imalattan mı kaynaklandığını tespit etmek oldukça güçtür¹⁶². Bu nedenle malzeme için ayrı, meydana getirilen eser için ayrı bir sorumluluk sistemi öngörülmesi, hem eser sözleşmesinin ruhuna, hem de kanunun sistematığına aykırıdır¹⁶³. Doktrinde gittikçe kuvvet kazanan bu görüş dikkate alındığında, Türk Borçlar Kanununda aksi yönde bir düzenlemeye gidilmiş olması bir eksikliktir.

b) Zapta Karşı Tekeffül Borcu

Zapta karşı tekeffül borcu, borçlunun, sözleşme konusu şeyin mülkiyetini nakletme veya hakkı devretme borcunun bir sonucudur¹⁶⁴. Gemi mülkiyetinin, inşa süresince tersaneciye ait olduğu sözleşmelerde, tersaneci, satım sözleşmesi hükümlerine kıyasen, geminin mülkiyetini iş sahibine nakletmekle yükümlüdür. Bu nedenle, üçüncü kişilerin malzemededen kaynaklanan üstün bir hak iddiası nedeniyle geminin iş sahibinin elinden alınması veya iş sahibinin gemi üzerindeki mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamaması, tersanecinin zapta karşı tekeffül sorumluluğunu doğurabilir.

Satım sözleşmesinde, Türk Borçlar Kanununun 214 ilâ 218. maddeleri¹⁶⁵ arasında, zapta karşı tekeffül borcu için, borca aykırılığı düzenleyen genel hükümler yanında,

¹⁶¹ Zindel/Pulver, Art. 365, N. 29.

¹⁶² Bühler, Art. 365, N. 22; Zindel/Pulver, Art. 365, N. 28; Lenzlinger Gadiant, A.: *Mängel- und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag*, Diss. Zürich 1994, s. 105.

¹⁶³ Bühler, Art. 365, N. 22. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu, yüklenici tarafından sağlanan malzeme açısından ayıba karşı tekeffül borcunu ve zapta karşı tekeffül borcunu açıkça ayrı ayrı ele almış ve satım sözleşmesi hükümlerinin ancak zapta karşı tekeffül borcu açısından uygulanabileceğini düzenlemişti. İsviçre Borçlar Kanununun revizyonu sırasında, madde sadeleştirilerek düzenlenmiş; ancak hüküm değişikliği getirmek istenilmemiştir. Maddenin teleolojik olarak yorumlanması da, sadece zapta karşı tekeffül borcunun satım sözleşmesine istinaden uygulanacağını destekler niteliktedir. Bkz. Koller (Werkvertrag), Art. 365, N. 4; Koller, A.: *Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag*, Zürich 1995, N. 102; Zindel/Pulver, Art. 365, N. 28.

¹⁶⁴ Giger, H.: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband Kauf und Tausch-Die Schenkung, 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen-Der Fahrniskauf, Artikel 184-215 OR*, Bern 1979, Art. 192, N. 6; Aral, s. 102; Yavuz/Acar/Özen, s. 46.

¹⁶⁵ BK m. 189-193.

alıcıya koruma sağlayan özel hükümler tesis edilmiştir. Bazı pratik düşüncelere dayanan¹⁶⁶ bu özel hükümler uyarınca, eşya, üçüncü bir kişinin iddia ettiği üstün bir hak yüzünden alıcının elinden alınır (tam zapt), sözleşme, geçmişe etkili olarak ve kendiliğinden ortadan kalkar; alıcı, akdin hüküm ifade etmemesinden doğan bütün haklara sahip olur¹⁶⁷. Eğer iddia olunan rehin hakkı gibi bir sebeple, alıcı, mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamazsa (kısmi zapt), sözleşmenin feshini isteyemez ve fakat uğradığı müspet zararın tazminini talep edebilir¹⁶⁸. Türk Borçlar Kanununun 112. maddesinin aksine, zapta karşı tekeffül halinde, kural olarak, satıcının kurtuluş beyyinesi getirme imkânı yoktur¹⁶⁹.

Satım sözleşmesi için getirilen bu özel düzenleme, 818 sayılı Borçlar Kanununun 357. maddesinin I. fıkrasında satım sözleşmesine yapılan atıf nedeniyle eser sözleşmesi açısından da uygulanmaktaydı¹⁷⁰. Zira bu maddede yer alan, “*müteahhit ... malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı satıcı gibi sorumludur*” şeklindeki ibare, öğretide hem ayıba karşı tekeffül borcunu hem de zapta karşı tekeffül borcunu içerecek şekilde anlaşılmaktaydı¹⁷¹. Ancak Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin I. fıkrasında, “*malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur*” ifadesi yer almakta olup; burada yüklenicinin sadece ayıba karşı tekeffülden sorumlu olduğu açıkça belirtilmektedir. Sonuç olarak artık

¹⁶⁶ Giger, Art. 192, N. 7, 9; Yavuz/Acar/Özen, s. 46.

¹⁶⁷ Koller (Werkvertrag), Art. 365, N. 18; Tandoğan (C. I/1), s. 158; Aral, s. 107. Bu kapsamda iş sahibi, ödemiş olduğu semenin faiziyle birlikte iadesine, eser üzerinde yaptığı ve üçüncü kişiden alamadığı masrafların ve ihbar edilmekle kaçınılması mümkün olanlar müstesna olmak üzere, yargılama masrafları ve avukatlık ücretleri ile mahkeme dışındaki masraflarının ödenmesine ve sözleşmenin hüküm taşımasından kaynaklanan menfi zararlarının tazminine hak kazanır. Oser/Schönenberger, Art. 195, N. 4-7; Tandoğan (C. I/1), s. 160; Aral, s. 107-108. Bu haklar bakımından yüklenici, kusursuz olduğunu isbat etse dâhi sorumludur. Tandoğan (C. I/1), s. 160; Yavuz/Acar/Özen, s. 51.

¹⁶⁸ Yavuz/Acar/Özen, s. 52; Aral, s. 109. Bu takdirde tazminat Borçlar Kanununun 192. maddesindeki esasların kıyas yoluyla dikkate alınmasıyla hesaplanabilir. Zapt neticesinde şeyin değerinde meydana gelen azalma ile diğer masraflar ve zararın tazmini talep edilebilir. Eğer alıcının üçüncü kişinin hakkını bilseydi şeyi satın almayacağı anlaşılıyorsa akdin tamamının feshini talep etmek hakkı saklıdır. Aral, s. 109.

¹⁶⁹ Tandoğan (C. I/1), s. 148.

¹⁷⁰ Aral, s. 104.

¹⁷¹ Bkz. Tandoğan, s. 106; Yavuz/Acar/Özen, s. 335; Becker, Mad. 365, N. 2; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu) s. 99. Bazı yazarlar ise, bu ibareden, sadece zapta karşı tekeffülün anlaşılması gerektiğini ve yüklenicinin sağladığı malzemele ayıplı olduğu takdirde, eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktaydılar. Koller (Werkvertrag), Art. 365, N. 3-4; Gauch, N. 1478-1485; Bühler, Art. 365, N. 22; Brändli, N. 435.

yüklenicinin, zapta karşı tekeffül açısından satım sözleşmesindeki özel hükümlere göre, sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu nedenle tersaneci, üçüncü kişinin gemi üzerinde özel hukuktan doğan bir üstün hakka sahip olması durumunda, yalnızca genel hükümler çerçevesinde sorumlu olacaktır¹⁷². Esasen uygulamada, iyi niyetle hak iktisabına ilişkin prensipler nedeniyle, taşınır eşya hukuku alanında zapta karşı tekeffülün uygulanması oldukça sınırlanmıştır¹⁷³.

c) *Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi*

Tip gemi inşa sözleşmelerinde, ayıplı malzeme kullanan tersanecinin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, geminin teslimi için gerekli belgeler arasında yer alan bir taaahütname (*declaration of warranty*) ile tersaneci, geminin, her türlü alacaklılarının alacak iddialarından ve özellikle iş sahibinin mülkiyet hakkını etkileyebilecek nitelikte olan yüklerden âri olduğunu tekeffül etmektedir¹⁷⁴.

IV. İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE DEVAM ETME BORCU

A) GENEL OLARAK

Bir şeyin teslimini veya bir işin tamamlanmasını hedef alan ani edimli sözleşmelerde, ifanın vade günü gerçekleşmiş olması yeterlidir. Bundan önceki çalışmalar, sadece borçluyu ilgilendiren bir hazırlık safhası olup alacaklının, vade gelinceye kadar, borçluya karşı bir talep hakkı genellikle yoktur¹⁷⁵. Kural olarak ani edimli sözleşmelerden sayılan eser sözleşmesinde ise, ifaya hazırlık çalışmaları özel bir öneme sahiptir. Bu önemi dikkate alan kanun koyucu, Türk Borçlar Kanununun 473. maddesi¹⁷⁶ ile, iş sahibine, işin sözleşmeye aykırı bir şekilde gecikmesi üzerine,

¹⁷² Bkz. 6098 sayılı Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 472. Madde gerekçesi.

¹⁷³ *Giger*, Art. 192, N. 32; *Zindel/Pulver*, Art. 365, N. 32; *Becker*, Mad. 192, N. 6 ve m. 365, N. 2; *Aral*, s. 103. Eğer yüklenici başkasına ait malzemeyi kullanmışsa bunun mülkiyeti hukuki taşıyire ilişkin MK m. 775 uyarınca yükleniciye geçeceğinden zapta karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmaz. *Gauch*, N. 1463; *Tandoğan* (C. I/1) s. 106.

¹⁷⁴ SAJ Art. VII-3(e); AWES Art. 6 (b); NEWBUILDCON Art. 29 (f); NSF Art. VIII-3 (f).

¹⁷⁵ Bu konuda istisnai bir düzenleme, TBK m. 98'de (BK m. 82) yer almaktadır. Bu maddeye göre alıcının, acze düşen veya hakkındaki takip semeresiz kalan borçluya karşı, teminat vermediği takdirde, vadeden önce dönme hakkını kullanabileceği belirtilmektedir. Bkz. *Öz*, s. 47.

¹⁷⁶ BK m. 358'i karşılamaktadır. Metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

ifa zamanından önce sözleşmeden dönme ve inşa sırasında ayıplı olacağı anlaşılın işi bir başkasına yaptırma haklarını bahşetmiştir.

B) İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA BORCUNUN İHLÂLİ

Türk Borçlar Kanununun 473. maddesinin I. fıkrasına göre, *yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.* İşin ifasındaki temerrüdü düzenleyen¹⁷⁷ bu hüküm, yüklenicinin borcunun sadece edim sonucu ortaya çıkan eserin teslimine ilişkin olmadığını; aynı zamanda eseri meydana getirme borcunun da bulunduğunu, dolaylı bir şekilde ifade etmektedir¹⁷⁸.

1- Uygulanma Şartları

a) Tersaneci Geminin İmalinde Gecikmiş Olmalıdır

İş sahibinin, Türk Borçlar Kanununun 473. maddesinin ilk fıkrasında yer alan erken dönme hakkını kullanabilmesi, tersanecinin geminin inşasında gecikmiş olmasına bağlıdır. İnşa faaliyetlerine hiç başlanılmamış olması, inşa faaliyetlerine başlanılmış olsa da, bu faaliyetlerin gecikerek devam ettirilmesi ya da işin belirlenen tarihte yetiştirilemeyecek olması, tersanecinin, geminin imalinde gecikmesine yol açabilir.

¹⁷⁷ *Gauch*, N. 669; *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 3; *Tandoğan* (C. II), s. 113; *Aral*, s. 346. Aksi yönde bkz. *Gümüş* (C. 2), s. 32.

¹⁷⁸ *Gauch*, N. 668; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 1; *Tandoğan* (C. II), s. 113; *Aral*, s. 346; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 336; *Altaş*, H.: “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK m. 358)”, *Fikret Eren’e Armağan*, Ankara 2006, s. 98; *Yücel*, Ö.: “Borçlar Kanunu 358/1 Hükümüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu”, *AÜHFD*, C. 57, S. 3 (2008), s. 781. Esasen yüklenicinin eser meydana getirme borcunun eser sözleşmesine ait bir borç olduğu Kanunun 470. maddesinden (BK m. 355) ortaya çıkmaktadır. TBK m. 473’ün ilk fıkrası (BK m. 358/I), zaten açıkça ortada olan yüklenicinin imal yükümlülüğünü göstermeyi değil, yüklenicinin imal yükümlülüğünün bir aslı edim yükümü gibi kabul edilmesi gerektiğini ve belirli koşulların gerçekleşmesi halinde TBK m. 125/1’in uygulanabileceğini açıklığa kavuşturmaktadır. *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 81. Ayrıca TBK m. 473/1, sadece imal faaliyetlerinde bir gecikme olması halinde değil, imal faaliyetlerinde ortaya çıkan bir ayıbın zamanında giderilmemesi halinde de uygulanabilecek olan, geniş anlamda yorumlanması gereken bir düzenlemedir. Bkz. *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 5; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 7; *Gümüş* (C. 2), s. 33.

i. İşe Başlamada Gecikme

Geminin imal faaliyetlerine hiç başlanılmamış ise, tersanecinin işe başlamada geciktiği kabul edilir. İşe başlama tarihi, sözleşmeden veya hukukî ilişkinin niteliğinden anlaşılır¹⁷⁹. Sözleşmede işe ne zaman başlanacağı açıkça belirtilmemişse ve hukukî ilişkinin niteliğinden de anlaşılamiyorsa, Türk Borçlar Kanununun 90. maddesi¹⁸⁰ uyarınca, tersanecinin, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, derhal işe başlaması gerekmektedir¹⁸¹. Bununla birlikte tersaneciye, zorunlu veya teamülden olan bir hazırlık süresi tanınmalıdır¹⁸². İşe başlama tarihi sözleşmede kararlaştırılmışsa, tersaneci, doğrudan işin görülmesine başlaması için zorunlu veya adet olan bir hazırlık süresinin bırakılmasına gerek olmaksızın, kararlaştırılan tarihte işe başlamak zorundadır¹⁸³.

İşe başlamada gecikme, özellikle işin tamamlanması (ifası) tarihi sözleşmede saptanmamış ise sözleşmeden dönmeye gerekçe olabilir¹⁸⁴. Zira ifa tarihi, taraflarca önceden saptanmışsa, tarafların varsayılan iradesi esas alınır ve kalan süre işi teslim tarihinde bitirmeye elverişli olacak surette, yüklenicinin, işe geç başlayabileceği kabul edilir¹⁸⁵. Bu nedenle, gemi inşa sözleşmesi gibi, ifa tarihinin taraflarca önceden saptanmış olduğu sözleşmelerde, işe başlamada gecikme nedeniyle doğan sözleşmeden dönme hakkına, ancak gecikme yüzünden inşaatın vadeye yetişmeyeceği kesin ise başvurulabilir¹⁸⁶.

¹⁷⁹ *Gauch*, N. 673.

¹⁸⁰ Bu düzenleme, BK m. 74'ü karşılamakta olup, madde metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında bir hüküm değişikliği yoktur.

¹⁸¹ *Gauch*, N. 674; *Gautschi*, Art. 366, N. 4. a; *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 102; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 9; *Tandoğan* (C. II), s. 114; *Bühler*, Art. 366, N. 19; *Tunçomağ* (C. II), s. 1005; *Aral*, s. 346; *Gümüş* (C. 2), s. 34; *Altaş* (BK m. 358), s. 100.

¹⁸² *Gauch*, N. 674; *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 105; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 9; *Tandoğan* (C. II), s. 114; *Aral*, s. 346; *Gümüş* (C. 2), s. 34.

¹⁸³ *Gümüş* (C. 2), s. 35.

¹⁸⁴ *Gümüş* (C. 2), s. 34; *Altaş* (BK m. 358), s. 100; *Ergezen*, M.: *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*, Ankara 2007, s. 61. Aksi yönde bkz. *Yücel*, s. 782.

¹⁸⁵ *Gauch*, N. 674; *Tandoğan*, C. II, s. 114; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 9. Bu durumda ifa tarihinden işin yürütülmesi için gerekli olan süre çıkarılarak iş başlama tarihinin muaccel olduğu tarih bulunur. *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 104.

¹⁸⁶ İstisnai olarak, işin tamamlanması için saptanan sürenin yüklenici çalışmaya başladıktan sonra işleyeceği kararlaştırılmışsa, yüklenicinin işe hiç başlamaması üzerine, işe başlamakta gecikme nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanmak mümkündür. Bkz. *Öz* (İnşaat), s. 117.

ii. İş Görme Faaliyetlerinin Yavaş Yürütmesi ve Ertelenmesi

İş görme faaliyetlerinin yavaş yürütmesi, tersanecinin, işe zamanında başlamasına rağmen, işin nitelik bakımından gerçekleşmesi gereken normal çalışma temposundan daha yavaş yürütmesi ya da başlanmış olan işin kesintiye uğraması veya faaliyete ara verilmesidir¹⁸⁷. Tersaneci, somut olayın özellikleri de dikkate alındığında, inşaatın zamanında tamamlanması için, basiretli bir işadamından beklenen bir tempoyla çalışmak zorundadır. Bu çalışma temposunun belirlenmesinde, inşaat süresine göre bir değerlendirme yapılır. Örneğin 10 aylık bir inşaat süresinin karşılaştırıldığı bir inşaatta, ortalama çalışma hızı, aylık %10'luk bir inşaat seviyesini ifade eder; fakat teslim süresi 20 ay olan bir inşaatta ise aylık %5'lik bir çalışmanın ortalama tempo olduğu ortaya çıkar¹⁸⁸.

İş görme faaliyetlerinin yavaş yürütmesi, işe başlamada gecikme halinde olduğu gibi, ancak ifa tarihi belirlenmemiş sözleşmelerde, sözleşmeden dönmeye başlı başına gerekçe olabilir; sözleşmede vade saptanmışsa, vade anına kadar geminin tamamlanmayacağı kesinlikle anlaşılmadıkça, sadece işin yavaş yürüdüğü gerekçesiyle, vadeden önce sözleşmeden dönülemez¹⁸⁹.

Gemi inşa sektöründe sipariş verilen geminin bir an evvel tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesi ve böylece geminin bir an evvel deniz ticaretinde kullanılması önem arz eder. Bu nedenle, sözleşmede ara bitirme hedefleri (*interim completion targets*) ya da belirli bir süre içerisinde ulaşılması gereken iş ilerlemeleri belirlenir¹⁹⁰. Ara sürelerin karşılaştırıldığı sözleşmelerde tersaneci, belirlenen bu süreler içerisinde, geminin meydana getirilmesine yönelik belirli bir iş görme sonucunu (iş ilerlemesini) gerçekleştirmek zorundadır. Tersanecinin, sözleşmede belirlenen ara sürelere riayet etmemesi, sözleşmeye aykırı bir iş görme ertelenmesi oluşturur¹⁹¹. İş sahibi, gemi inşasının, belirlenen iş takviminin ciddi bir şekilde

¹⁸⁷ Öz (İnşaat), s.118; Zindel/Pulver, Art. 366, N. 10; Bühler, Art. 366, N. 27; Gümüş (C. 2), s. 35; Altaş (BK m. 358), s. 102; Ergezen, s. 62. Çalışma temposunun düşük, işgücü ve ekipmanın yetersiz olduğu durumlarda böyle bir halin varlığı kabul edilir. Gautschi, Art. 366, N. 4 b.

¹⁸⁸ Ayan, S.: *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Ankara 2008, s. 140.

¹⁸⁹ Öz, s. 57; Gümüş (C. 2), s. 35. Aksi yönde görüş için bkz. Yücel, s. 782.

¹⁹⁰ Curtis, s. 176. Taraflar sözleşmede bir tamamlanma veya teslim süresi kararlaştırmamış olsalar bile "ara süreler" (*Zwischentermine*) kararlaştırabilir. Bkz. Bühler, Art. 366, N. 6.

¹⁹¹ Zindel/Pulver, Art. 366, N.10; Aral, s. 346; Gümüş (C. 2), s. 35.

gerisinde kalması üzerine, sözleşmeyi ifa tarihinden daha önceki bir tarihte sona erdirmeye imkânına sahip olur¹⁹².

Sözleşmede sadece işe başlama tarihi veya ara süreler değil, aynı zamanda işin teslim tarihi de kararlaştırılmışsa ve tersaneci işe başlama tarihi veya ara sürelere uymamakla birlikte, inşaat vadeye yetişebilecek durumda ise ne olacaktır? Uygulamada genellikle sözleşmede belirlenen iş takviminin (*Bauprogramm*; *Time Schedules*) bağlayıcı olmadığı kabul edilmektedir¹⁹³. Bu nedenle bu tarihler belirlenirken, uyulmaması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği veya en azından bu anlama gelmek üzere hukukî haklarını kullanabileceği şeklinde bir ifadeye yer verilmişse, iş vadeye yetişecek olsa bile iş sahibi sözleşmeden dönebilir¹⁹⁴. Şayet bu tarihler, ihlâl edilmesine ilişkin hiçbir yaptırım öngörülmeden belirlenmişse ve inşaat vadeye yetişebilecek durumda ise, iş sahibi kural olarak sözleşmeden dönememelidir¹⁹⁵.

Sözleşmeden dönülebilmesi, somut olayın özelliklerine göre iş görme faaliyetlerinin daha hızlı sürdürülebilmesinin tersaneciden beklenebilir olmasına bağlıdır¹⁹⁶. İşin görülmesinde, taraflarca önceden öngörülmeyen zorluklar çıkması nedeniyle meydana gelen gecikmeler normal karşılanır. Buna karşılık, tersaneci, işi kolaylaştıran bir durum ortaya çıkarsa, iş sahibinin, çalışmaların yavaş yürüyeceğini baştan göze aldığını öne sürerek faaliyetlerini erteleyemeyecek veya hızlandırmaktan kaçınmayacaktır¹⁹⁷.

¹⁹² *Curtis*, s. 176. Bazen iş sahibine, geminin vaktinde inşa edilemeyeceğini "makul" (reasonable) şekilde öngörmesi halinde, ifa tarihinden önce fesih hakkı tanınacağı kararlaştırılabilir. Bu durumda iş sahibinin bu tür bir tespitte bulunurken hangi kriterlere başvuracağı hususunda uyuşmazlık çıkması mümkündür. Bu konuya ilişkin *Pacific Ocean Shipping Corporation & anr v. Sembawang Corporation Ltd*, Commercial Court, 4 June 1998, "The Solitaire" davası için bkz. *Curtis*, s. 176

¹⁹³ *Bühler*, Art. 366, N. 23; *Gümüş* (C. 2), s. 35.

¹⁹⁴ *Öz* (İnşaat), s. 120.

¹⁹⁵ Ancak, iş sahibi işe başlama tarihine veya işin belirli aşamalara gelme tarihine sözleşme içeriğine sokacak kadar önem verdiğine göre; iş sahibi iş vadeye yetişse bile bu tarihlerin ihlâli sebebiyle telafi edilemeyecek bir zarara uğradığını ispat edebiliyorsa veya söz konusu gecikme yüzünden somut olayda yükleniciye olan güvenin esaslı şekilde sarsıldığını söylemek mümkünse, iş vadeye yetişecek olsa bile sözleşmeden dönülebilir. Bkz. *Öz* (İnşaat), s. 120.

¹⁹⁶ *Öz*, s. 57; *Gümüş* (C. 2), s. 36; *Altaş* (BK m. 358), s. 102. Yüklenicinin inşaatı hızlandırma yükümlülüğünün bulunduğu haller için bkz. *Ayan*, S., s. 141 vd.

¹⁹⁷ *Öz*, s. 58; *Altaş* (BK m. 358), s. 103.

iii. İşin Belirlenen Tarihte Yetiştirilemeyeceğinin Anlaşılması

İş sahibinin, işin belirlenen tarihte yetiştirilemeyeceğinin anlaşılması üzerine, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi, işin tamamlanma veya teslim tarihinin saptanmış olmasını gerektirir¹⁹⁸. Vade tarihinin kararlaştırılmış olduğu sözleşmelerde, işe başlanmaması veya işin yavaş yürümesi yahut ertelenmesi, tek başına, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı vermez. Bu gibi durumlarda iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, inşaatın vade tarihinde tamamlanması imkânsız hale gelmiş olmalıdır¹⁹⁹. Dolayısıyla işin o ana kadarki yürütülme hızıyla inşaat vade tarihine kadar yetişmeyecek olsa da, tersaneci inşa faaliyetlerini hızlandırarak vadesinde inşaatı tamamlayabilecek ise, sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz²⁰⁰. Ancak somut olayın özelliklerine göre, tersanecinin çalışmalarını ifanın vadeye yetişmesi için gereken düzeye çıkar(a)mayacağı öngörülebiliyorsa, artık dönme hakkı kullanılabilir²⁰¹. Diğer yandan somut olayın özellikleri ve hayatın olağan akışına göre işin vadeye yetişemeyeceğinin anlaşıldığı hallerde, tersaneci, şans ve rastlantı sayılabilecek kolaylıkların ortaya çıkacağını ileri sürerek iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını önleyemez²⁰². İşin vadede tamamlanamayacağı anlaşılacakla birlikte çok az bir gecikme ile tamamlanması mümkünse ve iş sahibi için bu gecikme önemli bir sakınca doğurmayacaksa, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, dürüstlük kuralının yardımıyla önlenilmelidir²⁰³.

b) Tersanecinin Sözleşmeye Aykırı Davranışı İle İşin Gecikmesi Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunmalıdır

İş sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi bakımından, dönme sebebinin ortaya çıkmasında tersanecinin kusurlu olması şartı aranmaz²⁰⁴. Ancak iş sahibine dönme

¹⁹⁸ Koller (Werkvertrag), Art. 366, N. 182; Zindel/Pulver, Art. 366, N. 11; Gümüş (C. 2), s. 36; Altaş (BK m. 358), s. 103.

¹⁹⁹ Öz, s. 61; Altaş (BK m. 358), s. 103; Ergezen, s. 63.

²⁰⁰ Öz (İnşaat), s. 121. Aksi yönde bkz. Koller (Werkvertrag), Art. 366, N. 138, 183.

²⁰¹ Öz (İnşaat), s. 121.

²⁰² Öz, s. 61; Altaş (BK m. 358), s. 104; Ergezen, s. 63.

²⁰³ Öz (İnşaat), s. 121.

²⁰⁴ Gauch, N. 676; Gautschi, Art. 366 N. 4 d; Koller (Werkvertrag), Art. 366, N. 177; Zindel/Pulver, Art. 366, N. 15; Tandoğan (C. II), s. 115; Öz (İnşaat), s. 115; Bühler, Art. 366, N. 33; Gümüş (C. 2), s. 37; Tunçomağ (C. II), s. 1009; Altaş (BK m. 358), s. 98; Ergezen, s. 59; Yücel, s. 784.

hakkı veren hususlar ile tersanecinin sözleşmeye aykırı tutumu arasında illiyet bağı bulunmalıdır²⁰⁵. Tersanecinin ediminin objektif olarak imkânsızlaşması veya onun Türk Borçlar Kanununun 97 ve 98. hükümlerine²⁰⁶ dayanarak işi yerine getirmekten kaçınabildiği hallerde, bu şart gerçekleşmemiş olur²⁰⁷. Dolayısıyla işe başlanamamasına, işin geciktirilmesine veya vadesinde ifa edilememesine yol açan sebepler tersanecinin riziko alanı dışındaysa, iş sahibi ifa zamanından önce dönme hakkını kullanamaz²⁰⁸.

Gecikmenin ortaya çıkmasına sebebiyet veren iş sahibi, dönme hakkını kullanamaz²⁰⁹. İş sahibi, hem kusuruyla hem de kusuru olmaksızın kendi riziko alanından doğan sebeplerle işin gecikmesine sebep olabilir²¹⁰. İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi, kullanılacak malzemeyi sağlamayı üstlenen iş sahibinin bunu geciktirmesi, gerekli talimatın vaktinde verilmemesi, iş değişikliği yapılması, tersaneciye belli zamanlarda yapılması gerekli ödemelerin geciktirilmesi gibi nedenlerle işin durması veya yavaşlaması, iş sahibinden kaynaklanmaktadır²¹¹.

c) *Tersaneciye Uygun Bir Süre Verilmeli ve İhtarda Bulunulmalıdır*

Yüklenicinin ifa sırasındaki temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 473. maddesinin uygulanabilmesi, öncelikle, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır²¹². Bu nedenle doktrindeki

²⁰⁵ *Gauch*, N. 676; *Tandoğan* (C. II), s. 115; *Öz*, s. 52; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 15; *Gautschi*, Art. 366 N. 4 d; *Seliçi* (Müteaahidin Sorumluluğu), s. 81; *Altaş* (BK m. 358), s. 99. Zira yüklenicinin bu yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi, teslim borcunu yerine getirmesini ve böylece sözleşmenin nihai amacını gerçekleştirmesini tehlikeye düşürmektedir. *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 25.

²⁰⁶ Bu hükümler sırasıyla BK m. 81 ve 82'ye denk gelmektedir. Her iki maddede de, metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

²⁰⁷ *Gauch*, N. 677; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 15; *Aral*, s. 347; *Gümüş* (C. 2), s. 37.

²⁰⁸ *Gautschi*, Art. 366, N. 4 d; *Tandoğan*, s. 115; *Öz* (İnşaat), s.115; *Altaş* (BK m. 358), s. 99; *Ergezen*, s. 60.

²⁰⁹ *Gauch*, N. 678; *Gautschi*, Art. 366, N. 4 c; *Tandoğan*, s. 115; *Öz*, s. 53; *Bühler*, Art. 366, N. 31; *Tunçomağ* (C. II), s. 1009; *Aral*, s. 347; *Gümüş* (C. 2), s. 36; *Altaş* (BK m. 358), s. 99; *Ergezen*, s. 60; *Yücel*, s. 785. Bu koşul TBK m. 473/1 metninde, sadece işin belirli tarihte yetişmesinin imkânsız olduğu durumlar için anılmış olsa da diğer gecikme halleri için de geçerlidir. *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 148; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 12; *Gümüş* (C. 2), s. 37; *Altaş* (BK m. 358), s. 99.

²¹⁰ *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 149.

²¹¹ *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 161; *Gautschi*, Art. 366, N. 4 c; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 12; *Tandoğan* (C. II), s. 115; *İstanbul*, s. 36.

²¹² *Gauch*, N. 675; *Bühler*, Art. 366, N. 33; *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 67; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 13; *Aral*, s. 347; *Kaplan*, İ.: "Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale

hâkim görüş, anılan hükümde açıkça belirtilmemesine rağmen, ifa tarihinin belirlenmediği sözleşmelerde, iş sahibinin, Türk Borçlar Kanununun 123. maddesi²¹³ uyarınca, sözleşmeyi sona erdirmen önce, işe başlaması veya iş temposunu olması gereken düzeye çıkarması için yükleniciye ihtarında bulunması ve ek süre vermesinin gerekli olduğunu kabul etmektedir²¹⁴. İfa tarihinin belirtildiği sözleşmelerde ise, işin belirlenen tarihte yetiştirilemeyeceği öngörülebiliyorsa, sözleşmeden dönebilmek için Kanunun 123. maddesinde aranan şartlar uygulanmaz²¹⁵.

2- Hüküm ve Sonuçları

Yukarıda anılan şartlar gerçekleştiğinde, iş sahibinin teslim tarihini beklemeden sözleşmeden dönme hakkı doğar. İş sahibinin sözleşmeden dönmesi, esas itibarıyla Türk Borçlar Kanununun 125. maddesinde²¹⁶ öngörülen genel hükümlere uygun olarak, geçmişe etkili hüküm ve sonuç doğurur²¹⁷. Bu nedenle ifa edilmiş edimler geri verilmeli, ifa edilmeyen borçlar ise sona erdirilmelidir²¹⁸. Tezin bu bölümünde geçmişe etkili dönmenin sonuçları hakkında daha fazla detaya girilmemiş ve ileride

Farklı Tazminatları”, BATİDER, Haziran 1985, C. XIII, S. 1, s. 6; *Yücel*, s. 784. Aksi yönde bkz. *Öz*, s. 56.

²¹³ BK m. 106’yı karşılayan bu maddede, sistematik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

²¹⁴ *Gauch*, N. 675; *Gautschi*, Art. 366, N. a, b; *Bühler*, Art.366, N. 33 - 34; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N.14, 17; *Eren* (İnşaat), s.102; *Tandoğan*, s. 118; *Tunçomağ* (C. II), s. 1010; *Gümüş* (C. 2), s. 37. Esasen TBK m. 117’ye (BK m. 101) göre, belirli bir vade söz konusu ise, vadenin dolmasıyla ihtar gereklidir. Ancak burada vadeyi beklemeksizin bir erken temerrüt hali söz konusu olduğundan, ihtar gereklidir. *Yücel*, s. 785. Kanunun 473. Maddesini, bir tür temerrüt hükmü olarak kabul etmeyen *Öz*, kural olarak ihtar gerekliliği görüşündedir. Bkz. *Öz*, s. 56. *Öz*, ihtar gerekliliği görüşünde ise yükleniciye süre verilmesi konusunda doktrinle aynı görüşü paylaşmaktadır. Ancak bu süre, borçlu temerrütündeki gibi “ifanın gerçekleşmesi” için değil, işe hiç başlanılmaması durumunda “hazırlama faaliyetlerine girişilmesi” için, işin yavaş yürümesi halindeyse “çalışma temposunun normal düzeye çıkarılmasına” ilişkin olmalıdır. Bkz. *Öz*, s. 56, 58.

²¹⁵ *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 136, 183; *Tandoğan* (C. II), s. 118; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 337; *Altaş* (BK m. 358), s. 105; *Yücel*, s. 784. Zira vadenin belli olduğu sözleşmelerde, ya ifanın bu zamana kadar yetiştiremeyeceği kesinleşmiştir ki bu durumda süre vermenin veya herhangi bir uyarının zaten anlamı yoktur ya da yüklenicinin işi geciktirmesine rağmen yine de eserin vadeye yetiştirmesi mümkündür. Bu ikinci durumda ise sözleşmeden dönme hakkı esasen doğmaz. Bkz. *Öz*, s. 62.

²¹⁶ BK m. 108’e denk gelen bu maddede, sistematik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

²¹⁷ *Gauch*, N. 683; *Bühler*, Art. 366, N. 42.

²¹⁸ *Gauch*, N. 683; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 20. Dönme hakkının kullanılması halinde taraflarca önceden kararlaştırılmış olan ceza koşulu iş sahibi tarafından istenemez. Yargıtay içtihatlarına göre belli bir tarihte bitirilmesi gereken iş için yüklenicinin herhangi bir faaliyet göstermediğini tesbit eden idarenin fesh hakkını hemen kullanmayıp gecikme cezasını arttıracak şekilde uzun süre sonra kullanması iyi niyet kurallarına aykırıdır; gecikme cezası ancak idarenin bu kurallara göre fesihle bulunması uygun olan süre için hesaplanmalıdır. Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 123.

yapılacak açıklamalara atıf yapılmıştır²¹⁹. Ancak Kanunun 473. maddesine dayanılarak sözleşmeden erken dönülmesi hakkında öğretide savunulan ileriye etkili fesih görüşünün bu kısımda incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

Bu görüş uyarınca alacaklının, dönme anında, eserin yapılan kısmına ilişkin menfaati, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışıyla ihlâl edilmemiş ve işin bir kısmı yapılmış bulunuyorsa, iş sahibine o kısmı alıkoyarak ve o kısmın bedelini ödeyerek ileriye etkili fesih hakkı tanınmalıdır²²⁰. Esasen çoğu zaman ileriye etkili fesih, yüklenicinin de yararına olup²²¹ iş sahibinin dönme hakkını kullanması yüklenicinin açıkça ek-aşırı zarara uğramasına yol açacaksa, iş sahibinin sadece sözleşmeyi feshedebileceği de doktrinde ifade edilmektedir²²². Öğretide savunulan bu görüş uyarınca, tersanecinin, gemiyi inşa işini sözleşmeye aykırı olarak geciktirmesi, iş sahibine, ileriye etkili fesih hakkını kullanarak, işi başka bir tersaneciye yaptırma hakkını sağlayacaktır.

Sözleşmeden dönme, borçlunun temerrüdü üzerine alacaklının sahip olduğu seçimlik haklardan biri olduğuna göre, alacaklı, dönmeden daha hafif sonuçları olan diğer seçimlik haklara evleviyetle sahiptir²²³. Bu nedenle iş sahibi, Kanunun 473. maddesinde açıkça öngörülme de, Kanunun 125. maddesi uyarınca aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı isteyebileceği gibi; aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini de isteyebilir²²⁴. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun 113.

²¹⁹ Bkz. Dördüncü Bölüm, IV, C, 2, c.

²²⁰ *Gauch*, N. 685; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 21; *Aral*, s. 348; *Gümüş* (C. 2), s. 39. 25.01.1984 tarihli İçtihatı Birleştirme Kararında, eser sözleşmesi, "geçici - sürekli karmaşığı" bir sözleşme olarak nitelendirilmiş ve sözleşme konusu işin büyük bir kısmının tamamlanması halinde sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesinin doğruluk ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak olması nedeniyle bu tür durumlarda ileriye etkili sonuç doğuran feshin geçerli olacağı kabul edilmiştir. Bkz. Yargıtay İBK E. 1983/3 K. 1984/1, T. 25.01.1984 (RG. 27.02.1984 S. 18325).

²²¹ *Gauch*, N. 688; *Tandoğan* (C. II), s. 122.

²²² *Gauch*, N. 688; *Bühler*, Art. 366, N. 49. Ancak yüklenicinin sözleşmeden dönme nedeniyle açıkça zarara uğrayacağı hallerde iş sahibinin zorunlu olarak fesih hakkını kullanabilmesi, somut olayın şartlarına göre iş sahibinden eseri kabul etmesinin beklenebileceği durumlarda mümkündür. *Gümüş* (C. 2), s. 39.

²²³ *Yücel*, s. 786.

²²⁴ *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 24; *Tandoğan* (C. II), s. 119; *Tunçomağ* (C. II), s. 1010; *Aral*, s. 348; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 337. Aksi yönde bkz. *Gümüş* (C. 2), s. 37. TBK m. 123, ve 125 (BK m.106 ve 108.) ile 473/1, alternatif bir uygulama ilişkisi içerisinde. Esasen 473. maddenin ilk fıkrasının *ratio legis*'i, bu tür bir madde olmasaydı, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin sadece teslim borcuna aykırılık halinde mi uygulanacağı yoksa işin ifasında meydana gelen gecikmeye de uygulanıp uygulanamayacağı hususunda doğabilecek olan belirsizlikleri gidermektir. *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 72, 80.

maddesinin²²⁵ kıyasen uygulanması sonucu, işin başkası tarafından yapılmasına izin verilmesi talep edilebilir²²⁶.

Dönme hakkının uygulanması için gerekli koşulların meydana geldiğinin iş sahibi tarafından ispatlanamaması, dönme beyanının Kanunun 474. maddesi anlamında dönme beyanına tahvil edilmesi suretiyle, iş sahibinin yüklenicinin zararlarını tazmin etmesine yol açabilir²²⁷. Bu nedenle inşaat sözleşmesi uygulamasında, iş sahibinin erken dönme hakkına pek başvurulmadığı görülmektedir.

Son olarak doktrinde, yüklenicinin kendi malzemesiyle kendi yerinde imal ettiği taşınır eser teslimi sözleşmelerinde, iş sahibinin işin icrasını denetlemek ve talimat verme haklarının bulunmaması nedeniyle, taraf iradelerinin erken dönme hakkını bertaraf ettiği görüşü savunulmaktadır²²⁸. İş görme borcunun arka planda kaldığı ve teslim borcunun öne çıktığı taşınır eser teslimi sözleşmeleri için kabul edilen bu görüşün²²⁹, gemi inşa sözleşmesi bakımından kabulü mümkün değildir. Nitekim gemi inşa sözleşmesinde, malzeme ister tersaneci, ister iş sahibi tarafından sağlanmış olsun, iş sahibinin inşa süresince imal edilen gemiyi denetleme, plan ve çizimleri onaylama gibi hakları bulunmaktadır.

C) TİP SÖZLEŞMELERDE KONUNUN DÜZENLENİŞİ

Tip sözleşmelerde, işin başlangıç tarihini düzenleyen ya da ara tamamlanma tarihlerini belirleyen hükümlere rastlanmamaktadır. Ancak NEWBUILDCON'da, işin gecikmesi nedeniyle iş sahibine erken dönme hakkı tanıyan bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, "*tersaneci, geminin inşasına ilişkin herhangi bir işi, mazur görülen gecikmeler dışında, en azından 22 (i) kutusunda belirtilen süre*

²²⁵ BK m. 97'ye denk gelen bu maddede, metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

²²⁶ *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 87; *Tandoğan* (C. II), s. 120; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 337. Buna karşın, BK m. 358/II'ye dayanılarak, hâkimden izin alınmaksızın işin üçüncü kişilere tamamlanması mümkün değildir. *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 88.

²²⁷ *Gauch*, N. 690; *Aral*, s. 348. TBK m. 474, BK m. 369'a denk gelmekte olup metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

²²⁸ *Gautschi*, Art. 366, N. 3 a; *Tandoğan* (C. II), s. 120. Ancak aynı yazarlara göre bir yapının çeşitli parçalarının imal edilip teslimine ilişkin sözleşmelerde, TBK m. 473/1'e dayanarak erken dönme hakkının kullanılabilmesi, taraf iradelerine uygun düşmektedir. Çünkü bu gibi şeylerin vaktinde teslim edilmemesi yapıdaki diğer şeylerin vaktinde teslim edilmemesi yapıdaki diğer çalışmaların da durdurulması sonucunu doğurur. Aksi yönde görüş için Bkz. *Öz*, s. 55.

²²⁹ *Tandoğan* (C. II), s. 121.

*kadar ifa etmezse, Alıcı sözleşmeyi fesih edebilir ve bu fesih yetkisi Alıcı tarafından tersaneciye 22 (ii) kutusunda belirtilen süre kadar bir süre verilmesi ve bu süre içerisinde tersanecinin gerekli düzeltmeyi yapmaması ve ayrıca tersaneci gerekli düzeltmeyi yapmadan önce fesih bildiriminde bulunulması koşuluna tâbidir*²³⁰.

Tersanecinin “geminin inşasına ilişkin herhangi bir işi yerine getirmemesi”, Türk Borçlar Kanununun 473. maddesinde ifade edilen “iş görme faaliyetlerinin yavaş yürümesi” ibaresinin değişik bir ifadesidir. NEWBUILDCON’da yer alan bu hüküm, iş sahibini, inşa faaliyetlerine uzun bir süre ara verilmesi ihtimaline karşı korumayı amaçlamakta ve taraflara sözleşmeden dönme hakkının doğmasını sağlayacak süreyi açıkça belirleme hakkı vermektedir²³¹.

NEWBUILDCON Türk Borçlar Kanunu sistemine benzer bir düzenleme getirmesine rağmen, bazı farklar içermektedir. Zira Kanunun 473. maddesiyle karşılaştırıldığında, NEWBUILDCON, vadenin belirlenmiş olduğu sözleşmelerde, söz konusu sözleşme ihlallerinin geminin vadeye yetişmesini olanaksız kılması koşulu aranmadan, usulüne uymak koşuluyla vadeden önce sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Ayrıca iş sahibi, vade belirlenmiş olsa bile tersaneciye daima süre vermek zorundadır.

Teslim tarihinin oldukça önemli olduğu gemi inşa sözleşmelerinde, Kanunun 473. maddesinin, iş sahibi açısından oldukça faydalı bir düzenleme olduğu düşünülmektedir. Türk hukukunun uygulanacağı gemi inşa sözleşmelerinde, sözleşmede açık bir düzenleme yer almasa dâhi, iş sahibinin, işin teslim tarihine yetişemeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda sözleşmeden dönme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak teslim tarihinin bulunduğu sözleşmelerde, işin hiç başlamaması ya da işin yavaş yürümesi nedeniyle, işin ifa tarihinde yetişemeyecek olması koşulu aranmadan sözleşmeden dönülmek isteniyorsa, NEWBUILDCON’da

²³⁰ NEWBUILDCON Art. 39 (ii).

²³¹ *Explanatory Notes of NEWBUILDCON*, s. 11.

yer alan düzenlemeye benzer bir hükmün kararlaştırılmasında fayda bulunmaktadır²³².

V. İŞİ SADAKAT VE ÖZENLE YAPMA BORCU

A) GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanununun 471. maddesinin I. fıkrasına göre, *yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır*²³³. Yüklenici, kendisine özen borcu yükleyen bu madde uyarınca, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek özenle ifa etmelidir²³⁴. Dürüstlük kuralından kaynaklanan özen borcu, niteliği itibarıyla bağımsız bir borç olmayıp, talî bir yükümlülük olarak, asıl borç yükümlülüğünün ifası için gerekli fiil ve hareketlerin yapılmasına yönelmiş bir görevdir²³⁵. Bu borç karşılıklı güvenin yoğun olduğu iş görme sözleşmelerinde önem kazanmaktadır²³⁶. Zira genellikle uzun bir zaman dilimine dayalı olarak ifa edilen bu tür sözleşmelerde, borçlunun aslî edim yükümlülükleri dışındaki yükümlülüklerine aykırı davranması, alacaklının menfaatlerini önemli ölçüde zedeleyebilecek niteliktedir²³⁷.

Özen borcu, tersanecinin, geminin imalinin çeşitli safhalarında yerine getirmekle yükümlü olduğu borçlarına bağlı olarak ortaya çıkar. Tersaneci, yardımcı şahısların seçimi, sevk ve idaresi işini alt yükleniciye devretmişse, alt yüklenicinin seçiminde;

²³² Zira Kanununun 473 ve 123. maddelerinde yer alan hükümlerin emredici nitelikte olmaması nedeniyle, tarafların bu konuda serbestçe düzenleme yapabilmeleri mümkündür. *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 93.

²³³ BK m. 356/1'i karşılayan bu maddede, farklı olarak, yüklenicinin sorumluluğunun belirlenmesinde, hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlere yollama yapılması yerine, yüklenicinin üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerinin gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorunda olduğu kabul edilmiştir.

²³⁴ İsviçre Borçlar Kanununun genel hükümleri karşısında özel hükümler arasında özen yükümlülüğünün ayrıca düzenlenmesine gerek olup olmadığını araştıran *Bühler*, "*Borçların İfası*"nı düzenleyen İsviçre Borçlar Kanununun 68 vd. maddeleri (BK m. 83 vd.) maddeleri ile "*Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları*"nı düzenleyen 97 (BK m. 112) ve devamında borçlunun özen yükümlülüğünden açıkça bahsedilmediğini; bu yükümlülüğün daha ziyade çeşitli hükümlerin birarada değerlendirilmesi sonucunda türetildiğini ki bu şekilde bir uygulamanın da emredici olmadığını ifade ederek, yüklenicinin özen borcunun özel bir şekilde düzenlenmesinin önemli olduğuna işaret etmektedir. *Bühler*, Art. 364, N. 15.

²³⁵ *İzveren*, A.: "İşçinin İhtimam Mükellefiyeti", AD, Yıl 1953, S. 11, s. 1309.

²³⁶ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 86; *Yalçınduran*, s. 62.

²³⁷ *Bühler*, Art. 364, N.14; *Tandoğan* (C. II), s. 53; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 788-789. Bu durum eser sözleşmesinde, bazı hallerde, ayıpsız bir eser meydana getirilmesi ve eser zamanında teslim edilmesine rağmen yüklenicinin özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumlu olabileceği anlamına gelmektedir *Gautschi*, Art. 364, N. 5 f.

malzemeyi kendisi sağlamışsa, onların temininde; malzeme iş sahibi tarafından verilmişse bu malzemenin istenilen işe uygun olup olmadığının kontrolünde hep özen borcu altındadır²³⁸.

Özen borcu, daima sadakat borcu ile birlikte anlaşılması gereken bir kavramdır²³⁹. Sadakat borcu ise, tersanecinin, iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapması ve zararına olacak şeyleri de yapmaktan kaçınmasını gerektirir²⁴⁰. Bu borç, aynı zamanda, iş sahibinin tevdi ettiği veya tersanecinin işin görülmesi sırasında öğrendiği iş sırlarını başkalarına açıklamamak ve iş sahibinin izni olmadan başkasının işinde kullanmamak yükümlülüğünü de içerir²⁴¹. Sadakat ve özen borcu kapsamında, tersanecinin iş sahibini aydınlatma ve bilgilendirme yükümlülüğü yer alır²⁴². Hatta tamamlanan eserin, iş sahibine teslim edilene kadar korunması yükümlülüğü de, aslında bir özen borcudur²⁴³.

B) TERSANECİDEN BEKLENEN ÖZENİN ÖLÇÜSÜ

Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin II. fıkrasına göre, *yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun*

²³⁸ Erdoğan, s. 142.

²³⁹ Bühler, Art. 364, N. 13; Gauch, N. 820; Tandoğan (C. II), s. 49; Yavuz/Acar/Özen, s. 326.

²⁴⁰ Tandoğan (C. II), s. 49; Selici (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 86; Aral, s. 337; Yalçınduran, s. 61.

²⁴¹ Bühler, Art. 364, N. 33; Gauch, N. 820; Aral, s. 337.

²⁴² Bühler, Art. 364, N. 35; Gümüş (C. 2), s. 93.

²⁴³ Gauch, N. 828; Selimoğlu, s. 88. 15. HD. 12.10.1998-3228/3801 Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 328; Gökyayla (Özen Borcu), s. 798. Yüklenicinin özen gösterme ve sadakat borcu Türk Borçlar Kanununun çeşitli maddelerinde düzenlenmiştir. Yüklenicinin işi kendi yönetimi altında yürütme borcu (TBK m. 471/III), edimin ifasının tehlikeye düşmesi hallerinde ortaya çıkan ihbar borcu (TBK 472/III), iş sahibi tarafından verilen malzemelerin muhafazası borcu (TBK m. 472/II), eserin ayıplı ifa edilmesi iş sahibine isnad edilebilen sebeplerden kaynaklanıyorsa iş sahibini uyarma yükümlülüğü (TBK m. 476) özen borcunun somut düzenlemelerine örnek gösterilebilir. Zindel/Pulver, Art. 364, N. 10; Gauch, N. 823-834; Tandoğan (C. II), s. 49. Malzemenin yüklenici tarafından tedarik edilmesini ihtimali düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 472. Maddesinin I. fıkrası, bir yandan malzemenin ayıplı olmasına karşı yüklenicinin sorumluluğunu düzenlerken diğer yandan yüklenicinin tedarik ederken göstereceği özeni de düzenlemektedir. Selici (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 97. Ayrıca eserin ayıplı ifa edilmesinde kusuru varsa talep edilebilecek olan tazminat yükümlülüğü (TBK m. 475/II) de özen borcuna bağlıdır. Koller (Werkvertrag), Art. 364, N. 5. Bunun yanında kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte uygulamada kabul edilen özen borcu halleri de mevcuttur. Yüklenicinin ücreti, birim fiyatlara ve masraflara göre hesaplanıyorsa, o bu fiyatların uygulanacağı birim miktarını veya masrafları makul düzeyde tutmalıdır. Ayrıca yüklenicinin sadakat borcu, imali kendisine bırakılmış olan şeylerin yapılmasında uygulanan yeni bulunmuş fikri, bir ihtira beratına konu olsun veya olmasın, kendi hesabına kullanmamak ve başkasından da saklı tutmak mükellefiyeti yükler, bu mükellefiyet istisna akdinin sona ermesinden sonra da devam eder. Tandoğan (C. II), s. 50.

*davranışı esas alınır*²⁴⁴. Yükleniciden beklenen özen derecesi belirlenirken, yüklenicinin kural olarak sözleşmenin uzman tarafı olduğu, kendisinden aynı uzmanlık beklenemeyecek iş sahibinin, yüklenicinin mesleki bilgi ve hâkimiyetini, yeteneklerini ölçmek olanağından yoksun olduğunu ve yüklenicinin bağımsız iş göreceği hususlarını dikkate almak gerekir²⁴⁵.

Gemi inşa sözleşmesinde, tersanecinin göstermesi gereken özen tespit edilirken, tacir sıfatını haiz tersanecinin, Türk Ticaret Kanununun 18. maddesinin II. fıkrası²⁴⁶ gereğince, basiretli bir tacir gibi hareket etmek zorunda olduğu ve gemi inşa işinin diğer inşaat işleri gibi teknik bir takım kurallara bağlı bulunduğu unutulmamalıdır. Teknik işi yapmayı üstlenen tersaneci, yapı işlerine ilişkin uygulamada kabul edilen teknik kuralları (*anerkannten Regeln der Technik*) bilmek durumundadır²⁴⁷. Zira yapı tekniği kurallarına göre tersanecinin davranış borçları, aynı zamanda onun meslek borçları olarak ifade edilebilir. Nitekim sözleşme ile inşaat işini üstlenen tersanecinin, meslek çevrelerince olağan kabul edilen ve uygulanan yapı tekniği kurallarını bildiği var sayılır ve inşaat safhasındaki riziko dağıtımı bu esas göz önünde tutularak yapılır.

Tersaneci mesleğinin gerektirdiği teknik esasları, sözleşmenin kurulmasından inşasının tamamlanmasına kadar göz önünde tutmak mecburiyetindedir. İş sahibinin bu icaplara uygun düşmeyen talimat ve isteklerine karşı koyması, ısrar halinde ise sorumluluğunu kaldırarak bir ihtirazi beyanda bulunması ve hatta işin bu tarz icrası

²⁴⁴ BK m. 356'yı karşılayan bu maddede, farklı olarak, yükleniciden beklenen özenin ölçüsüne yer verilmiştir. Borçlar Kanununun 356. maddesi, bu konuda hizmet akdinde işçinin sorumluluğuna atıf yapmaktaydı. Doktrinde, işçinin sorumluluğu o iş için gerekli bilgi derecesi, meslek hakimiyeti, işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yeteneklerine göre yani subjektif özen ölçütüne göre belirlendiğinden bu atıf eleştirilmekte ve yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun işçinin sorumluluk düzeninden farklı ve daha ağır olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 93; *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 40; *Schlatter*, s. 32; *Gümüş* (C. 2), s. 91; *Tunçomağ* (C. II), s. 988; *Tandoğan* (C. II), s. 54-55; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 789; *Koller* (Werkvertrag), Art. 364, N. 45; *Bühler*, Art. 364, N. 37, 39; *Gauch*, N. 840. *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 4; *Erdoğan*, s. 143.

²⁴⁵ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 93.

²⁴⁶ TK m. 20/2'de yer alan bu hüküm aynen muhafaza edilmiştir.

²⁴⁷ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 20; *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 7; *Bühler*, Art. 364, N. 37; *Lenzlinger Gadiant*, s. 104. Yapı tekniği kurallarının hangi hallerde "kabul edilen" (anerkannt) olduğu hususunda ayrıntılı açıklama için bkz. *Gauch*, N. 846-850. Yüklenicinin sorumluluğunun yapı tekniği kurallarını haiz olan bir yükleniciye göre belirlenmesi, sorumluluğun objektifleştirilmesini sağlamaktadır. *Bühler*, Art. 364, N. 37; *Aral*, s. 336.

bir genel tehlike yaratacak ise üçüncü kişilere karşı sorumluluktan kurtulabilmek için işi reddetmesi gerekir²⁴⁸.

C) TERSANECİNİN ÖZEN GÖSTERME VE SADAKAT BORCUNUN YERİNE GETİRİLMEMESİNİN SONUÇLARI

1- Sözleşmenin Pozitif İhlali Nedeniyle Tazminat Talebi

Özen borcuna aykırı davranan tersaneci, Türk Borçlar Kanununun 112 vd. maddelerine göre sorumlu olur²⁴⁹. Tersaneci, bu sorumluluktan gerekli her türlü özeni gösterdiğini ve kendisine bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispatlayarak kurtulabilir²⁵⁰. Tersaneci, özen gösterme ve sadakat borcu kapsamında kendi yönetimi altındaki yardımcı kişilerin ve alt yüklenicilerin özen yükümlülüğüne aykırı davranmasından dolayı da sorumludur²⁵¹.

Özen borcuna aykırılığa zamanında müdahale edilememiş ve sonuçta gemi ayıplı olarak ifa edilmişse, iş sahibi, ancak ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanarak tersaneciyi sorumlu tutabilir; nitekim ayıba karşı tekeffül sorumluluğu özen sorumluluğu karşısında özel bir düzenlemedir²⁵². Burada tersanecinin özen sorumluluğu sonuç sorumluluğu içinde erimekte, başka bir anlatımla, özen sorumluluğu, eserin tesliminden sonra sonuç sorumluluğuna dönüşmektedir²⁵³. Fakat özen borcunun ihlali, yüklenicinin kusuru şartına bağlı olan ayıba takip eden zararların tazmini bakımından önem taşır. Bu takdirde tersanecinin özen yükümüne aykırı davranışı, onun, kusurlu hareketi neticesinde ayıba bağlı zararları tazmin etmesine yol açabilir²⁵⁴.

²⁴⁸ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 21.

²⁴⁹ *Bühler*, Art. 364, N. 40; *Gauch*, N. 853; *Tandoğan* (C. II), s. 61; *Aral*, s. 338; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 799. Yüklenicinin özen yükümlülüğüne aykırı davranışından zarar görenin sözleşmeye dayanan tazminat alacağı haksız fiilden doğan tazminat alacağıyla yarışabilir. *Gauch*, N. 854; *Tandoğan* (C. II), s. 61.

²⁵⁰ *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 799.

²⁵¹ *Gauch*, N. 853.

²⁵² *Gautschi*, Art. 364, N. 5 e; *Gauch*, N. 853; *Zindel/Pulver*, Art. 364, N. 47; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 89; *Aral*, s. 339; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 798.

²⁵³ *Bühler*, Art. 364, N. 14, 40; *Gauch*, N. 853; *Selimoğlu* (Eser Sözleşmesi), s. 89.

²⁵⁴ *Gauch*, N. 853; *Aral*, s. 339.

2- İş Sahibinin Ayıplı Olacağı Anlaşılan İş Üçüncü Bir Kişiyeye Tevdi Hakkı

a) Genel Olarak

Türk Borçlar Kanununun 473. maddesinin II. fıkrasına göre, *meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işin devamının bir üçüncü kişiye verileceği hususunda ihtarda bulunabilir*²⁵⁵. Kanunun 113. maddesinin I. fıkrası²⁵⁶ karşısında özel hüküm niteliği taşıyan bu maddeye göre, işin devamı sırasında, tersanecinin, özen yükümünü ihlâl ederek gemiyi ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapacağı anlaşılıyorsa, iş sahibi, masrafları tersaneciye ait olmak üzere, gemiyi, diğer bir tersaneciye tamir veya imal ettirme hakkına sahiptir²⁵⁷. İş sahibi, işin tamamlanmasını ve bunu müteakip ayıp dolayısıyla tekeffülden doğan haklarını kullanmayı beklemek zorunda değildir²⁵⁸.

b) Uygulanma Şartları

i. İşin Devamı Sırasında Geminin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağı Açıkça Tahmin Edilebilmelidir

Kanun metninde geçen “meydana getirilmesi sırasında” deyiminden, yapımına başlanmış geminin henüz tamamlanmamış olması gerektiği anlaşılmaktadır²⁵⁹. Bu nedenle, gemi tamamlandıktan veya teslim edildikten sonra ayıplı olduğu anlaşılırsa

²⁵⁵ BK m. 358’i karşılayan bu maddede, metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

²⁵⁶ BK m. 97/1’i karşılayan bu maddede, metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

²⁵⁷ *Gauch*, N. 870; *Bühler*, Art. 366, N. 61; *Kocağa*, K.:” Müteahhidin İşin Devamı Sırasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, DEÜHFD, C. 6, S. 1 (2004), s. 180; *Gümüş*, C. 2, s. 40.

²⁵⁸ *Tandoğan* (C. II), s. 62.

²⁵⁹ *Gauch*, N. 874; *Gümüş* (C. 2), s. 41.

bu madde uygulanmaz²⁶⁰; meğer ki iş görme faaliyetleri başlamadan önce de, yapılacak geminin ayıplı olacağı kesin olarak öngörülebilirdi²⁶¹.

Bu hükme göre sözleşmeden dönebilmek için, tersaneci tutumunu değiştirmedikçe, geminin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağı olayın gidişatından “açıkça” (*bestimmt*) anlaşılmalıdır²⁶². Bunun sadece muhtemel olması sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için yeterli değildir. İşin yapılması sırasında belirli niteliklerin bulunmaması, gemi tamamlandığında onun ayıplı sayılmasını gerektirecekse, ayıbın “açıkça” tahmin edilebilmesi şartı gerçekleşmiş olur²⁶³.

Geminin sözleşmeye aykırı şekilde yapılması, özen yükümlülüğünün ihlali, caiz olmayan alt yükleniciye başvurma, sözleşmeye aykırı inşaa yöntemlerini uygulama gibi hallerde ortaya çıkmaktadır²⁶⁴. Geminin tesliminde gecikme, aynı maddenin ilk fıkrasında ayrıca düzenlenmiş olduğundan bu madde kapsamına girmez²⁶⁵.

ii. Tersaneci Kusurlu Olmalıdır

İşin diğer bir tersaneciye tevdi edilebilmesi için, geminin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılması tersanecinin kusuruna dayanmalıdır. Bazı yazarlar, “işin ayıplı olması” açısından ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun temelde kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğu hususunun göz önünde tutularak, bu maddede

²⁶⁰ *Gauch*, N. 874; *Bühler*, Art. 366, N. 62. Federal Mahkeme böyle bir halde de sözü geçen hükmün kıyas yoluyla uygulanabileceğini kabul etmiştir. BGE 107 II 55. Bu içtihat, öğretide, eser tamamlanınca, Türk Borçlar Kanununun 113 maddesinin ilk fıkrasında yer alan hâkimden izin alınması şartını göz ardı etmeyi gerektiren acil bir durum bulunmaması ve 473. maddenin II. fıkrasında zararın tazminine değil masrafların karşılanmasına ilişkin bir istem hakkı söz konusu olması nedeniyle eleştirilmiştir. *Gauch*, N. 1819 -1823; *Tandoğan* (C. II), s. 63.

²⁶¹ *Gauch*, N. 874; *Bühler*, Art. 366, N. 62; *Tandoğan* (C. II), s. 63; *Gümüş*, s. 41.

²⁶² *Gauch*, N. 878; *Bühler*, Art. 366, N. 65; *Öz*, s. 62; *Altaş* (BK m. 358), s. 106.

²⁶³ *Gauch*, N. 875; *Tandoğan* (C. II), s. 64; *Aral*, s. 340.

²⁶⁴ *Gauch*, N. 877; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 33; *Tandoğan* (C. II), s. 64; *Aral*, s. 340; *Gümüş* (C. 2), s. 41 Aksi fikirde olan *Koller*'e göre, “ayıp” ve “sözleşmeye aykırılık” kavramları arasında herhangi bir fark bulunmamakta, her ikisi de aynı anlama gelmektedir. Yani bu madde sadece, yüklenici, sözleşmeye aykırı olarak bir ayıplı eser meydana getirdiği ya da eserdeki mevcut bir ayıplı sözleşmeye aykırı olarak gidermediği ve/veya ayıbın meydana gelmesine engel olmadığı durumlarda uygulama alanı bulacaktır. *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 511, 519-520.

²⁶⁵ *Gauch*, N. 877; *Tandoğan* (C. II), s. 64; *Aral*, s. 341.

yer alan “kusur” ifadesinin, ayıbın doğumunda iş sahibinin kendi kusurunun bulunmaması şeklinde anlaşılması gerektiğini savunmaktadırlar²⁶⁶.

iii. Tersaneciye Uygun Bir Süre Verilmeli ve İhtarda Bulunulmalıdır

Son olarak iş sahibinin, ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermesi amacıyla tersaneciye uygun bir süre vermesi gerekir²⁶⁷. Süre verilmesinin amacı, tersanecinin verilen bu süre içinde geminin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olarak bitirilmesi için gerekli önlemleri almasını sağlamaktır. Verilen süre, tersanecinin alması gereken önlemleri uygulayabilmesi için yeterli olmalıdır²⁶⁸. Örneğin, tersaneci kötü malzeme kullanmışsa verilen süre bu malzemenin değiştirilmesine imkân vermelidir. Kendisine bahşedilen süreyi yeterli bulmayan tersaneci derhal itiraz etmelidir; aksi takdirde sürenin yeterli olmadığını sonradan ileri sürmesine müsaade edilmemelidir²⁶⁹. Mevcut ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın bizzat tersaneci tarafından giderilmesi mümkün değilse ya da tersaneci ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermeyi önceden reddetmişse, süre vermek gerekmez²⁷⁰.

Ayrıca iş sahibi, verilen süre içinde ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmemesi üzerine, işin diğer bir tersaneciye yaptırılacağını tersaneciye ihtar etmelidir²⁷¹. İhtarda bulunmadan işi diğer bir tersaneciye yaptıran iş sahibi, bunun masraflarını isteyemez. Ayıplar verilen süre içerisinde düzeltilse dâhi iş sahibi, işteki gecikme dolayısıyla tazminat isteyebilir; meğerki bitmiş olan gemiyi ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin kabul etmiş veya tersanecinin ücretini ödemiş bulunsun²⁷².

c) *Hüküm ve Sonuçları*

İş sahibi, anılan şartların gerçekleşmesi ve verilen sürenin sonuçsuz kalması üzerine, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi veya kalan işlerin

²⁶⁶ *Gauch*, N. 880, 881; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 35; *Aral*, s. 341; *Kocaağa* (BK m. 358/II), s. 186; *Gümüş* (C. 2), s. 42. Aksi yönde bkz. *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 541.

²⁶⁷ *Gauch*, N. 882; *Aral*, s. 341; *Gümüş* (C. 2), s. 42; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 800.

²⁶⁸ *Gauch*, N. 884; *Koller*, Art. 366, N. 523; *Bühler*, Art. 366, N. 67; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 800.

²⁶⁹ *Gauch*, N. 885; *Tandoğan* (C. II), s. 65; *Gümüş* (C. 2), s. 42; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 800.

²⁷⁰ *Gauch*, N. 885; *Tandoğan* (C. II), s. 65; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 800.

²⁷¹ *Koller*, Art. 366, N. 527; *Bühler*, Art. 366, N. 66; *Aral*, s. 341; *Kaplan* (İhale Farkı Tazminatları), s. 7; *Gümüş* (C. 2), s. 43.

²⁷² *Tandoğan* (C. II), s. 65; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 801.

tamamlanmasını, diğer bir (ikame) tersaneciye yaptırabilir²⁷³. Bunun için Türk Borçlar Kanununun 113. maddesinden farklı olarak hâkimden izin alınmasına gerek yoktur²⁷⁴.

İşin diğer bir tersaneciye bırakılması ile, iş sahibi ve ikame tersaneci arasında, iş sahibi ile ilk tersaneci arasındaki sözleşmeden bağımsız bir eser sözleşmesi meydana gelir. İş sahibi, ikame tersaneciye karşı bu sözleşmeden doğan tüm haklara sahip olduğu gibi ona karşı ücret ödeme borcu altındadır²⁷⁵. İş sahibi ile tersaneci arasında ise tasfiye ilişkisi (*Abwicklungsverhältnis*) başlar²⁷⁶. Tersanecinin gemi inşa sözleşmesinden doğan borcunun yerini, işin ikame tersaneciye yaptırılmasının gerektirdiği tüm masrafları ödeme borcu alır²⁷⁷. Buna karşılık iş sahibi, sözleşmede kararlaştırılan ücretin tamamını henüz ödememişse, tersaneci ile arasındaki sözleşme henüz sona ermediği için ücret ödeme borcu devam eder²⁷⁸.

İşin ikame tersaneci tarafından yapılması esnasında meydana gelen hasar, ilk tersaneciye aittir²⁷⁹. Bu nedenle geminin ikame tersaneci tarafından yapılması esnasında kazaen meydana gelen zarardan ve ikame tersaneci tarafından karşılanmayan sonuçlarından tersaneci sorumlu olur. Ayrıca geminin ikame tersaneci tarafından ayıplı meydana getirilmesi de tersanecinin ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumlu olmasına yol açar²⁸⁰. Buna karşılık iş sahibinin sorumlu olduğu nedenlerle gemide bir zarar meydana gelirse, tersaneci bundan sorumlu tutulamaz. Özellikle iş

²⁷³ Aral, s. 341.

²⁷⁴ Bu farklılık, TBK m. 473/II'deki (BK m 358/II) ivedi önlem alınmasını sağlamak amacıyla kaynaklanmaktadır. *Gauch*, N. 887; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 37; *Tandoğan* (C. II), s. 65; *Aral*, s. 341; *Altaş* (BK m. 358), s. 108; *Gümüş* (C. 2), s. 43.

²⁷⁵ *Koller*, Art. 366, N. 549.

²⁷⁶ *Koller*, Art. 366, N. 550.

²⁷⁷ *Koller*, Art. 366, N. 550; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 39; *Aral*, s. 342; *Kocaağa* (BK m. 358/II), s. 190; *Gümüş* (C. 2), s. 44.

²⁷⁸ *Aral*, s. 342; *Gümüş* (C. 2), s. 44.

²⁷⁹ *Zindel/Pulver*, Art. 366, N. 39; *Bühler*, Art. 366, N. 73; *Gümüş* (C. 2), s. 44.

²⁸⁰ Bu sorumluluk kapsamında iş sahibine karşı yükümlü olan yüklenici, aynı ölçüde ikame yükleniciye rücu edebilir. *Koller*, Art. 366, N. 551. Ayrıca işin üçüncü kişiye verilmesiyle birlikte, iş sahibinin yükleniciye karşı tekrar ayıbın giderilmesini isteme hakkı bulunmamaktadır. İş sahibinin, ikame yükleniciden ayıbın giderilmesini talep etmesi ve ayıbın başarıyla giderilmesi halinde, iş sahibinin yükleniciye karşı ücret indirilmesi hakkı sona erer. *Koller*, Art. 366, N. 585, 587.

sahibi ehil olmayan bir ikame tersanecinin seçilmesinde veya ona talimat verilmesindeki kusurundan ileri gelen zarara kendisi katlanır²⁸¹.

Tersanecinin, ikame tersanecinin masrafları ödeme yükümlülüğü, iş sahibinin ikame tersaneciyle sözleşme yaptığı anda doğar. Tersanecinin ödemekle yükümlü olduğu masraf miktarı, işin ikame yükleniciye yaptırılmasından doğan masraf miktarıyla sınırlıdır²⁸². Ayrıca bu masrafların dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmış olması gerekir²⁸³.

3- İş Sahibinin Ayıplı Olacağı Anlaşılan İş Üçüncü Bir Kişiyeye Bırakılmamasından Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı

Eserin ayıplı olacağıın ifa zamanından önce anlaşılmasına rağmen, yapılacak işin başkasına bırakılması mümkün değilse, Kanunun 473. maddesinin II. fıkrasında açıkça tanınmamış olsa da, aynı maddenin I. fıkrasının kıyasen uygulanması suretiyle iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği, öğretide kabul edilmektedir²⁸⁴. Hatta bir kısım yazarlar, işin başkasına bırakılması mümkün olsa bile, ayıpsız olarak ifanın olanaksız bulunması halinde Kanun metninde bir boşluk olduğunun kabul edilerek, sözleşmeden dönülebileceğini savunmaktadırlar²⁸⁵. Bazı yazarlar ise, verilen süre içerisinde ayıbın giderilmemesi veya işin sözleşmeye uygun hale getirilmemesi üzerine, ayrıca süre vermeye gerek olmaksızın Kanunun 125. maddesindeki seçimlik hakların kullanabileceği görüşündedirler²⁸⁶.

Fiziki büyüklüğü düşünüldüğünde, özellikle inşa faaliyetlerinin ileri aşamalarında, yapının tersaneden fiili olarak ayrılması her zaman mümkün olmayabilir. Yapının başka bir tersaneye taşınmaması, Kanunun 473. maddesinin II. fıkrasının uygulanmasını fiilen imkânsız hale getirebilecektir. Kanaatimce, iş sahibinin, gemi

²⁸¹ *Tunçomağ* (C. II), s. 1011; *Tandoğan* (C. II), s. 63.

²⁸² *Koller*, Art. 366, N. 555.

²⁸³ *Kaplan* (İhale Farkı Tazminatları), s. 9; *Kocaağa* (BK m. 358/II), s. 193.

²⁸⁴ *Gauch*, N. 893; *Zindel/Pulver*, Art. 366 N. 41; *Bühler*, Art. 366, N. 74; *Tunçomağ* (C. II), s. 1011; *Gümüş* (C. 2), s. 44. Ancak özen borcuna aykırılık şeklinde ortaya çıkan bu ihlaller, eserin hiç tamamlanamayacağını veya eserin ayıplı olarak dâhi vadeye yetişmeyeceğini ortaya koyuyorsa, burada belirlenen sözleşmeden dönme hakkı değil, ya ifa imkânsızlığına ilişkin hükümler ya da BK m. 358/I'de düzenlenen hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bkz. *Öz*, s. 63.

²⁸⁵ *Zindel/Pulver*, Art. 366, N 41; *Gümüş* (C. 2), s. 44.

²⁸⁶ *Koller*, Art. 366, N. 479-483; *Tandoğan* (C. II), s. 69; *Kocaağa* (BK m. 358/II), s. 197; *Gökyayla* (Özen Borcu), s. 801- 802.

inşa sözleşmesi ile ayıpsız ve sözleşmeye uygun bir gemi elde etme menfaati taşıyor olması, inşa sırasında bu menfaatin gerçekleşmeyeceği açıkça belli oluyorsa, Kanunun 473. maddesinin I. fıkrasının kıyasen uygulanmasını haklı kılar. Aksi takdirde, işi diğer bir tersaneciye tevdi ederek ayıbın giderilmesini sağlama olanağından yoksun olan iş sahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanması için, geminin tamamlanması anına kadar beklemesi gerekir. Ancak Türk Borçlar Kanununun 475. maddesine²⁸⁷ göre iş sahibinin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkı, gemiyi kabul etmemekte haklı gösterecek kadar önemli bir ayıbın varlığına bağlı olduğundan, iş sahibinin 473. madde kapsamında dönme hakkını kullanması geminin bu derecede ayıplı olmasını gerektirir²⁸⁸.

D) TİP SÖZLEŞMELERDE KONUNUN DÜZENLENİŞİ

Gemi inşa sözleşmesi gibi teknik bakımdan son derece ileri inşa işlerinde, işin devamı sırasında yüklenicinin özen yükümlülüğüne uygun hareket edip etmediğini denetlemek ve bu yükümlülüğe aykırılığı tespit edilen davranışlara karşı derhal önlem almak, iş sahibi için özel bir önem taşır. Bu ihtiyacı dikkate alan tip gemi inşa sözleşmeleri, iş sahibinin, inşa işlerini denetleyecek ve onaylayacak bir yetkilisi (teknik yönetici) aracılığıyla bizzat tersanede temsil edilmesine müsaade etmektedir²⁸⁹. İşin ifasını denetleyen teknik yönetici, imal faaliyetleri devam ederken tespit ettiği aksaklık ve ayıpları tersaneciye bildirir. Tersaneci, teknik yönetici tarafından bildirilen ayıpları derhal gidermelidir²⁹⁰.

1- Teknik Yönetici Atanması

İş sahibi tarafından, kendisini temsil etmek üzere atanan teknik yönetici (*authorized representative, supervisor*), yapının teknik bakımdan idaresi işini üstlenmektedir. Yapının teknik bakımdan idaresi ve yürütülmesi, tersanecinin, geminin yapı tekniği kurallarına göre inşa edilmesini ve yürütülmesini sağlayıcı faaliyetlerinin tümüdür. Bu hizmetlerin içinde, inşa faaliyetleri içerisinde yer alan tüm işleri denetleme, iş sahibi adına geminin ve tüm malzeme ve donanımına ilişkin

²⁸⁷ BK m. 360'a denk gelen bu maddede, metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

²⁸⁸ Aynı yönde bkz. *Gauch*, N. 1796; *Şenocak*, s. 212.

²⁸⁹ *Curtis*, s. 72.

²⁹⁰ *Curtis*, s. 72.

testlerine katılma, iş değişikliği hususunda karar verme, sözleşme bedelinde uyarlama yapma, detay plan ve çizimleri onaylama gibi hususlar yer alır²⁹¹.

Tip sözleşmelerde çoğu zaman, teknik yöneticinin kendisine ait görevleri gereği gibi yerine getirmesini sağlayabilmek amacıyla özel düzenlemelere yer verilir. Bu düzenlemeler arasında teknik yöneticinin, tersaneci ve tersanecinin alt yüklenicilerinin çalışma tesislerine mesai saatleri içerisinde serbest giriş hakkının tanınması (*free and ready access; unimpeded access*)²⁹², geminin, her türlü malzeme ve donanımının test ve denemelerinin uygun bir süre öncesinde kendisine bildirilmesi ve bu test ve denemelere katılması hususları yer alır²⁹³.

NEWBUILDCON'da, tüm tip sözleşmelerde ortak olarak düzenlenen bu temel hakların yanında, teknik yöneticinin doğrudan sınıflama kuruluşu ile iletişim kurabileceği²⁹⁴ ve tersanecinin, teknik yöneticiye, vize alma, ikamet etme ve çalışma izni alma gibi hususlarda elinden gelen tüm yardımı göstereceği düzenlenmiştir²⁹⁵.

Bu haklar yanında, tip sözleşmelerde teknik yöneticiye yüklenen çeşitli yükümlülükler de vardır. Örneğin AWES'e göre: "*Teknik yönetici, görevini ifa ederken tersanecinin ve alt yüklenicinin kurallarına uygun şekilde hareket etmelidir*"²⁹⁶. SAJ'da ise, "*teknik yöneticinin, görevini ifa ederken tersanecinin gemi inşa uygulamasına uygun hareket etmesi gerektiği*" ve "*bu görevi, inşa masraflarında gereksiz bir artışa ve teslim tarihinde gecikmeye sebep olmayacak ve inşa planını herhangi bir şekilde etkilemeyecek şekilde*" ifa edeceği düzenlenmiştir²⁹⁷.

²⁹¹ Curtis, s. 75.

²⁹² SAJ Art. IV-3, n. 20-26; NEWBUILDCON Art. 23 (c), n. 465-469; NSF Art. V-3 p. 2. AWES Art. 2 (a)'da serbest giriş hakkı tanınmakla beraber, ulusal güvenlik nedeniyle bazı hallerde serbest giriş hakkının tanınmayacağı düzenlenmiştir. SAJ'da alt yüklenicilerin çalışma tesislerine giriş hakkının sağlanması tersanecinin mutlak bir yükümlülüğü olarak düzenlenmişken; AWES ve NEWBUILDCON'da bu konu biraz daha esnek bir şekilde düzenlenmiştir.

²⁹³ AWES Art. 2 (a) p. 4; SAJ Art. IV-3; NEWBUILDCON Art. 23 (b), n. 457-461; NSF Art. V-3 p. 3. Ayrıca kendisine tersanede gerekli ofis işlemlerini yapabileceği bir alan sağlanır ve telefon, fax ve diğer temel ofis malzemeleri verileceği düzenlenir. AWES Art. 2 (a) p. 2; SAJ Art. IV-4; NEWBUILDCON Art. 22 (b), n. 431-434.

²⁹⁴ NEWBUILDCON Art. 22 (d).

²⁹⁵ NEWBUILDCON Art. 22 (e). Ayrıca NEWBUILDCON Art. 22 (a)'ya göre teknik yönetici, yanında makul sayıda yardımcı, ofis görevlisi ve mürettebat bulundurabilir.

²⁹⁶ AWES Art. 2 (a) p. 3.

²⁹⁷ SAJ Art. IV-6. Benzer bir düzenleme NSF Art. V- 6 p. 1'de yer almaktadır.

Tip sözleşmelerde genellikle, usulüne uygun olarak tersaneciye bildirilmiş olmasına rağmen, teknik yöneticinin ilgili test ve denemelere katılmamasının, iş sahibinin bu hakkından feragat etmesi anlamına geldiği belirtilmektedir²⁹⁸. Tip sözleşmelerde teknik yönetici ile ilgili yer verilen diğer bir önemli düzenleme ise, tersanecinin, inşa faaliyetlerinin yürütülmesini haksız bir şekilde engelleyen teknik yöneticinin değiştirilmesini talep etme hakkıdır²⁹⁹.

AWES'te tersaneciye bu tür bir hak tanınmamakla birlikte, iş sahibinin harici kontrolör kullanması hakkına bir sınırlama getirilmiştir³⁰⁰. Buna göre *“Alıcı kendi tam zamanlı personeline ilaveten ya da personeli dışındaki kişileri ya da firmaları temsilcisi olarak kullanmak isterse, ..., bu firmaların ya da kişilerin kabulü ve bu şahısların görevleri Tersanecinin onayına tabidir. Tersaneci haklı bir neden olmaksızın bu onayı vermekten imtina edemez”*³⁰¹.

2- Tersanecinin İnşaat Sırasında Bildirilen Ayıpları Giderme Yükümlülüğü

Tip sözleşmelere göre, teknik yönetici, inşa sırasında tespit edilen ayıpları tersaneciye bildirmekle yükümlüdür³⁰². Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, iş sahibinin, ayıbın giderilmesi için tersaneci tarafından yapılması gerekli ilave masraflardan sorumlu olmasına yol açabilir³⁰³. Hatta bu yükümlülüğün ihlali, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmasına engel teşkil edebilir³⁰⁴. Zira iş sahibinin bazı davranışlarına yüklenici, eseri kabul anlamı vermişse ve somut olayda onun bu güveni korunmaya layık görünüyorsa, dürüstlük kuralı uyarınca artık ayıptan doğan hakların kullanılması mümkün olmaz.

Teknik yönetici tarafından bildirilen bu tür bir ihbar üzerine tersanecinin, söz konusu ayıpları derhal düzeltmesi gerekir³⁰⁵. Sözleşmede açıkça belirtilmese de tersanecinin aslı yükümlülüğü ayıpsız bir gemi inşa etmek olduğundan, tersaneci inşa

²⁹⁸ AWES Art. 2 (a) p. 4; SAJ Art. IV-3; NSF Art. V-3 p. 3. NEWBUILDCON'da ise bu tür bir düzenleme yer almamaktadır.

²⁹⁹ SAJ Art. IV-6, n. 21-23; NEWBUILDCON Art. 22 (c), n. 440-444; NSF Art. V-6 p. 2.

³⁰⁰ Curtis, s. 79.

³⁰¹ AWES Art. 2 (a).

³⁰² SAJ Art. IV-3, n. 15-18; NEWBUILDCON Art. 22 (b), n. 461-464; NSF Art. V-3 p.5.

³⁰³ *A/B Gotaverken v. Westminster Corporation of Monrovia* [1971] 2 Lloyd's Rep. 505. Bkz. Curtis, s. 77.

³⁰⁴ *Nelson v. William Chalmers & Co. Ltd* [1913] S.C. 441. Bkz. Curtis, s. 77. Bagot, s. 152.

³⁰⁵ SAJ Art. IV-3.

sırasında anlaşılan ayıpları gidermekle yükümlüdür. Tip sözleşmelerde, tersanecinin inşa sırasında ortaya çıkan ayıbı giderme borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinin sonuçları düzenlenmemektedir. Bu nedenle Türk Borçlar Kanununun 473. maddesinin II. fıkrasının tamamlayıcı hüküm olarak uygulanabileceği düşünülmektedir. Zira bu madde hükmü ile tip sözleşmelerde yer alan “teknik yönetici atanmasına” ve “teknik yönetici tarafından tespit edilen ayıpların tersaneciye bildirilmesine” ilişkin hükümler birbirini tamamlayıcı nitelikte düzenlemelerdir. Nitekim Kanun maddesinde yer alan “işin devamı sırasında eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağı kesin olarak anlaşılması” koşulunun gerçekleşmesi, gemi inşa sözleşmesi gibi teknik bakımdan son derece karmaşık sözleşmelerde, iş sahibinin iş mahallinde bu konuda uzman bir temsilcisi bulunmadan neredeyse imkânsızdır. Bu nedenle sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise, uygulanma şartlarının somut olayda gerçekleşmesi koşuluyla, Kanunun 473. maddesinin II. fıkrası uyarınca, iş sahibinin işi diğer bir tersaneciye yaptırabileceğini; bu madde hükmünün işletilemediği durumlarda ise, yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, iş sahibinin erken dönme hakkına başvurabileceğini kabul etmek gerekir.

VI. GEMİYE İLİŞKİN DENEME YÜZÜŞLERİ YAPMA BORCU

A) GENEL OLARAK

Gemi inşa sektöründe, geminin tamamlanmasından sonra, fakat tesliminden önce *deneme yüzüşlerinin (Sea Trials)* yapılması mutad bir uygulamadır³⁰⁶. Bu nedenle tip sözleşmelerde, deneme yüzüşü yapma borcu ve bu borcun ifası usulü detaylı bir şekilde düzenlenmektedir.

Deneme yüzüşleri, esasen geminin muayene edilmesi anlamına gelmekte ve özellikle ayıba karşı tekeffül sorumluluğu açısından önem taşımaktadır. Zira eser sözleşmesi açısından eserin muayene edilmesi, eserdeki mevcut niteliklerin, sözleşmede kararlaştırılan veya normal olarak eserde bulunması gereken niteliklere uygun olup olmadığının ortaya çıkarılması amacını taşır³⁰⁷. İşte gemi inşa

³⁰⁶ Curtis, s. 205; Göknil, s. 57.

³⁰⁷ Zindell/Pulver, Art. 367, N. 9; Uçar, s. 139.

sözleşmesinde yer verilen deneme yüzüşlerinin amacı da, inşası tamamlanan geminin sözleşmede yer verilen özellikleri taşıdığını ve gemide herhangi bir ayıp olmadığını iş sahibine göstermektir³⁰⁸.

Gemi inşa sözleşmesinde yer verilen “deneme yüzüşü” ile eser sözleşmesinde öngörülen “muayene”, icra edildikleri zaman ve nitelikleri bakımından farklılıklar gösterir. İlk olarak eser sözleşmesinde muayene, kural olarak, eserin teslim alınmasından sonra yapılırken; gemi inşa sözleşmesinde deneme yüzüşü geminin teslim alınmasından önce gerçekleştirilir. Diğer bir farklılık ise, eser sözleşmesinde muayenenin iş sahibi tarafından yapılması gerekli bir külfet şeklinde düzenlenmesine rağmen, gemi inşa sözleşmesinde geminin muayenesi tersanecinin borcu olarak telakki olunur. Hatta uygulamada çoğu zaman deneme yüzüşlerinin, iş sahibi ve tersanecinin katılımı ile gerçekleştirileceği kararlaştırılmaktadır. Türk Borçlar Kanununun yedek hüküm niteliği taşıyan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, taraflarca akit serbestisi ilkesine uygun olarak ve kanunun çizdiği sınırlar dâhilinde sınırlandırılması veya kaldırılması mümkün olduğundan³⁰⁹, gemi inşa sözleşmesinde deneme yüzüşlerinin muayeneye ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerinden farklı nitelikte düzenlenmesi mümkündür.

Gemi inşa sözleşmesinde, geminin muayenesi hususunda eser sözleşmesinden farklı şekilde bir düzenlemeye gidilmesi halin icabıdır. Nitekim tersanecinin hâkimiyet alanında meydana getirilen ve iş sahibinin henüz yabancı olduğu geminin, iş sahibi tarafından deneme yüzüşüne çıkarılarak kullanılması ve sözleşme şartlarına uygunluğunun denetlenmesi tam olarak mümkün olmadığı gibi; henüz gemiyi tam olarak kullanamayacak olan iş sahibi ve çalışanlarının gemiyi muayene etmesini beklemek doğru değildir. Zira deneme yüzüşlerinin bir amacı da, iş sahibinin gemi adamlarının gemiyi tanınmasını sağlamaktır.

Bu gerekliliğin yanında muayenenin teslimden önce gerçekleştirilmesinin bazı faydaları da bulunmaktadır. Teslimden önce gerçekleştirilecek deneme yüzüşü ile iş sahibine, önemli ayıpları gemiyi deniz ticaretinde kullanmaya başlamadan önce tespit etme ve zaman bakımından ayıpları kolayca ihbar edebilme imkânları

³⁰⁸ *Curtis*, s. 89. Burada özellikle geminin hızı ve yakıt tüketimine dikkat edilir. Bkz. *Göknil*, s. 57.

³⁰⁹ *Gauch*, N. 2463. Be

tanınır³¹⁰. Deneme yüzüşünün kendi kontrolünde yapılması tersaneciye, geminin ayıpsız olarak ve sözleşmeye uygun imal edildiğini ve kullanım amacına uygun olduğunu gösterme imkânı verir. Böylece ileride iş sahibi tarafından ileri sürülebilecek ayıp iddialarına karşı ispat kolaylığı da sağlanmış olur. Deneme yüzüşünün tarafların ve ilgili kuruluşlarının katılımı ile gerçekleştirilmesi taraflara, ayıplara ilişkin uyuşmazlıkları doğrudan konuşabilme, ayıplar hususunda açıklama isteme ve ileri sürülen ayıplar hakkında açıklama yapabilme imkânı verir.

B) TİP SÖZLEŞMELERE GÖRE DENEME YÜZÜŞÜ YAPMA BORCUNUN İFASI

1- Bildirim

İş sahibinin tersaneci tarafından yapılacak deneme yüzüşüne gözlemci sıfatıyla katılma hakkı bulunmaktadır. İş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi, deneme yüzüşü zamanı ve yerinin katılım sağlayabileceği makul bir süre öncesinde kendisine bildirilmesine bağlıdır. Bu konuyu düzenleyen SAJ'a göre, *alıcı, en az on dört gün öncesinde yazılı olarak ya da sonradan yazılı olarak teyit edilecek bir telgrafla geminin deneme yüzüşünün yapılacağı zaman ve yer hususunda bilgilendirilir, alıcı bu bildirimini tebellüğ ettiğini derhal bildirir*³¹¹.

İş sahibi, kendisine yapılan bildirimle rağmen deneme yüzüşlerine katılmazsa, deneme yüzüşlerinin tersanecinin düzenlemiş olduğu rapora uygun bir şekilde gerçekleştirildiği kabul edilir; raporda geminin sözleşme ve şartnameye uygun bir şekilde inşa edildiği belirtiliyorsa, iş sahibi gemiyi, sözleşmeye aykırılık taşıdığı gerekçesiyle, teslim almaktan kaçınmaz. Örneğin SAJ'a göre; *alıcının temsilcisinin, kendisine usulüne uygun olarak bildirilmesine rağmen herhangi bir nedenle geminin deneme yüzüşüne iştirak etmemesi bu hakkından feragat anlamına gelir ve Tersaneci deneme yüzüşünü Alıcı temsilcisi olmadan yapabilir ve bu durumda Alıcı, Tersaneci tarafından, deneme yüzüşü sonucunda geminin Sözleşme ve Şartnameye uygun*

³¹⁰ Uçar, s. 164; Lenzlinger Gadiant, s. 247.

³¹¹ SAJ Art. VI 1. Benzer hükümler için bkz. NEWBUILDCON Art. 27 (a), n. 544-546; AWES Art. 4 (a); NSF Art. VII-1.

olduğunun belirlendiğini gösteren bir sertifika sunması koşuluyla kabul etmekten imtina edemez³¹².

AWES'te de benzer bir düzenleme bulunmakla beraber, sadece “geçerli bir neden olmaksızın” deneme yüzüşüne katılmama halinin bu haktan feragat anlamına geldiği kabul edilmiştir³¹³. NEWBUILDCON ve NSF'de, SAJ ile benzer şekilde düzenlenen maddedeki en önemli farklılık, iş sahibinin deneme yüzüşüne katılmaması üzerine tersanecinin deneme yüzüşünü yapabilmesinin, klas kuruluşu ve idari makamların temsilcilerinin deneme yüzüşüne katılması koşuluna tabi tutulmasıdır³¹⁴. Uygulamada, iş sahibini bu tür ağır bir sonuçtan kurtarmak amacıyla tersaneci tarafından düzenlenen raporu, klas kuruluşunun da imzalaması şartı getirilmektedir³¹⁵.

2- Deneme Yüzüşünün Yapılacağı Yer

Deneme yüzüşleri genellikle tersanenin bulunduğu ülkenin karasularında yapılmaktadır³¹⁶. Deneme yüzüşünde geminin hızını ölçülebilmesi için gerekli alan, asgari derinlik ve deneme süresine ilişkin hususlar sözleşmede düzenlenmektedir³¹⁷.

3- Hava Koşulları

Sözleşmede genellikle deneme yüzüşlerinin hangi hava koşulları altında gerçekleştirileceği hususuna da yer verilmektedir³¹⁸. Çoğu zaman denemelerin “iyi havada ve pürüzsüz sularda” yapılacağı kaydı yer almaktadır³¹⁹. SAJ'da deneme yüzüşlerinin “tersaneci tarafından uygun görülen hava koşullarında” (*under wheather conditions which is deemed favourable enough by the judgment of the Builder*) yapılacağı düzenlenmektedir³²⁰. Öğretide, geminin mülkiyetinin ve hasardan sorumluluğun hala tersanecide olması nedeniyle, hava koşullarının denemeler için uygun olup olmadığına tersanecinin karar vermesinin, adil bir düzenleme olduğu

³¹² SAJ Art. VI-1.

³¹³ AWES Art. 4 (a).

³¹⁴ NEWBUILDCON Art. 27 (b), n. 551-552; NSF Art. VII-1 p. 2.

³¹⁵ *Curtis*, s. 90. AWES Art. 4 (a).

³¹⁶ *Curtis*, s. 90.

³¹⁷ *Curtis*, s. 90.

³¹⁸ *Curtis*, s. 91.

³¹⁹ *Curtis*, s. 91.

³²⁰ SAJ Art. VI-2.

ifade edilmektedir³²¹. Deneme sırasında hava koşulları aniden değişirse, denemelerin tersaneci tarafından durdurulması ve ileri bir tarihe ertelenmesi haklı gecikme hali olarak kabul edilmektedir³²².

4- Gemi Adamları

Deneme yüzüşleri sırasında tersaneci, kendi gemi adamlarını kullanmaktadır. Bu nedenle deneme yüzüşlerine ait tüm masraflar ve geminin işletilmesinden doğabilecek tüm sorumluluklar tersaneciye aittir³²³. Aslında tersanecinin tekne inşa sigortası bu risklerin çoğunu karşılamaktadır. Diğer yandan geminin işletilmesine alışabilmeleri için, iş sahibinin gemi adamlarının da deneme yüzüşleri sırasında gemide bulunmasına izin verilir. Ancak iş sahibinin gemi adamları sadece gözlemci sıfatıyla gemide bulunur ve geminin seyri üzerinde hiç bir etkide bulunamaz³²⁴.

5- Deneme Yüzüşleri İçin Gerekli Malzemenin Tedariki

Geminin deneme yüzüşlerine hazırlanması için gerekli olan malzemenin tedarikinden doğan tüm masraflar genellikle tersaneciye aittir. Bu masraflar içerisinde temel olarak yakıt, motor yağı ve denizdeyken kullanılacak olan kumanyalar yer alır³²⁵. Buna uygun olarak NEWBUILDCON'da deneme yüzüşlerinde gerekli olabilecek yakıt, motor yağı, makine yağı, taze su ve

³²¹ Curtis, s. 91.

³²² SAJ Art. VI-2; NEWBUILDCON Art. 27 (b), 557-561; NSF Art. VII-2.

³²³ Curtis, s. 92.

³²⁴ Deneme yüzüşleri sırasında iş sahibinin mürettebatının kusuru dolayısıyla meydana gelen zararlardan tersanenin sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu bir İngiliz Mahkemesi kararına konu olmuştur. Karara konu olan *Hobson v. Bartram & Sons Ltd.* (1950) davasında, tersanecinin alt yüklenicisi tarafından çalıştırılan davacı, geminin deneme yüzüşleri sırasında güverte boşluğunda yer alan güvenliği sağlanmamış ambar penceresi üzerine düşerek ağır bir şekilde yaralanmıştır. Olayda ambar penceresinin tersaneci tarafından takozlarla sağlamlaştırıldığı ancak söz konusu takozların gözlemci sıfatıyla gemiye binen ve gemi ambarını yetkisiz bir biçimde denetleyen iş sahibinin adamları tarafından kaldırıldığı anlaşılmıştır. Davacı, iş sahibinin adamlarının gemide oldukları sürece tersanenin temsilcisi olduğunu ve bu kişilerin kusurundan doğan zararlardan tersanenin sorumlu olduğunu iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi, (i) tersaneci ve iş sahibinin deneme yüzüşlerinin başarılı olmasında eşit ölçüde menfaatleri olduğundan, (ii) iş sahibinin adamlarının tersanecinin talimatları ile bağlı olduğundan ve (iii) gemi ambarının incelenmesinin denemelerin ayrılmaz bir parçası olduğundan bahisle tersaneciyi sorumlu tutmuştur. Yüksek Mahkeme ise iş sahibinin mürettebatının, "satım sözleşmesi tamamlanmadan önce satım konusu eşyayı incelemeye giden alıcının temsilcisi ile tamamen aynı pozisyonda olduğunu" söyleyerek ilk derece mahkemesinin kararını reddetmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, tarafların deneme yüzüşlerinin başarı ile tamamlanmasında ortak menfaatleri olması, tersaneciyi iş sahibinin adamlarının kusurundan dolayı sorumlu tutmaya yetmemektedir. Bkz. Curtis, s. 92.

³²⁵ Curtis, s. 92.

kumanyanın masraflarının tersaneciye ait olacağı, iş sahibinin, son ödemeyi yaparken gemide arta kalan malzemeye ilişkin bedeli de tersaneciye ödeyeceği düzenlenmiştir³²⁶.

SAJ'da ise genel uygulamanın dışında olarak “deneme yüzüşünü yapmak için gerekli olan yakıt, motor yağı ya da makine yağını Alıcı satın alır ve deneme yüzüşünden önce tersaneye getirir; Tersaneci, geminin teslimi üzerine deneme yüzüşünde kullanılan yakıt, motor yağı ve makine yağının ücretini orijinal satım bedeli üzerinden Alıcıya öder”³²⁷ hükmüne yer verilmiştir. Tersanecinin ödeyeceği bu miktar hesaplanırken, deneme yüzüşleri sırasında tüketilmeyerek geminin ana motoru, diğer makineler ve borularında arta kalan yakıt, motor yağı ve makine yağının miktarı hesaplanır ve oluşan tutar, tersanecinin ödeyeceği bedelden düşülür. Bunların dışında kumanyayı hazırlamak ve mürettebat ya da balast için gerekli olan suyu temin etmek tersanecinin sorumluluğundadır.

C) HÜKÜM VE SONUÇLARI

Deneme yüzüşünün gerçekleştirilmesi üzerine geminin inşası tamamlanmış olur. Bu durumda ayıpsız olduğu tespit edilen gemi, iş sahibi tarafından kabul edilerek teslim alınır ve böylece gemi inşa sözleşmesi ifa ile sona erer. İş sahibi ayıpsız olduğu anlaşılan gemiyi teslim almaktan kaçınırsa alacaklı temerrüdüne düşer. Fakat deneme yüzüşü sonucunda geminin ayıplı olduğu anlaşılmışsa, gemiyi inşa borcunun yerini ayıba karşı tekeffül borcu alır ve artık iş sahibi, ayıplı ifadan doğan haklarını kullanır³²⁸. Bu konu aşağıda ayıba karşı tekeffül bölümünde ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır.

³²⁶ NEWBUILDCON Art. 27 (c) (iii), 571-575; Benzer bir hüküm için bkz. NSF Art. VII-6 ve AWES Art. 4 (f).

³²⁷ SAJ Art. VI 3 (b).

³²⁸ *İstanbullu*, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılmasının, eserin iş sahibine teslim edilmesi koşuluna tabi olması nedeniyle, bu noktada ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılamayacağını ileri sürmektedir. Yazara göre deneme yüzüşü yapıldıktan sonra ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil, TBK m. 473/II (BK m. 358/II) hükmüne başvurulabilir. Bkz. *İstanbullu*, s. 56. Aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere, ayıplı ifadan doğan hakların kullanımı, muayene daha önceden yapılıyor ya da eserin ayıplı olacağı teslimden önce anlaşılıyor ise teslim şartına bağlı değildir. Bkz. Dördüncü Bölüm IX 3 b. Bu nedenle *İstanbullu*'ya katılmak mümkün değildir.

VII. GEMİYİ TESLİM BORCU

A) GENEL OLARAK

Yüklenicinin eseri teslim borcu (*Ablieferungspflicht*), Türk Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemiştir. Öğretide ise Roma Hukuku geleneğine uygun olarak, teslim borcunun, yüklenicinin bir iş görme borcu olan eseri imal etme borcu yanında, aslî borçlarından birini teşkil ettiği kabul edilmektedir³²⁹. Eser sözleşmesinde, iş sahibi tarafından arzu edilen edim sonucu, imal edilen eserin kendisine teslim edilmesi ile gerçekleşir. Gemi inşa sözleşmesinin nihai amacı da, iş sahibinin meydana getirilen gemiye kavuşması, yani iş sahibine ayıpsız ve tamamlanmış gemi üzerinde hâkimiyet sağlanmasıdır. Bu nedenle, tersanecinin gemiyi teslim yükümlülüğü, onun gemiyi meydana getirme yükümlülüğünü tamamlayıcı bir aslî edim yükümü niteliği taşır.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin, eseri teslim borcunun yanında, satım sözleşmesine kıyasen mülkiyeti devir borcu da bulunmaktadır. Gemi inşa sözleşmesinde de, tersanecinin, inşa ettiği geminin mülkiyetini iş sahibine devri gerekir.

³²⁹ *Gautschi*, Art. 363, N. 4; *Gauch*, N. 87, 88; *Tandoğan* (C. II), s.124; *Burcuoğlu*, H.: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Anısına Armağan, Ankara 1990s. 287; *Ozanoğlu*, H. S.: “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 1999 C. III, S.1- 2. s. 64; *Uçar*, A.: “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, AUEHFD 2001, C. V, s. 533; *Werz*, N. 134. TBK m. 473/I, 474/I, 478 ve 479/I hükümlerinde teslimden bahsedilmesi nedeniyle, teslim borcunun kanun koyucu tarafından zimnen kabul edildiği sonucu çıkarılmaktadır. Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 124; *Aral*, s. 348; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 337; *Şenocak*, s. 26; *Ozanoğlu*, s. 65; *Uçar* (Teslim), s. 532; *Burcuoğlu*, s. 287; *Gümüş* (C. 2), s. 45; *Yakuppur*, S.: *Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları*, İstanbul 2009, s. 64. Eserin imali borcunun yüklenicinin işgörme edimini, eserin tesliminin ise maddi edimini oluşturduğu yönünde bkz. *Ozanoğlu*, s. 65.

B) TESLİM BORCUNUN İFASI

1- Teslim Borcunun İfa Şekli

Eserin, sözleşmenin ifası amacıyla iş sahibine verilmesi anlamına gelen teslim, eserin tamamlanmış olmasını (*Vollendung*) şart kılar³³⁰. Geminin tamamlanmış kabul edilmesi, sözleşme ve teknik şartnamede öngörülen bütün işlerin ifa edilmiş olması³³¹ ve geminin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir duruma getirilmesine bağlıdır³³². Bununla birlikte, geminin bitmiş sayılması için tamamen önemsiz ve ikincil işler (örneğin bir elektrik anahtarının takılması) eksik kalmışsa ve bunların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa, gemi tamamlanmış kabul edilmelidir³³³.

Yüklenicinin hakimiyet alanında meydana getirilen eserlerde, sözleşme ile borçlanılan edim sonucunun gerçekleşmesi için iş sahibinin eser üzerinde doğrudan doğruya zilyetliğinin sağlanması icap eder³³⁴. Bu nedenle, tersanecinin hakimiyet alanında imal edilen geminin teslimi için, iş sahibinin gemi üzerinde doğrudan doğruya zilyetliği tesis edilmeli ve gemi iş sahibinin hakimiyet alanına girmelidir.

2- Teslim Borcunun İfa Yeri

Eseri teslim borcunun ifa yeri, sözleşme serbestisi prensibi uyarınca taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olan yerdir. Nitekim gemi inşa sözleşmesinde, inşası biten geminin genellikle, tersanenin güvenli bir demirleme yerinde ya da tersaneye

³³⁰ *Gautschi*, Art. 363, N. 6. a; *Gauch*, N. 101; *Bühler*, Art. 367, N. 6; *Tandoğan* (C. II), s. 125-126; *Tunçomağ* (C. II), s. 1012; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 40; *Öz*, s. 166; *Eren* (İnşaat), s. 72; *Uçar* (Teslim), s. 529; *Kostakoğlu*, C.: *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul 2008, s. 701; *Werz*, N. 143; *Gökyayla*, E.: *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, İstanbul 2009, s. 191; *Baygın* (Ücret), s. 192; *Yakuppur*, s. 66. Anglo Sakson hukukunda işin önemli bir kısmı (*substantial completion*) ifa edildiği zaman, eser tamamlanmış olarak kabul edilmektedir. Bkz. *Werz*, N. 172.

³³¹ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 41; *Turanboy*, A.: “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, AÜHFD, C. 65, S. 10-12, s. 154; *Ozanoğlu*, s. 66; *Uçar* (Teslim), s. 529; *Gökyayla*, s. 191.

³³² *Uçar* (Teslim), s. 530; *Kostakoğlu*, s. 703; Y. 15. HD. E. 1074, K. 3475, T. 13.11.1984 Bkz. *Uçar* (Teslim), s. 530, dn 42. Aynı yöndeki Y. 15. HD., 20.03.1991, 3841/1451 sayılı karar için bkz. *Uygur*, T.: *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, C. 7, Ankara 2003, s. 7871; *Gökyayla*, s. 192.

³³³ *Tandoğan* (C. II), s. 126; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 40; *Turanboy*, s. 155; *Ozanoğlu*, s. 66, dn. 74; *Uçar* (Teslim), s. 530; *Kostakoğlu*, s. 703; *Werz*, N. 146; *Yakuppur*, s. 66.

³³⁴ *Koller* (Werkvertrag), Art. 363, N. 312, 338, 346; *Gautschi*, Art. 363, N. 5 a; *Bühler*, Art. 367, N. 11; *Tandoğan* (C. II), s. 125; *Şenocak*, s. 81-82; *Uçar* (Teslim), s. 534.

yakın bir rıhtım veya limanda teslim edileceği düzenlenmektedir³³⁵. Sözleşmede ifa yerine ilişkin bir hüküm yoksa, Türk Medeni Kanununun 2. maddesi çerçevesinde, tarafların konuya ilişkin örtülü iradeleri ve nihayet bu hususta uygulanan bir adet olup olmadığı tespit edilir³³⁶. Böyle bir tespit yapılamıyor ise, aranacak bir borç (*Holschuld*) söz konusu olduğundan, Türk Borçlar Kanununun 89. maddesinin I. fıkrasının 3. bendi³³⁷ uyarınca, geminin borçlu (tersaneci) nezdinde teslimi gerekir³³⁸. İş sahibi veya mümessili, borcun mevzu olan gemiyi almak üzere tersaneye gitmekle mükelleftir³³⁹. Tersaneci sadece, teslim için tayin edilen vadede gemiyi hazır bulundurmak ve bunu almaya gelen iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür³⁴⁰.

3- Teslim Borcunun İfa Zamanı

Eserin ifa maksadıyla iş sahibine teslim edileceği zaman, genellikle sözleşme ile belirlenmektedir. Teslim zamanı belirli bir takvim günü olarak belirlenebileceği gibi, belirli bir sürenin dolmasıyla (örneğin sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren on ay içinde) ulaşılabilecek olan bir süre olarak dâhi belirlenebilir³⁴¹. Gemi inşa sözleşmesinde genellikle, geminin inşası için öngörülen bir iş programı hazırlanır ve bu programda, geminin iş sahibine teslim edileceği tarih, bir takvim günü olarak belirlenir. Teslim zamanı, yanlış anlamaya meydan vermeyecek şekilde tespit

³³⁵ *Curtis*, s. 115.

³³⁶ *Uçar* (Teslim), s. 539.

³³⁷ BK m. 73'e denk gelen bu maddede metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

³³⁸ *Gauch*, N. 89; *Koller* (Werkvertrag), Art. 363, N. 341; *Aral*, s. 349; *Eren* (İnşaat II), s. 72; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 337. İngiliz hukukunda da benzer şekilde, açık bir düzenlemenin olmadığı hallerde teslimin, satıcının iş yerinde vuku bulacağı hükme bağlanmıştır. Bkz. *Curtis*, s. 115. Buna karşılık yüklenicinin kendi malzemesiyle yeniden imal edeceği taşınır eserleri iş sahibine götürmesi veya masrafı ve hasarı ona ait olmak üzere göndermesi gerektiği yönünde bkz. *Gautschi*, Art. 363, N. 6 b; *Tandoğan* (C. II), s. 128; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 337; *Uçar* (Teslim), s. 539. Taraflar ayrıca bir ifa yeri belirtmemişse, eserin, borcun doğumu anındaki borçlunun ikametgâhında teslim edilmesi gerektiği yönünde bkz. *Öz*, s. 167.

³³⁹ *von Tuhr*, s. 503. İngiliz hukukuna göre, ifa yeri düzenlenmeyen gemiler, tersanecinin işletme merkezinde teslim edilir. Bkz. *Curtis*, s. 115.

³⁴⁰ *von Tuhr*, s. 503.

³⁴¹ *Gauch*, N. 687; *Ozanoğlu*, s. 68; *Werz*, N. 189.

edilebiliyor ise, Türk Borçlar Kanununun 117. maddesinin 2. fıkrası³⁴² anlamında, “belirli süreli” bir sözleşme söz konusudur³⁴³.

Teslim tarihi sözleşmede belirlenmemiş ise, bu boşluğu işin mahiyetine ve tarafların varsayılan iradesine göre doldurmak gerekir³⁴⁴. Gemi inşa sözleşmesinde bu tespit yapılırken, tacir olması dolayısıyla alanında uzman basiretli bir tersanecinin işe vaktinde başlayıp, devamlı bir çalışma ile mutat çalışma araçlarını ve gücünü kullanarak ne kadar zaman harcaması gerektiği göz önünde tutulmalıdır³⁴⁵. Taraflarca kararlaştırılan veya bu tür bir kararlaştırma yoksa işin mahiyetine göre belirlenecek olan teslim tarihini, iş sahibi tek taraflı olarak kısaltamayacağı gibi, yüklenici de uzatamaz³⁴⁶.

4- Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi

a) Teslim Borcunun İfa Şekli ve Teslim İle İlgili Belgeler

Teslimin gerçekleşmesi için kural olarak eserin tamamlanması gerekmektedir birlikte, tarafların teslimin gerçekleşmesini eserin tamamlanması şartından başka şartlara bağlamaları ve teslimin yapılmış sayılacağı zamanı belirlemeleri mümkündür³⁴⁷. Bu çerçevede taraflar, teslimin hangi şartlar altında ve hangi anda yapılmış sayılacağına ilişkin kayıtlar kararlaştırabilir³⁴⁸ ve teslimi, birlikte

³⁴² BK m. 101/2’ye denk gelen bu maddede, metninde yapılan arılaştırma dışında, bir hüküm değişikliği yoktur.

³⁴³ *Gauch*, N. 687; *Bühler*, Art. 366, N. 5; *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 119; *Ozanoğlu*, s. 68 - 69; *Ayan*, S., s. 163.

³⁴⁴ *Gauch*, N. 649; *Bühler*, Art. 366, N. 5; *Tandoğan* (C. II), s. 129; *Aral*, s. 350; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 338; *Ozanoğlu*, s. 69; *Uçar* (Teslim), s. 540; *Gökyayla*, s. 197; *Wertz*, N. 208.

³⁴⁵ *Gauch*, N. 649; *Tandoğan* (C. II), s. 129; *Aral*, s. 350; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 338; *Ozanoğlu*, s. 69-70; *Uçar*, s. 540; *Gökyayla*, s. 197; *Ayan*, S., s. 101. Teslim süresinin belirlenmesinde yüklenicinin inşa faaliyetini ortalama bir çalışma temposu ile gerçekleştirmesi esas alınmaktadır. *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 660; *Gautschi*, Art. 366, N.4b; *Tandoğan* (C. II), s. 72; *Ayan*, S., s. 102. Eserin tamamlanması için gereken süre, gecikmeksizin ve ara vermeksizin, ortalama bir alet edevat ve iş gücüyle işi sürdürmesi durumunda işin tamamlanıp teslim edilebileceği ortalama sürenin belirlenmesiyle bulunur. *Gauch*, N. 649; *Bühler* (Werkvertrag), Art. 366, N. 5; *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 654 vd.; *Ayan*, S., s. 102. Bu kapsamda teslim süresi için yalnızca sözleşmenin başlangıcındaki koşulların esas alındığı görülmektedir. *Ayan*, S., s. 102. İngiliz hukukuna göre de geminin makul bir süre içerisinde tamamlanması gerekmektedir. Bkz. *Curtis*, s. 116; *Murdoch J./Hughes, W.: Construction Contracts*, Third Ed. London 2000, s. 182.

³⁴⁶ *Gauch*, N. 650; *Tandoğan* (C. II), s. 128; *Ozanoğlu*, s. 8.

³⁴⁷ *Tandoğan* (C. II), s. 127; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 37.

³⁴⁸ *Gauch*, N. 107; *Koller* (Werkvertrag), Art. 363, n. 331; *Tandoğan* (C. II), s. 127; *Dayınlarlı, K.: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, B. 3, Ankara 2008, s. 51; *Ozanoğlu*, s.

yapacakları veya resmi bir kurulun yapacağı muayenenin olumlu çıkması koşuluna bağlayabilirler³⁴⁹.

Nitekim tip sözleşmelerde taraflar, genellikle geminin teslimini, tamamlanması üzerine yapılacak deneme yüzüşünün sonuçlarının olumlu çıkması koşuluna bağlı tutmakta ve teslimin, deneme yüzüşlerinin sonucunda, iş sahibinin gemiyi kabul etmesi üzerine “Teslim ve Kabul Protokolü”nün (*Delivery and Acceptance Protocol*) imzalanması ve bu Protokolün taraflarca mübadele edilmesi ile gerçekleşeceğini kararlaştırmaktadır. Bu konuyu düzenleyen SAJ’a göre; “*geminin teslimi, Alıcının Sözleşmede yer alan tüm yükümlülüklerini ifa etmiş olması koşuluyla, Tersanecinin gemiyi teslim ettiğini, Alıcının da teslim aldığı tevsik eden Teslim ve Kabul Protokolünü tarafların eş zamanlı olarak birbirlerine verdikleri an gerçekleşir*”³⁵⁰.

AWES’te teslimin ne şekilde ifa edileceği açıkça düzenlenmemekle birlikte, “*Geminin teslimi ve kabulü üzerine, Tersaneci Teslim ve Kabul Protokolü ile diğer belgeleri iş sahibine teslim etmek zorundadır*” şeklinde bir hükme yer verilmiştir³⁵¹. NEWBUILDCON’da ise teslimin gerçekleşmesi, *Teslim ve Kabul Protokolü’nün imzalanması, ilgili diğer belgelerin iş sahibine verilmesi ve iş sahibi tarafından son taksidin ödenmesi koşuluna tâbi tutulmuştur*³⁵².

Tip sözleşmelerde yer alan bu tür hükümler uyarınca gemi inşa sözleşmesinde teslimin genellikle, deneme yüzüşü yapıldıktan sonra Teslim ve Kabul Protokolü olarak adlandırılan tutanağın, taraflarca eş zamanlı olarak imzalanması ile gerçekleştiği söylenebilir. “Teslim ve Kabul Protokolü”, geminin tersaneci tarafından sözleşme ve şartnameye uygun olarak teslim edildiğini ve iş sahibi tarafından aynı koşullarda kabul edildiğini göstermek üzere taraflarca hazırlanan ortak bir teyit mektubu ya da protokoldür³⁵³. Bu şekilde gerçekleştirilen teslim ile gemi üzerindeki

67; Erman, H.: *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, B. 2, İstanbul 2007, s. 31; Baygın (Ücret) s. 192; Ayan, S., s. 82.

³⁴⁹ Gauch, N. 2469; Tandoğan (C. II), s. 127; Ozanoğlu, s. 67; Baygın (Ücret), s. 192.

³⁵⁰ SAJ Art. VII/1. Bu hükmün hemen hemen aynısı NSF Art. VIII-2 hükmünde yer almaktadır. Burada farklı olarak, tarafların protokol üzerine veya imzaladıkları diğer bir belge üzerine, “*sadece tebellüğ etmek amacıyla ikrar ettikleri*” şerhini veya notunu düşebileceği düzenlenmektedir.

³⁵¹ AWES Art. 6 (b).

³⁵² NEWBUILDCON Art. 28.

³⁵³ Curtis, s. 117.

mülkiyet ve sair haklar ile hasar iş sahibine geçer³⁵⁴. Genellikle tersaneciye teslim üzerine ödenecek olan son taksit tutarı da Protokolün imzalanması ile muaccel olur³⁵⁵. Böylece iş sahibinin geminin fiilen zilyetliğini üstlenmesinde gecikmesi nedeniyle doğabilecek olan risklerden tersaneci korunur.

Teslim ve Kabul Protokolünün düzenlenmesinden sonraki kısa süreçte, iş sahibinin gemiyi tersaneden kabzetmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle iş sahibinin teslim sonrasında, geminin fiili zilyetliğini üstlenmesi borcu bulunmaktadır³⁵⁶. Sözleşmede, iş sahibinin bu sürede gemiyi tersaneciden kabz etmemesine ilişkin olarak, tersanecinin gecikilen süre için demirleme ücreti talep etme veya gemiyi hemen yakınındaki güvenli bir yere taşıma hakkı bulunduğu dair kayıtlara yer verilmektedir³⁵⁷. Böylece iş sahibinin alacaklı temerrüdüne ilişkin gemiyi fiilen teslim alma külfeti, tip sözleşmelerde özel hüküm altına alınmış olmaktadır³⁵⁸.

Teslim sırasında, Teslim ve Kabul Protokolü yanında, geminin ilgili sicile kaydını sağlayacak ve ileride işletilmesi bakımından gerekli olacak bir takım belgelerin de iş sahibine verilmesi gereklidir³⁵⁹. Bu belgelerin türü ve kapsamı, geminin niteliğine ve hangi sicile kaydedileceğine göre değişmekteyse de uygulamada önem arz eden çeşitli belgeler aşağıda sayılmıştır:

“Deneme Yüzüşü Protokolü” (*Protocol of Sea Trials*), geminin deneme yüzüşlerinde gösterdiği performans ve özelliklerine ilişkin detaylı bilgileri içerir. Bu Protokol geminin sözleşmeye uygun olarak inşa edilip edilmediğini ortaya koyması bakımından önem taşır³⁶⁰.

³⁵⁴ *Curtis*, s. 117.

³⁵⁵ Bu gibi durumlarda alıcının kusurlu olarak protokolü düzenlenmekten kaçınması halinde, İngiliz Hukukunun protokolün düzenlenmesini sağlamaya yönelik zorlayıcı hükümleri bulunmaktadır. Bu hükümlerin de yerine getirilmemesi halinde mahkeme, atayacağı üçüncü kişinin protokolü düzenlenmesine karar verir. *Curtis*, s. 118.

³⁵⁶ SAJ Art. VII-6, n. 1-4; AWES Art. 6 (a); NEWBUILDCON Art. 32 (a).

³⁵⁷ SAJ Art. VII-6, n. 4-7; NEWBUILDCON Art. 32 (b); NSF Art. VIII-5.

³⁵⁸ İş sahibinin alacaklı temerrüdü hakkındaki açıklamalar için bkz. Beşinci Bölüm II C.

³⁵⁹ SAJ Art. VII-3; AWES Art. 6 (b); NEWBUILDCON Art. 29; NSF Art. VIII-3.

³⁶⁰ *Curtis*, s. 118.

“Teçhizat ve Envanter Protokolü” (*Protocol of Inventory andf Equipments*), teknik şartnameye uygun olarak gemiye takılan makine ve yedek parçalar dâhil tüm teçhizatın detaylı listesini içermektedir³⁶¹.

“Yakıt, Yağ ve Tüketim Malzemeleri Protokolü” (*Protocol of Fuel Oils, Lube Oils and Consumable Stores on Board*), deneme yüzüşleri sırasında kullanılan ve sonrasında gemide kalan yakıt, yağ ve diğer tüketim malzemelerini gösteren listedir. İş sahibi bu Protokol ile ilgili tüketim malzemelerinin bedelini ya teslim tarihindeki piyasa bedeli ya da tersaneciye olan maliyet tutarı üzerinden ödemeyi taahhüt eder³⁶².

“Sertifikalar” (*Certificates*), sınıflama kuruluşu ve diğer idari makamlar tarafından düzenlenen, geminin sözleşmede öngörülen klasta olduğunu, güvenlik ve diğer standartlara uyularak inşa edildiğini gösteren tüm belgelerdir³⁶³. Bazen, sertifikalarda, bunların her türlü tavsiye, kısıtlama ve kayıtlamadan âri olması gerektiği belirtilir. Bu gibi durumlarda tersaneci, iş sahibinin gemiyi reddetme hakkını, söz konusu kısıtlama, takyit ve tavsiyelerin geminin işletilmesine engel olacak düzeyde olmasına bağlayarak sınırlandırmaya çalışır³⁶⁴. Ayrıca ilgili sertifikalar, teslim anında henüz hazır değilse, iş sahibinin, tersaneci tarafından hazırlanan geçici nitelikteki belgeleri, asıl belgelerin en kısa zamanda kendisine ulaştırılması koşuluyla kabul edeceği yönünde hükümlere yer verilir³⁶⁵.

“Gemi Üzerinde Rehin veya Diğer Takyidatların Bulunmadığına Dair Taahhütname” (*Declaration of Warranty of Freedom From Encumbrances*), geminin, tersanecinin alacaklılarının alacak iddialarından arî olarak teslim edildiğini gösteren belgedir. Böyle bir taahhüde genellikle sözleşmede yer verilmiş olsa da, teslim sırasında geminin her türlü masraflardan ve rehinlerden arî olarak teslim

³⁶¹ Curtis, s. 118.

³⁶² Curtis, s. 118.

³⁶³ Curtis, s. 119.

³⁶⁴ Curtis, s. 119.

³⁶⁵ SAJ Art VII-3 (d); AWES Art 6 (b); NSF Art. VIII-3 (e). NEWBUILDCON Art. 29 (e)'de de aynı ilke benimsenirken, tersaneci, geçici sertifikanın, geminin tescili, ticarete kullanılması ve işletilmesini sağlayacağını ve kesin belgeleri derhal teslim edeceğini garanti etmekte ve bu yükümlülüklerin ihlali halinde, iş sahibinin bu nedenle uğradığı tüm zararlarını, zaman kaybı (*loss of time*) dâhil olmak üzere tazmin etmeyi üstlenmektedir.

edildiğine dair yazılı bir beyanda bulunulması gemi inşa alanında mutad bir uygulamadır³⁶⁶.

“Planlar ve Çizimler” (*Plans and Drawings*), geminin iş sahibi, sınıflama kuruluşu ve diğer idari kuruluşlar tarafından onaylanmış olan plan ve çizimleridir³⁶⁷.

“Fatura” (*Commercial Invoice*), sözleşme bedelinin ödendiğinin resmi kayıtlarla ispatı için ya da teslim bağlanan taksitin ödendiğini göstermesi ve sözleşme bedelinden mahsubu amacıyla iş sahibi tarafından talep edilebilir³⁶⁸.

“Satış Senedi” (*Bill of Sale*), geminin tescili sırasında mülkiyetin iş sahibine ait olduğunu göstermek amacıyla düzenlenen belgedir. Genellikle geminin numarasını, temel özelliklerini ve iş sahibi adına inşa edilmiş olduğunu gösteren satış senedi (*bill of sale*) veya tersaneci ruhsatı (*builder’s certificate*) bu amaçla hazırlanır³⁶⁹.

b) Teslim Yeri

Tip sözleşmelerde genellikle, geminin tersanede (*at the Shipyard*)³⁷⁰ veya tersane ve/veya tersanenin hemen yakınında güvenli bir yerde (*at the Shipyard or at a safe place in the immediate vicinity thereof*)³⁷¹ teslim edileceği düzenlenmektedir.

c) Teslim Zamanı

Gemi inşa sözleşmesinde geminin teslim tarihi genellikle, belirli bir takvim günü olarak belirlenmekte ve teslim zamanı (*Delivery Date*) “... tarihinde veya bu tarihten önce” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu şekilde belirlenen teslim tarihi kesin olmayıp, sözleşme süresince ortaya çıkan iş değişikliği veya mücbir sebep gibi nedenlerle ertelenebilmektedir.

Teslim tarihinde meydana gelebilecek değişiklikleri önceden belirleyebilmek ve hangi hallerde sözleşmeye uygun, hangi hallerde ise sözleşmeye aykırı gecikme

³⁶⁶ Curtis, s. 119.

³⁶⁷ Curtis, s. 120.

³⁶⁸ Curtis, s. 121.

³⁶⁹ Curtis, s. 121.

³⁷⁰ SAJ Art. VII-1, 2.

³⁷¹ NEWBUILDCON Art. 28; NSF Art. VIII-1. AWES’te ise ifa yeri, tersane veya kararlaştırılan diğer bir yer olarak tanımlanmıştır. Bkz. AWES Art. 6 (a).

olduğunu saptayabilmek amacıyla, tip sözleşmelerde, teslim tarihinin “*haklı gecikme*” (*Permissible Delay*) olarak tanımlanan sebeplerle uzatılabileceği ve bu gibi hallerde, teslim süresinde meydana gelen gecikmelerin sözleşmeye aykırılık teşkil etmediği öngörülmektedir³⁷². Sözleşmeye aykırılık teşkil etmeyen ve tersanecinin temerrüdüne engel olan bu haller aşağıda ele alınmıştır³⁷³.

Bazı tip sözleşmelerde geminin, teslim tarihinden önce teslim edilmesine imkân tanınmıştır³⁷⁴. Örneğin AWES ve SAJ’da, teslimin “*sözleşmede belirtilen tarihte veya bu tarihten önce*” (*on or before*) gerçekleştirileceği³⁷⁵; NSF’de, “*sözleşmede belirtilen tarihte veya bu tarihten en fazla iki hafta önce*” teslim edilebileceği düzenlenmiştir³⁷⁶. Buna karşılık NEWBUILDCON’da, geminin erken teslimi kabul edilmemiştir³⁷⁷. Geminin teslimi üzerine, sözleşme bedelinin son taksitini ödeyecek ve gemiyi tersaneden kaldıracak olan iş sahibinin, bunlar için gerekli finans kaynağı ve personel istihdamını teslim tarihine göre ayarlaması nedeniyle, tersanecinin erken teslimde bulunma hakkının iş sahibinin onay vermesi şartına tâbi tutulması mümkündür.

Bazı tip sözleşmelere göre, tersaneci, gemiyi erken teslim ederse prim (*bonus*) kazanır. Örneğin SAJ’da, geminin, iş sahibinin talebi üzerine, teslim tarihinin otuz gün öncesinden daha erken teslim edilmesi, sözleşme bedelinde artış sebebidir³⁷⁸. AWES’te ise iş sahibinin erken teslim talebi olmasa dâhi, tersanecinin gemiyi erken teslim etmesi prime hak kazanmasına yol açmaktadır³⁷⁹. Ancak tersaneciye her halde erken prim imkânı sağlayan bu gibi düzenlemelere uygulamada çok nadiren

³⁷² AWES Art. 6 (a), SAJ Art. VII-1; NEWBUILDCON Art. 34; NSF Art. VII-1.

³⁷³ Bkz. Dördüncü Bölüm VIII, C, 3, a, (ii).

³⁷⁴ *Curtis*, s. 66.

³⁷⁵ AWES Art. 6 (a) ve SAJ Art. VII-1.

³⁷⁶ NSF Art. VIII -1.

³⁷⁷ NEWBUILDCON Art. 28 n. 616. TBK’nun 96. maddesine göre, *sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu, edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir*. NEWBUILDCON’da, geminin “Teslim Tarihinde veya bu Tarihten sonra” (*on or after the Delivery Date*) teslim edileceğinden bahsedildiği için, tarafların sözleşme hükmü ile teslim tarihinden önce geminin teslimini kabul etmedikleri anlaşılmaktadır.

³⁷⁸ SAJ Art. III-1 (d).

³⁷⁹ AWES Art. VI (c).

rastlanmakta ve tip sözleşmelerde yer alan bu hükümler taraflar arasında yapılan sözleşmelerde kaldırılmaktadır³⁸⁰.

C) TESLİM BORCUNUN İFASINDA TEMERRÜT

Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında, yüklenicinin işe zamanında başlamaması ve işin teslim tarihine kadar bitirilememesine ilişkin özel hükümler bulunmakla birlikte, yüklenicinin ifa zamanında temerrüdüne ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle tersanecinin teslim borcunda temerrüdüne, Türk Borçlar Kanununun, borçlunun temerrüdünü düzenleyen 117 ilâ 126. maddeleri uygulanır³⁸¹.

1- Temerrüdün Şartları

Temerrüt, borçlunun borçlanılan edimi, borca aykırı olarak geç ifa etmesidir. Tersanecinin teslim borcunu yerine getirmede temerrüde düşmesi için, teslim borcunun muaccel³⁸² olmasına rağmen, geminin sözleşmeye aykırı bir şekilde henüz tamamlanmamış veya tamamlanmış olmasına rağmen henüz teslim edilmemiş olması gerekir³⁸³. Ancak geminin teslim edileceği tarihte objektif ifa imkânsızlığı söz konusu ise temerrütten bahsedilemez³⁸⁴.

³⁸⁰ *Curtis*, s. 66. NSF, erken teslimine izin vermekle birlikte, prim ödenmesini düzenlememektedir. NEWBUILDCON formunda erken teslimine izin verilmediğinden erken teslim primi de öngörülmemiştir.

³⁸¹ *Gauch*, N. 659; *Bühler*, Art. 366, N. 9; *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 15, 704; *Tandoğan* (C. II), s. 130; *Aral*, s. 350; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 69; *Öz*, s. 153; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 338; *Ayan*, S., s. 93; *Gümüş* (C. 2), s. 67; *Ozanoğlu*, s. 71-72; *Erman* (İnşaat), s. 55; *Gökayla*, s. 198.

³⁸² Borcun muaccel olması, alacaklının borçludan ifayı talep ve dava edebileceği anın gelmiş olmasını ifade eder. *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2156; *Eren*, s. 1048; *Tandoğan*, s. 470; *Buz*, V.: *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara 1998, s. 101; *Öz*, s. 153; *Gümüş* (C. 2), s. 67; *Ozanoğlu*, s. 72; *Bühler*, Art. 366, N. 5; *Ayan*, S., s. 94. Teslim borcunun muaccel olduğu anın tespitinde, teslim tarihinin sözleşmede belirtilmiş olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Sözleşmede teslim tarihinin açıkça belirtildiği durumlarda, sürenin dolmasıyla teslim borcu, ayrıca bir ihtarla lüzum olmaksızın, kendiliğinden muaccel olur. *Öz*, s. 155; *Gümüş* (C. 2), s. 66. Sözleşmede teslim tarihinin belirlenmemesi halinde ise, eserin özellikleri göz önüne alınarak, tamamlanması için gereken makul bir sürenin sonunda, iş sahibinin ihtarı ile borç muaccel hale gelir. *Gauch*, N. 659; *Bühler*, Art. 366, N. 10; *Tandoğan* (C. II), s. 130-131; *Aral*, s. 351; *Öz*, s. 172; *Buz*, s. 101; *Seliçi*, (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 70; *Ayan*, S., s. 160; *Erman* (İnşaat), s. 69; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 338; *Ozanoğlu*, s. 73; *Ergezen*, s. 102.

³⁸³ *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2659; *Gauch*, N. 659; *Koller* (Werkvertrag), Art. 366, N. 712.

³⁸⁴ *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2658; *Eren*, s. 1048; *Buz*, s. 101; *Kaplan*, İ.: “İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 381; *Gümüş* (C. 2), s. 67; *Ozanoğlu*, s. 72; *Dirican*, G.:

Temerrüdün gerçekleşmesi için tersanecinin, gecikmede kusurlu olması şart değildir. Buna karşılık, gecikme objektif olarak tersanecinin yükümlülüğüne aykırı olmalıdır³⁸⁵. Bu çerçevede iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi³⁸⁶, gecikmenin iş sahibine yükletilebilen nedenlerden ileri gelmesi³⁸⁷ veya tersanecinin def'i ileri sürme hakkına dayanarak gemiyi teslim etmekten kaçınması³⁸⁸ yükümlülüğüne aykırı nitelik taşımaz ve onun temerrüdüne yol açmaz.

Ayrıca yıllara yayılan inşa işlerinde, mücbir sebep, ek iş veya iş değişikliği gibi, yüklenicinin kusuruna dayanmayan bazı nedenlerle inşa faaliyetlerinin durması ya da yavaşlamasıyla sıklıkla karşılaşılmaktadır. İnşa işi, "haklı gecikme" (*gerechtfertigte Verzögerung*) olarak adlandırılan bu gibi sebeplerle gecikirse ve geminin tamamlanması henüz mümkün ise, sözleşmede aksine anlaşma bulunmaması kaydıyla, teslim süresinin tarafların varsayılan iradesine dayanılarak, haklı gecikme süresi kadar uzamış olduğu kabul edilebilir³⁸⁹.

Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007, s. 45; *Ayan, S.*, s. 156; *Werz*, N. 269.

³⁸⁵ *Gauch/Schluiep/Emmenegger*, N. 2661; *Gauch*, N. 676; *Eren*, s. 871; *Tandoğan (C. II)*, s. 130; *Aral*, s. 351; *Kaplan (Süre Uzatımı)*, s. 381; *Serozan (İfa Engelleri)*, § 17, N. 3; *Ozanoğlu*, s. 72; *Gautschi*, Art. 366, N. 4d. *Öz*, s. 154, dn. 4a; *Erman (İnşaat)*, s. 73; *Werz*, N. 264.

³⁸⁶ *Gauch/Schluiep/Emmenegger*, N. 2664; *Koller (Werkvertrag)*, Art. 366, N. 719; *Buz*, s. 103; *Serozan (İfa Engelleri)*, § 17, N. 3; *Öz*, s. 172; *Öz (İnşaat)*, s.132; *Werz*, N. 251; *Ergezen*, s. 101.

³⁸⁷ İş sahibi tarafından karşılanan malzemelerin geç teslim edilmiş olması, plan ve çizimlerin iş sahibi tarafından onaylanması gerektiği hallerde bu onayın gecikmesi, tersaneciye ödenmesi gereken taksitlerin ödenmemesi gibi iş sahibinden kaynaklanan nedenler ile inşaatın gecikmesi arasında fiili bir sebep sonuç bağı bulunması durumunda, teslim tarihi gecikilen süre kadar ertelenir. *Ayan, S.*, s.113 vd.; *Gökyayla*, s. 323. Eserin iş sahibinin şartnamesi ile inşa edildiği sözleşmelerde, şartname ile eserin inşasının mümkün olmaması nedeniyle şartname değişikliğine gidilmesi durumunda teslim süresinin uzaması gerekecektir. *Gökyayla*, s. 324. Yüklenicinin, iş sahibinin davranışları sebebiyle inşa çalışmalarına başlayamaması, geç başlaması veya sık sık durmak zorunda kalması hallerinde de iş sahibinin ifayı engellemesi söz konusu olur ve yüklenicinin temerrüdü doğmaz. *Öz*, s. 172.

³⁸⁸ *Gauch /Schluiep/Emmenegger*, N. 2665; *Gauch*, N. 676-683; *Gautschi*, Art. 363, N. 7 a; *Koller (Werkvertrag)*, Art. 366, N. 726; *Tandoğan (C. II)*, s. 131; *Aral*, s. 351; *Serozan (İfa Engelleri)*, § 17, N. 3; *Buz*, s. 103; *Öz*, s. 166; *Öz (İnşaat)*, s.132; *Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu)*, s. 70; *Ozanoğlu*, s. 72; *Ergezen*, s. 101. Örneğin, teslimden önceki taksit tutarı ödenmemişse tersaneci, ödemezlik def'ini ileri sürerek temerrüde düşmeksizin vadesi gelmiş gemiyi, teslim etmekten kaçınabilir. *Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu)*, s. 70; *Öz*, s. 171; *Gökyayla*, s. 198; *Ayan, S.*, s. 119.

³⁸⁹ *Gautschi*, Art. 366, N. 5a; *Gauch*, Nr. 682; *Zindel/Pulver*, Art. 366, N.16; *Koller (Werkvertrag)*, Art. 366, Nr. 661; *Öz*, s. 154, dn. 4a; *Ayan, S.*, s. 103-104; *Gümüş (C. 2)*, s. 62 vd.; *Ozanoğlu*, s. 73; *Dirican*, s. 70, dn. 208; *Gautschi*, Art. 366, N. 4d; *Tandoğan (C. II)*, s. 131; *Aral*, s. 351.

Ek iş, sözleşmenin kurulması sırasında, meydana getirme borcunun kapsamında yer almayan bir işin ifa edilmesidir³⁹⁰. İş değişikliği ise, borcun kapsamında yer alan işlere ilave işler yapılması veya bazı iş kalemlerinin yapılmaması yahut işlerin farklı malzeme veya metotla yürütülmesidir³⁹¹. İş sahibinin hâkimiyet alanından doğan zorlayıcı sebeplerle ek iş veya iş değişikliği yapılması gereği ortaya çıkarsa ya da ek iş veya iş değişikliği, iş sahibinin talebi üzerine gerçekleştirilirse, teslim süresi, bu işlerin veya değişikliklerin yapılması için gerekecek süre kadar kendiliğinden uzar³⁹². Buna karşılık tersaneci, iş sahibinin onayını almaksızın kendiliğinden ek iş veya iş değişikliği yaparsa, teslim süresi aynı kalır³⁹³.

Mücbir sebeplerle³⁹⁴ inşa çalışmalarına bir süre ara verilmesinin gerekmesi³⁹⁵, kendiliğinden teslim tarihinin uzamasına yol açmaz; fakat tersaneci Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrasının³⁹⁶ kıyasen uygulanması sonucu, hâkimin

³⁹⁰ Eser sözleşmesinde taraf edimlerinin kapsamı, inşa sürecinde, bir hukuki işlem ile değiştirilebilir. Bu değişiklik, bizzat kanunun verdiği bir imkândan, tersaneci ile iş sahibinin karşılıklı anlaşmasından, sahip olduğu yetkiye dayanarak iş sahibinin talimatından veya gemi inşa sözleşmeleri uygulamasına mahsus olmak üzere klas kuruluşları ve düzenleyici kurumların talebinden kaynaklanabilir. *Gökyayla*, s. 89.

³⁹¹ *Gauch*, N. 768. Benzer tanım için bkz. *Kaplan* (Ücret Ödeme Borcu), s.143 - 144; *Baygın*, (Ücret), s. 55; *Gökyayla*, s. 42.

³⁹² *Gökyayla*, s. 201-202; *Ayan*, S., s. 123.

³⁹³ *Ayan*, S., s. 124; *Gökyayla*, s. 201.

³⁹⁴ Bir olayın mücbir sebep (*force majeure, höhere Gewalt*) olarak nitelendirilebilmesi için meydana gelen olayın kaçınılması mümkün olmayan, karşı konulamayan, öngörülemeyen nitelikte olması ve taraflardan hiçbirinin sorumluluğunu gerektirmemesi lazım gelir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu tanımı için bkz. *Bingöl*, F. I.: *Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep*, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2008, s. 73. Türk öğretisinde mücbir sebep genellikle, mutlak olarak, kaçınılmaz şekilde, bir borcun ihlaline sebep olan, haricî bir olay olarak tanımlanmaktadır. *Tandoğan* (Mesuliyet), s. 464; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1002 vd.; *Oğuzman/Öz*, s. 357; *Serozan* (İfa Engelleri), § 15, N. 4; *Baygın* (Ücret), s. 65. Genel mücbir sebep hallerine dair uygulama örnekleri için bkz. *Tandoğan* (Mesuliyet), s. 466 - 468.

³⁹⁵ Bu konuda borçlunun temerrüdünün kusura dayanmaması ve eserin teslimden önce telef olması halinde bedel hasarına yüklenicinin katlanması sebeplerine dayanan hâkim görüşe göre, bu tür nedenler teslim tarihinin ertelenmesi sonucunu doğurmaz. *Gauch*, Nr. 681; *Bühler*, Art. 366, Nr. 32; *Altaş*, s. 152; *Ayan*, S., s. 129-130 ve s. 130, dn. 157'de anılan yazarlar. *Gautschi* tarafından savunulan diğer bir görüşe göre ise, teslimdeki gecikmenin yüklenicinin irade isteği dışında gerçekleşmiş olması durumunda, teslim tarihinin ertelenmiş olduğunun kabulü gerekir. *Gautschi*, Art. 366, N. 4d. Benzer yönde bkz. *Öz*, s. 154, dn. 4; *Erman* (İnşaat), s. 73. Bu görüşün kabulü durumunda dâhi Borçlar Kanununun 365/II hükmünün kıyasen uygulanması, bir değiştirilmiş kıyas uygulaması olacağından, ayrıca hâkim kararına gerek olmayacağı şeklindeki görüş için bkz. *Gümüş* (C. 2), s. 65; *Ayan*, S., s. 129.

³⁹⁶ BK m. 365/2'yi karşılayan bu hükümde, sözleşme bedelinde indirim hakkı yerine bu haktan daha geniş bir anlam ifade eden sözleşmenin uyarlanmasını isteme hakkına yer verilmiştir. Ayrıca bu hakkın mutlaka dava yoluyla kullanılması zorunlu olmayan yenilik hakları içerdiği göz önünde tutularak, yüklenicinin hangi seçimlik haklarını ve hangi sıraya uyararak kullanabileceği belirtilmiştir. Nitekim öğretilerde de, hâkime verilen "bedeli tezyid" yetkisinin sözleşmenin yeni

sözleşmeye müdahale ederek teslim tarihini ertelemesini talep edebilir³⁹⁷. Bu gibi sebeplerin neden olduğu gecikmenin haklı gecikme olarak kabul edilebilmesi için, tersanecinin Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin 3. fıkrası³⁹⁸ hükmü uyarınca gecikme tehlikesini derhal iş sahibine bildirmiş olması gerekir³⁹⁹. Teslim borcunun muaccel hale gelmesiyle, tersaneci kendiliğinden temerrüde düşmez; onu temerrüde düşürmek için iş sahibinin ifayı talep etmesi ve edimi kabule hazır olduğunu bildirmesi, yani temerrüt ihtarında bulunması icap eder⁴⁰⁰. Ancak teslim tarihi, Türk Borçlar Kanununun 117. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, uygulamada da sıkça

şartlara uydurulması olarak anlaşılması gerektiği ve hâkimin teslim süresinin uzatılması dâhil olmak üzere ifa şeklinde değişiklikler yapabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. *Erman, H.: İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK m. 365/2)*, İstanbul 1979, s. 110-111; *Baygın (Ücret)*, s. 113; *Ayan, S.*, s. 109.

³⁹⁷ *Ayan, S.*, s. 110 vd.; *Gümüş (C.2)*, s. 62 - 63. Bunun için sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir sebebin, inşaatın zamanında tamamlanmasını aşım derecede engellemiş olması, bu sebebin ortaya çıkmasında yüklenicinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin hiçbir sorumluluğunun bulunmaması ve bu sebebin sözleşmenin kurulduğu sırada dikkate alınmayan ve öngörülemeyen bir nitelik taşıması gerekir. Ayrıca yüklenicinin söz konusu durumu (inşaatın ortaya çıkan zorunlu sebepler nedeniyle zamanında tamamlanamayacağını) gecikmeksizin, iş sahibine bildirerek sürenin uzatılmasını talep etmesi gerekir. Bkz. *Ayan, S.*, s. 131. Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin II. fıkrasının (BK m. 365/II) uygulanmasının kabulü sonucunda, mücbir sebeplerin yanında, önceden öngörülemeyen ve fakat mücbir sebep olmayan diğer hallerin de (*olağanüstü hal, beklenilmeyen hal*) teslim süresini uzatması gündeme gelecektir. *Olağanüstü hal (cas fortuit, Zufall)*, borçlunun kaçınamayacağı şekilde borcu ihlâl etmesine sebep olan bir olaydır. *Tandoğan (Mesuliyet)*, s. 461; *Oğuzman/Öz*, s. 357; *Becker*, Mad. 97, N. 79; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1000 vd.; *Serozan (İfa Engelleri)*, § 15, N. 4; *Baygın (Ücret)*, s. 65. Mücbir sebep haricî bir olayken olağanüstü hal için böyle bir şart aranmaz. Örneğin, bir fabrikada kazan patlaması sonucu çıkan yangın ancak fevkalâde hal sayılıp, mücbir sebep teşkil etmezken, yıldırım düşmesi sonucu çıkan yangın mücbir sebep teşkil eder. *Oğuzman/Öz*, s. 357; *Baygın (Ücret)*, s. 65-66. Anglo Sakson hukukunda, mücbir sebeplerin meydana gelmesi yükleniciye mahkemeye başvurarak sözleşmenin uyarlanmasını isteme hakkı vermemektedir. Bu nedenle bu hukuk sistemlerinde teslim tarihinin ertelenmesine imkan sağlayan hallerin sözleşmede açıkça belirtilmesi uygulamada hayati önem taşımaktadır. Bkz. *Werz*, N. 253.

³⁹⁸ BK m. 357/3'ü karşılayan bu maddede metnin sadeleştirilmesi dışında hüküm değişikliği bulunmamaktadır.

³⁹⁹ *Ayan, S.*, s. 126 vd.; *Gümüş (C. 2)*, s. 62-63. Haklı gecikme nedeniyle teslim tarihinin ertelenebilmesi için bu hususlara ilaveten yüklenicinin çalışma temposunu artırarak inşaatı süresinde tamamlama borcunun bulunmaması ve yüklenicinin bazı davranışlarıyla gecikme tehlikesini üstlenmemiş olmasına dair iki olumsuz şartın da gerçekleşmesi gerekir. Bkz. *Ayan, S.*, s. 139 vd.; *Gökayla*, s. 326 vd.

⁴⁰⁰ *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2660; *Gauch*, N. 659; *Koller (Werkvertrag)*, Art. 366, N. 713; *Eren*, s. 1049; *Werz*, N. 276. İhtar, alacaklının borçluyu ifaya davetini içeren, varması gerekli, şekle bağlı olmayan tek taraflı bir irade açıklamasıdır. *Öz* s. 173; *Öz (İnşaat)*, s. 133; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 913; *Eren*, s. 1049; *Oğuzman/Öz*, s. 297; *von Tuhr*, s. 606; *Serozan (İfa Engelleri)*, §17, N. 4; *Buz*, s. 101-102. TTK m. 20/3 gereğince, tersaneci ve iş sahibinin tacir olduğu bir sözleşmede, tersanecinin temerrüde düşürebilmesi için yapılacak olan ihtarın noter aracılığı ile veya iadeli taahhütlü bir mektupla ya da telgrafla yapılması gerekmektedir. TK m. 20/2'ye denk gelen TTK m. 18/3 ile köklü bir değişiklik yapılmış ve hükümdeki şekil, geçerlilik şartı olmaktan çıkarılmıştır.

karşılaştığı üzere, “belirli süreli” olarak tespit olunmuşsa veya ihtarın faydasız olacağı önceden anlaşılıyorsa tersaneci ihtara gerek olmadan temerrüde düşer⁴⁰¹.

2- Temerrüdün Sonuçları

Tersanecinin temerrüde düşmesi, tarafların borçlarının kendiliğinden sona ermesine yol açmaz. Diğer bir ifadeyle tersaneci, mütemerrit olmasına rağmen ifa ile yükümlü ve buna yetkilidir⁴⁰². Ancak temerrüt, iş sahibine, aynen ifa hakkı yanında Türk Borçlar Kanununun 125. maddesinde düzenlenmiş olan ek seçimlik haklar sağlar ve temerrüde düşen tersanecinin, kusurlu olması koşuluyla umulmayan halden dolayı sorumlu olmasına yol açar⁴⁰³.

a) *Aynen İfa ve Gecikmeden Doğan Tazminat ile Varsa Cezaî Şart Ödenmesini Talep Hakkı*

i. Aynen İfa Talebi

İş sahibi, Türk Borçlar Kanununun 125. maddesinin I. fıkrası uyarınca, temerrüde düşen tersaneciden, edimin imkânsız hale gelmemiş olması koşuluyla, aynen ifa talebinde bulunabilir ve bu amaçla aynen ifa davası açabilir⁴⁰⁴. Ayrıca iş sahibi, Kanunun 113. maddesine göre, masrafların mütemerrit tersaneciden alınması koşuluyla, işin kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından tamamlanmasına izin verilmesi için mahkemeye başvurabilir⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2660; *Gauch*, N. 659; *Tandoğan* (C. II), s. 131 - 132; *Eren*, s. 1051-1053; *Aral*, s. 351; *Öz*, s. 174; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 70; *Ozanoğlu*, s. 73; *Ayan*, S., s.167; *von Tuhr*, s. 608-609; *Serozan* (İfa Engelleri), §17, N. 4., s. 218; *Oğuzman/Öz*, s. 300 - 302; *Öz* (İnşaat), s. 134; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 916 - 918; *Ergezen*, s. 103; *Yakuppur*, s. 81; *Werz*, N. 286.

⁴⁰² *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2667, 2668; *Eren*, s. 1055; *Ayan*, S., s. 171; *Buz* s. 104.

⁴⁰³ Buradaki umulmayan halden sorumluluk esası, eserin tesliminden önce kaza sonucu telef olması, ayıplı duruma girmesi ya da TBK m. 480/II hükmü (BK m. 365/I) anlamında olağanüstü hallerin ortaya çıkması hallerinde de uygulanır. Bkz. *Gauch*, N. 661; *Tandoğan* (C. II), s. 132; *Aral*, s. 351; *Ozanoğlu*, s. 11, dn. 114. Yüklenicinin umulmayan halden kaynaklanan sorumluluğundan kurtulabilmesi için, temerrüde kusuru ile düşmediğini veya teslim yükümlülüğünü vaktinde yerine getirseydi bile, edimin umulmayan hale konu olacağını kanıtlaması gerekmektedir. *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2683, 2684; *Gauch*, N. 663; *Eren*, s. 1061-1062; *Tandoğan* (Mesuliyet Hukuku), 483; *Tandoğan* (C. II), s. 133; *Buz*, s.105.

⁴⁰⁴ *Gauch*, N. 661; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 72; *Eren*, s. 1055; *Oğuzman/Öz*, s. 386; *Kılıçoğlu*, s. 505; *Serozan* (İfa Engelleri), §17, N.5; *Dayınlarlı* (Temerrüd), s. 86; *Ayan*, S., s. 172.

⁴⁰⁵ Bu madde uyarınca mahkemeye başvurmanın koşulları hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. *Ayan*, S., s. 176 vd. İş sahibinin, eseri, TBK m. 113 (BK m. 97) uyarınca, üçüncü bir kişiye

ii. Gecikmeden Doğan Zararların Tazmini Talebi

Türk Borçlar Kanununun 125. maddesinin I. fıkrasına göre, iş sahibi, aynen ifa ile birlikte, geminin geç teslim edilmesi nedeniyle uğradığı zararlarının tazmin edilmesini talep edebilir⁴⁰⁶. Buradaki tazmin talebi, iş sahibinin malvarlığında temerrüt nedeniyle meydana gelen müspet zararın giderilmesi amacına yöneliktir⁴⁰⁷. Buna göre gecikmeden doğan zarar, iş sahibinin mal varlığının tersanecinin temerrüde düşmemesi durumunda göstereceği farazi durum ile gecikmeden dolayı halen arz ettiği durum arasındaki farkı ifade eder⁴⁰⁸ ve bu zararın giderilmesine yönelik tazminat da, gecikme tazminatı olarak adlandırılır⁴⁰⁹.

Gecikme tazminatının kapsamına iş sahibinin fiili zararları, kazanç kayıpları ve edimin değerindeki azalma girer. İş sahibinin, tesliminde temerrüde düşülen gemi yerine kullanılmak üzere kiraladığı gemi için ödediği kira bedeli ve kredi faizleri, sözleşme gereğince yapması gereken masraflardaki artış tutarı ile üçüncü kişiye

tamamlattırması veya bizzat kendisinin tamamlaması için gereken masrafları yükleniciden peşin olarak isteyebileceği yönündeki hâkim görüş ve bu görüşün eleştirisi için bkz. *Gümüş* (C. 2), s. 68. Ayrıca, iş sahibinin bu yöndeki bir talebinin aynen ifa hükmünde olduğunu iddia eden görüşler bulunmaktadır. *Tandoğan* (C. II), s. 141; *Öz* (İnşaat), s. 135; *Ayan*, S., s.177-178. *Öz*, bu talebin aynen ifa hükmünde değil ifa etmemeden doğan olumlu zararın tazminini sağlayan bir tazminat hükmünde olduğu görüşündedir. Böylece yüklenici, temerrüde düşmede kusursuz olsa bile hatta subjektif imkânsızlık içine düşmüş olsa bile iş sahibi, TBK m. 113/1 (BK m. 97/1) uyarınca, hâkime başvurarak, inşaatı tamamlama masraflarının yükleniciye yüklenmesi ve işi bizzat yaptırmasına izin verilmesini sağlayabilecektir. Bkz. *Öz* (İnşaat), s. 135. Mahkemenin vereceği kararla birlikte artık işin diğer bir yüklenici tarafından yapılması nedeniyle doğan masraflara ve riske yüklenicinin katlanacağı yönünde bkz. *Kurt*, L. M.: *6098 sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Ankara 2012, s. 205.

⁴⁰⁶ Kural olarak iş sahibi, gecikmiş ifa ile gecikme tazminatını zamanaşımı süresi doluncaya kadar isteyebilmelidir; ancak iş sahibinin uzun zaman teslim yapılmamasını hoş görüp yüklenicide artık bir istemde bulunmayacağı izlenimi uyandırıp, şartlar tamamen değişince gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını istemesi yahut sözleşmeyi daha önce feshedebilecekken uzun süre sonra bunu yapıp gecikme cezasının artmasına yol açması iyi niyet kurallarına aykırı sayılabilmektedir. Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 134; *Tandoğan* (Mesuliyet), s. 501-502. İşlerin iş sahibi tarafından tamamlanması için hâkimden izin alınmışsa, yüklenicinin gecikme tazminatı ödeme sorumluluğunun bu izin kararına kadar vaki gecikme ile sınırlı olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. *Öz* (İnşaat), s. 138.

⁴⁰⁷ *Gauch*, N. 665; *Bühler*, Art. 366, N. 12; *Tandoğan* (Mesuliyet), s. 482; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 925; *Oğuzman/Öz*, 368; *Eren*, 1092; *Barlas*, N.: *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*, İstanbul 1992, s. 116; *Havutçu*, A.: *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini*, İzmir 1995, s. 37; *Ayan*, S., s. 184; *Ozanoğlu*, s. 76; *Dirican*, s. 48.

⁴⁰⁸ *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2674; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 72; *Eren*, s. 1059; *Serozan* (İfa Engelleri), §17, N.7; *Oğuzman/Öz*, 368; *Barlas*, s. 116; *Ayan*, S., s.184; *Havutçu*, s. 37; *Ozanoğlu*, s. 75.

⁴⁰⁹ *Eren*, s. 1058; *Öz* (İnşaat), s. 136; *Havutçu*, s. 37.

ödemek zorunda kaldığı tazminat, cezaî şart ve yoksun kalınan kâr bu kapsamda yer alır⁴¹⁰.

Tersanecinin gecikme tazminatı ödeme yükümlülüğü, onun temerrüde kusuru ile düşmüş olması şartına bağlıdır. Sözleşmeden doğan borçlarda, sözleşme dışı sorumluluğun aksine kusuru ispat yükü ters çevrilmiş ve kanun koyucu tarafından Türk Borçlar Kanununun 112. maddesi ile borçlu aleyhine kusur karinesi getirilmiştir. Bu nedenle iş sahibi, tersanecinin kusurunu ispatla yükümlü olmayıp; tersaneci, kusurlu olmadığını ispat ederek, gecikme tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir⁴¹¹. Ayrıca gecikmeden doğan zarardan sorumluluk, iş sahibinin gecikme nedeniyle zarara uğramasına bağlı ve bu zararlar sınırlıdır⁴¹². Bu anlamda tazmini talep edilen zararın, teslim borcunun gecikerek ifası ile uygun bir illiyet bağı içinde olması gerekir⁴¹³. Uğradığı zararın ve illiyet bağının varlığını ispat yükü, iş sahibine aittir⁴¹⁴.

iii. Cezaî Şart ve Götürü Tazminat

Dolaylı bir zarar olan gecikmeden doğan zararın tespitinin, uygulamada güçlük arz etmesi ve temerrüde ilişkin hükümlerin emredici nitelik taşıması nedeniyle, tarafların gecikme tazminatı miktarını sözleşme ile götürü olarak belirlemesi ya da cezaî şart kararlaştırması yaygın bir uygulamadır⁴¹⁵. Nitekim gemi inşa sözleşmesinde taraflar, gemiyi zamanında teslim edemeyen tersanecinin, gecikilen

⁴¹⁰ *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2672; *Gauch*, N. 665; *Tandoğan* (C. II), s. 134; *Tandoğan* (Mesuliyet), s. 482 - 483; *Aral*, s. 350 - 351; *Ayan*, S., s.187-188; *Gümüş* (C. 2), s. 68-69; *Barlas*, s. 116; *Ozanoğlu*, s. 75; *Eren*, s. 1059; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, 925; *Oğuzman/Öz*, s. 387; *Serozan* (İfa Engelleri), §17, N.7; *Yakuppur*, s. 100. İş sahibinin inşa ettirdiği gemiyi satacağının bilinmesine ilişkin istisna saklı kalmak üzere, gemiyi kendi ticari işlerinde kullanacak olan iş sahibi için geç teslim edilen geminin değerindeki düşmenin gecikme zararı olarak kabul edilmediği görülmektedir. Bu yönde genel açıklamalar için bkz. *Tandoğan* (Mesuliyet), s. 483; *Yakuppur*, s. 100.

⁴¹¹ *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2671; *Eren*, s. 1060. TBK m. 116 (BK m.100) uyarınca, gecikmeye tersanecinin çalışanları veya taşeronlarının sebep olması durumunda tersaneci, kusursuz olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bu durumda tersanecinin, gecikmenin önlenemeyecek bir dış olaydan kaynaklanıp, herhangi bir yardımcı kişi ne yaparsa yapsın önlenemeyeceğini ispat etmesi gerekir. Tersaneci, geminin vaktinde teslimi için gerekli olan her türlü özeni gösterdiğini ve gerekli tedbirleri aldığını ispat ederek gecikme tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir. Bkz. *Öz* (İnşaat), s.136-137; *Eren*, s. 1061.

⁴¹² *Eren*, s. 1059.

⁴¹³ *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2670; *Eren*, s. 1060; *Ayan*, S., s.185; *Ozanoğlu*, s. 75. Aynı yönde bkz. *Öz*, (İnşaat), s. 137.

⁴¹⁴ *Werz*, N. 325.

⁴¹⁵ *Gautschi*, Art. 364 N. 6f; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 72; *Ayan*, S., s.186; *Dirican*, s. 65.

süre için günlük bazda (*per diem*) bir miktar para ödemesine veya bir miktar paranın sözleşme bedelinden kesilmesine ilişkin kayıtlara sıklıkla yer vermektedir⁴¹⁶. Ancak bu tür sözleşme kayıtlarının, götürü tazminat mı, yoksa cezaî şart mı olduğunun tespiti çoğu zaman zordur⁴¹⁷.

Cezaî şart, borçlunun, borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle, alacaklıya önceden kararlaştırılmış ekonomik değer taşıyan bir edimin taahhüt edilmesidir⁴¹⁸. Cezaî şart, borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tazmin etmek ve borçlu üzerinde baskı kurarak onu usulüne uygun ifaya sevk etmek amacı taşır⁴¹⁹. Cezaî şartın talep edilebilmesi için, borçlunun borca aykırılıkta kusurlu olmasının gerekip gerekmediği konusunda öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir kısım yazarlar, borçlunun kusurlu olmasının gerekmediğini ileri sürmekle birlikte⁴²⁰, ağırlıkta olan ve katıldığım görüşe göre, cezai şartın talep edilebilmesi, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ihlâl ederken kusurlu

⁴¹⁶ *Curtis*, s. 61; *Clarke*, s. 137. İnşaat sözleşmelerinde, eserin ifa tarihinde teslim edilmesinin taşıdığı büyük önem nedeniyle, işi zamanında teslim etmeyen yüklenicinin gecikme süresine bağlı olarak belirli bir miktar para ödemesine ilişkin kayıtlara yer verilmektedir. *Gauch*, N. 692; *Bühler*, Art. 366, N. 57; *Tandoğan* (C. II), s. 135, *Aral*, s. 353; *Ozanoğlu*, s. 76; *Kocaağa*, K.: “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, *TBB Dergisi*, S. 74, Yıl 2008, s. 149. Cezai şart sözleşmenin ihlali erteleyici şartına bağlı bir edimtaahhüdüdür. *Tunçomağ*, K.: *Türk Hukukunda Cezai Şart*, İstanbul 1963, s. 50; *Oğuzman/Öz*, s. 898; *Günay*, C. I.: *Cezai Şart*, Ankara 2001, s. 75; *Ekinci*, H.: *Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart*, Ankara 2004, s. 38; *Dirican*, s. 16. Buradaki erteleyici şart, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ya da zamanında veya belirlenen yerde ifa edilmemesidir. Bkz. *Ozanoğlu*, s. 78. İnşaat sözleşmelerindeki cezai şartta erteleyici şarta bağlanan edim taahhüdü, kural olarak teslim borcuna aykırılıktır. Ancak cezai şartın bunun dışındaki borca aykırılıklar için de kabulü mümkündür. Bkz. *Gauch*, N. 692; *Ayan*, S., s. 194. Sözleşme görüşmelerinde tarafların cezai şartın miktar ve üst sınırı ile iş sahibine sağladığı haklar ve iş sahibine sözleşmeyi feshetme yetkisi tanınması için sarf edilmesi gereken ceza döneminin süresi gibi unsurları üzerindeki anlaşmalarına bağlı olarak cezai şart hükümleri şekillenmektedir. Teslim borcuna aykırılık için düzenlenen ve sözleşmenin diğer ihlallerine bağlanan cezai şart hükümleri bir arada uygulanabilmektedir. Bkz. *Curtis*, s. 61.

⁴¹⁷ *Ozanoğlu*, s. 81; *Ayan*, S., s. 203-204. Benzer yönde bkz. *Kocaağa* (Götürü Tazminat), s. 149,152; *Gauch*, N. 710; *Fischer*, T.: *Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz*, Zürich 1998, s. 161; *Ozanoğlu*, s. 87; *Ayan*, S., s. 203-204; Bu zorluğa işaret eden İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. *Kocaağa* (Götürü Tazminat), s. 152; dn. 12; *Fischer*, s. 150 vd. Aynı şekilde bu zorluğun Yargıtay içtihatlarına da yansdığı görülmektedir. Bazı kararlarda öngörülen cezai şart, diğerlerinde ise götürü tazminatın varlığı kabul edilmiştir. *Ayan*, S., s. 204; *Kocaağa* (Götürü Tazminat), s. 149-150. Cezai şarta ilişkin kararlar için bkz. *Ayan*, S., s. 204, dn. 151. Götürü tazminata hükmedilen kararlar için bkz. *Ayan*, S., s. 205, dn. 152.

⁴¹⁸ *Tunçomağ* (Cezai Şart), s. 6; *Ozanoğlu*, s. 77; *Uçar*, S.: *Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması*, İstanbul 1993; s. 12; *Kocaağa* (Götürü Tazminat), s. 150; *Eren*, s. 1133; *Dirican*, s. 15-16.

⁴¹⁹ *Ozanoğlu*, s. 91; *Dirican*, s. 26. *Erdem*, M.: “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Ankara 2009 s. 102; *Günay*, s. 74-75. *Kocaağa*, K.: *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m. 158-161)*, Ankara 2003, s. 42-46.

⁴²⁰ *Eren*, s. 1139. Bu görüşün İsviçre Hukukundaki savunucuları için bkz. *Eren*, s. 1139, dn. 21.

olmasına bağlıdır⁴²¹. Ancak burada Türk Borçlar Kanununun 112. maddesinde borçlu aleyhine öngörülen kusur karinesi uyarınca, borçlunun kusurlu olduğunu alacaklı ispatla yükümlü olmayıp, borçlu kusursuzluğunu ispat ederek cezai şart ödemekten kurtulabilir; meğerki sözleşmede borçlu kusursuz da olsa cezai şart ödeneceği kararlaştırılmış olsun⁴²². Buna karşılık, cezaî şartın ödenmesi, alacaklının zarara uğraması şartına bağlı olmayıp, borcun ihlâli yeterlidir; alacaklının cezaî şartı aşan zararlarını talep etmesi ise, hem cezaî şartla karşılanmayan zararlarının varlığını, hem de borçlunun borca aykırı davranışında kusurlu olduğunu ispatlaması koşuluna bağlıdır⁴²³. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 180. maddesinin II. fıkrasında⁴²⁴ “alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez” denilerek, Kanunun 112. maddesinde öngörülen kusur karinesine bir istisna getirilmiştir.

Sözleşmeye aykırılık durumunda tazmin edilmesi gereken muhtemel zararın miktarının taraflarca önceden belirlenmesi olarak tanımlanan götürü tazminat ise, somut zararın miktarı konusunda ileride doğabilecek bir ihtilafın ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır⁴²⁵. Götürü tazminatta alacaklı, zararın oluşup oluşmadığını, oluşmuşsa kapsamını ve zararın miktarını ispat yükünden kurtulur. Ancak götürü tazminatın talep edilebilmesi, cezai şarttan farklı olarak, yine de bir zararın varlığını gerektirir; borca aykırılıkta herhangi bir zararın gerçekleşmediğini ispatlayan borçlu sorumluluktan kurtulur⁴²⁶.

⁴²¹ Öz (İnşaat), s.138; Bucher, § 29, s. 470; Ozanoğlu, s. 107; Kılıçoğlu, s. 634; Werz, N. 339; Kurt, s. 224. Buradaki kusur şartının, TBK m. 182/II (İBK m. 163/II)'den çıkarıldığı yönünde bkz. Koller (Allgemeiner Teil), § 81, N. 31, s. 1321. Aksi görüşte olan Gautschi'ye göre, eserin teslimindeki gecikme için uygulanacak cezai şartın kusur şartına bağlı tutulması iş sahibinin menfaatlerine uygun düşmeyeceğinden, kusur ancak sözleşmede açıkça şart koşulmuşsa aranmalıdır. Bkz. Gautschi, Art. 364, N. 6 g.

⁴²² Tunçomağ (Cezai Şart), s. 102; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 360; Kılıçoğlu, s. 635; Dirican, s. 34; Koller (Allgemeiner Teil), § 81, N. 31, s. 1321.

⁴²³ Dirican, s. 35, 36. Ayrıca iş sahibi, ifanın kabulü anında, cezai şartı talep ettiğine dair hakkını saklı tutmalıdır; aksi takdirde iş sahibinin, cezai şart hakkından feragat ettiği kabul edilir. Gauch, N. 700; Tunçomağ (Cezai Şart), s. 115; Ozanoğlu, s. 109; Kocaağa (Götürü Tazminat), s. 151; Selici (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 76; Erman (İnşaat), s. 86; Ayan, S., s. 201; Dirican, s. 30. Saklı tutma beyanının gerekmeceği haller için bkz. Gauch, N. 705-706; Ayan, S., s. 202 - 203. Götürü tazminatta ise iş sahibi, bunu talep hakkını saklı tutmamış olsa bile, sonradan zamanaşımı süresi içerisinde götürü tazminatı isteyebilir. Ozanoğlu, s. 86; Kocaağa (Götürü Tazminat), s. 151. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Kostakoğlu, s. 542 - 544.

⁴²⁴ BK m. 159/II.

⁴²⁵ Ozanoğlu, s. 90; Tunçomağ, s. 23; Ekinci, s. 46.

⁴²⁶ Erdem, 108.

Götürü tazminat, cezai şarttan farklı olarak, borçlunun borcuna uygun davranmasını temin etmek veya borcuna uygun davranmasına yönelik baskı altına almak gibi bir amaca sahip değildir⁴²⁷. Bu nedenle borca aykırılık nedeniyle doğması muhtemel tazminat miktarını, önceden belirli bir miktar olarak belirlemeyi amaçlayan sözleşme kayıtlarının, götürü tazminat; bu muhtemel tazminatı belirlemek dışında, borçlunun borcuna uygun davranmasını sağlamayı amaçlayan kayıtların ise cezaî şart olarak nitelendirilmesi gerektiği öğretide ifade edilmektedir⁴²⁸. Dolayısıyla gemi inşa sözleşmesinde, gecikilen her gün için belli miktar paranın ödenmesine ilişkin bu tür sözleşme kayıtlarının hukukî niteliğinin tayininde, sözleşme ilişkisinde tarafların söz konusu kayıtlar ile ulaşmaya çalıştıkları amacın belirlenmesi gerekir.

b) Aynen İfayı Reddederek Müspet Zararın Tazminini Talep Hakkı

İş sahibinin tersanecinin temerrüdü üzerine talep edebileceği diğer bir hakkı, Türk Borçlar Kanununun 125 maddesinin 2. fıkrası uyarınca, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararlarının tazmin edilmesidir. Bu hakkı kullanmak isteyen iş sahibi, tersaneciye uygun bir süre vermelidir⁴²⁹. Tersaneciye tanınacak uygun süre, inşaatın

⁴²⁷ *Erdem*, borca aykırılık durumunda ödeyeceği miktarın somut olarak bilen borçlunun soyut bir tazminat yükümlülüğünden daha ağır bir psikolojik etkisi olabileceğini ve fakat bu etkinin götürü tazminatın amacı olarak kabulünün mümkün olmadığını savunmaktadır. Bkz. *Erdem*, s. 102. Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre; gerçek zararların yerine geçen götürü tazminat, baskı aracı olarak da kullanılabilir. Sözleşmeye aykırılığı durumunda sözleşmede belirtilen götürü tazminatı ödeyecek olan borçlu, borca aykırılığın sonuçları hakkında bilgilendirilmekte ve uyarılmaktadır. Borçlunun borca aykırılığını somutlaştıran götürü tazminat aslî fonksiyonu olan ispat kolaylığı yanında borçlu üzerinde bir baskı unsuru da bulunmaktadır. Bkz. *Fischer*, s. 12.

⁴²⁸ *Gauch*, N. 710; *Erdem*, s. 122 - 123; *Ozanoğlu*, s. 92; *Kocaağa* (Götürü Tazminat), s. 154. Bu kıstasın açıkça benimsendiği İsviçre Federal Mahkemesi kararının (BGE 122 III, 420 vd.) tam metni için bkz. *Ozanoğlu*, s. 97-99, dn. 98. Bu temel kıstasın yanında borca aykırılık halinde sözleşme kaydının arz edeceği işlev, bir zararın gerçekleşmesinin dikkate alınması ve tazminatın arz ettiği kesinlik gibi diğer kıstaslar da kabul edilmektedir. Buna göre sözleşmeye aykırılığı şartına bağlanan edimin bir zararın varlığına tabi kılınması, sözleşme kaydına götürü tazminat niteliği verecekken edimin zarardan bağımsız olması durumunda cezai şarttan söz edilecektir. Sözleşme kaydı ile kararlaştırılan miktarın muhtemel zarardan çok yüksek olması durumunda cezai şartın varlığı kabul edilir. Buna karşılık bu miktarın muhtemel zarara yakın olması durumunda ise götürü tazminattan söz edilir. Bkz. *Erdem*, s. 123.

⁴²⁹ *Eren*, s. 1066. Borçlunun davranışlarından ek süre verilmesinin faydasız olduğunun anlaşılması halinde (örneğin borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini açıkça bildirmiş olması veya borcun ifasını kabul edilemez şartlara bağlamış olması yahut verilen sürede kalan işlerini tamamlayamayacağı anlaşılıyorsa) ek süre tayin edilmesi gereksizdir. Bkz. *Eren*, s. 1068; *Tandoğan* (Mesuliyet), s. 497; *Buz*, s. 108, dn. 188; *Havutçu*, s. 49-50; *Werz*, N. 356. Ayrıca edimin alacaklı yönünden faydasız hale gelmesi ve teslim tarihinin kesin vadeli olarak belirlenmiş olması durumlarında iş sahibi, ek süre tayin etmeksizin, seçimlik haklarını kullanabilir. *Eren*, s. 1069. Ancak teslim tarihi geçtikten sonra edimin alacaklı yönünden faydasız hale gelmesi, inşaat projelerinde pek söz konusu olmaz. Bkz. *Werz*, N. 357.

teslim tarihindeki durumu itibariyle tecrübeli bir tersanecinin, yeterli işgücü ve araç gereçleri kullanarak sağlayacağı iş temposuna göre, gemiyi teslimde hazır hale getirmesi için gerekli süre olarak kabul edilmelidir⁴³⁰. Tayin edilen ek süre yetersiz derecede kısa ise, süre tayini geçersiz sayılmayıp ifa için gerekli olan makul süre esas alınır⁴³¹; fakat tersaneci kısa olan ek süreye itiraz etmezse, bu süreyi uygun kabul ettiği varsayılır⁴³².

İş sahibi, aynen ifadan vazgeçme iradesini, tersaneciye derhal bildirmelidir; aksi takdirde aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatını istediği kabul olunur⁴³³. İş sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararını talep etmesi, sözleşmeyi ortadan kaldırmayıp sadece içeriğini değiştirir; tersanecinin asli edim borcunun yerini tazminat ödeme borcu (tâli edim) alır⁴³⁴. Bu kapsamda talep edilen müspet zarar, iş sahibinin, borçlanılan edimin ifa edilmemesi yüzünden uğradığı zarardır. Burada amaç, iş sahibinin ifaya olan menfaatini eksiksiz biçimde sağlamak olduğu için müspet zarar, geminin kullanılmamış olmasından doğan ve gecikme ile uygun illiyet bağı bulunan bütün zararları kapsar. Buna göre müspet zarar, edimin ifadan vazgeçildiği zamanki değeri ile gecikmeden doğan zarar olmak üzere iki unsurdan oluşur⁴³⁵. İş sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmesi, sözleşmeyi sona erdirmediği için iş sahibinin karşı edim borcu da varlığını sürdürür⁴³⁶. Bu nedenle iş sahibi, tersaneciden talep ettiği müspet tazminat alacağından, kendi taahhüt ettiği ancak henüz ödemediği bedeli mahsup ederek geriye kalan kısmı talep edebilir⁴³⁷; ancak daha evvel ödediği kısmı geri alamaz⁴³⁸.

⁴³⁰ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 70-71.

⁴³¹ *Eren*, s. 1068; *Tandoğan* (Mesuliyet), s. 495; *Tandoğan* (C. II), s. 132-133; *Buz*, s. 107; *Barlas*, s. 119; *Havutçu*, s. 64. Aksi görüşte bkz. *Oğuzman/Öz*, s. 404.

⁴³² *Tandoğan* (Mesuliyet), s. 495 - 496; *Tandoğan* (C. II), s. 133; *Werz*, N. 354.

⁴³³ *Eren*, s. 1071.

⁴³⁴ *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2767; *Eren*, s. 1072; *Tandoğan* (Mesuliyet), s. 502; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 962; *Buz*, s. 108-109; *Werz*, N. 365.

⁴³⁵ *Gauch/Schlupe/Emmenegger*, N. 2770, 2772; *Eren*, s. 1073; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 852; *Oğuzman/Öz*, s. 393; *Havutçu*, s. 73 vd.

⁴³⁶ *Kurt*, s. 276.

⁴³⁷ *Eren*, s. 1073; *Kurt*, s. 277; *Werz*, N. 365.

⁴³⁸ *Havutçu*, s. 91-92; *Kurt*, s. 279.

c) *Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazminini Talep Hakkı*

i. *Sözleşmeden Dönme*

İş sahibi, Türk Borçlar Kanununun 125. maddesinin son fıkrası uyarınca, müspet zararının tazminini istemek yerine sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini de talep edebilir⁴³⁹. Sözleşmeden dönmek isteyen iş sahibi, ek süre tayin etmeli ve en geç tayin ettiği ek sürenin sonunda, aynen ifadan vazgeçtiğini tersaneciye bildirmelidir. Sözleşmeden dönme, bu yöndeki beyanın tersaneciye varmasıyla birlikte, sözleşmenin, geçmişe etkili olarak (*ex tunc*)⁴⁴⁰ yani kurulduğu andan itibaren ortadan kalkması ve tarafların taahhüt ettikleri edimlerin (hala varsa) karşılıklı olarak sona ermesi sonucunu doğurur⁴⁴¹. Böylece iş sahibinin ifayı talep etme hakkı, tersanecinin de ücret talep etme hakkı sona erer ve sözleşme kapsamında daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi gerekir⁴⁴².

Dönme hakkının kullanılmasının sözleşmenin geçerliliğine olan etkileri öğretide oldukça tartışmalıdır. *Klasik dönme teorisine* göre, dönme hakkının kullanılması, taraflar arasındaki sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. Hiç var olmamış bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlar da hiç doğmamış duruma gelir. Ancak dönme, geçmişe etkili olarak borç ilişkisini (taahhüt işlemleri) ortadan kaldırırsa bile, aynı hak geçiren tasarruf işlemleri geçerliliğini korur. Bu nedenle aynı hakların iadesi sebepsiz zenginleşme kurallarına göre olur⁴⁴³. *Kanuni borç ilişkisi teorisine* göre, dönme hakkının kullanılması ile sözleşme, kurulma anından itibaren ortadan

⁴³⁹ Eren, s. 1075.

⁴⁴⁰ İşin vadesinde yetiştirilemeyeceğinin anlaşılması üzerine iş sahibine tanınan erken dönme hakkının, tersanecinin kusurunun olduğu hallerde, ileriye etkili fesih olarak kullanılabilmesine ilişkin görüş (bkz. Dördüncü Bölüm IV B 2) burada da geçerlidir.

⁴⁴¹ Gauch, N. 683; Tandoğan (C. II), s. 178; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 161; Burcuoğlu, s. 289; Schlatter, s. 61; Klauser, s. 46. Sözleşmeden dönmenin yükümlülükleri sona erdirici etkisi, aslı edim borçları ile sınırlı olmayıp yan edim yükümlülükleri ve ifaya yardımcı yan yükümlülükler de sona erer. Buna karşın kaynağını TMK m. 2'den alan aydınlatma ve muhafaza yükümlülükleri, dönmeden sonra dâhi, iade yükümlülükleri bakımından varlıklarını sürdürürler. Bkz. Buz, s. 157.

⁴⁴² Gauch, N. 683; Tandoğan (C. II), s. 178. İade borcu kapsamında yüklenici, daha evvel aldığı ücret ödemelerini iade etmek durumundayken, iş sahibi de eseri iade etmek durumundadır. Ücretin iadesi faizlerin; eserin iadesi ise iade anına kadar elde edilen faydaların iadesini gerektirir. Gauch, N. 1535; Bühler, Art. 368, N. 61,62; Tandoğan (C. II), s. 178; Lenzlinger Gadiant, s. 116; Yavuz/Acar/Özen, s. 345. Sözleşmeden dönülmesi üzerine daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi, aynı anda (*zug um zug*) ifa esasına uygun olarak yerine getirilir. Gauch, N. 1538; Bühler, Art. 368, N. 56; Aral, s. 363; Zindel/Pulver, Art. 368, N. 28; Klauser, s. 46; Gümüş (C. 2), s. 124.

⁴⁴³ Öz, s. 39; Oğuzman/Öz, s. 415; Tunçomağ (C. II), s. 1088; Ulusan, s. 75 vd., s. 77, dn.52.

kalkar. Ancak dönme üzerine tarafların iade istemleri, sebepsiz zenginleşmeye göre değil, Türk Borçlar Kanununun 125. maddesine dayanır ve taraflar arasında kanuni bir borç ilişkisi doğar. Dönme üzerine açılacak iade davası ise sebepsiz zenginleşmeye değil, fakat bizatihi sözleşmeye dayanır⁴⁴⁴. *Yeni dönme kuramına* göre, dönme işlemi sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmayıp, onu sadece bir akdi tasfiye ilişkisine dönüştürmektedir. Dönme ile henüz yerine getirilmeyen aslî edim yükümlülükleri sona ererken yerine iade yükümlülükleri geçer. Dönme sadece borçlandırıcı işlemi etkiler ve aynı hakların geçerliliğine dokunmaz⁴⁴⁵. Bu konuda bizim de katıldığımız *ayni etkili dönme teorisine* göre, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili gücü, sadece borçlandırıcı işlemi değil, aynı zamanda dönülen sözleşmenin ifası amacıyla yapılan tasarruf işlemlerini de etkiler⁴⁴⁶. Dönme beyanının karşı tarafa varmasıyla hukukî sebep, yani dönülen sözleşme, hem henüz ifa edilmemiş edim yükümlülükleri, hem de daha önce yerine getirilmiş edimler bakımından ortadan kalkar⁴⁴⁷. Daha önce yerine getirilen maddi edimlerin iadesi, sebebe bağlılık ilkesinin doğal bir sonucu olarak, ilk planda istihkak davası ile işleme, karışma, birleşme ve iyiniyetli üçüncü şahısların iktisabı halinde ise sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilebilir⁴⁴⁸.

Gemi inşa sözleşmesi gibi, yüklenicinin hâkimiyet alanında hazırlanıp iş sahibine verilecek eserlerde, teslim gerçekleşmedikçe iş sahibinin kural olarak her hangi bir iade borcu doğmaz⁴⁴⁹. Bu nedenle iade borcunun genellikle yüklenici açısından ele alınması gerekir. Gemi inşa sözleşmesinde iş sahibinin bedel ödeme borcu, genellikle belli miktar paranın ödenmesinden ibaret olduğu için tersanecinin iade borcunun temelini, bu paranın iadesi oluşturur. Tersaneci, dönme anına kadar iş sahibinden

⁴⁴⁴ Tekinay /Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 967-968; Gümüş (C. 2), s. 78-79.

⁴⁴⁵ Gauch, N. 684; Serozan, R.: *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 2007, s. 78 vd.; Serozan (İfa Engelleri), § 17, N. 14; Eren, s. 1077 - 1079; Seliçi, Ö.: *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Ankara 1976, s. 210; Seliçi (İnşaat), s. 77; Şenocak, s. 48-49; Havutçu, s. 66. Alman ve İsviçre hukuklarında bu görüşü savunan diğer müellifler için bkz. Buz, s. 123, dn. 22; Ayan, S., s. 267 -268, dn. 398-399.

⁴⁴⁶ Buz, s. 121. Aksi yönde bkz. Tandoğan (C. II), s. 179.

⁴⁴⁷ Buz, s. 121.

⁴⁴⁸ Buz, s. 121.

⁴⁴⁹ Öz, s. 226. Bu gibi durumlarda eserin iadesi, genellikle teslimden sonra ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme veya keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle sözleşmeden dönme durumlarında söz konusu olur. Bkz. Öz, s. 226.

aldığı paranın tamamı ile ifa tarihinden itibaren işleyecek olan kanunî faizini⁴⁵⁰ ve iş sahibi tarafından verilen malzemeyi iade etmek durumunda kalabilir. Tersanecinin iade borcunun kapsamı, daha evvel yapılan ara ödemeler veya iş sahibi tarafından tedarik edilmiş fakat gemiye henüz monte edilmemiş malzeme açısından zorluk arz etmez. İş sahibi yaptığı ödemelerin ve malzemesinin iadesini istihkak davası ile talep edebilir.

Ancak iş sahibi tarafından verilen malzemenin (şartnameli gemi inşa sözleşmesi) gemiye monte edildiği ve demontajın mümkün olmadığı ya da büyük ölçüde faydasız olduğu durumlarda, iade borcunun kapsamının belirlenmesi zorluk arz edebilir. Bu takdirde “işleme” söz konusu olduğundan öncelikle, belli bir seviyeye kadar inşa edilmiş olan ve mülkiyeti iş sahibine ait olan⁴⁵¹ yapının mülkiyetinin sözleşmeden dönme beyanı sonrasında hangi tarafa ait olduğu tespit edilmeli ve iade borcu buna göre belirlenmelidir.

Dönmenin sözleşmenin geçerliliğine olan etkisi ile yakın bir ilişki içerisinde olan bu konunun çözümü, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin öğretide anılan teorilerin iade borcunun kapsamını tanımlamakta yetersiz kalması⁴⁵² ve Türk Borçlar Kanununda konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle oldukça güçtür. Ancak, aynı etkili dönme görüşü doğrultusunda aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

Şartnameli gemi inşa sözleşmesinde iş sahibi, geminin mülkiyetini, tersaneci ile bir gemi inşa sözleşmesi akdetmek ve bu sözleşmede malzemeyi vermek suretiyle iktisap etmektedir. İş sahibinin bu iktisabı, eser sözleşmesinde hukukî taşıyıcı hükümleri uygulanırken, “yüklenici”nin değil, fakat malzemeyi tedarik eden “iş sahibi”nin “işleyen” olarak değerlendirilmesinin bir sonucudur. Şartnameli inşada mülkiyet en baştan itibaren iş sahibine ait olduğundan, bu tür sözleşmelerde herhangi

⁴⁵⁰ *Buz*, s. 237; *Ayan*, S., s. 266.

⁴⁵¹ *Öz*, s. 226. Gemi inşa sözleşmesinde mülkiyetin iadesi, malzemenin tersaneci tarafından tedarik edildiği götürü inşa türünde pek bir özellik arz etmez. Nitekim bu halde tersaneci, geminin tesliminden önce mülkiyeti haizdir. Ancak malzemenin iş sahibi tarafından tedarik edildiği durumda mülkiyet zaten iş sahibine ait olduğundan sözleşmeden dönme sonucunda mülkiyetin tersaneciye iade edilip edilemeyeceği sorunu doğmaktadır.

⁴⁵² *Buz*, s. 133. Ayrıca dönme sonrası ortaya çıkan iade borçlarının kapsamının Borçlar Kanununun sistemini bozmadan açıkça kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gerekliliği öğretide ifade edilmektedir. *Buz*, s. 151. Malesef TBK’da da bu konuda ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Alman Medeni Kanununun 346. maddesinde ise sözleşmeden dönme halinde iade borcunun kapsamı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

bir tasarruf işlemi ve dönme beyanı üzerine bu tasarruf işleminin ortadan kalkmasından bahsedilemez. Ancak aradaki sözleşme ilişkisinin ortadan kalkması, iş sahibinin artık “işleyen” olarak değerlendirilmesini imkânsız kıldığından, hukukî tağyir hükümleri uygulanırken “işleyen”, tersaneci olarak kabul edilerek mülkiyetin kime ait olduğu tespit edilir⁴⁵³.

Buna göre şartnameli gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine yapılacak değerlendirmede, malzemenin değeri fazla ise iş sahibinin, emeğin değeri fazla ise tersanecinin malik olduğu kabul edilmelidir. Mülkiyet iş sahibine aitse, iş sahibi yapının iadesini isteyebilecek; tersaneci ise emeğinin karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilecektir. Mülkiyet tersaneciye aitse, iş sahibi henüz tersanecinin elinde bulunan yapının kendisine iadesini isteyemeyecektir. Ancak iş sahibince Türk Medeni Kanununun 775. maddesi uyarınca, sebepsiz zenginleşme talebiyle malzemesinin değeri ve tersanecinin kusuru varsa uğradığı zararların tazmini talep olunabilir⁴⁵⁴.

ii. Menfi Zarar

Türk Borçlar Kanununun 125. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, iş sahibi, tersaneci kusurlu ise, sözleşmeden dönmenin yanında menfi zararının tazminini de talep edebilir⁴⁵⁵. Temerrüde kusuru ile düşmediğini ispat eden tersaneci, menfi zarar talebi bakımından sorumluluktan kurtulabilir⁴⁵⁶. Menfi zarar, iş sahibinin sözleşmeyi hiç yapmamış olsaydı içinde bulunacağı durum ile dönme sonrasındaki mevcut durum arasındaki farktır⁴⁵⁷.

Menfi zararın kapsamını fiili zararlar ve yoksun kalınan kâr (kaçırılan fırsat) oluşturmaktadır. Sözleşmenin kurulması için yapılan noter, yazışma, telefon, seyahat,

⁴⁵³ Öz de, iş sahibinin dönme beyanı üzerine, malzemesi iş sahibi tarafından sağlanan eserlerin iade borcunu incelerken hukuki tağyir hükümlerinden hareket edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Öz, s. 236.

⁴⁵⁴ Öz, s. 237.

⁴⁵⁵ Buna karşın sözleşmeden dönmenin, dönme hakkını kullanan tarafın malvarlığında fiili bir artış meydana getirmiş olması veya meydana gelebilecek bir azalmaya engel olması durumunda, bu tür faydaların menfi zarar hesaplanırken zarardan düşülmesi gerekir. Denkleştirme adı verilen bu mahsup işleminde denkleştirilecek yararların, zarara sebebiyet veren olayla uygun illiyet bağı içinde olması gerekir. Bkz. Buz, s. 272-273.

⁴⁵⁶ Tandoğan (C. II), s. 141; Buz, s. 110-111; Öz, s. 32; Oğuzman/Öz, s. 405; Oser/Schönenberger, Art. 109 OR, Nr. 8; Ayan, S., s. 252.

⁴⁵⁷ Buz, s. 240-241; Öz s. 284-285; Ayan, S., s. 278.

konaklama masrafları ve sözleşmenin kuruluşuna aracılık eden brokerlere ödenen komisyon ücretleri fiili zarar kapsamında sayılır⁴⁵⁸. Edimin ifası için yapılan harcamalar, borç ilişkisinin tasfiyesinden doğan masraflar ve iş sahibinin üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminat, cezai şart gibi diğer masraflar da fiili zarar kapsamındadır⁴⁵⁹. Gemi inşa projesinin finansmanı için iş sahibinin aldığı kredilere ödediği faizler ve malzemenin temini için üçüncü kişilerle yapılan sözleşmeler nedeniyle yapılan masraflar bu tür zarara örnektir. İş sahibinin menfi zararına ilişkin, tazminatın kapsamı belirlenirken göz önünde tutulacak kâr, dönülen sözleşmenin ihtiva ettiği kâr değil, dönülen sözleşmenin yapılması nedeniyle iş sahibinin başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmaması nedeniyle yoksun kaldığı kârdır⁴⁶⁰.

3- Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi

Tip gemi inşa sözleşmelerinde tersanecinin teslim borcunda temerrüde düşmesi, temerrüdün şartları bakımından Türk Borçlar Kanununda yer alan düzenlemelerden pek bir farklılık göstermemekle birlikte, özellikle temerrüde engel olan sebeplerin ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi ve temerrüdün sonuçları bakımından genel hükümlerden ayrılmaktadır.

⁴⁵⁸ *Buz*, s. 243-244.

⁴⁵⁹ *Buz*, s. 244-245; *Ayan*, S., s. 279; *Öz* s. 288; *Öz* (İnşaat), s. 154-155.

⁴⁶⁰ *Buz*, s. 246 - 247. 17.11. 1990 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararından sonra verilen kararlarda, isabetli bir şekilde, bu esasın kabul edildiği yönünde bkz. aynı yazar, s. 248, dn. 35. Fiili zarar kalemlerinin ispatındaki kolaylığın aksine yoksun kalınan karın tam olarak ispatı çoğu zaman mümkün olmamaktadır. *Öz*, iş sahibinin kaçırdığını iddia ettiği somut bir sözleşme teklifini kanıtlaması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. *Öz*, s. 290. Bun karşın doktrindeki hâkim görüşe ve Yargıtay'ın son zamanlarda verdiği kararlarda benimsenen esasa göre, iş sahibinin dönülen sözleşmeyi yapması nedeniyle başka bir sözleşme önerisini reddettiğini somut olarak ispat etmesi gerekmemektedir. Bkz. *Buz*, s. 253, dn. 41'de anılan yazarlar ve s. 255, dn. 462'de anılan kararlar; *Ayan*, S., s. 279-280; Bu durumda iş sahibi, dönülen sözleşmenin yapıldığı sıradaki ortalama sözleşme fiyatları ile dönme tarihindeki ortalama sözleşme fiyatları arasında bir farkın bulunduğu ispat ederek, bunu menfi zarar olarak talep edebilir. İş sahibi ayrıca, dönülen sözleşme olmasaydı dâhi, geminin inşası için diğer bir tersaneciyle gemi inşa sözleşmesi yapacağını da kanıtlamak zorundadır. Bkz. *Ayan*, S., s. 280. İş sahibinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönen tersaneci de, başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırdığını somut olarak ispatlayamasa bile, onun gemi inşa sektöründe sahip olduğu saygınlığının, daha önce yaptığı işlerin ve o anda piyasada hâkim olan koşulların göz önünde tutulması sonucunda benzer bir sözleşme yapma imkânına kanaat getirildiği takdirde, yoksun kalınan kar niteliğindeki menfi zararın tazmini talebinin kabulü gerekir. Bkz. *Buz*, s. 254.

a) *Temerrüdün Şartları*

i. Teslimde Gecikme Olması

Tip sözleşmelerde, tersanecinin hangi koşullarda temerrüde düşeceği ayrıca belirtilmemektedir. Bu nedenle tersaneci, teslim tarihinin genellikle belirli vadeli olması yüzünden, vade günü geldiğinde gemiyi teslim etmemesi nedeniyle ihtara gerek olmaksızın mütemerrit olur⁴⁶¹. Genel hükümlere uygun olarak tip sözleşmelerde de tersanecinin temerrüde düşmesi için kusur aranmamıştır. Ancak AWES'te temerrüdün sonuçlarını düzenleyen ilgili maddede, gecikmenin “tersaneciye yükletilebilen nedenlerden” (*for causes for which the Contractor is liable*) kaynaklanması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca ifa imkânsızlığı söz konusu ise veya haklı gecikme varsa tersanecinin temerrüdü söz konusu olmaz. Gecikmenin hangi hallerde haklı gecikme olarak kabul edildiği tip sözleşmelerde açıkça düzenlenir.

ii. Gecikmenin “Kabul Edilebilir” Olmaması

Tip sözleşmelerde, “kabul edilebilir gecikme” (*Permissible Delay*) sebepleri ayrıntılı bir şekilde belirtilmekte ve bu gibi gecikmelerin tersaneci temerrüdüne engel olduğu düzenlenmektedir. Diğer bir ifadeyle tip sözleşmelere göre, tersanecinin temerrüdü, *kabul edilebilir gecikmenin bulunmaması* olumsuz şartına bağlıdır. Tip sözleşmelerde, mücbir sebep, ek iş, iş değişikliği gibi sebepler kabul edilebilir gecikme olarak anılmaktadır:

aa) Mücbir Sebepler

SAJ, siyasî, teknik ve doğal afetlerden (özellikle hava koşullarından) kaynaklanan pek çok mücbir sebep ihtiva etmektedir. Bunlar; “*devlet kurumlarının müdahalesi, savaş, kuşatma, devrim, isyan, ayaklanma, seferberlik, kargaşa, grev, sabotaj, lokavt, işgücü açığı, veba, salgın hastalık, yangın, sel, tayfun, kasırga, fırtına veya önceden beklenmeyen olumsuz hava koşulları, deprem, dev dalgalar, heyelan, yıldırım, ambargo, taşımadaki gecikmeler, tersanecinin sipariş zamanında makul bir şekilde teslim tarihinde teminini öngörmüş olması koşuluyla, ekipman ve malzeme açığı,*

⁴⁶¹ SAJ Art. III-1 (e).

veya bunların teslimindeki gecikme ve elverişsizlikler, elektrik ve petrol gibi enerji kaynaklarındaki uzun süreli kesinti ve kısıntılar, tersanenin veya tesislerinin yahut alt taşeronlarının tesislerinin yıkılması, geminin veya bir bölümünün yangın nedeniyle yok olması” halleridir⁴⁶². Ayrıca tersanecinin veya taşeronlarının kontrolünün dışında gerçekleşmesi durumunda benzeri diğer hallerden mazur görülen gecikmeler de mazur görülen gecikme sayılmaktadır. Diğer tip sözleşmelerde de bu hükme çok benzeyen düzenlemeler mevcuttur⁴⁶³.

Tip sözleşmelere göre, tersanecinin mücbir sebep nedeniyle teslim tarihinin ertelenmesini talep hakkı, mücbir sebebin, ortaya çıkmasından itibaren belirli bir süre içerisinde iş sahibine bildirilmesine bağlıdır⁴⁶⁴. Borçlar Kanunundaki genel prensipler ile uyum içinde olan böyle bir düzenlemenin sebebi, iş sahibine, gecikmeye yol açtığı iddia edilen sebepleri kontrol etme ve gecikmenin sonuçlarını engelleyici tedbirleri alma imkânı sağlamaktır⁴⁶⁵.

SAJ ve NSF’de, tersaneci için getirilen ihbar yükümlülüğü yanında, iş sahibine, bu bildirim alması üzerine, teslim tarihinin ertelenmesi talebine ilişkin kararını belirli bir süre içinde tersaneciye bildirmesi yükümlülüğü getirilmiştir⁴⁶⁶. Bu süre genellikle, tersaneciye tanınan ihbar süresi ile aynıdır. İş sahibinin, bu sürede cevap vermemesi, mücbir sebebe ilişkin olarak itiraz haklarından feragat ettiği anlamına gelir.

⁴⁶² SAJ Art. VIII.

⁴⁶³ AWES Art 6 (d); NEWBUILDCON Art. 34 ve NSF Art. IX. Bazı sözleşmelerde ek şartlara yer verilebilmektedir. Örneğin NEWBUILDCON Art. 34 (a) (ii) hükmüne göre, bu olayların tersaneci veya alt taşeronlarının hata, kusur, fiil veya ihmalden kaynaklanmamış olması; sözleşme tarihinde tersaneci tarafından öngörülmemiş veya öngörülmemiş olmasının beklenmesi; bunların geminin teslimine etkilerini ortadan kaldırmak veya en aza indirmek için tersanecinin gerekli makul tüm çabayı göstermiş olması ve ihbar yükümlerine uymuş olması gerekir. NSF Art. IX-1 (b) uyarınca, mücbir sebebin teslim tarihinden sonra ortaya çıkmış olup olmamasına bakılmaksızın tersanecinin mücbir sebep hallerine bağlanan haklardan yararlanacağı düzenlenmektedir. Mücbir sebep hallerini saymak için kullanılan dil, çoğu zaman olayın anlam ve kapsamını açıkça ifade etmekte ise de bazı terimlerin özel olarak yorumlanması gerekmektedir. Bu yönde ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Curtis*, s. 140 vd.

⁴⁶⁴ SAJ Art VIII-2: “...gecikmenin başlamasından itibaren 7 gün içinde...”; AWES Art 6 (d) 2: “...tersanecinin mücbir sebebi öğrenmesinden itibaren ... Gün içinde”; NSF Art IX p. 2: “Tersanecinin gecikmeye neden olan sebebi öğrendiği ya da öğrenmesi gerektiği andan itibaren 10 gün içinde...”; NEWBUILDCON Art. 34 (b): “...teslim tarihinin ertelenmesini talep etme yetkisi veren olayın ortaya çıkmasından itibaren 10 gün içinde...”. İncelenen tip sözleşmelerin hepsinde, gecikmeye neden olan olayın sona erdiği ve teslimin hangi tarihe ertelendiğinin de belirli bir zaman dilimi içerisinde alıcıya bildirilmesi gerektiği hususları yer almaktadır.

⁴⁶⁵ *Clarke*, s. 86.

⁴⁶⁶ SAJ Art. VIII-2; NSF Art. IX-2 (b).

bb) İş Değişiklikleri

Gemi inşa uygulamasında oldukça sık karşılaşılan ek iş ve iş değişikliği, tip sözleşmelerde detaylı olarak düzenlenmektedir. Bu konu, tip sözleşmelerde dört ihtimal göz önünde bulundurularak ele alınmaktadır. Bunlar iş sahibinin iş değişikliği talep etmesi üzerine iş sahibi ve tersanecinin bu konuda anlaşarak iş değişikliği uygulanması, tersanecinin iş değişikliği talep etmesi ve tarafların bu konuda anlaşması üzerine iş değişikliği uygulanması, tersanecinin kendiliğinden şartnamede küçük değişiklikler yapması ve son olarak sınıflama kuruluşları ve diğer idari kuruluşların talebi doğrultusunda iş değişikliği uygulanmasıdır.

İş değişikliği talep eden iş sahibi, tersaneciye yazılı olarak değişiklik talebini bildirmelidir. Tersaneci, talep edilen değişiklik, tersanedeki diğer plan ve programlarını olumsuz etkiliyorsa, iş sahibine yazılı bildirimde bulunarak bu talebi reddedebilir. Tersaneci, iş sahibinin değişiklik talebini kabul ederse, tarafların bu değişikliğin sözleşme fiyatı, teslim tarihi ve geminin kapasite, yakıt tüketimi, hız gibi özelliklerinde yaratacağı etkiler üzerinde yazılı olarak anlaşması gerekir⁴⁶⁷. Bu konularda uzlaşmaya varılmadığı takdirde, tersanecinin iş değişikliğini uygulama yükümlülüğü yoktur. Uzlaşma sağlanırsa, taraflar yeni teslim tarihinde de anlaşmış olduğundan iş değişikliği nedeniyle meydana gelecek gecikme haklı gecikme olarak kabul edilir.

İş değişikliği, tersanecinin talebi üzerine de gerçekleşebilir. Tersanecinin bu değişiklik talebini yazılı olarak iş sahibine bildirmesi ve tarafların ilgili sözleşme ve şartname değişiklikleri konusunda yazılı olarak anlaşmalarıyla iş değişikliği gerçekleştirilir ve iş değişikliği nedeniyle meydana gelen gecikme haklı gecikme kabul edilir⁴⁶⁸.

Bunun dışında tersaneci, gerekli gördüğü takdirde tesis şartlarına uygunluk sağlanması, malzeme ve teçhizata erişilebilirlik ve ileri üretim tekniklerinin kullanılabilmesi amacıyla geminin performansını etkilemeyecek küçük değişiklikleri

⁴⁶⁷ AWES Art. 3 (a); SAJ Art. V-1; NEWBUILDCON Art. 24(a), (b); NSF Art, VI-1.

⁴⁶⁸ AWES Art. 3 (a), (b); NEWBUILDCON Art. 24 (d); NSF Art, VI-1. Ayrıca NSF Art, VI-1 uyarınca, yazılı anlaşma olmadan iş değişikliği yapan veya yapılacak değişikliklerin sözleşme fiyatı ve teslim tarihinde uyarılama gerektireceğini iş sahibine ihbar etmeyen tersaneci teslim tarihinin ertelenmesini talep edemeyecektir.

yapma imkânına sahiptir. Bu hakkın kullanılması SAJ, NEWBUILDCON ve NSF’de iş sahibinin onayına tabi tutulmuşken, AWES’te bu tür bir onay aranmamaktadır⁴⁶⁹.

Son olarak, ilgili sınıflama kuruluşları veya düzenleyici diğer kuruluşların, sözleşmeye konu geminin inşasına ilişkin olarak belirlediği sınıf, kural veya düzenlemelerde değişiklik yapması, şartname veya sözleşmede değişiklik yapma zorunluluğunu doğurabilir. Böyle bir değişiklikten haberdar olan taraf, diğer tarafı yazılı olarak bilgilendirir ve gerekmesi halinde, tarafların sözleşme fiyatı, teslim tarihi gibi sözleşme ve şartname hükümlerinde gerekli değişiklikler konusunda yazılı olarak anlaşmaları üzerine tersaneci değişiklikleri gemiye tatbik eder^{470,471}. Bu tür iş değişikliklerine dair yapılan anlaşmalarda, değişiklikler ilave süreyi gerektiriyorsa, yeni teslim tarihi de belirlenir.

cc) Diğer Sebepler

Tip sözleşmelerde mücbir sebep, ek iş ve iş değişikliğinin yanında diğer bazı sebepler de haklı gecikme olarak kabul edilmektedir. Bunlar arasında, iş sahibi tarafından tedarik edilmesi gereken malzemenin tersaneye geç teslim edilmesi⁴⁷², iş sahibinin ödemeleri geciktirmesi⁴⁷³, iş sahibinin sözleşmede yer alan diğer yükümlülüklerini yerine getirmemesi⁴⁷⁴, tamamen telef olan yapı halindeki geminin

⁴⁶⁹ SAJ Art. V-1, n. 14-17; NEWBUILDCON Art. 25, n. 511-516; NSF Art. VI-1; AWES Art. 3 (b) p. 2.

⁴⁷⁰ AWES Art. 3 (c); SAJ Art. V-2 (b); NEWBUILDCON Art. 26, NSF Art. VI-2 (b). AWES ve NEWBUILDCON formlarında iş sahibinin bu kuruluşlara başvurarak inşa halinde gemi için muafiyet tanınmasını talep edebilir. Böyle bir muafiyetin tanınması halinde iş değişikliğine gidilmez Bkz. AWES Art. 3 (c); NEWBUILDCON, Art. 26 (b). Klas kuruluşları veya düzenleyici kuruluş değişikliklerinin sözleşme veya şartnamede değişiklik yapılmasını zorunlu kılmaması durumunda ise iş sahibinin yazılı talebi halinde değişikliklerin yapılması gündeme gelir. Bu durumda iş sahibinden kaynaklanan iş değişikliğine ilişkin şartlar ve hükümler uygulanır. Bkz. AWES Art. 3(c); SAJ Art. V-2 (b), NEWBUILDCON Art. 26 (c); NSF Art, VI-2 (c).

⁴⁷¹ Diğer sözleşmelerden farklı olarak NEWBUILDCON Art. 26 (b) ve NSF Art. VI-2 (b) uyarınca, tarafların sözleşme fiyatı, teslim tarihi veya diğer benzeri sözleşme şartlarındaki değişikliklerde anlaşamaması durumunda, tersaneci, klas kuruluşları ve diğer düzenleyici kuruluşların klas, kural veya düzenlemelerindeki değişikliğe göre gemiyi inşa etmekle yükümlüdür. Anlaşılmayan hususlarda ise uyuşmazlığın çözülmesi yoluna başvurulacağı düzenlenmektedir. NSF Art. VI-2 (a) uyarınca klas kuruluşları ve diğer düzenleyici kuruluşlarının anılan değişikliklerinin sözleşme tarihinde veya daha önce yayınlanmış olması durumunda, bu değişiklikleri yerine getirmek zorunda kalacak tersanecinin sözleşme fiyatı ve teslim tarihinin uyarlanmasına ilişkin talepte bulunamayacağı kabul edilmektedir. Benzer bir kabul AWES Art. 3(c) metninde de yer almaktadır.

⁴⁷² SAJ Art. XII-1(d); NEWBUILDCON Art. 34 (a) (ii) (1); NSF Art. XVI-1(d).

⁴⁷³ SAJ Art. XI-3; AWES Art. 10 p. 2; NEWBUILDCON Art. 34 (a) (ii) (5); NSF Art. XII-2(a).

⁴⁷⁴ NSF Art. IX-3.

yeniden inşa için gerekli süre⁴⁷⁵, inşa sırasında yaşanan uyuşmazlıkların çözümü için kaybedilen süreler⁴⁷⁶ yer alır.

b) *Temerrüdün Sonuçları*

i. Genel Olarak

Tip gemi inşa sözleşmelerinde tersanecinin temerrüdüne ilişkin sonuçlar, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerden farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Tip sözleşmelerde, genellikle temerrüdün doğmasından sonraki belirli bir süreye kadar (genellikle bir ay) olan gecikmelerin olağan olduğu kabul edilmekte ve bu sürede iş sahibine temerrüt dolayısıyla kullanabileceği bir hak tanınmamaktadır.

Bu sürenin sona ermesinden itibaren ise, iş sahibinin kullanabileceği seçimlik hakları sınırlandırılmakta ve kendisine sadece gecikilen süre için bir miktar belirlenmiş tazminat (*liquidated damages*) ödeneceği kararlaştırılmaktadır. Yani iş sahibinin öncelikli hakkı aynen ifa ile birlikte bir miktar paranın ödenmesini talep etmektir. İş sahibi, gecikmenin belirli bir süreyi aşması üzerine aynen ifayı talep edebileceği gibi aynen ifadan vazgeçip sözleşmeyi sona erdirme hakkına da sahiptir.

ii. Mazur Görülen Dönem

SAJ ve NEWBUILDCON, geminin tesliminde otuz güne kadar olan gecikmeleri mazur kabul etmekte ve bu süreye kadar olan gecikme dolayısıyla herhangi bir yaptırım öngörmemektedir⁴⁷⁷. “Mazur Görülen Dönem” (*Graceperiod, Grannenperiod*) olarak adlandırılan bu dönemde, iş sahibine tazminat talep etme ya da sözleşmeden dönme hakkı tanınmamaktadır. AWES’te mazur görülen dönem uygulaması kabul edilmekle birlikte bir süre belirtilmemiş, bu sürenin tespiti taraflara bırakılmıştır⁴⁷⁸. NSF’de ise, ilk 30 günlük süre için alınacak günlük ceza miktarı tarafların anlaşmasına bırakılmış ve fakat alternatif olarak ceza alınmayabileceğine

⁴⁷⁵ SAJ Art. XII-2(b) (i); AWES Art. 9 p. 2; NEWBUILDCON Art. 34 (a) (ii) (4); NSF Art. XI-2(c). Tip sözleşmelerde açıkça yer almasa da uygulamada pek çok gemi inşa sözleşmesinde, kısmen telef olması halinde geminin tamir edilmesi nedeniyle, teslim tarihinde meydana gelecek olan gecikmenin haklı gecikme olarak kabul edileceği kararlaştırılmaktadır. *Curtis*, s. 204.

⁴⁷⁶ AWES Art. 2 (b).

⁴⁷⁷ SAJ Art III-1; NEWBUILDCON Art 13.

⁴⁷⁸ AWES Art. 6 (c).

yer verilmiştir; buna göre tarafların 30 günlük mazur görülen dönem kararlaştırmaları mümkündür⁴⁷⁹.

iii. Belirlenmiş Tazminat

aa) Belirlenmiş Tazminat Kayıtlarının Muhtevası

Mazur görülen dönemin sona ermesine rağmen, gemi hala teslim edilmemiş ise SAJ, NEWBUILDCON ve NSF formları, tersanecinin ücretinden belirlenmiş tazminat (*liquidated damages*) olarak indirim yapılacağını⁴⁸⁰ AWES ise, gecikilen her bir gün için belirlenen oranda iş sahibine belli bir miktar ödeme yapılacağını düzenlemektedir⁴⁸¹. SAJ ve NSF'ye göre para cezası uygulanacak olan toplam süre 180 gün⁴⁸², AWES'e göre 360 gün ve NEWBUILDCON'a göre 150 gündür⁴⁸³.

bb) Belirlenmiş Tazminat Kayıtlarının Hukukî Niteliği

Yukarıda anıldığı üzere, teslim tarihinde meydana gelen gecikme nedeniyle ödenmesi kabul edilen para cezalarına ilişkin kayıtların hukukî niteliğinin tespiti, her bir somut sözleşme ilişkisinde tarafların iradeleri araştırılmak suretiyle belirlenmelidir. Ancak belirlenmiş tazminat kayıtlarının Türk hukukunda genel olarak götürü tazminat olarak nitelendiriliyor olmasına karşın, gecikilen her gün için belirli miktar ödenmesi veya sözleşme bedelinden indirim yapılmasını öngören kayıtların cezai şart olarak kabul edilmesi, tip sözleşmelerde yer alan *liquidated damages* kayıtlarının hukukî niteliğinin ayrıca ele alınmasını gerektirmektedir⁴⁸⁴.

⁴⁷⁹ NSF Art. IV-1 (a).

⁴⁸⁰ NEWBUILDCON Art. 13, n. 221-224;; SAJ Art III-1 (b); NSF Art IV-1 (a). SAJ ve NSF'ye göre bu şekilde bir indirim yapılırken her bir otuz günlük periyotta uygulanacak oran artırılabilir.

⁴⁸¹ AWES Art 6 (c) p. 1.

⁴⁸² SAJ'da indirim uygulanacak süre cezasız dönemin sona ermesinden itibaren başlamaktadır. NSF'de ise bu süre tarafların anlaşmasına bağlı olarak gecikmenin meydana geldiği ilk günden itibaren başlayabilir. Bu nedenle SAJ'da toplam 210 günlük bir gecikme süresi söz konusu iken; NSF'de toplam 180 günlük gecikme söz konusudur. Bu ayrım iş sahibinin hangi andan itibaren dönme hakkını kullanabileceğinin tespiti bakımından önem taşır.

⁴⁸³ AWES Art 6 (c) p. 2; NEWBUILDCON Art. 13, n. 223.

⁴⁸⁴ Esasen Anglo Sakson hukuk çevrelerinde bu tür sözleşme kayıtları kaleme alınırken bunların *penalty* değil de *liquidated damages* olarak kararlaştırıldığı belirtilmesi ve bu ifadenin özellikle kullanılmasının nedeni, bu hukuk çevresinde cezai (*in terrorem*) nitelik taşıyan kayıtların geçersiz kabul edilmesidir. Taraflar böylece borçluyu cezalandırma amacı taşımadıklarını göstermek amacı taşımaktadır.

Belirlenmiş tazminat kayıtlarının hukukî niteliğinin tespitine yönelik incelemeden önce, kavramın kökeni olan Anglo Sakson hukukunda bu tür kayıtların taşıdığı anlama ilişkin kısa bilgi verilmesinde fayda bulunmaktadır. Anglo Sakson hukukuna göre belirlenmiş tazminat, sözleşmenin ihlâli halinde uğranılabilecek olan zararın, “belirlenmiş tutarı” anlamına gelmektedir⁴⁸⁵. Anglo Sakson sözleşme hukukunda belirlenmiş tazminat kayıtlarına yer verilmesinin en önemli nedeni, sözleşmeye aykırılık sebebiyle uygulanacak yaptırımlar hakkında bir kesinlik yaratmak ve zararın ispatına ilişkin güçlükleri bertaraf etmektir⁴⁸⁶.

Anglo Sakson Hukuku, bu bağlamda, sözleşmenin ihlâli yüzünden alacaklının uğrayabileceği tahmini zararların önceden taraflarca tespit edilip alacaklıya ödenmesini öngören kayıtları geçerli olarak kabul etmekteyken; borçlu üzerinde bir baskı yaratıp onu ifaya zorlamak isteyen (*in terrorem*) kayıtları, ceza (*penalty*) olarak değerlendirmekte ve geçersiz kabul etmektedir⁴⁸⁷. Bu konuda ispat yükü borçluya ait olup; kaydın cezaî nitelik taşıdığını ispatlayan borçlu, ödeme yapmaktan kaçınabilir⁴⁸⁸.

Kaydın cezaî nitelik taşıyıp taşımadığı tespit edilirken, tarafların sözleşmede kullandıkları terminoloji değil, gerçek iradeleri araştırılır. Bu uygunluk denetimi sonucunda *belirlenmiş tazminat* kaydı hukuken geçerli olarak kabul edilirse, artık zararın gerçekten gerçekleşip gerçekleşmemesinden ya da gerçekte meydana gelen zararın daha az olmasından bağımsız olarak uygulanır⁴⁸⁹. Hatta gerçekte meydana gelen zarar, daha fazla olsa bile, alacaklının fazlaya ilişkin zararını talep etmesi mümkün olmaz⁴⁹⁰.

⁴⁸⁵ “...these damages are a genuine pre-estimate of the loss likely to be suffered...”. Bkz. *Eggleston, B.: Liquidated Damages and Extension of Time in Construction Contracts*, 3rd Ed., Oxford 2009, s. 2.

⁴⁸⁶ *Eggleston*, s. 41.

⁴⁸⁷ *Eggleston*, s. 3; *Werz*, N. 345, 491.

⁴⁸⁸ *Robophone Facilities Ltd. v. Blank* (1966) 1 W.L.R. 1428. Bkz. *Curtis*, s. 58.

⁴⁸⁹ *BFI Group of Companies Ltd v. DCB Integration Systems* (1987), Bkz. *Eggleston*, s. 78; *Philips Hong Kong Ltd. v. The Attorney-General of Honkong* (1993) 61 B.L.R. 41, PC, Bkz. *Curtis*, s. 57.

⁴⁹⁰ *Aktieselskabet Reidar v. Arcos Ltd.* (1927) 1 K.B. 352; *Royal Coast Maritime S.A. v. Malta Drydocks Ltd.* (1993); *Pacific Ocean Shipping Corporation & anr. V. Sembawang Corporation Ltd*, Commercial Court, 4 June 1998. Bkz. *Curtis*, s. 59; *Werz*, N. 498. Ancak sözleşmede bir miktar para ödeme yerine ücretten indirim yapılacağı şeklinde düzenlemelere yer verilmesi halinde *liquidated damages*'in bu son özelliği tartışmalıdır. Bu durumda ücret indirimi hakkı ile *liquidated*

Görüldüğü üzere Anglo Sakson Hukukunda geçerli olan belirlenmiş tazminat uygulaması, Türk Hukukunda geçerli olan götürü tazminat ve cezai şart kurumları ile benzerlik göstermekle beraber, bu kurumlardan farklı ve *sui generis* bir sözleşme şartıdır. Dolayısıyla gemi inşa sözleşmesinde, belirlenmiş tazminat uygulamasına yer verilen kayıtları, Türk Hukuku açısından değerlendirirken lafzına bakarak *prima facie* götürü tazminat olduğunu söylemek yerine, amaçsal bir yorum metoduna başvurarak, tarafların belirlenmiş tazminat olarak tanımladıkları hukuki çözüm yolunu niçin tercih ettiklerini ortaya koymak gerekmektedir. Bu tür bir araştırma yapılırken her bir somut olay temelinde taraf iradelerinin araştırılarak bir sonuca varılması lazım gelir. Ancak bu noktada tip sözleşmeler baz alınarak hazırlanan gemi inşa sözleşmeleri bakımından tip sözleşmelere ilişkin bazı noktalara ve uygulamada belirlenmiş tazminat miktarının belirlenmesinde başvurulan metotlara, bu kayıtları yorumlayacak olanlara yol gösterici olabileceği düşüncesiyle değinmekte fayda bulunmaktadır:

Tip sözleşmelerin hepsinde, tazminat olarak ödenecek miktarlar, taraflarca doldurulmak üzere boş bırakılmış olmasına rağmen, konunun düzenlenişi bakımından aralarında bir farklılık göze çarpmaktadır. Şöyleki; SAJ ve NSF formlarında, iş sahibine ödenecek ya da sözleşme bedelinden indirilecek miktarın, teslimdeki gecikme uzadıkça kademeli olarak artacağı düzenlenmiştir. AWES ve NEWBUILDCON'da ise bu tür bir kademeli artış öngörülmemiştir. Kanaatimce, gecikme arttıkça iş sahibine ödenecek ya da sözleşme bedelinden indirilecek olan miktarın kademeli olarak artmasının öngörüldüğü tip sözleşmelerde, bu tür kayıtların, muhtemel tazminat miktarını hesaplamaya yardımcı olduğu şüphesiz olmakla birlikte; bu unsurun baskın nitelikte olduğu kabul edilemez⁴⁹¹. Bu sözleşme kayıtlarının, muhtemel zararı belirleme amacının yanında ve bundan daha çok geminin teslim tarihinde teslim edilmesi yönünde tersaneci üzerinde baskı kurma amacı taşıdığını kabul etmek uygun düşer.

damages kavramlarının birbirinden farklı olduğu ve fazlaya ilişkin zararların talep edilebileceği ifade edilmektedir. *Clarke*, s. 141.

⁴⁹¹ Her ay için iş sahibine rayiç kira bedelinin belirli katları kadar ödeme yapılacağını düzenleyen kayıtların cezai şart olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. *Dirican*, s. 68, dn. 204; *Kurt*, s. 232.

Ancak bu tür bir kademeli artışın öngörülmediği NEWBUILCON ve AWES formları açısından aynı değerlendirmeyi yapmak her zaman kolay olmayacağından, bu formların baz alındığı sözleşmelerde tarafların gerçek iradelerinin tespitinde yardımcı metotlara başvurmak gerekebilir. Bu gerçek iradenin belirlenmesinde, karşılaştırılan ödemenin borcun ihlali sonucu iş sahibinin fiilen uğradığı zarardan ne kadar farklı olduğu ölçütü yol gösterici olabilir⁴⁹². Buna göre, tersaneci tarafından ödenmesi ya da sözleşme bedelinden düşülmesi karşılaştırılan miktar, iş sahibinin geminin teslimindeki gecikme sonucunda uğradığı gerçek gecikme zararına az çok yakınsa götürü tazminatın varlığı kabul edilebilir. Buna karşılık ödenmesi karşılaştırılan miktar iş sahibinin tahmini fiili zararından önemli ölçüde yüksekse burada tazminatın kapsamının önceden belirlenmesinden ziyade borca aykırı davranan tersaneci üzerinde baskı kurma amacı ön planda olduğundan cezai şartın bulunduğu kabul edilebilir.

Belirtmek gerekir ki, gemi inşa sektöründeki “belirlenmiş tazminat” kayıtlarının miktarı, genellikle tarafların pazarlık gücüne ve bu sektöründeki uygulamalara göre belirlenmektedir. Buna göre başvuru ilk metotta, belirli bir piyasa değeri üzerinden geminin kiralanması halinde elde edilecek günlük gelir dikkate alınır. Bu yöntem, sözleşmenin kurulması esnasında, teslim tarihindeki navlun ücretlerinin tahmin edilmesinin çok güç olması nedeniyle uygulamada pek başvurulmamaktadır⁴⁹³. Uygulamada daha çok başvuru ikinci metotta ise belirlenmiş tazminat miktarı, iş sahibinin peşin ödemeler suretiyle yapmış olduğu masraflar dikkate alınmak suretiyle hesaplanır. Buna göre, geminin teslim edilmesinden önce yapılacak ara ödemelerin finansmanı için, iş sahibinin üstleneceği faiz maliyetini yansıtabilecek düzeyde bir miktar belirlenir⁴⁹⁴.

Yargıtay, yüklenicinin inşaatın tesliminde geciktiği her ay için iş sahibine rayiç kira bedeli kadar ödemede bulunacağına ilişkin sözleşme hükümlerini genel olarak

⁴⁹² Ozanoğlu, s. 92-93; Kurt, s. 231.

⁴⁹³ Curtis, s. 63. Bu uygulamadaki diğer bir zorluk ise, temerrüt tarihinde ücretlerin çok yükselmiş olmasına bağlı olarak sözleşme kaydının cezalandırıcı (*in terrorem*) nitelik kazanma ve geçersiz olma ihtimalinin bulunmasıdır. Bkz. Clarke, s. 137.

⁴⁹⁴ Curtis, s. 63.

götürü tazminat olarak değerlendirmektedir⁴⁹⁵. Ancak anıldığı üzere gemi inşa sözleşmesinde belirlenmiş tazminat miktarının tespiti, genellikle geminin kiralanması halinde elde edilebilecek gelir dikkate alınarak yapılmaz. Gemi inşa sözleşmelerinde belirlenmiş tazminat miktarının daha ziyade finansman giderleri temelinde hesaplanıyor olması, finansman giderlerinin giderilmesinin de özünde tazmin fonksiyonu taşıyor olması dikkate alındığında, belirlenmiş tazminatın, Yargıtay tarafından götürü tazminat olarak nitelendirilmesi muhtemeldir.

iv. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

Gemi inşa sözleşmesinde teslim tarihi, haklı gecikme kabul edilen süre kadar ertelenir⁴⁹⁶. Ancak teslim tarihinin haklı gecikme süresi kadar ertelenmesi, teslim tarihinin teorik anlamda süresiz olarak ertelenmesi sonucunu doğurabilir. Teslim tarihinin süresiz olarak ertelenmesi riski, donatanlar ve finansör bankalar için ticari olarak kabul edilemez niteliktedir. Bu nedenle çoğu sözleşmede, haklı gecikmelerin belirli bir süreyi aşması, iş sahibine dönme hakkı bahşeder⁴⁹⁷. Ayrıca sözleşmede haklı bir nedene dayanmayan gecikmeler için *belirlenmiş tazminatın* uygulanacağı dönem de, belirli bir süreyle (180 veya 210 gün) sınırlandırılır⁴⁹⁸. Buna göre

⁴⁹⁵ Yargıtay 15. HD., E. 2007/1563 K., 2008/2893 T. 01.05.2008; Yargıtay 15. HD. E 2007/2303, K. 2008/1715, T. 17.03.2008; Yargıtay 15. HD. E. 1998/1797 K. 1998/2279 T. 28.05.1998. Yargıtay bazı kararlarında ise kira kaybına ilişkin şartların cezai şart olduğuna hükmetmektedir. Yargıtay 15. HD. E. 2001/2475, K. 2001/5045, T. 07.11.2001.

⁴⁹⁶ *Curtis*, s. 62.

⁴⁹⁷ SAJ Art. VIII-4; NEWBUILDCON Art. 39 (a) (iii); NSF Art. IV-1 (c).

⁴⁹⁸ AWES Art. 6 (c), cezai şart uygulanmasının belirli bir gün sayısı ile sınırlandırılmasını düzenlemektedir de bu sürenin belirlenmesine taraflara bırakmaktadır. AWES'teki diğer bir sınırlandırma ise miktara ilişkindir. AWES Art. 7 (e) uyarınca, tarafların cezai şart ve prim ödeme borçları arasındaki farkın sözleşme fiyatının yüzde onunu aşması halinde taraf borcu sözleşme bedelinin % 10'u ile sınırlı olacaktır. AWES'teki miktara ilişkin bu sınırlandırmanın, diğer tip sözleşmelerden farklı olarak cezai şartın sözleşme fiyatından düşülmeyip tersaneci tarafından peşin ödenmesinden kaynaklandığı düşünülmektedir. NSF Art. IV-1 (a)'da ceza ödemesi 180 gün ile sınırlandırılmış ve bundan sonra ceza talep edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Tarafların ilk 30 günlük gecikmeyi cezasız dönem (grace period) olarak kabul etmeleri durumunda bu süre 150 günle sınırlı olacaktır. NEWBUILDCON Art. 13, cezai şart ödenmesini, 150 gün ile sınırlamaktadır. Buna göre, 30 günlük cezasız dönemi izleyen 150 günün sonunda iş sahibi cezai şart talep edemeyecektir. SAJ Art. III-1 (b)'de de NEWBUILDCON'a benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hükme göre, 30 günlük cezasız dönemi izleyen 180 gün boyunca cezai şart talep edilebilecek, sonrasında talep edilemeyecektir.

gecikmenin toplamda bu süreyi aşması, iş sahibine alternatif olarak sözleşmeden dönme hakkı verir⁴⁹⁹.

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine ortaya çıkacak hüküm ve sonuçlar, tip sözleşmelerde genellikle “Alıcının Dönmesi” (*Rescission By Buyer*)⁵⁰⁰, “Tersanecinin Kusuru” (*Default By the Contractor*)⁵⁰¹ veya “Alıcının Feshi” (*Buyer’s Termination*) başlığını taşıyan maddeler altında tüm sona erme halleri için geçerli olacak şekilde düzenlenmektedir. Bu nedenle konu, tip sözleşmelerde iş sahibi tarafından sözleşmenin sona erdirilmesinin sonuçlarını düzenleyen Altıncı Bölüm IV B 1’de detaylı olarak ele alınmıştır.

D) MÜLKİYETİ DEVİR BORCU

1- Genel Olarak

Mülkiyeti devir borcu, tersanecinin, yapıya malik olduğu sözleşmelerde gündeme gelir. İlk malikin iş sahibi olduğu sözleşmelerde ise tersanecinin, sadece gemiyi iş sahibine teslim etme borcu bulunup, mülkiyeti nakil borcu bulunmamaktadır. Bu nedenle gemi mülkiyetinin devri borcunun ifasına geçmeden önce, gemi inşa sözleşmesinde yapı halindeki geminin ilk malikinin kim olduğunun tespit edilmesi gereklidir.

2- Yapı Halindeki Geminin İlk Malikinin Tespiti

a) Türk Ticaret Kanunu Hükümlerini Esas Alan Görüş

Türk öğretisinde, *Atamer* tarafından ileri sürülen görüşe göre, yapı halindeki geminin ilk malikinin kim olduğu tespit edilirken, Türk Ticaret Kanununda yer alan düzenlemeleri esas almak gerekir⁵⁰². Zira 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 986. maddesinde, “*Yapı hâlindeki bir gemi, malikin istemi üzerine veya yapı üzerinde bir gemi ipoteginin kurulması yahut yapının ihtiyati ya da kesin haczi veya tersane*

⁴⁹⁹ SAJ’da bu süre 210 gün, AWES’te 360 gün, Newbuilcon’da 180 gün olarak belirlenmiştir. Bkz. SAJ Art III Par 1 (c); AWES Art. 6. C; NEWBUILDCON Art13; NSF Art IV-1(b).

⁵⁰⁰ SAJ Art. X.

⁵⁰¹ AWES Art. 11; NSF Art. XII-1 (Builder’s Default).

⁵⁰² *Atamer, K.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra*, İstanbul 2006, s. 148.

sahibinin gemi ipoteğinin kurulmasına yönelik istem hakkını teminat altına almak amacıyla sicile şerh verilmesi söz konusu olduğu takdirde yapı hâlindeki gemilere özgü sicile kaydolunur” denildikten sonra; 987. maddesinin I. fıkrasında, 990. maddesinin I. fıkrasının ilk cümlesinde ve 992. maddesinin ilk fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde, “tersane sahibi” ile “yapının maliki”nin ayrı kişiler olduğu belirtilmiştir.

Atamer, bu yeni hükümler ile Kanun Koyucunun, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunundaki, yapının malikine ilişkin duraksamaların önüne geçmek istediğini ifade etmektedir. Yazara göre, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun, “*Yapı, geminin inşa olunduğu tersane sahibinin vereceği dilekçe üzerine mahsus siciline kaydolunur. Tersane sahibi yapının maliki değilse kayıt dilekçesini malik de verebilir*” şeklinde düzenleme içeren 859. maddesinin I. fıkrası, kural olarak tersane sahibinin malik olacağını varsaymaktadır ve bu varsayım, “*Geminin maliki olarak tersane sahibinden başka bir kimse gösterildiği takdirde, tersane sahibi tarafından resmi şekilde tanzim ettirilen ve malik olarak gösterilen kimsenin mülkiyeti ne suretle iktisap ettiğini bildiren bir beyannamenin de tevdiî lazımdır*” hükmünü içeren 860. maddenin II. fıkrası ile pekiştirilmektedir⁵⁰³.

Hal böyle iken, Türk Ticaret Kanununun, tescil olunan hususlarda meydana gelebilecek değişiklikleri ve terkin meselelerini düzenleyen, 862. maddesinin I. fıkrası ile 863. maddesinin I. fıkrasının 2. bendinde “*tersanenin sahibi*” ve “*yapının maliki*” ibareleri kullanıldığından, iş sahibinin yapıya malik olacağı kabul edilmiş gözükmektedir⁵⁰⁴. Nitekim Kanunun 877. maddesinin I. fıkrası uyarınca, geminin inşa edilmesinden doğan alacaklar için tersane sahibine kanuni bir ipotek tanınmış olması da, yapının mülkiyetinin iş sahibine ait olması ihtimalinde bir anlam ifade etmektedir; eğer tersane sahibi malik ise, kendi mülkiyetindeki yapı üzerinde kanuni ipotek tesis ettirmesinin bir anlamı bulunmamaktadır⁵⁰⁵.

Yazara göre, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununda yer alan bu duraksamaların önüne geçmek isteyen Kanun Koyucu, 6102 sayılı Türk Türk Ticaret Kanununda tesis edilen hükümler ile kural olarak iş sahibini, yapının maliki olarak kabul

⁵⁰³ *Atamer* (Cebri İcra), s. 148.

⁵⁰⁴ *Atamer* (Cebri İcra), s. 148.

⁵⁰⁵ *Atamer* (Cebri İcra), s. 148.

etmektedir. Bununla birlikte, emredici nitelikte olmayan kanun hükmündeki kabulün aksine düzenleme yapılabileceğini kabul eden yazara göre, gemi inşa sözleşmesinde taraflar, mülkiyetin baştan itibaren tersaneciye ait olacağını kararlaştırabilir; ancak böyle bir durumda mülkiyete tescil yoluyla aleniyet kazandırmak gerekir⁵⁰⁶.

b) *Türk Medeni Kanunu Hükümlerini Esas Alan Görüş*

i. Genel Olarak

Çağal/Kender ise, yapı malikinin tespitinde, Türk Ticaret Kanunu hükümleri yerine Türk Medeni Kanunu hükümlerine başvurmaktadır. Yazarlar, sözleşme hükümlerine göre, eğer malzeme tersane sahibi tarafından sağlanıyorsa, yapının malikinin tersane sahibi olacağını; iş sahibi tarafından sağlanıyorsa, Türk Medeni Kanununun “İşleme”yi düzenleyen 775. maddesinden hareketle geminin malikinin tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁵⁰⁷.

Türk Medeni Kanununun 775. maddesine göre, başkasına ait bir şeyi işleyen veya başka bir şekle sokan kimse, emeğin değeri o şeyin değerinden fazla ise, bu yeni şeyin maliki olur; aksi durumda ise malzemenin sahibi, yeni şeyin de malikidir. Ayrıca işleyen iyiniyetli değilse, emeğin değeri işlenen şeyin değerinden daha fazla olsa bile hâkim, yeni şeyi malzemenin malikine bırakabilir. Yazarlara göre, inşa malzemesi iş sahibi tarafından sağlanıyorsa, “*emeğin değerinin malzeme değerinden fazla olması*” şartı gerçekleşsin veya gerçekleşmesin, hâkimin, tersanecinin iyiniyetten yoksun olması sebebiyle, haiz bulunduğu takdir hakkını malzeme sahibi lehine kullanması sonucu, yapının mülkiyeti iş sahibine ait olacaktır⁵⁰⁸

Mehaz Alman hukukunda⁵⁰⁹ da, malzemenin iş sahibi tarafından verildiği gemi inşa sözleşmelerinde, yapı halindeki geminin ilk malikinin tespitinde, Alman Medeni

⁵⁰⁶ *Atamer* (Cebri İcra), s. 148.

⁵⁰⁷ *Çağal/Kender*, s. 102.

⁵⁰⁸ *Çağal/Kender*, s. 102.

⁵⁰⁹ Gemiler üzerindeki aynı haklara ilişkin Türk Ticaret Kanununda yer alan düzenlemeler, 15 Kasım 1940 tarihli, Müsaccel Gemi ve Yapılar Üzerindeki Haklara Dair Kanuna (Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken - SchRG) dayanmaktadır. Bu nedenle Alman Hukukuna ilişkin bazı düzenlemelere incelememiz sırasında yer verilecektir.

Kanununun “İşleme”yi (*Verarbeitung*) düzenleyen 950. maddesinden⁵¹⁰ hareket edilmektedir⁵¹¹. Ancak bu maddeye göre, Türk hukukundan farklı olarak, malzeme ile emeğin değeri değil, malzeme ile yeni imal edilen şeyin değeri karşılaştırılmakta ve işleyenin kötü niyetli olmasının bu sonuca bir etkisi bulunmamaktadır⁵¹².

Türk Medeni Kanununun 775. maddesinin (ZGB Art. 726), eser sözleşmesine tatbiki hususunda, öğretide iki farklı görüş bulunduğundan, *Çağa/Kender’in* görüşlerinin değerlendirilmesine geçmeden önce, öğretide ortaya çıkan bu görüşlerin incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

ii. Klasik Görüş

Klasik görüşe göre, malzemenin iş sahibi tarafından verildiği eser sözleşmelerinde, Türk Medeni Kanununun 775. maddesi uyarınca, emek ve malzemenin değeri karşılaştırılarak bir sonuca varılmalıdır⁵¹³. Bu görüşün gemi inşa sözleşmesine tatbiki sonucunda, geminin mülkiyeti, emeğin değeri malzemenin değerinden fazla ise tersaneciye, az ise iş sahibine ait olacaktır⁵¹⁴. Ayrıca, emeğin değerinin malzemedan fazla olmasına rağmen, tersanecinin iyi niyetli olmaması nedeniyle, hâkimin takdir yetkisini kullanması sonucunda mülkiyet yine iş sahibine ait olabilecektir.

Alman hukukunda ise, malzeme ile yeni şeyin değerinin karşılaştırılması, yapı halindeki geminin ilk malikinin, daima, işleyen durumundaki tersaneci olmasına yol

⁵¹⁰ BGB § 950 : “[1] *Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberfläche. [2] Mit dem Erwerb des Eigentums an der neuen Sache erlöschen die an dem Stoffe bestehenden Rechte.*”

⁵¹¹ *Schaps/Abraham*, s. 365.

⁵¹² *Palandt*, O.: *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2006, § 950, N. 4; *Prütting*, H./*Wegen*, G./*Weinreich*, G.: *BGB Kommentar*, Neuwied 2006, § 950, N. 7.

⁵¹³ *Gautschi*, Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR, N. 22; *Bühler*, Art. 365, N. 37; *Haab*, R./*Simonius*, A./*Scherrer*, W./*Zobl*, D.: *Das Sachenrecht (Das Eigentum)*, ZGB - Art. 641-729 *Zürcher Kommentar*, IV 1, 2. Auflage, Zürich 1977, Art. 726, N. 64.

⁵¹⁴ *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 600; *Çağa/Kender*, s. 102; *Aksoy*, s. 15. *Kender/Çetingil*, bu durumda “hukuki taşıyıcı” hükümlerinin uygulanması gerektiğini söyledikten sonra, malzemenin değeri ile emeğin değeri arasında bir karşılaştırma yapma gereğinden bahsetmeksizin, yapının malikinin gemiyi inşa eden tersane sahibi olacağını belirtmektedir. Bkz. *Kender/Çetingil*, s. 57

açmaktadır⁵¹⁵. Alman Gemi Tescil Nizamnamesinin 68 ve 69. maddelerinde yer alan düzenlemeler de bundan hareketle, geminin ilk malikini tersaneci olarak işaret etmektedir⁵¹⁶. Nitekim ğNizamnamenin 68. maddesi, *inşa halindeki bir geminin, inşa halindeki gemilere mahsus sicile, ancak geminin inşa edildiği tersanenin sahibi tarafından başvurulması üzerine tescil edilebileceğini, inşa halindeki geminin malikinin tersane sahibinden başka bir kimse olması halinde bu kişinin de tescil talebinde bulunabileceğini*; 69. maddesinin II. fıkrası ise, *malikin tersane sahibinden başka biri olması halinde bu kimsenin mülkiyeti ne şekilde elde ettiğine dair resmi belgelerin sunulması gerektiği* düzenlemiştir.

iii. Modern Görüş

Türk Medeni Kanununun 775. (ZGB Art. 726) maddesinin, eser sözleşmesine tatbiki hususunda *Helbling* tarafından savunulan modern görüş, iş sahibi tarafından sağlanan malzeme ile emeğin birbirine karıştığı eser sözleşmelerinde, malzeme ile emeğin ya da malzeme ile yeni şeyin değerini karşılaştırmak yerine, emeğin hukukî anlamda kime ait olduğunun araştırılması gerektiğini savunmaktadır⁵¹⁷. *Helbling*, yüklenicinin, iş sahibi tarafından tedarik edilen malzemeyi, hukukî değil, yalnızca teknik anlamda işlediğini ifade etmektedir. Buna göre yüklenicinin borcu, malzemenin tamamen arka planda kaldığı bir eser meydana getirmektir. Borcun bu niteliği, iş sahibi tarafından yükleniciye yapılan ödemenin, malzemenin değil, sadece eserin karşılığını oluşturmasından anlaşılmaktadır.

Nitekim işçinin, işveren tarafından verilen malzeme ile bir şey üretmeyi üstlendiği hizmet sözleşmelerinde de, işveren, işçi tarafından sunulacak iş gücünü adeta taşınır bir mal gibi satın almakta ve bu işgücü üzerinde tasarruf etme hakkını kazanmaktadır⁵¹⁸. Bu nedenle, hizmet sözleşmesinde de, hukuki anlamda işleyen, işçi

⁵¹⁵ Yani Alman Hukukunda malzeme ister iş sahibine ister tersaneciye ait olsun yapının ilk maliki daima tersaneci olmaktadır. *Rabe, D.: Seehandelsrecht*, 4. Auflage, München 2000, Vor § 476, Nr. 15; *Schaps/Abraham*, s. 365; *Çağal/Kender*, s. 102; *Akıncı, S.*, s. 335.

⁵¹⁶ *Prause, F.: Das Recht des Schiffskredits Unter besonderer Berücksichtigung des Schiffssachenrechts und des schiffregisterwesens*, 3. Auflage, Berlin New York 1979, s. 117; *Akıncı, S.*, s. 335.

⁵¹⁷ *Helbling, K.: Verarbeitung nach Schweizerischem Recht*, Zürich 1958, s. 57.

⁵¹⁸ *Helbling*, s. 57.

olmayıp, işverendir⁵¹⁹. *Helbling'e* göre hizmet sözleşmesi için geçerli olan bu sonuç, eser sözleşmesi için de kabul edilmelidir. Yani eser sözleşmesinde, yüklenici tarafından sunulan emek, fiilen kendisine ait olsa da; hukukî olarak iş sahibine ait olup, hukukî anlamda malzemeyi işleyen, yüklenici değil, iş sahibidir⁵²⁰. Kendi eşyasını, işlenmek üzere, yükleniciye veren iş sahibi, Türk Medeni Kanununun 683. maddesi dairesinde, eşya üzerinde hukuk sınırları içerisinde dilediğince tasarruf etmiş olmaktadır. Dolayısıyla malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi, aksine bir düzenleme yoksa mülkiyetin iş sahibine ait olduğunun kabulünü gerektirir⁵²¹.

c) *Değerlendirme*

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 859 ve 860. maddelerinde yer alan düzenlemeler, Alman Gemi Sicili Nizamnamesinin 68 ve 69. paragraflarından iktisap edilmiştir. Bu nedenle, yapı halindeki geminin ilk malikinin tespit edilmesine dair Alman hukukunda başvurulmuş esasların Türk hukuku ile karşılaştırılması lazım gelir:

Alman Gemi Sicili Nizamnamesinin 68 ve 69. maddelerinin, yapı halindeki geminin malikinin tersaneci olduğuna işaret etmesi, Alman Medeni Kanununun 950. maddesinden kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda, her durumda tersanecinin malik olması sonucunu doğuran Alman Medeni Kanununun 950. maddesi ile Alman Gemi Sicili Nizamnamesinin 68. ve 69. hükümleri, birbirleri ile örtüşmektedir. Türk Medeni Kanununun 775. maddesi ise, her zaman tersanecinin malik olması sonucunu doğurmamaktadır. Bu nedenle Alman Medeni Kanununun 950. maddesi ile Alman Gemi Sicili Nizamnamesinin 68 ve 69. maddeleri arasındaki uyumun, Türk Medeni Kanununun 775. maddesi ile Ticaret Kanununun 859 ve 860. maddeleri arasında bulunmadığı açıktır. İki hukuk sistemi arasında Medeni Kanun hükümlerindeki farklılık nedeniyle, bu sorunun çözümünde Türk Ticaret Kanunu hükümlerine başvurulması uygun düşmez.

⁵¹⁹ *Helbling*, s. 54. Aynı yönde bkz. *Rey, H.: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, Dritte Auflage, Band I, Bern 2007, Art. 726, N. 1912. Alman Hukukunda da işçinin değil, bu işçinin çalıştığı işletme sahibinin “işleyen” (*Verarbeiter*) olduğu görüşü geçerlidir. Bkz. *Brehm, W./Berger, C.: Sachenrecht*, 2. Auflage, Berlin 2006, § 28, N. 17. Türk doktrininde *Serozan*, aynı görüşü savunmaktadır. Bkz. *Serozan, R.: Taşınır Eşya Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2007, s. 316.

⁵²⁰ *Helbling*, s. 57. Aynı yönde bkz. *Meier-Hayoz, A.: Schweizerisches Privatrecht*, V/I, Basel 1977, s. 374; *Prütting/Wegen/Weinreich*, § 950, N. 9.

⁵²¹ *Helbling*, s. 57; Benzer yönde bir görüş için bkz. *Schlatter*, s. 37; *Brehm/Berger*, N. 19.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 859 ve 860. hükümleri ile “*tersanenin sahibi*” ve “*yapının maliki*” ibarelerini kullanan 862. ve 863. hükümleri, yapının ilk malikinin tespiti açısından duraksamalara yol açmamakta, bilakis bu konuda Türk Ticaret Kanunu hükümlerine başvurmanın faydalı olamayacağını göstermektedir. *Akıncı*’nın da isabetle ifade ettiği üzere, Kanunun 860. maddesinde yer alan düzenleme, tescili istenen yapının sicil kaydında tersane sahibinden başkasının malik olarak beyan edilmesi üzerine, bu kişinin gemi üzerindeki mülkiyeti ne şekilde iktisap ettiğinin bildirilmesi lüzumuna işaret etmektedir. Bu yönde bir bildirim ise “gemiye sipariş etmek ve yapının malzemesini vermek suretiyle” şeklinde yapılabilir⁵²². Kanunun 859, 862 ve 863. maddelerinde ise, “tescil başvurusu”, “sicilde değişiklik” ya da “terkin” taleplerinin nasıl ve kimin başvurusu üzerine gerçekleştirileceği düzenlenmektedir. Bu hükümler, yapı halindeki geminin ilk maliki tersaneci ise, tersanecinin; ilk malik tersaneci değilse, malik olanın bu taleplerde bulunmasını sağlamaya yönelik düzenlemelerdir.

Sonuç olarak, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu sistemi, yapı halindeki geminin malikini tespit etmekten ziyade, geminin tescilinin malik tarafından talep edilebileceğini düzenlemektedir. Buna göre, geminin maliki tersaneci olabileceği gibi, iş sahibi ya da üçüncü bir kişi de malik olabilir. Kanaatimce; Kanunun sistemi, bu sorunun çözümünü öncelikle taraflar arasındaki anlaşmaya, bu anlaşmada hüküm bulunmaması halinde ise, eşya hukukunun yukarıda anılan kurallarına bırakmış durumdadır. Bu kabul, Türk Ticaret Kanununun Türk Medeni Kanununun ayrılmaz bir cüz’ü olduğu ilkesiyle de tutarlılık gösterir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun gerekçesinde de, iş sahibinin malik olması gerektiği şeklindeki kabulü destekleyecek bir açıklamaya rastlanmamıştır. Kanunun 986. maddesine ilişkin gerekçeye bakıldığında, değişiklik ile getirilmek istenen ana amacın, inşa halindeki gemilere mahsus sicile tescil imkânının genişletilmek olduğu anlaşılmaktadır⁵²³. 987. maddenin gerekçesinde ise, “6762 sayılı Kanunun 859 uncu

⁵²² *Akıncı*, S., s. 336.

⁵²³ TK m. 858’e göre: “inşa halindeki bir gemi (“yapı”) ancak bir gemi ipoteğinin veya haczin sözkonusu olması halinde yapı siciline tescil edilebilir. ... uygulamada, yapıların, her ihtimalde, mülkiyete aleniyet kazandırmak amacıyla tescil edilmesi ihtiyacı sıklıkla ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, ...ipotek tesisinin henüz mümkün olmadığı bir aşamada sicile şerh verilmesi ihtiyacı da tersaneler tarafından dile getirilmiştir. Uygulamadaki bu ihtiyaçları karşılamak üzere, Denizcilik

maddesinden tersane sahibinin yapının maliki olduğu intibainı uyandıran birinci fıkrasının ikinci cümlesi çıkarılmak suretiyle alınmıştır” açıklaması yer almaktadır. Esasen bu gerekçe, Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin, yapı üzerindeki mülkiyet hakkı sahibini belirlemeye yönelik olmadığı şeklindeki açıklamalarımızı destekler mahiyette olup, yapı halindeki geminin ilk malikinin, tersaneci yada iş sahibi olduğuna ilişkin bir sonucun amaçlanmadığını ortaya koymaktadır. Ayrıca uluslararası gemi inşa uygulamasında, genellikle gemi tamamlanıp iş sahibine teslim edilinceye kadar, tersanecinin geminin maliki olduğu kabul edilmektedir⁵²⁴. Dolayısıyla *Atamer* tarafından ileri sürülen görüş, uluslararası uygulamanın tam aksi istikametindedir.

Diğer yandan tersanecinin, kendi mülkiyetindeki yapı üzerinde kanuni ipotek tesis ettirmesinin bir anlamı bulunmayacağı ileri sürülerek, malik olarak kabul edilmemesi haklı bir gerekçe değildir. Zira tersanecinin kanuni ipotek hakkı yanında akdi rehin kurma hakkı da bulunmaktadır; yani malik olan tersanecinin, gemi inşa finansmanı için gemiyi rehnetmesi mümkündür. Hatta uygulamada tersanecinin, iş sahibi ile anlaşarak, onun borcu için kredi kuruluşu lehine de akdi rehin vermesiyle de çok sık karşılaşılmaktadır⁵²⁵.

Son olarak, bu kabul, zilyetliğe bağlı mülkiyet karinesine de aykırı düşmektedir. Nitekim yazar, bu aykırılığın doğuracağı sakıncaları bertaraf etmek üzere, duruma tescil ile derhal aleniyet kazandırılması lüzumuna işaret etmektedir⁵²⁶. Sonuç olarak, Türk Ticaret Kanununun anılan hükümlerinde, yapının malikinin tayin edilmesinden ziyade malik tarafından her zaman tescil talebinde bulunulabileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda malik olan tersaneci her zaman tescil talebinde bulunabileceği gibi; malik olmayan tersaneci de, kanuni ipotek hakkının teminat altına alınması için tescil talebinde bulunabilir. Binnetice tersanecinin kanuni ipotek hakkını haiz olması, onun

Müsteşarlığı'nın da tasvibiyle, yapı sicillerine tescil olanakları genişletilmiş ve malikin talebi ile şerh verilmesi amacıyla da tescil serbest bırakılmıştır. Böylece, çok hızlı gelişme gösteren gemi inşa sanayinin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik ve finans sektörü için de cazip yeni bir düzenleme kabul edilmiştir”.

⁵²⁴ Curtis, s. 121; Clarke, s. 56; Hodges/Hill, s. 66; İzveren/Franko/Çalık, s. 68.

⁵²⁵ Oldewelt, F. H. F.: “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 69.

⁵²⁶ *Atamer* (Cebri İcra), s. 148.

mülkiyet hakkına haiz olmadığı anlamına gelmez; mülkiyet hakkına sahip olan tersaneci, akdi rehin hakkını haiz olur.

Yapının malikinin belirlenmesinde, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine başvurulamayacağı yönündeki tespitten sonra, konunun Türk Medeni Kanunu hükümlerine ilişkin görüşler çerçevesinde ele alınması gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, gemi inşa sözleşmesinde tersaneci, kendisi veya iş sahibi tarafından tedarik edilen malzemeyi, emeği ile işleyerek yeni bir eşya imal etmektedir. Malzeme ve emeğin birbirine karışarak vücut verdiği bu yeni eşyanın mülkiyetinin kime ait olacağı belirlenmesi, malzeme ve emeğin aynı kişiye ait olması halinde sorun arz etmez. Nitekim bir kimse kendi malını işler veya şeklini değiştirirse, meydana gelen eserin kendisine ait olacağı şüphesizdir⁵²⁷. Dolayısıyla malzemenin tersaneci tarafından sağlandığı gemi inşa sözleşmesinde, geminin ilk maliki tersaneci olacaktır⁵²⁸. Geminin mülkiyetini aslen iktisap eden tersanecinin, gemiyi iş sahibine teslim borcu yanında gemi üzerindeki mülkiyeti devir borcu da bulunmaktadır⁵²⁹.

Malzemenin iş sahibi tarafında verildiği sözleşmelerde ise, işlemeyi düzenleyen maddenin emredici nitelikte olmaması nedeniyle⁵³⁰, bu konuya ilişkin kanun hükmü yerine, taraflar arasındaki anlaşmaya göre hareket edilmesi gerektiği düşünülmektedir. Nitekim Türk Medeni Kanununun 775. maddesi, imalatçı ve malzeme tedarikçisi arasındaki menfaat çatışmasını, taraflar arasında herhangi bir anlaşma olmaması ihtimaline karşı çözümlenmeye çalışmaktadır⁵³¹. Bir başka ifadeyle başkasına ait taşınır eşyanın, taraflar arasındaki bir hizmet ya da eser sözleşmesi gibi

⁵²⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 600; Prütting/Wegen/Weinreich, § 950, Rn. 7.

⁵²⁸ Akıncı, S., s. 334; Çağa/Kender, s. 102.

⁵²⁹ Çağa/Kender, s. 102. Malzemesini yüklenicinin tedarik ettiği taşınır bir eser imaline ilişkin istisna akitlerinde, yüklenicinin teslim borcu yanında satış sözleşmesine kıyasen mülkiyeti sağlama borcu olduğu yönünde bkz. Gautschi, Art. 363, Nr. 6. c; Schlatter, s. 12; Tandoğan (C. II), s. 128; Akıncı, S., s. 334; Helbling, s. 58.

⁵³⁰ Meier-Hayoz, s. 374; Prütting/Wegen/Weinreich, § 950, N. 10; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir de, hukuki taşıyıcı düzenleyen hükmün, geçerli bir hukuki nedene dayanmaksızın, başkasının malı işlenerek bir eser meydana gelmesine ilişkin bütün durumları kapsadığını ifade ettiğinden, kendilerinin maddenin emredici nitelikte olmadığı görüşünü benimsediği düşünülmektedir. Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 600. Aynı yönde Öz, s. 236. Aksi yönde bkz. Rey, Art. 726, N. 1898. Esasen Rey, işleme'ye ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğunu ifade etmekle birlikte, hizmet sözleşmesi gibi bazı akitlerde işleyenin işçi değil işveren olduğunu belirtmektedir. Ancak bu tür bir uygulamayı oldukça istisnai olarak gören Rey'e göre eser sözleşmesinde iş sahibinin işleyen olarak kabulü mümkün değildir. Rey, Art. 726, N. 1911-1913.

⁵³¹ Akıncı, S., s. 335. BGB § 950 hakkında aynı görüş için bkz. Palandt, § 950, N. 1; Prütting/Wegen/Weinreich, § 950, N. 10.

bir hukukî ilişkiye dayanılarak işlenmesi üzerine, Türk Medeni Kanununun 775. maddesi değil, bu hukukî ilişkiye ait hükümler uygulanmalıdır⁵³². Dolayısıyla sözleşmede düzenlenmişse, taraf iradelerine öncelik tanınmalı; sözleşmede bu yönde bir hükmün bulunmaması durumunda ise, işlemeye ilişkin hükümlere müracaat edilmelidir. Kanaatimce eser sözleşmesi, malzeme ve emeğin tesadüfen bir araya geldiği durumlardan farklılık arz ettiğinden, işlemeye ilişkin hükümler uygulanırken *Helbling*'in görüşü doğrultusunda, yüklenicinin hukukî anlamda işleyen olduğunu kabul etmek gerekir.

Bu açıklamalar gemi inşa sözleşmesi özelinde değerlendirildiğinde, yapı halindeki geminin ilk maliki sözleşme ile kararlaştırılabilecek olup, taraflar arasındaki anlaşmaya göre tersaneci ya da iş sahibi yapının maliki olabilecektir. Sözleşmede bu yönde bir düzenleme yoksa ve malzeme tersaneci tarafından veriliyorsa, yapı üzerindeki mülkiyet tersaneciye; iş sahibi tarafından veriliyorsa, iş sahibinin hukukî anlamda işleyen olması nedeniyle, iş sahibine ait olacaktır.

d) *Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi*

Tip gemi inşa sözleşmelerinde, yapı halindeki geminin ilk maliki, genellikle tersaneci olarak kararlaştırılmaktadır. Örneğin SAJ'a göre, "...*gemi üzerindeki mülkiyet teslim ve kabul ile alıcıya geçer; bu tür bir teslim gerçekleşmedikçe geminin ve ekipmanlarının mülkiyeti tersaneye aittir...*"⁵³³. Yapı üzerindeki mülkiyetin inşa süresince tersanecide olmasına karşın iş sahibi, sözleşme ile kararlaştırılan ara ödemeleri yapmakla yükümlüdür. İş sahibinin teslimden önce yapmış olduğu bu ödemeler, genellikle, "geri ödeme garantisi" (*refund guarantee*) ile güvence altına alınmaktadır⁵³⁴. Geri ödeme garantisi ile banka, tersanecinin belirlenen tarihte gemiyi

⁵³² Akipek, J./Akıntürk, T.: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 600; Eren, F.: Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 507.

⁵³³ SAJ Art. VII-5; AWES Art. 8 (b), NEWBUILDCON Art. 31 ve NFS Art. VIII-4'te de benzer hükümler yer almaktadır

⁵³⁴ Tersanecinin teslimden önce iflas etmesi halinde, gemi üzerindeki mülkiyet tersanecinin iflas masasına intikal edecektir. Bu nedenle birdenbire kendisini pek çok alacaklının içinde bulmak istemeyen iş sahibinin, teslimden önce yapacağı ödemeler için kendisini emniyete alması gerekmektedir. Oldewelt, s. 64; Weibull, E.: "International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security", International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 72.

teslim etmemesi ve ücret bedellerini de iade etmemesi riskine karşılık, iş sahibi tarafından yapılan ödemeleri faizleri ile birlikte geri ödemeyi taahhüt etmektedir⁵³⁵.

Tersanecinin, iş sahibi tarafından yapılacak ödemelere dair geri ödeme teminatı veremediği sözleşme ilişkilerinde, iş sahibi, bir tür güvence elde etmek amacıyla, yapının ilk maliki olarak kararlaştırılabilmektedir. Bu tip bir uygulamaya, 1999 öncesi AWES formunun kullanıldığı İsveç'te sıklıkla başvurulmuştur⁵³⁶. Buna göre iş sahibinin tüm finansal katkısı sağladığı sözleşmelerde, iş sahibini korumak amacıyla *mülkiyetin sözleşme yürürlüğe girer girmez iş sahibine ait olacağı* kabul edilmiştir⁵³⁷. Mülkiyetin iş sahibine ait olduğu sözleşmelerde, tersaneciyi korumak amacıyla, tersanecinin izni olmaksızın gemi üzerinde ipotek kurulmasını ya da sözleşmenin üçüncü kişilere devredilmesini engelleyen ve tersaneciye gemiyi alıkoyma hakkı tanıyan düzenlemelere yer verilmektedir⁵³⁸.

3- Mülkiyeti Devir Borcunun İfası

a) Mülkiyetin Devri

Yapı halindeki geminin ilk mülkiyeti, tersaneciye ya da iş sahibine ait olabilir. Gemi üzerindeki mülkiyetin aslen tersaneci tarafından iktisap edildiği sözleşmelerde, mülkiyet hakkının iş sahibine devri gerekmektedir. Uygulamada geminin mülkiyeti genellikle inşa işi tamamlanıp gerekli deneme yüzüşleri yapıldıktan sonra iş sahibine devredilmektedir. Tersanecinin yeterli geri ödeme garantisi sunamadığı hallerde ise, mülkiyetin, inşa faaliyetleri başladıktan sonra ve fakat tamamlanmadan önceki bir anda iş sahibine geçeceği kararlaştırılabilmektedir⁵³⁹.

İnşa çalışmaları devam ederken mülkiyetin iş sahibine intikal etmesi şeklindeki düzenlemeye, 1999 öncesi AWES formlarında rastlanılmaktadır. Özellikle İngiltere ve Almanya'da yaygın bir şekilde uygulama alanı bulan bu düzenlemeye göre, "*alıcı*

⁵³⁵ Oldewelt, s. 64.

⁵³⁶ Clarke, s. 57.

⁵³⁷ Clarke, s. 57.

⁵³⁸ Clarke, s. 57; Oldewelt, s. 66. Türk Hukukunda, tersanecinin alacaklarını güvence altına alabilmek amacıyla tanınan kanuni rehin hakkı bu amaca hizmet etmektedir.

⁵³⁹ Curtis, s. 125; Oldewelt, s. 61. Ayrıca mülkiyetin teslimden önce iş sahibine devri, iş sahibinin gemi üzerinde akdi ipotek tesis etmek suretiyle finansman sağlamasını kolaylaştırmaktadır. Oldewelt, s. 66.

ilk taksiti ödemesinden itibaren gemi ve gemide kullanılmak üzere tersaneye gelen ve gemiye tahsis edilen her türlü malzeme, donanım ve araçlar üzerinde mülkiyeti haizdir; tersaneci her zaman ödenmeyen alacakları için gemi üzerinde rehin hakkına sahiptir”⁵⁴⁰.

Uygulamada, inşa halindeki geminin mülkiyetinin, yapının belirlenebilir ve ayır-dilebilir nitelik kazandığı anda iş sahibine geçeceği yönünde sözleşme hükümlerine de rastlanmaktadır⁵⁴¹. Ayrıca özellikle ABD’de, gemi üzerindeki mülkiyetin yaptığı ödemeye bağlı olarak dereceli bir şekilde iş sahibine intikal edeceği ve ücret tam olarak ödeninceye kadar iş sahibi ve tersanecinin elbirliği mülkiyetine benzer şekilde gemi üzerinde mülkiyet hakkına sahip olacağı şeklinde hükümlere de rastlanmaktadır⁵⁴².

Görüldüğü üzere gemi üzerindeki mülkiyet, ya inşa işleri tamamlanıp gemi vasfı kazanıldıktan sonra, ya da henüz inşa işleri devam ederken devrolunmaktadır. Bu nedenle mülkiyetin devri borcunun ifasını, “yapı halindeki geminin” gemi vasfını kazanmasından önce ve sonra olmak üzere ikiye ayırarak incelemek gerekir.

i. Yapı Halindeki Geminin Mülkiyetinin Devri

Yapı halindeki gemi, suya indirilmeden önce, yani kızakta bulunduğu sürece gemi vasfını haiz değildir. 6762 sayılı Ticaret Kanununda, yapı halindeki gemiler üzerindeki mülkiyet hakkının devrine ilişkin özel düzenlemeler bulunmaması sebebiyle, konunun çözümünde Türk Medeni Kanununun taşınırlara ilişkin hükümlerine başvurulmuştur⁵⁴³. Türk Medeni Kanununun, *taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devrini* arayan 763. maddesi uyarınca, yapı üzerindeki mülkiyetin devrinin, yapının inşa halindeki gemilere özgü sicile tescilli olup olmadığına

⁵⁴⁰ 1999 öncesi AWES Art. 8 (b). Benzer bir hüküm 1999 öncesi Almanya’da kullanılan AWES formunda ve MARAD formunda yer almıştır. Bkz. *Clarke*, s. 58-59; *Lawson/Norton*, s. 36.

⁵⁴¹ *Brækhus*, S.: “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 11. Ayrıca bkz. *Hodges/Hill*, s. 66; *Hill*, s. 76.

⁵⁴² *Brækhus*, s. 12; *Rodgers*, C.: “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 80.

⁵⁴³ *Tekil*, s.118; *Kalpsüz* (Deniz Ticareti Hukuku), s. 321.

bakılmaksızın, tarafların anlaşması ve zilyetliğin devriyle iş sahibine geçtiği kabul edilmiştir⁵⁴⁴.

Mehaz Alman Kanununda ise, sicile kayıtlı yapılar ile kayıtlı olmayan yapılar arasında bir ayırım bulunmaktadır. Alman Gemi Sicili Kanununun 78. maddesine göre, hakkında yapı siciline ipotek tescil edilen yapı halindeki gemiler için, aynı Kanunun iç su gemi siciline tescilli gemileri düzenleyen 3 ilâ 7. maddelerinde yer alan hükümler uygulanır. Kanunun 3. maddesine göre, bir iç su gemi siciline tescil edilmiş bulunan bir geminin devir ve temlik için malik ile iktisap edenin bu hususta anlaşmaları ve mülkiyetin devrinin iç su gemi siciline tescili gerekmektedir⁵⁴⁵. Türk hukukunda, mehaz Kanun hükümleri aynen tercüme edilerek 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa alınırken iç su gemilerine ilişkin olan bu düzenlemenin ihmal edilmiş olması, inşa halindeki gemilere mahsus sicile tescil edilmiş yapılar üzerindeki mülkiyetin, tescil ile değil zilyetliğin devri ile geçmesine yol açmıştır⁵⁴⁶.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda, mülkiyetin devri hususunda, mehaz kanuna uygun olarak, sicile kayıtlı yapılar ile sicile kayıtlı olmayan yapılar arasında bir ayırım yapılmış; ancak mehaz kanun ile tam bir uyum sağlanamamıştır. Türk Ticaret Kanununun 1011. maddesi uyarınca, inşa halindeki gemilere özgü sicile kayıtlı yapıların mülkiyetinin devri, 1001. maddede düzenlenmiş olan sicile kayıtlı gemiler üzerindeki mülkiyetin iktisabı ve zıya ile ilgili hükümlere tabidir. 1001. madde hükmüne göre “*gemi siciline kayıtlı bir geminin devri için, malik ile iktisap edenin, mülkiyetin iktisap edene devri hususunda anlaşmaları ve geminin zilyetliğinin geçirilmesi şarttır. Mülkiyetin devrine ilişkin anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onaylı olması gerekir.*”

Kanunun anılan maddeleri ile mehaz kanuna uygun olarak, sicile kayıtlı yapılar ile kayıtlı olmayan yapılar arasında bir ayırım yaratılsa da, mehaz kanundan farklı olarak inşa halindeki gemilere özgü sicile kayıtlı yapının mülkiyetinin devri için sicile tescil şartı getirmek yerine Türk Medeni Kanununda taşınır mallar için öngörülmüş olan

⁵⁴⁴ Akıncı, S., s. 337.

⁵⁴⁵ Bkz. Wolff, s. 34 vd.

⁵⁴⁶ Akıncı, S., s. 337.

zilyetliğin devri kuralı tesis edilmiştir⁵⁴⁷. Zilyetliğin devri koşulu, kural olarak eşyanın alacaklıya teslimini gerektirir⁵⁴⁸. Yapı halindeki geminin zilyetliğinin (fiziken) teslim suretiyle devri, diğer taşınırlara nazaran daha zordur. Türk/İsviçre Hukukunda bu zorluk, zilyetliğin “hükmen teslim” (*constitutum possessorium*) yoluyla devrine müsaade edilmesiyle aşılmıştır. Hükmen teslim, zilyetliği devreden kimsenin kira, ariyet, istisna gibi özel bir hukukî ilişkiye dayanarak, malı kendi hâkimiyetinde tutması ve kazanana sadece dolaylı bir zilyetlik tanınması halidir⁵⁴⁹. Böylece, dereceli bir zilyetlik kurulacağı ve dolaylı aslî zilyetliğin devredileceği, fakat önceki zilyedin de dolaysız fer’i zilyet olarak kalmaya devam edeceği hususunda taraflar anlaşmaktadır⁵⁵⁰. Sonuç olarak, tersanecinin, gemi üzerinde doğrudan fer’i zilyet olarak kalıp, dolaylı aslî zilyetliğin iş sahibine devredilmesini öngören zilyetlik sözleşmesinin yapılmasıyla hükmen teslim gerçekleşmiş ve gemi üzerindeki mülkiyet devredilmiş olur.

Kanun koyucunun mülkiyetin naklinde zilyetliğin devrini şart koşan bu tercihi, gemi yapım işinde tersanecinin dolaysız fer’i zilyet olarak kalmaya devam etmesi nedeniyle, Türk Ticaret Kanununun sicil kayıtlarını kamunun güveni prensibinden faydalandıran 983 ve Türk Medeni Kanununun zilyetliğe bağlı mülkiyet karinesini düzenleyen 985. maddeleri kapsamında eleştiriye açıktır.

Türk Ticaret Kanununun 983. maddesine göre, *hukuki bir işlem ile bir geminin mülkiyetini, intifa hakkını, gemi ipoteğini veya ipotek üzerindeki bir hakkı iktisap eden kişi lehine gemi sicili içeriği bu haklarla ilgili olduğu ölçüde doğru sayılır*. Gemi üzerindeki aynı haklarla ilgili sicil kayıtlarının kamunun güveni prensibinden istifade etmesini sağlayan ve 991. madde atfıyla yapı halindeki gemilere özgü sicile tescilli gemiler hakkında da uygulama bulan bu düzenleme uyarınca, sicilin içeriğine

⁵⁴⁷ Ancak zilyetliğin devrinin aranması, gemi siciline kayıtlı gemiler için yeni bir düzenleme olup; öğretilerde ciddi eleştirilere uğramıştır. Bu konuda bkz. Çetingil, E. A./Kender, R./Ünan, S. A./Yazıcıoğlu, E.: “TTK Tasarısının ‘Deniz Ticareti’ Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında” , Deniz Hukuku Dergisi Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler Özel Sayı, Ocak 2006, s. 49 vd.

⁵⁴⁸ Brækhus, s. 11. İngiliz Hukuku’nda yapı halindeki geminin mülkiyetinin teslimden önce alıcıya geçeceğine dair hükümler Sale Of Goods Act’te aksine bir düzenleme olmadığı için geçerli kabul edilmektedir. Lawson/Norton, s. 34.

⁵⁴⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 71; Tekinay, S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.: *Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet*, C. 1, 5. B., İstanbul 1989, s. 85.

⁵⁵⁰ Akipek/Akıntürk, s. 151; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop (Eşya Hukuku), s. 85.

güvenerek ve iyi niyetle hak iktisap eden kimselerin hakları korunmaktadır⁵⁵¹. Bir yanda zilyetliğin nakli ile mülkiyetin devrine olanak tanıyan diğer yanda sicile güven prensibini koyan bu düzenleme hukuk güvenliğini tehdit etmektedir. Örneğin sicil kaydına göre malik olan tersaneci, inşa devam ederken noterde yaptıkları yazılı anlaşma ve zilyetliğin devri ile mülkiyeti iş sahibi A'ya devretmiştir. Bu arada sicilde hala tersanecinin malik olarak görünmesine güvenen iyi niyetli B, gemiyi tersaneciden devralmıştır. Bu örnekte inşa halindeki yapının mülkiyetinin, zilyetliğin devri ile geçtiği kabul edilirse sicil kaydına güven ilkesi uygulanamayacağından B; sicil kaydına güven ilkesi üstün tutulursa iş sahibi A hak kaybına uğrayacaktır. Bu kaotik sonuç sicilde malik olarak kayıtlı bulunan kişinin, geminin maliki sayılacağını hükme bağlayan 974. madde kapsamında da çelişkilidir⁵⁵².

Diğer yandan Türk Medeni Kanununun 985. maddesinde, bir taşınırın zilyedinin onun maliki sayılacağı düzenlendikten sonra, 988. maddesinde bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin ediniminin, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunacağı ifade edilmektedir. Tersanecinin yapı halindeki geminin mülkiyetini yazılı anlaşma ve zilyetliğin hükmen teslim yolu ile iş sahibine devrettiği örnekte, tersaneci yapı halindeki gemi üzerinde doğrudan fer'i zilyet olarak kalmaya devam etmesi nedeniyle iyiniyetli üçüncü kişilerin zilyetliğe bağlı mülkiyet karinesine dayanarak hak iktisap etmeleri mümkün olduğundan, zilyetliği hükmen teslim alan ve dolaylı asli zilyet olan iş sahibinin hak kaybına maruz kalması muhtemeldir.

Sonuç olarak niteliği itibariyle taşınır bir mal olan geminin, salt bu nedenle taşınır mal hükümlerine tabi tutulması deniz hukukunun ihtiyaçları ile örtüşmemekte ve kanun hükümleri arasında çelişkiler yaratmaktadır⁵⁵³. Bu bağlamda sahip olduğu ekonomik değer dikkate alınarak sicile tescilli gemiler ve yapıların mülkiyetinin

⁵⁵¹ Kanunun güveni ilkesinin, sicilin içeriğine güven ve iyi niyet ile hak iktisap eden kimselerin haklarının korunması amacına hizmet ettiği yönünde bkz. *Kalpsüz*, s. 241.

⁵⁵² *Kender/Çetingil/Yazıcıoğlu*, s. 65. İnşa halindeki gemiler bakımından 974. maddeye atf yapılmaması da bu sonucu değiştirmemektedir. Nitekim Kanunun 991. maddesinde, yapının ihtiyaten veya icraen haczi ya da ipotek tesisi söz konusu olmaksızın sadece malikin istemi üzerine yapı siciline tescil edilebileceği öngörüldüğüne göre, sicilin, yapı üzerindeki mülkiyet hakkı bakımından da karine teşkil etmesi gerektiği öğretide haklı olarak ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. *Çetingil/Kender/Ünan/Yazıcıoğlu* s. 42.

⁵⁵³ *Çetingil/Kender/Ünan/Yazıcıoğlu*, s. 49.

naklinde, mehzaz kanuna uygun olarak ve pek çok denizci ülkenin kabul ettiği şekilde⁵⁵⁴, sicile tescil şartının getirilmesinin deniz ticareti hukukunun temel ilkelerine daha uygun bir çözüm olacağı ve hukuk emniyetini sağlayacağı kanaatindeyiz.

İnşa halindeki gemilere özgü sicile kayıtlı olmayan yapılar ise, Kanununun 1010. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁵⁵. Bu maddede, sicile kayıtlı olmayan gemilerle ilgili 997. maddeye atıf yapılmıştır. Bu maddeye göre, *Türk Gemi Siciline kayıtlı bulunmayan Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynı haklara, Türk Medeni Kanununun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır*. Dolayısıyla sicile kayıtlı olmayan yapı üzerindeki mülkiyet, Türk Medeni Kanununun 763. maddesi uyarınca, zilyetliğin devriyle iş sahibine geçer.

ii. Gemi Vasfı Kazandıktan Sonra Mülkiyetin Devri

İnşası bitip kızaktan inen yapı, kural olarak gemi statüsüne kavuşur⁵⁵⁶. Herhangi bir gemi siciline tescil edilmemiş gemi, sicile kayıtlı olmayan gemilere ilişkin hükümlere tâbidir⁵⁵⁷. Türk Ticaret Kanununun 997. maddesinin 1. fıkrasına⁵⁵⁸ göre, sicile kayıtlı olmayan geminin mülkiyetinin devri hakkında, esas olarak Türk Medeni Kanununun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır. Yani gemi inşa sözleşmesinde, gemi üzerindeki mülkiyetin iş sahibine temlik için, zilyetliğin iş sahibine devri ve mülkiyeti devir amacıyla zilyetliğin iş sahibine devredilmesi hususunda tarafların anlaşmış olmaları gerekmektedir.

⁵⁵⁴ Kalpsüz, s. 310.

⁵⁵⁵ Maddenin gerekçesinde yapı halindeki gemilere mahsus sicile kaydolunmayan yapılar ve yapı payları üzerindeki mülkiyetin ne şekilde intikal edeceğine dair her hangi bir hüküm bulunmadığı ve bu yüzden farklı uygulamalarla karşılaşıldığı ifade edilmektedir. “TTK’nda her husus hakkında düzenleme getirilmesi söz konusu olamayacağı gibi, TTK’nda düzenlenmemiş her hususta boşluk olduğu da söylenemez. Yapı halinde gemilere özgü sicile kayıtlı olmayan yapıların gemi niteliğini haiz olmayan taşınır mal olduğu konusunda hiçbir tereddüt yoktur. Taşınır mülkiyetinin ne şekilde intikal edeceği de Medeni Kanun’da düzenlenmiştir. TTK da, Türk Medeni Kanunu’nun ayrılmaz bircüzüdür. Dolayısıyla yapı halindeki gemilere özgü sicile kayıtlı olmayan yapılar ve yapı payları üzerindeki mülkiyetin iktisabı ve ziyat hususunda bir boşluk söz konusu değildir. Bu konuda Medeni Kanun’un taşınır mallara ilişkin hükümleri uygulanacaktır” şeklinde ifade edilen görüşte, bu maddenin gereksiz bir hüküm olduğu belirtilmektedir. Bkz. Çetingil/Kender/Ünan/Yazıcıoğlu, s. 58.

⁵⁵⁶ Çağa/Kender, s. 103.

⁵⁵⁷ Akıncı, S., s. 337.

⁵⁵⁸ TK m. 867/1’e denk gelen bu hükümde, dilinin güncelleştirilmesi dışında bir değişiklik yapılmamıştır.

Gemi vasfı kazanmasına rağmen hâla inşa halindeki gemilere mahsus sicile tescilli bulunan gemi, taşınır gibi işlem görecektir⁵⁵⁹; mülkiyetinin devri için tarafların anlaşması ve zilyetliğin devri yeterli olacaktır. Ancak bunların mülkiyetinin devri için, yapılacak anlaşma, yazılı ve noter tasdikli olmalıdır. Gemi vasfı kazanmasının ardından inşa halindeki gemilere mahsus sicilinden terkin edilen, fakat gemi siciline henüz tescil edilmeyen gemiler hakkında, sicile kayıtlı olmayan gemilere ilişkin yukarıda anılan hükümler uygulanır⁵⁶⁰.

Gemi vasfı kazanılmış ve gemi siciline kayıt gerçekleşmişse, mülkiyetin devri, sicile tescilli gemi hükümlerine tabi olur ve Türk Ticaret Kanununun 1001. maddesi uyarınca noter tasdikli yazılı anlaşma ve zilyetliğin devri gerekir. İnşa halindeki gemilere özgü sicile tescilli yapılara ilişkin yaptığımız açıklamalar doğrultusunda gemi mülkiyetinin naklinde zilyetliğin devri şartı getiren Türk Ticaret Kanununun kendi içinde çelişkili olduğu düşünülmektedir.

b) Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi

Tip sözleşmelerde, mülkiyetin, genellikle inşanın tamamlanması ve geminin iş sahibine teslim edilmesi üzerine iş sahibine geçeceği düzenlenmektedir⁵⁶¹. Bu kapsamda, mülkiyetin devrinin NEWBUILDCON'da Teslim ve Kabul Protokolünün karşılıklı olarak mübadelesi (*exchange of the Protocols of Delivery and Acceptance*) üzerine⁵⁶²; SAJ'da ise teslim ile geçeceği, teslimin ise Teslim ve Kabul Protokolünün karşılıklı olarak mübadelesi ile gerçekleşeceği düzenlenmiştir.

NSF'de ise mülkiyetin, Teslim ve Kabul üzerine (*upon Delivery and Acceptance*) naklonulacağı düzenlenmiş, Teslim ve Kabul ise, tanımlar bölümünde *Geminin Alıcıya fiziksel olarak teslim edilmesi* olarak tanımlanmıştır. AWES'te geminin mülkiyeti devir borcunun ifa şekline ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla beraber, teslim ile birlikte gemi ile ilgili tüm yükümlülüklerin iş sahibine geçtiğini

⁵⁵⁹ Akıncı, S., s. 337.

⁵⁶⁰ Akıncı, S., s. 337.

⁵⁶¹ SAJ Art. VII-5; AWES Art. 8 (b); NEWBUILDCON Art. 31, 686-688.

⁵⁶² NEWBUILDCON Art. 31.

düzenleyen 8. Maddesinden, mülkiyetin devrinin teslim ile naklonulacağı anlaşılmaktadır⁵⁶³.

Tip sözleşmelerde mülkiyetin devrine ilişkin hükümler değerlendirilirken *lex rei sitae* ilkesinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁵⁶⁴. Zira uygulamada *lex rei sitae* ilkesine göre, aynı haklar yönünden gemiye uygulanacak hukukun, mülkiyetin devri bakımından tescil gibi şekli koşullar öngörmesi ve bu şekillere uyulmadığı takdirde mülkiyetin iş sahibine naklinin geçersiz sayılması halleriyle karşılaşılabilmektedir⁵⁶⁵. Bu kapsamda Türk hukukunun aynı haklar yönünden uygulama bulacağı hallerde⁵⁶⁶, hem inşa halindeki gemilere özgü sicile kayıtlı yapı halindeki bir geminin mülkiyetinin devri, hem de gemi siciline kayıtlı bir geminin devri için 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilen, zilyetliğin devri ve zilyetliğin devri anlaşmasının yazılı ve noter onaylı olması şartlarına dikkat edilmelidir.

4- Mülkiyetin Kapsamı

a) Geminin Unsurları

Çevremizdeki maddi şeyler, bir takım unsurların bir araya gelmesi ile meydana gelir⁵⁶⁷. Aynı şekilde gemi de, gemi olarak nitelendirilmeden önce birçok değişik

⁵⁶³ AWES Art. 8 (b).

⁵⁶⁴ *Clarke*, s. 47.

⁵⁶⁵ *Curtis*, 122.

⁵⁶⁶ Türk hukukunda gemi vasfı kazanılması halinde, konuyu düzenleyen Milletlerarası Özel Hukuk Usulleri Hakkında Kanununun 22. maddesine göre *hava, deniz ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynı haklar, menşe ülke hukukuna tâbidir. Menşe ülke, hava ve deniz taşıma araçlarında aynı hakların tescil edildiği sicil yeri, deniz taşıma araçlarında bu sicil yeri yoksa bağlama limanı, raylı taşıma araçlarında ruhsat yeridir.* Bu nedenle Türk gemi siciline kayıtlı bir geminin ve herhangi bir gemi sicile kayıtlı olmamakla birlikte bağlama limanı Türkiye olan geminin mülkiyetinin devrinde Türk hukuku uygulanacaktır. Bkz. *Yazıcı, A. H.: Satıcının Gemi Satım Sözleşmesinden Doğan Mülkiyeti Nakil Borcu ve Bu Borcun İfası*, Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE 2009, s. 66, 123. Gemi vasfının henüz kazanılmadığı ve yapının taşınır mal olarak kabul edildiği hallerde ise Milletlerarası Özel Hukuk Usulleri Hakkında Kanununun 21. maddesine başvurmak gerekir. Bu maddeye göre *taşınırlar ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynı haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.* Buna göre Türkiye’de inşa edilmekte olan bir gemiye Türk hukuku uygulanacaktır.

⁵⁶⁷ Zira tabiat veya insan iradesi, birçoğu aslında müstakil hüviyet ve iktisadi değer taşıyan unsurları birleştirerek, bunlardan hukuki ve iktisadi hüviyet ve kıymeti farklı bir takım eşyalar meydana getirmektedir. *Küley, M. M.: Medeni Kanun ve Tatbikatında Mütemmim Cüzüler, Tabii Semereler ve Teferruat (M. K. m. 619-622)*, İstanbul 1959, s. 6.

malzemenin bir araya gelmesi ile inşa edilmektedir⁵⁶⁸. Bu anlamda gemi, omurga, kaplamalar, postalar, bölmeler ve belli amaçlara tahsis edilecek olan hacimler gibi pek çok unsurun birleşmesiyle meydana gelen bir bileşik eşya niteliğindedir⁵⁶⁹. Gemiye oluşturan bu unsurlar, hukuki açıdan tabi olacakları rejimin tespiti bakımından, bütünleyici parça ve, eklenti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

Türk Medeni Kanununun 684. maddesine göre, bütünleyici parça, *yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır*. Geminin bütünleyici parçaları, geminin amaca uygun işletilmesini veya fonksiyonlarını yerine getirmesini sağlamak amacı ile gemiye eklenen, onunla bütünleşen unsurlardır⁵⁷⁰. Bu unsurlar kendi fiziki varlıklarını ve özelliklerini, belli oranda da olsa muhafaza edebilir; fakat hukuki bağımsızlıklarını kaybeder. Gemiye takılmış, bağlanmış ve gemi ile bütünleşmiş olan parçalar, aksam, alet, makina ve benzeri teçhizat bu kapsamda yer alır. Bunların ayrı ve müstakil bir şey sayılmaları artık mümkün değildir⁵⁷¹.

Türk Medeni Kanununun 686. maddesinde tanımlanan eklenti, asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır. Bu tanımdan hareketle, geminin eklentileri, geminin kullanılması, işletilmesi ve ondan gerektiği gibi yararlanılabilmesi için gemiye eklenen, takılan, gemi ile birleştirilen, fakat onunla tamamen bütünleşmeyen ve kendi fiziki ve hukuki varlığını korumaya devam eden unsurlar olarak tarif edilebilir⁵⁷². Buna karşılık bir geminin işletilebilmesi ve ondan yararlanılabilmesi için gemide bulunması gereken ve fakat gemiye eklenmeyen yakıt, yağ, su, kumanya gibi tüketim malları ya da, halatlar, bayraklar,

⁵⁶⁸ Sözer, s. 62.

⁵⁶⁹ Çağal/Kender, s. 48.

⁵⁷⁰ Sözer, s. 63.

⁵⁷¹ Sözer, s. 63.

⁵⁷² Sözer, s. 63.

lambalar gibi sınırlı ömrü olan malzeme sarf malzemesi olup; eklenti olarak kabul edilmemektedir⁵⁷³.

b) *Gemi Mülkiyetinin Kapsamı İçinde Yer Alan Unsurlar*

Geminin bütünleyici parçaları, hukuki bağımsızlıklarını kaybetmiş oldukları için, Türk Medeni Kanununun 684. maddesi uyarınca, aslın akıbetine tabi olur⁵⁷⁴. Yani gemi ile birlikte tek bir aynı hakkın konusunu teşkil eden bu unsurlar üzerinde bağımsız olarak tasarruf etmek mümkün değildir⁵⁷⁵. Bu sebeple geminin bütünleyici parçaları, gemi mülkiyetinin iktisabı ile birlikte iş sahibine geçer.

Asıl ile bağlantıları bütünleyici parçaya göre daha zayıf ve esnek olan eklenti, kural olarak aslın akıbetine tabidir; bununla birlikte eklenti üzerinde, asıldan bağımsız olarak, hukuki tasarrufta bulunulması mümkündür⁵⁷⁶. Yani bütünleyici parça niteliğindeki unsurların, kanun hükmü gereğince asıl şeyi kesin olarak takip etmesine rağmen, temliki tasarruflarda eklentinin sözleşmeyle asıl şeyden ayrılması kararlaştırılabilmektedir. Binnetice aksi kararlaştırılmadıkça eklentiler de gemi mülkiyetinin iktisabı ile birlikte iş sahibine geçer⁵⁷⁷.

⁵⁷³ *Sözer*, s. 64.

⁵⁷⁴ Bir şeyin aslına malik olan onun bütünleyici parçasına da malik olacağından, hangi kısmın asıl şey, hangi kısmın da bütünleyici parça olduğunu tayin etmek önemli bir meseledir. Burada iş hayatına hâkim olan telakkiler birinci derecede rol oynar. Ancak iki kısımdan birinin, iktisadi bakımdan diğerine oranla daha değerli olması asıl şeyin tayininde başlı başına bir kriter olamaz. İş hayatı, neyin asıl şey neyin bütünleyici parça olduğunu tayin ederken bazen sözü edilen kısımlar arasındaki değer farkına bazen hacim farkına bazen de bu iki kısımdan hangisinin şeyin tamamında daha belirli rolü olduğuna önem verir. Bkz. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop* (Eşya Hukuku), s. 526. Ayrıca bkz. *Küley*, s. 17,18.

⁵⁷⁵ Bütünleyici parça, bu niteliği kazanmakla hukuki ve iktisadi anlamda bağımsızlığını kaybeder, yani ayrı bir sözleşmeye konu olamayacağı gibi, asıl şeyin konu olduğu sözleşmeden istisna edilemez. Ayrıca asıl şey üzerindeki haklar bütünleyici parçaya sirayet eder ve bütünleyici parça üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer tüm haklar tekrar canlanmamak üzere sona erer. Bkz. *Küley*, s. 32-39. MK m. 684/I'de düzenlenen bu hukuki kural emredici bir hukuk kuralıdır. Bkz. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop* (Eşya Hukuku), s. 527.

⁵⁷⁶ *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 250-251.

⁵⁷⁷ Alman hukukunda ise, Alman Gemi Sicili Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, geminin teferruatının gemi mülkiyeti ile birlikte karşı tarafa geçmesi için tarafların açıkça bu konuda anlaşmaları gerekmektedir. Bkz. *Wolff*, s. 36.

Eklenti olarak kabul edilmeyen sarf malzemeleri ise mülkiyetin kapsamında yer almaz⁵⁷⁸. Bu nedenle sarf malzemelerinin mülkiyetin kapsamında olmasını isteyen tarafların ayrıca anlaşması gereklidir.

c) *Uygulamada Mülkiyetin Kapsamının Belirlenmesinde Yaşanan Sorunlar*

Uygulamada, yapı halindeki geminin mülkiyetinin inşa sırasında iş sahibine intikal ettiği, fakat malzeme ve araçların henüz gemiye monte edilmediği için geminin bütünleyici parçası ya da eklentisi haline gelmediği durumlarda, bu tür malzemenin, mülkiyetin kapsamı içinde iş sahibine devrolunup devrolunmadığının belirlenmesinde, bu konunun taraflarca ayrıca düzenlenmediği haller bakımından sorunlar yaşanmaktadır⁵⁷⁹. Söz konusu malzeme ve araçların, geminin bir parçası haline gelmemelerine rağmen, iş sahibine intikal ettiğine ilişkin kabul, iş sahibinin yaptığı ödemeleri teminat altına alarak erken bir koruma imkânı sağlar⁵⁸⁰. Bu tür malzemenin mülkiyetin kapsamı dışında tutulması ise, özellikle tersanecinin iflas etmesi ihtimalinde iş sahibi ve kreditorler açısından ciddi bir risk teşkil eder.

Bu konudaki ilk görüşe göre, malzeme ve araçların gemi için kullanılacağına dair kuvvetli bir delilin varlığından söz edilebiliyorsa, bunları geminin bir parçası olarak kabul etmek gerekir⁵⁸¹. Özellikle söz konusu malzeme ve araçlar, bu niyeti gösterecek şekilde işaretlenmiş olursa, böyle bir delilin varlığı karine teşkil eder⁵⁸². Aslında bu görüş, İnşa Halindeki Gemilere İlişkin Hakların Tescili Konvansiyonu⁵⁸³ ile de uyumludur. Konvansiyonun 8. maddesine göre “ulusal hukuk inşa halindeki bir gemiye ait tescil edilmiş olan hakların tersanede bulunan ve gemiye takılacağı yönünde işaretlenen ya da kesin bir şekilde belirlenen malzeme, makine ve donanımları da kapsayacağı yönünde bir düzenleme getirebilir.” Sözleşmenin 5. maddesinde ise, tescil edilmiş haklar arasında *mülkiyet hakkı* da yer almaktadır.

⁵⁷⁸ Weibull, s. 75.

⁵⁷⁹ Baumhauer, M./Duderstadt, D.: Eigentumsverhältnisse an Schiffen im Bau, Hansa International Maritime Journal, 149. Jahrgang, Nr. 9, 2012, s. 104.

⁵⁸⁰ Brækhus, s. 13.

⁵⁸¹ Clarke, s. 52.

⁵⁸² Clarke, s. 52.

⁵⁸³ Convention relating to Registration of Rights in respect of Vessels under Construction, Brussel 27 May 1967.

Bu konudaki diğer görüşe göre ise, malzeme ve araçların mülkiyeti, bunların gerçekten fiili olarak kullanılmaları ile iş sahibine intikal eder⁵⁸⁴. Bu görüşün temelinde, tersanecinin bu malzemeleri mümkün olan en son ana kadar gemiden çıkarabileceği ve diğer bir gemiye monte edilebileceği fikri yatmaktadır⁵⁸⁵. Zira tersanede bulunan malzeme, genellikle diğer gemilere de monte edilebilecek niteliktedir; bunların hangi gemi için kullanılacağı ayırılması uygulamada büyük güçlük teşkil eder⁵⁸⁶.

Türk Hukukunda, yapı halindeki bir geminin devrinde, tersanede bulunan ancak henüz gemiye monte edilmemiş malzemenin, mülkiyetin kapsamına dâhil olacağını düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Hâlbuki gemi ipoteğini düzenleyen hükümler arasında bu tür bir hükme yer verilmiştir. Türk Ticaret Kanununun 1056. maddesine göre, *yapı hâlindeki gemi, yapının her aşamasında ipoteğin kapsamındadır. Yapı hâlindeki gemiler üzerindeki ipotek, 1020 nci maddede yazılı şeylerle yapı malikinin mülkiyetine girmemiş olan kısımlar dışında, tersanede bulunup yapımda kullanılacak olan ve bunun için işaretlenmiş bulunan kısımları da kapsar*⁵⁸⁷. Madde hükmünde, inşa yerinde bulunan ve yapıda kullanılmak üzere işaretlenmiş malzemenin gemi ipoteğinin kapsamında kabul edilebilmesi için, söz konusu malzemenin, yapı malikinin mülkiyetinde olması gerekliliğine işaret edilmiştir. Bu hüküm gereği, inşası devam eden yapı halindeki geminin mülkiyetinin iş sahibine geçmesi üzerine iş sahibinin banka lehine akdi ipotek tesis ettirmesi halinde, tersanede bulunan ve tersaneciye ait bir yapı malzemesi ipotek kapsamına girmeyecektir⁵⁸⁸. Sonuç olarak Türk Ticaret Kanununun 1056. maddesine göre, yapı ipoteğinin kapsamı ancak iş sahibinin tersaneye getirdiği malzemeyi ihtiva ettiği için, ipoteğin kapsamı oldukça dar kalmaktadır.

Yapı ipoteği ile ilgili olarak getirilen bu düzenlemenin, özel ve istisnai bir düzenleme olması itibarıyla, dar yorumlanması gerektiği ve gemi mülkiyetinin kapsamının belirlenmesinde uygulanamayacağı düşünülmektedir. Yapı halindeki

⁵⁸⁴ Clarke, s. 53.

⁵⁸⁵ Clarke, s. 52.

⁵⁸⁶ Brækhus, s. 13.

⁵⁸⁷ TK m. 943'ten, ifadesi değiştirilmek, bu sebeple gereksiz hâle gelen birinci fıkrasının üçüncü cümlesi çıkarılmak ve maddelere yapılan yollamalar asgarîye indirilmek suretiyle alınmıştır.

⁵⁸⁸ Bkz. Aksoy, s. 98.

geminin mülkiyetinin kapsamı açısından kanunda özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, inşa yerinde bulunan ancak gemiye henüz monte edilmemiş bulunan bir malzeme, işaretlenmiş olsa dâhi, mülkiyetin kapsamında sayılamaz. Türkiye'nin "İnşa Halindeki Gemilere İlişkin Hakların Tescili Konvansiyonu"nu onaylaması halinde dâhi, bu nitelikteki malzeme ve araçlar, doğrudan yapı halindeki geminin mülkiyetinin kapsamında kabul edilemez. Zira anılan Konvansiyon sadece, taraf devletlerin, iç hukuklarında bu konuda bir düzenleme tesis edebileceklerini ifade etmektedir. Binnetice tersanede bulunan ancak gemiye monte edilmemiş malzemenin mülkiyeti, bu malzemenin hangi gemide kullanılacağı hususunda işaretlenmiş olmasına rağmen, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı⁵⁸⁹ takdirde iş sahibine intikal etmeyecektir.

Malzeme ve inşa halindeki gemiyi, gemi ipoteğinin kapsamı içerisinde bir bütün olarak değerlendirmek, ekonomik bir bakış açısının sonucudur. Zira gemi ipoteğinde genellikle alacaklı konumunda bulunan kredi kuruluşları, söz konusu malzemenin değerini zaten ödemiş durumdadır. Kredi kuruluşlarının bu kapsamda yapmış olduğu ödemelere ilişkin teminatlarını, malzeme ve araçların gemiye monte edilmesi koşuluna bağlı tutmak, bu teminatların zedelenmesi sonucunu doğurur⁵⁹⁰. Bu nedenle gemiye monte etme koşulu aranmadan gemi ipoteğinin kapsamına işaretlenmiş malzeme ve araçları da dahil eden Kanunun 1056. maddesi, gemi inşa sektörünün gelişimini teşvik eden bir düzenlemedir. Ancak bu maddede sadece yapı malikinin mülkiyetinde bulunan malzemenin ipoteğin kapsamı içerisinde değerlendirilmesi, tarafların mülkiyetin kapsamını ayrıca düzenlemediği sözleşme ilişkileri bakımından bir eksiklik teşkil etmektedir. Kanaatimce yapının mülkiyetinin devrinin anlaşma ve inşa halindeki gemilere özgü sicile tescil ile gerçekleşeceği kabul edildikten sonra, tersanede bulunan malzemelerden gemiye takılacağı yönünde işaretlenen ya da kesin bir şekilde belirlenenleri mülkiyetin kapsamında kabul eden bir düzenlemeye yer verilmesi yapı ipoteğinin kapsamını genişletmesi bakımından daha uygun bir çözüm

⁵⁸⁹ 1925 tarihli bir İngiliz Temyiz Mahkemesi kararında sözleşmede bu yönde bir hüküm olmasına rağmen hüküm geçersiz kabul edilmiştir. *Lawson/Norton*, s. 35. Hollanda Hukukunda ise kural olarak tersanede bulunan malzemelerin mülkiyeti iş sahibine ait değildir. Malzemelerin mülkiyeti ancak gemiye monte edilmeleri halinde iş sahibine geçebilir. Ancak taraflar sözleşmede bunun aksine düzenleme yapabilirler. *Wieringa*, W. G.: "International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security", International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 51.

⁵⁹⁰ Bkz. *Brækhus*, s. 18.

olurdu. Böylece yeni gemilerin inşası için kredi tedarikinde kolaylıklar yaratılabilirdi.

Gemi inşa uygulamasında mülkiyetin kapsamı konusunda diğer bir sorun ise, tersanecilerin, malzeme tedariki için başvurdukları satıcıların, genellikle mülkiyeti muhafaza kaydıyla sözleşme yapmayı kabul etmesinden kaynaklanmaktadır⁵⁹¹. Zira mülkiyeti muhafaza kaydı nedeniyle, henüz tersanecinin mülkiyetinde sayılmayan bu tür malzeme üzerinde, tedarikçilerin istihkak iddiasında bulunması mümkündür. Bu nedenle, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satılan malzemenin, gemi inşa sözleşmesi hükümleri uyarınca iş sahibine intikal eden geminin mülkiyetinin kapsamında sayılıp sayılmayacağı sorunu doğmaktadır⁵⁹².

Türk Medeni Kanununun iyi niyetle hak iktisabına ilişkin kuralları, bu konuda iş sahibini koruyucu niteliktedir. Mülkiyeti muhafaza kaydı ile satılan malın mülkiyetini, tersaneciden iyi niyetle iktisap eden kimse, bu malın maliki olur⁵⁹³; çünkü tersaneci, malın emin sıfatıyla zilyedir⁵⁹⁴. İş sahibinin, iyi niyetli sayılabilmesi için, malın teslim edildiği anda kendisine malı satan kimsenin o şeyin maliki olduğunu bilmemesi ve kendinden beklenen ihtimamı göstermesine rağmen bilememesi gerekir⁵⁹⁵. Burada tapu sicilinin aksine müsbet tesiri haiz olmayan mülkiyeti muhafaza sicilinin, herkes tarafından bilindiği karinesi de geçerli değildir. Buna bağlı olarak mülkiyeti muhafaza sicilinde yer alan kayıtlar, iş sahibinin iyi niyetle iktisabına engel olmaz⁵⁹⁶.

⁵⁹¹ *Brækhus*, s. 20; *Behrendt-Poulsen*, E.: "International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security", International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 30. Alıcıya teslim edilmiş olmasına rağmen, satılan şeyin mülkiyetini, belli bir şartın gerçekleşmesine kadar alıcıda mahfuz tutan mukaveleye mülkiyeti muhafaza mukavelesi denir. Bkz. *Aral*, F.: "Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi", AÜHFD 1973, Cilt 30, S. 1-4, s. 202.

⁵⁹² Danimarka ve Norveç'te mülkiyeti muhafaza kaydı, satıcının, sözleşme konusu malın tekrar satılmak üzere satın aldığı bilmesi halinde geçerli kabul edilmemektedir. Bkz. *Brækhus*, s. 21. İngiliz hukukunda da mülkiyeti muhafaza kaydının söz konusu olduğu hallerde iş sahibinin iyiniyetli olarak hak iktisap edebileceği yönünde bkz. *Lawson/Norton*, s. 40.

⁵⁹³ *Aral* (Mülkiyeti Muhafaza), s. 225.

⁵⁹⁴ *Aral* (Mülkiyeti Muhafaza), s. 225.

⁵⁹⁵ *Aral* (Mülkiyeti Muhafaza), s. 225.

⁵⁹⁶ *Aral* (Mülkiyeti Muhafaza), s. 225.

d) Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi

Tip sözleşmelerde, mülkiyetin kapsamına yer veren özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu nedenle geminin bütünleyici parçaları ve eklentileri açısından yukarıda anılan genel prensipler tip sözleşmeler açısından da geçerlidir. Tip sözleşmeleri model alan tarafların, tersanede bulunan ancak henüz gemiye monte edilmeyen eşyanın, mülkiyeti devir borcunun kapsamı içerisinde olmasını arzu etmeleri halinde, sözleşmelerinde özel düzenlemelere yer vermeleri gerekmektedir.

Tip sözleşmelere göre, tersaneci, teslim anında, gemi üzerinde rehin veya diğer herhangi bir takyidatın bulunmadığına dair bir beyanda bulunur⁵⁹⁷. Bu tür bir beyan ile tersaneci, gemi üzerinde üçüncü bir kişinin, iş sahibinin mülkiyet vb. diğer haklarını kullanmasını engelleyecek nitelikte hakları olmadığını açıkça taahhüt ettiğinden, mülkiyeti muhafaza kaydı olsa bile, bu kaydın tip sözleşmeler açısından iş sahibinin iyiniyetli iktisabına mani olmayacağı kabulü gerekir.

5- Hasarın İntikâli

a) Hasar ve Hasarın İntikali Kavramları

Hasar⁵⁹⁸, sözleşme konusu şeyin, taraflardan herhangi birine isnat olunamayan sebeplerden dolayı⁵⁹⁹ tamamen veya kısmen değerinin azalmasıdır⁶⁰⁰. Hasar,

⁵⁹⁷ SAJ Art. VII 3 (e); AWES Art. 6 (b); NEWBUILDCON Art. 29 (f); NSF Art. VIII 3 (f).

⁵⁹⁸ Araştırmamızda sadece hasar konusunun ele alınıp yararın intikali konusunun ele alınmamasının nedeni, inşa halindeki gemilerde henüz işletilme ve yolculuk bahis konusu olmadığı için kâr ve zarar probleminin bu aşamada ortaya çıkmamasıdır.

⁵⁹⁹ Taraflara sorumluluk yüklenemeyecek sebepler, umulmayan hâl, mücbir sebep ve üçüncü kişilerin davranışlarından kaynaklanabilir. *Gauch*, N. 1187; *Bühler*, Art. 376, 14; *Zindel/Pulver*, Art. 376, N. 11; *Aral*, s. 385; *Erzurumluoğlu*, E.: *Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi*, Ankara 1970, s. 48. Umulmayan halin temelini teşkil edecek olan olay, savaş, savaş anında yapılan müsadere yanında; yıldırım, fırtına, don, su baskını gibi doğal olaylar; hastalık gibi fizyolojik ve ruhi olaylar; zabıta yasağı, yol üzerinde açılmış çukur, üçüncü şahsın ve alacaklının eylemi gibi hukuki ya da grev gibi sosyal olaylar olabilir. Bkz. *Erzurumluoğlu*, s. 29. Umulmayan hal, taraflarca önceden tahmin edilemeyen, engellenemeyen ve üstesinden gelinemeyen olay anlamına gelmektedir. Taraflarca tahmin edilememe kavramı, objektif değil, tarafları ve yaşadıkları çevreyi dikkate alan subjektif bir kavramdır. *Altaş*, H.: *Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK m. 368)*, Ankara 2002, s. 66; *Bühler*, Art. 376, 13.

⁶⁰⁰ Bu anlamdaki hasara “borca müteallik hasar” (*periculum obligationis*) denilmektedir. Geniş anlamda hasar kavramı ise herhangi bir şeyin, bir borç münasebetine konu olup olmadığına bakılmaksızın, telef ve zayi olması veya kötüleşmesi durumu ifade edilmektedir. Bu nedenle geniş anlamda hasar, “ayn’a müteallik hasar” (*periculum rei*) olarak adlandırılmaktadır. *Akıntürk*, T.: *Satım Akdinde Hasarın İntikali*, Ankara 1966, s. 22-24.

(*Untergang des Werkes*), eserin tahrip ve harap olması hallerini⁶⁰¹, yani kısmen ya da tamamen yok olmasını kapsar⁶⁰². Hasarın intikali ise, sözleşmenin kurulması ile ifa edilmesi anları arasında sözleşme konusunun hasara uğramasından doğan tehlikeden kimin sorumlu olacağını ifade eder⁶⁰³. Bu kapsamda edim hasarı (*Leistungsgefahr*) ve ücret hasarı (*Vergütungsgefahr*) kavramları ortaya çıkar. Edim hasarı, edim konusunun telef olmasına rağmen, yüklenicinin eser meydana getirme edimini yerine getirmekle yükümlü olup olmadığına, ücret hasarı ise, sözleşme konusunun hasara uğraması sebebiyle yüklenicinin gereği gibi ifa yükümünden kurtulmasına rağmen, iş sahibinin sözleşme bedelini ödemekle yükümlü tutulup tutulamayacağıyla ilgilidir⁶⁰⁴.

b) *Hasarın Aidiyetinin Belirlenmesi*

i. İmkânsızlık Yoksa Hasar Tersaneciye Aittir

Taraflara isnat olunamayan sebepler nedeniyle meydana gelen hasara kimin katlanacağı, edimin ifa edilebilirliğine göre belirlenir. Eğer edimin ifası imkânsız hale gelmişse, Roma Hukukundan beri sözleşmelere hâkim olan “*impossibulum nulla obligatio est*” ilkesi gereği, borç son bulur⁶⁰⁵. Nitekim Türk Borçlar Kanununun sonraki kusursuz imkânsızlığı düzenleyen 136. maddesinin I. fıkrasına⁶⁰⁶ göre, *borcun ifası, borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer*. İmkânsızlık nedeniyle borcundan kurtulan borçlu, kendisine henüz ifa

⁶⁰¹ Zindell/Pulver, Art. 376, N. 9.

⁶⁰² Bühler, Art. 376, N. 10; Zindell/Pulver, Art. 376, N. 9; Aral, s. 385; Altaş, s. 64. Eserin kötüleşmesi ya da bozulması halinin eserin telef olması kapsamında ele alınıp alınamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Oser/Schönenberger, bu soruya olumlu cevap vermekteyken (Oser/Schönenberger, Art. 376, N. 7); Gauch, Zindell/Pulver ve Bühler, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabileceğini savunarak soruya olumsuz cevap vermektedir (Gauch, N. 1184; Zindell/Pulver, Art. 376, N. 10; Bühler, Art. 376, N. 28). Akıntürk, hasardan bizatihi borç konusu şeyin yok olması ya da kötülüşmesinin değil, bu yönde tarafları tehdit eden tehlikenin anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Akıntürk, s. 26.

⁶⁰³ Başka bir deyişle hasarın intikali, taraflara yüklenemeyen nedenlerle sözleşme konusunun hasara uğraması dolayısıyla ortaya çıkan mameleki azalmaya, yani zarara hangi tarafın katlanacağını veya hasarın hangi tarafın malvarlığını azaltacağını belirlenmesidir Atamer, Y.: “Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı, Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183’ün Farklı Okunması Gereği”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 131.

⁶⁰⁴ Akıntürk, s. 27-28. Satım sözleşmesine ilişkin olarak bkz. Aral, s. 75. Yüklenicinin gereği gibi ifa yükümü devam ediyorsa (ister aslî edim yükümü, ister onun yerine geçen tazminat yükümü şeklinde olsun), edim hasarı yükleniciye aittir, aksi takdirde edim hasarına iş sahibi katlanır. Satım sözleşmesine ilişkin olarak bkz. Aral, s. 74.

⁶⁰⁵ Dural, M.: “İmkânsızlık Kavramı ve Türleri”, BATİDER, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 1973, s. 11.

⁶⁰⁶ BK m. 117/1’e denk gelen bu hükümde, dilinin sadeleştirilmesi dışında değişiklik bulunmamaktadır.

edilmemiş olan karşı edimi isteme hakkından yoksun kalır. Böylece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sonraki imkânsızlık halinde, edim hasarına alacaklı, ücret hasarına ise borçlu katlanır⁶⁰⁷.

İmkânsızlık söz konusu değilse, borçlu bu edimi ifa ile yükümlüdür⁶⁰⁸. Bir başka deyişle, edimin ifası, tersaneci bakımından objektif olarak mümkün ise, tersaneci hem ücret hasarına, hem de edim hasarına katlanır. Bu sonuç, borçlar hukukuna hâkim olan *pacta sunt servanda* kuralının bir gereğidir⁶⁰⁹.

ii. Gemi İnşa Sözleşmesinde İmkânsızlık

İfa edilemeyen ya da ifa edilemez hale gelen bir edim imkânsızdır⁶¹⁰. İmkânsızlık, sürekli, kalıcı ve temelli bir ifa engelidir. Bu nedenle geçici nitelikte olan bir ifa engelinin imkânsızlık olarak kabulü mümkün değildir⁶¹¹. Bir borcun ifasının veya gereği gibi ifasının imkânsızlaşabilmesi için, o borcun “*parça borcu*” (*Speziesschuld*) olması gerekir⁶¹²; “*çeşit borcu*”nda (*Gattungsschuld*) imkânsızlık söz konusu olmaz⁶¹³. Diğer bir deyişle, imkânsızlık, sözleşme konusunun parça borçlarından olması veya başlangıçta çeşit borcu olmakla beraber, sonradan ayırdedilmek ve ifaya tahsis olunmak suretiyle ferdileştirilmiş bulunulması halinde ortaya çıkar⁶¹⁴.

Bu husus, eser sözleşmesi açısından da geçerlidir⁶¹⁵. *Tandoğan*'a göre çeşit borcunun söz konusu olduğu eser sözleşmelerinde, aynı çeşitten şeyleri teslim etmek olanağı, o çeşidi yeniden meydana getirmek mümkün olduğu sürece daima mevcuttur⁶¹⁶. Parça borcunun söz konusu olduğu eser sözleşmelerinde ise, eserin

⁶⁰⁷ *Eren*, s. 1253.

⁶⁰⁸ *Altaş*, s. 143.

⁶⁰⁹ *Altaş*, s. 143.

⁶¹⁰ *Serozan*, imkânsızlığı, edimin, içeriği değişmeksizin borçlunun etkinliğiyle aynen gerçekleştirilmesinin olanak dışı bulunması olarak tanımlamaktadır. *Serozan* (İfa Engelleri), s. 138; İfa imkânsızlığı, mevcut bir borcun ifasının cebri icra yolu ile elde edilemeyecek duruma girmesi olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. *Oğuzman/Öz*, s. 293.

⁶¹¹ *Serozan* (İfa Engelleri), s. 138; *Gauch*, N. 719; *Eren*, s. 1250; *Erzurumluoğlu*, s. 13.

⁶¹² *Akıntürk*, s. 31; *Atamer*, Y. (Hasar), s. 133.

⁶¹³ *Eren*, s. 1251. Alman Hukukunda BGB § 243/II uyarınca, cins borçlarında borçlunun eda için kendisine düşen her şeyi yerine getirdiği andan itibaren hasardan kurtulduğu kabul edilmektedir. Bkz. *Akıntürk*, s. 32.

⁶¹⁴ *Akıntürk*, s. 32.

⁶¹⁵ İmkânsızlığa ilişkin BK m. 117 (TBK m. 136) hükmü eser sözleşmesinde de uygulanmaktadır. *Buz*, V.: “Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması”, AÜSBFD, C. 49, Prof. İlhan Öztrak'a Armağandan Ayrı Bası, Ocak-Haziran 1994, s. 25.

⁶¹⁶ *Tandoğan* (C. II), s. 319.

yeniden yapılmasının mümkün olup olmadığına göre karar verilmelidir. Buna göre tamamlandığında ferden muayyen olacak bir eser tamamlanmadan önce kaza sonucu telef olacak olursa veya tamamlandıktan sonra telef olup da “aynını yapmak mümkün ise” genellikle burada ifa imkânsızlığı ortaya çıkmaz⁶¹⁷.

Eser sözleşmesinde eserin yok olmasını düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 483. maddesini⁶¹⁸ de bu şekilde yorumlamak gerekir. Bu maddeye göre, *eser, teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.* Söz konusu madde, her ne kadar eser sözleşmesini sona erdiren sebepleri düzenleyen hükümler arasında yer alsada, meydana getirilen eserin beklenmedik olay sonucu yok oluşu, imkânsızlık olmadıkça sözleşmeye son vermez⁶¹⁹. Eser sözleşmesinde kusursuz imkânsızlık yanında hasarın intikali sorununu da düzenleyen⁶²⁰ bu maddeye göre, beklenmedik olay sonucu eser yok olursa, ücret hasarı yükleniciye ait olup, o ana kadar yapılan malzeme giderleri ile harcanan emek boşa gider⁶²¹; imkânsızlık varsa edim hasarına alacaklı, yoksa yüklenici katlanır.

Wüstendörfer, Tandoğan tarafından eser sözleşmesine ilişkin olarak yapılan bu açıklamaları, gemi inşa sözleşmesi açısından biraz daha somutlaştırmaktadır. Buna göre, gemi inşa sözleşmesinin konusunu oluşturan borç, sözleşmenin kurulduğu sırada bir çeşit borcu iken, inşa sürecinin ilerlemesine bağlı olarak, ferdi bir nitelik kazanmaktadır. Bu haliyle gemi inşa sözleşmesindeki edim borcunun “topal bir parça borcu” (*hinkende Speziesschuld*) niteliği taşımakta olduğunu iddia eden Yazara göre, inşanın başladığı anda ağırlıklı olarak cins borcu niteliği taşıyan bu borç, inşa edilen gemi ortaya çıktıkça cins borcundan uzaklaşmakta ve bir dönüşüm anında parça

⁶¹⁷ *Tandoğan* (C. II), s. 318.

⁶¹⁸ BK m. 368’i karşılayan bu maddede, metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında hüküm değişikliği yoktur.

⁶¹⁹ *Gautschi*, Art. 376, N. 1.

⁶²⁰ Bkz. *Gautschi*, Art. 376, N. 1; *Tandoğan* (C. II), s. 316-317; *Zevkliler, A.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, Ankara 2008, s. 345.

⁶²¹ *Tandoğan* (C. II), s. 317; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 323.

borcu haline gelmektedir. Yazara göre bu dönüşüm anı, geminin kızaktan denize indirildiği (*Stappelauf*) andır⁶²².

Gemi inşa sözleşmesinin konusunu oluşturan borcun, tamamlanınca parça borcu niteliği taşıyacağında şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu borç, parça borcu niteliği taşısa da, malzeme temin edilebildiği sürece, geminin yeniden yapımı da mümkün olduğundan teknik olarak imkânsızlıktan söz edilemez⁶²³. Diğer bir ifadeyle gemi inşa sözleşmesinde imkânsızlıkla, ancak gemiyi yeniden meydana getirmek için gerekli malzeme ve araçların piyasadan elde edilememesi gibi istisnai durumlarda karşılaşılabılır. İmkânsızlığın söz konusu olduğu hallerde ise tersanecinin inşa borcu ortadan kalkar ve sözleşme sona erer⁶²⁴; böylece edim hasarı iş sahibine geçer⁶²⁵. İmkânsızlık nedeniyle borcundan kurtulan tersaneci, ücret hasarına kendisi katlanır ve kendisine henüz ifa edilmemiş ücret alacağını isteme hakkından yoksun kalır⁶²⁶; ayrıca yaptığı giderler için bir talepte bulunamaz ve daha önce aldıklarını, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade eder⁶²⁷.

Ancak tersaneci, geminin yeniden meydana getirilmesi ya da hasarın giderilmesi objektif olarak mümkün olduğu sürece⁶²⁸, bunu yerine getirmekle yükümlüdür⁶²⁹. Bir

⁶²² *Wüstendörfer*, s. 57, *Wüstendörfer*'in "topal parça görüşü"nü eleştirisi için bkz. *Serozan* (Parça Borcu), s. 7. Esasen *Serozan*, günümüzde ifa imkânsızlığının artık tek ölçüğünün, borçlanılanın çeşit veya parça biçiminde saptanmasından soyut olarak, borçlunun edim eylemlerini güven ilkesine göre seferber etmesi kendisinden beklenebilecek araçlarla gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği olduğu ifade etmektedir. *Serozan* (Parça Borcu), s. 10.

⁶²³ *Wüstendörfer*, s. 45.

⁶²⁴ *Bühler*, Art. 376, N. 29. *Altaş* da, BK m. 368 eser sözleşmesinin sona ermesine ilişkin bir kural olmadığından, 117. maddedeki borcun sona ermesiyle ilgili genel düzenlemenin esas alınması gerektiğini ifade etmektedir. *Altaş*, s. 142. Borçlar Kanununun 368. maddesi, her ne kadar açıkça taraflara isnat edilemeyen bir kaza nedeniyle geminin yok olması halinde sözleşmenin sona ereceğini söylemese de, bu durum, 368. madde hükmü açısından da sözleşmenin sona ermesine yol açmaktadır. Maddenin "Akdin Hitamı" başlığını taşıyan bölümde yer alması da kanun koyucunun eserin yok olması halinde sözleşmenin sona ereceği görüşünde olduğunu göstermektedir. *Bühler*, Art. 376, N. 29.

⁶²⁵ *Zindel/Pulver*, Art. 376, N. 32. Borçlunun imkânsızlaşan edim yerine başka bir edimi yerine getirme yükümlülüğü olmamasına rağmen, dürüstlük ve güven ilişkisinden doğan ve alacaklının uğrayacağı zararın artmasını önlemeye yönelik yan yükümlülükleri söz konusu olabilir. *Eren*, s. 1252.

⁶²⁶ Bu kural tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin karşılıklılık ve değişim ilkesinin bir sonucudur. *Eren*, s. 1253.

⁶²⁷ *Tandoğan* (C. II), s. 317; *Eren*, s. 1253; *Bilge*, N.: *Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri*, Ankara 1971 s. 253; *Tunçomağ* (C. II), s. 1043.

⁶²⁸ Örneğin, yarısı inşa edilmiş bir halde gemi kızağında duran bir geminin, düşman hava saldırısı neticesinde infilak ederek telef olmasına rağmen, tersanenin her hangi bir zarara uğramaması halinde durum böyledir. Ya da aynı örnekte tersanecinin de hasar görmesine rağmen başka bir tersanede geminin inşası mümkün ise edimin ifası objektif olarak mümkündür. Malzemelerin

başka deyişle, imkânsızlık söz konusu değil ise, hem edim hasarına, hem ücret hasarına katlanacak olan tersaneci, masraflarında artış meydana gelse bile, gemiyi tamamen ya da kısmen yeniden yapmak⁶³⁰ ve ek masrafa katlanmak zorundadır⁶³¹.

Kısmen veya tamamen yok olması nedeniyle gemiyi yeniden inşa etmek ya da ettirmek zorunda kalan tersaneci, işin kararlaştırılan ücretle yapılması aşırı derecede güçleşmişse, Türk Borçlar Kanununun 480. maddesine dayanabilir⁶³². Zira eserin telef olması ücretin arttırılmasını gerektiren olağanüstü bir olaydan doğmuşsa, öncelikle Kanunun 480. maddesi uygulanır⁶³³. Böylece geminin yeniden meydana getirilmesi, dürüstlük kuralı gereğince tersaneciden beklenemiyorsa, uyarlama kapsamında ücret artışı uygulanabilir ya da sözleşmeye son verilebilir⁶³⁴. Nitekim doktrinde, edim borçlu için dayanılmayacak ölçüde güçleştiğinde, alacaklının ifa istemi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir⁶³⁵. *Wüstendörfer* de, istisnai bazı hallerde, geminin kısmen ya da tamamen yok olması halinde, yeniden yapımı fiziken mümkün olmasına rağmen, tersanecinin dürüstlük kuralı gereğince edim hasarından kurtulması gerektiğini ifade etmektedir⁶³⁶.

Gemi inşa sözleşmesinde, bölünebilir bir edim⁶³⁷ söz konusu olmadığından⁶³⁸ edimin kısmen imkânsız⁶³⁹ hale gelmesi, tam imkânsızlığın uygulanmasına sebep

yeniden temini mümkün olduğu sürece geminin yeniden inşası da mümkün olacaktır. *Wüstendörfer*, s. 45.

⁶²⁹ *Aral*, s. 386; *Wüstendörfer*, s. 37. *Bühler*, Art. 376, N. 26.

⁶³⁰ *Bühler*, Art. 376, N. 26.

⁶³¹ *Aral*, s. 387; *Wüstendörfer*, s. 37.

⁶³² *Aral*, s. 387; *Altaş*, s. 230. Bu hükmün kıyasen yaklaşık ücret kararlaştırılan hallerde de uygulanabileceği yönünde bkz. *Altaş*, s. 238.

⁶³³ *Altaş*, s. 228.

⁶³⁴ *Aral*, s. 387.

⁶³⁵ *Erzurumluoğlu*, s. 71. İfayı güçleştiren beklenmedik halleri dikkate almayı haklı gösteren neden, borçlunun değişen koşullar karşısında yükünün ağırlaşması ve bu koşullar altında ona yardım edilmesi gerektiğine dair kabuldür. *Erzurumluoğlu*, s. 71.

⁶³⁶ Bu görüşü açıklamak için başvurulmuş örneğe göre, inşası tamamlanmış bir gemi deneme yüzüşü sırasında kaza sonucu bir mayına çarpar ve enkaz haline gelir. Yılların emeği sonucunda imal edilen ve milyonlar değerinde olan bir eser yok olur. *Wüstendörfer*, burada tersanecinin yeniden aynı gemiyi inşa etmesinin fiziken mümkün olmasına rağmen dürüstlük kuralı gereğince tersanecinin edim hasarını taşımaması gerektiğini ifade etmektedir. *Wüstendörfer*, s. 60-61.

⁶³⁷ Bir edimin bölünebilirliği, ticari teamül ve anlayışla, taraf iradelerine ya da edimin niteliğine göre tespit edilir. Edim bölünemiyorsa, kısmen ifa mümkün olsa bile, edim tamamen imkânsız olur. *Dural*, s. 37; *Eren*, s. 1251.

⁶³⁸ *Wüstendörfer*, s. 39.

⁶³⁹ Kısmi imkânsızlık halinde borçlu, imkânsızlıktan sorumlu olmadığı kısım için borçtan kurtulur, buna karşılık diğer kısmı ifa etmek zorundadır. Bu takdirde karşı edimin de orantılı bir şekilde indirilmesi gerekir. *Eren*, s. 1250.

olur⁶⁴⁰. Kısmen imkânsız hale gelen gemi inşa sözleşmesinde tersaneci, kısmen ifa edilen gemiyi iş sahibinin teslim almasını bekleyerek, bu kısmın ücretinin ödenmesini talep edemez⁶⁴¹. Ancak iş sahibi, yapının taşınabilir hale gelmesi koşuluyla, kısmen ifa edilen geminin ücreti karşılığında kendisine teslimini isteyebilir⁶⁴².

iii. Hasarın Tersaneciye Ait Olmasının İstisnaları

Türk Borçlar Kanununun 483. maddesinde hasarın yükleniciye ait olması kuralının istisnalarına yer verilmiştir. Kanunun 483. maddesinin I. fıkrasının ilk cümlesine göre hasar, alacaklı temerrüdünün⁶⁴³ başladığı andan itibaren iş sahibine ait olur; zira iş sahibi temerrüdü dolayısıyla kusurlu durumdadır⁶⁴⁴. Ancak iş sahibinin temerrüdünün ortadan kalktığı andan itibaren hasar yine tersaneciye geçer⁶⁴⁵. İş sahibi, eğer temerrüde düşmeseydi dâhi teslimden önce geminin telef olacağını ispatlayabilirse, ücret ödeme borcundan kurtulabilir⁶⁴⁶.

Ayrıca Kanunun 483. maddesinin I. fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca, malzemeye ilişkin hasara malzeme sahibi katlanır⁶⁴⁷. Dolayısıyla, tersaneci, malzemenin kaza sonucu telef olduğunu ispatlayarak iş sahibine karşı sorumluluktan kurtulabilir⁶⁴⁸. Ancak bu malzeme, tersanecinin mütemerrit olduğu dönemde telef olursa, tersanecinin iş sahibine karşı tazminat yükümlülüğü doğar (*res domino perit*)⁶⁴⁹. Kendisi tarafından tedarik edilen malzemenin tazminine ilişkin bir talebi olan tersaneci, iş sahibinin bu sonuca yol açtığını ispat etmelidir⁶⁵⁰.

Geminin telef olmasına iş sahibi tarafından verilen malzemenin bozukluğu ya da geminin imal ve inşa tarzına ilişkin talimatları neden olmuşsa, kazanın iş sahibinin

⁶⁴⁰ *Wüstendörfer*, s. 39.

⁶⁴¹ *Wüstendörfer*, s. 39.

⁶⁴² *Wüstendörfer*, s. 40.

⁶⁴³ Gemi inşa sözleşmesinde alacaklı temerrüdü için bkz: Beşinci Bölüm II B.

⁶⁴⁴ *Gauch*, N. 1191; *Tunçomağ* (C. II), s. 1046; *İzveren/Franko/Çalık*, s. 67; *Bilge*, s. 253.

⁶⁴⁵ *Gauch*, N. 1192; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 323; *Brändli*, N. 87; *Altaş*, s. 87.

⁶⁴⁶ *Gauch*, N. 1193. Ancak tersaneci de geminin iş sahibinin temerrüdü bittikten sonra yok olmasına rağmen bu durumun temerrüt nedeniyle oluştuğunu ispatlarsa ücret hasarı yine iş sahibine ait olacaktır. *Gauch*, N. 1193.

⁶⁴⁷ *Bühler*, Art. 376, N. 34.

⁶⁴⁸ *Bühler*, Art. 376, N. 38.

⁶⁴⁹ *Bühler*, Art. 376, N. 34.

⁶⁵⁰ *Bühler*, Art. 376, N. 39.

özel tehlike alanına girdiği kabul edilir⁶⁵¹. Kanunun 483. maddesinin 2. fıkrasından çıkan bu sonuca göre tersanecinin sorumluluktan kurtulabilmesi için, iş sahibine özen yükümlülüğüne uygun bir şekilde, malzemenin ayıbı ya da talimatın tehlikeli sonuçları hakkında zamanında bilgi vermiş ve iş sahibini ikaz etmiş olması gerekir⁶⁵². Türk Borçlar Kanununun 483. maddesi uyarınca, tersaneci, sözleşme bedelinin tamamını değil, ancak yaptığı işin değerini ve bu değere dâhil olmayan masraflarını iş sahibinden isteyebilir⁶⁵³. Ayrıca hasarın iş sahibine intikali için iş sahibinin kusurlu olması gerekmeyip⁶⁵⁴, kusurlu olan iş sahibi, tersanecinin ifaya olan menfaatinin tamamını yani müspet zararını tazminle mükelleftir⁶⁵⁵.

c) *Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi*

i. *Hasarın İntikali ve Tersanecinin Sigorta Yaptırma Borcu*

Tip sözleşmelere göre hasar, mülkiyetin devri ile birlikte iş sahibine geçer. Örneğin SAJ'a göre "*Geminin mülkiyeti ve hasarı, ancak yukarıda belirtildiği şekilde bir teslim ve kabulün gerçekleşmesi ile Alıcıya geçer; bu tür bir teslim gerçekleşinceye kadar savaş, deprem ve dev dalgalar haricinde gemiye ve malzemeye ait hasardan tersanecinin sorumlu olduğu hususunda taraflar açıkça anlaşmıştır*"⁶⁵⁶.

NEWBUILDCON'da da mülkiyet ve hasarın, *Teslim ve Kabul Protokollerinin değişimi anında*; NSF'de ise, *iş sahibinin geminin fiziksel zilyetliğini devraldığı anda*

⁶⁵¹ TBK m. 483/II (BK m. 368/III)'te sayılan hallerin örnek kabilinden olduğu ve bu haller dışında eserin telefinden iş sahibinin sorumlu olabileceği olaylar doktrinde kabul edilmektedir. Örneğin, iş sahibinin yardımcı şahıslarının kusurlu fiilleri nedeniyle, eserin telef olmasından iş sahibi sorumludur. Bkz. *Altaş*, s. 70.

⁶⁵² *Becker*, Mad. 376, N. 3; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 324; *Bühler*, Art. 376, N. 60; *Zindel/Pulver*, Art. 376, N. 24; *Tunçomağ* (C. II), s. 1047; *Altaş*, s. 103. Burada kanunkoyucu, TBK m. 472/3'teki kurala istinat etmektedir. Tersanecinin özen yükümlülüğünden kaynaklanan ihbar mükellefiyetini yerine getirmemesi halinde hem ücret talep etme hakkını kaybedecek hem de iş sahibinin diğer zararlarını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Bkz. *Gauch*, N. 1201-1202.

⁶⁵³ *Gauch*, N. 1200; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 324.

⁶⁵⁴ *Gauch*, N. 1196; Ancak Türk hukukundaki prensip, sorumluluğun kusura dayalı olması yönünde bulunduğundan bu şekilde kusursuz sorumluluk hali öngören kanun hükümlerinin dar yorumlanması gerektiği yönünde bkz. *Yavuz/Acar/Özen*, s. 324. Meydana gelen eserin telef olmasına, iş sahibinin veya yardımcı şahıslarının ya da onun davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin kusurlu bir hareketi neden olmuşsa, yine TBK m. 483/III uygulanır.

⁶⁵⁵ *Tunçomağ* (C. II), s. 1048; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 324; *Bilge*, s. 253.

⁶⁵⁶ SAJ Art. VII-5.

geçtiği düzenlenmiştir⁶⁵⁷. AWES'te, hasarın intikali ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak AWES'te inşa sırasında mülkiyetin tersaneciye ait olduğu⁶⁵⁸ ve geminin savaş riski hariç olmak üzere tüm hasar risklerine karşı sigortalanacağı düzenlenmiştir⁶⁵⁹. *Clarke*, mahkemelerin genellikle sigorta yükümlüsü tarafın hasarı da taşıyacağı yönünde karar verdiğini⁶⁶⁰ belirterek, AWES açısından sigorta yaptırmakla yükümlü kılınan tersanecinin hasarı taşıdığını ifade etmektedir⁶⁶¹.

Sonuç olarak tip sözleşmeler açısından, teslim anına kadar her türlü hasara tersaneci katlanır. Ancak bu konuda verilen çeşitli mahkeme kararlarına göre, iş sahibi, gemiyi teslim almada temerrüde düşmüşse hasardan tersaneci sorumlu olmayabilir⁶⁶². Bu yaklaşım tarzı, Türk Borçlar Kanununun 483. maddesinde yer alan düzenleme ile paralellik arz etmektedir. Ayrıca tip sözleşmelerde, her ne kadar hasarın, mülkiyetin devri ile iş sahibine geçeceği düzenlenmiş olsa da, mülkiyetin teslimden önce iş sahibine geçeceğinin kararlaştırıldığı gemi inşa sözleşmelerinde, uygulama, hasarın ancak teslim üzerine iş sahibine geçmesini sağlayan düzenlemelerin sözleşmeye ilave edilmesi yönündedir⁶⁶³.

SAJ'da tersanecinin hasara katlanması ile ilgili uygulamaya bir kısıtlama getirilmiştir. Buna göre savaş, deprem ve dev dalgalar halinde meydana gelen hasardan tersaneci sorumlu tutulamaz. Esasen SAJ ile sorumluluk kapsamından çıkarılan bu hususlar "Tersaneci Riskleri İçin Özel Japon Kayıtları"nda (*Japanese*

⁶⁵⁷ NEWBUILDCON Art. 31; NSF Art. VIII-4 ve Art. XI-2 (a).

⁶⁵⁸ AWES Art. 8. (b).

⁶⁵⁹ AWES Art. 9.

⁶⁶⁰ Allison v. Bristol Marine (1876) 1 App. Cas. 209; Anderson v. Morice (1876) 1. App. Cas. 713. Bkz. *Clarke*, s. 64.

⁶⁶¹ *Clarke*, s. 64.

⁶⁶² *Demby Hamilton & Co. Ltd. v. Barden* [1949] 1 All E.R. 435. Aynı karara göre, geçerli olmayan bir sebebe dayanılmaksızın kabul edilmeyen geminin zarara uğramaması için, tersanecinin özenli davranması ve gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Bu şekilde hareket etmeyen tersaneci sorumlu tutulabilir. Bkz. *Curtis*, s. 130.

⁶⁶³ *Brækhus*, s. 15; *Hill*, s. 79; *Hodges/Hill*, s. 71. Esasen hasarın intikali ile mülkiyetin nakli kurumlarının birbiri ile bağlantısı olmayan hususlar olduğu öğretide ifade edilmektedir. Buna göre hasarın geçiş anının tespiti, alıcının herhalde semeni ödemesi gereken anı saptamaya yararken, mülkiyetin kimde olduğunun tespiti, tarafların alacaklıları açısından önem taşımaktadır; hasarın intikalinin mülkiyetin intikali ile aynı anda olması için bir gerekçe mevcut değildir. Her ne kadar hasarın intikali anının mülkiyetin intikali anı ile örtüşmesi yasalarda sık karşılaşılan bir olgu ise de aslında bu iki kurumun birbiri ile hiçbir bağlantısı olmadığını vurgulamak gerekir. Bkz. *Atamer*, Y. (Hasar), s. 137, dn. 22.

Special Clauses for Builder's Risks) da yer almayan sorumsuzluk kayıtlarıdır⁶⁶⁴. Tersanecinin sorumlu olmadığı bu risklerin, iş sahibi tarafından talep edilmesi üzerine, tersaneci tarafından sigorta ettirilmesi mümkündür. Tersaneci, bu sigorta için sarf ettiği masraflarını, geminin tesliminden sonra, iş sahibinden talep edebilir⁶⁶⁵.

Tip gemi inşa sözleşmelerde hasarın, teslim anına kadar, tersaneciye ait olması yanında, telef olma riskine karşılık geminin tersaneci tarafından sigorta ettirileceği de düzenlenmektedir⁶⁶⁶. Zira uygulamada geminin sigorta edilmesi iş sahibi açısından hayati bir önem taşır. İş sahibi, daha sözleşmeyi kurarken, ileride inşa, donanım veya deneme yüzüşleri sırasında meydana gelen bir kaza nedeniyle telef olma ihtimaline karşı, tersanecinin kendi fonları ile gemiyi yeniden inşa edebileceğini ya da yeniden inşa ekonomik değilse daha evvel yaptığı ödemeleri kendisine iade edebileceğini bilmek ister⁶⁶⁷. Tip sözleşmelerde, tersanecinin edim hasarına ilişkin sorumluluğu, yalnızca sigorta kapsamında yer alan sebeplerden kaynaklanan hasarla sınırlandırılmaktadır. Sorumluluğu sınırlandırılan tersanecinin, sigorta yaptırmakla yükümlü kılınmasıyla sözleşme dengesi gözetilmiş olmaktadır.

Tersaneciler, genellikle, yapım, tamir ve bakım amacıyla tersanede bulunan tüm gemilere ilişkin riskleri kapsayacak nitelikte sigorta poliçeleri düzenletmektedirler⁶⁶⁸. Tersanenin geneline ilişkin bu tür poliçelere rağmen, tip gemi inşa sözleşmelerinde, tersaneci, inşa halindeki geminin hasarına ilişkin rizikolara karşı sigorta yapma yükümlüsü kılınmıştır⁶⁶⁹. Bu hükümlerde sigortanın kapsamının iş sahibi tarafından ödenen toplam taksit tutarından daha az olamayacağını kararlaştırıldığı görülmektedir⁶⁷⁰. Sözleşmede, geminin tesliminden önce, kısmen ya da tamamen hasara uğraması durumunda, taraflara düşen hak ve yükümlülükler de yer verilmektedir.

⁶⁶⁴ Curtis, s. 130.

⁶⁶⁵ SAJ Art. XII-4.

⁶⁶⁶ SAJ Art. XII; NSF Art. XI 2 (b).

⁶⁶⁷ Curtis, s. 199.

⁶⁶⁸ Ancak bu poliçelerin kapsamı tersaneden tersaneye farklılık gösterdiğinden sözleşme kurulmadan önce söz konusu poliçe hükümlerinin dikkatlice incelenmesi gerekmektedir.

⁶⁶⁹ AWES Art. 9; SAJ Art. XII; NEWBUILDCON Art. 38; NSF Art. VII.

⁶⁷⁰ NSF Art. XI. 2 (b) p. 2.

Uygulamada tersaneci riskleri için hazırlanan standart poliçelerin olduğu görülmektedir. Örneğin İngiliz piyasasında “Institute Clauses for Builder’s Risks (01/06/88)” kullanılmaktayken, Uzakdoğu piyasasında “Japanese Builder’s Risks Insurance Clause”, Norveç’te “Norwegian Marine Insurance Plan 1996” ve Almanya’da “DTV-Bedingungen für die Versicherung von Schiffbaurischen 1998” kullanılmaktadır⁶⁷¹. Türk uygulamasında tersaneci risklerine ilişkin genel şartlar bulunmayıp, tekne inşaat sigortası çeşitli sigorta firmaları tarafından sağlanmaktadır. Bu tür tekne inşaat sigortaları ile kızağa konmadan önceki riskler, kızağa konma ve imalat sırasındaki riskler, denize indirme riskleri ve donatana teslim ve deneme yüzüşü sırasındaki riskler teminat altına alınmaktadır.

Çoğunlukla tersaneci hesabına sigorta yapılmakla birlikte, iş sahibince maddi anlamda değerli malzeme tedarik edildiği takdirde, iş sahibinin menfaati de sigortalanabilmektedir⁶⁷². Bu son halde, Yargıtay sigorta poliçesinden aksi anlaşılmadıkça, sigortalısı iş sahibine tazminat ödemesinde bulunan sigortacının, ödemiş olduğu tazminatı kanuni halefiyet kuralı çerçevesinde sigorta ettiren tersaneciden rücu talep edemeyeceğini kabul etmektedir⁶⁷³. Yargıtay kararına konu olan olayda, tersaneci, inşa ettiği gemiye ilişkin olarak iş sahibi lehine sigorta yaptırmıştır. Deneme yüzüşü sırasında geminin batması nedeniyle iş sahibine ödeme yapan sigorta şirketi, tersanecinin olayda kusuru bulunması nedeniyle tersaneciye karşı rücu davası açmıştır. Başkası hesabına yaptırılan mal sigortası nedeniyle sigortalıya ödeme yapan sigortacının sigorta ettirene rücu edip edemeyeceği, yani başkası hesabına sigorta ettirenin bu sigorta ilişkisinde üçüncü kişi sayılıp sayılmayacağını inceleyen mahkeme, sigorta mukavelesini yapan ve primleri ödeyen sigorta ettirenin (tersanecinin) halefiyet konusunda üçüncü kişi sayılmasının mümkün olmayacağına karar vermiştir. Kanaatimce sigorta ettiren tersanecinin üçüncü kişi sayılıp sayılmayacağı konusunda hareket noktası kendisinin sigorta sözleşmesini yapması ve primleri ödemesi hususları olmayıp; kimin menfaatinin

⁶⁷¹ Tersane risklerine ilişkin sigortalarda genellikle, her tür riske karşı koruma sağlayan “all risks” poliçesi kullanılıp, bu poliçelerde bazı risklerden muafiyetler tanındığı görülmektedir. Örneğin Institute Clauses for Builder’s Risks poliçesine göre, savaş, grev, kötü niyetli fiiller, depremler ve volkanik hareketler ve nükleer patlamalar teminat kapsamında yer almaz. Bkz. ICFBR Cl. 6, 21, 22, 23, 24.

⁶⁷² Curtis, s. 199.

⁶⁷³ Yargıtay 11. HD., E. 2010/681, K. 2010/4021, T. 09.04.2010.

sigortalandığı olmalıdır⁶⁷⁴. Sigorta sözleşmesini akdetmiş olsa bile kendi menfaatini sigortalatmamış olan kişi sigorta ilişkisinde üçüncü kişi sayılmalıdır. Bu nedenle kendi menfaatini sigortalamamış olan ve yaptığı sözleşme ile sigortacının kendisine rücu etmesini engellememiş olan tersaneciye karşı sigortacı, sigortalının sahip olduğu tazminat alacağına kavuşur⁶⁷⁵. Aksi takdirde iş sahibi sigortalının tersaneciye karşı tazminat alacağı devam ettiğinden meydana gelen zarar dolayısıyla çifte tazminat alma ihtimali doğacaktır ki, halefiyete ilişkin hükümlerin öngörölüş amaçlarından biri de bu şekilde ortaya çıkan zenginleşme ihtimalini ortadan kaldırmaktır⁶⁷⁶.

ii. Geminin Telef Olmasına Bağlanan Sonuçlar

Tip sözleşmelerde hasarın intikaline ilişkin yukarıda anılan hususlar yanında geminin kısmen veya tamamen telef olmasına bağlanan sonuçlar da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir.

aa) Kısmen Telef Olma Hali

SAJ, geminin kısmen telef olmasına ilişkin olarak şöyle bir düzenleme getirmektedir: *“Gemi, Alıcı tarafından teslim alınmadan önce sigorta kapsamında yer alan herhangi bir sebeple hasara uğrarsa ve bu hasar geminin fiili ya da inşai olarak tam telef olması niteliğinde değilse, Tersaneci, işbu maddenin ilk fıkrasında sözü edilen sigorta poliçesine dayanarak kendisine ödenen tazminatı, Sınıflama Kuruluşunun da onayını alacağı şekilde gemiyi tamir etmek üzere kullanacaktır ve Alıcı, Sözleşme ve Şartnameye uygun olarak tamamlanması halinde söz konusu gemiyi Sözleşmeye göre kabul edecektir”*⁶⁷⁷

⁶⁷⁴ Esasen Yargıtay önceki tarihli bir kararında, sigorta edilen menfaat kıstasından hareketle sigortalının zarara uğramasından sorumlu olan sigorta ettirene karşı sigortacının kanuni halefiyetten faydalanabileceği görüşündeydi. Bkz. Yargıtay 11. HD. E. 6915 K. 775 T. 13.02.1987; Yargıtay 11. HD. E. 2007/10949, K. 2009/5733 T. 12.05.2009; Kender, R.: *Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku*, B. 8, İstanbul 2005, s. 266.

⁶⁷⁵ Bu noktada TK’nın 1301. maddesini karşılayan TTK m. 1472’de sigortacının, sigorta tazminatını ödedikten sonra, “sigorta ettiren kimse” yerine değil de “sigortalının” yerine geçeceğini söylemesi bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

⁶⁷⁶ Nitekim bu endişe, Yargıtay 11. HD.’nin anılan kararına muhalif üyelerce hazırlanan karşı oyda ayrıntısıyla dile getirilmektedir.

⁶⁷⁷ SAJ Art. XII (a).

Benzer düzenlemeler küçük farklılıklarla NEWBUILDCON, NSF ve AWES'te de yer almaktadır⁶⁷⁸. NEWBUILDCON'da, SAJ'dan farklı olarak, iş sahibi tarafından verilen malzemenin de tamir edileceği düzenlenmiş, ancak iş sahibinin bu şekilde inşa edilen gemiyi kabul etme zorunluluğundan bahsedilmemiştir. AWES'te ise savaş riskinden kaynaklanan hasarın da bu kapsamda olduğu belirtilmiş ve söz konusu tamiratın normal çalışma saatleri içerisinde gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. AWES'te de, SAJ'da olduğu gibi, iş sahibinin, tamir edilen gemiyi kabul etme zorunluluğuna yer verilmiş ve buna ek olarak hiçbir şekilde bundan kaynaklanan dolaylı zararlarını talep edemeyeceğini düzenlenmiştir. Söz konusu kayıtlar, eserin yeniden imalinin imkânsız olmadığı durumlarda, edim hasarının yükleniciye ait olacağını öngören Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile paralellik arz etmektedir.

bb) Tamamen Telef Olma Hali

Geminin tamamen telef olma riskine ilişkin olarak SAJ, *“fakat gemi fiili ya da inşai olarak tamamen telef olursa, Tersaneci, tarafların karşılıklı anlaşmasına göre ya (i) tarafların öncelikle Teslim Tarihinin uygun bir süre kadar ertelenmesi hususunda yazılı olarak anlaşmaları ve Sözleşme Bedeli de dâhil olmak üzere bu tür bir yeni inşanın gerçekleşmesi için gerekli olan Sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi koşuluyla, Sözleşmeye uygun olarak hareket ederek sözü edilen sigorta kapsamında alınan tazminatı geminin yeniden inşa edilmesi için kullanacaktır ya da (ii) Alıcı tarafından kendisine ödenen tüm ücreti faiz söz konusu olmaksızın iş sahibine iade edecektir. Bu takdirde Sözleşme hükümsüz kalacak ve tarafların tüm hak, görev, sorumluluk ve borçları sona erer”* hükmünü getirmektedir⁶⁷⁹.

Geminin tamamen telef olması, küçük farklılıklar dışında tüm tip sözleşmelerde benzer şekilde düzenlenmiştir⁶⁸⁰. Tip sözleşmelerdeki genel eğilim, konuyu taraf

⁶⁷⁸ NEWBUILDCON Art. 38 (b) (i), n. 894-901; AWES Art. 9, p. 2; NSF Art. XI-2 (c) (iii).

⁶⁷⁹ SAJ Art. XII (b).

⁶⁸⁰ AWES Art. 9: *“Geminin sigorta poliçesinde yer alan herhangi bir nedenden ötürü inşai, hükmi veya uzlaşmalı tam ziyai halinde, taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, işbu sözleşme tersanecinin herhangi bir sorumluluğu olmaksızın sona erer. Bu tür bir tam ziyai halinde sigortadan alınan her türlü tazminat parası iş sahibinin ödemelerinin iadesi amacıyla iş sahibine verilir, iş sahibine yapılacak ödmeden artan kısım ise tersaneciye ait olur. Tersaneci hiç bir şekilde gemiyi yenisi ile değiştirmek zorunda değildir”*. NEWBUILDCON Art. 38 (b) (ii): *“Geminin, sigorta kapsamında yer alan herhangi bir nedenle fiili ya da inşai olarak tam ziyai halinde (1) Tersaneci ve Alıcı,*

iradelerine uygun şekilde çözüme bağlamak yönündedir. Yani tamamen telef olma halinde taraflar, yeniden inşaya karar verip sözleşmeyi ayakta tutma ya da sözleşmeyi sona erdirmeye seçeneklerinden birini tercih edebilirler. Geminin yeniden inşasına karar verilirse, teslim tarihinin, bu inşa çalışmalarına yetecek bir süre kadar uzaması ve sözleşme bedelinde uygun bir ayarlama yapılması gereklidir. Böylece gemiyi yeniden inşa etmek zorunda kalan tersaneci, edim hasarına, ücreti ödemek zorunda kalan iş sahibi ise ücret hasarına katlanmaktadır. Taraflar yeniden inşa hususunda anlaşamaz veya sözleşmeyi sona erdirmek isterse, edim hasarından kurtulacak tersanecinin, daha önce almış olduğu tüm ücret tutarını iş sahibine iade etmek zorunda olması nedeniyle, ücret hasarına katlanması gerekir.

NEWBUILDCON ve NSF’de SAJ’dan farklı olarak iade edilecek ücrete faiz yürütülmektedir. AWES’te ise bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Sözleşmede açıkça düzenlenmese de Türk Ticaret Kanununun 20. maddesi⁶⁸¹ uyarınca, tacir sıfatını taşıyan işsahibi, daha evvel yaptığı avans niteliğindeki ön ödemeler için faiz isteyebilir.

Hem NEWBUILDCON, hem de SAJ açısından ortak olan husus ise, iş sahibine yapılacak ödeme yükümlülüğünün, tersanecinin sigortadan alacağı tazminattan bağımsız olarak mevcudiyetidir. Uygulamada tersaneci için önemli bir risk teşkil eden bu madde, tersanecinin iş sahibine yapacağı ücret iadesinin sigortadan tazminat alması koşuluna bağlı tutulması suretiyle değiştirilmektedir⁶⁸². AWES’teki ifade ise tersanecinin ücret iadesi borcunun sigortadan tazminat alınması halinde mevcut

Teslim Süresinin uzatılması ve Sözleşmede yapılması gerekli diğer değişiklikler konusunda yazılı anlaşma yapılması koşuluyla, işbu Sözleşme hükümlerine uygun olarak yeni bir geminin inşa edileceği veya Geminin yeniden inşa edileceği hususunda bir anlaşma yaparlar. Bu durumda sigortadan elde edilen tazminat yeni bir geminin inşası ya da geminin yeniden inşası için kullanılır; ya da (2) Tersaneci ve Alıcı Teslim Tarihinin uzatılması ve sözleşmede yapılması gerekli diğer değişiklikler hususunda makul bir süre içerisinde anlaşmaya varamazsa Tersaneci (i) Alıcının kendisine yapmış olduğu tüm ödemeleri Kutu 30’da belirlenen yıllık faiz oranında belirlenecek faiz ile birlikte iade edecektir ve (ii) Alıcı Malzemeleri için sigorta değeri tutarında Alıcıya ödeme yapacak ya da alternatif olarak Alıcı malzemelerini masrafları kendisine ait olmak üzere hasarsız bir şekilde alıcıya teslim edecektir. Tersaneci tarafından Alıcıya bu maddeye uygun olarak yapılması gerekli tüm ödemelerin yapılmasından sonra işbu Sözleşme sona erecek ve tarafların ileriye yönelik tüm hak ve borçları sona erecek ve bunun sonucunda işbu sözleşme kapsamında verilen tüm teminatlar iade edilecektir.” Ayrıca bkz. NSF Art. XI 2 (c) (iv).

⁶⁸¹ TK m. 22.

⁶⁸² Curtis, s. 205.

olduğu çağrışımını uyandırmaktadır. Buna karşılık NSF’de iş sahibinin ücret iadesini doğrudan sigortadan talep edeceği düzenlenmiştir.

Uygulama açısından önem arz eden diğer bir husus, geminin ne zaman tamamen ya da kısmen telef olduğunun belirlenmesidir. Bu konuda sigortacılar genellikle, sigorta poliçesi kapsamında bir tespit yapmakta ve geminin yeniden tamir masrafları, sigorta değerini aşyorsa, geminin tamamen telef olduğuna karar verilmektedir⁶⁸³.

İş sahibi tarafından verilen malzemeye ilgili olarak NEWBUILDCON’da, tersanecinin, iş sahibi tarafından tedarik edilen malzemenin sigorta değerinde bir ödeme yapacağı ya da masrafları kendine ait olmak üzere malzemeyi iş sahibine teslim edeceği açıkça ifade edilmek suretiyle malzemeye ilişkin hasara tersanecinin katlanacağı düzenlenmiştir. Şu kadar ki NSF’de iş sahibinin sigorta kapsamında olan malzemesinin ücretini talep edebileceği düzenlenmiştir. Buna göre iş sahibinin sigorta kapsamında olmayan malzemesine ilişkin bir talep hakkı söz konusu değildir. SAJ ve AWES formlarında malzemeye ilişkin açık bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, *res dominos perit* kuralının geçerli olduğu, yani malzemeye ilişkin zarara malzeme sahibinin katlanacağı düşünülmektedir. SAJ’da tersanecinin ücret iadesi üzerine tüm borç ve yükümlülüklerinin sona ereceğinin hükme bağlanmış olması da bu görüşü desteklemektedir⁶⁸⁴.

VIII. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

A) GENEL OLARAK

Tersaneci, sözleşme ile kararlaştırılan nitelikleri haiz ve kullanım amacına uygun bir gemi meydana getirmek ve meydana getirdiği bu gemiyi iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Teslim edilen gemi, sözleşme ile kararlaştırılan özellikleri taşımadığı takdirde, tersanecinin ayıba karşı tekeffül borcu doğar. Tersanecinin bu borcu, onun gemiyi teslim borcunun tamamlayıcısı olarak, meydana getirdiği gemide ortaya çıkan ayıp ve eksiklikleri üstlenme borcudur⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Curtis, s. 205.

⁶⁸⁴ Curtis, s. 205.

⁶⁸⁵ Yargıtay 14. HD. 26.01.2006 T., 2005/10188 E., 2006/286 K.; Tandoğan (C. II), s. 160; Turanboy, s. 151.

Türk Borçlar Kanununun 474 ilâ 478. maddeleri⁶⁸⁶ arasında düzenlenen ayıba karşı tekeffül borcu ile, iş sahibine belirli şartlara ve sınırlamalara tâbi olmak üzere özel bazı haklar tanınmakta ve böylece iş sahibinin karşılanamayan ifa menfaati dengelenmeye çalışılmaktadır⁶⁸⁷. Ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümler emredici değil, tamamlayıcı hukuk kuralı niteliği taşıdığından taraflarca aksi kararlaştırılabilir⁶⁸⁸. Nitekim uygulamada, gemi inşasının kendine özgü yapısını dikkate alan taraflar, kendi aralarında yaptıkları sözleşmede ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin genel hükümlerden farklı düzenlemeleri tercih etmektedir.

B) AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN DOĞABİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

1- Geminin Ayıplı Olması

a) Ayıp Kavramı

Eser sözleşmesinde ayıp, meydana getirilen eserin, sözleşmede üzerinde anlaşılan nitelikleri veya sözleşmede kararlaştırılmış olmasa bile dürüstlük kuralının ve ticari doğruluğun bir gereği olarak eserde bulunması lüzumlu nitelikleri taşımamasıdır⁶⁸⁹. Gemi inşa sözleşmesinde geminin asgari işletmesel vasıfları belirlenir ve bu vasıflar plan, proje ya da teknik şartnamede gösterilir⁶⁹⁰. Ayrıca çoğu zaman geminin su geçirmez, dayanıklı, yolculuğa ve denize elverişli olacağı, iyi ve ustalığa yakışır şekilde, ilgili hukukî düzenlemelere ve sınıf kurallarına uygun olarak inşa edileceği

⁶⁸⁶ Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu, BK m. 359-363 arasında düzenlenmiştir. TBK’da, zamanaşımına ilişkin 478. madde (BK m. 363) haricindeki diğer maddelerde, sistematik yapı ile metinlerinde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, BK m. 359-362’ye göre bir hüküm değişikliği yoktur.

⁶⁸⁷ *Gautschi*, Art. 368, N. 6b; *Zindel/Pulver*, Art. 368, N. 1; *Brändli*, s. 4; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 129; *Şenocak*, s. 33; *Uçar*, A.: “İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, C. I, S. 1, 1997, Atatürk Üniversitesi 40.Yıl Armağanı, s. 34. Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmasına rağmen ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler, temlik borcu doğuran satım sözleşmesi hükümleri örnek alınarak meydana getirilmiştir. Bkz. *Tunçomağ* (C. II), s. 1015.

⁶⁸⁸ *Gauch*, N. 2464; *Zindel/Pulver*, Art. 367, N. 29; *Bühler*, Art. 368, N. 8; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 155; *Brändli*, N. 371; *Uçar*, s. 138; *Akbulut*, H. A.: “İstisna Akdi (Eser Sözleşmesi) Üzerine Bir İnceleme”, MBD 1984, C. 3, S. 8, s. 14.

⁶⁸⁹ *Gauch*, N. 1434; *Zindel/Pulver*, Art. 368, N. 9; *Bühler*, Art. 368, N. 25; *Brändli*, N. 199; *Koller* (Nachbesserung), N. 23, 24; *Egli*, A.: “Die Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes”, *Das Private Baurecht der Schweiz, Beiträge für die Praxis*, Zürich 1994 (s. 85-102), s. 87, 88; *Tandoğan* (C. II), s. 161; *Aral*, s. 356; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 339; *Şenocak*, s. 93; *Burcuoğlu*, s. 285; *Gümüş* (C. 2), s. 99.

⁶⁹⁰ *Bagot*, s. 148.

kararlaştırılır⁶⁹¹. İnşa edilen geminin sözleşmede kararlaştırılan ya da plan, proje veya şartnamede gösterilen bu nitelikleri taşıyamaması, ayıplı olduğu anlamına gelir. İnşa edilecek gemiye ilişkin nitelikler, bu şekilde kararlaştırılmamış olsa dâhi, dürüstlük kuralı gereğince, *mutat yapıdaki bir geminin vasıflarını taşımayan*; bilhassa *kullanım amacına elverişli olmayan* gemi ayıplı demektir⁶⁹².

İNŞA EDİLEN GEMİNİN, MUTAT YAPIDAKİ BİR GEMİNİN VASIFLARINI TAŞIDIĞINDAN SÖZ EDEBİLMEK İÇİN, ONUN EN AZINDAN ORTA KALİTEDE OLMASI GEREKİR⁶⁹³. Bu nedenle tersaneci, orta kalitede malzeme kullanmalı, mesleğinin gereklerine ve tekniğin genel kabul görmüş kurallarına uygun bir gemi meydana getirmelidir⁶⁹⁴. Kullanım amacına elverişli (*reasonable fitness for purpose*) olan gemi ise, iş sahibini sözleşme yapmaya iten kullanım amacına uygun bir şekilde inşa edilen gemidir⁶⁹⁵. Örneğin kutuplarda bilimsel araştırma yapmak amacıyla sipariş verilen bir geminin, kutuplarda seyahat edebilmesi gerekmektedir. Gemi normal sularda kullanılabilirliğine rağmen kutuplarda hareket etme yeteneğine sahip değilse ayıplı olduğu kabul edilebilir⁶⁹⁶. Sonuç olarak inşa faaliyeti sonucunda ortaya çıkan gemi, mutat yapıdaki bir geminin vasıflarını taşıyamıyorsa ya da kullanım amacına elverişli değilse, gemiden beklenen amaç gerçekleşmemiş ve gemi ayıplı imal edilmiş kabul edilir.

Tersanecinin özensiz davranışı, sadece işçi ve malzeme masraflarının artmasına yol açmışsa, ayıptan edilemez; bu durum ücretin miktarını tespitle ilgili genel

⁶⁹¹ *Bagot*, s. 148.

⁶⁹² *Gauch*, N. 1406; *Şenocak*, s. 97; *Uçar*, s. 124. Ayrıca bkz. *Bagot*, s. 150. Buna karşın borçlanılan şeyden başka bir şeyin teslimi halinde *aliud* gündeme gelecektir. Teslim edilen şey borçlanılana uygun olmadığı için BK m. 112 anlamında bir ifa etmeme söz konusu olacağından *aliud* teslimi, ayıplı ifa değil; ifa etmemenin hükümlerine tabidir. *Şenocak*, Z.: “Borçlar Kanunu’nun 96 vd. ve 194 vd. Maddeleri Açısından Aliud’un (Başka Şeyin) Teslimi”, *BATİDER*, Haziran 1989, C. XV, S. 1, s. 113-135, s. 135. Yargıtay, 1987 model otomobil yerine 1986 model bir otomobilin teslimi (Y. 11. HD., E. 1988/9372, K. 1990/1085 T. 20.2.1990) ve 1993 model makinenin yerine 1980 model bir makinenin teslimini (Y. 19. HD., E. 2004/1917, K. 2004/11686 T. 26.11.2004), *aliud* teslim olarak nitelendirmiştir. YHGK’nın bir kararında ise, satım ile eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde yakın benzerlik varken, taşınmaz satışında yüzölçümünün eksik çıkmasını ayıp sayan bir hükme benzer bir düzenlemeye eser sözleşmesinde yer verilmediği belirtilmiş ve yüklenici tarafından bağımsız bölümün kararlaştırılandan küçük yapılması halinde teslimde çekince koymaya, ya da ihbara gerek olmaksızın eksik ifadan ötürü genel hükümlere göre BK.nun değişik 126/son maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresinde dava açılabilmesine hükmedilmiştir. Bkz. YHGK, E. 1992/15-649, K. 1992/732, T. 9.12.1992.

⁶⁹³ *Gauch*, N. 1411; *Tandoğan* (C. II), s. 164.

⁶⁹⁴ *Tandoğan* (C. II), s. 164; *Şenocak*, s. 98.

⁶⁹⁵ *Gauch*, N. 1417; *Tandoğan* (C. II), s. 164; *Şenocak*, s. 98; *Gümüüş* (C. 2), s. 101.

⁶⁹⁶ *Curtis*, s. 109.

kurallar çerçevesinde çözümlenir⁶⁹⁷. Teslim edildikten sonra gemide gerçekleşen kötüleşme de ayıp değildir⁶⁹⁸. Özellikle geminin kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan eskime ve yıpranmalar (*normal wear and tear*) ayıp olarak kabul edilemez. Ancak teslim esnasında mevcut bir ayıp yayılarak ikinci bir ayıba yol açmışsa, tersaneci, yayılan bu ayıptan ve önceki ayıpla bağlantılı olan ikincil ayıplardan sorumlu olur⁶⁹⁹.

b) Ayıp Türleri

i. Maddi Ayıp – Hukukî Ayıp

Ayıp, maddi ve hukukî ayıp olmak üzere ikiye ayrılır. Maddi ayıplar (*tatsächliche Werkmängel*) eserin fiziki özelliklerini etkileyen ve eserdeki bir bozukluğu ifade eden ayıplardır⁷⁰⁰. Maddi ayıp halinde, gemi, vasıfsal eksiklikleri sebebiyle iş sahibinin ondan beklediği kullanım maksadına uygun değildir. Geminin yük kapasitesinin sözleşmede öngörülenden az olması veya buhar kazanının bozukluğu maddi ayıba örnek gösterilebilir.

Hukukî ayıp (*rechtliche Werkmängel*) çoğunlukla kamu hukukunun, binalar, makineler ve araçların kullanılması veya işletilmesi için güvenlik veya başka düşüncelerle koyduğu kurallara uyulmamasından doğar⁷⁰¹. Buna göre hukukî ayıp eserden yararlanma ve eser üzerinde tasarruf imkânını kısıtlayan kamu hukuku kaynaklı sınırlandırmalardır⁷⁰². Sınıflama kuruluşunun standartlarına ya da

⁶⁹⁷ Gauch, N. 1450; Bühler, Art. 368, N. 40; Şenocak, s. 106.

⁶⁹⁸ Gauch, N. 1451; Bühler, Art. 368, N. 40; Tandoğan (C. II), s. 166; Şenocak, s. 107; Brändli, N. 223.

⁶⁹⁹ Gauch, N. 1453-1455; Brändli, N. 224.

⁷⁰⁰ Burcuoğlu, s. 285; Gümüş, s. 102.

⁷⁰¹ Gauch, N. 1461; Burcuoğlu, s. 285; Tandoğan (C. II), s. 167; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 138; Canbolat, F.: *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*, Ankara 2009, s. 74. Hukuki ayıp halinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarından yararlanıp yararlanamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Öz, eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yalnızca maddi ayıplar göz önüne alınarak düzenlendiğini, bu nedenle, hukuki ayıplar için genel hükümlere başvurulması gerektiğini ileri sürmekte, ayıp hükümlerinin bu kapsamda uygulanmasını, yalnızca hukuki ayıbın, eserdeki bir maddi ayıbın sonucu olduğu hallerde kabul etmektedir. Öz, s. 93.

⁷⁰² Aral, s. 117; Gümüş, (C. 2), s. 102.

uluslararası sözleşmeler tarafından kabul edilen standartlara uymayan gemiler, bu anlamda hukukî ayıplı kabul edilir⁷⁰³.

ii. Açık Ayıp – Gizli Ayıp

Açık ayıp (*offene Wermängel*), teslim sırasında ilk bakışta göze çarpan veya tedbirli iş sahibinin yapacağı bir muayene sonucunda bütün kapsamı ve önemi ile fark edebileceği ayıptır⁷⁰⁴. Gizli ayıp ise (*geheime Werkmängel*), tedbirli iş sahibinin incelemesi ile ortaya çıkmayan ve geminin ancak işletilmesi sürecinde anlaşılabilen ayıptır⁷⁰⁵. Gemi inşa sözleşmesi açısından, inşa çalışmaları sırasında gerçekleştirilen denetimlerde ve deneme yüzüşü sırasında ortaya çıkan ayıplar açık; diğerleri ise gizli ayıptır.

iii. Aslî Ayıp – Tali Ayıp

Bir diğer ayırım, aslî ayıp (*Primärmängel*) – tâli ayıp (*Sekundärmängel*) ayırımıdır. Eserin teslimi sırasında mevcut olan ayıp aslî, teslim sırasında mevcut olan bu ayıbın daha sonra yol açtığı ayıp ise talîdir⁷⁰⁶. Eserin tesliminden sonra, daha önceden mevcut olan bir ayıba bağlı olmadan oluşan kötüşmeler, ayıp olarak kabul edilemez⁷⁰⁷.

⁷⁰³ Geminin, sınıflandırma kuruluşunun kuralları yanında, tescil olunacağı ve ticari seferde bulunacağı ülkelerin kurallarına uygun olarak inşa edilmesi gerekmektedir. Örneğin Panama Kanalından geçiş yapacak olan gemilerin bu kanalın idari makamlarının standartlarına uygun bir şekilde inşa edilmesi gerekmektedir. Ayrıca geminin IMO kapsamında hazırlanan uluslararası konvansiyonlarda yer alan standartlara da uygun olması gerekmektedir. Bu durumda uygulanacak olan kurallar her bir geminin türüne göre değişiklik gösterecektir. Ancak yeni inşa edilecek gemilerin, türleri nedeniyle tabi olacakları özel düzenlemelerin yanında, 1966 tarihli Uluslararası Yükleme Sınırı Sözleşmesi ve bu sözleşmeye ilişkin 1988 tarihli Protokol, 1969 tarihli Gemilerin Tonajlarını Ölçme Hakkında Sözleşme, Uluslararası Denizde Çatışmayı Önleme Kurallarına Ait Konvansiyon, Denizlerin Gemiler Tarafından Kirletilmesinin Önlenmesine Ait Uluslararası Sözleşme ve Denizde Can Emniyeti Uluslararası Sözleşmesi hükümlerine uygun olarak inşa edilmesi gerekir. Bkz. *Curtis*, s. 27.

⁷⁰⁴ *Gauch*, N. 1464; *Zindel/Pulver*, Art. 370, N. 6; *Tandoğan* (C. II), s. 167; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 143; *Burcuoğlu*, s. 286; *Brändli*, N. 230; *Uçar*, s. 130; *Gümüş* (C. 2), s. 104; *Canbolat*, s. 76.

⁷⁰⁵ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 143; *Tandoğan* (C. II), s. 167; *Canbolat*, s. 77. Bu tür ayıplar, yüklenicinin kasten sakladığı ya da usulüne göre gözden geçirilmesi sırasında fark edilemeyen, önceden meydana gelmesine rağmen sonradan ortaya çıkan ayıplardır. *Canbolat*, s. 77.

⁷⁰⁶ *Gauch*, N. 1470; *Tandoğan* (C. II), s. 167; *Burcuoğlu*, s. 286; *Brändli*, N. 234.

⁷⁰⁷ *Gauch*, N. 1471; *Brändli*, N. 235; *Gümüş* (C. 2), s. 106.

iv. Çok Önemli Ayıp – Az Önemli Ayıp

Eserin iş sahibince kabul edilmesini, dürüstlük kuralı uyarınca, beklenilmez hale getiren ya da iş sahibinin eseri kullanma imkânını ortadan kaldıran ayıplar, çok önemli ayıp (*voll erhebliche Werkmängel*) olarak kabul edilir⁷⁰⁸. Az önemli ayıplar (*minder erhebliche Werkmängel*) ise, bu derecede ağır olmayan, yani gemiyi kullanılamaz kılmayan, iş sahibince geminin reddini haklı göstermeyen ve kısa sürede kolaylıkla ortadan kaldırılabilir olan ayıplardır⁷⁰⁹.

Ayıp nedeniyle, eserin iş sahibince kullanım amacı bakımından kullanılabilir olup olmadığı belirlenirken, iş sahibinin ihtiyaçları açısından durumun değerlendirilmesi gerekir⁷¹⁰. Sözleşmede kullanma amacı ortaya konulmuş, bu amaca hizmet edecek nitelikler tersaneci tarafından garanti edilmişse, kural olarak, söz konusu niteliklerin bulunmaması, geminin iş sahibinin ihtiyaçları açısından kullanılamaz olduğunu gösterir⁷¹¹. Buna karşılık ayıp kısa bir sürede düzeltilebiliyorsa, kural olarak kullanılamazlıktan, önemli bir ayıbın olduğundan söz edilemez⁷¹². Örneğin sözleşmenin konusunu oluşturan geminin buhar kazanı kullanılamazsa ve fakat yerine başkası kullanılabiliyorsa önemli bir ayıp söz konusu değildir⁷¹³. Bu örneğe göre iş sahibi, buhar kazanının kullanılamaz olmasına dayanarak, geminin tamamının kabulünden kaçınmaz; istisnai durumlarda ise bazı parçaların bozukluğu, geminin bütünü, kabul edilemez, kullanılamaz ya da onarılamaz bir hale dönüştürebilir.

⁷⁰⁸ *Gauch*, N. 1468; *Tandoğan* (C. II), s. 167; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 143; *Schlatter*, s. 48; *Gümüüş* (C. 2), s. 103. *Yavuz/Acar/Özen*, s. 340.

⁷⁰⁹ *Gauch*, N. 1468; *Uçar*, s. 131. Eser sözleşmesinde, satımdan farklı olarak, önemsiz ayıplar bile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını gerektirir; meğerki bunların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyın. Bkz. *Gauch*, N. 1469; *Tandoğan* (C. II), s. 167; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 340; *Uçar* (Ayıp), s. 42.

⁷¹⁰ *Uçar*, s. 131.

⁷¹¹ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 143.

⁷¹² *Uçar*, s. 131.

⁷¹³ *Becker*, Mad. 368, N. 4; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 340; *Uçar*, s. 131.

c) *Tip Sözleşmelerde Geçen Ayıp Türleri*

i. Teslimden Önce Ortaya Çıkan Ayıplar – Teslimden Sonra Ortaya Çıkan Ayıplar

Gemiyi, kararlaştırılan veya lüzumlu vasıflarına uygun olarak meydana getiren tersanecinin, teslimden sonra da eseri sözleşmeye uygun bir vaziyette muhafaza etme yükümlülüğü yoktur⁷¹⁴. Bu nedenle, gemi teslim edildikten sonra kötüleşirse, yukarıda anıldığı üzere ayıptan söz edilemez. Ancak tip sözleşmelerde, teslimden sonra ortaya çıkan ayıpların, teslimden önce oluşup oluşmamlarına bağlı olmaksızın, garanti yükümlülüğü kapsamında ayıp olarak ele alındığı görülmektedir⁷¹⁵. Bu nedenle tip sözleşmeler açısından yukarıda ifade edilen ayıp türlerine, “teslimden önce ortaya çıkan ayıplar” (*defects discovered prior to delivery*) ve “teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar” (*defects discovered after delivery*) olmak üzere yeni bir kategori eklenmesinde fayda bulunmaktadır⁷¹⁶.

Teslimden önce ortaya çıkan ayıplar, inşa sürecindeki denetimlerde veya inşası tamamlanan geminin deneme yüzüşü sonucunda ortaya çıkan ayıplardır. Bu ayıplar dikkatli bir muayene sonucunda ortaya çıkan açık ayıplara tekabül etmektedir. Teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar ise, hem deneme yüzüşü sırasında anlaşılmayan gizli ayıpları, hem de teslim sırasında mevcut olmamasına rağmen teslimden sonra garanti süresi içerisinde meydana gelen ayıpları ifade etmektedir. Garanti yükümlülüğü kapsamında, teslimden önce ortaya çıkan ayıplar için iş sahibine tanınan haklar daha geniş kapsamlı iken; teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar açısından iş sahibinin elindeki tek imkân, ayıbın giderilmesini talep etme hakkıdır⁷¹⁷.

⁷¹⁴ *Gauch*, N. 1451; *Şenocak*, s. 107.

⁷¹⁵ Satım sözleşmeleri açısından verilen garanti belgelerinde de, satım konusu maldaki ayıpların veya arızaların sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra veyahut da o malın alıcıya teslim edilmesinden sonra ortaya çıkması, garanti verenin garanti süresince sorumluluğu bakımından bir farklılık oluşturmaz. Bkz. *Arbek*, Ö.: *Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi*, Ankara 2005, s. 186.

⁷¹⁶ *Ringdal*, s. 7.

⁷¹⁷ *Ringdal*, s. 7.

ii. Hesaplanabilir Ayıplar

Tip gemi inşa sözleşmelerinde, geminin hızı, ölüağırlık kapasitesi, yük kapasitesi ve yakıt tüketimi gibi bazı vasıfları, tersaneci tarafından vaad edilir. İmal edilen geminin sözleşmenin muhtevasına dâhil olan⁷¹⁸ bu vasıfları taşımaması, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden sapma anlamına gelir ve geminin ayıplı olmasına yol açar⁷¹⁹. “*Hesaplanabilir ayıplar*” (“*Clear-Cut*” *Defects*) olarak adlandırılan⁷²⁰ bu tür ayıplar için tip sözleşmelerde, Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan ayıba ilişkin sorumluluk düzeninden farklı bir sistem kabul edilmiştir⁷²¹. Tip sözleşmelere göre, geminin vaad edilen vasıflarında sapma olursa, iş sahibinin ayıplı ifadan doğan hakları, bedel indirimi ve sapmanın ileri derecede olması koşuluyla sözleşmeden dönme hakları ile sınırlıdır⁷²².

2- Muayene ve İhbar Külfetlerinin Yerine Getirilmesi

a) Genel Olarak

İş sahibi, ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmek için, Türk Borçlar Kanununun 474 ve 477. maddelerinde düzenlenen, “muayene” ve “ihbar” külfetlerini yerine getirmelidir⁷²³. Muayene külfetinin amacı, gemideki mevcut niteliklerin,

⁷¹⁸ *Gauch*, N. 1373.

⁷¹⁹ *Şenocak*, s. 102.

⁷²⁰ *Ringdal*, s. 7.

⁷²¹ Bu tür ayıplardan dolayı yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için, ayrıca, bu vasıfların bulunmaması halinde sorumluluğu üstlenmesine (*Haftungsübernahme*) gerek yoktur. *Gauch*, N. 1377. Yüklenicinin vaad ettiği vasıfların eserde mevcut olmamasından dolayı sorumluluğu üstlenmesi, onun bu beyanı ile Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan ayıba ilişkin sorumluluk düzeninden farklı bir sistem kabul etmesi halinde önem arz eder. *Gauch*, N. 1380.

⁷²² *Ringdal*, s. 7. Bu ayıplar, SAJ ve NFS’de sözleşme bedelinin uyarlanmasına (*Adjustment of Contract Price*) ilişkin maddede düzenlenmektedir. Bkz. SAJ Art. III-2, 3, 4; NSF Art. IV-2, 3, 4, 5. NEWBUILDCON’da ise bu ayıplar, yine sözleşme fiyatına ilişkin hükümlerin yer aldığı “*Financial*” başlıklı maddede düzenlenmektedir. Bkz. NEWBUILDCON Art. 8 -12; AWES’te ise diğerlerinden farklı olarak, bu tür ayıplara ilişkin hükümlere, “Hız, Kargo Taşıma Kapasitesi ve Yakıt Tüketimine İlişkin Garantiler” başlıklı 5. maddede yer verilmektedir. Tip sözleşmelerin sistematiğindeki bu tercih, bu tür ayıplar ile bedel indirimi hakkı arasındaki kuvvetli bir bağ bulunduğunu göstermektedir.

⁷²³ Burada öncelikle belirtilmesi gerekli olan husus, iş sahibinin eseri muayene etmesi ve bu muayene sonucunda anlaşılan ayıpları yükleniciye bildirmesi zorunluluğunun, hukuki mahiyeti itibariyle, bir borç olmadığıdır. *Bühler*, Art. 367, N. 25; *Tandoğan* (C. II), s. 168; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 341; *Gümüş* (C. 2), s. 107. Diğer bir ifadeyle yüklenici, iş sahibini gemiyi muayene etmeye ve ayıpları bildirmeye zorlayamaz, bu konuda onu temerrüde düşüremez. *Zindel/Pulver*, Art. 367, N. 2; *Burcuoğlu*, s. 306; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 145. Dolayısıyla, iş sahibi tarafından yerine getirilmediği takdirde hak kaybına yol açacak olan eserin muayenesi ve ayıpların ihbarı, külfet (*Obliegenheit*) olarak nitelendirilmelidir. *Gauch*, N. 2108; *Zindel/Pulver*, Art. 367, N. 2;

sözleşmede kararlaştırılan veya normal olarak gemide bulunması gereken niteliklere uygun olup olmadıklarının ortaya çıkarılmasıdır⁷²⁴. Usulüne uygun bir muayeneden söz edilebilmesi için teslim alınan geminin, zamanında ve muayene edileceği yerde, özenle muayene edilmesi gerekir⁷²⁵. Muayene ederken gösterilecek özen hususunda, tedbirli iş sahibinin olayın şartlarına göre kendisinden beklenebilecek dikkat ve özenle muayeneyi yapmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir⁷²⁶. Gemi inşa sözleşmesinde muayene, çoğu zaman tersanecinin sorumluluğunda, iş sahibinin, sınıflama kuruluşlarının ve diğer ilgili idari kurum ve kuruluşların katıldığı deneme yüzüşü ile gerçekleştirilir⁷²⁷.

İhbar külfeti kapsamında iş sahibi, geminin sözleşmeye uygun bir şekilde inşa edilmediğini ve bundan tersaneciyi sorumlu tutmak istediğini gösteren bir irade açıklamasında bulunmaktadır⁷²⁸. Ayıp ihbarının içeriği, tersanecinin ayıbın cins ve

Schlatter, s. 41; *Bühler*, Art. 367, N. 25; *Brändli*, N. 319; *Burcuoğlu*, s. 306; *Şenocak*, s. 108. Esasen bu külfetlerden yalnız ayıbın ihbarı, gerçekten hak kaybına yol açacak niteliktedir. Sadece muayene külfetinin yerine getirilmemesi ayıplı ifadan doğan hakların kaybına yol açmaz. Bkz. *Brändli*, N. 321.

⁷²⁴ *Bühler*, Art. 367, N. 25; *Uçar*, s. 139.

⁷²⁵ *Brändli*, N. 331; *Bühler*, Art. 367, N. 26; *Uçar*, s. 142.

⁷²⁶ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 146. *Tandoğan*, ortalama bir kişinin göstereceği dikkatle muayeninin yapılması gerekliliğinden bahsetmektedir. Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 170. Ayrıca sözleşme veya teamül gerektirmedikçe iş sahibi muayeneyi bir uzmana veya bilirkişiye yaptırmak zorunda değildir. Bununla birlikte gerek iş sahibinin gerek yüklenicinin masrafı kendisine ait olmak üzere eserin bilirkişiye muayene ettirilmesini ve muayene sonucunun bir raporla tesbitini istemeye hakkı vardır. Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 170.

⁷²⁷ Bu konuda detaylı açıklama için bkz. Dördüncü Bölüm VII.

⁷²⁸ *Gauch*, N. 2133; *Bühler*, Art. 367, N. 53; *Zindel/Pulver*, Art. 367, N. 17; *Aral*, s. 360; *Gümüş* (C. 2), s. 112. Ayıbı ihbar külfeti hem muayeneden önce bilinen hem de özenli bir muayene ile anlaşılabilir açık ayıplar ile muayene sırasında anlaşılamayan ve fakat sonradan kullanma sırasında ortaya çıkacak gizli ayıplar için söz konusudur. *Gauch*, N. 2126; *Bühler*, Art. 367, N. 53; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 150; *Tandoğan* (C. II), s. 172. Açık ayıplara ilişkin olarak TBK m. 474/I (BK m. 359/1) hükmü uyarınca, iş sahibi, eserin muayenesinden sonra ortaya çıkan ayıpları yükleniciye bildirmeye mecburdur. Maddede ihbarın hangi sürede yapılması gerektiği konusunda bir açıklama bulunmamakla birlikte, öğretide, ayıp ihbarının satım sözleşmesindekine benzer şekilde muayeneden sonra “derhal” yapılması gerektiği kabul edilmektedir. *Gauch*, N. 2141; *Tandoğan* (C. II), s. 174; *Tunçomağ* (C. II), s. 1021; *Zindel/Pulver*, Art. 367, N. 20; *Burcuoğlu*, s. 309; *Schlatter*, s. 50; *Klauser*, s. 33; *Gümüş* (C. 2), s. 111; *Uçar*, s. 149. Sonradan ortaya çıkan, yani olağan muayene ile anlaşılamayan gizli ayıplara ilişkin ihbar külfeti ise, TBK m. 477/III (BK m. 362/III) hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre “Yapılan şeydeki kusur sonrada meydana çıkarsa iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermeye mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi kabul etmiş sayılır.” Bu bildirim yükümü yerine getirilmez veya bildirimde gecikme olursa, iş sahibi artık ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını yitirmiş olur. *Burcuoğlu*, s. 315; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 155. İş sahibinin gizli ayıpların varlığını anlaması, onun bozukluğun bütün önemini, kapsamını, etkilerini öğrenmiş olması demektir. *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 155; *Burcuoğlu*, s. 315.

önemini anlamasına yetecek kapsamda olmalıdır⁷²⁹. Böylece tersaneci, yapılan itirazın haklı olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapabilecek ve buna göre davranışını ayarlayabilme olanağına sahip olacaktır⁷³⁰. Bu kapsamda, genel olarak geminin ayıplı olduğunu ya da sözleşmeye uygun olmadığını söylemek yeterli değildir⁷³¹. Ancak iş sahibinden, ayıbı, uzmanı gibi tarif etmesi de beklenmez⁷³². Ayrıca iş sahibi kural olarak gemideki bütün ayıpları bildirmelidir; açık ayıplardan bazılarının bildirilip bazılarının bildirmemesi, bildirilmeyen ayıplara muvafakat edilmesi sonucunu doğurur ve buna bağlı olarak iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları düşer⁷³³.

Ayıp ihbarı herhangi bir şekilde tabii değildir; sözlü olarak veya zımni irade açıklamasıyla yapılabilir⁷³⁴. Ancak ispat güclüğü ile karşılaşılmaması bakımından telgraf, taahhütlü mektup veya noter vasıtası ile yazılı bir bildirim tercih edilmelidir⁷³⁵. Ayrıca ayıp ihbarında, ayıba karşı tekeffülden doğan hangi hakkın kullanılacağına bildirilmesi şart değildir⁷³⁶.

b) *Tip Sözleşmelerde Muayene ve İhbar*

Tip sözleşmelerde, uluslararası gemi inşa uygulamasına uygun olarak, muayenenin, deneme yüzüşü (*sea trials*) olarak adlandırılan ayrı bir prosedür ile yerine getirileceği düzenlenmiştir⁷³⁷. Burada değinilmesi gereken husus, deneme

⁷²⁹ *Gauch*, N. 2130; *Bühler*, Art. 367, N. 54; *Schlatter*, s. 50; *Tandoğan* (C. II), s. 172; *Lenzlinger Gadiant*, s. 106; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 151; *Gümüş* (C. 2), s. 113.

⁷³⁰ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 151.

⁷³¹ *Gauch*, N. 2130; *Bühler*, Art. 367, N. 54; *Tandoğan* (C. II), s. 172; *Aral*, s. 360 *Klauser*, s. 32; *Uçar*, 148.

⁷³² *Zindel/Pulver*, Art. 367, N. 18; *Tandoğan* (C. II), s. 172; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 152; *Klauser*, s. 32; *Becker*, Mad. 367, N. 7; *Tunçomağ* (C. II), s. 1021.

⁷³³ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 152. Ayıbın vaktinde bildirilmediği hususunu, yüklenici tarafından ileri sürülmedikçe, hâkim re'sen gözetemez. Bkz. *Brändli*, N. 374. Aksi yönde görüş için Bkz. *Uçar*, s. 147. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay'ın bu konuda farklı kararları olmakla birlikte, son tarihli kararlarında mahkemece bu hususun re'sen göz önüne alınamayacağı hususu benimsenmiştir. Bkz. BGE 107 II 54; BGE 47 II 215; Y. 15. HD., E. 3070, K. 736, T. 22.2.1990.

⁷³⁴ *Gauch*, N. 2146; *Zindel/Pulver*, Art. 367, N. 20; *Bühler*, Art. 367, N. 54; *Tandoğan* (C. II), s. 173; *Aral*, s. 360; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 151; *Klauser*, s. 32; *Gümüş* (C. 2), s. 113; *Uçar*, s. 148.

⁷³⁵ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 151.

⁷³⁶ *Gauch*, N. 2136; *Zindel/Pulver*, Art. 367, N. 19; *Tandoğan* (C. II), s. 173; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 151; *Schlatter*, s. 50; *Klauser*, s. 32; *Lenzlinger Gadiant*, s. 106; *Brändli*, N.346.

⁷³⁷ SAJ Art. VI; AWES Art. 4; NEWBUILDCON Art. 27; NSF Art. VII. Bu tür bir muayenenin ne şekilde ifa edileceği, hakkında bkz. Dördüncü Bölüm VII.

yüzüşünün kararlaştırılması nedeniyle, iş sahibinin muayene etme yükümlülüğünün ortadan kalkması⁷³⁸ ve muayene edilen gemiyi tekrar muayene etmek zorunda kalmamasıdır⁷³⁹.

Tip sözleşmelerde yer alan ihbar külfetini, teslimden önce ve teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar şeklinde ikiye ayırarak ele almak gerekir. Teslimden önce ortaya çıkan ayıplar, ya inşa sırasında iş sahibinin atadığı teknik yönetici tarafından yapılan denetimler esnasında ya da deneme yüzüşü sonuçlarına ilişkin düzenlenen raporda tespit edilir⁷⁴⁰.

Deneme yüzüşünden sonra, tersaneci, inşa edilen geminin sözleşme şartlarına uygun olduğu kanaatindeyse, geminin teslim hazırlanmış olduğunu ve teslimin hangi tarihte gerçekleşeceğini, deneme yüzüşü sonuçlarına ilişkin raporla birlikte, iş sahibine bildirir. Bu konuyu düzenleyen SAJ'a göre⁷⁴¹; “deneme yüzüşünün tamamlanmasından sonra, Tersaneci, deneme yüzüşlerinin tamamlandığını ve Geminin deneme yüzüşleri sonucuna göre Sözleşme ve Şartname hükümlerine uygun olduğunu düşünüyorsa bu yöndeki görüşlerini telgrafla Alıcıya bildirir. Alıcı, Tersaneci tarafından gönderilen ihbarın tebellüğünden itibaren 3 gün içerisinde Gemiye kabul veya reddettiğine dair Tersaneciyi telgrafla bilgilendirir”. Maddeden anlaşıldığı üzere, iş sahibinin kendisine tanınan süre⁷⁴² sonunda yapacağı ihbarın konusu, geminin sözleşmeye uygun bir şekilde inşa edildiğinden bahisle “kabul”ü (*acceptance*) ya da aksine sözleşmeye uygun bir şekilde inşa edilmediğinden bahisle “reddi”dir (*rejection*).

Geminin, sözleşme ve şartnamede öngörülen şekilde inşa edilmediğini düşünen iş sahibi, gemiyi kabul etmek istemiyorsa, tersaneciye “ayıp listesi”ni, (*defect list* ya da *punch list*) içeren bir ayıp ihbarında bulunmalıdır⁷⁴³. İş sahibi, bu ayıp ihbarında hem

⁷³⁸ Gauch, N. 2468; Wüstendörfer, s. 78.

⁷³⁹ Gauch, N. 2468.

⁷⁴⁰ İş sahibinin, inşa sırasında yapılan denetimlerde ortaya çıkan ayıbı bildirme yükümlülüğü hakkında bkz. Dördüncü Bölüm V. D. 2.

⁷⁴¹ SAJ Art. VI. 4 (a)AWES Art. 4 (d); NEWBUILDCON Art. 27 (d) (i); NSF Art. VII 4.

⁷⁴² NEWBUILDCON'da 5 gün, NSF'de 48 saat olarak belirlenen bu makul süre, AWES'te düzenlenmemiştir. Bu durumda iş sahibine, kendisine ulaşan sonuçları klas kuruluşları, tersanedeki teknik yöneticisi ve düzenleyici kurumlar ile birlikte değerlendirmesi ve kararını bildirmesi için gerekecek yeterli sürenin tanınması gerekir. Curtis, s. 94.

⁷⁴³ Curtis, s. 96.

deneme yüzüleri sırasında ortaya çıkan ayıpları, hem de inşa sırasında tespit edilerek tersaneciye bildirilmiş olmasına rağmen giderilmeyen ayıpları bildirebilir⁷⁴⁴. Teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar için ihbar yükümlülüğü ise, tip sözleşmelerde tersanecinin “garanti borcu” (*warranty of quality*) kapsamında ele alınmaktadır⁷⁴⁵.

3- Geminin Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olması

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulabilmesi, eserin tamamlanarak iş sahibine teslimine bağlıdır⁷⁴⁶. Zira iş sahibi, ayıplı ifadan doğan haklarını kullanabilmek için gerekli olan muayene ve ihbar yükümlülüklerini ancak teslimden sonra yerine getirebilir. Ancak yüklenici, tamamladığı eseri ifa amacıyla iş sahibine sunmuş ve iş sahibi eserin ayıplı olduğunu anlamış ise, iş sahibi, daha sonra ortaya çıkabilecek lüzumsuz işlemlerden kaçınmak amacıyla teslimden önce ayıplı ifadan doğan haklarını kullanabilir⁷⁴⁷. Ayrıca taraflar, teslimin taraflarca beraber yapılacak muayeneden sonra gerçekleşeceğini kararlaştırılabilirler⁷⁴⁸. Nitekim tip sözleşmelerde, klasik eser sözleşmesinden farklı olarak, muayenenin, teslimden önce yapılacağı kararlaştırılmakta ve bu muayenenin sonuçlarına bağlı olarak iş sahibinin, ayıpların giderilmesini isteme ya da sözleşmeden dönme hakkı gibi çeşitli hakları doğmaktadır. Bu tür gemi inşa sözleşmeleri açısından teslim, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması bakımından gerekli bir şart değildir⁷⁴⁹.

⁷⁴⁴ *Curtis*, s. 96; *Fischer-Zernin*, V.: “Die Haftung der Werft aus dem Schiffbauvertrag für Mängel des Schiffes”, *Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht*, Reihe A: Berichte und Vorträge, Heft 19, Hamburg 1974, s. 5.

⁷⁴⁵ Bkz. Dördüncü Bölüm X.

⁷⁴⁶ *Tandoğan* (C. II), s. 160.

⁷⁴⁷ *Gauch*, N. 1532, 1708-1709. Ayrıca TBK m. 473/II (BK m. 358/II) hükmünün, iş sahibinin haklarını tekeffül ediyor olması sebebiyle, teslim unsuru eserdeki ayıptan dolayı ortaya çıkan bütün tekeffül durumlarının bir şartı değildir. Eserin yapılması esnasında ayıplı veya sözleşmeye başkaca aykırı bir ifanın önceden kesinlikle kestirilebilir olduğu durumlarda eserin tamamlanmasından önce kanunun, iş sahibinin haklarını tekeffül etmesi sebebiyle, burada teslim tekeffül edimlerinin bir şartı olmamaktadır. Bkz. *Uçar* (Ayıp), s. 41.

⁷⁴⁸ *Gauch*, N. 2469.

⁷⁴⁹ Benzer bir durum SIA-Norm 118 için de söz konusudur. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. *Lenzlinger Gradient*, s. 129; *Wertz*, N. 63.

C) İŞ SAHİBİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARI

1- Genel Olarak

Türk Borçlar Kanununun 475. maddesine göre, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları, *sözleşmeden dönme*, *bedel indirimi*, *eserin tamiri* ve *tazminattır*⁷⁵⁰. Türk/İsviçre hukukunda bu haklardan ilk üçünün seçimlik talepler olduğu, yani birbiriyle alternatif bir yarışma ilişkisi içerisinde olduğu kabul edilmektedir⁷⁵¹. Nitekim Türk Borçlar Kanununa göre, söz konusu seçimlik haklar arasında zaman açısından bir öncelik sonralık ilişkisi mevcut değildir⁷⁵². Diğer bir ifadeyle sözleşmeden dönme ya da bedelden indirim hakkını kullanmak isteyen iş sahibi, yükleniciye ilk önce ayıbın giderilmesi için bir süre vermek ve bu sürenin kullanılmaksızın geçirilmesini beklemek zorunda değildir⁷⁵³.

Seçimlik haklar arasında bir öncelik sonralık ilişkisi bulunmamasına rağmen, iş sahibinin istediği seçimlik hakkı kullanması, bu haklar için kanunda belirtilen özel şartların gerçekleşmesine bağlıdır⁷⁵⁴. Bu kapsamda, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın çok önemli olması şartına tabidir. Gemideki ayıp bu derecede önemli değilse, iş sahibi sadece ayıbın giderilmesini ya da bedelin indirilmesini talep edebilecek olup; sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz⁷⁵⁵. Ayıbın giderilmesini talep hakkı da, düzeltmenin aşırı masraflara yol açmaması koşuluna bağlıdır⁷⁵⁶.

İş sahibi, seçimlik hak olmaları nedeniyle, bu haklardan sadece birini kullanabilir; buna karşılık ayıbı takip eden zararlara ilişkin tazminat talebinin, seçilen diğer imkânlarla birlikte ileri sürülmesi mümkündür⁷⁵⁷. Söz konusu tazminat talebi, ayıp sonucu ortaya çıkan ve iş sahibinin kullandığı seçimlik hakla telafi edilmeyen

⁷⁵⁰ BK m. 360'a. denk gelen bu maddede, sistematik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, hüküm değişikliği yoktur.

⁷⁵¹ *Gauch*, N. 1490; *Koller*, N. 7; *Brändli*, s. 6; *Şenocak*, s. 33.

⁷⁵² *Klauser*, s. 35; *Şenocak*, s. 33.

⁷⁵³ *Gauch*, N. 1490; *Şenocak*, s. 33.

⁷⁵⁴ *Klauser*, s. 36; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 157; *Aral*, s. 361.

⁷⁵⁵ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 157.

⁷⁵⁶ *Klauser*, s. 37; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 158.

⁷⁵⁷ *Gauch*, N. 1489; *Zindel/Pulver*, Art. 368, N. 6; *Aral*, s. 361.

zararların tazminine ilişkindir⁷⁵⁸. Ayrıca, dönme, bedel indirimi veya tamir haklarının kullanılması için tersanecinin kusurlu olması şart değildir⁷⁵⁹. Buna karşılık ayıbı takip eden zararlar ancak kusurlu tersaneciden talep edilebilir⁷⁶⁰.

İş sahibinin sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini isteme ve bedelden indirim yapılmasına ilişkin seçimlik haklarından her biri, birer yenilik doğuran haktır⁷⁶¹. Yenilik doğurucu hak olmaları sebebiyle kullanılmaları için hâkim tarafından verilecek bir karara ihtiyaç yoktur; beyanın karşı tarafa ulaşması yeterlidir⁷⁶². Ayrıca yine yenilik doğurucu bir hak olmalarının sonucu olarak bu hakların kullanılması, tersanecinin kabulüne bağlı olmayıp;⁷⁶³ iş sahibince kullanıldıktan sonra ilgili seçimlik hakka ilişkin beyanın geri alınması kural olarak mümkün değildir⁷⁶⁴.

Türk Borçlar Kanununda yer alan bu hükümler emredici nitelikte olmadığından, hukuk düzeninin sınırları içerisinde taraflarca aksi yönde bir düzenleme kararlaştırılabilir⁷⁶⁵. Bu çerçevede taraflar, özellikle ayıbın giderilmesini isteme hakkı ve kusur konusunda farklı düzenlemelere gidebilir⁷⁶⁶. Nitekim uygulamada, tersanecinin ayıplı ifadan doğan sorumluluğunu çeşitli yönlerden sınırlandıran ve “kırmızı çizgi klozları” (red letter clauses) olarak anılan sözleşme kayıtlarına sıklıkla yer verilmektedir⁷⁶⁷. Tip gemi inşa sözleşmelerinde de geminin ayıplı bir şekilde inşa

⁷⁵⁸ Şenocak, s. 34

⁷⁵⁹ Gauch, N. 1503; Egli, s. 88; Brändli, s. 7; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 157.

⁷⁶⁰ Zindel/Pulver, Art. 368, N. 7; Brändli, s. 8; Aral, s. 361.

⁷⁶¹ Gauch, N. 1490; Zindel/Pulver, Art. 368, N. 12; Brändli, s. 6; Tandoğan (C. II), s. 186, 192; Gümiş (C. 2), s. 120; Uçar, s. 185. Ayıbın giderilmesi hakkının yenilik doğurucu bir hak değil, bir alacak hakkı olduğu yönünde bkz. Klauser, s. 40; Becker, Mad. 368, N. 10; Öz, s. 97; Buz, V.: *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2005, s. 171; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 173 -174. İki görüş arasındaki farklılıkların daha çok kuramsal olduğu, zira iki görüşünde birçok noktada aynı çözümü benimsediği hususunda bkz. Burcuoğlu, s. 296-297.

⁷⁶² Bir uyuşmazlık halinde hâkim tarafından verilecek karar, ayıba karşı tekeffülden doğan bu hakların doğup doğmadığı, doğdu ise iş sahibi tarafından kullanılıp kullanılmadığı ve kullanıldı ise taraflar için hangi hukuki sonuçların doğduğuna ilişkin olacaktır. Gauch, N. 1706.

⁷⁶³ Gauch, N. 1706.

⁷⁶⁴ Zindel/Pulver, Art. 368, N. 12; Brändli, s. 6; Şenocak, s. 34; Geri almanın hangi hallerde mümkün olabileceği hususunda Bkz. Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 159.

⁷⁶⁵ Gauch, N. 2463; Zindel/Pulver, Art. 368, N. 82; Brändli, s. 11; Becker, Mad. 368, N. 2; Tunçomağ (C. II), s. 1029; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 160.

⁷⁶⁶ Zindel/Pulver, Art. 368, N. 82.

⁷⁶⁷ Bu kayıtlar çerçevesinde genellikle sözleşmede açıkça yer verilmeyen zimni taahhütler bertaraf edilmekte, ayıplı ifadan doğan hakların kullanılabilmesi zamanasımı süresi sınırlandırılmakta, talep edilebilecek zarar için üst sınır getirilmekte, sorumluluk sadece tamir masrafları ile sınırlandırılmakta, ayıba bağlı zararlardan, kirlilikten ve üçüncü kişilerin davranışından kaynaklanan zararlardan doğan sorumluluk kaldırılmaktadır. Bkz. Bagot, s. 158-159. dn.128.

edilmesi halinde iş sahibine tanınan haklar ayrıntılı ve genel hükümlerden farklılık içerecek bir şekilde düzenlenmiştir.

2- Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı

Türk Borçlar Kanununun 475. maddesinin I. fıkrasının ilk bendine göre, iş sahibi, *aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkına sahiptir*⁷⁶⁸. Ayıbın giderilmesi (*Nachbesserung*) hakkının kullanılabilmesi için, ayıbın giderilmesinin objektif anlamda mümkün olması⁷⁶⁹ ve aşırı harcama gerektirmemesi lazım gelir⁷⁷⁰. Masrafların aşırı olup olmadığı, ayıbın giderilmesinin iş sahibine sağlayacağı yarar ile bu amaçla yapılacak masraflar karşılaştırarak takdir edilir⁷⁷¹. Bu karşılaştırmada, iş sahibi açısından ayıbın giderilmesinin sağlayacağı maddi ve maddi olmayan yararlar, tersaneci açısından ise işçilik, malzeme masrafları ve ayıplı kısmın düzeltilmesi amacıyla ayıplı olmayan kısımlarda meydana getirilecek hasar ve zararların giderilmesi için gereken giderler göz önünde bulundurulur⁷⁷². Masrafların aşırı olup olmadığı, somut olayın koşullarına ve dürüstlük kuralına göre takdir edilir⁷⁷³. Önceden soyut bir ölçü vermek mümkün olmamakla birlikte, ayıbın sebep olduğu değer azalmasını aşmayan ayıbın giderilmesi masraflarının, aşırı olmadığı

⁷⁶⁸ Ayıbın giderilmesi, “*eserin ayıplı olması nedeniyle kısmen başarısızlığa uğrayan ifa girişiminden sonra, eseri sözleşmeye uygun (ayıpsız) hale getirmek için gerekenin yapılması*”dır Şenocak, s. 36; Tandoğan (C. II), s. 193. Ayıbın giderilmesi yükümlülüğü, yüklenicinin ayıpsız bir eser meydana getirme yükümlülüğünün somut eserdeki ayıbı gidermeye dönüşmesi olarak ifade edilmektedir. Gauch, N. 1714; Ayıbın giderilmesini istemenin yüklenici için yeni bir borç değil ve fakat devam eden noksansız ifa borcunun teyidinden ibaret olduğu yönündeki görüşler için Bkz. Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 173-174, dn. 167.

⁷⁶⁹ Gauch, N. 1746; Bühler, Art. 368, N. 128; Tandoğan (C. II), s. 196; Lenzlinger Gadiant, s. 110; Öz, s. 97; Aral, s. 364; Brändli, N. 380; Şenocak, s. 148; Gümüş (C. 2), s. 130.

⁷⁷⁰ Tandoğan (C. II), s. 197; Lenzlinger Gadiant, s. 110; Şenocak, s. 149; Gümüş (C. 2), s. 130. Doktrinde hâkim görüş, masrafların aşırı olması halinde ayıbın giderilmesi hakkının düşeceğini savunmaktadır. Gauch, N. 11748; Zindel/Pulver, Art. 368, N. 47; Aral, s. 364; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 175; Şenocak, s. 148-149; Schlatter, s. 57. Brändli ise, masrafların aşırı olmamasının, ayıbın giderilmesi hakkının doğumu için özel bir şart olmadığını, ancak yükleniciye edimi ifadan kaçınma imkânı veren bir def'i hakkı (*Leistungsverweigerungsrecht*) sağladığını savunmaktadır. Bkz. Brändli, N. 399.

⁷⁷¹ Gauch, N. 1749; Zindel/Pulver, Art. 368, N. 48; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 175; Öz, s. 97; Tandoğan (C. II), s. 197; Tunçomağ, s. 1034; Burcuoğlu, s. 297; Aral, s. 364; Şenocak, s. 149; Egli, s. 92; Brändli, N. 417; Gümüş (C. 2), s. 131.

⁷⁷² Bühler, Art. 368, N. 145; Tandoğan (C. II), s. 197; Brändli, N. 418; Lenzlinger Gadiant, s. 111; Şenocak, s. 149; Canbolat, s. 139.

⁷⁷³ Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 175; Koller (Nachbesserung), N. 93; Tandoğan (C. II), s. 197; Schlatter, s. 57.

söylenbilir⁷⁷⁴. Masrafların aşırılığını ispat yükü tersaneciye aittir⁷⁷⁵. Taraflar, sözleşmede, ayıbın giderilmesi hakkını kararlaştırmış⁷⁷⁶ veya tersaneci geminin belli vasıflarda imal olunacağı konusunda açıkça garanti vermişse, masraflar aşırı dâhi olsa, ayıpların giderilmesinin istenebileceği kabul edilmektedir⁷⁷⁷. Diğer yandan, iş sahibi haklı bir neden olmaksızın hakkını kullanmakta gecikmiş ve ayıbın büyümesine veya fiyatların pahalılaşmasına yol açmış ise, bu yüzden doğan masrafları kendisi ödemelidir⁷⁷⁸.

İş sahibinin ayıbın giderilmesi talebi üzerine tersaneci, derhal giderme çalışmalarına başlamalı ve normal bir tersaneciden bu çeşit ayıbı gidermesi için objektif olarak beklenebilecek süre içerisinde bu çalışmalarını tamamlamalıdır⁷⁷⁹. Tersaneci, ayıbın giderilmesi borcunu ivazsız olarak yerine getirmek zorundadır. Yani ayıbın giderilmesine ilişkin masraf yükü tersanecinin üzerindedir⁷⁸⁰. Bu masrafların kapsamında hem işçilik masrafları hem de malzemeye⁷⁸¹ ilişkin masraflar yer alır⁷⁸². Ayrıca ayıbın araştırılması için gerekli olan masraflara, ayıbın giderilmesi için gerekli olan hazırlık çalışmalarına ilişkin masraflara ve ayıbın giderilmesine ilişkin çalışmalar tamamlandıktan sonra geminin asıl haline getirilmesi için gerekli masraflara da tersaneci katlanır⁷⁸³. Masraflara ilişkin bu kuralın hakkaniyet prensibinden doğan istisnaları vardır. Örneğin, başlangıçta ayıpsız ifa yapılsaydı yine iş sahibine düşecek masraflar (*Sowieso-Kosten*) ayıbın giderilmesi sırasında da iş sahibine aittir⁷⁸⁴.

⁷⁷⁴ *Tandoğan* (C. II), s. 197.

⁷⁷⁵ *Gauch*, N. 1767; *Brändli*, N. 410; *Tandoğan* (C. II), s. 198; *Şenocak*, s. 154; *Gümüş* (C. 2), s. 131; *Canbolat*, s. 139.

⁷⁷⁶ *Bühler*, Art. 368, N. 148; *Uçar*, s. 200.

⁷⁷⁷ *Zindel/Pulver*, Art. 368, N. 55; *Bühler*, Art. 368, N. 147; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 175; *Burcuoğlu*, s. 298.

⁷⁷⁸ *Uçar*, s. 197.

⁷⁷⁹ *Bühler*, Art. 368, N. 149; *Tandoğan* (C. II), s. 198; *Aral*, s. 365.

⁷⁸⁰ *Gauch*, N. 1713; *Bühler*, Art. 368, N. 135; *Koller* (Nachbesserung), N. 335; *Şenocak*, s. 40; *Lenzlinger Gadiant*, s. 110; *Brändli*, N. 466.

⁷⁸¹ Ayıplı eseri oluşturan malzemeyi iş sahibi sağlamışsa, yeniden malzeme teminine ilişkin masraflar, iş sahibinin tazminat olarak talep edeceği ayıbı takip eden zarar olarak kabul edilmeli ve yüklenici bu zararlardan ancak kusuru varsa sorumlu tutulmalıdır. Bkz. *Gauch*, N. 1743; *Şenocak*, s. 162; *Gümüş* (C. 2), s. 132.

⁷⁸² *Gauch*, N. 1718; *Tandoğan* (C. II), s. 195.

⁷⁸³ *Bühler*, Art. 368, N. 119; *Brändli*, N. 504; *Egli*, s. 92; *Tandoğan* (C. II), s. 195; *Şenocak*, s. 161; *Gümüş* (C. 2), s. 131.

⁷⁸⁴ *Gauch*, N. 1728; *Bühler*, Art. 368, N. 143; *Egli*, s. 92; *Koller* (Nachbesserung), N. 346; *Brändli*, N. 509; *Tandoğan* (C. II), s. 196; *Şenocak*, s. 163; *Gümüş* (C. 2), s. 133; *Uçar*, s. 197.

Ayıbın ne şekilde giderileceğine tersaneci karar verir; iş sahibi aralarında aksine bir anlaşma olmadıkça tersaneciye bu konuda talimat veremez⁷⁸⁵. Tersaneci, iş sahibinin haklı menfaatlerini haleldâr etmedikçe, ayıbı giderme yerine, ayıpsız yeni bir gemi imali yoluna da gidebilir⁷⁸⁶. İş sahibi, ayıbın giderilmesi talebi kapsamında, geminin yeniden imalini isteyemez⁷⁸⁷; ancak ayıbın giderilmesi objektif olarak imkânsız ve fakat geminin ayıpsız olarak yeniden meydana getirilmesi mümkün ise, iş sahibi de yeni bir geminin imalini talep edebilir⁷⁸⁸. Bu takdirde geminin yeniden imali, ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması için gerekli olan “aşırı masrafa yol açmama” şartına tâbi olacağından, tersanecinin zarara uğratılması söz konusu değildir⁷⁸⁹.

Ayıbın giderilmesini talep etme hakkı, sadece iş sahibine tanınmıştır. İş sahibi, tersanecinin ayıbın giderilmesi önerisini kabul etmek zorunda olmadığından, bu yöndeki önerinin reddi, iş sahibi açısından alacaklı temerrüdüne yol açmaz⁷⁹⁰. Ancak sözleşme ile tersaneci için ayıbı giderme borcu tesis edilirse, ayıbın giderilmesi borcunun hukuki dayanağı, ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması değil, bizatihi sözleşmenin kendisi⁷⁹¹ olduğundan, iş sahibi, tersanecinin bu yöndeki önerisi ile bağlı tutulabilir.

Türk Borçlar Kanununda, iş sahibinin ayıpların giderilmesi talebi ile birlikte yüklenicinin borcunu yerine getirmesi için bir süre tayin etmesi gereğinden söz edilmemiştir. Bununla birlikte, iş görme edimlerinin belirli bir süre gerektirdiği kuşkusuzdur. Bu yüzden onarım işlerinin yapılabilmesi için, tersaneciye hakkaniyet ölçülerinde objektif bir süre verilmesi icap eder⁷⁹². Bu süre, genellikle ayıpların bir an önce giderilmesinde menfaati bulunan onarım hakkını kullanan iş sahibi

⁷⁸⁵ *Bühler*, Art. 368, N. 116; *Tandoğan* (C. II), s. 194; *Şenocak*, s. 156.

⁷⁸⁶ *Tandoğan* (C. II), s. 194; *Bühler*, Art. 368, N. 125; *Gümüş*, s. 132. Tunçomağ, ayıp yüzünden eser kullanılamayacak durumda ise, iş sahibinin onun sağlamı ile değiştirilmesini isteyebileceğini ifade etmektedir. Zira günümüzde eserin mutlaka parça olması gerekmemektedir. Bkz. *Tunçomağ* (C. II), s. 1029.

⁷⁸⁷ *Oser/Schönenberger*, Art. 368, N. 14; *Koller* (Nachbesserung), N. 116.

⁷⁸⁸ *Klauser*, s. 41; *Gauch*, N. 1775; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 177; *Koller* (Nachbesserung), N. 120; *Brändli*, N. 392; *Bühler*, Art. 368, N. 121; *Şenocak*, s. 159; *Gümüş* (C. 2), s. 132.

⁷⁸⁹ Yüklenici, bu yükümlülüğünden yeniden inşanın “aşırı masrafa yol açabileceği” gerekçesiyle kaçınabilecektir. *Brändli*, N. 398.

⁷⁹⁰ *Gauch*, N. 1711; *Uçar*, s. 194.

⁷⁹¹ *Gauch*, N. 1707.

⁷⁹² *Gautschi*, Art. 368, N. 3c; *Gauch*, N. 1783; *Egli*, s. 91; *Uçar*, s. 197.

tarafından tayin edilir. Ancak, iş sahibince tayin edilen süre, normal olarak ayıpların önem ve kapsamına göre, bu ayıpların giderilmesi için objektif olarak beklenebilecek bir süre olmalıdır⁷⁹³. Tayin edilen süre, ayıpların giderilebilmesi için yeterli değilse, iş sahibi aleyhine olumsuz sonuç yaratmamak kaydıyla, tayin edilen süre uygun görülebilecek bir süre kadar uzar⁷⁹⁴.

Tersanecinin onararak yeniden teslim ettiği gemi, yine ayıplı ise, ilk teslimine ilişkin kurallar aynen geçerli olacağından, iş sahibi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının tamamına tekrar sahip olur⁷⁹⁵. Ayrıca tersaneci, ayıbın giderilmesi talebine rağmen, verilen süre içerisinde onarım borcunu ifada gecikirse, iş sahibi borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere başvurabilir⁷⁹⁶. Bunun yanında iş sahibi, Türk Borçlar Kanununun 475. maddesinde düzenlenen seçimlik haklardan birini de kullanabilir⁷⁹⁷. Böylece iş sahibi, aynen ifa talebinde bulunarak gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, ayıbın giderilmesi hakkından vazgeçip müsbet zararının tazminini isteyebilecek veya şartları gerçekleşmişse sözleşmeden dönme ya da ücretin indirilmesi hakkını kullanabilecek⁷⁹⁸ ve bu hakların yanında, ayıba bağlı zararlarının tazminini talep edebilecektir⁷⁹⁹.

Yüklenicinin ayıbı giderme borcu, bir yapma borcu olduğundan, iş sahibi, bu borcun zorla ifasını sağlamak üzere talep ve dava hakkına sahiptir⁸⁰⁰. Türk/İsviçre öğretisinde ağır basan görüşe ve İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, iş sahibi, yüklenici süresi içinde ayıbı giderme borcunu yerine getirmez ise, Türk Borçlar Kanununun 473. maddesinin 2. fıkrasının (İBK 366/II) kıyasen uygulanması suretiyle, hâkimden izin almaksızın, ayıbın giderilmesini üçüncü bir kişiye tevdi ve

⁷⁹³ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 178; *Uçar*, s. 197.

⁷⁹⁴ *Gautschi*, Art. 368, N. 21; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 178 vd.; *Şenocak*, s. 177.

⁷⁹⁵ *Gauch*, N. 1846; *Koller* (Nachbesserung), N. 109, 154; *Şenocak*, s. 216.

⁷⁹⁶ *Gauch*, N. 1789; *Bühler*, Art. 368, N. 149; *Koller* (Nachbesserung), N. 139; *Aral*, s. 365; *Şenocak*, s. 179.

⁷⁹⁷ *Gauch*, N. 1796, 1843; *Tandoğan* (C. II), s. 199; *Şenocak*, s. 173.

⁷⁹⁸ *Bühler*, Art. 368, N. 149; *Tandoğan* (C. II), s. 199; *Şenocak*, s. 173; *Gümiş* (C. 2), s. 133.

⁷⁹⁹ *Şenocak*, s. 173; *Brändli*, N. 607. Tersaneci, ayıbı giderme borcunu yerine getirmede temerrüde düşer veya bu borcun yerine getirilmesi objektif bakımdan imkânsızlaşır ya da yüklenicinin çabalarına rağmen ayıp kısmen veya tamamen giderilememiş olursa, duruma göre iş sahibine, sözleşmeden dönme veya ücretin indirilmesi yolları yeniden açılır. Bu konuda bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 193; *Bühler*, Art. 368, N. 153; *Lenzlinger Gadiant*, s. 112; *Uçar*, s. 195.

⁸⁰⁰ *Brändli*, N. 853; *Tandoğan* (C. II), s. 200.

bu suretle ortaya çıkan masraflarının yüklenici tarafından karşılanmasını talep edebilir⁸⁰¹.

3- Bedel İndirimi İsteme Hakkı

Türk Borçlar Kanununun 475. maddesinin I. fıkrasının 2. bendine göre, iş sahibi, *eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteyebilme* hakkına sahiptir. Madde metninde yer alan, “ayıp oranında” ifadesi, 818 sayılı Borçlar Kanununun 360. maddesinin 2. fıkrasında, “işin kıymetinin noksanına göre” ibaresi ile ifade edilmiş ve hem doktrinde hem de uygulamada hükmün, iş sahibine, eserdeki değer düşüşü oranında, yüklenicinin ücretini indirme (*Werklohnminderung*) yetkisi verdiği kabul edilmiştir⁸⁰². Madde gerekçesinde, sistematik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında hüküm değişikliği olmadığı ifade edildiğinden, “ayıp oranında” ifadesinin, eskiden olduğu gibi “eserdeki değer eksikliği” olarak anlaşılması gerektiği düşünülmektedir. Binnetice tamamlanarak teslim için iş sahibine sunulan gemi ayıplı ise, iş sahibi, geminin değerindeki eksiklik oranında bedelin indirilmesini isteyebilecektir.

Bedelin indirilmesi için, ayıplı geminin değerinin aslında sözleşmede öngörülen ve ayıpsız olması gereken geminin teslim anındaki değerinden düşük olması gerekir⁸⁰³. Gemideki değer eksikliği, objektif değere yani piyasadaki alım-satım değerine göre belirlenir⁸⁰⁴. Bu konuda tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları bedel⁸⁰⁵ ya da geminin iş sahibi için taşıdığı subjektif değer⁸⁰⁶ belirleyici değildir.

⁸⁰¹ Şenocak, s. 173, 198; Egli, s. 92; Aral, s. 365; Uçar, s. 202; Koller (Werkvertrag), Art. 366, N. 18; Koller (Nachbesserung), N. 182-183; Bühler, Art. 368, N. 149, 151; BGE 107 II 55. Gauch, eserin tesliminden sonra ayıbın giderilmesine ilişkin borcun ifasında temerrüde düşülmesi halinde TBK m. 473/II (BK m. 358/II) hükmünün kural olarak uygulanamayacağını ve ayıbın giderilmesi işinin başkasına tevdi için 113. maddenin I. fıkrası (BK m. 97/I) uyarınca hâkim izninin alınması gerektiğini savunmaktadır. Gauch, 473/II hükmünün, ancak ayıbın giderilmesinin özel ihtiyaç gösterdiği durumlarda, örneğin eserdeki ayıbın başka zararlara yol açması ve üçüncü kişilere zarar verme tehlikesinin bulunması hallerinde istisnaen uygulanabileceğini savunmaktadır. Bkz. Gauch, N. 1821-1822. Bühler ise, bu durumda yüklenicinin, iş sahibinin bu hususta yetkili olmadığı ve 473/II'de (BK m. 358/II) sayılan koşullarının gerçekleşmediğinden bahisle itiraz etmesi mümkün olduğundan en emniyetli yolun hâkimden izin almak suretiyle işi başkasına yaptırtmak olduğu ifade etmektedir. Bühler, Art. 368, N. 149.

⁸⁰² Tandoğan (C. II), s. 186; Turanboy, s. 171; Gümüş (C. 2), s. 126.

⁸⁰³ Gauch, N. 1627; Zindel/Pulver, Art. 368, N. 36; Tandoğan (C. II), s. 188; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 166; Burcuoğlu, s. 294; Turanboy, s. 171, Schlatter, s. 59; Uçar, s. 189.

⁸⁰⁴ Gauch, N. 1628; Tandoğan (C. II), s. 188; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 169.

⁸⁰⁵ Aral, s. 363; Uçar, s. 188.

⁸⁰⁶ Gauch, N. 1628; Schlatter, s. 59.

Ayıplı olan geminin hali hazırdaki değerinin belirlenmesinde ise objektif yapım masrafları, kullanma olanağının kısılması, sınırlandırılması, tamir masrafları ve satış değerindeki azalma dikkate alınır⁸⁰⁷.

Gemideki ayıplar, geminin değerini düşürmemesine rağmen amacına uygun şekilde kullanılmasını engeller mahiyette ise, iş sahibi bedelin indirilmesi hakkını değil, koşulları gerçekleşmişse ayıba karşı tekeffülden doğan diğer haklarını kullanabilir⁸⁰⁸. Diğer taraftan iş sahibi, ayıplı gemiyi sonradan satmışsa, elde ettiği satış bedeli, ayıplı olmayan geminin teslim sırasında haiz olduğu değerden fazla olsa dâhi, iş sahibi bedel indirimi hakkını kullanabilir⁸⁰⁹. Nitekim teslim sırasında değer farkının varlığı yeterli olup, teslimden sonra iktisadi şartlara bağlı olarak gemide meydana gelen değer artışları tersaneciyi sorumluluktan kurtarmaz⁸¹⁰. Aynı şekilde teslimden sonra dış etkiler nedeniyle ayıbın artması da tersaneciye yüklenemez⁸¹¹.

Bedelin indirilmesi hakkının kullanılabilmesi, ayıbın varlığına rağmen, geminin az da olsa bir değeri haiz olmasına bağlıdır; ayıp gemiyi tamamen değersiz hale getiriyorsa, bedelin indirilmesi değil⁸¹², sözleşmeden dönme⁸¹³ ve ayıbın giderilmesini isteme hakları kullanılabilir⁸¹⁴.

Bedel indirimi hakkının kullanılması ile ücret borcu, gemideki değer eksikliği oranında azalır ve iş sahibinin diğer seçimlik hakları düşer⁸¹⁵. İş sahibinin bildiriyle bedel borcunun miktarı, kanun gereği kendiliğinden azaldığından, indirilen miktarın bedel alacağı ile takas edilmesine gerek yoktur⁸¹⁶. İndirim hakkını kullanmadan önce, indirilmiş bedelden fazlasını ödeyen iş sahibinin, bedel indirimi

⁸⁰⁷ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 169.

⁸⁰⁸ *Gauch*, N. 1638; *Tandoğan* (C. II), s. 189; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 166; *Burcuoğlu*, s. 294; *Turanboy*, s. 171.

⁸⁰⁹ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 167; *Tandoğan* (C. II), s. 188.

⁸¹⁰ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 167.

⁸¹¹ *Canbolat*, s. 125.

⁸¹² *Gauch*, N. 1639; *Tandoğan* (C. II), s. 189; *Lenzlinger Gadiant*, s. 114; *Yavuz /Acar/Özen*, s. 346; *Burcuoğlu*, s. 294; *Gümiş* (C. 2), s. 126; *Uçar*, s. 187.

⁸¹³ *Gauch*, N. 1639; *Tandoğan* (C. II), s. 189; *Aral*, s. 363; *Tunçomağ* (C. II), s. 1034; *Gümiş*, s. 126

⁸¹⁴ *Burcuoğlu*, s. 294; Karşıt yöndeki görüş için bkz: *Gautschi*, Art. 368, N. 13.b; *Tandoğan* (C. II), s. 189; *Yavuz/Acar/Özen*, s. 346-347.

⁸¹⁵ *Öz*, s. 95; *Tandoğan* (C. II), s. 187; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu) s. 168; *Burcuoğlu*, s. 293; *Uçar*, s. 186.

⁸¹⁶ *Öz*, s. 96; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 168; *Tandoğan* (C. II), s. 187; *Burcuoğlu*, s. 293; *Uçar*, s. 186.

beyanının tersaneciye varması üzerine, ödemeyi, faizleriyle birlikte geri alma hakkı doğar⁸¹⁷.

İndirimin hesaplanması usulü hakkında doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, Alman Hukukunda benimsenen “nispi metod” (*relativen Berechnungsmethode*) yönteminin İsviçre/Türk hukuku doktrin ve uygulamasında da benimsendiği söylenebilir⁸¹⁸. Bu yönetime göre, geminin ayıplı ve ayıpsız değerleri arasındaki oran, kararlaştırılan veya kanuna göre tayin edilen ücrete uygulanarak iş sahibine ödenecek olan indirilmiş ücret bulunur⁸¹⁹. Teslim edilen geminin ayıplı ve ayıpsız değerinin tespitinde sözleşmenin kurulduğu an değil, teslim anı dikkate alınır⁸²⁰ ve teslim yerindeki rayiçler göz önünde tutulur⁸²¹. Ayıp nedeniyle ücretten indirilecek miktarın tavanının, en fazla sözleşme bedeli kadar olabileceği kabul edilmektedir⁸²². Bununla birlikte, ayıbın tamamen giderilmesi halinde bile, geminin ticarî değerinde vuku bulacak azalmalar, bedel indirimi kapsamı dışında, ayıp sonucu zararın hesabında dikkate alınır⁸²³.

4- Sözleşmeden Dönme Hakkı

Türk Borçlar Kanununun 475. maddesinin I. fıkrasının 1. bendine göre, *eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir*⁸²⁴. Sözleşmeden dönme (*Wandelung*), ayıba karşı tekeffülden

⁸¹⁷ Tandoğan (C. II), s. 187; Egli, s. 90; Gümüş (C. 2), s. 127; Bu hak, indirme beyanına bağlı olup, bir sebepsiz zenginleşme alacağı niteliği taşımaz. Dolayısıyla TBK m. 478'deki (BK m. 363) zamanlaşımına tabi olur. Gauch, N. 1617-1618; Tandoğan (C. II), s. 187. Aksi yönde görüş için bkz. Schlatter, s. 60. Bu durumda uygulamada mahkemeden “ayıp bedeli” ve “nesafet farkı” ifadeleriyle onarım için gerekli bir bedel talep edildiği de görülmektedir. Bkz. Turanboy, s. 173. Nesafet bedeli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş (C. 2) s. 128.

⁸¹⁸ Tandoğan (C. II), s. 191; Lenzlinger Gadiant, s. 114; Aral, s. 364; Yavuz/Acar/Özen, s. 346; Gümüş (C. 2), s. 127. Diğer bir yöntem için bkz. Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 170.

⁸¹⁹ Tandoğan (C. II), s. 191; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 169; Burcuoğlu, s. 294; Klauser, s. 49; Gümüş (C. 2), s. 127.

⁸²⁰ Gauch, N. 1653; Klauser, s. 49; Gümüş (C. 2), s. 127.

⁸²¹ Tandoğan (C. II), s. 189.

⁸²² Lenzlinger Gadiant, s. 116. Bununla birlikte ücretten indirilecek miktarın tavanının ayıbın tamamen giderilmesi için yapılacak harcamaların toplam tutarı ile belirlendiği de öğretilerde ifade edilmektedir. Bkz. Burcuoğlu, s. 295.

⁸²³ Tandoğan (C. II), s. 188-189; Burcuoğlu, s. 295.

⁸²⁴ İş sahibinin bu hakkı, BK m. 360/1'de “sözleşmeden dönme” yerine “kabulden imtina” olarak ifade edilmişti. Öğreti ve uygulamada “kabulden imtina” ifadesinin ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme anlamına geldiği zaten kabul edilmekteydi. Ancak “sözleşmeden dönme” yerine “kabulden

doğan hakların sonuçları itibariyle en ağır olduğundan, kullanımı, iş sahibini gemiyi kabul etmemekte haklı gösterecek kadar önemli bir ayıbın varlığına bağlıdır⁸²⁵. Gemideki ayıbın bu denli önemli olup olmadığı, her somut olayda, olayın bütün koşullarına ve tarafların menfaatleri göz önünde bulundurularak hakkaniyet esaslarına göre belirlenir⁸²⁶. Bu belirleme yapılırken, bedelden indirim ve tamirin iş sahibinin işine yarayıp yaramayacağı veya dönmenin tersaneciye vereceği kayıpla iş sahibine sağlayacağı yarar arasında aşırı dengesizlik yaratıp yaratmayacağı yahut ayıbın giderilmesi için gerekli zaman ve masraflar göz önünde tutulur⁸²⁷. Bedel indirimi veya gecikmiş tamirin iş sahibine yaramayacak olması, ayıbın önemli olduğuna işaret eder ve bu evsaftaki geminin kabul edilmemesini haklı kılar. Lâkin ayıbın kolay giderilebilecek nitelikte olması veya iş sahibinin dönme hakkını kullanmada gecikmesi hallerinde iş sahibinden gemiyi kabul etmesi beklenir⁸²⁸.

Sözleşmeden dönmenin şartları mevcut olsa bile, iş sahibi bu yola başvurmak mecburiyetinde değildir; iş sahibi, sözleşmeden dönme yerine diğer seçimlik haklarını da kullanabilir. Dönme, bu yöndeki beyanın tersaneciye varmasıyla birlikte, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kalkması sonucunu doğurur⁸²⁹. Böylece tersanecinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi bölümünde bahsettiğimiz açıklamalara uygun olarak, tarafların taahhüt ettikleri edimler karşılıklı olarak sona erer⁸³⁰ ve sözleşme kapsamında ifa edilen edimlerin iadesi gerekir⁸³¹.

kaçınma” denmesinin bir anlamı vardı. Yüklenicinin yerinde yapıp iş sahibine teslim edilecek eserlerde, iş sahibi eseri teslim alıp ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre sözleşmeden dönecek yerde; kabul edemeyeceği ayıplar taşıdığını öğrendiği eseri teslim almayı reddederek yükleniciyi temerrüde düşürüp, borçlu hükümlerine de başvurabilecek (oradaki seçimlik haklara yönelebilecek) idi. Yeni düzenlemedeki bu ifade, anılan ikinci şıkkı kapsamamaktadır. Bununla birlikte, herhalde öğreti ve uygulama yeni düzenlemede de iş sahibinin bu seçeneğinin kaldırılmadığı şeklinde bir yorumu tercih edecektir. Bkz. Öz, T.: *Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler*, İstanbul 2011, s. 93.

⁸²⁵ *Gauch*, N. 1555; *Zindel/Pulver*, Art. 368, N. 14; *Tandoğan* (C. II), s. 181; *Aral*, s. 362; *Burcuoğlu*, s. 290; *Egli*, s. 90; *Gümüş* (C.2), s. 121.

⁸²⁶ *Gauch*, N. 1558; *Zindel/Pulver*, Art. 368, N. 15; *Bühler*, Art. 368, N. 43; *Tandoğan* (C. II), s. 181; *Aral*, s. 362; *Burcuoğlu*, s. 290.

⁸²⁷ *Aral*, s. 362; *Gümüş* (C. 2), s. 122.

⁸²⁸ *Tandoğan* (C. II), s. 182.

⁸²⁹ *Gauch*, N. 1533; *Tandoğan* (C. II), s. 178; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 161; *Burcuoğlu*, s. 289; *Schlatter*, s. 61; *Klauser*, s. 46.

⁸³⁰ *Gauch*, N. 1534; *Tandoğan* (C. II), s. 178; *Schlatter*, s. 61.

⁸³¹ *Gauch*, N. 1535; *Tandoğan* (C. II), s. 178.

Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı şartnameli gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, malzeme daha değerli olduğu için geminin iş sahibinde kalacağına ilişkin, tersanecinin temerrüdü bölümünde varılan sonucun, ayıba karşı tekeffülden doğan dönme hakkının amacı ile uyuşup uyuşmadığı hususu tartışmaya açıktır. Nitekim *Gautschi*, malzemenin iş sahibi tarafından verildiği ve mülkiyetin iş sahibine ait olduğu eser sözleşmesinde ayıplı ifa söz konusu ise, iş sahibinin sahip olduğu hakların, ayıbın giderilmesi ve bedelden indirim yapılması hakları ile sınırlı olduğunu ifade etmektedir⁸³². Buna karşılık, *Klauser*, yüklenicinin, kendisine hiçbir zaman ait olmayan ayıplı eseri geri isteyemeyeceğini ifade etmekte ve yüklenicinin sadece yaptığı işin karşılığını alabileceğini, iş sahibinin bu kapsamda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tazminat borcu altında olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, iş sahibi, aynı zamanda kendisi tarafından ödenen ücretin iadesini talep edebileceğinden sonuç olarak bedel indirimine benzer bir durum ortaya çıkmaktadır ve bu durumda bedel indirimi ile dönme arasındaki en önemli fark, dönme halinde yüklenicinin edimini temel alan piyasa değeri hesaplama için temel olurken, bedel indiriminde orantılı bir hesaplama yapılmasıdır⁸³³. *Gauch* ise, *Klauser* tarafından ileri sürülen görüşlere karşı çıkmakta ve iş sahibinin, kendisi tarafından tedarik edilen malzemenin bedelinin tazmin edilmesi karşılığında, eseri iade etmek zorunda olduğunu savunmaktadır⁸³⁴.

Ayıba karşı tekeffülden doğan dönme hakkının amacı, iş sahibinin kabul edemeyeceği derecede ayıplı olan bir eseri teslim almak zorunda bırakılmamasıdır. Yüklenici açısından ciddi sonuçlar doğurabilecek olan dönme hakkının, iş sahibi tarafından kullanılması, son derece ağır koşullara tabi kılınmıştır. Bu ağır koşulların gerçekleşmesiyle, dönme hakkının kullanılmasından sonra, eserin mülkiyetinin iş sahibine ait olduğu iddia edilerek onun tarafından teslim alınmasını ve yüklenicinin emeğinin ödenmesini beklemek pek adil değildir. *Gadient* de, yüklenicinin sorumlu olduğu ciddi bir ifa engeli nedeniyle sözleşmenin sona ermesinin, iş sahibi aleyhine sonuç doğurmasını uygun bulmamaktadır⁸³⁵. Bu nedenle, iş sahibi açısından en

⁸³² *Gautschi*, Art. 368, N. 13f.

⁸³³ *Klauser*, s. 47.

⁸³⁴ *Gauch*, N. 1542. Aynı yönde *Bühler*, Art. 368, N. 56. Türk hukukunda aynı yönde görüş için Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 179; *Gümüş* (C. 2), s. 124.

⁸³⁵ *Lenzlinger Gadient*, s. 118.

uygun çözüm, *Gauch* tarafından ifade edildiği üzere, kendisi tarafından tedarik edilen malzemenin bedelinin tazmini karşılığında, ayıplı eseri yükleniciye geri vermek ve yaptığı ödemelerin iadesini talep etmektir. Ancak bu sonucun, sadece ayıba karşı tekeffülden doğan dönme hakkı ile ilgili olarak sınırlı bir şekilde uygulanması gerekir. Hülasa, malzemenin iş sahibi tarafından verildiği gemi inşa sözleşmesinde, ayıplı ifa nedeniyle dönme hakkı kullanılırsa, mülkiyetin tersaneciye ait olduğu kabul edilerek iş sahibinin yapmış olduğu ödemelerin iadesi ve vermiş olduğu malzemenin bedelinin kendisine ödenmesi adil bir çözüm yoludur.

5- Ayıba Bağlı Zararların Tazmini Hakkı

Türk Borçlar Kanununun 475. maddesinin 2. fıkrasına göre, ayıplı ifa halinde, *iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır*. Madde metninde ifade edilen tazminat hakkı, 818 sayılı Borçlar Kanununun 360 maddesinin 2. fıkrasında, *müteahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir* şeklinde kaleme alınmış olup; öğretide iş sahibine tanınan diğer hakların yanında yer alan bir hak olarak kabul edilmekteydi⁸³⁶. Madde gerekçesinde hüküm değişikliği bulunmadığı ifade edildiğinden, ayıba bağlı zararların tazmini hakkı, eskiden olduğu gibi diğer seçimlik haklar ile beraber kullanılabilir.

Ayıplı ifadan doğan diğer haklardan farklı olarak, ayıba bağlı olan zararların (*Mangelfolgeschäden*) tazmini hakkı, yenilik doğurucu bir hak değil, bir alacak hakkıdır⁸³⁷. Bu istemin konusunu yalnızca ayıp sonucu ortaya çıkan zarar oluşturur⁸³⁸. Bu tür zarar, iş sahibinin dönme, bedel indirimi veya ayıbın giderilmesi haklarını kullanmasına rağmen malvarlığındaki karşılanamayan eksilmedir⁸³⁹. Ayıp sonucu oluşan zarar, ayıbın daha sonraki bir sonucu olan, ayıbın yarattığı değer

⁸³⁶ *Gauch*, N. 1850; *Tandoğan* (C. II), s. 204; *Burcuoğlu*, s. 298. “Ayıp” ve “ayıba bağlı zarar” kavramları arasındaki fark İsviçre Borçlar hukukunun Roma Hukuku geleneğini takip etmesinden kaynaklanmaktadır. Bkz. *Siegenthaler*, T./*Griffiths*, J.: “Indirect and Consequential Loss Clauses Under Swiss Law”, *The International Construction Law Review*, 2003 Pt 4, s. 452-453.

⁸³⁷ *Gauch*, N. 1850.

⁸³⁸ *Gauch*, N. 1852; *Tandoğan* (C. II), s. 204; *Burcuoğlu*, s. 298.

⁸³⁹ *Gauch*, N. 1864; *Egli*, s. 93; *Bühler*, Art. 368, N. 172; *Brändli*, s. 8; *Tandoğan* (C. II), s. 204; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 182.

düşüklüğü dışında kalan bütün zararlardır⁸⁴⁰. Ayıp ile uygun illiyet bağı içinde olan tüm zararlar, ayıp sonucu zarar kapsamındadır⁸⁴¹.

Ayıba bağlı zarar ile eser sözleşmesine aykırılığın iş sahibine verdiği zarar eş anlamlı değildir⁸⁴². Özellikle, tersanecinin geminin yapımı sırasında özen borcuna aykırı davranması nedeniyle, örneğin bizzat gemiye değil de, iş sahibinin mallarına verdiği zararlar ya da gecikme nedeniyle oluşan zararlar, ayıp sonucu zarar kavramına girmez⁸⁴³. Bu çerçevede ayıbın giderilmesi hakkının kullanımına bağlı olarak, ayıbın giderilmesiyle ilgili hazırlık çalışmalarının ve ayıp giderildikten sonra yapılması gereken eski hale getirme çalışmalarının masrafları ile tersanecinin gemiyi doğru kullanması hususunda iş sahibini bilgilendirmesi yükümlülüğünü yerine getirmemesi sonucu oluşan zararlar ayıp sonucu zarar kavramı içinde yer almaz⁸⁴⁴. Söz konusu zararların tazmini, Türk Borçlar Kanununun 112 ve 475. maddelerine göre istenebilir⁸⁴⁵. Ayrıca satım sözleşmesi açısından geçerli olan, “doğrudan zarar” “dolaylı zarar” ayrımı eser sözleşmesinde uygulanmaz⁸⁴⁶. Neticede ayıp sonucu zararın tazmini için, doğrudan zarar - dolaylı zarar ayrımı yapılmaksızın daima kusur şartı aranır⁸⁴⁷.

Ayıba bağlı zarar, iş sahibinin kâr kaybı şeklinde olabileceği gibi malvarlığının aktifinde bir azalmanın ya da pasifinde bir artışın meydana gelmesi şeklinde de oluşabilir⁸⁴⁸. Ayıplı makinenin onarımı süresinde, deniz ticaretinde kullanılamayan geminin navlun kaybının yol açtığı kârdan yoksun kalma; ayıbın giderilmesi çalışmaları süresinde donatanın (iş sahibinin) taşıma sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmek için başka bir gemi kiralamak zorunda kalması, iş

⁸⁴⁰ *Tandoğan* (C. II), s. 204; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 182-183; *Aral*, s. 366; *Burcuoğlu*, s. 299. Zira ayıbın sebep olduğu eserdeki değer düşüklüğü, TBK m. 475’de (BK m. 360) belirtilen haklardan, özellikle “ücretten indirim” hakkının kullanılmasına yol açar ve bu hakların kullanılmasıyla karşılanabilir. Oysa ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar bu seçimlik hakların kullanılmasına rağmen karşılanmayan zararlardır. Bkz. *Uçar*, s. 211, dn. 523.

⁸⁴¹ *Gauch*, N. 1863; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 182; *Burcuoğlu*, s. 299; *Klauser*, s. 51.

⁸⁴² *Klauser*, s. 52; *Egli*, s. 93; *Lenzlinger Gadiant*, s. 126; *Burcuoğlu*, s. 299.

⁸⁴³ *Gauch*, N. 1856-1862; *Bühler*, Art. 368, N. 173; *Tandoğan* (C. II), s. 204; *Burcuoğlu*, s. 299; *Uçar*, s. 214-215.

⁸⁴⁴ *Gauch*, N. 1860, 1862; *Bühler*, Art. 368, N. 173.

⁸⁴⁵ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 182-183; *Burcuoğlu*, s. 299.

⁸⁴⁶ *Gauch*, N. 1890; *Klauser*, s. 57; *Bühler*, Art. 368, N. 187.

⁸⁴⁷ *Tandoğan* (C. II), s. 207.

⁸⁴⁸ *Gauch*, N. 1869; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 184; *Tandoğan* (C. II), s. 205; *Burcuoğlu*, s. 299.

sahibinin bir kazaya uğraması, ayıplı bir bacanın yangına yol açması gibi zararlar, ayıp sonucu zarara örnek olarak gösterilebilir. Öğretide sözleşmeden dönme üzerine talep edilebilecek menfi zararın da ayıp sonucu zarar kapsamına girdiği kabul edilmektedir⁸⁴⁹. Sözleşmenin kurulması için yapılan harcamalar, geminin denetimi için yapılan masraflar gibi dönme üzerine iş sahibi için yararsız hale gelen masraflar ile sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine olan inanç ve başka bir sözleşmenin kurulmaması nedeniyle oluşan zararlar da ayıba bağlı zarar içerisinde yer alır⁸⁵⁰.

Kanun koyucu, *dönme*, *bedel indirimi* ve *ayıbın giderilmesi* haklarının doğumunda kusur şartını aramazken, ayıba bağlı zararların tazmini için kusuru şart koşmuştur⁸⁵¹. Geminin ayıplı olarak imali, tamamen iş sahibinin kusurundan kaynaklanıyor ise, tersaneci sorumluluktan kurtulur ve iş sahibi artık ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamaz. Ancak geminin ayıplı olarak meydana gelmesine, tarafların her ikisinin ortaklaşa kusuru neden olmuşsa, tespit edilecek kusur oranlarına göre tazminata hükmedilir⁸⁵². Ayıba bağlı zararların tazmini tersanecinin kusuru şartına bağlı olsa da, iş sahibi tersanecinin kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değildir⁸⁵³. Bu nedenle bu sorumluluktan kurtulmak isteyen tersaneci, kusursuzluğunu ispat etmelidir⁸⁵⁴. Tersanecinin ayıba bağlı zararlardan sorumlu olması için aranan kusur şartı, yardımcı kişilerin ya da alt tersanecilerin davranışları sonucunda oluşan zararlar dolayısıyla ortadan kalkmaktadır⁸⁵⁵.

6- Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi

a) Genel olarak

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları, tip sözleşmelerde, Türk Borçlar Kanununda yer alan hükümlerden oldukça farklı bir şekilde düzenlenmektedir. Tip sözleşmelerde, öncelikle teslimden önce ortaya çıkan ayıplar ve teslimden sonra

⁸⁴⁹ *Gauch*, N. 1874; *Bühler*, Art. 368, N. 172; *Klauser*, s. 60; *Tandoğan* (C. II), s. 205; *Burcuoğlu*, s. 299.

⁸⁵⁰ *Gauch*, N. 1874.

⁸⁵¹ *Gauch*, N. 1887; *Bühler*, Art. 368, N. 190; *Tandoğan* (C. II), s. 205; *Gümüş* (C. 2), s. 135.

⁸⁵² *Uçar*, s. 218.

⁸⁵³ *Gauch*, N. 1891; *Bühler*, Art. 368, N. 190.

⁸⁵⁴ *Gauch*, N. 1891; *Tandoğan* (C. II), s. 205; *Burcuoğlu*, s. 300; *Schlatter*, s. 64; *Klauser*, s. 63; *Lenzlinger Gadiant*, s. 125; *Brändli*, s. 9; *Uçar*, s. 221.

⁸⁵⁵ *Gauch*, N. 1893; *Bühler*, Art. 368, N. 192; *Tandoğan* (C. II), s. 206; *Lenzlinger Gadiant*, s. 125; *Aral*, s. 367.

ortaya çıkan ayıplar arasında bir ayırım yapılmak suretiyle bir sorumluluk rejimi tesis edilmiştir. Bu sorumluluk rejimi çerçevesinde, tersaneci, teslimden önce ortaya çıkan ayıplar için geminin tamiri yükümlülüğünü üstlenmiş ve böylece ayıbın giderilmesi hakkına, dönme ve bedel indirimi haklarına nazaran öncelik tanınmıştır. Teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar için, tersanecinin garanti borcu (*warranty of quality*) düzenlenerek, iş sahibine sadece ayıbın giderilmesini isteme hakkı verilmiştir. Buna göre garanti borcu kapsamında, iş sahibinin kural olarak sözleşmeden dönme ve ücretin indirilmesini talep hakkı bulunmamaktadır⁸⁵⁶.

Tip gemi inşa sözleşmelerinde dikkati çeken diğer bir husus ise, hesaplanabilir ayıplar için öncelikle bedel indirimi hakkının kullanılabilir olması, dönme hakkının kullanımının, önemli bir ayıbın varlığı koşuluna tâbi tutulmasıdır. Bu tür ayıplar için kural olarak ayıbın giderilmesini talep imkânı mümkün olmamakla beraber, bazı tip sözleşmelerde bu husus ayrıca düzenlenmiştir. Son olarak tip sözleşmelerde, iş sahibinin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanması, önemli ölçüde sınırlandırılmış ve ayıba bağlı zararlardan sorumluluğu kaldırılmıştır.

b) Tip Sözleşmelerde Ayıbın Giderilmesi Hakkı

Ayıplı ifa halinde, geminin tamir edilmesi ve söz konusu ayıpların mümkün olduğunca bertaraf edilmesi, gemi inşa sözleşmesi ile beklenen amaca en uygun olan çözümdür. Bu nedenle tip gemi inşa sözleşmelerinde, ayıbın giderilmesi yükümlülüğü, tersanecinin en aslî ve önemli borcu ve iş sahibinin başvurabileceği öncelikli hak olarak düzenlenmiş; tamiri mümkün olmayan ya da tamiri tersaneciden beklenemeyecek kadar pahalıya mal olacak ayıplar (hesaplanabilir ayıplar) için ayıbın giderilmesi yerine, sadece bedel indirimi ve sözleşmeden dönme haklarına yer verilmiştir. Bu ön açıklamaları göz önünde bulundurmak suretiyle, gemi inşa sözleşmesinde ayıbın giderilmesi hakkını, teslimden önce ortaya çıkan ayıplar ve

⁸⁵⁶ *Curtis*, s. 101. Esasen ayıbın giderilmesi hakkı, uygulamada ayıplı ifadan doğan haklar içerisinde en anlam ifade eden haktır. Nitekim iş sahibinin en önde gelen menfaati, sözleşmeden dönme üzerine eserin iadesi ya da ücretin indirilmesi değil, onun ayıpsız bir esere kavuşmasıdır. Zaten uygulamada da ayıba karşı tekeffüle ilişkin kanuni hükümlerden farklı olarak ayıbın giderilmesine hakkına diğer haklardan öncelik tanındığı ya da münhasıran ayıbın giderilmesi hakkı tesis edildiği görülmektedir. Bu konuya ilişkin olarak SIA-Norm 118'de yer alan düzenlemeler örnek gösterilebilir. Bkz. *Brändli*, s. 1.

teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar açısından ikiye ayırarak incelemekte fayda bulunmaktadır.

i. Teslimden Önce Ortaya Çıkan Ayıplar

Tip gemi inşa sözleşmelerinde, genellikle hem inşa süresince iş sahibinin teknik yöneticisi vasıtasıyla inşa faaliyetlerini denetleyeceği, hem de gemi tamamlandıktan ve teslim hazırlanmış hale getirildikten sonra iş sahibinin ya da temsilcisinin de hazır bulunduğu bir deneme yüzüğü yapılarak geminin muayene edileceği düzenlenmiştir. Bu tür düzenlemelerin amacı, geminin sözleşmeye uygun bir şekilde imal edilmesini temin etmek ve gemi sözleşmeye aykırı ve ayıplı bir şekilde inşa edilmişse, bunun teslimden önce tespitini ve ayıpların giderilmesini sağlamaktır. Bu konuda hüküm ihtiva eden SAJ'a göre, *deneme yüzüşünün sonucu Geminin ya da herhangi bir parça ya da malzemenin Sözleşme'de kararlaştırılan nitelikleri taşımadığını gösteriyorsa ya da Alıcı, Gemiyi Tersanecinin de haklı olarak kabul ettiği diğer sebeplerle kabul etmiyorsa, Tersaneci söz konusu aykırılıkları gidermek için gerekli tüm adımları atacaktır*⁸⁵⁷.

Tersaneci, ayıp ihbarını tebellüğ eder etmez, iş sahibi tarafından bildirilen ayıpları gidermelidir⁸⁵⁸. Geminin ayıplı ya da ayıpsız olduğunu kimin ispatlaması gerektiği hususunda tip sözleşmelerde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, genel hükümler çerçevesinde geminin ayıplı olduğunu iddia eden iş sahibi, bu ayıpların varlığını ispat etmelidir⁸⁵⁹. Görüldüğü üzere, tip gemi inşa sözleşmelerinde, Türk Borçlar Kanunu hükümlerinden farklı olarak, ayıplı ifadan doğan ayıbın giderilmesini isteme hakkı, deneme yüzüşlerine bağlı olarak teslimden önce doğmakta olup, ayıbın giderilmesi iş sahibinin öncelikle kullanması gereken bir hakkıdır⁸⁶⁰. Bu anlamda iş sahibinin, tersanecinin ayıpları tamir etme yönündeki davranışına katlanma külfeti altında olduğu söylenebilir⁸⁶¹.

⁸⁵⁷ SAJ Art. VI-4. (b); AWES Art. 4 (d) p. 2; NEWBUILDCON Art. 27 (d) (ii); NSF Art. VII (b).

⁸⁵⁸ Tersaneci, iş sahibi tarafından bildirilen ayıpların mevcut olmadığı düşüncesinde ise uyumsuzluk yargıda çözümlenecektir. *Curtis*, s. 97.

⁸⁵⁹ Ancak dürüstlük kuralı nedeniyle tersanecinin, teknik bilgi vererek ya da gerekli inşa planlarını sağlayarak iş sahibinin ispat yükümlülüğüne yardım etmesi gerekebilir. *Gauch*, N. 1507-1508.

⁸⁶⁰ SIA Norm 118'de de ortaya çıkan ayıpların öncelikle yüklenici tarafından düzeltileceği düzenlenmektedir. *Koller*, teslimden önce ortaya çıkan düzeltme hakkının (Verbesserungsrecht) içerik olarak ayıbın giderilmesi hakkı ile benzerlik gösterdiğini ancak dogmatik olarak ondan

Ayıpların giderilmesi üzerine, gemi, gerekli görüldüğü takdirde masrafları tersaneciye ait olmak üzere yeniden deneme yüzüşleri yaptırılarak muayene edilir ve bu muayenenin sonuçları iş sahibine gönderilerek kendisinden gemiyi kabulü ya da reddi beklenir⁸⁶². İş sahibinin kendisine sunulan gemiyi, bu defa sadece daha evvel bildirdiği ayıplar bakımından incelemesi ve daha evvel kabul ettiği hususlarda yeni ayıplar tespit etmemesi gerekir⁸⁶³. Tamirden sonra, gemide hala ayıp varsa, iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan diğer haklarını kullanabilir⁸⁶⁴.

Ayıbın giderilmesine ilişkin masrafların kime ait olacağı hususunda tip sözleşmelerde herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu konuda Türk Borçlar Kanununun 475. maddesinin 1 fıkrasının 3. bendinde yer alan düzenlemenin tamamlayıcı olarak uygulanması sonucu, tüm masraflar tersaneciye ait olur. Hatta tip sözleşmede açıkça ayıbın giderileceği taahhüt edildiğinden, tersaneci tamir masraflarının aşırı olacağı gerekçesiyle tamiri yapmaktan kaçınmaz. Zira tersaneci, aşağıda ele alınacağı üzere tamiri çok fazla masrafı gerektirebilecek nitelikte olan “hesaplanabilir ayıplar” bakımından yeterince korunmuştur⁸⁶⁵.

ii. Teslimden Sonra Ortaya Çıkan Ayıplar

Deneme yüzüşü sonucunda, ayıpsız olduğu anlaşılan veya ayıplı ise bu ayıpların giderilmesinden sonra iş sahibine sunulan gemiyi, iş sahibinin kabul etmesi üzerine teslim gerçekleştirilir. Tersanecinin, teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar için sorumluluğu tip sözleşmelerde genellikle, “garanti borcu” (*warranty of quality /*

farklı olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre eserin düzeltilmesi hakkı, sözleşmedeki ifa talebinin bizatihi kendisidir. *Koller* (Nachbesserung), N. 15, 283. Kanaatimce, gemi inşa sözleşmeleri açısından teslimden önce ortaya çıkan düzeltme hakkının dogmatik olarak ayıbın giderilmesi hakkı olarak nitelendirilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Aksi takdirde teslimden önce ortaya çıkan ve iş sahibinin kullanma amacını önemli ölçüde engelleyen ayıpların varlığı halinde kullanılabilir olan dönme hakkının hukuki niteliğini açıklamak mümkün olmayacaktır.

⁸⁶¹ *Koller*, N. 242. Burada işsahibi açısından gerçek anlamda bir yükümlülük söz konusu olmayıp, yüklenici, iş sahibinin iradesine aykırı olarak tamiri gerçekleştiremeyecektir; ayıbın giderilmesi yüklenici açısından bir hak teşkil etmez. Burada sanki iş sahibi tarafından ayıbın giderilmesi hakkının tercih edildiği ve yüklenici açısından ayıbın giderilmesi borcunun doğduğu bir durum söz konusudur. Bkz. *Koller*, N. 242.

⁸⁶² AWES Art. 4 (d) p. 2; NEWBUILDCON Art. 27 (d) (ii) p. 588-590; NSF Art. VII-4 (b). SAJ’da ise bu konuda bir düzenleme yer almamaktadır.

⁸⁶³ *Curtis*, s. 97.

⁸⁶⁴ *Fischer-Zernin*, s. 5.

⁸⁶⁵ Aşağıda görüleceği üzere bu hususlarda ortaya çıkan ayıpların tamiri, tersaneci için çok maliyetli görüldüğünden iş sahibine öncelikle bedel indirimi ve ayıpların çok önemli olması halinde sözleşmeden dönme imkânları tanınmıştır.

builder's guarantee) kapsamında düzenlenmektedir. Garanti borcu ile tersaneci, teslimden itibaren belirli bir süre içerisinde ortaya çıkan ayıpları tamir etmeyi üstlenir⁸⁶⁶.

c) *Tip Sözleşmelerde Bedel İndirimi İsteme Hakkı*

i. Bedel İndiriminin Özel Olarak Düzenlenmesi

Geminin, hızı, yakıt tüketimi, yük kapasitesi ve ağırlığı gibi vasıflarında ortaya çıkan (hesaplanabilir) ayıplar, genelde tamiri mümkün olmayan ya da tamiri tersaneciden beklenilemeyecek derecede kapsamlı ve aşırı masraf gerektirecek nitelikteki ayıplardır⁸⁶⁷. Bu tür ayıpların varlığı, iş sahibinin, gemiyi istenilen performansta kullanamamasına ve geminin değerinde oluşacak azalma nedeniyle önemli ölçüde zarara uğramasına yol açar⁸⁶⁸. İş sahibinin, ileride uğrayabileceği zararın kapsamını sözleşmenin kurulduğu sırada ispat güçlüğü yaşamaması; tersanecinin ise, iş sahibi tarafından ileri sürülebilecek tazminat ve tamir taleplerini sınırlandırmak istemesi, tip sözleşmelerde bu ayıpların özel olarak düzenlenmesine yol açmıştır⁸⁶⁹.

Tip sözleşmelere göre, gemide bu tür ayıplar olduğu anlaşılırsa, sözleşme bedelinde belli bir miktar indirim yapılır ya da iş sahibine bir miktar tazminat ödenir. Bu çözüm tarzı ile bu ayıplar dolayısıyla meydana gelen gemideki değer düşüşü objektifleştirilmekte ve bu değer azalmasının hesaplamasına olan ihtiyaç ortadan kaldırılmakta; ayrıca iş sahibinin talep edebileceği toplam indirim miktarına bir tavan getirilerek tersanecinin sorumluluğu sınırlandırılmaktadır. Bu tür bir çözüm, hem tersaneci risklerinin hem de iş sahibi risklerinin önceden hesap edilebilmesini ve ona göre önlem alınmasını sağladığından bu gibi ayıplar *hesaplanabilir ayıplar* (“*clear cut*” defects) olarak da anılmaktadır⁸⁷⁰.

⁸⁶⁶ Buna göre garanti borcu kapsamında teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar için tersanecinin ayıbu giderme yükümlülüğü mutlak olup, iş sahibinin diğer haklarını kullanması mümkün olmamaktadır. *Fischer-Zernin*, s. 6. Bu durumun istisnası ise ayıbın giderilmesinin mümkün olmadığı haller teşkil eder. Garanti borcu aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Bkz. Dördüncü Bölüm X.

⁸⁶⁷ *Wüstendörfer*, s. 97; *Ringdal*, s. 7.

⁸⁶⁸ *Curtis*, s. 56.

⁸⁶⁹ *Curtis*, s. 56.

⁸⁷⁰ Kavram için bkz. *Ringdal*, s. 7.

ii. Bedel İndiriminin Özel Olarak Düzenlendiği Hesaplanabilir Ayıplar

Tip sözleşmelerde, bedel indirimine ya da belirli bir miktar paranın ödenmesine yol açan sebepler genellikle aynı olup, tip sözleşmelerdeki farklılık bu sebeplerden dolayı tersanecinin sorumlu olabilmesi için AWES'ten farklı olarak (*for causes for which the Contractor is liable*), SAJ, NEWBUILDCON ve NSF'de kusurun aranmamasından kaynaklanmaktadır.

Tip sözleşmelerde, öncelikle vaad edilen vasıflardaki ayıpların derecesine göre bir ayırım yapılarak, ayıpların bir kısmı tolere edilmekte, tolere edilen kısmın üzerindeki ayıplar ise az önemli ayıp ya da çok önemli ayıp şeklinde nitelendirilerek ikiye ayrılmaktadır. Böylece bu tür ayıplar açısından çok önemli / az önemli ayıp kavramları objektifleştirilmektedir. Tolerans sınırlarının içinde kalan ayıplar, genelde denizcilik çevrelerince de mazur görülür ve inşa edilen geminin vasıflarındaki bu eksiklikler nedeniyle, gemi ayıplı kabul edilmez⁸⁷¹. Tolerans sınırlarının üzerinde olan ve az önemli olarak kabul edilen ayıplar mevcut ise iş sahibine sadece bedel indirimi hakkı; çok önemli olarak kabul edilen ayıplar mevcut ise bedel indirimi hakkı yanında alternatif olarak sözleşmeden dönme hakkı tanınır⁸⁷².

Tip sözleşmelere göre bedel indirimi hakkı, özellikle geminin hızı, yük kapasitesi, ölüağırlık kapasitesi ve yakıt tüketimine ilişkindir.

aa) Geminin Hızındaki Yetersizlik

Geminin, sözleşmede vaad edilen hıza sahip olması, donatanın ileride akdedeceği navlun sözleşmeleri açısından hayati bir önemi haizdir⁸⁷³. Zira pek çok çarter sözleşmesi, geminin hızına ilişkin detaylı garanti hükümleri içermekte ve bu garantilerin ihlâli dolayısıyla tazminat ve/veya sözleşmeden dönme hakları öngörmektedir⁸⁷⁴. Bu nedenle tip gemi inşa sözleşmelerinde, geminin hızına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilir. Örneğin SAJ'da geminin deneme yüzüşü sırasında ölçülen gerçek hızının bir deniz milinin 3/10'undan az olması olağan kabul edilmiş, ancak hızdaki eksiklik, bir deniz milinin 3/10'una eşit ve/veya 3/10'undan daha fazla

⁸⁷¹ Aynı yönde bkz. *Gauch*, N. 1403; *Ringdal*, s. 7.

⁸⁷² *Ringdal*, s. 7.

⁸⁷³ *Curtis*, s. 66.

⁸⁷⁴ *Curtis*, s. 66.

ise her bir 1/10'luk oran için kademeli olarak sözleşme bedelinin indirime tabi tutulacağı; bu eksiklik taraflar arasında belirlenecek üst sınırdan fazla ise, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir⁸⁷⁵.

AWES'te ise hızda mazur görülebilen eksiklik sınırı bir deniz milinin 2/10'u olarak belirlenmiş ve bu sınırın üzerinde olan ve "tersaneciye yükletilebilecek sebepler dolayısıyla" oluşan eksiklikler için alıcıya kademeli olarak bir miktar para ödeneceği; bu eksikliğin taraflar arasında belirlenecek üst sınırdan fazla olması halinde, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir⁸⁷⁶. Ancak AWES'e göre iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı, tersanecinin ayıpları tamir etmesi ve yeni bir muayene yapması hakkına tâbidir.

bb) Aşırı Yakıt Tüketimi

Geminin ana motorunun verimi, en az hızı kadar önemli bir özelliktir. SAJ'a göre, inşa edilen geminin deneme yüzüşü sırasındaki yakıt tüketimi, sözleşmede belirtilen sınırlar içinde kalıyor ise, sözleşme bedelinde herhangi bir indirime gidilmez⁸⁷⁷. Ancak yakıt tüketimi bu sınırlardan fazla ise, taahhüt edilen yakıt tüketiminden fazla olan her bir % 1'lik oran için, kararlaştırılan miktarda bedel indirimine gidilir ve yakıt tüketimi belirlenen üst sınırların üzerinde ise iş sahibi, alternatif olarak sözleşmeden dönme hakkına sahip olur.

AWES'e göre, geminin deneme yüzüşlerinde gerçekleşen yakıt tüketimi, "tersaneciye yükletilebilecek sebepler dolayısıyla", sözleşme ile kararlaştırılmış miktardan fazlaysa, tersaneci iş sahibine bir miktar para ödemelidir⁸⁷⁸. AWES'e göre, yakıt tüketiminin belirlenen üst sınırların üzerinde olması SAJ'dan farklı olarak iş sahibine alternatif olarak sözleşmeden dönme hakkı vermez; iş sahibi sadece ana itici makinenin (*main propulsion machinery*) değiştirilmesini talep edebilir⁸⁷⁹. Ayrıca tersanecinin söz konusu ayıbı giderme hakkı da saklı tutulmuştur.

⁸⁷⁵ SAJ Art. III-2. Benzer bir hükme NEWBUILDCON Art. 8'de ve NSF Art. IV-2'de yer verilmiştir.

⁸⁷⁶ AWES Art. 5 (a).

⁸⁷⁷ SAJ Art. III-3.

⁸⁷⁸ AWES Art. 5 (d).

⁸⁷⁹ Benzer bir düzenleme NSF Art. IV-3'te yer almaktadır.

NEWBUILDCON'da konu, diğ er tip sözleşmelere göre biraz daha esnek bir şekilde düzenlenmiştir⁸⁸⁰. NEWBUILDCON'a göre, yakıt tüketiminin sözleşmede öngörülen orandan azami % 2 fazla olması makul kabul edilmiş ve bu miktara kadar olan fazla yakıt tüketimi için sözleşme bedelinde herhangi bir uyarlama yapılmayacağı düzenlenmiştir. % 2'den fazla olan yakıt tüketimi içinse her bir %1'lik fazlalık için sözleşmede kararlaştırılan miktarda bedel indirimi yapılması kararlaştırılmıştır. Bu bedel indiriminin üst sınırı da yine sözleşmede belirlenmiştir. Yapılacak bedel indirimi miktarının üst sınırına ulaşılması halinde, iş sahibine alternatif olarak, ana motoru ücret indirimi karşılığında kabul etme ya da ana motoru kabul etmeme hakları tanınmıştır. Ana motoru kabul etmeyen iş sahibinin, ana motorun tamir edilmesini veya ana motorun sözleşmeye uygun muadili ile değiştirilmesini talep etme hakkının yanında, sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. İş sahibi ana motorun değiştirilmesini ya da tamirini tercih ederse, tadilatların yapılması için gerekli olan süre, haklı gecikme (*permissible delay*) kapsamında kabul edilmez. Uygulamada SAJ'ın esas alındığı sözleşmelerde, AWES ve NEWBUILDCON'daki düzenlemelere paralel olarak, tersanecinin ana motoru sözleşmeye uygun başka bir motorla değiştirmesi ya da tamir etmesi üzerine, iş sahibinin dönme hakkını kullanmasına engel olacak şekilde hükümler tesis edilmektedir⁸⁸¹.

cc) Yük Kapasitesindeki Yetersizlik

NEWBUILDCON'a göre, geminin kübik hacminde bir eksiklik var ve bu eksiklik, sözleşmede belirtilen tolerans sınırının altında ise sözleşme bedelinde herhangi bir uyarlama yapılmaz⁸⁸². Ancak eksiklik tolerans sınırının üzerinde ise sözleşme bedelinde indirim yapılır⁸⁸³ ve eksiklik nedeniyle sözleşme bedelinde yapılan indirim, sözleşmede öngörülen azami tutarı geçerse sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir⁸⁸⁴. NSF'de de geminin kübik hacmindeki eksiklik dolayısıyla

⁸⁸⁰ NEWBUILDCON Art. 9.

⁸⁸¹ *Curtis*, s. 67.

⁸⁸² NEWBUILDCON Art. 11 (a) n. 205-206.

⁸⁸³ NEWBUILDCON Art. 11 (b) n. 207-210.

⁸⁸⁴ NEWBUILDCON Art. 11 (c) n. 211-214.

NEWBUILDCON'a benzer bir hüküm tesis edilmiştir⁸⁸⁵; ancak SAJ bu konuda hüküm içermemektedir.

AWES'e göre, geminin yük taşıma kapasitesi, "tersaneciye yükletilebilecek sebepler dolayısıyla", sözleşme ile kararlaştırılmış orandan az ise tersaneci, her bir eksik metre küp için sözleşmede belirlenen miktarda para ödeyecektir⁸⁸⁶. Geminin yük kapasitesindeki eksiklik sözleşmede öngörülen azami sınırdan daha fazla ise iş sahibine, belirlenmiş bir miktar para ödenmesi yanında alternatif olarak sözleşmeden dönme hakkı da tanınmıştır. Ancak iş sahibinin bu hakkını kullanması, tersanecinin söz konusu ayıbı giderme ve yeni bir deneme yüzüşü yapma hakkına tabidir.

dd) Ölüağırlık Kapasitesindeki Yetersizlik

SAJ'a göre, geminin ölüağırlık kapasitesi sözleşmede kararlaştırıldan az ise, sözleşmede belirlenecek üst sınıra kadar, her bir eksik birim için belirli bir miktar bedel indirimi yapılır⁸⁸⁷. Ayrıca geminin ölüağırlık kapasitesinde ortaya çıkan bu eksiklik sözleşmede öngörülen azami miktardan fazlaysa iş sahibi, alternatif olarak sözleşmeden dönebilir⁸⁸⁸.

AWES'e göre, geminin ölüağırlık kapasitesi, tersaneciye yükletilebilecek sebepler dolayısıyla, sözleşme ile kararlaştırılmış orandan az ise eksik olan her bir ton için sözleşmede kararlaştırılan miktarda para ödenir⁸⁸⁹. Geminin ölüağırlık kapasitesindeki eksiklik, sözleşmede öngörülen azami sınırdan daha fazla ise iş sahibi alternatif olarak sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Ancak iş sahibinin bu hakkı, tersanecinin söz konusu ayıbı giderme ve yeni bir muayene yapması hakkına tâbidir.

ee) Diğer Ayıplar

Taraflar, LNG tankeri ya da yolcu gemileri gibi bazı özel gemi türleri için yukarıda sayılanların dışında başka nitelikler hakkında da anlaşabilmektedir. Örneğin

⁸⁸⁵ NSF Art. IV-5.

⁸⁸⁶ AWES Art. 5 (c).

⁸⁸⁷ SAJ Art. III-4.

⁸⁸⁸ Benzer bir hükme NEWBUILDCON Art. 10 ve NSF Art. IV-4'te yer verilmiştir.

⁸⁸⁹ AWES m. 5 (b).

turistik gemiler ve feribotlara ilişkin sözleşmelerde, çoğunlukla geminin azami gürültüsü ve titreşimi (*noise and vibration*), yolcu kabinleri ve topluluk alanlarına ilişkin kurallar yer alır. Ayrıca LNG tankerleri açısından kaynama (*boil-off*), petrol tankerleri açısından pompalama kapasitesi (*pumping capacity*) ve römorkör ve diğer çekici gemiler için çekme kuvveti kapasitesi (*bollard pull capacity*) tersaneci tarafından vaad edilen diğer niteliklere örnek gösterilebilir. Vaad edilen bu niteliklerde eksiklik varsa, iş sahibine, bedel indirimi ve bu eksikliğin sözleşmede kararlaştırılan azami sınırların üzerinde olması halinde sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır⁸⁹⁰.

iii. Tip Sözleşmelerde Özel Olarak Düzenlenen Bedel İndirimi İsteme Hakkının -“*Liquidated Damages*” Kaydının - Hukukî Niteliği

Tip sözleşmelere göre, gemide hesaplanabilir nitelikte ayıp varsa, gerek sözleşme bedelinden yapılacak indirim, gerekse iş sahibine yapılacak belli miktardaki ödeme “*liquidated damages*” olarak yapılmaktadır. Nitekim SAJ, NEWBUILCON ve NSF formları, tersanecinin ücretinden “*liquidated damages*” olarak belli bir miktar indirim yapılacağını (“*contract price shall be reduced as liquidated damages*”)⁸⁹¹; AWES formu ise tersanecinin, iş sahibine “*liquidated damages*” olarak belli bir miktar ödemede bulunacağını (“*Contractor shall pay to the Purchaser as liquidated damages the following amounts*”)⁸⁹² düzenlemektedir. Tip sözleşmelerde yer alan bu ifadeler, bu tip ayıplar için, tarafların, bedel indirimi hakkı yerine geçmek üzere, ayrı bir hukuki yol olarak “*liquidated damages*” kararlaştırıp kararlaştırmadığı sorusunu doğurmaktadır. *Liquidated damages* kavramının hukukumuzda tam bir karşılığının olmaması ve genellikle *götürü tazminat* olarak tanımlanması sorunun cevabını güçleştirmektedir.

Götürü tazminat ve cezaî şarta ilişkin tartışmalara yukarıda yer verilmiş olduğundan, burada bu tartışmalara tekrar girilmeyecektir. Ancak ayıplı ifadan doğan bedel indirimi hakkı ile götürü tazminat ve cezaî şarta ilişkin hükümlerin, kusurun varlığı, zarar koşulu ve sözleşmede belirlenen miktarı aşan zararların talep

⁸⁹⁰ *Curtis*, s. 68.

⁸⁹¹ SAJ Art. III-2; NEWBUILDCON Art. 8 (b), 9 (b), 10 (b), 11 (b); NSF Art. IV.

⁸⁹² AWES Art. 5. (a).

edilebilirliği yönünden farklı içerikte olduğuna dikkat çekmek gerekir. Örneğin, ayıplı ifa halinde, iş sahibinin sahip olduğu haklar, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı değil iken, cezaî şart ve götürü tazminat⁸⁹³ borçlunun kusurlu olmasını gerektirmektedir. Ayrıca ayıplı ifadan doğan bedel indirimi hakkının kullanılması üzerine, iş sahibinin bedel indirimi ile karşılayamadığı zararlarını ayıba bağlı zararlarının tazminini talep ederek karşılaması mümkündür. Bu durumda tersaneci, ancak kusursuzluğunu ispatlayabilerek sorumluluktan kurtulabilir. Cezai şart halinde ise iş sahibinin cezai şartı aşan zararlarını talep edebilmesine karşılık, bunun için tersanecinin kusurunu ispatlaması gerekmektedir. Götürü tazminat halinde ise iş sahibinin zararının götürü tazminat olarak belirlenen miktardan fazlasına ilişkin kısmı talep edemeyeceği savunulmaktadır⁸⁹⁴.

Yukarıda anıldığı üzere sözleşmeye aykırılık nedeniyle uygulanacağı kararlaştırılan *liquidated damages* kayıtlarının, hukuki niteliğinin belirlenmesinde amaçsal yoruma başvurulması gerekmektedir. Tip gemi inşa sözleşmeleri incelendiğinde ayıplı ifa için uygulanacak olan *liquidated damages* kayıtlarının, geminin hızı, yakıt tüketimi ve yük kapasitesi gibi performansını etkileyebilecek ve geminin değerinin önemli ölçüde düşmesine neden olabilecek nitelikteki ayıplar için öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu tür ayıplar nedeniyle geminin değerinde meydana gelebilecek düşüş, geminin beklenen işletme süresine, kullanılacağı navlun piyasasındaki ekonomik hareketliliğe ve alternatif sözleşmeler için potansiyeline bağlı olarak değişkenlik arz etmektedir⁸⁹⁵. Bu nedenle gemideki söz konusu değer düşüklüğünün ispatı, teslimde gecikme nedeniyle uğranılacak zararın ispatından farklı olarak, geminin teslim anında iş sahibi açısından oldukça zordur.

İşte uygulamada ortaya çıkabilecek olan ispat sorunlarını aşmak amacıyla bu nevi kayıtlara yer verilmekte ve anılan nitelikte sözleşmeye aykırılık oluşması halinde,

⁸⁹³ Bununla birlikte borçlunun sorumluluğuna gidilebilmesi, kanun tarafından sözleşmeye aykırılıkta kusurlu olunması şartına bağlanmıyorsa, götürü tazminatın talep edilebilmesi için de borçlunun kusurlu olması aranmaz. Örneğin borçlunun temerrüt faizi ödemesi için, para borcunun ödenmesinde temerrüde düşmede kusurlu olması aranmamaktadır. Taraflar götürü tazminat sözleşmesi ile bir miktar para borcunun ifasında temerrüt halinde tazminat miktarını belirlemişlerse, bu durumda borçlunun ifada temerrüde düşmesi halinde kusurlu olması aranmaz. Bkz. *Erdem*, s. 106.

⁸⁹⁴ *Erdem*, s. 122.

⁸⁹⁵ *Curtis*, s. 56.

gemide meydana gelebilecek olan değer düşüşü objektifleştirilerek ayrıca bir hesaplama yapılmasına duyulan ihtiyaç ortadan kaldırılmaktadır. Yani tarafların amacı, ayıplı ifadan kaynaklanan bedel indirimi hakkını ortadan kaldırarak, bir kusur sorumluluğu olan cezaî şart ya da gerçek zarar miktarına bağlı olan götürü tazminatı uygulamak değil; sadece bedel indirimine ilişkin olarak yapılacak hesaplamayı objektifleştirerek, ispat sorununu ortadan kaldırmak ve böylece muhtemel riskleri önceden tahmin edebilmektir.

Bu amaçtan hareket ederek, sözleşmede yer alan *liquidated damages* kayıtlarının, ayıplı ifa halinde, iş sahibinin seçimlik haklarından biri olan bedel indirimi hakkının özel bir düzenlemesini teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Bu nedenle, tersaneci kusursuz da olsa, bedel indirimi uygulanabilmekte ve iş sahibi daha fazla zararını, aksi kararlaştırılmadıkça⁸⁹⁶ ayıba bağlı zararları çerçevesinde talep edebilmektedir. Bu tür kayıtların bedel indirimi hakkı dışında anlamlandırılması, ancak sözleşmede açık ifadelerin kullanılması ve taraflarının amacının bu yönde olduğunun açıkça anlaşılması halinde mümkün olabilir.

iv. Bedel İndiriminin Özel Olarak Düzenlendiği Hallerde Ayıbın Giderilmesi Hakkına Başvurulup Başvurulamayacağı Sorunu

Tip sözleşmelerde, hesaplanabilir ayıplar için, sadece bedelden indirim ve sözleşmeden dönme haklarının söz edilmiş olması, iş sahibinin bu ayıplar yönünden ayrıca ayıbın giderilmesini talep etme hakkının bulunup bulunmadığı sorusuna yol açmaktadır. SAJ, NEWBUILDCON ve NSF formlarında konuya ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. AWES'te ise, hesaplanabilir ayıplar için, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının, “tersanecinin ayıbın giderilmesi ve tekrar deneme yüzüşü yapması hakkına tabi olduğu” (*save and except that the Contractor shall have the right to remedy the deficiency and repeat the trial*) belirtilmektedir⁸⁹⁷. Doktrinde bu soruya net bir cevap verilememekle birlikte *Ringdal*, hesaplanabilir ayıpların varlığı halinde de, tersanecinin, bu ayıpların sözleşmeye uygun bir şekilde

⁸⁹⁶ AWES Art. 7 (e) p. 2'de “liquidated damages” olarak belirlenen tazminatın tam ve nihai olduğunu ve iş sahibinin bunun ötesinde tazminat talebinde bulunamayacağı düzenlenmektedir.

⁸⁹⁷ AWES Art. 5.

giderilmesi için elinden geleni yapması gerektiğini ifade etmektedir⁸⁹⁸. Gerçekten hem NEWBUILDCON hem de SAJ'da deneme yüzüşleri ile ilgili düzenlemelere bakıldığında, bu tip yüzüşler sonucunda ortaya çıkan ayıplarla ilgili olarak tersanecinin ayıbı giderme yükümlülüğü düzenlenirken, ayıbın türüne ilişkin bir ayırım yapılmamakta ve genel olarak sözleşmeye aykırılıktan bahsedilmektedir⁸⁹⁹.

Bu gibi ayıplar için öncelikle bedel indirimi düzenlenmesinin amacı, iş sahibinin ayıbın giderilmesini talep etme hakkını bertaraf etmek değil; genellikle tamiri mümkün olmayan durumlarda, iş sahibinin geminin değer düşüklüğüne ilişkin tazminat taleplerini önceden güvenceye almaktır. Bu nedenle bu tür ayıpların giderilmesi objektif olarak mümkün oldukça, tersanecinin tamir etme yükümlülüğü devam eder. Ancak tersanecinin bu yükümlülüğü, tamir masraflarının, sözleşmede hesaplanabilir ayıplar için öngörülen azami bedel indirimi oranını geçmemesi koşuluna bağlıdır. Dolayısıyla ayıbın makul bir sürede ve uygun bir maliyetle giderilmesi mümkün ise, tersaneci, ayıbın giderilmesi ile yükümlüdür. Böylece bedel indirimi olarak kararlaştırılan tutardan daha az bir masrafla giderilebilecek ayıplar bakımından, iş sahibinin, hakkaniyete aykırı olarak kârlı duruma geçmesi önlenmiş olur. Ancak ayıbın giderilmesi masraflarının, sözleşmede bedel indirimi olarak kararlaştırılan tutardan fazlaya mal olacağı durumlarda, tersaneciyi ayıbın giderilmesi ile sorumlu tutmak taraf iradelerine aykırılık teşkil eder.

v. Bedel İndiriminin Özel Olarak Düzenlenmediği Haller

Tip sözleşmelerde özel olarak düzenlenen hesaplanabilir ayıplar dışında, geminin değerinde azalmaya neden olan başka ayıplar söz konusu ise, Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesi için öngördüğü genel kurallar çerçevesinde sözleşme bedelinde indirimde gidilmesi mümkündür⁹⁰⁰. Ancak garanti borcu ile, teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar için, tersanecinin ayıbın giderilmesinin dışında sorumluluğunun kaldırıldığına dikkat edilmelidir.

⁸⁹⁸ Ringdal, s. 7.

⁸⁹⁹ SAJ Art. VI-4 (b); AWES Art. 4 (d) Par. 2; NEWBUILDCON Art. 27 (d) (ii); NSF Art. VII (b).

⁹⁰⁰ İngiliz hukukunda da ayıp nedeniyle geminin değerinde azalma meydana gelirse bu azalmanın ücret indirimine (*right of abatement*) konu olabileceği kabul edilmektedir. *Mondel v. Steel* (1841) 8 M & W 858, *Gilbert-Ash Northern Ltd. v. Modern Engineering (Bristol) Ltd* (1974) A.C. 689. Bkz. *Curtis*, s. 47; *Hodges/Hill*, s. 82.

d) *Tip Sözleşmelerde Dönme Hakkı*

İş sahibinin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkı, tip sözleşmelerde bir takım sınırlamalara tâbi tutulmuştur. Bu sınırlamalardan ilkinde göre, iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını ancak ayıbın giderilmesi hakkından sonra kullanabilir. Zira deneme yüzüşünden sonra, geminin ayıplı olduğunun anlaşılması üzerine iş sahibinin gemiyi kabul etmeme hakkı bulunmakla birlikte, bu hak sözleşmeden dönme hakkı olarak değerlendirilmemektedir. Tersaneci, deneme yüzüşünden sonra ortaya çıkan ayıbı gidermeye çalışacak ve onardığı gemiyi tekrar iş sahibine sunacaktır.

Ayrıca iş sahibinin ifa amacıyla kendisine yeniden sunulan gemiyi kabul etmeyerek sözleşmeden dönebilmesi için, ayıbın Türk Borçlar Kanununun 475 maddesinin ilk fıkrasının 1. bendinde olduğu gibi, önemli olması gerekir. Bu konuyu düzenleyen AWES'e göre⁹⁰¹, *alıcı, amacına uygun bir şekilde kullanılmasını engelleyen ayıplar ya da Klas Kuruluşu ve/veya İdari Makamlar tarafından uygulanan koşul ya da tavsiye olmadığı sürece Gemiyi teslim almak zorundadır. Satıcı, ayıpların ya da koşul/tavsiyelerin az önemli olması ve Geminin emniyetli bir şekilde çalışmasını engellememesi halinde, mümkün olan en kısa sürede ve fakat en geç garanti süresinin sonuna kadar, kendi hesabına, ayıpları tamir etmeyi veya koşulu yerine getirmeyi üstlenmesi şartıyla, Alıcının, Gemiyi teslim almasını talep edebilir.*

AWES'te yer alan bu maddenin aksinden, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, söz konusu ayıbın, geminin amacına uygun bir şekilde kullanılmasını engelleyecek derecede çok önemli bir ayıp olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu tür bir hükme sözleşmede açıkça yer verilirse dâhi, tersaneci açısından son derece ağır sonuçlar doğuracak olan sözleşmeden dönme hakkı, Türk Borçlar Kanununun 475 maddesinin I. fıkrasının 1. bendinde yer alan düzenlemeye uygun olarak, ancak kabulün iş sahibinden beklenemeyecek derecede olduğu önemli ayıplar (*a substantial ingredient*) için kullanılabilir⁹⁰². İş sahibinin teslimden önce kullanabileceği bu

⁹⁰¹ AWES Art. 4 (d) p. 3; NEWBUILCON Art. 27 (d) (iv); NSF Art. VII-4 (d). SAJ'da ise bu tür bir hükme rastlanmamıştır.

⁹⁰² *Ashington Piggeries Ltd. v. Christopher Hill Ltd.* (1972) A. C. 441.

dönme hakkı ile gereksiz yere iade yükümlülüklerinin ortaya çıkması önlenilecektir⁹⁰³.

İş sahibinin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkına getirilen diğer bir sınırlandırmayla, sözleşmede geminin hız, yakıt tüketimi, ağırlık ve yük kapasitesi ile ilgili özelliklerinin açıkça karşılaştırılmış olması halinde karşılaşılmaktadır. Yukarıda da anıldığı üzere bu niteliklerdeki ayıpların varlığı, iş sahibine doğrudan sözleşmeden dönme hakkı vermez. Bu niteliklerdeki ayıplar nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi, söz konusu nitelik eksikliğinin sözleşmede karşılaştırılan tolerans sınırların üzerinde ve çok önemli ayıp niteliğinde olmasına bağlıdır.

İş sahibinin dönme hakkı, teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar için de sınırlandırılmaktadır. Teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar için garanti taahhüdünde bulunan tersaneci, sadece ayıbın giderilmesi ile yükümlü olup; iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması mümkün değildir. İş sahibi ancak ayıbın giderilmesinin imkânsız olması ya da tersanecinin ayıbın giderilmesi borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi durumunda sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir⁹⁰⁴.

e) *Tip Sözleşmelerde Ayıba Bağlı Zarardan Doğan Sorumluluk*

i. *Ayıba Bağlı Zarardan Doğan Sorumluluğun Kaldırılması*

Tip sözleşmelerde, tersanecinin ayıba karşı tekeffülden doğan borcu, bir yandan garanti borcu kapsamında ayıbın giderilmesi borcu ile ağırlaştırılmakta, diğer yandan ayıba bağlı zarardan doğan sorumluluğun kaldırılması suretiyle tersaneci aleyhine bozulan taraflar arasındaki menfaat dengesi yeniden sağlanmaktadır. Örneğin garanti yükümlülüğünü düzenleyen AWES'e göre: "*Tersaneci, Geminin teslimi üzerine, işbu maddede yer alan garanti dışında hiç bir sorumluluk ve yükümlülük altında değildir... tersanecinin borcu, sadece yukarıda belirtilenlerle sınırlı olup..., tersaneci*

⁹⁰³ *Gauch*, N. 1532; *Tandoğan* (C. II), s. 178; *Uçar*, s. 181.

⁹⁰⁴ Tip sözleşmelerde, iş sahibinin sözleşmeden dönmemesinin doğuracağı hüküm ve sonuçlar, iş sahibi tarafından sözleşmenin sona erdirilmesinin sonuçlarını düzenleyen Altıncı Bölüm III B 1'de detaylı olarak ele alınmıştır.

*her ne türde olursa olsun dolaylı zararlardan, yukarıda bahsedilen ayıplardan doğan ya da bu ayıplarla bağlantılı zararlar ve masraflardan.... sorumlu değildir*⁹⁰⁵.

Aynı şekilde SAJ'a göre, *tersaneci, hiç bir şekilde, işbu maddenin ilk fıkrasında tanımlanan ayıp nedeniyle ya da bu ayıpları gidermek için yapılan tamirat ya da diğer çalışmalar nedeniyle, iş sahibinin doğrudan ya da dolaylı bir şekilde uğradığı, zaman kaybı, kar ya da kazanç kaybı ya da demuraj gibi zararlar dâhil olmak üzere hiç bir zarar ve masraftan sorumlu değildir*⁹⁰⁶.

NEWBUILDCON'a göre, *tersaneci ayıba bağlı olarak ortaya çıkan hiç bir kayıp, hasar veya masraftan (zaman kaybı, kar veya kazanç kaybı ya da demuraj gibi doğrudan ya da dolaylı olarak iş sahibinin uğradığı zararlardan) sorumlu olmayacaktır*⁹⁰⁷.

NSF'ye göre, *tersaneci, ayıpların makul bir sürede giderilmiş olması koşuluyla, Teslim ve Kabul'den sonra ortaya çıkan ayıplardan ya da (kar kaybı ve zaman kaybı dâhil olmak üzere) bu ayıpların sonuçlarından sorumlu değildir*⁹⁰⁸.

Tip sözleşmelerde ayıba bağlı zararlardan doğan sorumluluğun kaldırılmasının nedeni, teslimden sonra garanti süresi içerisinde gemide meydana gelen ayıpları gidermeyi taahhüt ederek, olası aşırı tamir masraflarının riskini üzerine alan tersanecinin, bunun dışında kalan zararlar için sınırsız bir sorumluluk altına girmek istememesidir. Bu nedenle tersaneci lehine bir sorumsuzluk kaydı tesis edilmektedir.

ii. Sorumluluktan Kurtuluş Kayıtlarının Geçerliliği

Bir sözleşme kurulurken, borçlunun, borcun yerine getirilmemesinden doğan zarardan sorumluluğunu bertaraf eden koşulların kabul edilmesi mümkündür⁹⁰⁹. Nitekim özellikle satım ve endüstriyel makinelerin inşaatını konu edinen eser

⁹⁰⁵ AWES Art. 12 (a).

⁹⁰⁶ SAJ Art. IX 4 (a) n. 23-28.

⁹⁰⁷ NEWBUILDCON Art. 37 (b) (ii).

⁹⁰⁸ NSF Art. X-1.

⁹⁰⁹ Sorumsuzluk anlaşması, zarar verici sözleşmeye aykırı hareketten ve zararın doğumundan önce alacaklı ile borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat isteminin teşekkülüne tamamen engel olan hukuki işlem olarak tanımlanmaktadır. Akman, G. S.: *Sorumluluk Anlaşması*, İstanbul 1976, s. 6 - 7. Ayrıca bkz. Erten, A.: *Sorumluluk Şartları*, Ankara 1977, s. 39; Tandoğan (Mes'uliyet Hukuku), s. 453; Eren, s. 1042 vd.

sözleşmelerinde, borçluyu dolaylı ya da ayıba bağlı zararlardan dolayı sorumluluktan kurtaran hükümlere sıklıkla yer verilmektedir⁹¹⁰.

Uygulamada sözleşmeden doğan risklerin büyük bölümünü üstlenen yüklenicinin, iş sahibinin tazminat taleplerini bertaraf etme girişimleri haklı bir çaba olarak değerlendirilse de⁹¹¹, sorumluluğun bertarafına yönelik bu tür hükümlerin geçerliliğinin, Türk Borçlar Kanununun 115. maddesi⁹¹² kapsamında değerlendirilmesi gerekir⁹¹³. Bu madde hükmüne göre, *borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür*⁹¹⁴. Eser sözleşmesi ve dolayısıyla gemi inşa sözleşmesi açısından da geçerli olan bu kural uyarınca, tersaneci, ayıba bağlı zarardan doğan sorumluluğunu kasdı veya ağır ihmâli için sınırlandıramaz⁹¹⁵; fakat hafif ihmale ilişkin olarak ayıba bağlı zararlardan sorumlu olmayacağı yönünde anlaşma yapabilir⁹¹⁶. Ancak tersanecinin sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin olarak Türk Borçlar Kanununun 115. maddesinin III. fıkrası ile ihdas edilen yasağın, irdelenmesi icap eder⁹¹⁷. Bu hükme göre, *uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun*

⁹¹⁰ *Siegenthaler/Griffiths*, s. 446. Eser sözleşmesinde, yüklenicinin ayıplı ifa halinde doğabilecek sorumluluğunu başka yönlerden de sınırlandırması, örneğin kusura bağlı olmayan dönme, ayıbın giderilmesi ve ücretin indirilmesi yönündeki taleplerin kusur şartına bağlanabilmesi mümkündür. Bu konudaki diğer örnekler için bkz. *Gauch*, N. 2543-2551.

⁹¹¹ Alman Federal Mahkemesi'nin de dikkat çektiği üzere kâr kaybı ve dolaylı zararların tazmini riski, öyle öngörülemeyen bir ölçüde olabilir ki, bu ölçü iş ile beklenen getirinin söz konusu riski kapsamadığı bir büyüklükte olabilir. Bu nedenle, yüklenici çok geniş kapsamlı riskleri bertaraf etmek istediğinde kendisine ne ahlâka ne de hukuka aykırı davrandığı iddiasıyla karşı çıkılabilir. Bkz. *Fischer-Zernin*, s. 7.

⁹¹² BK m. 99'u karşılayan bu maddede kapsamlı değişiklik bulunmaktadır.

⁹¹³ *Brändli*, s. 15; *Akman*, s. 53.

⁹¹⁴ BK m. 99/1'de "hile veya ağır kusur" ibaresi kullanılmışsa da, ağır kusurun, kasdı ve ağır ihmali kapsadığı göz önünde tutularak, Tasarıda "hile" ibaresinin de kullanılması gereksiz görülmüş ve madde metnine alınmamıştır. Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 115. maddesine ilişkin Gerekçe, s. 69.

⁹¹⁵ *Gauch*, N. 2575; *Bühler*, Art. 368, N. 249. Alman hukukunda aynı yöndeki görüş için bkz. *Fischer-Zernin*, s. 7. Amerikan hukukunda aynı yöndeki görüş için bkz. *Bagot*, s. 158.

⁹¹⁶ Ağır ihmal ile hafif ihmal arasında yalnız bir derece farkı bulunduğundan, aradaki sınırı kesin bir şekilde çizmek, çeşitli hayat olaylarında oldukça zordur. Bu nedenle, ihmalin hafif olup olduğunu tespit, bir vakia sorunu olmayıp bir değerlendirme sorunu mahiyetindedir ve bu konuda yargıca geniş bir takdir yetkisi tanımak gerekir. Bkz. *Akman*, s. 56; *Erten*, s. 212 - 213.

⁹¹⁷ TBK m. 115/2'de, *borçlunun, alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür* şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibi ile tersaneci arasında bu tür bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından, incelememizde, bu yasağa ilişkin açıklamalara yer verilmemiştir.

hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Anılan madde, 818 Borçlar Kanununun 99. maddesinin II. fıkrasından alınmakla birlikte, bu maddeye göre önemli farklılıklar içermektedir. Zira Borçlar Kanununun 99. maddesinin II. fıkrasında, “*hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa*” ifadesi yerini, “*uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa*” ifadesine bırakmıştır. Kanun gerekçesinde, *fıkra hükmünün, kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen her türlü faaliyet için değil, sadece uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek veya sanatlar için uygulanması amaçlandığı* ifade edilmekle, söz konusu değişikliğin hükmün uygulama alanının daraltılması amacını taşıdığı ima edilmektedir⁹¹⁸. Ancak her ne kadar madde gerekçesi bir daraltmayı ima etse de, günümüzde adeta her mesleğin resmi izinle yürütülen ve uzmanlık gerektiren bir faaliyet olduğu düşünülecek olursa, hükmün lâfzi yorumu neticesinde bu tür faaliyetlerde kesin bir sorumsuzluk anlaşması yasağı kabul edildiği sonucuna varılabileceği öğretide haklı olarak ifade edilmekte ve eleştirilmektedir⁹¹⁹.

Tersane, Tekne İmal ve Çekek Yerleri Yönetmeliğinin 7. maddesi uyarınca, *yatırımı tamamen veya kısmen tamamlanmış ve faaliyete geçebilecek durumda olan tesisin işletilebilmesi için, idareden işletme izni veya kısmi işletme izni alınması zorunludur*. Bu hükme göre, tersane işletilebilmesi için, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığından işletme izni alınması gereklidir. Gemi inşa işinin uzmanlık gerektiren bir meslek olması ve tersane işletebilmek yani gemi inşa faaliyetinde bulunabilmek için işletme izninin şart olması nedeniyle, tersanecilerin ayıba bağlı zarardan sorumluluğuna sınırlama getiren kayıtların geçerli olmayacağı sonucuna varılabilir. Ancak bu tür bir sonuca varmadan önce hükmün tarihçesini incelemek ve amaçsal yorum metoduna başvurmak lazım gelir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Kanun Koyucunun 818 sayılı Borçlar Kanununun 99. maddesinin II. fıkrasında getirmiş olduğu sınırlamanın amacı, sosyal ve

⁹¹⁸ Başalp, N.: *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, İstanbul 2011, s. 273.

⁹¹⁹ Başalp, s. 273.

ekonomik yönden zayıf durumda olan ve bu nedenle diğerine tabi durumda bulunan veya bulunması kuvvetle muhtemel olan tarafın haklarını korumaktır⁹²⁰. Sırf bu amaçtan hareketle, gerek öğretilerde gerekse mahkeme kararlarında madde metninde yer alan “imtiyazlı sanat” kavramı geniş yorumlanmıştır. Böylece hem idare hukuku alanında elektrik, su, doğalgaz, telefon gibi hizmetlerin ifasında görev yapan imtiyazlı kuruluşlar hem de avukatlık, eczacılık, doktorluk, veterinerlik gibi yapılması hükümet veya diğer bir kamu tüzelkişisinden alınacak resmi bir izin yahut ruhsata dayanan meslek ve sanatlar bu madde kapsamında kabul edilmiştir⁹²¹.

Öğretilerde, ikinci türde yer alan meslek veya sanatların yapılmasına izin verilebilmesi için bunu yapacak olanlarda bazı niteliklerin arandığı ve yalnız bu nitelikte olanlara izin verilmek suretiyle, bu meslekleri icra edecekler için bir bakıma fiili tekel doğduğu ifade edilmiş ve bu tip meslekten olanların, meslekten olmayanlara karşı sorumsuzluğunu şart etmesinin hakkaniyete aykırı olacağı ileri sürülmüştür⁹²². Ayrıca bir sanatın yapılmasının, resmi izin veya ruhsat alınmasına ihtiyaç göstermesi sonucunda, belli konularda sözleşme yapmak isteyenler, karşılarında sayıları kendiliğinden sınırlanmış bulunan belli bir meslek grubunu bulacağından, resmi izinli veya ruhsatlı bu kimselerin kolaylıkla, karşı tarafa göre üstünlük kazanacağı ifade edilmiştir⁹²³. Özellikle avukatlık, doktorluk gibi ruhsata tabi meslekle uğraşan kişilerin, faaliyetlerini sunarken, ihtisas sahibi olarak topluma karşı bir güven durumu yarattıkları ve bu kişilerin mesleğin gerektirdiği dikkat ve itina yerine getirmeyi, almış olduğu ruhsat ile önceden beyan etmiş oldukları; diğer bir deyişle, bu tip sanat ve mesleklerle uğraşanlara toplumda güven duyulmasının, onların aldıkları izin veya ruhsatın bir sonucu olduğu belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere 6098 sayılı Kanunun hazırlanması sırasında Kanun Koyucu, uygulamada ve yargı kararlarında ifade edilen prensipleri dikkate almış ve “imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrası” yerine; bu hükmün dar yorumlanması nedeniyle doğabilecek sorunları bertaraf edebilmek amacıyla “*yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen*” ve “*uzmanlığı gerektiren mesleklerden*” bahsetmiştir.

⁹²⁰ Erten, s. 225.

⁹²¹ Erten, s. 237.

⁹²² Erten, s. 238.

⁹²³ Erten, s. 238.

Hal böyleyken bu sefer de hükmün geniş yorumlanması sonucu, uzmanlığı gerektiren ve yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen tüm mesleklerin yukarıda yer verilen endişeleri doğurmayacak nitelikte olsa da bu madde kapsamında anlaşılması riski doğabilecektir.

Nitekim gemi inşa sözleşmesinde, tersaneci idare tarafından verilen işletme izni ile faaliyetini sürdürmekte olup, gemi inşa faaliyeti de uzmanlık gerektiren bir iş olmasına rağmen, tersanecilik faaliyetini sürdürenler bakımından fiili tekel durumu ortaya çıkması söz konusu değildir. Zira tersanecilik mesleğinden olanların, bu meslekten olmayanlara karşı sorumsuzluğunu şart etmesinin hakkaniyete aykırı olacağı ileri sürülemez. Çünkü tersanecinin ayıba bağlı zararlardan doğan sorumluluğunun kaldırılmasının nedeni, teslimden sonra garanti süresi içerisinde gemide meydana gelen ayıpları gidermeyi taahhüt ederek, olası tamir masraflarının riskini üzerine alan tersanecinin, bunun dışında kalan zararlar için sınırsız bir sorumluluk altına girmesinin önlenmesidir. Bu şekilde taraflar arasındaki menfaatler dengesi bizatihi sözleşme ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Diğer yandan tersane işletme izninin, toplumda güven yaratan avukatlık ya da doktorluk ruhsatı şeklinde verilen izinlerden de nitelik itibarıyla farklı olduğu açıktır. Tersanecilerin muhatabının çoğu zaman armatörler olduğu ve bu kişilerin tersaneci karşısında, sıradan kişiler gibi korunmaya muhtaç olmadığı izahtan varestedir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise, deniz emniyetinin sağlanmasında gemilerin usul ve fenne uygun şekilde inşa edilmelerinin gerekliliği dolayısıyla ortaya çıkmaktadır. Özellikle denize elverişliliği etkileyen gizli ayıplar dolayısıyla iş sahibi donatanın uğrayabileceği üçüncü kişi zararları açısından konu önem taşımaktadır. Geminin denize elverişliliğini etkileyen bir ayıp nedeniyle meydana gelen bir kazada, donatanın zayı olan yük nedeniyle yükle ilgililere ya da oluşan çevre kirliliği nedeniyle kamu kurumlarına karşı sorumluluğu üçüncü kişi zararlarına örnek teşkil edebilir. Deniz emniyetinin sağlanmasında günümüzde kabul edilen yüksek standartların, tersanecinin ayıba bağlı sorumluluğunun sınırlandırılmasına bir engel oluşturduğu düşünülebilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; denizcilik sektöründe tüm katılımcıların sorumluluklarını

sınırlandırabildikleri bir hukuki rejim yaratılmıştır⁹²⁴. Bu rejime göre donatan, denize elverişliliğin sağlanması konusunda devredilemez bir yükümlülük altında olup, bu yükümlülüğün ihlâlinden kaynaklanan zararlara ilişkin sorumluluğunu sınırlandırabilmektedir. Nitekim yük zararları açısından Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında Milletlerarası Konvansiyon⁹²⁵, petrol kirliliğinden doğan zararlar açısından Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme⁹²⁶ ve diğer zararlar açısından Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlandırılması Hakkında 1976 Tarihli Milletlerarası Sözleşme⁹²⁷ hükümleri donatanın sorumluluğunun sınırlandırılmasına cevaz vermektedir. Geminin işletilmesinden kâr elde edecek olan donatan açısından dâhi sınırsız bir sorumluluk kabul edilmezken; tersanecinin ayıba bağlı zararlardan sorumluluğunu sınırlandıran kayıtların geçersiz kabul edilerek sınırsız bir şekilde sorumlu tutulması adil olmayacağı gibi gemi inşa işinin ekonomik anlamda ifa edilemez bir faaliyet olmasına yol açabilir.

Anılan nedenlerle, Kanunun 115. maddesinin III. fıkrasında yer alan yasağın, gemi inşa sözleşmesinde tersaneci için uygulanamayacağı kabulü gerekir. Ancak karşı tarafı tacir olmayan veya küçük ve orta ölçekli işletme sahibi tacir olan gemi inşa sözleşmesi ilişkisinde sorumsuzluk kaydının genel işlem koşullarına ilişkin denetime tabi tutulması mümkün olabilir.

Bu açıklamalar doğrultusunda, tersanecinin ayıba bağlı zarardan sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan kaydın, sözleşmede açıkça belirtilmesi ve bunun taraflarca gerçekten istenmiş olması gerekir⁹²⁸. Bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediği ise, somut olayın özellikleri ile tarafların davranışları göz önünde tutularak dürüstlük

⁹²⁴ *Basedow/Wurmnest*, s. 55.

⁹²⁵ Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading. Türkiye bu Sözleşmeye 17.02.1955 tarihinden itibaren taraftır.

⁹²⁶ International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage, (CLC). Türkiye, 4507 sayılı Kanun ile bu Sözleşmeye taraf olmuştur. Bkz. 29.01.2000 tarihli ve 23948 sayılı RG.

⁹²⁷ International Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 (LLMC 1976). Türkiye, bu Sözleşmeye 8/495 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla taraf olmuştur. Bkz. 04.06.1980 tarihli ve 17007 sayılı RG.

⁹²⁸ Uygulamada çoğu kez sorumsuzluk şartı hakkında alacaklı ile borçlu arasında gerekli olan açıklık, yani anlaşma bulunmamakta veya bulunduğu şüpheli olmakta ve bu nedenle de tarafların iradelerinin uyuşup uyuşmadığı konusunda güçlüklerle karşılaşmaktadır. Bkz. *Erten*, s. 94.

kuralına göre incelenmeli⁹²⁹ ve şüphe halinde kanuni düzenlemelerden uzaklaşan hükümler dar yorumlanmalıdır⁹³⁰. Uygulamada sözleşmeye konulan kayıtlar genellikle, borçlunun hiç bir kusurundan sorumlu olmayacağı⁹³¹ ya da sorumluluktan kurtuluş kaydının hangi kusur derecesine ilişkin olduğu açıklanmaksızın kaleme alınmaktadır⁹³². Bu tür muğlak anlaşmalar, mutlak surette geçersiz sayılmayıp, hafif ihmalden sorumluluğu bertaraf etmek üzere hüküm ifade eder⁹³³. Ayrıca tersanecinin, kasdı ve ağır kusurundan sorumlu olmayacağını düzenleyen bir şartın batıl olması üzerine, tersanecinin Türk Borçlar Kanununun 27. maddesinin 2. fıkrasına⁹³⁴ dayanarak akdin tümünün butlanının ileri sürmesi, iyi niyet kuralına aykırılık teşkil edeceğinden sadece sorumluluğu daraltan kayıt hükümsüz sayılmalıdır⁹³⁵.

Sorumluluğun dolaylı ya da ayıba bağlı zararlar yönünden sınırlandırılmasını isteyen tersanecinin, ilgili sözleşme maddesini düzenlerken sorumlu olmak istemediği zararların kapsamını açık ve net bir şekilde belirtmesi gerekir. Zira tersanecinin sadece “doğrudan zarardan” sorumlu olacağını düzenleyen bir maddenin, mahkeme tarafından geniş bir şekilde yorumlanarak, doğrudan zararın, zarar verici olay ile uygun illiyet bağı içerisinde olan tüm dolaylı ve ayıba bağlı zararlardan da sorumluluğu kapsadığı sonucuna varılabilir⁹³⁶.

Tip sözleşmelerde yer alan sorumsuzluk kayıtları, tarafların ayıba bağlı zararlardan kaynaklanan sorumluluğu kaldırmayı amaçladığını açık bir şekilde ifade ettiğinden ve bu konuda şüpheye mahal bırakmadığından geçerli kabul edilmelidir. Ancak bu kayıtlarda, sorumsuzluk anlaşmasının hangi kusur derecesine ilişkin olduğu belirtilmediğinden, sadece tersanecinin hafif ihmeline ilişkin olarak anlam ifade ettiğine dikkat edilmelidir.

⁹²⁹ Uçar, s. 225.

⁹³⁰ Bühler, Art. 368, N. 248.

⁹³¹ Oğuzman/Öz, s. 360.

⁹³² Akman, s. 99.

⁹³³ Akman, s. 99 - 100; Oğuzman/Öz, s. 360; Erten, s. 213.

⁹³⁴ BK m. 20/2'yi karşılayan bu maddede, metninde yapılan arılaştırma dışında bir hüküm değişikliği yoktur.

⁹³⁵ Tandoğan (Mesuliyet Hukuku), s. 456; Oğuzman/Öz, s. 360; Brändli, N. 47.

⁹³⁶ Mimarın sorumluluğunu “doğrudan zarar” (direct damage) ile sınırlayan bir SIA maddesini yorumlayan Federal Mahkeme, maddenin, zarar verici olay ile zarar arasında uygun illiyet bağının olması gerektiği kuralının tekrarından ibaret olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Siegenthaler/Griffiths, s. 453; BGE 126 III 338.

D) AYIBIN İŞ SAHİBİNE İSNAT EDİLDİĞİ HALLERDE AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARIN SONA ERMESİ

1- Genel Olarak

Türk Borçlar Kanununun 476. maddesine göre, *eserin ayıplı olması yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa, iş sahibi eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz*⁹³⁷. Bu hüküm uyarınca, geminin ayıplı olmasına bizzat neden olan iş sahibi, artık ayıplı ifadan doğan haklara sahip değildir. Satım sözleşmesinde mevcut olmayan ve temelini dürüstlük kuralında bulan⁹³⁸ bu hüküm, iş sahibinin, eserin meydana gelmesinde aktif bir rol oynadığı düşüncesine dayanmaktadır; zira eser sözleşmesinde iş sahibi, kural olarak, plan ve projeleri temin eden, talimat veren ve bazen malzemeyi sağlayan taraftır⁹³⁹.

Tersanecinin gemideki ayıptan doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için, iş sahibinin bu ayıba bizzat sebebiyet vermesi yeterlidir⁹⁴⁰. İş sahibi tarafından tayin olunan mimar, mühendisler ve teknik yöneticiler tersaneciye karşı iş sahibinin yardımcı şahsı konumundadır ve bu kişilerin kusuru da Türk Borçlar Kanununun 116. maddesine kıyasen iş sahibine yükletilir⁹⁴¹. Diğer yandan, ayıbın oluşumunda hem iş sahibinin hem de tersanecinin tavrı rol oynamışsa artık bu madde uyarınca tersanecinin mutlak bir şekilde sorumsuzluğu söz konusu olmaz⁹⁴². Bu durumda,

⁹³⁷ BK m. 361'i karşılayan bu maddede, metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında, hüküm değişikliği yoktur. Bu madde, Kanunun 52. maddesinde (BK m. 44) düzenlenen hükmün özel bir düzenlemesidir. Bu maddenin TBK m. 52'den farkı, maddede belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde, hâkimin yüklenicinin sorumluluğunu kaldırma konusunda takdir yetkisinin bulunmayıp, yüklenicinin sorumluluğunu kaldırmak zorunda olmasıdır. Bkz. *Gautschi*, Art. 369, N. 2; *Bühler*, Art. 369, N. 4.

⁹³⁸ *Schlatter*, s. 66.

⁹³⁹ *Aral*, s. 356. Bu madde hükmünün temeli bozukluğun sebebinin, iş sahibinin sorumluluk çevresinde ortaya çıkan bir olgu olarak belirlendiği hallerde, sorumluluğun yükleniciye değil, iş sahibine yüklenmesi gerektiği düşüncesidir. Ancak yüklenicinin sözleşmenin uzman tarafı olması, sorumluluktan kurtulabilmesi için bozukluğun sebebine ilişkin muayene ve bildirim yükümünü yerine getirmiş olmasına bağlı tutulmasını gerektirmiştir. Bkz. *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 189.

⁹⁴⁰ *Gauch*, N. 1919.

⁹⁴¹ *Tandoğan* (C. II), s. 210; *Lenzlinger Gadiant*, s. 108; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 194; *Brändli*, N. 251.

⁹⁴² *Zindel/Pulver*, Art. 369, N. 26; *Koller* (Nachbesserung), N. 56; *Tandoğan* (C. II), s. 209; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 190; *Burcuoğlu*, s. 302; *Gümüş*, s. 116. Bu durumda, iş sahibinin ayıplı ifadan doğan hakları düşmez. Ancak iş sahibinin sözü geçen durumda bu haklarını sınırsız

Türk Borçlar Kanununun 52. maddesinin ilk fıkrası kıyasen uygulanarak, hem ayıp sonucu doğan zarara ilişkin tazminatta indirim yapılması⁹⁴³ hem de diğer seçimlik haklarda yüklenici lehine bazı düzenlemelere gidilmesi gerektiği⁹⁴⁴, öğretide savunulmaktadır.

Ayıbın iş sahibine yükletilebilmesi için onun mutlaka kusurlu olması ya da kanuni veya akdi bir yükümlülüğü ihlâl etmesi gerekmez; önemli olan, ayıbın kaynağını, iş sahibinin riziko alanına giren bir sebepten almasıdır⁹⁴⁵. Buna karşın tersanecinin iş sahibi veya onun görevlendirdiği kişilerce denetlenmesi halinde önlenebilecek ayıplar bu madde kapsamına girmez⁹⁴⁶.

Türk Borçlar Kanununun 476. maddesi ile özel ve genel iki sorumluluk hali öngörmüştür. Özel olan sorumsuzluk hali, “*yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın iş sahibinin verdiği talimat*” olarak ifade edilmiştir. Söz konusu talimatlar, iş sahibinin eser sözleşmesi kapsamında verdiği bağlayıcı nitelikteki talimatlarıdır; yani bağlayıcı nitelikte olmayan öneri ya da tavsiyeler bu madde kapsamında yer almaz⁹⁴⁷. İş sahibi tarafından verilen talimatlar, ifaya, inşa yöntemine, kullanılacak malzemeye, iş takvimine ya da alt yüklenici kullanılmasına ilişkin olabilir⁹⁴⁸. Genel sorumsuzluk hali ise “*herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa*”

şekilde kullanabileceğini kabul etmek tatmin edici bir çözüm değildir. *Bühler*, Art. 369, N. 58; *Şenocak*, s. 145; *Brändli*, N. 246.

⁹⁴³ *Gauch*, N. 2061; *Bühler*, Art. 369, N. 59; *Brändli*, N. 278; *Şenocak*, s. 145; *Uçar*, s. 237.

⁹⁴⁴ Bu takdirde, iş sahibi ücretten indirim yapılmasını istediği takdirde, ücretten eserdeki kıymet noksanı oranında indirilecek miktar münasip bir şekilde azaltılmaktadır. Ayıbın giderilmesinin istenmesi halinde ise iş sahibinin ayıbın giderilmesi masraflarına da katılması gerekmektedir. Sözleşmeden dönme halinde ise iş sahibinin ortak kusuru veya ona isnadı mümkün diğer bir hal sözleşmeden dönme hakkının kullanılmaması sonucuna yol açabilir. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunduğu durumlarda ise, ayıbın kısmen iş sahibinden kaynaklanması ücretin bir kısmının yüklenicide kalması sonucunu doğurur. Bkz. *Gauch*, N. 2062, 2065, 2066; *Bühler*, Art. 369, N. 60; *Koller* (Nachbesserung), N. 56; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s.172-173; *Tandoğan* (C. II), s. 209; *Şenocak*, s. 146; *Egli*, s. 96 - 97; *Brändli*, N. 280-282.

⁹⁴⁵ *Gauch*, N. 1924; *Bühler*, Art. 369, N. 16-17; *Egli*, s. 94; *Brändli*, N. 245; *Zindel/Pulver*, Art. 369, N. 3; *Tandoğan* (C. II), s. 208-209; *Öz*, s. 111; *Burcuoğlu*, s. 302; *Gümüş* (C. 2), s. 116; *Aral*, s. 358. Yargıtay bir kararında, dava konusu hasarın nedeni olan boru malzemelerinin armatör tarafından temin edildiği, pasivasyon uygulamasından gemi armatörünün vazgeçtiği, kaynak dikişlerinin kaynakçılarca ve prosedürüne uygun bir şekilde yapıldığı gerekçesiyle tersanecinin sorumlu bulunmadığına karar vermiştir. Bkz. Y. 11. HD. E. 2009/2170 K. 2011/279 T. 18.01.2011.

⁹⁴⁶ *Gauch*, N. 2057; *Koller* (Nachbesserung), N. 49; *Aral*, s. 358; *Gümüş* (C. 2), s. 117.

⁹⁴⁷ *Gauch*, N. 1929; *Zindel/Pulver*, Art. 369, N. 6; *Koller* (Nachbesserung), N. 53; *Brändli*, N. 258; *Tandoğan* (C. II), s. 210; *Aral*, s. 357; *Gümüş* (C. 2), s. 117; *Uçar*, s. 234.

⁹⁴⁸ *Gauch*, N. 1928; *Bühler*, Art. 369, N. 27; *Zindel/Pulver*, Art. 369, N. 7; *Brändli*, N. 258; *Aral*, s. 357; *Uçar*, s. 235.

şeklinde ifade edilmiştir. Bu nedenle, iş sahibine isnadı mümkün olan herhangi bir sebepten dolayı gemi ayıplı ifa edilirse, ayıba karşı tekeffülden doğan haklar kullanılamayacaktır. Ayıbın iş sahibinin verdiği malzemenin kötülüğünden kaynaklanması⁹⁴⁹, iş sahibinin hazırladığı veya mimar ve mühendisler hazırlattığı inşaa proje ve planlarda ve diğer teknik belgelerindeki bir yanlışlığın inşaatı bir bozukluğa yol açması, genel sorumsuzluk sebebine örnek gösterilebilir⁹⁵⁰.

Ayıbın iş sahibine isnat etmesi nedeniyle sorumluluktan kurtulmak isteyen tersaneci, söz konusu nedenler dolayısıyla geminin ayıplı olacağı yönünde, iş sahibini açık ve net bir şekilde uyarımalı⁹⁵¹. Zira tersaneci, sözleşmenin uzman tarafı olarak kendisine bildirilen talimatları, yapı tekniği kurallarına uygunluk açısından kontrol etmeli ve söz konusu talimatların, ayıba yol açabileceği düşüncesinde ise bu düşüncesini iş sahibine bildirmelidir⁹⁵². Tersaneci, aynı şekilde iş sahibi tarafından verilen malzemenin durumunu kontrol etmeli ve malzemenin ayıplı olduğunu öğrenir öğrenmez, iş sahibini uyarmalıdır⁹⁵³. İş sahibi bu uyarılara rağmen, talimatında veya malzemenin kullanılmasında ısrar eder, bu yüzden gemide bir bozukluk meydana gelirse, sonuçlarına katlanır ve ayıplı ifadan doğan haklarını kaybeder⁹⁵⁴.

Tersanecinin gerekli uyarıyı yaparken özel bir şekilde uyması gerekmediği kabul edilmekle birlikte⁹⁵⁵; sözleşme ile özel bir şekil şartının getirilmesi mümkündür⁹⁵⁶.

⁹⁴⁹ *Gauch*, N. 1979; *Bühler*, Art. 369, N. 34; *Aral*, s. 357; *Şenocak*, s. 142; *Burcuoğlu*, s. 302 *Gümüş* (C. 2), s. 119.

⁹⁵⁰ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 191.

⁹⁵¹ Plan ve projeler hakkında ise mimar ve mühendislik mesleğinin gerektirdiği bilgi ve kurallar açısından üst düzeyde bir denetime tutması yükleniciden beklenemez. Ancak plan ve projede göze batacak açık ayıp tekniği kurallarına aykırılık varsa veya plan ve projedeki özellikle detay projelerindeki yanlışlığı yüklenicinin özel bilgisi dolayısıyla anlaması gerekli ise, bildirim yükümünün varlığı kabul edilebilecektir. *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 192.

⁹⁵² *Gauch*, N. 1941; *Bühler*, Art. 369, N. 41; *Tandoğan* (C. II), s. 211; *Tunçomağ* (C. II), s. 1035; *Burcuoğlu*, s. 301-302; *Şenocak*, s. 140; *Brändli*, N. 261, 272; *Egli*, s. 95; *Uçar*, s. 240. Doktrinde bir görüş, yüklenicinin sadece zararlı sonuçlar hakkında bildirimde bulunmasının yeterli olmadığını, ayrıca bunun sorumluluğunun kendisine ait olmayacağını da bildirmek zorunda olduğu savunmaktadır. Bkz. *Zindel/Pulver*, Art. 369, N. 8; *Aral*, s. 358; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 192; *Schlatter*, s. 66. Ayrıca bkz. BGE 95 II 50.

⁹⁵³ *Gauch*, N. 1986; *Zindel/Pulver*, Art. 369, N. 22; *Brändli*, N. 269; *Tandoğan* (C. II), s. 214; *Aral*, s. 358; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 191; *Schlatter*, s. 67; *Şenocak*, s. 142; *Burcuoğlu*, s. 302; *Uçar*, s. 245.

⁹⁵⁴ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 191.

⁹⁵⁵ *Tandoğan* (C. II), s. 211; *Brändli*, N. 275; *Burcuoğlu*, s. 301.

⁹⁵⁶ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 194; *Brändli*, N. 275.

Her durumda bu uyarının açık, anlaşılır bir şekilde yapılması ve tersaneciyi bu tür bir kanaate sevk eden nedenleri içermesi lazım gelir⁹⁵⁷. İş sahibini uyarın tersaneci, iyi niyet kurallarına göre belirli bir süre, uyarının iş sahibinde doğuracağı tepkiyi beklemelidir⁹⁵⁸. Bununla birlikte tersaneci, süresiz olarak iş sahibinin yeni talimat vermesini beklemek mecburiyetinde değildir. İş sahibinin yapılan uyarıya makul bir süre içerisinde cevap vermemesi, işin verdiği talimat doğrultusunda devamında ısrar ettiği anlamına gelir⁹⁵⁹.

İş sahibi, danışmanları aracılığıyla verdiği talimatlar bakımından uzman olarak kabul edilebiliyor ise, yüklenicinin işsahibini uyarmasa dâhi sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir⁹⁶⁰. Bu tür bir nedene dayanarak sorumluluktan kurtulmak isteyen tersanecinin, talimatın hatalı olduğunu bilmemesi veya bilmek zorunda olmaması gerekir⁹⁶¹. Tersanecinin söz konusu talimatın hatalı olduğunu biliyor kabul edilmesi için, kendi bilgi ve tecrübesine göre, onda bu talimat yerine getirildiği takdirde, gemide ayıp meydana geleceği hususunda bir şüphe uyanması yeterlidir⁹⁶². Talimatın yanlışlığının göze çarpıcı nitelikte olduğu veya onun, talimatın doğruluğunu kontrol yükümlülüğü bulunup da bunu yerine getirseydi yanlışlığı anlayabilecek durumda bulunacağı hallerde yanlışlığı bilmesi gerektiği kabul edilir⁹⁶³. Bir alt yüklenici ya da diğer yardımcı kişilerin bilgisi de, bu kişiler söz konusu talimatı yerine getirmek ya da bu talimatı tetkik etmekle yükümlü oldukları sürece, Borçlar Kanununun 116. maddesinin kıyasen uygulanması sonucu tersaneciye aittir⁹⁶⁴.

2- Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi

Ayıbın iş sahibine isnat edilebildiği hallerde, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılamayacağını düzenleyen genel bir hüküm tip sözleşmelerde

⁹⁵⁷ *Gauch*, N. 1940, 1946; *Bühler*, Art. 369, N. 42; *Zindel/Pulver*, Art. 369, N. 9; *Brändli*, N. 272; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 194; *Uçar*, s. 239.

⁹⁵⁸ *Gauch*, N. 1949; *Tandoğan* (C. II), s. 213.

⁹⁵⁹ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 107, 196; *Uçar*, s. 241.

⁹⁶⁰ *Gauch*, N. 1956; *Bühler*, Art. 369, N. 48; *Zindel/Pulver*, Art. 369, N. 14; *Schlatter*, s. 66-67; *Egli*, s. 95; *Brändli*, N. 264; *Aral*, s. 358; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 192; *Şenocak*, s. 139.

⁹⁶¹ *Gauch*, N. 1963; *Bühler*, Art. 369, N. 50; *Zindel/Pulver*, Art. 369, N. 15; *Egli*, s. 95; *Brändli*, N. 268; *Tandoğan* (C. II), s. 213; *Aral*, s. 358; *Şenocak*, s. 139.

⁹⁶² *Gauch*, N. 1966; *Bühler*, Art. 369, N. 51; *Tandoğan* (C. II), s. 214.

⁹⁶³ *Bühler*, Art. 369, N. 52; *Tandoğan* (C. II), s. 214.

⁹⁶⁴ *Gauch*, N. 1966; *Bühler*, Art. 369, N. 51; *Şenocak*, s. 140.

bulunmamaktadır. Ancak sözleşmede açıkça düzenlenmese de, gemideki ayıp iş sahibinden kaynaklanıyorsa bundan tersanecinin sorumlu olmasını beklemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, tip sözleşmeler açısından iş sahibini uyarı yükümlülüğünü yerine getirmesi koşuluyla, tersanecinin iş sahibine yükletilebilir ayıplardan sorumlu olmayacağını kabul etmek gerekir.

Bununla birlikte bazı tip sözleşmelerde, plan ve çizimlerde iş sahibi tarafından yapılan değişiklikleri tersanecinin uygulamak zorunda olmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Örneğin NEWBUILDCON'a göre, *tersaneci, iş sahibi tarafından gönderilen yorum, değişiklik ve şartları dikkate alır; bu yorum, değişiklik ve şartların, iş tadil ve değişikliği oluşturmaması halinde ise inşaat, Plan ve Çizimlerde yapılan bu tadil ve değişiklikler ile başlar veya devam eder*⁹⁶⁵.

Buna göre tersaneci, iş sahibi tarafından plan ve çizimlerde yapılan değişiklik, öneri ve düzeltmeleri, bu değişikliklerin iş değişikliği oluşturmaması koşuluyla uygulamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe yer veren tip sözleşmelerde, plan ve çizimlerle ilgili yorum, değişiklik ve şartlardan ayıba yol açabilecek nitelikte olanların iş sahibine bildirilmesi gerektiği yönünde düzenlemelere ise yer verilmemiştir. Oysa tersanecinin iş değişikliği arz etmeyen bu değişiklik taleplerini sırf sözleşmeden kaynaklanan sebeplerle uygulamakla yükümlü olması, onun dürüstlük kuralından kaynaklanan ihbar yükümlülüğünü kaldırmamalıdır. Tip sözleşmelerdeki bu hükümlerin, Kanunun 476. maddesi ile beraber yorumlanması şarttır. Bu nedenle, plan ve çizimlerde, iş değişikliği arz etmeyen vefakat ayıba yol açabilecek nitelikte olan yorum ve değişiklikler yapılmışsa, tersanecinin iş sahibini uyarması icap eder.

NEWBUILDCON'a göre: *“Tersaneci, haklı gerekçelere dayanmak koşuluyla, Kurulum için uygunsuz olan ya da elverişli konumda bulunmayan ya da Klas Kuruluşu veya diğer İdari Otoritelerin kurallarına uymayan Alıcı Malzemelerinin bir*

⁹⁶⁵ NEWBUILDCON Art. 20 (c); AWES Art. 2 (b) p. 2; NSF Art. V-1 (c).

*kısmını ya da tümünü reddedebilir*⁹⁶⁶ ve tersaneci “*Alıcı Malzemelerinin kalite, verimlilik ve/veya performansına ilişkin olarak sorumlu tutulamaz*”⁹⁶⁷.

Tersanecinin, iş sahibi tarafından tedarik edilen malzemeye ilişkin olarak sorumluluğunu kaldıran bu hüküm, Türk Borçlar Kanununun 476. maddesine paralel bir düzenlemedir. Fakat bu maddede tersanecinin, ilgili malzemenin kullanılması nedeniyle geminin ayıplı olacağını, iş sahibine bildirmesi gerektiği şeklinde bir yükümlülüğe yer verilmemiştir.

Tip sözleşmelere göre, tersaneci iş sahibi tarafından sağlanan ayıplı malzemeyi reddetme hakkına sahiptir. Ancak bu tür bir hak, tersanecinin malzemeyi, yapı tekniği kuralları ve kalite açısından kontrol etme ve bunlarda herhangi bir ayıp tespit ederse iş sahibini uyarma yükümlülüğünden farklılık arz eder⁹⁶⁸. Tersaneciye belirli ölçüde esneklik tanıyan bu hakkın, genel hükümler ile tamamlanması gerekmektedir. Yani tersaneci, dürüstlük kuralına uygun olarak iş sahibi tarafından sağlanan malzemeyi kontrol etmeli ve ayıplı ifaya yol açabilecek durumda olduğunu düşündüğü malzemeyi iş sahibine bildirmelidir. Bu yükümlülük, tersanecinin iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin kalite ve performansından sorumlu olmayacağı açıkça düzenlenmiş olsa dâhi geçerlidir.

E) KABUL HALİNDE AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLARIN SONA ERMESİ

1- Genel Olarak

Türk Borçlar Kanununun 477. maddesinin I. fıkrasına göre, *eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur*. Bu madde uyarınca, geminin iş sahibi tarafından, kabul edilmiş olması, ayıp, tersaneciye

⁹⁶⁶ NEWBUILDCON Art. 21 (a) (iii); SAJ Art. XVII-1 (c), n. 17-19; NSF Art. XVI-1 (c).

⁹⁶⁷ NEWBUILDCON Art. 21 (b) (i); SAJ Art. XVII-2, n. 12-13; NSF Art. XVI-2.

⁹⁶⁸ Zira Borçlar Kanununa göre gerekli uyarının yapılmasına rağmen malzemenin kullanılmasında ısrar edilirse, yüklenici malzemeyi kullanmak zorundadır.

yükletilebilir olsa bile, iş sahibinin ayıp hükümlerine başvurma olanağını kaldırmaktadır⁹⁶⁹.

Kabul (*Genehmigung, Acceptance*), iş sahibinin teslim edilen geminin sözleşmeye uygun olarak noksansız yerine getirildiğini ve ayıp iddiasında bulunulmayacağını belirten bir irade beyanıdır⁹⁷⁰. Kabul beyanı, açık veya üstü kapalı olarak açıklanabilir (*tatsächliche Genehmigung*)⁹⁷¹. Ayrıca Türk Borçlar Kanununun 477. maddesinin 2. fıkasına göre, iş sahibi kanunen öngörülen muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmese, eseri zımnen kabul ettiği varsayılır (*fingierte Genehmigung*)⁹⁷².

Geminin kabulü ile doğmuş olan hukukî sonuç kesindir; yani iş sahibinin ayıptan doğan haklarının ihyası söz konusu olamaz⁹⁷³. Geminin kabul edilmesi, usulüne uygun muayenede görülemeyen veya tersanecinin kasten sakladığı gizli ayıplar dışında, tersaneciyi gemideki ayıplardan dolayı sorumluluktan kurtarmakta, iş sahibinin de seçimlik haklarının ve bu arada ayıp sonucu uğradığı zararlarının tazminini talep edebilme haklarının kaybına sebep olmaktadır⁹⁷⁴.

Ayrıca, iş sahibi tek taraflı olarak kabulden dönemez⁹⁷⁵; fakat kabulün ihtirazi kayıtle beyan edilmesi mümkündür⁹⁷⁶. Uygulamada çoğu zaman iş sahibi, belirttiği düzeltmelerin yapılması kaydıyla inşaatı kabul ettiğini beyan eder. Bu düzeltmeler

⁹⁶⁹ Aral, s. 359; Burcuoğlu, s. 303. Bu tür bir düzenlemenin altında yatan temel düşünce, eser ayıplı olsa da ihtilaf çıkarmak istemeyen iş sahibinin hukuki huzuru sağlamaya yönelik muvafakat iradesine hukuki sonuç bağlanmasıdır. Bkz. Gautschi, Art. 370, N. 1.

⁹⁷⁰ Gauch, N. 2070; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 199; Brändli, N. 300 Böhler, Art. 370, N. 9; Zindel/Pulver, Art. 370, N. 1; Tandoğan (C. II), s. 217; Gümüş (C. 2), s. 115; Öz, s. 119; Burcuoğlu, s. 303.

⁹⁷¹ Gauch, N. 2082; Böhler, Art. 370, N. 12; Egli, s. 97; Brändli, N. 300; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 201. Hatta istisnaen iş sahibinin bazı davranışlarına yüklenici eseri kabul anlamı vermişse ve somut olayda onun bu güveni korunmaya layık görünüyorsa, dürüstlük kuralı uyarınca artık ayıptan doğan haklarını kullanmayacağı söylenebilir. Uçar, s. 255.

⁹⁷² Egli, s. 97; Brändli, N. 316; Böhler, Art. 370, N. 26; Tandoğan (C. II), s. 218.

⁹⁷³ Gauch, N. 2071; Zindel/Pulver, Art. 370, N. 2; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 199.

⁹⁷⁴ Tandoğan (C. II), s. 217; Uçar (Teslim), s. 521.

⁹⁷⁵ Tandoğan (C. II), s. 217; Burcuoğlu, s. 303; Böhler, Art. 370, N. 13; Klauser, s. 66; Seliçi (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 198-199; Uçar (Teslim), s. 521.

⁹⁷⁶ Böhler, Art. 370, N. 13; Schlatter, s. 68; Klauser, s. 66; Brändli, N. 313; Tandoğan (C. II), s. 218.

yapılmadığı takdirde şart yerine getirilmiş olmayacağından inşaat kabul edilmiş sayılmaz⁹⁷⁷.

Bilindiği üzere henüz ortaya çıkmayan gizli ayıpların kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak iş sahibi, geminin tesliminden sonra ortaya çıkan gizli ayıpları öğrenir öğrenmez tersaneciye bildirmemezse, gemiyi o haliyle kabul etmiş sayılır ve ayıptan doğan haklarını kaybeder⁹⁷⁸. İş sahibinin kabulü, tersanecinin gemide kötü niyetle (*absichtlich*) sakladığı ayıplar⁹⁷⁹ ve ikincil ayıplardan doğan sorumluluğunu kaldırmaz⁹⁸⁰. Tersaneci, muayene sırasında ortaya çıkan ya da öncesinde haberdar olduğu tüm ayıpları iş sahibine bildirmelidir⁹⁸¹. Aksi takdirde dürüstlük kuralına aykırı hareket eden tersaneci, hile ile susmuş kabul edilir⁹⁸². Bilgisi dahilinde olan ayıpları bildirmeyen tersaneci, iş sahibinin ihbar külfetini yerine getirmediğinden bahisle, gemiyi kabul etmiş sayılacağı kuralından faydalanamaz⁹⁸³.

2- Tip Sözleşmelerde Konunun Düzenlenişi

Gemi inşa uygulamasında, iş sahibinin gemiyi kabul beyanı, deneme yüzüşlerine ilişkin sonuçların kendisine bildirilmesinden sonra gerçekleşmektedir. Sonuçları alan iş sahibi, belirli bir süre içerisinde (genellikle iki ya da dört gün arasında) bir değerlendirmede bulunur ve bu sonuçları sınıflama kuruluşu ve diğer düzenleyici makamlar ile istişare ettikten sonra gemiyi kabul ya da reddettiğine ilişkin kararını tersaneciye bildirir. Bu nedenle gemi inşa sözleşmesinde iş sahibi, kural olarak açık

⁹⁷⁷ *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 199. *Öz*'e göre, iş sahibinin "ayıbın onarılması" koşuluyla eseri kabul ettiğini belirtmesi gerçek anlamda bir şartlı kabul değildir. Burada eserin kabul edilmeyip doğrudan doğruya TBK m. 475'deki seçimlik haklar arasında sayılan "ayıbın giderilmesi" hakkı kullanılmış sayılmalıdır. Bkz. *Öz*, s. 121.

⁹⁷⁸ *Gauch*, N. 2185; *Klauser*, s. 67; *Bühler*, Art. 370, N. 46; *Tandoğan* (C. II), s. 220.

⁹⁷⁹ *Gauch*, N. 2090-2095; *Brändli*, N. 315; *Trümpy*, D.: "Abnahme und Genehmigung von Bauwerken, Das Private Baurecht der Schweiz", Beiträge für die Praxis, Zürich 1994 (s. 103-118), s. 109; *Burcuoğlu*, s. 304; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 198; Yüklenicinin kötüniyetli olması, susarak iş sahibinin ayıbı öğrenmesine engel olmayı istemesi halinde mevcuttur. Dolayısıyla yüklenicinin iş sahibini ayıp konusunda bilgilendirmeyi unuttuğu ya da iş sahibinin ayıp hakkında zaten bilgisi olduğunu düşündüğü hallerde bilinçli olduğu kabul edilemez. Bkz. *Schlatter*, s. 69; *Brändli*, N. 365. Bununla birlikte yüklenici, kasden susma ile yetinmeyip iş sahibini ayıbın varlığı üzerinde yanıtacak bazı önlemler almışsa, bu takdirde sadece ayıbı ihbar süresi değil, fakat Borçlar Kanununun 363. maddesindeki yılanma süresi de uzar. Bkz. *Tunçomağ* (C. II), s. 1028.

⁹⁸⁰ *Gauch*, N. 2161, 2162; *Uçar*, s. 257.

⁹⁸¹ *Gauch*, N. 2471.

⁹⁸² *Gauch*, N. 2093, 2471.

⁹⁸³ *Bühler*, Art. 370, N. 40; *Brändli*, N. 364.

bir irade beyanıyla gemiyi kabul edip etmediğini tersaneciye bildirmektedir. SAJ’da, ihbar için belirlenen süre içerisinde tersaneciye herhangi bir bildirimde bulunulmazsa bunun, iş sahibinin gemiyi kabul ettiği anlamına geldiği düzenlenmiştir⁹⁸⁴. İş sahibinin zımnen kabulünü düzenleyen benzer bir hükme AWES, NEWBUILDCON ve NSF’de yer verilmemiştir. Ayrıca SAJ’a göre, “*Geminin sözleşmeye ve şartnameye uygun olduğuna ilişkin olarak verilen kabul nihai ve bağlayıcı nitelik taşır*”⁹⁸⁵.

Bu düzenleme tip sözleşmelerde düzenlenen kabul beyanının, Türk Borçlar Kanununun 477. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen kabul beyanı ile aynı hüküm ve sonuçları haiz olduğunu göstermektedir. Bir başka deyişle, gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibinin kabulü ile tersanecinin açık ayıplar için sorumluluğu sona ermektedir⁹⁸⁶. İş sahibinin gemiyi kabul ettiği yönünde beyanı üzerine, geminin inşa aşaması sona ermekte ve iş sahibi, geminin resmi olarak teslim edildiği andan itibaren gemiyi teslim almakla yükümlü olmaktadır.

F) ZAMANAŞIMI

1- Genel Olarak

Eser sözleşmesinde, ayba karşı tekeffül nedeniyle, iş sahibine tanınan hakların tâbi olduğu zaman aşımı süreleri Türk Borçlar Kanununun 478. maddesinde⁹⁸⁷ düzenlenmiştir. Sözleşmede, geminin ayıplı olması nedeniyle iş sahibinin sahip olacağı haklara ilişkin olarak, Türk Borçlar Kanununda yer alan hükümlerden farklı bir düzenleme tesis edilirse, örneğin ayıbın giderilmesini isteme hakkına öncelik

⁹⁸⁴ SAJ Art. VI-4 (a); *Curtis*, s. 95.

⁹⁸⁵ SAJ Art. VI. 5; AWES Art. 4 (e); NSF Art. VII, n. 45. NEWBUILDCON’da benzer bir düzenleme yer almamaktadır.

⁹⁸⁶ *China Shipbuilding Corporation v. Nippon Yusen Kabukishi Kaisha and another* (2000) davasında Yüksek Mahkeme, bu tür bir ifadenin sınırlı bir anlam taşıdığını ve alıcının deneme yüzüşlerinden sonra gemiyi kabulünün, teslim için sunulan gemiyi reddetmesini engellemek için kararlaştırıldığını belirtmiştir. Mahkemeye göre bu tür kayıtlar alıcının daha evvel tersaneciye bildirilmiş olan ya da gizli olan ayıpları ileri sürme hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Benzer şekilde *Cenargo Ltd. V. Empresa Nacional Bazan de Construcciones Navales Militares S.A* (2001) davasında da temyiz mahkemesi, geminin kabulünün, alıcının, tersanecinin geminin performansına ilişkin vermiş olduğu garantiler dolayısıyla cezai şart talep etme hakkını ortadan kalkmadığına karar vermiştir.

⁹⁸⁷ BK m. 363’e denk gelen bu maddede, kapsamlı değişiklik yapılmıştır.

tanınır ya da ayıplı ifa halinde cezai şart ödenmesi kararlaştırılırsa, iş sahibinin sahip olduğu haklar, zamanaşımı yönünden yine bu madde hükmüne tâbi olur⁹⁸⁸.

Ayıplı ifadan doğan haklar için öngörülen zamanaşımı süresi, aynı zamanda ayıpların ihbar edilebileceği sürenin üst sınırını teşkil eden⁹⁸⁹, bir anlamda “hak düşürücü” (*Verwirkung*) niteliğe sahip, mutlak ihbar süresini oluşturur⁹⁹⁰. Yani bu süre içerisinde ayıpların ihbar edilmemesi, ayıplı ifadan doğan hakların kesin olarak ortadan kalkmasına yol açar. Gemideki gizli ayıbın ilk olarak zamanaşımı süresi dolduktan sonra ortaya çıkması da durumu değiştirmez⁹⁹¹.

Türk Borçlar Kanununun 478. maddesi, zamanaşımının başlangıcı ve süresine ilişkin olarak, Kanunun 146. maddesi ve devamında yer alan genel zamanaşımı kuralları karşısında özel bir hüküm niteliği taşımaktadır. Bununla beraber, söz konusu hüküm, ihtiva ettiği boşluklar açısından, özellikle zamanaşımın kesilmesi ve durmasına ilişkin genel kurallarla doldurulmaya muhtaçtır⁹⁹².

2- Süresi ve Başlangıç Anı

Türk Borçlar Kanununun 478. maddesine göre, *yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar*. Sözleşme konusunun taşınır bir mal olması nedeniyle, gemi inşa sözleşmesinde zamanaşımı süresi, teslimden itibaren iki yıldır. Ancak ayıp, tersanecinin ağır kusuru nedeniyle ortaya çıkmışsa zamanaşımı süresi yirmi yıldır.

Zamanaşımı, kural olarak teslimden itibaren işlemeye başlar⁹⁹³. Nitekim eser sözleşmesinde eserin ayıplı olup olmadığı, ancak söz konusu eser teslim edildikten

⁹⁸⁸ *Gauch*, N. 2210; *Şenocak*, s. 226.

⁹⁸⁹ *Şenocak*, s. 229.

⁹⁹⁰ *Gümüş* (C. 2), s. 147; *Bühler*, Art. 371, N. 9.

⁹⁹¹ *Bühler*, Art. 371, N. 29.

⁹⁹² *Bühler*, Art. 371, N. 18; *Şenocak*, s. 225.

⁹⁹³ *Gauch*, N. 2253; *Bühler*, Art. 371, N. 29; *Zindel/Pulver*, Art. 371, N. 12; *Klauser*, s. 70; *Tandoğan* (C. II), s. 226; *Tunçomağ* (C. II), s. 1038. İş sahibi, yapılan şeyi teslim almakta ihmal gösterir veya teslim almama konusunda direnirse, yüklenici, TBK m. 1071'e (BK m. 91) uygun olarak tevdi ilişkin haklarını kullanır ve bunun sonucu olarak tevdi edilecek yerin veya teslimi alacak yediadlin belli edilmesini hakimden ister; hasar ve masraflar iş sahibine ait olmak üzere bu tevdi işini yerine

sonra, iş sahibi tarafından yapılacak muayene neticesinde anlaşılabilir. Bu kuralın gemi inşa sözleşmesine uygulanması, muayenenin (deneme yüzüğü) teslimden önce yapılması nedeniyle, gemi inşa sözleşmesinin mahiyetine pek uygun düşmemektedir. Nitekim deneme yüzüğü sonucunda anlaşılan ayıplar, tersaneci tarafından deneme yüzüğü sonuçlarına ilişkin raporla birlikte iş sahibine bildirilmekte ve iş sahibi de kendisine bildirilen bu ayıplar karşısında ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilme imkânına teslimden önce kavuşmaktadır. Dolayısıyla gemi inşa sözleşmesinde, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı süresinin, teslim ile değil deneme yüzüğü sonuçlarının iş sahibine bildirilmesi ile başlayacağını kabul etmek gerekir⁹⁹⁴. Nitekim zamanaşımının başlangıç anının kanunun öngördüğünden farklı şekilde tespiti mümkündür⁹⁹⁵. Ancak genel kuraldan uzaklaşan bu görüş dar yorumlanmalı ve sadece teslimden önce ortaya çıkan ayıplar için geçerli kabul edilmelidir. Bir başka deyişle, deneme yüzüğü sırasında anlaşılamayan gizli ayıplara dair zamanaşımı süresi, genel kurala uygun olarak, geminin iş sahibine tesliminden sonra başlar.

3- Zamanaşımı Süresinin Sözleşme ile Değiştirilmesi

Eser sözleşmesindeki zamanaşımı sürelerine ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin emredici nitelik taşıması, tarafların sözleşme ile aksi yönde anlaşma yapmasını mümkün kılmaktadır⁹⁹⁶. Bu kapsamda zamanaşımı süresi kısaltılabilir ya

getirmekle borcundan kurtulur. İmal olunan eser ticari eşya ise hâkimin kararı olmaksızın ardiyeye teslim edebilir. Bütün bu hallerde tevdiin yerine getirildiği tarih zamanaşımına başlangıç sayılır. Bkz. *Ayan, A.*: “İstisna Akdinde Zamanaşımı”, *Adalet Dergisi*, Yıl 78, Mayıs-Haziran, F. 5, 1987, s. 69; *Akbulut*, s. 16.

⁹⁹⁴ İsviçre uygulamasında teslim benzer bir eylem bulunmaması durumunda (onarım işinin üstlenilmesi gibi) zamanaşımının ancak gider hesabının bildirilmesi ile başlayacağı görüşü savunulmuştur. Bkz. *Yavuz/Acar/Özen*, s. 438.

⁹⁹⁵ *Şenocak*, s. 241.

⁹⁹⁶ *Koller*, N. 455; *Tandoğan (C. II)*, s. 226; *Şenocak*, s. 24. Ayrıca Borçlar Kanununun 127. maddesinin aksi ile yorumundan, Kanun'un 3. Babının (113 ila 140) dışında olan zamanaşımı sürelerinin değiştirilebileceği anlaşılmaktadır. Bkz. *Ayan, A.*: “İstisna Akdinde Zamanaşımı”, *Adalet Dergisi*, Yıl 78, Temmuz-Ağustos, S. 4, s. 17. 818 sayılı Borçlar Kanununun 363. maddesinde taşınır eserlere ilişkin özel bir zamanaşımı süresi getirilmemiştir. Bu konuda satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül halinde alıcının sahip olduğu hakların bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu düzenleyen BK m. 207'ye atıfta bulunulmaktaydı. Bu atfın 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun neticesi 25. maddesinin 4. bendini de kapsadığı kabul edilmekteydi. Bkz. *Tandoğan, C. II*, s. 222; *Ayan, A.*: “İstisna Akdinde Zamanaşımı”, *Adalet Dergisi*, Yıl 78, Mayıs-Haziran, F. 5, s. 70. Buna bağlı olarak tarafların tacir olduğu ticari nitelikteki eser sözleşmeleri için, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun 6. maddesi uyarınca, eserin ayıplı olması dolayısıyla açılacak davalardaki altı aylık zamanaşımı süresinin kısaltılamayacağı kabul edilmekteydi. Ancak

da daha uzun bir zamanaşımı süresi belirlenebilir. Tarafların belirleyebileceği daha uzun bir zamanaşımı süresinin üst sınırını genel zamanaşımı süresi oluşturur⁹⁹⁷. Ayrıca kasden saklanan veya tersanecinin ağır ihmalden ileri gelen ayıplara dair zamanaşımı süresini kısaltan şartlar geçerli olmaz; Kanunun 115. maddesinin ilk fıkrası, zamanaşımı süresinin kısaltılması şeklindeki sorumluluktan kurtulma şartlarına da uygulanır⁹⁹⁸. Gemi inşa sözleşmesinde kanuni zamanaşımı süresi, genellikle garanti süresi kararlaştırılmak suretiyle değiştirilmektedir.

IX. TERSANECİNİN GARANTİ BORCU

A) GENEL OLARAK

Eser sözleşmesi uygulamasında yüklenici, bazen imal edilen eserdeki malzeme, imalat ve işçilikten kaynaklanan ayıpları kapsayan garanti taahhütlerinde bulunmaktadır⁹⁹⁹. Bağımlı garanti¹⁰⁰⁰ (*unselbständigen Garantiversprechens*) niteliği taşıyan bu tür taahhütlerle, yüklenicinin ayıplı ifadan doğan sorumluluğu, kanuni

zamanaşımı konusunda hem Borçlar Kanununun 363. maddesinde hem de Ticaret Kanununun 25. maddesinde öngörülen esaslar önemli değişikliğe uğramıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesinde ayıplı ifa halinde zamanaşımını düzenleyen 478. Maddesinde, satım sözleşmesine yapılan atıftan vazgeçildiği için, artık satım sözleşmesi marifetiyle ticari satışlara ilişkin kısa zamanaşımı süresi ve bu sürenin kısaltılamayacağına ilişkin hüküm uygulanmayacaktır. Diğer yandan Türk Ticaret Kanununda ticari satışlar için öngörülen kısa zamanaşımı uygulamasından vazgeçilmiştir. Artık adi satışlar ile ticari satışlar açısından bu yönde bir fark kalmamıştır. Binnetice 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu uyarınca tarafları tacir de olsa gemi inşa sözleşmesinde ayıplı ifa dolayısıyla açılacak dava zamanaşımı süreleri taraflarca kanunun öngördüğünden farklı bir şekilde belirlenebilir.

⁹⁹⁷ *Klauser*, s. 72; *Tandoğan*, H.: “İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zaman Aşımı”, *BATİDER*, C. 11, S. 3 Yıl 1982, s. 5; *Şenocak*, s. 241; *Ayan* (Zamanaşımı II), s. 17. Kanunun 478. maddesinde, yüklenicinin ağır kusurundan ileri gelen ayıplar için yirmi yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüş olduğundan; tarafların bu tür ayıplara dair belirleyeceği zamanaşımı süresinin üst sınırı, genel zamanaşımı değil, 478. maddede düzenlenen yirmi yıl olacaktır.

⁹⁹⁸ *Tandoğan* (Zamanaşımı), s. 5, 6.

⁹⁹⁹ *Selimoğlu*, s. 135.

¹⁰⁰⁰ Bağımsız garantide (*selbständigem Garantieverprechen*) ise mevcut ayıba karşı tekeffül hükümlerinde bir değişiklik yapılmamakta, sözleşmenin yanında bağımsız bir garanti sözleşmesi kurulmaktadır. Burada garanti taahhüdü, sözleşme konusu malın bilinen özelliklerine ilişkin değil, bir ekonomik neticenin gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi yönündedir. *Witschi*, H.: *Garantieklauseln und Garantiefrieten in Kauf- und Werkvertrag nach Schweizerischem Recht*, Bern 1950, s. 14; *Arbek*, s. 143. Geniş anlamda bağımsız garanti sözleşmesi ile garanti veren, muhataba doğup doğmayacağı belirsiz olan, doğması istenen veya arzulanmayan ve muhatap açısından malvarlıksal bir değeri olan bir olayın meydana gelmesini veya gelmemesini derhal hüküm doğuracak şekilde bağımsız olarak taahhüt eder. Bkz. *Develioğlu*, H. M.: *Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul 2009, s. 34.

ayıba karşı tekeffül hükümleri değiştirilmek ve çoğu zaman ağırlaştırılmak suretiyle düzenlenmektedir¹⁰⁰¹.

Garanti taahhüdü uygulamada ya yazılı ya da sözlü olarak kararlaştırılmakta ve çeşitli formlarda ortaya çıkmaktadır¹⁰⁰². Örneğin garanti borcu kapsamında, sözleşme konusu malın iyi bir şekilde çalışması gibi bir sonuç taahhüt edilebilir. Bu durumda garanti veren, malın iyi bir şekilde çalışmasını engelleyen tüm ayıplardan sorumludur¹⁰⁰³. Ayrıca garanti yükümlülüğü kapsamında, malzeme ve işçilikteki hatalardan kaynaklanan zararların ya da herhangi bir zarar ortaya çıkmasa da sadece malzeme ve işçilikteki hataların dâhi üstlenilmesi mümkündür¹⁰⁰⁴. Garanti borcu ile, kanuni ayıba karşı tekeffül hükümlerinin koşullarında, ayıbın doğduğu an bakımından farklılık yaratılmaktadır. Ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabilmesi için, hasarın intikali yani teslim anında ayıbın mevcut olması şartı aranırken; garanti borcunda süreye ilişkin böyle bir sınırlama bulunmaz. Garanti veren, teslimden sonra oluşabilecek ayıplardan dâhi sorumludur¹⁰⁰⁵.

Garanti borcunun hukukî sonucu, garanti süresi içerisinde ortaya çıkan ayıpların garanti veren tarafından masrafsız olarak giderilmesidir¹⁰⁰⁶. Ayıbın giderilmesi hem ayıbın tamir edilmesini, hem de ayıplı malzemenin ayıpsız olanları ile değiştirilmesini gerektirir. Ayrıca ayıbın büyüyerek yol açtığı diğer zararların da giderilmesi gerekir¹⁰⁰⁷. Görüldüğü üzere garanti taahhüdünün ana amacı, garanti taahhüt edilen tarafın hukuki konumunu güçlendirmektir¹⁰⁰⁸. Dolayısıyla taraf

¹⁰⁰¹ Bağımlı garanti ile ayıba karşı tekeffül hükümleri teyit edilmekte, değiştirilmekte veya bu hükümlere tamamlayıcı hükümler ilave edilmekte ya da kısmen ya da tamamen bertaraf edilmektedir *David*, s. 25. (*Witschi*, s. 19'dan naklen). Kanuni ayıba karşı tekeffül hükümlerine ilişkin değişiklikler, ya bu hükümlerin uygulanması için gerekli olan koşullarda, ya bu hükümler ile talep edilebilecek olan haklarda ya da sürelerle ilişkin olarak söz konusu olmaktadır. Bkz. *Witschi*, s. 19. Bu nedenle sözleşme konusu malın belirli vasıfları haiz olacağına dair verilen taahhütlerin bu tür bir garanti yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilmesi için, taraf iradelerinden ayıba karşı tekeffül hükümlerini aşan nitelikte yükümlülükler kararlaştırdığının anlaşılması gerekmektedir. *Witschi*, s. 28.

¹⁰⁰² Örnekler için bkz. *Witschi*, s. 36-38.

¹⁰⁰³ *Witschi*, s. 40.

¹⁰⁰⁴ *Witschi*, s. 38-40.

¹⁰⁰⁵ *Witschi*, s. 40.

¹⁰⁰⁶ *Witschi*, s. 46.

¹⁰⁰⁷ *Witschi*, s. 46.

¹⁰⁰⁸ *Witschi*, s. 31.

iradelerinden aksi anlaşılmadıkça, garanti taahhüdü ile iş sahibi için kanuni tekeffül hükümlerinden daha iyi bir konum yaratılmaya çalışılmaktadır¹⁰⁰⁹.

B) TİP SÖZLEŞMELERDE GARANTİ BORCU

Tip gemi inşa sözleşmelerinde, tersanecinin gemiyi tesliminden sonra ortaya çıkan ayıplardan sorumluluğu, garanti borcu kapsamında düzenlenmektedir. Örneğin SAJ'a göre:

“Tersaneci, kendisine ve/veya alt yüklenicilerine isnat edilebilen sebeplerden ötürü, ayıplı malzeme ve/veya kötü işçilikten dolayı gemide meydana gelen tüm ayıpları,, masrafları kendisine ait olmak üzere tamir etmeyi üstlenir”¹⁰¹⁰.

Diğer tip sözleşmelerde de tersaneci, ifade tarzlarından kaynaklanan küçük farklılıklar dışında, geminin teslim alındığı tarihten itibaren başlayan garanti süresi içinde ortaya çıkan ayıpları, masrafları kendisine ait olmak üzere gidermeyi ve gerekli tamiri yapmayı taahhüt etmektedir¹⁰¹¹.

1- Uygulanma Koşulları

a) Garanti Kapsamında Bir Ayıbın Ortaya Çıkması

Tersanecinin garanti borcu nedeniyle sorumlu olabilmesi için, gemideki ayıbın, garanti kapsamında yer alan bir sebepten kaynaklanması gerekir. SAJ'da, garanti borcunun doğumuna yol açan sebepler, *kötü işçilik* ve *ayıplı malzeme* olarak ifade edilmiştir. Malzemedeki ayıp, iyi kalitede olmayan, sözleşmedeki kullanma amacının yerine getirilmesi için elverişli bulunmayan ve sözleşme bedeline göre az değerli malzemenin kullanılması; kötü işçilik ise inşa işinin yanlış ve teknik kurallara uyulmadan yapılmasıdır¹⁰¹².

¹⁰⁰⁹ Witschi, s. 49.

¹⁰¹⁰ SAJ Art. IX-1.

¹⁰¹¹ NEWBUILDCON Art. 35 (b); AWES Art. 12 (a); NSF Art. X-2.

¹⁰¹² Witschi, s. 39.

Tasarım hatalarının, “kötü işçilik” kapsamında yer alıp almadığı tartışmalı bir konudur¹⁰¹³. NEWBUILDCON’da ayıp tanımı yapılırken, tasarımdan kaynaklanan ayıplara açıkça yer verilmiş olması ve NSF’de garanti borcu düzenlenirken, açıkça bu tür hatalara yer verilmesi nedeniyle, bu formlarda tersanecinin garanti borcu kapsamında tasarım hatalarından kaynaklanan ayıpların da yer aldığı kabul etmek gerekir. SAJ’da ise açıkça tasarımdan bahsedilmemesi, aksine sadece kötü işçilik ve malzemedan dolayı sorumlu olunacağı düzenlenmesi ve diğer sorumluluklardan geniş ölçüde muafiyetlerin tanınmış olması nedeniyle, öğretide, tersanecinin garanti borcu kapsamında tasarım hatalarının yer almadığı ifade edilmektedir¹⁰¹⁴. *Aktiebolaget Gotaverken v. Westminster Corporation* (1971) davasında ise, yüksek mahkeme, SAJ benzeri bir sözleşmede yer alan “kullanılan malzeme ve ifa edilen hizmet” (*material used and work performed*) ifadelerinin, tasarım hatalarını da kapsadığına hükmetmiştir. Uygulamada, çoğu zaman tersanecinin garanti borcunun, tasarım hatalarından doğan ayıpları da kapsadığı yönünde açık düzenlemelere yer verilmektedir¹⁰¹⁵.

Garanti borcunun söz konusu olabilmesi için, garanti kapsamında yer alan sebepler ile meydana gelen ayıp arasında uygun bir illiyet bağı olmalıdır¹⁰¹⁶. Bu nedenle hatalı kullanım, kaza, üçüncü kişinin kusuru ya da iş sahibine yükletilebilen diğer herhangi bir nedenle oluşan ayıplardan garanti veren sorumlu olmaz¹⁰¹⁷. Aynı şekilde normal kullanım sonucu eskime de, bu kapsamda değerlendirilmez. Bunun gibi garanti borcunun kapsamında yer almayan sebepler, tip sözleşmelerde açıkça belirtilmektedir¹⁰¹⁸. Örneğin SAJ’a göre, *tersaneci, Geminin tesliminden sonra diğer bir yüklenici tarafından değiştirilen ya da tamir edilen parçada meydana gelen ayıplardan ya da Alıcının, çalışanlarının ya da acentasının ihmalden doğan ya da artan ya da Geminin özensiz bir şekilde kullanımından ya da bakımının gerektiği*

¹⁰¹³ *Hodges/Hill*, s. 81.

¹⁰¹⁴ İş sahibi aleyhinde olan bu görüş, iş sahibinin inşaa plan ve projelerini kontrol etme hakkına sahip olması, hız, yakıt tüketimi, ağırlık gibi konularda tersanecinin ücretinde indirimine gidilecek olması nedenleriyle, iş sahibinin yeterli şekilde korunuyor olmasıyla gerekçelendirilmektedir. Bkz. *Curtis*, s. 158.

¹⁰¹⁵ *Curtis*, s. 159.

¹⁰¹⁶ *Witschi*, s. 39.

¹⁰¹⁷ *Witschi*, s. 39.

¹⁰¹⁸ SAJ Art. IX-4 (b); NSF Art. X-2; AWES Art. 12 (a); NEWBUILDCON Art. 37 (c).

şekilde yapılmamasından kaynaklanan ya da Tersanecinin kontrol alanı dışında olan ayıplardan sorumlu değildir¹⁰¹⁹.

b) *Ayıbın Teslimden Sonra Ortaya Çıkması*

Tersanecinin garanti borcu, geminin teslim alınmasından sonra ortaya çıkan ayıplara ilişkindir. Teslim, iş sahibinin kabulü üzerine gerçekleştiğinden, geminin inşası sırasında tespit edilen bir ayıp bu sırada giderilmediyse, tersanecinin garanti sorumluluğu kapsamında bu ayıbı gidermesi talep edilemez¹⁰²⁰. *China Shipbuilding Corporation v. Nippon Yusen Kabukishi Kaisha and another* (2000) davasında ise, gemiyi kabul eden iş sahibinin daha evvel tersaneciye bildirdiği ayıpların giderilmesini, teslimden sonra talep edebileceğine hükmedilmiştir¹⁰²¹. Teslim anında mevcut olan bir ayıbın garanti kapsamında tamir ettirilmesi isteniyorsa, iş sahibinin gemiyi ihtirazi kayıtla kabul etmesi gerekir. Nitekim AWES'e göre, *tersanecinin garanti borcu, teslim sırasında yazılı olarak bildirilmeleri koşuluyla kötü işçilik ve/veya ayıplı malzeme kullanılmasından kaynaklanan ayıpları kapsar*¹⁰²².

Uygulamada genellikle, deneme yüzüsünde ortaya çıkan, ancak iş sahibinin kabulden imtina etmesini haklı göstermeyecek derecedeki önemsiz ayıpların da garanti kapsamında yer aldığı konusunda taraflar anlaşmaktadır. *J. Samuel White & Co., Ltd. v. Coombes, Marshall & Co. Ltd.* (1922) davasında, tersanecinin deneme yüzüsü sırasında gösterdiği hal ve davranışlarının, ayıbın garanti süresinde kendisi tarafından giderileceği yönünde kanaat uyandırdığına hükmedilerek, bu tür bir anlaşmanın zımni olarak yapılabileceği kabul edilmiştir¹⁰²³.

c) *Ayıbın İhbar Edilmesi*

Tersanecinin garanti yükümlülüğü kapsamında sorumlu tutulabilmesi için, iş sahibinin tersaneciye, Türk Borçlar Kanununun 477. maddesinde olduğu gibi, ayıp ihbarında bulunması gerekir. Bu konuyu düzenleyen SAJ'a göre, *alıcı, ayıbın ortaya*

¹⁰¹⁹ SAJ Art. IX-4 (b).

¹⁰²⁰ *Curtis*, s. 156.

¹⁰²¹ *Curtis*, s. 157. Dolayısıyla İngiliz hukuku açısından, iş sahibi tarafından ihtirazi kayıt altında yapılan kabulün, iş sahibinin haklarından feragat ettiği yönünde anlaşılması mümkün değildir. *Curtis*, s. 157.

¹⁰²² AWES Art. 12.

¹⁰²³ *Curtis*, s. 157.

çıkmasından itibaren mümkün olan en kısa sürede, Tersaneciye yazılı olarak ya da yazılı olarak teyit edilen telgrafla ihbarda bulunur. Alıcı ihbarında ayıpların niteliği ve kapsamını tarif eder. Tersaneci, en geç garanti süresinin dolmasından sonraki otuz (30) gün içerisinde herhangi bir ayıp ihbarı tebellüğ etmemiş ise, on iki aylık sürenin dolmasından önce ortaya çıkan hiç bir ayıptan sorumlu değildir¹⁰²⁴. Bu tür bir ihbar yükümlülüğü, tersanecinin, gemide ya da makinelerde ortaya çıkan ayıpların bir an evvel tamir edilmemesinin neden olabileceği daha büyük zarardan korunmasına hizmet eder¹⁰²⁵.

2- Hüküm ve Sonuçları

a) Münhasıran Ayıbın Tamir Edilmesi Yükümlülüğü

Tersanecinin garanti borcunun en önemli sonucu, garanti kapsamında sorumlu olduğu ayıpları, masrafları kendisine ait olmak üzere, giderecek olmasıdır. Tip sözleşmelere göre, tersaneci, garanti borcu kapsamında münhasıran ayıbı tamir etmekle yükümlü olup, iş sahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan diğer haklarını kullanması kural olarak mümkün değildir. Tersanecinin borcunun merkezini teşkil eden ayıbın giderilmesi konusunda aşağıdaki hususlara dikkat çekmek gerekir:

i. Aşırı Masraf Gerektiren Tamir İşleri

Burada öncelikle, Türk Borçlar Kanununun 475. maddesinin I. fıkrasının 3. bendinde ifade edilen, “tamirin aşırı masraf gerektirmemesi” şartının kıyasen uygulanıp uygulanmayacağı sorunu üzerinde durulmalıdır. *Witschi*, tamirin iş sahibine sağlayacağı fayda ile yüklenicinin tamir için yapacağı masraflar arasında bir oransızlık varsa ve dürüstlük kuralı gereğince yükleniciden ayıbı gidermesi beklenemiyorsa, bu maddede yer alan şartın garanti borcu için kıyasen uygulanması

¹⁰²⁴SAJ Art. IX-2; NEWBUILDCON Art. 35 (a) ve NSF Art. X-2’de SAJ’a paralel bir şekilde ayıbın ortaya çıkmasından itibaren mümkün olan en kısa sürede ihbar edilmesi gerektiği; NEWBUILDCON’da en geç Garanti Süresinin dolmasından sonra 30 gün; NSF’de ise en geç 8 gün içerisinde bu ihbarın yapılması gerektiği ifade edilmiştir. AWES Art. 12 (a)’da ise “garanti kapsamında yapılacak tamir işlerinin ayıbın ortaya çıkmasından itibaren otuz gün içerisinde ihbar edilmesi koşuluna bağlı olduğu” düzenlenmiştir.

¹⁰²⁵Curtis, s. 160.

gerektiğini savunmaktadır¹⁰²⁶. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, ayıpları gidermeyi açıkça üstlenen yüklenici, masraflar aşırıya mal olsa dâhi, bu yükümlülüğünü yerine getirmelidir¹⁰²⁷. Garanti borcu ile açıkça ayıbın giderilmesi taahhüt edildiğinden tersaneci, masrafları aşırıya mal olsa dâhi, gemide garanti yükümlülüğü kapsamında ortaya çıkan ayıpları gidermekle yükümlüdür. Dolayısıyla bu noktada *Witschi* 'ye katılmak mümkün değildir.

ii. Teslimden Sonra Garanti Süresinde Yapılan İşler

AWES, NEWBUILDCON ve NSF'nin ilgili hükümlerinde, garanti yükümlülüğü kapsamında tersaneci tarafından yapılan tamirat ve parça değişiklikleri için, garanti süresinin bu işlerin tamamlandığı an başlayacağı belirtilmektedir¹⁰²⁸. Buna karşılık SAJ, garanti süresi içerisinde tersaneci tarafından gerçekleştirilen tamirat işleri ya da değiştirilen makine ve parçalar için ayrıca bir garanti öngörmemektedir. *Curtis*, SAJ'da ifade edilen "ayıplı malzeme ve/veya kötü işçiliğin" sadece teslimden önce takılan malzemeler ya da ifa edilen işler ile sınırlı olduğunu düşünmeyi gerektiren haklı bir gerekçe bulunmadığını ifade etmektedir. Yazara göre, SAJ'da tersanecinin, teslimden sonra başka bir yüklenici tarafından yapılan tamir işleri ya da takılan parçalar için sorumlu olmayacağını ayrıca düzenlenmiş olması nedeniyle, tersanecinin bizzat kendisi tarafından yapılan işler için sorumluluğunun devam ettiğini kabul etmek gerekir¹⁰²⁹. Dolayısıyla garanti süresi içerisinde yapılan işler de, aksi kararlaştırılmadığı sürece, on iki aylık garanti süresine tabidir. Uygulamada genellikle garanti süresi içerisinde yapılan tamirat işleri ya da değiştirilen parçalar için işin görülmesi ya da parçanın takılmasından itibaren başlamak üzere altı aylık ilave garanti süresi verileceği, ancak toplam garanti süresinin on sekiz ayı aşmayacağı şeklinde düzenlemelere yer verilmektedir¹⁰³⁰.

¹⁰²⁶ *Witschi*, s. 50. Ancak *Witschi*, kanuni ayıba karşı tekeffülden doğan hakların sözleşme ile bertaraf edilmesi durumunda, masraflar aşırıya mal olsa da yüklenicinin ayıbı gidermesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. *Witschi*, s. 50.

¹⁰²⁷ *Wüstendörfer*, s. 81.

¹⁰²⁸ AWES Art. 12 (a) p.4; NEWBUILDCON Art. 35 (e); NSF Art. X-2.

¹⁰²⁹ *Curtis*, s. 159.

¹⁰³⁰ *Curtis*, s. 159. Ancak AWES 'te iki yıl olarak belirlenen bu süre, NEWBUILDCON ve NSF'de tarafların anlaşmasına bırakılmıştır.

iii. İfa Yardımcılarının Kusurundan Sorumluluk

Tip sözleşmelerde, tersanecinin, kendi çalışanları ile alt yüklenicileri tarafından ifa edilen işlerde bu kişilerin kusuru ile verdikleri zarardan sorumlu oldukları düzenlenmiş ve ifa yardımcılarının verdikleri zararlara ilişkin bir sorumsuzluk kaydına yer verilmemiştir. Bununla birlikte uygulamada, geminin ana ve yedek motorları gibi yüksek teknik riskler içeren işler için alt yüklenicilerin kullanıldığı bazı durumlarda, alt yüklenicilerin ifa ettiği bu işlerin tersanecinin garanti yükümlülüğü kapsamında sayılmaması ve tersanecinin yardımcı kişilerden kaynaklanan sorumluluğunu sınırlandırması yönünde bir eğilim bulunmaktadır¹⁰³¹.

Türk Borçlar Kanununun 116. maddesinin I. fıkrasında yer alan borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğuna ilişkin kuralın emredici olmaması nedeniyle, tarafların, borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırebilmeleri mümkündür. Nitekim aynı maddenin II. fıkrasına göre, *yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.*

Türk Borçlar Kanununun 115. maddesine göre, borçlu kendisinin sadece hafif ihmalden dolayı sorumluluğunu kaldırabilmekteyken, Kanunun 116. maddesine göre, borçlu yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunu, yardımcı kişinin her türlü kusuru için ortadan kaldırabilme imkânına sahiptir¹⁰³². Esasen günümüzde, borcun şahsen değil ve fakat genellikle ifa yardımcıları kullanılarak ifa ediliyor olması nedeniyle, Türk Borçlar Kanununun 116. maddesinin selefi olan Borçlar Kanununun 100. maddesi öğretide ciddi ölçüde eleştirilmekteydi. Bu eleştirilerin temelinde, özellikle işbölümünün çok yaygın olduğu sektörlerde ve borçlunun borcun ifasını bir çok yardımcı kişi kullanarak bir organizasyon dahilinde yürüttüğü hallerde borçlunun sorumluluğunu bertaraf edebilmesinin güncel ihtiyaçlara cevap vermemesi ve adaletsizlik yaratması bulunmaktadır¹⁰³³. Kanun koyucu öğretide ileri sürülen tüm bu eleştirilere rağmen borçlunun yardımcı kişilerin fiilinden kaynaklanan sorumluluğunu sınırlandırabilmesi kuralını muhafaza etmiş, bununla birlikte

¹⁰³¹ Curtis, s. 159-160.

¹⁰³² Bu düzenleme farkı, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğunun kendi şahsi kusuruna dayanmaması ve bu nedenle sorumluluğun bir sebep sorumluluğu niteliği taşıması ile bağlantılıdır. Bkz. Şenocak (İfa Yardımcıları), s. 241.

¹⁰³³ Başalp, s. 199.

borçlunun, yardımcı kişilerin fiilerinden doğan sorumluluğunu kaldırmasını, Kanunun 116. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen sınırlamalara tabi tutmuştur. Buna göre Kanunun 115. maddesinin 3. fıkrasında olduğu gibi, *uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*

Yukarıda bahsedildiği üzere gemi inşa faaliyetinin işletme izni koşuluna tabi tutulması nedeniyle, tersanecinin yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaların hükümsüzlüğü gündeme gelebilir. Ancak bu yasağın da yukarıda Türk Borçlar Kanununun 115. maddesine ilişkin yapılan aynı gerekçelerle gemi inşa sözleşmesinde uygulanamayacağı düşünülmektedir.

Tersanecinin alt yüklenicilerin fiilinden kaynaklanan sorumluluğunu sınırlandırdığı hallerde, iş sahibinin, doğrudan alt yükleniciye başvurabilmesi önem taşır. Bu nedenle iş sahibinin bu tür bir sorumsuzluk kaydını kabul etmeden önce, alt yükleniciden, tersanecinin kendisine verdiği işleri tam olarak ve zamanında ifa edeceğine dair bir taahhüt alması faydalı olur.

iv. Ayıbın Ne Şekilde Tamir Edileceği

Bazen ayıbın ne şekilde giderileceği hususunda çeşitli imkânlar bulunmaktadır. Örneğin ayıplı çalışan bir pompa, ayıpsız yeni bir pompa ile değiştirilebilir ya da onarılabilir. Ayıbın hangi yöntemle giderileceği konusunda iş sahibinin söz hakkı bulunmamakla birlikte, tersanecinin uzman bir iş sahibi tarafından verilen önerileri göz ardı etmemesi gerekir¹⁰³⁴. Zira işin tamir edilememesine ilişkin nihai tüm riskler tersaneciye aittir. Yine de tersaneci, dürüstlük kuralı çerçevesinde, iş sahibi açısından en zararsız, en kısa süreli ve en az kullanma kaybına yol açacak tamir yöntemini tercih etmelidir¹⁰³⁵.

¹⁰³⁴ Fischer-Zernin, s. 8.

¹⁰³⁵ Fischer-Zernin, s. 8.

b) *Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Diğer Hakların Sona Ermesi*

Garanti borcu, masraflar aşırıya mal olsa dahi ayıbı gidermekle yükümlü olan tersaneci için önemli bir risk teşkil eder. Bu nedenle taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamak amacıyla, genellikle garanti borcunu üstlenen tersanecinin, ayıplara bağlı zararlardan sorumlu olmayacağı kararlaştırılmaktadır. Esasen garanti borcu ile ayıba bağlı zararlardan doğan sorumluluğun sınırlandırılması birbirini tamamlayan düzenlemelerdir. Bir başka deyişle, ifa tarihinden sonra meydana gelebilecek olan öngörülemez nitelikteki sorumluluk talepleri ile karşılaşmak istemeyen tersaneci, dolaylı zararlar için sorumluluğunu sınırlandırırken; bu tür bir sınırlandırma ile riskleri üstlenen iş sahibinin menfaatleri, garanti süresi içinde ortaya çıkabilecek ayıpların tamir edilmesi koşuluyla, teminat altına alınmaktadır.

Tip sözleşmelerde, ayıba bağlı zararlardan doğan sorumluluğun kaldırılmasının yanında tersanecinin ayıba karşı tekeffüle ilişkin diğer kanuni borçlarından sorumlu olmayacağı şeklinde düzenlemelere de yer verilmektedir. Örneğin, SAJ'a göre, *tersanecinin teslim sonrası garantisi, kanun, örf adet, ya da diğer herhangi bir şekilde konulan ya da uygulanan diğer her türlü sorumluluk, garanti, teminat ve/veya şartı kaldırır ve onun yerine geçer*¹⁰³⁶.

Burada yer alan ifadelerden, tersanecinin teslim sonrasında ortaya çıkan ayıplar için sadece ayıbın giderilmesi ile sorumlu tutulmak istendiği; bu ayıpların giderilmesi masraflarına ait risklerin de tersaneciye yüklenildiği anlaşılmaktadır¹⁰³⁷. Tersanecinin üstlendiği bu sorumluluk karşısında, iş sahibinin kanundan kaynaklanan bedel indirimi ve sözleşmeden dönme hakkı dâhil olmak üzere diğer haklarını kullanması engellenmiştir. Ancak bu tür bir uygulama, iş sahibinin haksız yere zarara uğratılmasına sebebiyet vermemelidir. Özellikle ayıbın giderilmesinin mümkün olmadığı ya da tersaneci tarafından ihmâli davranılarak ayıbın giderilmesi borcunun

¹⁰³⁶SAJ IX. 4 (c); NEWBUILDCON Art. 35 (d). AWES'te ise bu tür bir sınırlandırma garanti yükümlülüğü düzenleyen madde içerisinde değil, "Sorumluluğun Sınırlandırılması"nı düzenleyen ayrı bir maddede ele alınmıştır. Buna göre tersanecinin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunun sadece sözleşmede öngörülen hukuki yollarla sınırlı olduğu, bu sözleşmede öngörülen hukuki yollar dışında, her ne türde olursa olsun iş sahibinin doğrudan ya da dolaylı kayıplarından, zararlarından veya masraflarından tersanecinin sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir. Bkz. AWES Art. 19.

¹⁰³⁷Curtis, s. 101.

hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği durumlarda, bu kurala sıkı sıkıya bağlı kalınmamalıdır¹⁰³⁸.

Nitekim Türk Borçlar Kanunu uygulaması açısından da iş sahibinin ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını kullanmasından sonra, yüklenicinin ayıbın giderilmesi borcunda temerrüde düşmesi veya borcun yerine getirilmesinin objektif bakımdan imkânsızlaşması ya da yüklenicinin bütün çabalarına rağmen ayıbı giderememesi hallerinde, iş sahibinin, ayıba karşı tekeffülden doğan diğer seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir¹⁰³⁹. Bu ilkeyi garanti borcu açısından uygulamamak için haklı bir neden bulunmamaktadır¹⁰⁴⁰.

Tersaneci tarafından verilen garanti, otomatik olarak ayıplı ifadan kaynaklanan diğer hakların sona ermesine yol açmaz¹⁰⁴¹. Dolayısıyla iş sahibinin diğer seçimlik haklarının sona erdiğinin kabul edilebilmesi için yukarıdaki örneklerde olduğu gibi açık ifadeler kullanılması icap eder. Diğer bir deyişle, sözleşmeden açıkça diğer haklardan vazgeçildiği anlaşılmıyorsa, ayıbın giderilmesine yönelik hakkın tamamlayıcısı niteliği taşıyan haklardan vazgeçildiği şeklinde bir yorum yapmak mümkün değildir¹⁰⁴². Örneğin NSF’de, tersanecinin garanti borcu kapsamında ayıba bağlı dolaylı zararlardan sorumlu olmayacağı ifade edilmiş¹⁰⁴³; ancak SAJ ve NEWBUILDCON’da olduğu gibi diğer kanuni ayıba karşı tekeffül hükümlerinin

¹⁰³⁸ Zira 1988 tarihli bir Londra tahkim heyeti kararında, Kore tersaneleri tarafından yapılmış iki gemide teslimden sonra ortaya çıkan bir ayıbın tersaneci tarafından tamir edilememesinin sonuçları üzerinde durulmuştur. Tahkime konu olayda, tersaneci ve iş sahibinin tüm çabalarına rağmen gemilerdeki ayıp giderilememiş ve gemiler başka türde bir gemiye dönüştürülmüştür. Hakem heyeti kararında, ayıbı giderme yükümlülüğünü yerine getiremeyen tersaneci, iş sahibinin zararlarını tazmin etmekle yükümlü kılınmıştır. Gemilerin dönüştürme masrafları, bu süre zarfında gemilerin kullanılmamasından doğan zararlar ve dönüştürme neticesinde gemide meydana gelen değer düşmesi iş sahibinin zararı kapsamında sayılmıştır. *Curtis*, s. 162. Alman Federal Mahkemesi de ayıba karşı tekeffülden doğan dönme, indirim ve ifa etmemeye bağlı tazminat taleplerinin kaldırılmasına yönelik kayıtların tamirin gecikmesi, ihmal edilmesi, yanlış yapılması ya da imkânsız olması durumlarında geçersiz olduğuna hükmetmektedir. *Fischer-Zernin*, s. 7.

¹⁰³⁹ Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 193; *Burcuoğlu*, s. 296; *Öz*, s. 97; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 175.

¹⁰⁴⁰ *von Büren*, satım sözleşmesi açısından benzer bir görüşü savunmaktadır. *Von Büren*’e göre satım sözleşmesinde fabrika garantisi veren bir satıcının gerekli sürede ayıbı gidermediği durumlarda, alıcının arka planda kalan haklarını (dönme ve ücretten indirim) kullanabilecektir. Bkz. *von Büren*, B.: *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551)*, Zürich 1972, s. 49. Aynı yönde bkz. *Witschi*, s. 53.

¹⁰⁴¹ *Curtis*, s. 104.

¹⁰⁴² *Wüstendörfer*, s. 81-82.

¹⁰⁴³ NSF Art. X. 3 (a).

kaldırıldığı yönünde açık bir hükme yer verilmemiştir. Burada sözleşmeden dönme ve bedel indirimi haklarının uygulanmayacağı kabul edilemez.

c) *Ayıbı Giderme Borcunun İfa Yeri*

Garanti borcu kapsamında, ayıbın genellikle tersanede giderileceği kararlaştırılmaktadır¹⁰⁴⁴. Ancak geminin tersanenin bulunduğu yerden çok uzakta olduğu veya ayıbın başka bir tersanede tamirinin daha az maliyetli olduğu hallerde iş sahibine, ayıbın başka bir tersanede giderilmesini sağlama imkânı tanınmaktadır¹⁰⁴⁵. Bu konuyu düzenleyen NEWBUILDCON'a göre:

“Tamir ve değişiklikler Tersane’de yapılır. Alıcı, (i) Gemiye Tersaneye götürmek imkânsızsa, ya da (ii) Tersaneci, Geminin çalışması ya da işletilmesine gecikme veya engel olmaksızın gerekli parça ve malzemeleri temin edemeyecekse, Garanti ayıplarını ve Garanti Ayıplarının doğrudan ve derhal sonucu olarak gemide meydana gelen zararı düzeltmek amacıyla gerekli tamiratın başka bir yerde yapılması ya da parçaların değiştirilmesi hakkına sahiptir”¹⁰⁴⁶.

Bu hükümden yararlanmak isteyen iş sahibinin, usulüne uygun olarak ihbarda bulunması gerekir¹⁰⁴⁷. İhbar külfetini yerine getiren iş sahibi, başka bir tersanede yapmış olduğu masrafları tersaneciden talep edebilir¹⁰⁴⁸. AWES’te, tersanecinin bu amaçla yapacağı ödemenin, iş kendi tersanesinde yapılsaydı doğacak olan tahmini masrafları ile sınırlı olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁴⁹. NSF’de ise, tersanecinin, tamirat kendi tersanesinde yapılmış olsaydı iş sahibinden talep edebilecek olduğu ücreti ödemekle yükümlü olacağı düzenlenmiştir¹⁰⁵⁰; SAJ ve NEWBUILDCON’da ise

¹⁰⁴⁴ SAJ Art. IX-3 (a); AWES Art. 12 (a); NEWBUILDCON Art. 35 (b); NSF Art. X-3 (b).

¹⁰⁴⁵ Clarke, s.128. SAJ Art. IX-3 (b) N. 22-24; AWES Art. 12 (a) p. 5; NSF Art. X-3 (b).

¹⁰⁴⁶ NEWBUILDCON Art. 35 (b) ve (c).

¹⁰⁴⁷ SAJ Art. IX-3 (b), n. 3-4; NEWBUILDCON Art.35 (d); NSF Art. X-3 (b).

¹⁰⁴⁸ SAJ Art. IX-3 (b), n. 12-14; AWES Art. 12 (a) p. 5; NEWBUILDCON Art. 35 (d) (i); NSF Art. X-3 (b). Ancak iş sahibi, geminin başka tersaneye götürülmesi masraflarına ve geminin açılması için gerekli makul masraflara katlanır. NSF Art. X-3 (c).

¹⁰⁴⁹ AWES Art. 12 (a) p.5.

¹⁰⁵⁰ NSF Art. X-3 (b).

tersanecinin, iş sahibine ödemekle yükümlü bulunduğu masrafların “makul” (*reasonable*) olması gerektiği belirtilmiştir¹⁰⁵¹.

Uygulamada “makul masraflar”ın kapsamında kavramsal bir kâr marjının yer alıp almadığı hususu tartışmalıdır. Eğer “makul masraflar” diğer tersanecinin kâr marjını içermiyorsa, iş sahibinin talep edeceği tahmini masraflar içerisinde diğer tersaneciye ödenen kâr payı yer almayacaktır. *Curtis*, sözleşmedeki ifadelerin açık olmadığı bu gibi hallerde, sözleşmenin yorumlanmasında *contra proferentem* ilkesine başvurulur, diğer tersanecinin kâr payının da masrafların muhtevasına dahil olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁵².

3- Garanti Süresinin Zamanaşımı Süresi İle İlişkisi

a) Genel Olarak

Tip sözleşmelerde yer alan garanti borcu, genellikle on iki ay olarak belirlenen ve “garanti süresi” (*Warranty Period*) adı verilen bir süre ile sınırlandırılmaktadır. Buna göre tersanecinin garanti borcu, geminin teslim alınmasından itibaren işlemeye başlayacak olan garanti süresi içerisinde ortaya çıkacak olan ayıplara ilişkindir. Bu konuyu düzenleyen SAJ’a göre, *tersaneci, kendisine ve/veya alt yüklenicilerine isnat edilebilen sebeplerden ötürü, ayıplı malzeme ve/veya kötü işçilikten dolayı gemide meydana gelen tüm ayıpları, söz konusu ayıpların Geminin tesliminden itibaren on iki (12) ay içerisinde ortaya çıkması ve burada öngörüldüğü şekilde bir ihbarın yapılması koşuluyla, masrafları kendisine ait olmak üzere tamir etmeyi üstlenir*¹⁰⁵³.

Garanti süresinin, özellikle zamanaşımı süresi ile ilişkisi bakımından anlamının ortaya konması oldukça karmaşık bir sorundur. Zira zamanaşımı süresinden kısa olan garanti süresinin, zamanaşımını kısaltıp kısaltmadığı, ayıpların garanti süresi geçtikten sonra ve fakat zamanaşımı süresi içerisinde olduğu dönemde hâla talep

¹⁰⁵¹ SAJ Art. IX-3 N. 14; NEWBUILDCON Art. 35 (d) (i).

¹⁰⁵² *Curtis*, s. 161.

¹⁰⁵³ SAJ Art. IX 1 n. 1-7. AWES’te garanti süresi tarafların dolduracağı şekilde boş bırakılmıştır. Bkz. AWES Art. 12 (a) p. 2. NEWBUILDCON’da garanti süresine ilişkin Kutu 20, tarafların dolduracağı şekilde boş bırakılmış; ancak tarafların bu kutuyu boş bırakması halinde on iki aylık bir garanti süresinin geçerli olacağı belirtilmiştir. NSF’de de NEWBUILDCON’da olduğu gibi kaleme alınmıştır. Bkz. NSF Art. X 2 p. 2.

edilip edilemeyeceği ya da zamanaşımı süresinden daha uzun olan garanti süresinin nasıl nitelendirilmesi gerektiği sorularının cevaplanması gerekmektedir.

Öğretide kural olarak, garanti süresinin anlamının, bir zamanaşımı süresi, yani içinde seçimlik hakların kullanılabilmesi bir süre olduğu belirtilmekle birlikte; bunu kesin bir şekilde dile getirmenin mümkün olmadığı, sorunun çözümü için, sözleşmenin içeriğinin yorumlanması ve her bir somut olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁵⁴.

b) Kanuni Zamanaşımı Süresinden Uzun Olan Garanti Süresi

Uygulamada, müşterisinin güvenini kazanmak isteyen yükleniciler, çoğu zaman zamanaşımı süresinden daha uzun bir süre için garanti taahhüdünde bulunmaktadır¹⁰⁵⁵. Kanuni zamanaşımı süresinden uzun olan garanti süreleri için öğretide farklı görüşler ortaya atılmıştır:

i. Kanuni Zamanaşımı Süresinden Uzun Olan Garanti Süresinin İhbar Süresi Yerine Geçtiği Görüşü

Öğretide, zamanaşımından uzun olan garanti süresinin istisnai olarak da olsa, ayıpları ihbar süresi olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁵⁶. Bu görüşe göre, garanti süresi, kanuni ihbar süresinin yerine geçer. Yüklenici, iş sahibinin açık ayıplar yönünden muayene ve süresinde ihbar külfetini, gizli ayıplar yönünden ise süresinde ihbar külfetini kaldırmayı ve garanti süresi içinde bu ayıpları gidermeyi peşinen kabul ve taahhüt eder¹⁰⁵⁷.

Curtis de, garanti süresini, ayıpların ihbar edilmesi gereken süre olarak nitelendirmekle birlikte, ihbarı gecikerek yerine getirerek, tersanecinin masraflarının artmasına yol açan iş sahibinin, bu zararlardan sorumlu olması gerekeceğini; buna

¹⁰⁵⁴ *Witschi*, s. 62; *Zindel/Pulver*, Art. 367, N. 30; *Yavuz*, s. 70.

¹⁰⁵⁵ *Witschi*, s. 61.

¹⁰⁵⁶ *von Büren*, s. 151; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 211-212; *Ayan* (Zamanaşımı II), s. 17.

¹⁰⁵⁷ *Selimoğlu*, s. 135; *Gümüş* (C. 2), s. 112. Yargıtay bir kararında, “Garanti kapsamındaki işler için garanti süresi içerisinde kalmak koşulu ile ayrıca ayıp ihbarında bulunulması gerekmez.” şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz Y. 15. HD., E. 2001/790, K. 2001/1628, T. 2.4.2001. Aynı yöndeki diğer karar için bkz. Y. 15. HD., E. 2005/7264, K. 2007/1473, T. 08.03.2007.

karşılık garanti yükümlülüğünün geçersiz hale gelmeyeceğini ileri sürmektedir¹⁰⁵⁸. Ancak yazara göre, SAJ'da olduğu gibi, garanti süresinin dolmasından itibaren belirli bir süre içerisinde ihbarın yapılması lüzumuna işaret eden bir üst sınır getirilmişse¹⁰⁵⁹, bu süre içerisinde hiçbir ihbar yapılmaması, garanti borcunun mutlak şekilde sona ermesine yol açar¹⁰⁶⁰.

Zamanaşımından uzun olan garanti süresinin ihbar süresi olarak kabul edilemeyeceği savunan *Witschi* ise, yüklenicinin, ancak imal ettiği eserden tam olarak emin olduğu hallerde zamanaşımından daha uzun bir süre için garanti taahhüdünde bulunduğunu ve bu nedenle kural olarak garanti süresi içerisinde ortaya çıkabilecek tüm ayıplardan dolayı sorumlu olmayı kabul ettiğini ifade ederek, yüklenicinin hiçbir şekilde kendisine tanınan koruyucu nitelikteki haklardan vazgeçmeyi amaçlamadığını belirtmektedir¹⁰⁶¹. Zira ihbar külfetinin amacı, yüklenicinin iş sahibinin eseri kabul edip etmeyeceği hususunda imkân olan en kısa sürede bilgi sahibi olmasını sağlayarak, yükleniciye alması gerekli olan tavrı belirleme imkânı tanımak suretiyle onun korunmasını sağlamaktır. Bu nedenle sözleşmede açıkça ve şüpheye mahal vermeksizin kararlaştırılmadığı sürece, garanti süresinin ihbar süresi olarak kabulü mümkün değildir¹⁰⁶². Dolayısıyla, yüklenici, garanti süresinde ortaya çıkan ayıplardan, ancak bunlar zamanında ihbar edilmişlerse sorumlu olur¹⁰⁶³.

Gemi inşa sözleşmesi açısından kanuni zamanaşımı süresinden uzun olan garanti süresinin, ihbar süresi olarak kabulü mümkün gözükmemektedir. Zira iş sahibinin garanti kapsamında yer alan haklarından faydalanması, tersaneciye uygun bir süre içerisinde ihbarda bulunması koşuluna bağlıdır¹⁰⁶⁴. Gemi inşa sözleşmelerinde garanti borcunun amacı, iş sahibi aleyhine olan muayene ve ihbar külfetlerini ortadan

¹⁰⁵⁸ *Curtis*, s. 160.

¹⁰⁵⁹ Bkz. SAJ Art. IX-2.

¹⁰⁶⁰ *Curtis*, s. 160.

¹⁰⁶¹ *Witschi*, s. 63.

¹⁰⁶² *Witschi*, s. 63; *Gautschi*, Art. 371, 5 b. Örneğin SIA Norm m. 172'de garanti süresinin zamanaşımı değil ihbar süresi olduğu açıkça belirtilmiştir. *Yavuz/Acar/Özen* de, genelde garanti süresinin kabulünün, ihbar süresinin de garanti süresinin sonuna kadar uzatıldığı anlamına gelmediğini ifade etmektedir. Bkz. *Yavuz/Acar/Özen*, s. 342.

¹⁰⁶³ *Becker*, Mad. 367; N. 4; *Tunçomağ* (C. II), s. 1019. Y. 15. HD'nin E. 1997/5314, K. 1997/5327, T. 09.12.1997 sayılı kararında, garanti süresi içinde ortaya çıkan gizli ayıplar hakkında makul süre içinde ihbarda bulunulmuş olması gerektiği vurgulanmaktadır.

¹⁰⁶⁴ *Wüstendörfer*, s. 77.

kaldırmak değil, garanti süresi içerisinde meydana gelen ayıpları, masrafları aşırı da olsa tersanecinin tamir ettirmesini sağlamaktır. Nitekim tip sözleşmelerde, *ayıbın ortaya çıkmasından itibaren mümkün olan en kısa sürede* ihbarda bulunulması gerekliliği ifade edilerek bir ihbar süresi getirilmiştir. Dolayısıyla ayıbın ortaya çıkmasından itibaren mümkün olan en kısa sürede ihbar edilmemesi, tersanecinin sorumluluğunu kaldırır. SAJ'da olduğu gibi ihbar süresi için bir üst sınır getirilmesi, bu sonucun aksinin kabulü için yeterli değildir. İhbar için bu tür bir üst sınır getirilmesinin nedeni, garanti süresinin sonuna doğru ortaya çıkan ayıplar için, ihbarın yapılabileceği en geç zaman dilimini belirlemek olsa gerekir.

ii. Kanuni Zamanaşımı Süresi Dolduktan Sonra Kalan Sürede Hangi Hakların Kullanılabileceği

Garanti süresinin kanuni zamanaşımı süresinden uzun olmasına ilişkin diğer bir görüşe göre, garanti taahhüt edilen tarafın, zamanaşımı süresinden sonra, sadece ayıbın giderilmesi hakkını kullanabileceği şeklinde yorum yapmak gerekir¹⁰⁶⁵. Aksi yöndeki diğer bir görüşe göre ise, kanuni ayıba karşı tekeffülden doğan haklar sözleşmede açıkça bertaraf edilmedikçe, zamanaşımı süresi dolsa da garanti süresi içinde kanuni ayıba karşı tekeffülden doğan tüm haklar ve garanti borcu içerisinde yer alan haklar talep edilebilir¹⁰⁶⁶. Bu konuda diğer bir görüş ise daha uzun bir garanti süresi ile zamanaşımının başlangıç anının, garanti süresi içerisinde ortaya çıkan ayıbın tespit anına ertelendiğini savunmaktadır¹⁰⁶⁷. Kanaatimce bu görüşler içerisinde kuvvet kazanan görüş, şüphe halinde zamanaşımı süresinden sonra sadece ayıbın giderilmesi hakkının kullanılabileceğidir. Buna göre, kanuni zaman aşımı süresi içinde, garanti taahhüt edilen taraf kural olarak ayıba karşı tekeffülden doğan tüm haklarını kullanabilecek olup, tip sözleşmelerde olduğu gibi açıkça aksi kararlaştırıldığı hallerde ise sadece ayıbın giderilmesi hakkına sahip olacaktır. Kanuni zaman aşımı süresi dolduktan sonra kalan garanti süresi içinde ise sadece garanti kapsamında taahhüt edilen ayıbın giderilmesi hakkını kullanabilecektir.

¹⁰⁶⁵ Meyer, s. 76 (naklen Witschi, s. 61).

¹⁰⁶⁶ Witschi, s. 61. Becker, Mad. 367, N. 4; Schlatter, s. 74. Aynı yönde bkz. YHGK, E. 2011/19-505, K. 2011/636, T. 19.10.2011. Bazı yazarlar şüphe halinde yüklenicinin lehine olan yorumun tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Tandoğan (Zamanaşımı), s. 6; Yavuz/Acar/Özen, s. 344; Ayan (Zamanaşımı II), s. 18.

¹⁰⁶⁷ Wüstendörfer, s. 68.

c) *Kanuni Zamanaşımı Süresinden Kısa Olan Garanti Süresi*

Türk Borçlar Kanunu ile ayıplı ifa için öngörülen zamanaşımı süresi iki yıla çıkarıldığından, uygulamada daha çok garanti süresinin kanuni zamanaşımı süresinden daha kısa olması hali ile karşılaşılabılır. Garanti süresinin zamanaşımı süresinden kısa olmasına ilişkin olarak bazı yazarlar, kısa garanti süresinin daha çok ihbar süresine delâlet ettiğini ve bunun zamanaşımı süresine bir etkisinin olmadığını belirtmektedir¹⁰⁶⁸. Ancak burada da, yukarıda anılan aynı gerekçelerle, açıkça kararlaştırılmadığı sürece, garanti süresinin ihbar süresi yerine geçmeyeceği düşünülmektedir¹⁰⁶⁹.

Öğretide diğer bir görüş, garantinin sona erdiği tarih ile zamanaşımının bittiği tarih arasındaki sürede, alacağın garanti kapsamı dışında olduğunu¹⁰⁷⁰, aksinin kararlaştırılmamış olması halinde, zamanaşımı süresi içerisinde iş sahibinin diğer haklarını kullanabileceğini ifade etmektedir. Gemi inşa sözleşmeleri açısından zamanaşımı süresinden kısa bir garanti süresi söz konusu ise tersaneci, garanti süresi içerisinde, masraflar çok aşırıya da mal olsa ortaya çıkan ayıpları tamir etme yükümlülüğü altında olup; bu sürenin sona ermesinden sonra ise tamiri ancak aşırı masrafa yol açmaması kaydıyla gerçekleştirme yükümlülüğündedir. Yani zamanaşımı süresinden kısa bir garanti süresi, zamanaşımının kısaltılmasına değil, bu süre içerisinde ortaya çıkacak ayıpların masrafları aşırıya da mal olsa satıcı tarafından giderilmesine ilişkindir¹⁰⁷¹. İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan diğer hakları ise tersanecinin garanti yükümlülüğünden kural olarak etkilenmeyecektir. Bir başka deyişle zaman aşımı süresi içerisinde, iş sahibi kanuni ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvurabilecektir. Ancak bunun aksinin kararlaştırılması mümkündür ki, gemi inşa sözleşmelerinin çoğunda garanti yükümlülüğü kapsamında kanundan kaynaklanan diğer tüm hakların sona ereceği açık bir şekilde düzenlenmektedir.

¹⁰⁶⁸ von Büren, s. 50.

¹⁰⁶⁹ Aynı yönde Witschi, s. 64.

¹⁰⁷⁰ Selimoğlu, s. 137.

¹⁰⁷¹ Aynı yönde Tandoğan, C. I/1, s. 202.

4- Garanti Mühendisi

Garanti yükümlülüğü kapsamında son olarak belirtilmesi gereken bir husus da, çoğu zaman garanti süresi boyunca gemide ikamet edecek olan bir garanti mühendisinin (*Guarantee Engineer*) tayin edilmesidir¹⁰⁷². Tersanecinin temsilcisi olarak gemide bulunan garanti mühendisi, iş sahibi ve personeline, geminin en etkin şekilde kullanılabilmesi için yardımcı olmaktadır¹⁰⁷³. Garanti kapsamında yer alan küçük ayıpları tamir edebilen garanti mühendisi, aynı zamanda tersaneci adına garanti kapsamında yapılacak ihbarları almaya da yetkilidir.

¹⁰⁷²SAJ Art. IX-5; AWES Art.12 (b) ; NEWBUILDCON Art. 36; NSF Art. X-6.

¹⁰⁷³*Anglontar Shipping Co. Ltd. v. Swan Hunter Shipbuilders Ltd.*, The "London Lion" (1980)70.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI

I. BEDEL ÖDEME BORCU

Gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibinin asli edim borcu, inşa edilecek geminin bedelini ödemektir. İş sahibinin bedel ödeme borcu, Türk Borçlar Kanununun 479 ilâ 481. maddelerinde düzenlenmiştir.

A) GENEL OLARAK GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİNDE UYGULANAN BEDEL SİSTEMİ

1- Götürü Bedel

Gemi inşa uygulamasında sözleşme bedeli, genellikle götürü (*festen Übernahme, fixed price*) olarak belirlenmektedir¹. Bedelin götürü olarak belirlenmesi, inşa edilecek geminin bedelinin önceden ve kesin surette tespiti anlamına gelir². Bedelin götürü olarak belirlenmesi, bedelin miktarının, kısmen veya tamamen, tersanecinin işe başladıktan sonra fiilen yaptığı masraflara veya geminin ortaya çıkınca taşıdığı değere bağlı tutulmamasını şart kılar³. Bu nedenle götürü bedel, malzeme ve işçi fiyatları gibi çeşitli maliyet unsurlarının o sıradaki durumuna ve öngörülebilir gelişimine, daha önce yapılmış benzer işlerden elde edilen tecrübelerle göre ve bir miktar da genel masraf, amortisman ve kâr payı konularak belirlenir⁴. Genel masrafların muhtevasına, deneme yüzüşlerinin gerçekleştirilmesi için gerekli olan masraflar ve sınıflama kuruluşları ile diğer idari makamların geminin inşasını denetlemesi ve ilgili belgeleri düzenlemesi için uyguladığı ücretler de dahildir⁵. İş sahibi tarafından tedarik edilen malzemenin bedeli ve teslimden sonra tescil için yapılan masraflar ise götürü bedel kapsamında değildir⁶.

¹ Curtis, s. 33; Clarke, s. 17; İstanbullu, s. 110.

² Tandoğan (C. II), s. 234; Erman, s. 63; Aral, s. 373; Gümüş (C. 2), s. 150; Baygın (Ücret), s. 30.

³ Oser/Schönenberger, Art. 373, N. 2; Tandoğan (C. II), s. 235; Gürpınar, D.: Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006, s. 57.

⁴ Tandoğan (C. II), s. 236.

⁵ Curtis, s. 33.

⁶ Curtis, s. 33.

Götürü bedel, uygulamada iki şekilde ortaya çıkar. Anahtar teslimi sabit ücret olarak adlandırılan *toptan götürü bedel (Pauschalpreis)* türünde, iş sahibi imal edilecek eserin tamamı için önceden belirlenen tek bir tutar ödenmek zorundadır⁷. Sabit birim fiyatlarla belirlenen götürü bedel türünde ise, eserin imali için gerekli birimler önceden sabit bir fiyat (*Einheitspreis*) belirlemek suretiyle tespit edilir. Bedel, yapılan işin ve kullanılan malzemenin miktarına göre; yani yapılacak işin metrekaresine, kilosuna veya parça sayısına göre önceden tespit edilir⁸ ve nihai olarak ödenecek tutar, her değişik edim birimi başına düşen birim ücretin, o edimin miktarı ile çarpılması sonucunda bulunur⁹. Gemi inşa sözleşmesinde bedel, tek bir fiyatın uygulanmasının kararlaştırıldığı anahtar teslimi bedel şeklinde belirlenebileceği gibi, belirli iş kalemleri için toptan götürü bedel, çelik, boru veya boya işçilikleri gibi iş kalemleri için birim fiyatlar üzerinden bedel ödenmesi kararlaştırılabilir¹⁰.

Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin ilk fıkrasına¹¹ göre, *bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin arttırılmasını isteyemez.* Bu hüküm uyarınca, götürü bedel kararlaştırıldıktan sonra, işin değerinin tarafların ilk tahminlerinden fazla veya az olduğu anlaşılrsa dâhi, bedel miktarı değişmez. Bu bedel, geminin imâli için gerçekte harcanan emek ve masraf tutarlarından bağımsızdır¹². İmal edilecek geminin bedeli, peşin ve kesin

⁷ *Gauch*, N. 900 vd.; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 6; *Aral*, s. 373; *Kaplan*, s. 129; *Gümüş (C. 2)*, s. 150; *Baygın (Ücret)*, s. 30-31. Gerçek anlamda götürü ücret olarak adlandırma için bkz. *Gürpınar*, s. 56. Bununla birlikte toptan götürü ücretin eserin tümü yanında, eserin bir kısmı ya da sadece tek bir edimin ifası için de kararlaştırılması mümkündür. Bkz. *Gauch*, P.: “Die Vergütung von Bauleistungen”, Schweizerische Baurechtstagung 1987, Tagungsunterlagen Band I, Freiburg 1987, s. 1-23, s. 8.

⁸ *Gauch*, N. 917; *Gauch (Die Vergütung)*, s. 9; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 7; *Gökyayla*, s. 222; *Aral*, s. 373; *Kaplan*, s. 133; *Baygın (Ücret)*, s. 34-35;

⁹ *Gauch*, N. 917; *Tandoğan (C. II)*, s. 236; *Kaplan*, s. 133; *Baygın (Ücret)*, s. 35; *Gürpınar*, s. 64.

¹⁰ Bu şekilde belirlenen bedel, götürü bedel-birim fiyat kombinasyonlu bedel olarak adlandırılmaktadır. *Kaplan*, s. 130; *Baygın (Ücret)*, s. 47.

¹¹ BK m. 365/1’i karşılayan bu hükümde, metninde yapılan sadeleştirme dışında hüküm değişikliği bulunmamaktadır.

¹² *Gauch*, N. 902; *Gauch (Die Vergütung)*, s. 9; *Oser/Schönenberger*, Art. 373 N. 2; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 6; *Bühler*, Art. 373, N. 11; *Tunçomağ*, s. 1053; *Aral*, s. 373; *Kaplan*, s. 130; *Baygın (Ücret)*, s. 31; *Gürpınar*, s. 57.

olarak tespit edilmiştir ve bağlayıcıdır¹³; maliyetlerin artması, tersanecinin beklediği kârı elde edememesi veya zarar etmesi, ücretin artırılmasına dayanak olamaz¹⁴.

İşin uzmanı ve basiretli bir işadamı olan tersanecinin, gemiyi meydana getirmek için gerekli giderleri ve inşaat sürecinde bunlarda meydana gelebilecek muhtemel artışları doğru biçimde hesaplaması lazım gelir¹⁵. Bu anlamda bedel riskini tersaneci taşır¹⁶. Diğer yandan gemi, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin 3. fıkrası¹⁷ uyarınca, götürü bedelin indirilmesini talep edemez; belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.

2- Götürü Bedelin Kesinliğine İlişkin Kuralın İstisnaları

Gemi inşası gibi uzun süreli sözleşmelerde, işin ifası için başlangıçta hesap edilen masraf ve harcamalar, çoğu zaman sonradan yeterli olmaz. Bu riski dikkate alan ve götürü bedelin kesinliği konusunda esneklik yaratmak isteyen taraflar, uzun süren inşa aşamasındaki maliyet değişikliklerini bedele yansıtma amacıyla, “eskalasyon kaydı” olarak da anılan “uyarlama kayıtları”na başvurmaktadır. Ayrıca, Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrasına göre, tersaneci önceden öngörülemeyen haller ortaya çıkarsa, uyarılma talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir. Son olarak ek iş veya iş değişikliği nedenleriyle tersanecinin masraflarının artması, götürü bedelde değişikliğe sebep olabilmektedir¹⁸.

a) Eskalasyon Kaydı

Uzun süreli sözleşmelerde, paranın değer kaybını dikkate alan taraflar, bedelin belirli emtia gruplarının değerlerinin değişimine uyularak tespit edileceğini ve

¹³ *Gauch*, N. 901; *Gürpınar*, s. 57;

¹⁴ *Gauch*, N. 903; *Bühler*, Art. 373, N. 11; *Kaplan*, s. 130; *Baygın (Ücret)*, s. 31; *Gürpınar*, s. 58; *Gökyayla*, s. 219.

¹⁵ *Gürpınar*, s. 58; *Gökyayla*, s. 219-220. *Baygın (Ücret)*, s. 31.

¹⁶ *Bühler*, Art. 373, N. 11; *Pedrazzini*, s. 537; *Kaplan*, s. 130; *Baygın (Ücret)*, s. 31; *Gürpınar*, s. 59.

¹⁷ BK m. 365’in son fıkrasını karşılayan bu hükümde, metninde yapılan sadeleştirme dışında hüküm değişikliği bulunmamaktadır.

¹⁸ *Curtis*, s. 34; *Oser/Schönenberger*, Art. 373, N. 3; *Gauch*, N. 905; *Zindell/Pulver*, Art. 373, N. 6; *Bühler*, Art. 373, N. 16; *Kaplan*, s. 130.

borcun bu ayarlamalara sadık kalınarak ifa edileceğini kararlaştırmaktadır¹⁹. Bu sebeple, eserin imalinde kullanılan emek ve malzemeye ilişkin fiyat artışının veya eksilişinin, eserin bedeline yansıtılmasına ilişkin kayıtlar sözleşmeye konulmaktadır²⁰. Uzun süreli bir inşa faaliyeti gerektiren gemi inşa sözleşmesinde de, temel bedelin artırılmasına imkan sağlayan uyarılama kayıtlarına sıklıkla yer verilmektedir²¹.

Sözleşmedeki bu tür kayıtlar uyarınca bedel, emek ve malzeme maliyetlerindeki değişime bağlı olarak, yeniden belirlenir²². Böylece, sözleşme fiyatı, emek ve malzeme maliyetlerindeki azalma veya artışa bağlı olarak değişir. Bu tür kayıtlar ile götürü bedelin sabit niteliği bizzat sözleşmeyle bozulmakta; ancak yine de özellik kazanmış olan bir götürü bedel söz konusu olmaktadır²³.

Eskalasyon kayıtlarının geçerliği, bedeldeki uyarılamanın, özellikle uyarılamanın tespiti için atıf yapılan referansın, tereddüde mahal bırakmayacak şekilde, açıkça düzenlemiş olması şartına bağlıdır²⁴. Bu nedenle bedeli yeniden belirleyen referansın veya endeksin açık bir şekilde anlaşılmadığı, ne esasa göre işleyeceğinin belli olmadığı veya taraflardan birinin iradesine tabi kılındığı uyarılama kayıtları geçersizdir²⁵.

Sözleşmede uyarılamanın tabi olduğu atıf veya referansa başvurmak, bunların artık yayınlanmaması nedeniyle sonradan mümkün olmazsa, kaydın tamamen hükümsüzlüğüne karar vermek yerine, tarafların iradelerine en yakın formülün bulunması icap eder²⁶. Gemi inşa sözleşmesinde uyarılama kaydına yer veren taraflar, çoğu zaman bu kaydın tersanecinin temerrüdü halinde uygulanmayacağını ya da

¹⁹ *Atabek*, R. “Uzun Süreli Sözleşmelerde Yeni Durumlara Uyum”, *BATİDER*, C. XII, S. 4, 1984, s. 88.

²⁰ *Zindell/Pulver*, Art. 373, N.6; *Tandoğan* (C. II), s. 238; *Kaplan*, s. 132; *Baygın* (Ücret), s. 33; *Gürpınar*, s. 62; *Gökyayla*, s. 220.

²¹ *Clarke*, s. 21; *Mandaraka-Sheppard*, s. 431.

²² *Gauch*, N. 910; *Baygın* (Ücret), s. 33; *Gürpınar*, s. 62; *Gümüş*, s. 151.

²³ *Gauch*, N. 910; *Gürpınar*, s. 62; *Zindell/Pulver*, Art. 373, N.6; *Kaplan*, s. 132; *Baygın*, s. 33; *Gökyayla*, s. 220-221. Bu şekilde ortaya çıkan bedel, öğretide “global ücret” olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. *Gauch*, N. 904; *Bühler*, Art. 373, N. 13; *Zindell/Pulver*, Art. 373, N. 6; *Kaplan*, s. 131; *Gürpınar*, s. 59.

²⁴ *Atabek*, s. 94.

²⁵ *Atabek*, s. 94.

²⁶ *Atabek*, s. 94-95.

uygulanmasının, tersanecinin borcunu usulüne uygun olarak ifa etmesine bağlı olduğunu kararlaştırmaktadır²⁷.

b) Uyarılama ve Sözleşmeden Dönme Hakkı

Götürü bedelin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, masraf artışlarından doğan tüm riskleri tersaneci üstlenmektedir. Ancak Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrasına göre, *başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir*²⁸. Yüklenicinin sabit bedelle olan bağlılığını kabul edilebilir bir ölçüyle sınırlandırmayı amaçlayan²⁹ ve temelini Türk Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kuralında bulan bu hüküm, *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin özel bir uygulamasını teşkil etmektedir³⁰.

i. Uygulanma Şartları

aa) Beklenilmeyen Durumların Ortaya Çıkması

Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrasının uygulanabilmesinin ilk şartı, “başlangıçta öngörülemeyen” veya “öngörülebilir de göz önünde tutulmayan” beklenilmeyen durumların meydana gelmesidir. Beklenilmeyen durumların öngörülemezliği tespit edilirken, olayların olağan akışına göre işini etkileyecek olayları bilmesi gereken, uzman ve özenli bir tersaneci temel alınmalıdır³¹. Ayrıca

²⁷ Clarke, s. 24.

²⁸ BK m. 365/II'ye denk gelen bu hükümde “bedeli tezyit” hakkı yerine “uyarlama hakkı”ndan, “sözleşmenin feshi” yerine de “sözleşmeden dönme” hakkından bahsedilmektedir.

²⁹ Gauch, N. 1047; Kaplan, s. 150; Gürpınar, s. 114.

³⁰ Oser/Schönenberger, Art. 373, N. 6; Gauch, N. 1071; Zindell/Pulver, Art. 373, N. 2, 16; Bühler, Art. 373, N. 20; Pedrazzini, s. 539; Tandoğan (C. II), s. 239; Aral, s. 374; Kaplan, s. 150; Erman, s. 81; Baygın (Ücret), s. 64; Gürpınar, s. 119 vd. Ayrıca söz konusu hükmün, TBK m.32'de (BK m. 24/I-4) belirtilen hata halinin özel bir düzenlemesi olarak önceliğe sahip olduğu yönünde bkz. Zindell/Pulver, Art. 373, N. 2.

³¹ Gautschi, Art. 373, N. 15 a; Zindell/Pulver, Art. 373, N. 16; Bühler, Art. 373, N. 24; Pedrazzini, s. 538; Tandoğan (C. II), s. 240; Baygın (Ücret), s. 70; Gürpınar, s. 139; Gümüş (C. 2), s. 171. Bedelin hesaplanmasında yüklenicinin özenli davranma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin neticelerine yüklenici katlanmalıdır. Bkz. Pedrazzini, s. 538.

işin niteliği, yapılma zamanı ve sözleşmenin süresi gibi noktalar da somut olarak göz önünde bulundurulmalıdır³².

Beklenilmeyen durumların kapsamına öncelikle mücbir sebepler³³ ve mücbir sebep dışında kalan bazı umulmayan haller girer. Havalarda olağanüstü bozuk olması gibi doğal olaylar veya uzun süren bir grev sonucu işçi çalıştırılmaması, savaş, seferberlik gibi haller yüzünden malzeme sağlanamaması, devalüasyon yüzünden dışarıdan getirilmesi gerekli malzemenin fiyatlarının çok yükselmesi, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olmayan ve tersaneciye çok külfet yükleyen bir verginin sonradan konulması gibi sosyal, ekonomik ve teknik olaylar, işlerin olağan gidişine göre, beklenilmeyen durum olarak kabul edilebilir³⁴. Kanunda veya idari uygulamalardaki değişiklikler, gümrük sınırlamaları, ithal-ihraç yasakları, vergi ve gümrük uygulamalarındaki değişiklikler ile devlet müdahaleleri gibi hukuki durumdaki değişikliklerin de beklenilmeyen durum olarak kabulü mümkündür³⁵.

Öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, akdin lüzumlu vasıflarında esaslı hataya düşülmesine benzer niteliktedir³⁶. Zira taraflar, masrafları arttıracabilecek bazı durumların ortaya çıkması olasılığını öngörmekteyken yaptıkları incelemeler sonucunda, bunların ileride ortaya çıkmayacağı kanaatine ulaşmaktadır. Bu kanaat, tarafların götürü bedel tayin etmelerine açıkça veya zımnen temel olmaktadır; olayların daha sonraki gelişimi tarafların böyle bir temele dayanmakta yanıldıklarını gösterir³⁷.

bb) Beklenilmeyen Durumun Geminin Götürü Bedelle Tamamlanmasına Engel Olması veya Aşırı Derecede Güçleştirilmesi

³² *Oser/Schönenberger*, Art. 373, N. 7; *Bühler*, Art. 373, N. 24; *Tandoğan* (C. II), s. 240; *Akyazan*, S. "Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilemeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerine Bir İnceleme", BATİDER, C. VII, S. 2, 1973, s. 302; *Erman*, s. 80.

³³ *Oser/Schönenberger*, Art. 373, N. 7; *Gauch*, N. 1080; *Zindell/Pulver*, Art. 373, N. 18; *Bühler*, Art. 373, N. 26; *Pedrazzini*, s. 538; *Erman*, s. 71; *Kaplan*, s. 150; *Baygın* (Ücret), s. 66; *Güleç*, Ş.: *Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi*, Ankara 2009, s. 43.

³⁴ *Oser/Schönenberger*, Art. 373, N. 7; *Tandoğan* (C. II), s. 240; *Baygın* (Ücret), s. 66; *Becker*, Mad. 373, N.7; *Zindell/Pulver*, Art. 373, N. 18; *Kaplan*, s. 151; *Erman*, s. 73-76; *Gümüş* (C. 2), s. 172; *Gürpınar*, s. 143.

³⁵ *Tandoğan* (C. II), s. 240; *Gürpınar*, s. 143.

³⁶ *Tandoğan* (C. II), s. 242; *Baygın* (Ücret), s. 72.

³⁷ *Tandoğan* (C. II), s. 242.

Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrasından doğan hakların kullanılabilmesi için, beklenilmeyen durumların ortaya çıkması tek başına yeterli değildir; bunların geminin imalini aşırı derecede güçleştirmesi de gerekir³⁸. Bu güçleşme, teknik olarak işin tamamlanmasında değil, maliyetin aşırı derece artması nedeniyle, geminin baştan kararlaştırılan bedelle tamamlanmasındadır³⁹.

Beklenilmeyen durumlar nedeniyle maliyetlerde ortaya çıkan artış, tersanecinin edimi ile götürü ücret arasında, tersanecinin katlanması beklenmeyecek ölçüde açık bir orantısızlığa yol açarsa, ifa yükünün aşırı derecede güçleştiği kabul edilir⁴⁰. Bu çerçevede masraflarda artma oranı ve ortaya çıkan ifa güçlüğünün tersanecinin olağan rizikosu içinde olup olmadığı incelenmelidir⁴¹; zira olağan rizikoyu üstlenmesi gereken tersaneci, aşırı düzeye çıkan rizikodan sorumlu tutulamaz. Aşırı rizikonun ortaya çıkmasıyla, tersanecinin hâkimden sözleşmeye müdahale etmesini isteme hakkı doğar⁴². Buna karşın maliyetlerdeki artışın tersanecinin somut gemi inşasından kâr elde edememesine yol açması, hükmün uygulanması için yeterli değildir⁴³. Hatta tersanecinin önemli bir zarara uğraması bile ifa güçlüğünün aşırı zorlaşması olarak kabul edilmeyebilir⁴⁴. Ancak, hükmün uygulanması için sözleşmeye devamın mutlaka tersanecinin iktisaden mahvını gerektirmesi şart olmayıp⁴⁵, tersanecinin ifa güçlüğüne maruz kalması kâfidir.

³⁸ İşin tamamlanmasına engel olma kavramı, ifanın aşırı derecede güçleşmesi kavramının içinde yer almaktadır. Bkz. *Gauch*, N. 1051. İfa imkânsızlığı meydana geldiğinde, ifa güçlüğünden farklı olarak, TBK m. 480/2 değil, 136. maddenin uygulanması gerekecektir. *Oser/Schönenberger*, Art. 373, N. 10; *Gautschi*, Art. 373, N. 12 a; *Gauch*, N. 1055; *Tandoğan* (C. II), s. 246; *Erman*, s. 81; *Baygın* (Ücret), s. 80; *Güleç*, s. 151. Bu yorum TBK m. 138'de düzenlenmiş olan aşırı ifa güçlüğü ile ilgili hükümde, imkânsızlıktan bahsedilmemesi nedeniyle TBK ile de uyum içindedir. *Bühler* ise, Kanununun 480. maddesinin II. fıkrasında (İBK m. 373/II) yer alan hükmün, 136. madde (İBK m. 119) karşısında daha özel ve kapsamlı bir düzenleme içermesi nedeniyle, 136. maddeye müracaat edilmemesi gerektiği görüşündedir. Bkz. *Bühler*, Art. 373, N. 20.

³⁹ *Gauch*, N. 1052; *Gautschi*, Art. 373, N. 12 a; *Zindell/Pulver*, Art. 373, N. 22; *Bühler*, Art. 373, N. 32; *Tandoğan* (C. II), s. 246; *Aral*, s. 375; *Kaplan*, s. 151; *Gümüş* (C. 2), s. 174; *Gürpınar*, s. 145; *Baygın* (Ücret), s. 60.

⁴⁰ *Gauch*, N.1058; *Zindell/Pulver*, Art. 373, N. 23; *Bühler*, Art. 373, N. 32; *Kaplan*, s. 152; *Gümüş* (C. 2), s. 174; *Gürpınar*, s. 146.

⁴¹ *Oser/Schönenberger*, Art. 373, N. 9; *Tandoğan* (C. II), s. 244; *Erman*, s. 82; *Baygın* (Ücret), s. 81

⁴² *Tandoğan* (C. II), s. 244; *Baygın* (Ücret), s. 81; *Güleç*, s. 153.

⁴³ *Gauch*, N. 1063; *Zindell/Pulver*, Art. 373, N. 23; *Tandoğan* (C. II), s. 245; *Kaplan*, s. 152; *Gürpınar*, s. 147; *Baygın* (Ücret), s. 81.

⁴⁴ *Gauch*, N. 1064; *Oser/Schönenberger*, Art. 373, N.9; *Gürpınar*, s. 147.

⁴⁵ *Gauch*, N. 1065; *Zindell/Pulver*, Art. 373, N. 23; *Tandoğan* (C. II), s. 245; *Oser/Schönenberger*, Art. 373, N.9; *Kaplan*, s. 152; *Akyazan* (Götürü Ücret), s. 303; *Aral*, s. 376; *Gümüş* (C. 2), s. 174; *Erman*, s. 83; *Baygın* (Ücret), s. 84; *Gürpınar*, s. 148.

cc) Diğer Şartlar

Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrasından doğan hakların kullanılması, bu madde hükmünde açıkça ifade edilmeyen diğer bir takım şartların meydana gelmesine de bağlıdır⁴⁶. İlk olarak, söz konusu beklenilmeyen durumun tersanecinin kusurundan kaynaklanmamış olması gerekir⁴⁷. Dolayısıyla tersaneci, gemi inşa işlerinin organizasyonunda ve malzemenin temininde ihmâlde bulunmuşsa⁴⁸ veya işin bedelinde fazla artışa neden olan beklenmeyen durumlar, tersanecinin kusuruyla temerrüde düşmesinden kaynaklanmışsa, kanunda sayılan haklar kullanılamaz⁴⁹.

Beklenilmeyen durumların varlığının bilinmesine rağmen geminin inşasına devam edilmesi, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden, Kanunun 480. maddesinin 2. fıkrasından faydalanmak isteyen tersanecinin, bu olağanüstü durumları iş sahibine bildirmesi icap eder⁵⁰. Bu bildirimde, meydana gelen beklenilmeyen duruma ve bunun ifayı ne şekilde aşırı güçleştirdiğine yer verilmeli ve Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hakların talep edildiği ihtar edilmelidir⁵¹. Kanunun tanıdığı haklardan yararlanmak isteyen tersanecinin, kural olarak, değişen hâl ve şartlara rağmen edimini ifa etmemiş olması gerekir; ancak edimini ihtirazi kayıtla ifa eden tersaneci, bu hükme dayanabilir⁵².

Son olarak belirtmek gerekir ki, emredici nitelikte olmayan, Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrasının aksine yapılan sözleşmeler geçerlidir⁵³. Bu

⁴⁶ Menfi şartlar olarak tanımlanabilecek olan bu şartlar, TBK m. 480/2'de açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, uygulama açısından oldukça önem taşımaktadır ve genellikle iş sahibi tarafından ispatı gereken hususlardır. Bkz. *Gauch*, N. 1108.

⁴⁷ *Oser/Schönenberger*, Art. 373, N. 11; *Gauch*, N. 1109; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 25; *Bühler*, Art. 373, N. 33; *Tandoğan* (C. II), s. 246-247; *Kaplan*, s. 152-153; *Erman*, s. 86; *Baygın*, s. 86.

⁴⁸ *Gauch*, N. 1109; *Tandoğan* (C. II), s. 246; *Becker*, Mad. 373, N.7; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 25; *Kaplan*, s. 152-153; *Aral*, s. 376; *Gümüş* (C. 2), s. 175; *Baygın* (Ücret), s. 87-88; *Gürpınar*, s. 148; *Güleç*, s. 154-155.

⁴⁹ *Gauch*, N. 1110; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 25; *Bühler*, Art. 373, N. 33; *Tandoğan* (C. II), s. 247; *Baygın* (Ücret), s. 88.

⁵⁰ *Gauch*, N. 1111; *Gautschi*, Art. 373, N. 16 a; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 25; *Tandoğan* (C. II), s. 247; *Erman*, s. 89; *Gümüş* (C. 2), s. 174-175; *Kaplan*, s. 153; *Baygın* (Ücret), s. 89-90; *Gürpınar*, s. 149.

⁵¹ *Gauch*, N. 1112; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 26; *Gürpınar*, s. 150; *Baygın* (Ücret), s. 90.

⁵² *Kaplan*, s. 153; *Gürpınar*, s. 150; *Baygın* (Ücret), s. 92-93.

⁵³ *Gauch*, N. 1128; *Gauch* (Die Vergütung), s. 13; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 34; *Pedrazzini*, s. 539; *Tandoğan* (C. II), s. 247; *Akyazan* (Götürü Ücret), s. 308; *Aral*, s. 376; *Kaplan*, s. 153; *Erman*, s. 122; *Baygın* (Ücret), s. 100. Örneğin olağanüstü haller dolayısıyla malzeme fiyatları aşırı derecede

nedenle, kanunda tanınan hakların kullanımı, bu haklardan önceden feragat edilmemesine bağlıdır. Ancak İsviçre / Türk doktrinlerinde ve Yargıtay uygulamasında, sonradan ortaya çıkan beklenilmeyen durum, ifayı çok ağır bir şekilde güçleştirirse, bu tür sözleşme kayıtlarının varlığına rağmen, yüklenicinin kanunda sayılan haklar için hâkime başvurabileceği kabul edilmektedir⁵⁴. Aynı şekilde Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasını kaldıran veya sınırlayan kayıtları içeren sözleşmelerde, bu kayıtların iş sahibi tarafından ileri sürülmesi, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, hâkim yine de sözleşmenin uyarlanmasına hükmedebilir⁵⁵.

ii. Hüküm ve Sonuçları

aa) Genel Olarak

Tersaneci, sözleşme ile aksi kararlaştırılmaması ve anılan şartların gerçekleşmesi üzerine, sözleşmenin uyarlanmasını veya sözleşmenin sona erdirilmesini talep etme haklarına sahip olur. Tersanecinin talep ettiği hakkı içeren bildirim alan iş sahibi, kanunda aranan şartların oluşmadığı veya tersanecinin tercih ettiği yolun halin icabına uygun olmadığı kanaatindeyse, uyuşmazlığın bir eda veya menfi tespit davası yoluyla giderilmesini isteyebilir⁵⁶. Bu yüzden doktrinde, tersanecinin bu haklardan dilediğini seçemeyeceği, sadece taraf menfaatlerine en uygun olanını kullanabileceği ifade edilmektedir⁵⁷. Tersaneci, kanundan doğan haklarını, iş sahibine bildirimde

artsa bile bir arttırma talebinde bulunulamayacağı genel olarak şart edilebilir; yahut grev, devalüasyon gibi bazı rizikolar özel olarak sayılarak bunların gerçekleşmesi halinde ücretin arttırılmayacağı kararlaştırılabilir. *Tandoğan*, s. 247-248. TBK m. 480/2'nin uygulanması, yalnızca sözleşmede sayılan bazı mücbir sebeplerin ortaya çıkması hallerine hasredilebilir ya da ücret veya fiyatlardaki artışların hangi oranı bulunca, sözleşme bedeline yansıtacağı önceden kararlaştırılabilir. Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 248-249. Fakat bu yöndeki kayıtların geçerliliği MK m. 23/2'de sayılan sınırlamalara tabidir. *Gauch*, N. 1130; *Gauch* (Die Vergütung), s. 13; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 27; *Tandoğan* (C. II), s. 247; *Aral*, s. 376; *Kaplan*, s. 153; *Baygın* (Ücret), s. 97; *Gümüş* (C. 2), s. 172.

⁵⁴ *Gauch*, N. 1130; *Baygın* (Ücret), s. 101; *Akyazan* (Götürü Ücret), s. 309-310. Emsal mahiyette bkz. Y. 13. HD. E. 1997/7416, K. 1997/7969, T. 13.10.1997; YHGK E. 1997/13-493 K. 1997/764 T. 1.10.1997; Y. 13. HD. E. 1998/5829 K. 1998/7843 T. 15.10.1998; Y. 13. HD. E. 1998/5829 K. 1998/7843 T. 15.10.1998; Y. 13. HD. E. 1994/4395K. 1994/4330 T. 27.5.1994; YHGK E. 2003/13-599 K. 2003/599 T. 15.10.2003.

⁵⁵ *Tandoğan* (C. II), s. 250; *Erman*, s. 126; *Baygın* (Ücret), s. 101. YHGK. 22.1.1958, E. T-1, K. 7 sayılı kararı için bkz. ABD1958, s. 206 vd.

⁵⁶ *Baygın* (Ücret), s. 108. Ayrıca bkz. *Tandoğan* (C. II), s 251 vd.

⁵⁷ *Gauch*, N. 1119.

bulunmak yerine, doğrudan dava yolu ile de kullanılabilir⁵⁸. Tersanecinin başvurusu üzerine hâkim, dürüstlük kuralı ışığında yapacağı değerlendirme sonucunda, taraf menfaatlerine ve halin icabına uygun bir çözüme hükmetmek konusunda takdir yetkisine sahiptir.

bb) Sözleşmenin Yeni Koşullara Uyarlanması

818 sayılı Borçlar Kanununun 365. maddesinin 2. fıkrasında, hâkimin sözleşmeyi uyarlama yetkisinden söz edilmemesi nedeniyle, hâkimin bu yetkisinin bulunup bulunmadığına ilişkin doktrinde farklı görüşler bulunmaktaydı⁵⁹. Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrasında ise, hâkimin uyarlama yetkisinin bulunduğu açıkça belirtildiğinden bu konudaki tartışmalar sona ermiştir. Uyarlama kapsamında, sözleşme bedelinde artış yapabilecek olan hâkim, sözleşmedeki edimin ifa şeklinde bazı değişiklikler yapabileceği gibi ifa süresini uzatabilir.

Doktrinde, hâkimin takdir yetkisini kullanırken esas alması gereken bir takım kıstaslara yer verilmektedir. Örneğin, geminin inşası tamamlanmışsa veya çok ilerlemişse, iş sahibinin gemiye acil ihtiyacı varsa ya da sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması hususunda anlaşan taraflar, bedelin artış miktarında uzlaşmıyorsa,

⁵⁸ Doktrinde bu hakkın kapsamı ve kullanılış tarzı bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Kanun maddesinin lafzından hareket eden ilk görüşe göre yüklenici, kendisine tanınan hakları ancak dava yolu ile kullanılabilir. *Gauch*, N. 1122; *Zindell/Pulver*, Art. 373, N. 30; *Becker*, Md. 373, N. 10; *Eren*, İnşaat, s. 103; *Gümüş* (C. 2), s. 176. Bu kapsamda yüklenicinin açacağı dava bir yenilik doğuran dava, hâkimin vereceği karar ise yenilik doğuran karardır. *Gauch*, N. 1126; *Zindell/Pulver*, Art. 373, N. 32; *Gümüş* (C. 2), s. 176. Diğer bir görüşe göre ise, şartların gerçekleşmesi halinde yüklenici, haklarını tek taraflı ve yöneltmesi gerekli bir irade beyanı ile kullanabilmelidir. *Gautschi*, Art. 373, N. 13 b; BGE 48 II 125; BGE 116 II 315; *Oser/Schönenberger*, Art. 373, N. 16; *Bühler*, Art. 373, N. 38; *Tunçomağ* (C. II), s. 1061; *Erman*, s. 114-115; *Yavuz*, C.: “Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 498; *Serozan*, s. 383; *Baygın* (Ücret), s. 106. Bunun sonucu olarak hakimin uyuşmazlık sonucu verdiği karar yenilik doğurucu bir karar olmayıp, açıklayıcı bir karar niteliğindedir. Ancak hakim, dürüstlük kuralı uyarınca yaptığı değerlendirmeden sonra, olaya uygulanacak hukuki sonucun değişik olduğuna hükmederse, bu takdirde karar yenilik doğurucu bir nitelik taşıyacaktır. *Erman*, s. 115.

⁵⁹ Hükümün lafzına bağlı kalınması gerektiğini savunan görüşe göre hâkim, MK m. 4 çerçevesinde sahip olduğu takdir yetkisi kapsamında, bedelin artırılmasına veya sözleşmenin sona erdirilmesine hükmedecektir; yüklenici bunların dışında bir sonucu talep edemeyeceği gibi hâkim de bunların dışında bir sonuca hükmedemez. *Gauch*, N. 1119; *Becker*, Mad. 373, N. 10; *Bühler*, Art. 373, N. 35; *Tandoğan* (C. II), s. 256; *Eren* (İnşaat II), s. 103; *Gümüş* (C. 2), s. 176; *Baygın* (Ücret), s. 114. Diğer bir görüşe göre ise, hâkimin takdir yetkisi sözleşmeyi yeni şartlara uyarlamayı da içermektedir. *Erman*, s. 110; *Yavuz*, s. 541; *Ayan*, S., s. 128, dn. 144.

hâkimin bedel artırımına karar vermesi yerinde olur⁶⁰. Buna karşılık gemi inşasına yeni başlanmışsa veya sözleşmeye devam edilmesi, iş sahibin edimini ağırlaştırıyorsa ya da gerekli bedel artışı yapıldığı takdirde, iş sahibinin kabul etmesi beklenemeyecek bir tutara ulaşıyorsa, sözleşmenin sona erdirilmesi uygun düşer⁶¹. Takdir yetkisini kullanırken iki çözüm arasında tereddüde düşen hakim, mümkün olduğunca sözleşmenin ayakta tutulmasını sağlaması gerekir⁶².

Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, bedel artırılırken, karşılıklı edimler arasında fazla maliyet nedeniyle meydana gelen dengesizliği ortadan kaldıracak ve tersaneciden edimini ifa etmesi beklenir düzeye getirecek uygun bir bedel artışı sağlanmalıdır⁶³. Bedel artışı ile tersanecinin zarara uğramaması veya kazanç elde etmesi amaçlanamaz⁶⁴ veya artan masraf tutarlarının tamamı iş sahibine yükletilemez⁶⁵. Bu nedenle tersanecinin kâr sağlamayacağı ve fakat kayıplarını katlanılabilecek bir düzeye getiren bir artışa karar vermek gerekir⁶⁶.

Bedel artış miktarının tespitinde yalnızca tersanecinin olağan rizikosu dışında kalan masraf artışları dikkate alınmalıdır. Bu nedenle öncelikle sözleşme kurulduğu anda tersanecinin objektif olarak göze alması gereken olağan rizikonun tespit edilmesi lazım gelir⁶⁷. Belirlenecek bu tutarı aşan masraf artışı, taraflar arasında adil olarak paylaşılmalıdır⁶⁸.

cc) Sözleşmeden Dönme

⁶⁰ *Becker* Mad. 373 N. 10; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 31; *Bühler*, Art. 373, N. 40; *Tandoğan* (C. II), s. 253; *Erman*, s. 112; *Baygın* (Ücret), s. 112; *Gürpınar* s. 152; *Gökyayla*, s. 234, dn. 383.

⁶¹ *Tandoğan* (C. II), s. 253; *Erman*, s. 112; *Baygın* (Ücret), s. 112.

⁶² *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 31; *Pedrazzini*, s. 539; *Bühler*, Art. 373, N. 44.

⁶³ *Gauch*, N. 1115; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 28; *Bühler*, Art. 373, N. 41; *Gürpınar*, s. 153.

⁶⁴ *Gauch*, N. 1115; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 28; *Oser/Schönenberger*, Art. 373, N. 14; *Gürpınar*, s. 153; *Gümüş* (C. 2), s. 178.

⁶⁵ *Gauch*, N. 1115; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 28; *Bühler*, Art. 373, N. 41; *Aral*, s. 376-377; *Baygın* (Ücret), s. 113; *Gürpınar*, s. 153; *Gümüş* (C. 2), s. 178.

⁶⁶ *Oser/Schönenberger*, Art. 373, N. 14; *Aral*, s. 376-377; *Gökyayla*, s. 233-234.

⁶⁷ *Tandoğan* (C. II), s. 256; *Baygın* (Ücret), s. 113; *Gürpınar*, s. 153; *Gökyayla*, s. 234-235.

⁶⁸ *Baygın*, s. 113. Doktrinde, kanunda sayılan diğer şartların gerçekleşmesiyle önemli bir masraf azalmasının gündeme gelmiş olması durumunda, iş sahibinin de ücrette indirim talep etme hakkının bulunduğu; aksi kabulün, dürüstlük kuralına dayanan *clausula rebus sic stantibus* genel ilkesine ters düşeceği ifade edilmektedir. Bkz. *Gauch*, N.1146; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 4; *Baygın* (Ücret), s. 130; *Gürpınar*, s. 154. Aksi yönde bkz. *Kaplan*, s. 154-155.

Türk Borçlar Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, tersaneciye tanınan diğer bir hak, sözleşmeden dönmedir⁶⁹. Tersaneci, dönme hakkını, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasının mümkün olmaması ya da iş sahibinden, tersanecinin uyarlama istemini kabul etmesinin beklenememesi koşullarından biri gerçekleşirse kullanabilir.

Tersanecinin kanunun verdiği bu hakkı kullanarak sözleşmeden dönmesiyle, henüz ifa edilmemiş olan borçlar sona erer⁷⁰. Sözleşmeden, beklenilmeyen durumlar nedeniyle dönülmesi üzerine, tersaneci veya iş sahibinin, tazminat talep etme hakkının bulunup bulunmadığına dair doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır⁷¹. *Bühler*, kanun maddesi kapsamında sahip olduğu takdir yetkisini kullanan hâkimin, iş sahibi ya da yüklenici lehine tazminata hükmedebileceği görüşündedir⁷².

Ayrıca Kanununun 480. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesi uyarınca, dürüstlük kuralı gerektiriyorsa, dönme hakkının yerini fesih hakkı alır. 818 sayılı Borçlar Kanununda bulunmayan bu tür bir düzenleme ile, eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olarak kabul edilmesinin doğurabileceği hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesi amaçlanmıştır⁷³.

⁶⁹ BK m. 365/II'de, yükleniciye tanınan hak "sözleşmenin feshi" olarak anılmaktaydı. Bu ifade doktrinde farklı görüşlere neden olmaktadır. Hakim görüşüne göre, "sözleşmenin feshi" ifadesinden anlaşılması gereken sözleşmeden dönme idi. Bkz. *Yavuz*, s. 540; *Tunçomağ* (C. II), s. 1060; *Baygın* (Ücret), s. 118. Aksi görüşte olan *Erman*, istisna sözleşmesinin sürekli sözleşmelerden sayılması gerektiği kanısında olup burada gerçek anlamda bir feshin ifade edilmek istenildiğini belirtmiştir. Bkz. *Erman*, s. 106. Diğer bir görüş ise, hakimin, sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisini kullanırken taraf menfaatlerini dikkate alarak sözleşmenin ileriye veya geriye etkili olarak sona erdirebileceğini savunmuştur. Bkz. *Gauch*, N. 1117; *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 29; *Gümüş* (C. 2), s. 178. Hatta taraf menfaatlerinin gerektirdiği hallerde kısmen ifa edilen kısım için ücret artırımı ve geriye kalan kısım için sözleşmenin sona erdirilmesine karar verilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bkz. *Zindel/Pulver*, Art. 373, N. 29.

⁷⁰ *Baygın* (Ücret), s. 120-121; *Güleç*, s. 171.

⁷¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. *Güleç*, s. 166-169; *Baygın* (Ücret), s. 124-125. *Baygın*'a göre, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde hakim iş sahibi lehine tazminat verilmesine hükmedebilir. "Nasıl ki, kendisini derhal vuku bulacak bir tehlikeden korumak için başkasının malına zarar veren kimse, fiili hukuka aykırı olmasa ve kusurlu sayılamasa dahi karşı tarafa hakkaniyete uygun bir tazminat vermek zorundaysa, ifa güçlüğü sebebiyle sözleşmeden dönen müteahhit de iş sahibine hakimin tayin edeceği riski paylaşma parası ödemelidir". Bkz. *Baygın* (Ücret), s. 127.

⁷² *Bühler*, Art. 373, N. 45.

⁷³ Bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 480. maddesine ilişkin Gerekçesi, s. 204-205.

B) İFASI

1- İfa Zamanı ve Yeri

Bedel ödeme borcunun ifa zamanı ile ilgili sözleşme hükümleri, inşa edilen geminin maliyetine ve tarafların pazarlık gücüne bağlı olarak değişir. Tersaneci açısından, henüz inşa faaliyetleri devam ederken bedeli elde etmek önemliken; iş sahibi açısından, geminin deneme yüzüşlerinin tamamlanması ve teslimi üzerine bir götürü bedel ödenmesi daha avantajlıdır⁷⁴.

Türk Borçlar Kanununun 479. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, *iş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur*⁷⁵. Geniş malî kaynakları ve yüksek giderleri gerektiren gemi inşası gibi büyük yapı işlerine dair eser sözleşmelerinde ise, iş sahibinin inşa sürecindeki harcama ve giderler için yükleniciye mali katkıda bulunması beklenir. Bu amaçla sözleşmelerde, ara ödemeler (*Abschlagszahlungen*) yapılmasını öngören hükümlere yer verilir⁷⁶. Ara ödemelerin hangi zamanlarda ve ne miktarlarda olacağı, sözleşmede açıkça belirtilir veya bu husustaki meslekî teamüllere veya genel teslim şartlarına atıf yapılarak dolaylı yoldan tespit edilir.

⁷⁴ Böylece iş sahibinin, bir yandan nakit parası üzerinde tasarrufta bulunmaya devam edebilirken, diğer yandan tersanecinin geminin inşasını tamamlayamaması halinde inşayı başka bir tersanede tamamlamak için gereken fonları sağlama konusunda güvence sağlamış olacağı yönünde bkz. *Caldwell, B. M.*: “Ship Building Contracts, Mariner Life”, April 2006, http://www.admiraltylaw.com/fisheries/Papers/ship_building_contracts.htm (et.31.05.2012).

⁷⁵ Bu hüküm, eser sözleşmesinin karşılıklılık (*synallagmatisch*) özelliğine uygun olarak ödeme borcu ile teslim borcu açısından aynı anda ifa kuralını kabul etmiştir. *Bühler*, Art. 372, N. 8; *Zindel/Pulver*, Art. 372, N. 2. Ancak burada satım sözleşmesinden farklı olarak gerçek anlamda bir aynı anda ifa söz konusu değildir. Zira teslim anında eser tamamlanmış olduğundan yüklenici, iş görme edimi açısından önce ifa ile borçludur. Bkz. *Bühler*, Art. 372, N. 9. Aynı yönde bkz. *Oser/Schönenberger*, Art. 372, N. 1. İş görme akitlerindeki önce işin yapılması, sonra paranın alınması hakkındaki genel kural, bu suretle kanun koyucu tarafından istisna akdi için de kabul edilmiştir. Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 302; *Zindel/Pulver*, Art. 372, N. 3. Tarafların, tali nokta olan ödeme modalitelerini ayrıca belirlememeleri ya da bir teamüle, tarifeye, genel işlem şartlarına atıf yapmayarak düzenlememeleri halinde, uygulama alanı kazanacak kanuni düzenleme tarzına göre, yüklenicinin asli iş görme borcu, önce ifa borcu niteliği taşımaktadır. *Gautschi*, Art. 372, N. 2.

⁷⁶ *Gauch*, N. 1162; *Gautschi*, Art. 372, N. 14 a; *Tandoğan* (C. II), s. 302; *Dayınlarlı*, s. 162; *Werz*, N. 121. Özellikle inşa sözleşmelerinde kararlaştırılan ara ödemelerin, TBK m. 479'da (BK m. 364/II) düzenlenen kısmi ödemelerden ayırdedilmesi gerekmektedir. Kısmi ödeme özellikle bölünebilen ve sayı, ölçü ve ağırlıkla tesbit edilen çeşidi ile belli şeylerin ard arda teslimine ilişkin istisna sözleşmelerinde uygulama alanı bulur. Parça parça teslim edilen kısımlar kendi içinde bağımsız bir bütün teşkil eder. Dolayısıyla teslim edilen kısmın ücreti nihai niteliktedir; ara ödemeler ise ileride eserin ücretinden mahsup edilecek geçici ödemelerdir. İhtirazi kayıt olmaksızın yapılan kısmi ödeme sözleşme konusu eserin teslim edilen kısmının sözleşmeye uygunluğunun kabulü anlamını taşır; ara ödemelerin ise yapılan kısmın sözleşmeye uygunluğunun kabulü yönünde bir anlamı yoktur. Ayrıca kısmi ödemenin yapılması kanuna dayandığı halde, ara ödemeler taraflar arasındaki anlaşmaya dayanmakta ve teslim gerçekleşmeden ödenmektedir. Bkz. *Baygın* (Ücret), s. 196-197.

Gemi inşa sözleşmesi uygulamasında, iş sahibinin gerçekleştireceği ara ödemeler, tersanecinin iş programında bir takım ilerlemeler sağlanması koşuluna bağlanmaktadır. Örneğin, geminin omurgasının ortaya çıkması, teknenin tamamlanması, motorların, tankların ve jeneratörlerin takılması, deneme yüzüşünün tamamlanması ve geminin teslim edilmesi üzerine ara ödemeler yapılması kararlaştırılmaktadır⁷⁷. Hemen belirtmek gerekir ki, iş ilerlemelerine bağlı olarak yapılan bu ödemeler, söz gelimi motorun takılması üzerine yapılacak bir ödeme, o kısmın (yani motorun) kabulü anlamına gelmez⁷⁸. Bu ödemeler sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa avans olarak kabul edilmektedir⁷⁹. Nitekim bazı sözleşmelerde, ara ödemelerin avans niteliğinde olduğu açıkça belirtilmektedir. Avans niteliğindeki bu ara ödemeler, iş sahibinin, faiz karşılığı verdiği ödünç benzeri bir nitelik taşır⁸⁰. Avans ödemesinin zamanında ödenmemesi halinde ise bir yan edim borcunun ihlâli söz konusudur⁸¹.

Eser sözleşmesinde, bedelin ifa yeri, tarafların açık veya zımni iradesine göre tayin edilir. Türk Borçlar Kanununun 89. maddesinin I. fıkrasının ilk bendi⁸² uyarınca, sözleşmede aksi düzenlenmedikçe, bir para borcu olan bedelin, tersanecinin yerleşim yerinde ödenmesi gerekir. Uygulamada çoğu zaman bedelin, tersanecinin banka hesabına yatırılacağı kararlaştırılmaktadır.

2- Ayıplı İfa Halinde İş Sahibinin Bedeli Ödemededen Kaçınma veya Takas Beyanında Bulunma Hakkı

Öğreti ve uygulamada baskın olan görüşe göre, bedel alacağının muacceliyet kazanması için, kural olarak, yüklenicinin eseri ayıpsız, sözleşmeye uygun ve tamamlanmış şekilde teslim etmesi icap eder⁸³. Bu görüş uyarınca, ayıplı bir geminin

⁷⁷ *Wüstendörfer*, s. 102.

⁷⁸ *Gautschi*, Art. 372, N. 20 b. Ancak Türk Borçlar Kanununun 479. maddesinin II. fıkrası uyarınca, kısmi ifa için yapılacak kısmi ödemenin, o kısma ilişkin olarak işin kabulü anlamına gelebileceği hususuna dikkat edilmelidir. Bkz. *Gautschi*, Art. 372, N. 20 b, 22.

⁷⁹ *Tandoğan* (C. II), s. 303.

⁸⁰ *Wüstendörfer*, s. 102.

⁸¹ *Wüstendörfer*, s. 102.

⁸² BK m. 73'e denk gelen bu maddede, metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında hüküm değişikliği yoktur.

⁸³ *Oser/Schönenberger*, Art. 372, N. 2; *Pedrazzini*, s. 534; BGE 89 II 235; BGE 94 II 164; *Tandoğan* (C. II), s. 310.

teslim edilmek istenilmesi üzerine, iş sahibi, Türk Borçlar Kanununun 97. hükmüne⁸⁴ dayanarak, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği def'ini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir⁸⁵.

Öğretide giderek taraftar bulan aksi yöndeki görüş ise, Türk Borçlar Kanununun 479. maddesinde sadece eserin tesliminden bahsedilmesi nedeniyle, eserin ayıplı olmasının, bedel alacağının muacceliyetine etkisi olmayacağını kabul etmektedir⁸⁶. Bu görüşe göre, eserin ayıplı olarak teslimi üzerine, iş sahibinin ayıpsız eser teslimine ilişkin alacağının yerini, ayıba karşı tekeffülden doğan haklar alır. Ayıba karşı tekeffülden doğan haklar ile bedel alacağı arasında bir değiş tokuş ilişkisi olmadığından kural olarak Türk Borçlar Kanununun 97. maddesine dayanılmaz. Nitekim ayıba karşı tekeffülden doğan dönme hakkının kullanılmasıyla bedel alacağı ortadan kalktığından, iş sahibinin bedeli ödemediği kaçınması mümkün değildir. Aynı şekilde bedel indirimi hakkı kullanıldığında, artık tarafların borçları arasında bir karşılıklılık söz konusu olamayacağından, iş sahibi bedel ödemekten kaçınmayacak ve fakat eserdeki değer azalması oranına bağlı olarak daha az bir bedel ödeme hakkı kazanacaktır.

Ancak iş sahibinin ayıbın giderilmesi hakkını kullanılmasıyla yüklenicinin iş görme borcu yeniden canlandığından, iş sahibi, muaccel olan bedeli, Türk Borçlar Kanununun 97. maddesine dayanmak suretiyle, ayıbın giderilmesi borcu yerine getirilinceye kadar ödemekten kaçınabilir⁸⁷. Bu nedenle eserin ayıplı olmasının bedel alacağının muacceliyetine etkisi olmayacağını savunan görüş kapsamında dâhi, ayıbın giderilmesi hakkını tercih eden iş sahibi, ödemezlik def'ini ileri sürerek ücreti ödemeyebilir. Gemi inşa sözleşmelerinde ayıbın giderilmesi hakkı, genellikle deneme yüzüğü gerçekleştirildikten sonra ve fakat teslimden önce kullanılacağı için iş sahibinin ödemezlik def'ini ileri sürmesine çoğu zaman gerek kalmayacaktır. Zira bu noktada bedel alacağı henüz muacceliyet kazanmamıştır. Eğer ayıbın giderilmesi çalışmalarından sonra gemide hala ayıp varsa, iş sahibi ya bedel indirimi hakkını

⁸⁴ BK m. 81'e denk gelen bu maddede metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında hüküm değişikliği yoktur.

⁸⁵ *Gautschi*, Art. 372, N. 4; *Tandoğan* (C. II), s. 310; *Baygın* (Ücret), s. 195.

⁸⁶ *Gauch*, N. 2369; *Gauch* (Die Vergütung), s. 19; *Bühler*, Art. 372, N. 15; *Zindel/Pulver*, Art. 372, N. 5; *Koller* (Nachbesserung), N. 308.

⁸⁷ Bkz. *Gauch* (Die Vergütung), s. 19; *Zindel/Pulver*, Art. 372, N. 11-12; *Koller* (Nachbesserung), N. 308.

kullanacak ya da bu ayıp iş sahibinin gemiyi kullanma amacına uygun olarak kullanmasını engelleyecek nitelikte ise iş sahibi sözleşmeden dönecektir. Bu son iki ihtimalde ise yukarıda bahsedilen ikinci görüşe uygun olarak ödemezlik definin ileri sürülmesi söz konusu olmayıp, iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmaktadır. Ancak gemi teslim alındıktan sonra tamir edilebilecek nitelikte olan ve ihtirazi kayıtla kabul edilen ayıplar için iş sahibi ödemezlik defini ileri sürebilecektir.

Ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvuran iş sahibi, “bedelin ayıp oranında indirilmesi” talebini kullanmışsa, bu talebini takas yoluyla ileri sürebilir. Tersanecinin bedel alacağıyla iş sahibinin bedelin indirilmesine ilişkin taleplerinin konusu paradır ve bedel alacağı, tersanecinin gemiyi teslim etmesiyle; bedelin indirilmesi talebi de, iş sahibinin bu yolu seçtiğine dair beyanının tersaneciye ulaşmasıyla muaccellik kazanır ve takasın şartları gerçekleşir⁸⁸. Bu nedenle bedelin indirilmesi talebinin çekişmeli olması, takasın ileri sürülmesine engel teşkil etmez.

3- Temerrüt

a) Temerrüdün Şartları

İş sahibinin bedel ödeme borcunda temerrüde düşmesi için, öncelikle bedelin muaccel olması gerekir. Gemi inşa sözleşmesinde bedelin muacceliyeti, bedel borcunun ödenmesi için kararlaştırılan usule göre belirlenir. Buna göre bedel, ara ödeme kararlaştırılmışsa bu ödemelerin yapılması gereken tarihte; aksi takdirde eserin tesliminde muaccel hale gelir⁸⁹.

Türk Borçlar Kanununun 117. maddesi uyarınca, ödeme için belli bir gün kararlaştırılmamışsa, iş sahibinin bedel borcunda temerrüde düşürülebilmesi için, tersanecinin ihtarına ihtiyaç bulunmaktadır⁹⁰. Ancak borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan

⁸⁸ Baygın (Ücret), s. 194.

⁸⁹ Baygın (Ücret), s. 205.

⁹⁰ Türk Ticaret Kanunumuzun 18. maddesinin III. fıkrası uyarınca, tacirler arasında diğer tarafı temerrüde düşürmeye ilişkin ihtarın noter aracılığıyla, telgrafla veya güvenli imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekir. İhtarla ilişkin bu şekil, karşı tarafı temerrüde düşürmenin sıhhat şartıdır.

biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, iş sahibi ayrıca bir ihtara lüzum olmadan borçlu temerrüdüne düşer. Bu doğrultuda, bedel borcunun ifası için ara ödemeler kararlaştırılan sözleşmelerde, ara ödemelerin düzenlenmesi, onaylanması ve ödenmesi için belli süreler öngörülmüşse, bu sürelerin hitamından sonra, herhangi bir ihtara gerek olmaksızın, iş sahibi temerrüde düşmüş sayılır⁹¹. Türk Ticaret Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrası⁹² uyarınca, tacir olan tersanecinin, diğer tarafın da tacir olduğu bir sözleşme ilişkisinde yapacağı temerrüt ihtarının, noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekir. Ancak madde metninde belirtilen usul geçerlilik şartı değil, bir ispat şartıdır⁹³.

b) Temerrüdün Sonuçları

i. Temerrüt Faizi ve Aşkın Zararın Tazmini

İş sahibinin zamanında ifa etmediği borç, bir para borcu olduğu için, bedel ödeme borcunda temerrüde öncelikle, Türk Borçlar Kanununun 118 ilâ 122. maddelerinde düzenlenen özel hükümler uygulama alanı bulur. Bu özel hükümler uyarınca, tersaneci, bedel yanında temerrüt faizi ödenmesini ve zararının geçmiş günler faizinden fazla olması halinde, aşkın zararının tazmin edilmesini talep edebilir.

Tersanecinin temerrüt faizi isteyebilmesi için, gerçekten bir zarara uğramış olması gerekmediği gibi; iş sahibinin temerrüde düşmede kusurlu olması şart değildir⁹⁴. Taraflar, emredici kurallara, ahlâka ve kamu düzenine aykırı olmaması ve gabin niteliği taşıması koşuluyla, temerrüde düşen tarafın ödeyeceği yıllık gecikme faizi

⁹¹ Baygın (Ücret), s. 207. Herhangi bir hukuki sebebe dayanarak; borç konusu miktarı, geçici bir süre için veya süresiz olarak, yükleniciye ödemekten kaçınma hakkına sahip olan iş sahibi, bu hakkını gereğince kullanırsa, zamanında ödemede bulunmadığı gerekçesiyle, temerrüde düşürülemez. Bkz. Baygın (Ücret), s. 208.

⁹² TK m. 20/3.

⁹³ Nitekim Türk Ticaret Kanununda, ihbar ve ihtarların belli usulde yapılmamasının geçerlik şartı değil, ispat şartı olduğunu açıklamak üzere 6762 sayılı kanundan farklı olarak “muteber olması için” ibaresi alınmamıştır. Bu konuda bkz. Arkan, s. 154; Bilgili, F. / Demirkapı, E.: Ticaret Hukuku Bilgisi, Bursa 2012, s. 66.

⁹⁴ Eren, s. 1056; Dayınlarlı, s. 172.

oranını, serbestçe tayin edebilirler⁹⁵. Taraflar, sözleşmede böyle bir oranı tespit etmemişse, kanuni temerrüt faizi oranı uygulanır⁹⁶.

Geçmiş günler faizinden daha fazla zarara uğrayan tersaneci, varlığını ispat ettiği aşkın zararının tazminini talep edebilir. Zararın ispatı konusunda titiz davranan Yargıtay, alacaklının bazı somut olguları kanıtlamasını istemektedir. Buna göre aşkın zarar alacaklının, özellikle, borçlunun yaptığı geç ödeme nedeniyle mali sıkıntı içine düştüğünü, bu sıkıntı sonunda bankadan yüksek faiz ile kredi almak zorunda kaldığını ve bu krediyi dava konusu işte kullandığını ispatlaması gerekebilir⁹⁷. Ancak temerrüde düşmede kusursuzluğunu kanıtlayan iş sahibi, bu sorumluluktan kurtulabilir⁹⁸.

ii. Türk Borçlar Kanununun 125. Maddesinden Doğan Haklar

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibi bedel ödeme borcunda temerrüde düşerse, tersaneci, Türk Borçlar Kanununun 125. maddesindeki seçimlik haklardan birini kullanabilir⁹⁹. Buna göre tersaneci, uygun bir süre vermek koşuluyla, aynen ifadan ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilir. Bedel borcu için kesin vade kararlaştırılmışsa, tersaneci, süre vermesine gerek olmaksızın, bu haklarını kullanabilir.

⁹⁵ Eren, s. 1057; Dayınlarlı, s. 172.

⁹⁶ Eğer bedel, yabancı para cinsinden bir meblağa ilişkin ise, buna uygulanacak faiz oranının 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunun 30 maddesi ile 3095 sayılı Kanunun 4. maddesine eklenen 4a maddesi hükmündeki esaslara göre belirlenmesi gerekir. Buna göre; *sözleşmede daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır*. Ayrıca iş sahibi bu bedeli döviz cinsinden ödemede temerrüde düştüğü takdirde, tersaneci bu borcun, vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre, Türk parasıyla ödenmesini isteyebilir.

⁹⁷ Eren, s. 1064.

⁹⁸ Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.05.2003 tarih ve E. 2003/15-302, K. 2003/330 sayılı kararında, *“Borçlar Kanununun 105. Maddesi uyarınca aşkın zararın istenebilmesi için alacaklının temerrüt faizi ile karşılanamayan aşkın bir zararının gerçekleşmesi, bu aşkın zarar ile borçlunun temerrüdü arasında uygun illiyet bağının bulunması, en önemlisi borçlunun kusursuzluğunu ispatlayamamış olması gerekir”* denilmiştir.

⁹⁹ Gauch, N. 1274; Gautschi, Art. 372, N. 23; Tandoğan (C. II), s. 313-314; Dayınlarlı, s. 168.

Türk Borçlar Kanununun 125. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, tersanecinin sözleşmeden dönmesiyle birlikte taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimlerin iadesini talep edebilirler. Ayrıca iş sahibi, borçlu temerrüdüne düşmekte kusurluysa, sözleşmeden dönen tersaneci, menfi zararının tazminini de talep edebilir.

Gauch, işe başladıktan sonra iş sahibinin bedel borcunu ifa etmemesi nedeniyle sözleşmeden dönen yüklenicinin, geriye etkili dönme yerine, yaptığı kısmi iş sahibine bırakarak, ileriye etkili fesihle bulunabileceğini savunmaktadır¹⁰⁰. Yeni ihdas edilen Türk Borçlar Kanununun 126. maddesinde de, sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun temerrüdü üzerine alacaklının sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Dürüstlük kuralı gereğince, uzun süreli bir sözleşme olan gemi inşa sözleşmesine, kıyasen uygulanması uygun görülen bu madde uyarınca, iş sahibinin ücret ödeme borcunda temerrüde düşmesi, örneğin ara ödemeleri yerine getirmemesi, tersaneciye ileriye etkili fesih hakkını kullanma imkânı verebilir.

4- Tersanecinin İşi Durdurma Hakkı

İş sahibinin sözleşmede kararlaştırılan ara ödeme borçlarından birini yerine getirmemesi, tersaneciye, Türk Borçlar Kanununun 97. maddesine dayanarak, işe devamdan kaçınma hakkı sağlar¹⁰¹. İşin durdurulması, tersanecinin kusurundan kaynaklanmadığından, böyle bir sonuca sebebiyet veren iş sahibinin, işlerin durması nedeniyle, kendi mal varlığında doğan zararlara katlanması ve tersanecinin bu nedenle uğradığı zararları tazmin etmesi icap eder¹⁰². Ödenmemiş bedel tutarı dikkate alındığında, orantısız bir önlem teşkil edecek şekilde işin durdurulması,

¹⁰⁰ Yazara göre bu kabul, TBK m. 485/1'de (İBK m. 378) yer alan «yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini» isteyebilme hakkında olduğu gibi, yüklenicinin korunmaya değer çıkarlarına uygun düşmektedir. Burada sözleşmenin sona ermesi iş sahibinin sözleşmeye aykırı davranışına dayandığından eserin tamamlanmış kısmının iş sahibi için kullanılabilir olması şartı aranmamaktadır. *Gauch*, N. 1275.

¹⁰¹ *Gauch*, N. 1281; *Gautschi*, Art. 372, N. 25; *Tandoğan* (C. II), s. 314; *Baygın* (Ücret), s. 212.

¹⁰² *Gautschi*, Art. 372, N. 25. *Baygın* (Ücret), s. 212.

hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşır ve bu nedenle uğranılan zararlardan tersaneci sorumlu olur¹⁰³.

5- Tersanecinin Bedel Alacağıın Teminatı

İmal edilen geminin, bedeli tamamen veya kısmen ödenmeden iş sahibine teslim edilmesi kararlaştırılmışsa; tersaneci, bedel alacağını, mülkiyeti saklı tutma anlaşması ile teminat altına alabilir¹⁰⁴. Mülkiyetin teslimden önce iş sahibine geçtiği hallerde ise tersanecinin, Türk Medeni Kanununun 950. maddesinin 1. fıkrası gereğince, yapı veya gemi üzerinde hapis hakkı mevcuttur. Bu maddeye göre, hapis hakkının kullanılabilmesi için, alacaklının şey üzerinde borçlunun rızası ile zilyet olması, alacağın muaccel olması ve alacaklının zilyetliğindeki şey ile alacak arasında bağlantı bulunması gereklidir¹⁰⁵. Gemi inşa sözleşmesinde tersaneci, geminin zilyetliğini, iş sahibi ile akdettiği sözleşmeye istinaden iktisap etmektedir. Ayrıca bedel alacağı ile gemi nitelik itibariyle birbiriyle bağlantılıdır; çünkü tersanecinin bedel alacağı, geminin meydana getirilmesi sonucunda doğmaktadır¹⁰⁶. Diğer yandan tersanecinin gemi üzerindeki zilyetliği iş sahibi ile arasındaki ticari ilişkiden doğduğundan Türk Medeni Kanununun 950. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bu bağlantı varsayılır¹⁰⁷. Hapis hakkı için aranan şartların bu şekilde sağlanıyor olması nedeniyle, muaccel olan bedel alacakları ödenmeyen tersaneci, hapis hakkını kullanarak, gemiyi iş sahibine teslim etmekten kaçınabilir. Hatta borç yerine getirilmez veya iş sahibi tarafından yeterli teminat gösterilmezse tersaneci, ihbarda bulunmak kaydıyla, gemiyi nakde çevirterek, bedel alacağını bu paradan tahsil edebilir¹⁰⁸.

Ayrıca Medeni Kanunun 893. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, taşınmaz inşaatı işlerinde yüklenici, iş sahibinden olan alacağı için taşınmaz üzerinde kanuni ipotek hakkından yararlanabilmektedir. Türk Ticaret Kanunu da 1013. maddesinde, aynen Medeni Kanunun 893. maddesinin 3. fıkrasında olduğu gibi, gemi inşa sözleşmesinin

¹⁰³ Tandoğan (C. II), s. 314; Baygın (Ücret), s. 212.

¹⁰⁴ Tandoğan (C. II), s. 302; Baygın (Ücret), s. 218.

¹⁰⁵ Oğuzman, M. K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.: *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009, s. 832-833.

¹⁰⁶ Eser sözleşmesine konu olan eserin niteliği itibariyle Medeni Kanunun 950. maddesi anlamında, daima ücret alacağı ile bağlantılı olduğu yönünde bkz. *Pedrazzini*, s. 535.

¹⁰⁷ *Arkan*, s. 156.

¹⁰⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 836; Baygın, s. 219.

yüklenicisi olan tersaneciyi koruyan bir hükme yer vermiştir. Buna göre, *bir tersane sahibi, bir geminin inşa veya tamirinden doğan alacaklar için yapı üzerinde kanuni bir ipoteğin tescilini talep edebilir*. Tersaneciye böyle bir hakkın verilmesinin sebebi, onun haklarını güvence altına almak suretiyle gemi inşasını teşvik ederek kolaylaştırmaktır¹⁰⁹. Böylece tersaneciler, alacaklarına ileride kavuşamama riskine karşı güvence altına alınmıştır. Bu haktan sadece geminin inşa faaliyetinde bulunan tersaneci yararlanabilir. Nitekim Yargıtay'a göre, tersanesinin belli bir alanını yaptığı kira sözleşmesi ile tersaneciye kiralayan tersane sahibi işgaliye, bakım ücreti gibi alacakları dolayısıyla kanuni rehin hakkına başvurmayacaktır¹¹⁰. Tersanecinin inşa ve tamir masraflarından dolayı yapı üzerinde doğan ipotek hakkı kanuni bir hak olup, ancak yapı siciline tescil ile doğar¹¹¹.

Son olarak gemi yapımından doğan alacakların, Türk Ticaret Kanununun 1352. maddesinin I. fıkrasının (m) bendi uyarınca deniz alacağı olarak kabul edilmesi, gemiyi teslim etmesine rağmen son taksit alacağını tahsil edemeyen tersaneci için özel bir önemi haizdir. Buna göre alacağı, deniz alacağı niteliğinde olan tersaneci, geminin ihtiyaten haczini talep edebilir¹¹². Gemi üzerinde ihtiyati haciz kararı alan tersaneci, kanuni ipotek hakkını kullanmışsa buna uygun takip yolunu seçerek alacağını tahsil edebilir.

6- Zamanaşımı Süresi

Türk Borçlar Kanununun 147. maddesinin 6. bendine göre, yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar beş yıllık zamanaşımına bağlı tutulduğundan, tersanecinin gemi inşa sözleşmesinden doğan bedel alacağı, muaccel olduğu günden itibaren beş yıllık zamanaşımına tâbidir.

¹⁰⁹ *Kalpsüz (Gemi Rehni)*, s. 17.

¹¹⁰ Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2012/4444 K. 2012/6805 T. 25.04.2012.

¹¹¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. *Aksoy*, s. 76 vd.

¹¹² Gemi üzerindeki ipotek hakkından sadece tersanecinin faydalanabilmesi kuralından farklı olarak, tersanede iş yapmış olan bağımsız her alacaklı deniz alacaklısı sıfatına sahiptir. Geminin donatılması amacıyla verilen malzeme, araç ve her türlü diğer teçhizat bu kapsamda yer almaktadır. Bkz. *Atamer*, K., s. 240-241.

C) TİP SÖZLEŞMELERE GÖRE KONUNUN DÜZENLENİŞİ

1- Genel Olarak

İş sahibinin bedel ödeme borcu, tip sözleşmelerde genellikle, “*Sözleşme Bedeli ve Ödeme Koşulları*” başlığı altında, detaylı olarak ele alınmaktadır. Bu düzenlemelerde öncelikle, ödemeye esas dövizin türüne yer verilir. Örneğin NEWBUILDCON ve NSF formlarında, döviz türüne ilişkin madde, tarafların ayrıca belirleyebileceği şekilde bir boşluk bırakılarak düzenlenmişken; SAJ’da bedelin Japon Yeni üzerinden ödeneceği açıkça belirtilmiştir¹¹³. Uygulamada ücretin genellikle tersanecinin yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki döviz üzerinden ödeneceği kararlaştırılmaktadır. Sözleşmede kararlaştırılan dövizin, iş sahibinin normalde kullandığı dövizden farklı olması durumunda, döviz kurundan kaynaklanabilecek risklerin engellenmesi amacıyla *swap* gibi işlemlere sıklıkla başvurulmaktadır¹¹⁴.

SAJ’da tersaneciye ödenecek ücretin “net ücret” olacağına dair bir düzenleme bulunmaktadır¹¹⁵. *Curtis*, bu ifadenin, ödemenin gerçekleşmesinden kaynaklanan banka masraflarının, iş sahibinin üzerinde olacağını belirtmek amacıyla kullanıldığını ifade etmektedir¹¹⁶. AWES’te, ödeme ile ilgili tüm masrafların alıcıya, NEWBUILDCON’da ise ödemeyi yapan tarafa ait olduğu düzenlenmiştir¹¹⁷.

NEWBUILDCON, AWES ve NSF formlarında sözleşme bedelinin ara ödemeler şeklinde ödeneceği düzenlenmekle birlikte, bu ödemelerin ne zaman yapılacağı taraf iradelerine bırakılmıştır¹¹⁸. NEWBUILDCON’a göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, ilk ödeme, geri ödeme garantisinin düzenlenmesinden itibaren beş gün içerisinde yapılmalıdır¹¹⁹. NSF’de ise, ilk ödemenin sözleşme tarihinden itibaren üç gün içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiği düzenlenmiştir¹²⁰.

¹¹³ NEWBUILDCON Art. 7, p. 2, n. 153; NSF Art. III 1; SAJ Art. II 1, n. 4. AWES’te ise kura ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

¹¹⁴ *Curtis*, s. 42, dn. 21.

¹¹⁵ SAJ Art. II 1, n. 5.

¹¹⁶ *Curtis*, s. 42.

¹¹⁷ AWES Art. 7 (c), p. 3; NEWBUILDCON Art. 15 (c) (iii), n. 297.

¹¹⁸ NEWBUILDCON Box 11; AWES Art. 7 (b); NSF Art. III 3 (a)-(f).

¹¹⁹ NEWBUILDCON Art. 15 (a) (i), n. 262-264.

¹²⁰ NSF III 3 p. 1 (a).

SAJ, diğ er tip sözleşmelerden farklı olarak, her bir ara ödemenin inşa aşamasına bağı lı olarak ne zaman yapılacağını açıkça düzenlemiştir: Buna göre ilk ödeme, ihracat izninin alınması, ikinci ara ödeme, omurganın ortaya çıkması ve üçüncü ara ödeme, geminin denize indirilmesi üzerine yapılır¹²¹.

Uygulamada aynı tersaneye birden fazla sayıda gemi inşa ettiren ve ödemelerini yaymak isteyen iş sahibinin, inşa aşamalarından bağı msız olarak belli takvim günlerinde ödeme yapması kararlaştırılabilmektedir¹²². Ara ödemeler, inşanın belirli bir aşamaya gelmesi şartına tabi tutulmuşsa, genellikle tersanecinin bu aşamaya geldiğini iş sahibine bildirmesi gerekir¹²³. Sözleşmeyle tersaneci tarafından yapılacak bildirim, sınıflandırma kuruluşu ya da iş sahibinin tersanede bulunan temsilcisi tarafından onaylanması koşulu getirilebilir¹²⁴.

Gemi inşa sözleşmesi, donatının kurmuş olduğu özel amaçlı bir şirket (*single purpose subsidiary*) ile yapılmışsa, tersaneci, bedel alacağını teminat altına almak amacıyla bir ana şirket garantisi ya da banka teminat mektubu talep edebilir¹²⁵. Bu konuya ilişkin olarak AWES'te, iş sahibinin, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce, her bir ara ödeme için banka teminat mektubu vermesi öngörülmektedir¹²⁶. SAJ ve NEWBUILDCON formlarında ise, teminat mektubu örneği bulunmaktadır. NSF'de, tersanecinin isteği üzerine, iş sahibinin ara ödemeleri yapmaya muktedir olduğunu gösteren gerekli tüm bilgiyi, tersaneciye vereceği düzenlenmiştir¹²⁷.

2- Ayıplı İfa Halinde İş Sahibinin Bedeli Ödemeden Kaçınma veya Takas Beyanında Bulunma Haklarından Feragat Etmesi

Geminin ayıplı ifa edilmesi, iş sahibine, ödemelik define dayanarak sözleşme bedelini ödemekten kaçınma ya da takas beyanında bulunma haklarını bahşetmektedir. Ancak bedel alacağının kesintiye uğraması, uygulamada alt müteahhitlere, malzeme tedarikçilerine ve çalışanlarına yapacağı ödemeleri,

¹²¹ SAJ Art. II 3 (a) (b) ve (c).

¹²² Curtis, s. 44.

¹²³ SAJ Art. II 4; AWES Art. 7 (c) p. 1; NSF Art. II 3 p. 3.

¹²⁴ Curtis, s. 44.

¹²⁵ Curtis, s. 45.

¹²⁶ AWES Art. 7 (b) p. 2.

¹²⁷ NSF Art. III 3 p. 4.

kendisine yapılacak ödemelere göre ayarlayan tersaneci için ciddi bir risk teşkil eder¹²⁸. Böyle bir riskle karşılaşmak istemeyen tersaneci için, uyuşmazlığa konu olsa dâhi, vadesi gelen sözleşme bedelini tam olarak elde etmek büyük bir önemi haizdir. Bu nedenle tip gemi inşa sözleşmelerinde, iş sahibinin, sözleşme bedelini, her türlü uyuşmazlık durumunda dâhi ödemekle yükümlü olduğuna dair hükümler konulmaktadır¹²⁹.

Bu tür bir düzenleme içeren AWES'e göre, *alıcı, tahkime gitme hakkına halel gelmeksizin, yukarıda anılan liquidated damages veya avans miktarlarından kaynaklanan uyuşmazlıklar, diğer muafiyetler ya da iş bu Sözleşme ile ilgili olsun olmasın Alıcının tersaneciye karşı yönelttiği veya yöneltmeyi düşündüğü iddialara dayanarak hiç bir ödemeyi geciktiremez. Alıcının alıkoyma ve takas hakları kaldırılmıştır*¹³⁰.

Benzer bir düzenleme içeren SAJ'a göre, *alıcı, taraflar arasında hangi türde olursa olsun meydana gelen uyuşmazlıklar ya da anlaşmazlıklara dayanarak işbu Sözleşme altında yapacak olduğu ödemeleri geciktiremez ve alıkoymaz*¹³¹. Sözleşmede yer verilen bu tür kayıtlar ile, iş sahibinin, herhangi bir uyuşmazlığa dayanarak, sözleşme bedelini eksik ödemesine engel olunmaktadır. İş sahibi, bedel indirimi hakkında uyuşmazlık olsa da, bu hakkını takas yoluyla kullanabileceğinden, takas hakkının AWES'te olduğu gibi kaldırılması, tersaneci için oldukça faydalıdır.

3- Temerrüt

Gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibinin ara ödemeleri ve nihai ödemeyi zamanında yerine getirmesinin tersaneci açısından hayati önemi bulunması nedeniyle, bedel ödeme borcunda temerrüdün şartları ve sonuçlarına tip sözleşmelerde ayrıntılı olarak yer verilmektedir.

¹²⁸ Curtis, s. 45.

¹²⁹ Hodges/Hill, s. 82; Curtis, s. 45.

¹³⁰ AWES Art. 7 (f).

¹³¹ SAJ Art. II-4; NEWBUILDCON, Art. 17, n. 316-320.

a) *Şartları*

İş sahibinin bedel ödeme borcunda temerrüde düşmesinin ilk şartı, bedel alacağının muaccel hale gelmiş olmasıdır. Tip sözleşmelere göre, öngörülen ara ödemeler, sözleşmede belirtilen tediye tarihinde veya en geç geminin tesliminde muacceliyet kazanır. “Temerrütün Tanımı” (*Definition of Default*) başlığı altında bu konuyu düzenleyen SAJ’a göre, ilk üç ara ödeme, ödeme gününden itibaren üç gün içerisinde ve son ödeme ise teslim anında yapılmazsa iş sahibi temerrüde düşer¹³².

Çoğu tip sözleşmeye göre iş sahibinin temerrüde düşmesi için, vade gününde borcunu yerine getirmemesi yeterli olup, tersaneci açısından bir ihtar şartı bulunmamaktadır¹³³. Buna karşın NSF’de, iş sahibinin herhangi bir ödemeyi yerine getirmemesi üzerine, tersanecinin, ödeme talebi içeren bir ihtar, yazılı olarak ya da teyit edilmek koşuluyla faksla, iş sahibine göndermesi gerektiği düzenlenmiştir¹³⁴. İş sahibi, ancak bu ihtardan itibaren yedi gün içerisinde, bir ödeme yapmazsa temerrüde düşer¹³⁵.

b) *Sonuçları*

Tip sözleşmelerde, iş sahibinin bedel ödeme borcunda temerrüde düşmesi üzerine tersaneciye tanınan haklar, Türk Borçlar Kanunu hükümlere paralellik arz etmektedir. Buna göre, iş sahibinin bedel ödeme borcunda temerrüde düşmesiyle, tersaneci faiz talep edebilir ve gecikmenin belirli bir süreyi aşması üzerine sözleşmeyi sona erdirme hakkına sahip olur.

i. *Aynen İfa ve Gecikme Faizi*

Tip sözleşmelerde yer alan hükümlere göre, ara ödeme veya nihai ödeme borcunda temerrüde düşen iş sahibi, öncelikle sözleşmede belirlenen oran

¹³² SAJ Art. XI-1 (a) ve (b); AWES Art. 10; NEWBUILDCON Art. 15 (a) (ii) ve (iii).

¹³³ *Curtis*, s. 187.

¹³⁴ NSF Art. XII 2 (a).

¹³⁵ NSF Art. XII 2 (a).

üzerinden hesaplanacak faiz tutarını ödemek¹³⁶ ve temerrüt nedeniyle tersanecinin maruz kaldığı tüm masrafları tazmin etmekle yükümlüdür¹³⁷.

ii. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

Tip sözleşmelerde, iş sahibinin bedel ödeme borcunda temerrüdü nedeniyle tersaneciye tanınan sözleşmeden dönme hakkı, bedelin ödenmesindeki gecikmenin belli bir süreyi aşması koşuluna bağlanmıştır. SAJ'a göre, muaccel hale gelen ara ödemenin 15 günden fazla gecikmesi, tersaneciye ihtarda bulunmak koşuluyla sözleşmeyi sona erdirme hakkı vermektedir¹³⁸.

iii. Diğer Sonuçlar

SAJ ve AWES formlarında iş sahibinin bedel ödeme borcunda temerrüde düşmesine bağlanan diğer bir sonuç, teslim tarihinin, otomatik olarak gecikme süresi kadar ertelenmesidir¹³⁹. Ayrıca NEWBUILDCON, AWES ve NSF formlarında, bedel alacağına zamanında kavuşamayan tersaneciye, işi durdurma hakkı tanınmıştır¹⁴⁰.

II. İFAYA KATILMA VE GEMİYİ TESELLÜM BORCU

A) GENEL OLARAK

Borçlunun borcunu ifa edilebilmesi, genellikle alacaklının ifaya katılmasına bağlıdır¹⁴¹. Alacaklının ifaya katılması, ifaya imkân sağlaması ve çeşitli hazırlık fiillerini yerine getirmesi ile gerçekleşir¹⁴². Gemi inşa sözleşmesinde de borcun ifası,

¹³⁶ SAJ Art. XI 2 n. 14-17; AWES Art. 10 p. 1; NSF Art. III 3 p. 9. NEWBUILDCON'da ise faiz, her iki taraf için de sözleşmeden kaynaklanan ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde doğmaktadır. Bkz. NEWBUILDCON Art. 18, n. 321-324.

¹³⁷ SAJ Art. XI 2 n. 22-23.

¹³⁸ SAJ Art. XI-3 (b). Aynı konuyu düzenleyen NSF ve NEWBUILDCON'a göre, bu süre 21 gün olup; NEWBUILDCON'a göre tersanecinin en az beş gün öncesinden sözleşmeyi sona erdirme niyetini iş sahibine bildirmiş olması ve iş sahibinin bu sürede borcunu ifa etmemiş olması gerekir. Bkz. NSF Art. XII 2 (b); NEWBUILDCON Art. 39 (b) (ii) n. 982-986. AWES'te bu süre 30 gün olup, tersanecinin yazılı olarak fesih bildiriminde bulunması gerekir. Bkz. AWES Art. 10 p.3.

¹³⁹ SAJ Art. XI 3 (a) n. 25-27; AWES Art. 10 p. 2.

¹⁴⁰ NSF Art. XII 2 (a). AWES ve NEWBUILDCON'da işi durdurma hakkı, gecikmenin 15 günü aşmasına bağlıdır. Bkz. AWES Art. 10 p. 2; NEWBUILDCON Art. 39 (c).

¹⁴¹ *Oğuzman/Öz*, s. 200; *Eren*, s. 968.

¹⁴² Borçlunun, edimini arz etmesinden önce alacaklının yerine getirmesi gerekli çeşitli iş ve eylemler, hazırlık fiillerini oluşturur. *Koç*, N.: *İsviçre - Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü*, Ankara 1992, s. 124. Bu kapsamda alacaklının ifaya katılması, genellikle bir maddi bir fiilin yerine

iş sahibinin çeşitli hazırlık fiillerini yerine getirmesi ile meydana gelir. Örneğin, tersanecinin gemiyi inşa borcu, taahhüt suretiyle gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibinin kendisince taahhüt edilen malzemeyi tersaneye getirmesi ile tasarımın iş sahibi tarafından üstlenildiği bir gemi inşa sözleşmesinde ise inşa edilecek geminin tasarımının tersaneciye verilmesi ile ifa edilir.

Tersaneci tarafından hazırlanıp iş sahibine verilen plan ve çizimlerin onaylanması gibi fiiller de iş sahibinin ifaya hazırlık fiillerine örnek oluşturur. İş sahibinin kendisine ifa olarak sunulan gemiyi teslimü de bir ifaya katılma eylemidir. Esasen teslim (*Ablieferung, delivery*) ve teslim (*Abnahme, take delivery*), birbirinin karşıtı olan ve aynı olayı biri tersaneci diğeri iş sahibi açısından ifade eden kavramlardır¹⁴³. Bir başka deyişle iş sahibi tarafından geminin teslim alınması, geminin tersaneci tarafından teslim edilmesinin karşılığını oluşturmaktadır¹⁴⁴.

Alacaklının ifaya katılma borcu (*Mitwirkungspflicht der Gläubiger*), aslında gerçek anlamda bir yükümlülük değil, külfet niteliği taşır¹⁴⁵. Bu nedenle tersaneci, iş sahibinin ifaya katılmasını talep etme hakkına sahip değildir¹⁴⁶. Ayrıca iş sahibinin ifa fiillerine katılmaması, tersanecinin borcundan kurtulmasına yol açmaz ve borca aykırılığa ilişkin Türk Borçlar Kanununun 112 vd. hükümlerinin uygulanması söz

getirilmesini veya hukuki bir işlem yapılmasını gerektirir. Bir inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin inşaaata başlaması için, inşaat sahibinin, gerekli işlem ve formaliteleri tamamlamış olması, arsayı, plan ve projeleri teslim etmesi, inşaat ruhsatını almış olması gerekmektedir. *Koç*, s. 134. Bir menkul mülkiyetini nakil borcunda ise borçlunun bu borcunu yerine getirebilmesi, herşeyden önce, mülkiyetin geçmesi hususunda borçlu ile alacaklının anlaşmasına bağlıdır. Alacaklı ile borçlu arasında mülkiyetin devri hususunda bir anlaşma yapılamaması ya da alacaklının, malı malik olmak üzere teslim almaktan kaçınması halinde borçlu borcunu ifa imkânı bulamaz *Oğuzman/Öz*, s. 200.

¹⁴³ *Koller* (Werkvertrag), Art. 363, N. 313; *Bühler*, Art. 367, N. 16; *Trümpy*, s. 104; *Tandoğan*, s. 127; *Werz*, N. 140. Teslim almayı, geminin kabulünden ayırdetmek gerekmektedir. BGE 89 II 409; *Klauser*, s. 19. Geminin kabulü, tersanecinin, yaptığı geminin, sözleşmeye uygun görüldüğü ve ayıp iddiasında bulunulmayacağı hususunda iş sahibinin irade açıklaması niteliği taşır. *Tandoğan*, s. 127; *Burcuoğlu*, s. 289; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 36; *Uçar* (Teslim), s. 515. eserin muayene edilebilmesi ve bu muayenenin neticesinde kabul edilebilmesi için her şeyden önce tamamlanan eserin iş sahibinin iktidarında bulunması yani onun tarafından teslim alınmış olması gerekmektedir. Bu nedenle muayene edebilmek için teslim alma ile muayene ettikten sonra kabul etme zaman itibarıyla birbirinden farklı işlemler olarak görülmektedir. *Uçar*, s. 92.

¹⁴⁴ Teslim ve teslim alma borçlarının ifası aynı anda olur; teslim alma, teslimden sonraki bir aşamayı oluşturmaz. Bkz. *Tandoğan*, s. 127; *Burcuoğlu*, s. 288.

¹⁴⁵ *Gauch/Schlupe/Emmeneger*, N. 2390; *Gauch*, N. 1326; *Eren*, s. 970.

¹⁴⁶ *Gauch/Schlupe/Emmeneger*, N. 2390.

konusu olmaz¹⁴⁷. Ancak taraflar, sözleşme ile söz konusu külfetleri gerçek bir yükümlülük olarak da düzenleyebilirler¹⁴⁸.

B) TEMERRÜT

Türk Borçlar Kanununun 106. maddesinin I. fıkrası uyarınca, *yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur*¹⁴⁹. Borçlunun borca uygun olarak ifada bulunmak istemesine rağmen alacaklının haklı bir sebebi olmaksızın ifayı kabulden kaçınması ya da borçlunun ifada bulunmasına engel olması, alacaklının temerrüdü (*mora creditoris*) olarak kabul edilmekte ve borçluya çeşitli yollarla borçtan kurtulma olanağı tanınmaktadır¹⁵⁰.

1- Şartları

a) *Tersaneci Gemiye Gereği Gibi Önermiş Olmalıdır*

Türk Borçlar Kanununun 106. maddesine göre, ancak gerçek ve fiili bir ifa önerisi, alacaklı temerrüdüne yol açabilir¹⁵¹. Dolayısıyla iş sahibinin alacaklı temerrüdünden söz edilebilmesi için tersanecinin, sözleşmeye uygun şekilde inşa ettiği gemiyi iş sahibine sunarak, ifaya hazır ve istekli olduğunu ispat etmiş olması

¹⁴⁷ *Gauch/Schluemp/Emmeneger*, N. 2390.

¹⁴⁸ *Gauch/Schluemp/Emmeneger*, N. 2391.

¹⁴⁹ BK m. 90/1'e denk gelen bu maddede, metninde yapılan sadeleştirme dışında hüküm değişikliği yoktur.

¹⁵⁰ *Eren*, s. 968; *Oğuzman/Öz*, s. 268; *Gauch/Schluemp/Emmeneger*, N. 2430; *Gauch*, N. 1325-1326; *Kılıçoğlu*, s. 530. Alacaklının katılması gerekli olmayan, alacaklı tarafından yapılacak herhangi bir fiile ihtiyaç bulunmaksızın ifa edilebilen borçlarda, meselâ yapmama borçlarında alacaklı temerrüdü söz konusu olmaz. Bkz. *Oğuzman/Öz*, s. 268; *Bucher*, E.: *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, Zürich 1979, s. 285.

¹⁵¹ Borçlu, ifa teklifinde bulunurken, alacaklının kabul etmek zorunda olmadığı bazı kayıt ve şartlar ileri sürdüğü takdirde, "usulü dairesinde" yapılmış bir ifa teklifinden söz edilemez. Bkz. *Koç*, s. 119.

lazım gelir¹⁵². Diğer bir ifade ile, tersaneci, ifa için kendisine düşen her şeyi yapmış, ifanın gerçekleşmesi sadece iş sahibinin ihtiyarına kalmış olmalıdır¹⁵³.

b) *İş Sahibi İfa Teklifini Haklı Bir Sebep Olmaksızın Reddetmelidir*

İfa teklifinin reddi, edimi kabulden kaçınmak ve hazırlık fiillerini yerine getirmemek suretiyle gerçekleşir¹⁵⁴. Zamanında ve sözleşmeye uygun olarak, kendisine sunulan gemiyi kabulden imtina eden iş sahibi, ifayı reddetmiş sayılır. İfanın gerçekleşmesi için ifa hazırlıklarına katılması gereken iş sahibi, kendisine düşen hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, yine ifayı reddetmiş olur. Söz gelimi, iş sahibi tarafından sağlanacağı kararlaştırılan malzemenin ya da gemi tasarımının tersaneciye teslimi gerçekleşmeden, tersanecinin inşa borcunu ifaya hazır hale getirmesi mümkün olmadığından iş sahibi temerrüde düşebilir¹⁵⁵.

Alacaklı temerrüdünün kabulü için, ifa teklifinin reddi haklı bir sebebe dayanmamalıdır¹⁵⁶. Haklı bir sebep bulunmadan kaçınma koşulunu, iş sahibinin kusurundan ayırmak gerekir. Zira alacaklı temerrüdü için kusur aranmaz¹⁵⁷. Alacaklı temerrüdünün söz konusu olabilmesi için, ifanın tamamlanmasını önleyen sebebin iş sahibine yükletilmesi, onun alan ve çevresinde doğması kâfidir¹⁵⁸. Dolayısıyla hastalık, önceden tahmin edilemeyen durumlar, alacağın konusunda hata gibi şahsi

¹⁵² *Gauch*, N. 1327; *Eren*, s. 971; *Oğuzman/Öz*, s. 269; *Koç*, s. 99; *Bucher*, s. 286; *Dayınlarlı*, s. 194. *Koç*, ayrıca, alacaklı temerrüdünün ilk şartı olarak borcun muaccel vey ifa kabiliyetini haiz olması gerektiğinden bahsetmektedir. Bkz. *Koç*, s. 84-95.

¹⁵³ *Eren*, s. 972; *Oğuzman/Öz*, s. 269; *Koç*, s. 117; *Bucher*, s. 287; *Kılıçoğlu*, s. 531. Esas itibariyle sadece sözlü bir teklif yetmez, ifa fiilen teklif edilmiş olmalıdır. İstisnaen sözle yapılan teklif dahi, teklifi kabul etmeyen alacaklının temerrüde düşmesi için yeter sayılmaktadır. Alacaklı kendisini akitle bağlı saymadığını ve edimi kabul etmeyeceğini bildirmiş ise, akdin bağlayıcı olduğu kanaatinde bulunan borçlu, alacaklıya ifayı sözle teklif edince, bunu kabul etmeyen alacaklı –şayet akdin bağlayıcılığı devam ediyorsa- temerrüde düşer. Böyle bir durumda fiili bir teklif aramak alacaklının durumu itibariyle lüzumsuzdur. Bkz. *Oğuzman/Öz*, s. 270; *Kılıçoğlu*, s. 532.

¹⁵⁴ *Koç*, s. 153.

¹⁵⁵ Bu gibi durumlarda, borçlunun fiilen ifa teklifinde bulunmuş olması gerekmez; ancak borçlunun, alacaklıya, ifaya hazırlık fiilini yapmaya davet etmesi gerekir. Bkz. *Koç*, s. 124. Zira borçlunun fiilen ifaya hazır olabilmesi, alacaklının önceden vermesi ya da yapması gerekenleri yerine getirmesine bağlıdır. Alacaklı bunları gerçekleştirmeden borçlunun ifada bulunması mümkün değildir. *Kılıçoğlu*, s. 532. Bu fiilin belirli bir günde yapılması kararlaştırılmışsa, borçlunun böyle bir davette bulunmasına gerek yoktur. Bkz. *Koç*, s. 125; *Eren*, s. 973; *Dayınlarlı*, s. 195.

¹⁵⁶ *Oğuzman/Öz*, s. 271; *Eren*, s. 973; *Kılıçoğlu*, s. 533; *Dayınlarlı*, s. 199.

¹⁵⁷ *Oğuzman/Öz*, s. 271; *Eren*, s. 973; *Koç*, s. 56, 155; *Bucher*, s. 288; *Gauch/Schluep/Emmeneger*, N. 2430. Ancak kusur, sözleşmeden dönülmesi halinde istenebilecek tazminatın takdirinde önem taşır. *Gauch/Schluep/Emmeneger*, N. 2430; *Eren*, s. 971.

¹⁵⁸ Bu suretle borçlunun, alacaklı temerrüdünden doğan olumlu hükümlerden, kendi kişisel çevre ve etki alanı dışında gelişen olaylar nedeniyle menfi bir şekilde etkilenmesi önlenmek istenmiştir. Bkz. *Eren*, s. 973.

sebepler, iş sahibinin ifayı kabulüne engel olsa ve bu hususta kendisine yüklenebilir hiç bir kusur bulunmasa bile, iş sahibinin, ifa teklifini reddi haklı sayılmaz¹⁵⁹. Ayrıca kaçınmanın haklı bir sebebe dayanması ile, usulüne uygun olarak arz edilmeyen ifanın reddi karıştırılmamalıdır. Ayıplı ifayı kabul etmeyen iş sahibi, şüphesiz haklıdır¹⁶⁰.

2- Sonuçları

a) Genel Olarak

İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi, onun alacak hakkını kaybetmesi sonucunu doğurmaz¹⁶¹. Ayrıca ifa fiiline katılmamak suretiyle mütemerrit olan iş sahibi, hukuki bir yükümlülüğü değil, bir külfeti ihlal ettiği için, kural olarak tersaneci lehine bir tazminat talebi doğmaz¹⁶². Alacaklı temerrüdü, iş sahibine bir sorumluluk yüklemese de onun aleyhine bazı sonuçlara yol açarken; tersaneciye borcu sona erdirmek için çeşitli imkânlar sağlar¹⁶³.

b) İş Sahibi Aleyhine Doğan Sonuçlar

İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü dönemde, tersanecinin gemiyi bakım ve muhafaza yükümlülükleri devam eder. Ancak, tersanecinin muhafazasındaki gemi bu dönemde bir hasara uğrarsa, tersanecinin sorumluluğu daha az şiddetle takdir edilir¹⁶⁴. Bir başka deyişle tersaneci, ancak ağır kusurundan ileri gelen zararlardan sorumlu tutulabilir; kusuru hafifse sorumluluğu da hafif olur, hatta tamamen ortadan kalkabilir¹⁶⁵. Diğer yandan tersaneci, geminin muhafazası için bu dönemde yaptığı masrafları, vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca, iş sahibinden talep edebilir¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Koç, s. 156.

¹⁶⁰ Oğuzman/Öz, s. 271; Kılıçoğlu, s. 533.

¹⁶¹ Eren, s. 975. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa teklifinin reddinden sonra borçlu, kendi borcunu ifaya hazır bulundurmakla yükümlü olmaya devam eder. Bkz. Koç, s. 172.

¹⁶² Eren, s. 970; Bucher, s. 285.

¹⁶³ BK m. 111, alacaklının şahsından kaynaklanan nedenlerle borcun ifasına engel durumların ortaya çıkması halinde de alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanmasını öngörmüştür. Bu maddeye göre borçlunun kusuru olmaksızın, alacaklının şahsından kaynaklanan ya da alacaklının kimliğinde duraksama sebebiyle borç alacaklıya veya temsilcisine ifa edilemezse, borçlu tevdi ya da sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

¹⁶⁴ Oğuzman/Öz, s. 273; Eren, s. 975; Koç, s. 176, 276.

¹⁶⁵ Oğuzman/Öz, s. 273; Koç, s. 276.

¹⁶⁶ Oğuzman/Öz, s. 273; Eren, s. 975; Koç, s. 290, 291.

Ayrıca, Türk Borçlar Kanununun 483. maddesi¹⁶⁷ uyarınca, alacaklı temerrüdüne düşülmesi, geminin beklenmedik olay sonucu yok olmasından doğan risklerin iş sahibine geçmesine neden olur¹⁶⁸. Bir başka deyişle iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü bir sırada taraflara yüklenemeyen bir sebeple gemi telef olursa, tersanecinin ücretini ödemek zorunda kalan iş sahibi, tersaneciden gemiyi tamamen veya kısmen yeniden yapmasını talep edemez¹⁶⁹. Son olarak alacaklı temerrüdü, tersaneci temerrüdüne engel teşkil edeceğinden¹⁷⁰, tersaneci, temerrüt faizini ödemekten kurtulur¹⁷¹.

c) *Borçtan Kurtulması İçin Tersaneciye Tanınan İmkânlar*

i. *Tevdi veya Gemiyi Satarak Satış Bedelinin Tevdi*

Türk Borçlar Kanununun 107. maddesinin I. fıkrasına¹⁷² göre, alacaklı temerrüde düşerse, borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Borç konusunun tevdi edilmesi, borca konu şeyin alacaklının emir ve tasarrufuna hazır bulundurmak üzere bir üçüncü kişiye bırakılmasıdır¹⁷³. Ancak uçak¹⁷⁴, lokomotif¹⁷⁵ ve gemi gibi büyük hacimli şeyler, nitelik itibariyle tevdi edilmeye elverişli değildir. Bu tür eşyanın niteliğini dikkate alan kanun koyucu, Türk Borçlar Kanununun 108. maddesinde¹⁷⁶, borçluya tevdi hakkı yerine kullanmak üzere, eşyayı satarak bedelini tevdi etme hakkını vermiştir. Bu maddeye göre, borçlanılan şeyin niteliği, tevdi edilmesine uygun düşmezse, borçlu, alacaklıya önceden ihtarda bulunması koşuluyla, hakim izniyle borçlanılan şeyi sattırıp bedelini tevdi edebilir.

¹⁶⁷ BK m. 368.

¹⁶⁸ Oğuzman/Öz, s. 273; Bucher, s. 290; Gauch, N. 1327; Gauch/Schlupe/Emmeneger, N. 2438. Koç, istisna sözleşmesi için Borçlar Kanununun 368. maddesinin I. fıkrasında (TBK m. 483/I) öngörülen hükmün kıyas yoluyla diğer bütün sözleşmelere uygulanması düşüncesine, BK m. 91 (TBK m. 107) bakımından karşı çıkmaktadır. Bkz. Koç, s. 284.

¹⁶⁹ Gümüş (C. 2), s. 184.

¹⁷⁰ Gauch/Schlupe/Emmeneger, N. 2449; Eren, s. 970; Koç, s. 301.

¹⁷¹ Koç, s. 300. Buna karşılık, borçlu, borcunu tevdi etmedikçe akdi faizi ödemekle yükümlü olmaya devam eder. Koç, s. 300.

¹⁷² BK m. 91'e denk gelen bu maddede, sistematik yapısı ile metninde yapılan sadeleştirme dışında hüküm değişikliği yoktur.

¹⁷³ Kılıçoğlu, s. 534. Ayrıca bkz. Koç, s. 178.

¹⁷⁴ Eren, s. 980.

¹⁷⁵ Koç, s. 244.

¹⁷⁶ BK m. 92. maddesine denk gelen bu maddede, sistematik yapısı ile metninde yapılan sadeleştirme dışında hüküm değişikliği yoktur.

Satıştan önce iş sahibine böyle bir ihtarda bulunulması, ona, temerrüdünü sona erdirmeye veya satışa katılma imkânı verir¹⁷⁷. Hâkimin geminin satışına izin verebilmesi için iş sahibinin mütemerrit olması, ihtar edilmiş olması ve satışa lüzum bulunduğu kanaat getirilmesi gerekir¹⁷⁸. Tersaneci, geminin satılması ile değil, satış bedelinin tevdi üzerine borcundan kurtulur. Aynı şekilde iş sahibinin satış bedelini kabul etmesi veya tersanecinin satış bedeli ile bir para alacağını takas etmesi üzerine borç sona erer¹⁷⁹.

ii. Sözleşmeden Dönme

Türk Borçlar Kanununun 110. maddesi¹⁸⁰ uyarınca, borcun konusu bir yapma edimi ise, böyle bir edimin tevdi veya satışı mümkün olmadığından, borçlu, borçlunun temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönebilir. Gemi inşa sözleşmesinde inşası tamamlanan geminin iş sahibine teslimi söz konusu olduğundan, yani bir verme edimi söz konusu olduğundan, kural olarak tersanecinin sözleşmeden dönmesi mümkün değildir¹⁸¹. Ancak geminin inşa edilmesi aşamasında bir yapma edimi, daha doğru bir ifadeyle bir iş görme edimi söz konusudur. Bu aşamada iş sahibinin ifaya hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçınması, henüz tevdi ya da satış suretiyle borçtan kurtulmak mümkün olamayacağından, tersanecinin sözleşmeden dönmesine haklı gerekçe oluşturur¹⁸². Zira iş sahibi, kendisine düşen hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınarak, yüklenicinin, işe başlamasına veya işi

¹⁷⁷ Koç, s. 251; Oğuzman/Öz, s. 277; Bucher, s. 290. Temerrüde düşen alacaklıya ihbarın amacı, borç konusunun satılması gibi ağır sonuçlardan onu korumaktır. Ayrıca kanun, alacaklıya satışın ihbarını şart koştukça, satışın usulüne uygun yapılmasının ve malın gerçek bedeline ulaşmasının alacaklı tarafından denetlenmesine olanak tanımak istemiştir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 536.

¹⁷⁸ Oğuzman/Öz, s. 277. Aslında borçlunun, TBK m. 108'de (BK m. 92) öngörülen ihtar, satış izni verilmesi talebiyle, mahkemeye başvurmadan önce veya bu başvuruda bulduktan sonra yapmasında teorik bir sakınca yoktur. Ancak borçlunun, bu maddede öngörülen sıraya uyarak, önce alacaklıya ihtarda bulunmadığı gerekçesiyle, satış izni talebinin reddedilmesi ihtimalini dikkate alması gerekir. Bkz. Koç, s. 252.

¹⁷⁹ Oğuzman/Öz, s. 277; Koç, s. 236, 243; Bucher, s. 290; Gauch/Schlupe/Emmeneger, N. 2458. Burada ifa ikamesi şeyin satılması değil, satış parasının tevdiidir. Bkz. Eren, s. 980.

¹⁸⁰ BK m. 94'e denk gelen bu maddede, metninde yapılan sadeleştirme dışında hüküm değişikliği yoktur.

¹⁸¹ Verme borçlarında tevdi ve satış imkanı bulunmayan durumlarda da, TBK m. 110'un (BK m. 94) kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 278.

¹⁸² Aynı yönde bkz. Eren, s. 982; Dayınlarlı, s. 201. TBK m. 110'a göre sözleşmeden dönme, bütün hizmet edimlerinde (örneğin, bir işin yapılması, bir yapı eserinin imal edilmesi, bir şeyin kullanılmasının devri gibi) görülen bir durumdur. Bkz. Koç, s. 265.

bitirmesine engel olursa, tersaneci, iş sahibinin fikrini değiştirmesini beklemek zorunda değildir¹⁸³.

C) TİP SÖZLEŞMELERDE KONUNUN DÜZENLENİŞİ

1- Temerrüt

Tip sözleşmelerde iş sahibinin, bedel ödeme borcu yanında, diğer bir takım yükümlülüklerine yer verilmektedir. Bunlar; kendisine sunulan plan ve çizimleri onaylama, kendisi tarafından temin edilmesi kararlaştırılan malzemeyi tersaneye getirme ve sözleşmeye uygun olarak inşa edilen gemiyi teslim almadır. Tip sözleşmelerde bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin sonuçları özel olarak düzenlenmiş ve özellikle geminin teslim alınmaması üzerine uygulanacak hükümler detaylı olarak belirlenmiştir. Alacaklı temerrüdüne ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin emredici nitelikte olmaması nedeniyle¹⁸⁴, iş sahibi temerrüdünün koşul ve sonuçlarını farklı bir şekilde düzenleyen bu sözleşme hükümleri öncelikle uygulanır.

2- Temerrüdün Sonuçları

a) Plan ve Çizimlere İlişkin Olarak

Gemi inşa sözleşmesinde, inşa faaliyetleri başlamadan önce geminin plan ve çizimleri tersaneci tarafından hazırlanır ve iş sahibine gönderilir. İş sahibi bu plan ve çizimleri ya onaylar ya da çeşitli yorum ve değişiklik önerileri ile birlikte tersaneciye geri gönderir. Tersaneci, iş sahibinden plan ve çizimlere ilişkin bir onay gelmeden önce gemi inşa edimini ifa edemez. Tersanecinin ifa edimine bir an evvel başlamasını sağlamak amacıyla, tip sözleşmelerde, sözleşmede belirlenen süre içerisinde tersaneciye geri gönderilmeyen plan ve çizimlerin iş sahibince onaylanmış olduğu varsayılmaktadır¹⁸⁵.

¹⁸³ Koç, s. 266. “O halde, müteahhidi uzun zaman bu güvensiz ortam içinde bırakmak doğru olmaz”. Bkz. Dayınlarlı, s. 201.

¹⁸⁴ Gauch/Schluep/Emmeneger, N. 2448; Eren, s. 971.

¹⁸⁵ SAJ Art. IV 1 (c) n. 18-21; AWES Art. 2 (b) p. 1; NEWBUILDCON Art. 20 (e) n. 370-373. NSF’de plan ve çizimlerin onaylanmış kabul edilebilmesi için, tersanecinin sürenin sonunda iş

b) *Malzemeye İlişkin Olarak*

Tip sözleşmelere göre iş sahibi, temin etmekle yükümlü olduğu malzemeyi, tersanecinin iş takvimine uygun bir şekilde ve kuruluma hazır olarak teslim etmelidir¹⁸⁶. Malzemenin tersaneciye zamanında verilmemesi, tersanecinin iş takvimini aksatarak, geminin teslim tarihinde teslim edilmesine engel teşkil edebilir¹⁸⁷. Tip sözleşmelerde, malzemedeki gecikme nedeniyle teslim tarihinde yaşanan gecikmenin, tersanecinin temerrüdüne engel oluşturduğu kabul edilmiş ve genel hükümlerdeki alacaklı temerrüdünün hükümlerine benzer sonuçlar kararlaştırılmıştır. Örneğin SAJ'a göre, *iş sahibi tarafından temin edilecek malzemenin tersaneye getirilmesinde gecikilen günler kadar, geminin teslim tarihi kendiliğinden ertelenir ve bu nedenle tersanecinin maruz kaldığı bütün zararları karşılanır*¹⁸⁸. *“Malzemenin tedarikinde otuz günü aşan gecikmeler, tersaneciye, bu malzemeyi kullanmaksızın inşa faaliyetlerine başlama hakkı verir*¹⁸⁹.

SAJ'da tersaneciye tanınan bu hak, iş sahibinin malzemeyi temindeki gecikmesinin, gerçekte geminin inşasında bir gecikmeye sebep olup olmadığına bakılmaksızın doğmaktadır. Buna karşın teslim tarihi, inşa programının aksadığı süre kadar değil, sadece malzemenin temininde gecikilen gün sayısı kadar uzar¹⁹⁰. Tersaneci için oldukça zayıf bir koruma yaratan bu düzenleme, bazı sözleşme uygulamalarında tersaneci yararına değiştirilir¹⁹¹. SAJ formundaki esasları genel olarak benimseyen NSF formu, tersaneci aleyhine doğabilecek bu olumsuzluğu dikkate alarak, teslim tarihinin, iş sahibinin malzeme temininde geciktiği gün sayısı kadar değil, bu gecikmenin gerçekte iş takviminde yarattığı aksama kadar erteleneceğini düzenlemektedir¹⁹².

sahibine ihtarda bulunması ve üç gün içerisinde plan ve çizimleri göndermesini istemesi gerektiği düzenlenmiştir. NSF Art. V. 1 (d).

¹⁸⁶ SAJ, Art. XVII-1 (a), n. 5-6; AWES Art. 10 p. 6; NEWBUILDCON, Art. 21 (a) (i), n. 385-390; NSF Art. XVI-1 (a).

¹⁸⁷ *Curtis*, s. 230.

¹⁸⁸ SAJ, Art. XVII-1 (d), n. 25-29 ve n. 1-2.

¹⁸⁹ SAJ Art. XVII 1 (d), n. 3-5.

¹⁹⁰ *Curtis*, s. 231.

¹⁹¹ *Curtis*, s. 231.

¹⁹² NSF Art. XVI-1 (d).

AWES formuna göre tersaneci, iş sahibince temin edilecek malzemenin tersaneye teslim edileceği tarihleri, iş sahibine bildirmelidir. Bu tarihte teslim yapılmaması, tersaneci açısından haklı gecikme nedeni doğurur¹⁹³. NEWBUILDCON formunda ise, diğer tip sözleşmelerde yer alan düzenlemelerin aksine, iş sahibinin temin etmekle yükümlü olduğu malzemeyi teslimde gecikmesi, tersanecinin gemiyi teslim tarihini ertelemesini. Otuz günü aşan gecikme, tersaneciye, geminin teslim tarihinde bir gecikmeye sebep verecek olması şartına bağlı olarak, bu malzeme olmadan inşa çalışmalarına devam etme hakkı verir¹⁹⁴.

İş sahibi, temin ettiği malzemenin, tersaneci tarafından kurulumunu kolaylaştırmak için gerekli olan plan, çizelge, test raporu, kullanma kılavuzu gibi, bilgi ve belgeleri de tersaneciye vermelidir¹⁹⁵. İş sahibince temin edilen malzemenin kurulumu için malzeme üreticilerinin tersanede hazır bulunması gerekirse, iş sahibinin, masraflarını da karşılayarak bunu sağlaması gerekir¹⁹⁶.

c) Geminin Tesellümüne İlişkin Olarak

Gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibinin ifaya katılma hususunda en önemli yükümlülüğü gemiyi teslim almaktır. Bu yükümlülük tip sözleşmelerde genellikle şu şekilde ifade edilmektedir: “*Alıcı, Teslim ve Kabul üzerine geminin zilyetliğini derhal almalı ve Teslim ve Kabulden itibaren üç gün içerisinde gemiyi Tersaneden kaldırmalıdır*”¹⁹⁷.

Sözleşmeye uygun olarak tamamlanan ve deneme yüzüşleri yapılarak kendisine teslim edilmek istenen gemiyi, haklı neden olmaksızın, teslim almaktan kaçınan iş sahibi, alacaklı temerrüdüne düşer¹⁹⁸. İş sahibinin gemiyi teslim almamasının en

¹⁹³ AWES Art. 10.6.

¹⁹⁴ NEWBUILDCON Art. 21 (a) (iv); SAJ Art. XVII-1 p. 2.

¹⁹⁵ SAJ, Art. XVII-1 (b), n. 8-11; NEWBUILDCON, Art. 21 (a) (ii), n. 391-393; NSF Art. XVI-1 (b).

¹⁹⁶ SAJ, Art. XVII-1 (b), n. 11-16; NSF Art. XVI-1 (b); NEWBUILDCON Art. 21 (a) (ii), n. 394-398. Ancak alıcının bu sorumluluğu NEWBUILDCON'a göre sadece makul bir şekilde mümkünse (*if reasonably possible*), NSF'de ise tersaneci tarafından makul bir gerekçeyle talep edilmesi ve Şartnameye göre bu kurulumun tersanecinin sorumluluğunda olmaması halinde doğmaktadır.

¹⁹⁷ SAJ Art. VII 6 n. 1-3; NSF Art. VIII 5; NEWBUILDCON Art. 32 (b) n. 694-695; AWES Art. 6 (a) p.2.

¹⁹⁸ Ancak teslim edilmek istenen geminin ayıplı olması mümkündür. Bu durumda iş sahibi gemiyi kabul etmezse, teslim gerçekleşmeyecektir. Ancak gemideki ayıplar iş sahibinin gemiyi teslim almasına engel teşkil etmeyecek derecede ise veya teslim alındıktan sonra dahi tersaneci tarafından tamir edilmesi mümkünse, geminin teslim alınmasında hem iş sahibinin hem de tersanecinin

önemli sonucu, tersaneciye demirleme ücreti (*mooring charges*) ödenmesidir¹⁹⁹. NEWBUILDCON, tersaneciye, geminin teslim alınmaması nedeniyle demirleme ücreti yanında, iş sahibine beş gün önceden bildirimde bulunmak koşuluyla, gemiyi güvenli başka bir yere götürme hakkını vermektedir²⁰⁰.

Donatanlar, özellikle navlun piyasasının düştüğü dönemlerde, inşa edilen gemideki ayıbı bahane ederek teslimi geciktirmek; hatta gemiyi hiç teslim almamak isterler²⁰¹. Bu yolla, teslim bağlanan nihai ödemeden kaçınırlar. İş sahibinin bu suistimaline karşı, SAJ tersaneciye özel bir hak tesis etmiştir. SAJ'a göre, *iş sahibi Sözleşmeye ve Şartnameye uygun olarak inşa edilen gemiyi, haklı bir gerekçesi olmaksızın, teslim almaktan kaçınırsa, tersaneci, gemiyi teslim için arz etme hakkına (right to tender delivery of the Vessel) sahiptir*²⁰².

Madde metni açık olmamakla birlikte, gemiyi teslim için arz etmek ifadesinden, teslim bağlanan sonuçlar yönünden, geminin teslim edilmiş varsayılacağı (*deemed delivery*) anlaşılmaktadır²⁰³. Geminin teslim edilmiş kabul edilmesiyle, tersanecinin son ödemeye ilişkin alacağını talep etme hakkı doğar ve teslimde gecikme nedeniyle cezai şart ödemesi gündeme gelmez²⁰⁴.

Ayrıca geminin teslim alınmaması üzerine, muaccel hale gelen son ödemenin yapılmaması nedeniyle temerrüde düşen iş sahibi, geminin teslim edilmiş varsayıldığı andan itibaren, faiz ödemekle²⁰⁵ ve temerrüt nedeniyle tersanecinin uğradığı masraf ve zararları tazmin etmekle yükümlüdür²⁰⁶.

İş sahibinin gemiyi teslim almaması nedeniyle tersanecinin sahip olduğu sözleşmeden dönme hakkı, NEWBUILDCON'da açıkça ifade edilmiştir²⁰⁷. SAJ'da iş sahibinin gemiyi teslim almaması sözleşmenin ihlâli olarak kabul edilmiş ve

menfaati vardır. Bu gibi durumlarda, iş sahibinin gemiyi teslim alırken ayıplı işler için ihtirazi kayıt ileri sürmesi gerekmektedir. Aksi takdirde gemiyi ihtirazi kayıt ileri sürmeden teslim alan iş sahibi gemiyi sözleşmeye uygun inşa edilmiş gibi kabul etmiş sayılır.

¹⁹⁹ SAJ Art. VII 6 n. 4-7; NSF Art. VIII 5; NEWBUILDCON Art. 32 (b) n. 695-697.

²⁰⁰ NEWBUILDCON Art. 32 (b) n. 697-699.

²⁰¹ *Curtis*, s. 98.

²⁰² SAJ Art. VII-4. Benzer bir hüküm için bkz. AWES Art. 10 p. 5.

²⁰³ *Curtis*, s. 131.

²⁰⁴ *Curtis*, s. 131.

²⁰⁵ SAJ Art. XI 2 n. 18-21.

²⁰⁶ SAJ Art. XI 2 n. 22-23.

²⁰⁷ NEWBUILDCON Art. 39 (b) (iii) n. 987-988.

sözleşmenin ihlâli on beş günü aşarsa, tersanecinin sözleşmeyi sona erdirebileceği düzenlenmiştir²⁰⁸. AWES ve NSF’de ise bu konuda dönme hakkına yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu tip sözleşmelerin kullanıldığı sözleşmelerde, tersaneci ancak gemiyi satarak satış bedelinin tevdi üzerine borcundan kurtulabilir.

III. DİĞER YAN BORÇLAR

İş sahibinin bedel ödeme ve gemiyi teslim alma borçları yanında, kanunda yer almamasına karşın, dürüstlük kuralından, sözleşmeden ya da hâkimin sözleşmeyi tamamlamasından kaynaklanan diğer yan borçları bulunmaktadır²⁰⁹. İş sahibi, dürüstlük kuralı gereğince, edimin ifası sırasında tersanecinin bedensel, sağlıksal veya maddi anlamda uğrayabileceği zararları engellemek amacıyla mümkün olan tüm tedbirleri almalı,²¹⁰ özellikle kendisince bilinen ancak tersanecinin zorlukla bilebileceği tehlikeleri bildirmeli²¹¹ ve sözleşme sırasında öğrendiği ticari sırları ifşa etmemelidir²¹².

Sözleşme ile kararlaştırılan yan yükümlülükler, genellikle dürüstlük kuralına ilişkin yükümlülüklerin tezahürü olarak ortaya çıkmakta ise de, bunları aşan nitelikte yan borçlar kararlaştırılabilmesi de mümkündür²¹³. Örneğin, iş sahibinin banka teminatı ya da diğer teminatlar vermeyi, sigorta yaptırmayı, tersanecinin ticari planlarını vs. dokümanlarını sadece bu sözleşme ile kullanmayı ya da belirli konuları gizli tutmayı üstlenmesi mümkündür²¹⁴. Bir yan borç üstlenilip üstlenilmediği ya da hangi yan borçların üstlenildiği sözleşmenin yorumlanması suretiyle belirlenir. Bu tür bir yorum neticesinde, sözleşmede boşluk olduğu anlaşılırsa, bu boşluk mümkün olduğu ölçüde hakimin sözleşmeyi tamamlaması suretiyle doldurulur²¹⁵.

²⁰⁸ SAJ Art. XI 3 (b). NEWBUILDCON’da ise bu tür bir süre sınırlaması bulunmayıp, iş sahibinin sözleşmeye uygun olarak kendisine sunulan gemiyi teslim almaması halinde tersanecinin, ihbar etme koşuluyla sözleşmeyi sona erdirebileceği düzenlenmiştir. NEWBUILDCON Art. 39 (b) (iii).

²⁰⁹ *Gauch*, N. 1320.

²¹⁰ *Gauch*, N. 1321.

²¹¹ *Gauch*, N. 1321.

²¹² *Gauch*, N. 1321.

²¹³ *Gauch*, N. 1322.

²¹⁴ *Gauch*, N. 1322.

²¹⁵ *Gauch*, N. 1322.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

GEMİ İNŞA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

I. GENEL OLARAK

Gemi inşa sözleşmesi, tarafların borçlanmış oldukları edimleri ifa etmesi ile sona erer. Gemi inşa sözleşmesinin ifa nedeniyle sona ermesi için, tersanecinin yapımını borçlanmış olduğu gemiyi, vaktinde ve ayıpsız bir şekilde meydana getirip iş sahibine teslim etmesi, iş sahibinin de borçlanmış olduğu bedeli zamanında ve tam olarak ödemesi gerekir.

İş sahibinin inşa edilecek gemi ile deniz ticaretinden beklediği geliri elde etmesi, onun zamanında ve ayıpsız olarak teslimini gerektirdiğinden ve geç teslim edilen ya da ayıplı olan bir gemi, iş sahibinin navlun sözleşmesi kapsamında temerrüdüne yol açabileceğinden, iş sahibi, ifa dışında bir sebeple sözleşmeyi sona erdirebilir. Ayrıca navlun piyasasının inişli çıkışlı bir yapıya sahip olması nedeniyle, iş sahibi navlunların düştüğü dönemde sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmek isteyebilir. Bunun gibi tersaneci de, iş sahibinin bedel borcunu ödeme de temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmek isteyebilir.

Tip sözleşmelerde, tarafların sözleşmeyi hangi sebeplerle sona erdirebileceğine ilişkin özel hükümler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında Türk Borçlar Kanununda da eser sözleşmesinin sona ermesini özel olarak düzenleyen hükümler bulunmaktadır. Esasen tip sözleşmelerde yer alan düzenlemeler çoğunlukla Türk Borçlar Kanununda yer alan düzenlemeler ile örtüşmektedir.

İş sahibinin ifa zamanından önce dönme hakkı, tersanecinin gemiyi teslimde temerrüdü nedeniyle dönme hakkı, ayıba karşı tekeffülden doğan dönme hakkı, gemiye ilişkin imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin sona ermesi ve bedele ilişkin nedenlerle sözleşmenin sona ermesi hususları, önceki bölümlerde anlatılmış olduğundan burada tekrar edilmeyecektir. Bu bölümde iş sahibinin ve tersanecinin şahsını ilgilendiren imkânsızlık nedeniyle sözleşmenin sona ermesi, tersanecinin zararının tazmini suretiyle iş sahibinin sözleşmeyi feshi ve tarafların iflası nedeniyle

sözleşmenin sona erdirilmesi konuları ele alınacak, tip sözleşmelere göre sözleşmenin sona ermesi incelenecektir.

II. GEMİNİN TAMAMLANMASININ İMKÂNSIZ HALE GELMESİ NEDENİYLE SONA ERME

Kanun koyucu, Türk Borçlar Kanununun 96. ve 117. maddelerinde düzenlenen sonraki imkânsızlığa ilişkin hükümler yanında, eser sözleşmesinde uygulanmak üzere 485 ve 486. maddeleri ihdas etmiş ve iş sahibi ile yükleniciyi ilgilendiren sonraki imkânsızlık hallerine yer vermiştir.

A) İŞ SAHİBİNİN ŞAHSINI İLGİLENDİREN İMKÂNSIZLIK

1- Genel Olarak

Türk Borçlar Kanununun 485. maddesi¹, iş sahibinin şahsını veya riziko alanını ilgilendiren bir olay nedeniyle, eserin tamamlanmasının imkânsızlaşmasını düzenlemektedir². Bu maddeye göre, *eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.*

¹ BK m. 370'e denk gelen bu maddede, metninde yapılan arılaştırma dışında bir hüküm değişikliği yoktur.

² *Becker*'e göre, iş sahibinin riziko alanında doğan beklenmeyen hal nedeniyle, borcunun ifası imkansızlaşan yüklenici, Kanunun 136. maddesi (İBK m. 119) gereğince, bedel hakkını kaybedecektir. Bu çok sert sonuç nedeniyle, kanun koyucu, yükleniciye, yapılan çalışmanın ücretini ve ücretin yanında tazmin edilebilir giderlerini isteme hakkı vermektedir. Bkz. *Becker*, Mad. 379, N. 1, s. 644. Bu maddenin TBK m. 136 (BK m. 117) karşısında özel hüküm niteliği taşıdığı hususunda bkz. *Bühler*, Art. 378, N. 4. Aksi takdirde yüklenicinin Kanunun 136. maddesi (BK m. 117) gereğince, her türlü ücret alacağını kaybetmesi gerekirdi. Ancak bu çok sert bir çözüm olurdu. O itibarla kanun koyucu yükleniciye, o zamana kadar yapılan çalışmanın ücretini ve buna dahil olmayan masraflarının karşılanması isteme hakkı tanımıştır. *Baygın* (Ücret), s. 229. Bu madde, TBK m. 483'te (BK m. 368) düzenlenen eserin teslimden önce yok olması ile karıştırılmamalıdır. Kanununun 483. maddesinde sözleşme konusu şeyin yok olmasına ilişkin hasar öngörülmekteyken; 485. maddede (BK m. 370), iş sahibinin ilişkileriyle ilgili olaylar yüzünden geminin yok olması değil, yapılmasının veya tamamlanmasının mümkün olmaması veya bu haliyle işin tamamlanmasının yükleniciden beklenememesi hali düzenlenmektedir. Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 330; *Zindell/Pulver*, Art. 378, N. 2.

2- Uygulanma Şartları

a) Tersanecinin Gemiye Tamamlama Borcunun İmkânsızlığı

Türk Borçlar Kanununun 485. maddesinin gemi inşa sözleşmesine tatbiki için, inşasına henüz başlanmamış geminin inşasına veya inşasına başlanmış geminin tamamlanmasına engel olan³ ve iş sahibinin hâkimiyet alanında gerçekleşen objektif veya mutlak bir imkânsızlığın varlığı gerekir⁴. Tamamlanmış olmasına rağmen, teslimi imkânsızlaşan gemi hakkında da bu hüküm uygulanabilir⁵. Buna karşın, geminin tamamlanması mümkün olmakla birlikte, ayıpsız inşa edilmesi mümkün değilse, Türk Borçlar Kanununun imkânsızlığa ilişkin 485. maddesine değil, ayıba karşı tekeffülü düzenleyen 474 vd. hükümlerine dayanılmalıdır⁶.

b) İmkânsızlık İş Sahibinin Riziko Alanından Kaynaklanmalıdır

Geminin tamamlanmasına engel olan imkânsızlık, iş sahibinin doğrudan şahsıyla veya işletmesiyle ilgili risklerden kaynaklanmış olmalıdır⁷. İş sahibinin, sözleşmenin ifası için kendi üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya mücbir sebepler gibi zorlayıcı dış etkenler nedeniyle bu yükümlülüklerini yerine

³ Gauch, N. 723; Bühler, Art. 378, N. 17; Aral, s. 388; Buz (İmkânsızlaşma), s. 26.

⁴ Gauch, N. 723; Bühler, Art. 378, N. 14; Zindell/Pulver, Art. 378, N. 11; Pedrazzini, s. 545; Aral, s. 388; Buz (İmkânsızlaşma), s. 26; Gümüş (C.2), s. 205. Gautschi, TBK'nın 485. maddesinin (İBK m. 378) sadece mutlak ve objektif imkânsızlık hallerinde değil, sübjektif imkânsızlık hallerinde de, akde devamın beklenemeyeceği (*Unzumutbarkeit*) ve katlanılmaz olacağı (*Unertraglichkeit*) hallerde de uygulanabileceği görüşündedir. Aksi takdirde yazara göre, çeşit borçlarında imkânsızlık söz konusu olmadığından misli eşyaların teslimine ilişkin sözleşmelerde bu hüküm hiç bir zaman uygulama bulamayacaktır. Dolayısıyla iş sahibi, diğer sürekli aktelerde olduğu gibi sözleşmeye devam etmesini kendisinden beklenemez hale getiren önemli bir sebep ortaya çıktığı takdirde, TBK m. 485'e (İBK m. 378) dayanarak sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedebilmelidir. Bu fesih hakkının kullanılması, böylece akde devama engel olan bir sebebin ortaya çıkması ve sözleşmeyi feshetmek için, Kanunun 484. maddesine (İBK m. 377) göre tam tazminat ödemenin, iş sahibinden beklenemeyecek aşırı bir külfet niteliği taşıması koşuluna bağlıdır. Bkz. Gautschi, Art. 378/379, N. 5-7.

⁵ Gauch, N. 746; Zindell/Pulver, Art. 378, N. 12; Bühler, Art. 378, N. 17; Tandoğan (C. II), s. 328; Aral, s. 388; Yavuz, s. 502; Gümüş (C. 2), s. 206. Ancak tamamlanmış bir eserin tesliminin iş sahibinin çevresinde doğmuş bir kaza yüzünden fakat alacaklı temerrüdü bulunmadan olanaksızlaşması pek düşünülemeyeceğinden, burada Kanunun 483. maddesinin ilk fıkrasının (BK m. 368/I) uygulanması mümkün olabilecektir. Tunçomağ (C. II), s. 1093.

⁶ Gauch, N. 723; Zindell/Pulver, Art. 378, N. 7; Bühler, Art. 378, N. 10; Tandoğan (C. II), s. 327; Gümüş (C. 2), s. 205.

⁷ Gauch, N. 724; Zindell/Pulver, Art. 378, N. 16; Gümüş (C.2), s. 206. Doktrinde, iş sahibinin çevresine giren ve işin tamamlanmasına engel olan hallerin geniş anlamda ele alınması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Pedrazzini, s. 545; Aral, s. 389; Buz (İmkânsızlaşma), s. 27; Gümüş (C.2), s. 206.

getirememesi⁸, yardımcı kişilerinin davranışı, kendisi tarafından getirilen malzemenin ayıplı olması veya yanlış talimatı nedeniyle geminin tamamlanmasına engel olan durumlar bu kapsamda yer alır⁹.

3- Hüküm ve Sonuçları

a) Sözleşmenin Sona Ermesi

Türk Borçlar Kanununun 485. maddesinin lafzı, maddede öngörülen şartların gerçekleşmesinin sözleşmenin akıbetine ne yönde etki edeceğine işaret etmemektedir. Ancak öğretide kabul edildiği üzere, Türk Borçlar Kanununun 136. maddesinin kıyasen uygulanması neticesinde, sözleşme, ileriye etkili olarak ve bir fesih beyanına ihtiyaç olmadan, kanundan dolayı sona erer¹⁰.

b) Tersanecinin Giderlerinin Ödenmesi

Sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesiyle birlikte, geminin henüz tamamlanmamış kısmına ilişkin tarafların karşılıklı talepleri son bulur¹¹. Ancak tersaneci, Türk Borçlar Kanununun 485. maddesinin I. fıkrası uyarınca, iş sahibinden, sözleşmenin sona ermesine kadar yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerin ödenmesini talep edebilir. Bu hükme göre, tersaneci, işin ifası üzerine elde edeceği kârın tamamını değil; sözleşme sona erinceye kadar yaptığı iş için, genel giderler payını da içine alan, uygun bir karşılık alabilir¹².

Bu kapsamda, tersanecinin alacak talebi hesaplanırken işin ve malzemenin değeri değil, tarafların önceden kararlaştırdıkları bedel esas alınır; örneğin, sözleşmeyle götürü bedel kararlaştırılmış ise, tersaneciye, bu bedelin onun fiilen yaptığı işlere

⁸ Pedrazzini, s. 545.

⁹ Gauch, N. 724-725.

¹⁰ Gauch, N. 732; Bühler, Art. 378, N. 22; Zindel/Pulver, Art. 378, N. 17; Aral, s. 389; Buz (İmkânsızlaşma), s. 29; Gümüş (C.2), s. 207. Kanunun 485. maddesine (İBK m. 378) daha geniş bir uygulama alanı tanıyan ve bu hükmün iş sahibine önemli sebepler dolayısıyla fesih yetkisi verdiği düşüncesinde olan *Gautschi*'ye göre, iş sahibi veya onun ölümü halinde mirasçıları sözleşmeyi feshettiklerini müteahhide bildirmelidirler. *Gautschi*, Art. 378/379, N. 8. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Buz (İmkânsızlaşma), s. 29, dn. 40.

¹¹ Zindel/Pulver, Art. 378, N. 17; Bühler, Art. 378, N. 22; Aral, s. 389; Buz (İmkânsızlaşma), s. 29.

¹² Baygın (Ücret), s. 230.

tekabül eden kısmı ödenir¹³. Türk Borçlar Kanununun 485. maddesinin metninden açıkça anlaşılmasa da, iş sahibi, ödeme yaptığı kısmın kendisine verilmesini isteyebilir¹⁴.

İş sahibi ile ilgili ifanın imkânsızlaşmasına yol açan beklenmedik olay, tersanecinin temerrütte olduğu bir sırada gerçekleşmişse, iş sahibinin bu nedenle uğradığı zararlardan tersaneci sorumlu olur. Mütemerrit tersaneci, iş sahibinden, Türk Borçlar Kanununun 485. maddesine dayanarak bir talepte bulunamaz¹⁵. Ayrıca Kanununun 472. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, iş sahibini uyarma yükümlülüğünü yerine getirmeyen tersanecinin, 485. maddeye dayanma imkânı yoktur¹⁶.

İş sahibi nezdinde gerçekleşen beklenmedik olayın, hem geminin yok olmasına hem de yeniden inşasının imkânsızlaşmasına yol açması üzerine, Türk Borçlar Kanununun hangi hükmünün uygulanacağı tartışmalıdır. Öğretide baskın olan görüşe göre, böyle bir durumda münhasıran Türk Borçlar Kanununun 483. maddesi uygulanmalı ve borçlu (tersaneci) yaptığı kısma dair herhangi bir bedele hak kazanmamalıdır¹⁷.

Katıldığım azınlık görüşüne göre ise, Türk Borçlar Kanununun 485. maddesi, 483. maddede yer alan kuralı yumuşatan bir düzenlemedir. Bu hükümde, eserin yok olup olmamasına bakılmaksızın, eserin tamamlanmasının imkânsızlaşması üzerinde durulduğundan, yüklenicinin 485. maddeye dayanan kısmi ödeme talebini, imkânsızlık anına kadar yapılan eserin yok olmasına bağlı tutmak açık bir haksızlık

¹³ *Gauch*, N. 730; *Bühler*, Art. 378, N. 26; *Zindel/Pulver*, Art. 378, N. 18; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 30; *Tunçomağ* (C. II), s. 1093; *Aral*, s. 389 *Gümüş* (C.2), s. 207. Yüklenici işin tamamlanması halinde elde edeceği kârın tamamını alamaz. Ancak eserin ilerlemiş ve tamamlanmaya yakın olduğu hallerde, yüklenicinin alacağı tazminat, sözleşmedeki ücretine yakın olabilecektir. Yüklenici, imkânsızlığın, işe başlamadan önce ortaya çıkması halinde, sadece hazırlık masraflarını isteyebilecektir. *Tandoğan* (C. II), s. 330; *Gauch*, N. 731. Eserin yapımına başlamamış ve bir hazırlık gideri yapmamış olan yüklenici, iş sahibinden bir talepte bulunamaz ve sözleşmenin kurulması için yaptığı giderlerini de isteyemez. *Gauch*, N. 731; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 30.

¹⁴ *Gauch*, N. 732; *Zindel/Pulver*, Art. 378, N. 19; *Bühler*, Art. 378, N. 28; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 30; *Gümüş* (C. 2), s. 208.

¹⁵ *Gauch*, N. 739; *Bühler*, Art. 378, N. 39; *Zindel/Pulver*, Art. 378, N. 9; *Tandoğan* C. II, s. 331; *Gümüş* (C. 2), s. 204.

¹⁶ *Gauch*, N. 740; *Bühler*, Art. 378, N. 39; *Zindel/Pulver*, Art. 378, N. 4; *Tandoğan* C. II, s. 331; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 31; *Gümüş* (C. 2), s. 208.

¹⁷ Bkz. *Gauch*, N. 742; *Zindel/Pulver*, Art. 378, N. 5; *Tandoğan* C.II, s. 330.

teşkil eder¹⁸. Bu nedenle, tersaneci, 485. maddede yer alan kurala dayanarak, iş sahibinden, yaptığı işin bedelini ve buna dâhil olmayan giderlerinin tazminini talep edebilir.

c) Kusuruyla İmkânsızlığa Yol Açan İş Sahibince Tersanecinin Zararının Tazmini

İmkânsızlığa kusuru ile sebebiyet veren iş sahibi, tersanecinin müspet zararının tamamını tazmin etmekle yükümlüdür¹⁹. Tersaneci, müspet zarar kapsamında, yoksun kaldığı kârını isteyebilir. Talep edilecek bu tazminattan, tersanecinin edim yükümünden kurtulma sonucu yaptığı diğer inşa işlerinden elde ettiği veya dürüstlük kuralına aykırı olarak (kasten) elde etmeyi ihmâl ettiği kazançlar indirilir²⁰.

Geminin tamamlanmasını, kendi kasıtlı veya ihmâli davranışıyla, imkânsızlaştıran iş sahibi, Türk Borçlar Kanununun 485. maddesinin 2. fıkrası anlamında kusurlu sayılır²¹. İş sahibinin bu sorumluluğu, yardımcılarının davranışından kaynaklanan imkânsızlıkları da içerir²². Tersanecinin alt yüklenicileri ile olan ilişkisinde, geminin inşasını iş sahibi nezdinde imkânsızlaştıran beklenmedik olaylar, tersanecinin riziko alanında varsayılır ve alt yüklenici sözleşmesi, kanundan dolayı ileriye etkili olarak sona erer²³. Alt yüklenici, tersaneciden, o zamana kadar yaptığı işin bedelini, buna dâhil olmayan giderlerini ve iş sahibinin kusuru varsa, müspet zararının tazminini talep edebilir²⁴.

¹⁸ *Oser/Schönenberger*, Art. 378, N. 2; *Pedrazzini*, s. 545. Bu görüşün savunması ve diğer görüşün eleştirisi hakkında bkz. *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 34.

¹⁹ *Gauch*, N. 734-735; *Zindell/Pulver*, Art. 378, N. 21; *Pedrazzini*, s. 548; *Tandoğan* (C. II), s. 330; *Aral*, s. 390; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 32; *Gümüş* (C. 2), s. 209.

²⁰ *Gauch*, N. 735; *Zindell/Pulver*, Art. 378, N. 21; *Aral*, s. 390; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 32; *Gümüş* (C.2), s. 209.

²¹ *Gauch*, N. 736; *Bühler*, Art. 378, N. 33; *Tandoğan* (C. II), s. 331; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 32.

²² *Gauch*, N. 736; *Bühler*, Art. 378, N. 33; *Pedrazzini*, s. 548; *Tandoğan* (C. II), s. 331; *Aral*, s. 390; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 32; *Ergezen*, s. 153.

²³ *Gauch*, N. 744; *Bühler*, Art. 378, N. 39; *Zindell/Pulver*, Art. 378, N. 3; *Tandoğan* C.II, s. 332; *Gümüş* (C. 2), s. 204.

²⁴ *Gauch*, N. 744; *Tandoğan* (C. II), s. 332.

B) TERSANECİNİN ŞAHSINI İLGİLENDİREN İMKÂNSIZLIK

Türk Borçlar Kanununun 486. maddesine²⁵ göre, *yüklenicinin kişisel nitelikleri göz önüne alınarak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.*

Madde metninde sadece gerçek kişilerden söz edilmesine rağmen; hükmün tüzel kişiler bakımından da kıyasen uygulanması mümkündür²⁶. Dolayısıyla bu hüküm, genellikle bir ticari işletme ya da tüzel kişilik olarak faaliyet gösteren ve gemiyi imal etme yeteneğini kaybeden tersaneciler hakkında da uygulanabilir.

1- Uygulanma Şartları

a) *Sözleşme Tersanecinin İşletmesel Nitelikleri Göz Önünde Tutularak Yapılmış Olmalıdır*

Bu hüküm, yalnızca yüklenicinin işletmesel nitelik ve özellikleri göz önünde bulundurularak yapılmış olan sözleşmeler için uygulanabilir. Nitekim bu tür sözleşmelerde yüklenicinin işi bizzat veya kendi yönetiminde meydana getirmesi asıl olup, işin üçüncü bir kişiye bırakılması olanaklı değildir²⁷. Sözleşmenin bu türden olup olmadığı, tarafların sözleşmedeki iradelerinden veya sözleşme konusu işin niteliğinden anlaşılır²⁸.

Gemi inşa sözleşmesinde iş sahibi, belirli bir gemi türünün yapımı konusunda özel bilgi ve uzmanlığı olması nedeniyle, bir tersaneci ile anlaşılırsa ve bu sözleşmede işin üçüncü bir kişiye bırakılması yasaklanmışsa, bu tür bir sözleşmenin varlığından söz edilebilir²⁹. Ayrıca tersanecinin, daha önce yaptığı işlerin kalitesinin güvenilir olması, konu hakkında ün kazanması, iş sahibinin uğrayacağı zararı tazmin

²⁵ BK m. 371'e denk gelen bu maddede, sistematik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve arılaştırma dışında bir hüküm değişikliği yoktur.

²⁶ *Gauch*, N. 761; *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 2; *Bühler*, Art. 379, N. 11; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 36; *Gümüş* (C.2), s. 210.

²⁷ Bkz. *Gümüş* (C.2), s. 210.

²⁸ *Gauch*, N. 753; *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 11; *Bühler*, Art. 379, N. 9; *Aral*, s. 390-391. *Yavuz*, s. 504; *Baygın* (Ücret), s. 230.

²⁹ Bkz. *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 11; *Becker*, Art. 379, N. 2; *Tandoğan* (C. II), s. 332.

edebilecek kadar finans gücüne sahip olması nedenleriyle taraf olduğu sözleşmelerde, işin niteliği dolayısıyla tersanecinin işletmesel özelliklerinin göz önünde tutulmuş olduğu kabul edilebilir³⁰.

Tersanecinin işletmesel niteliklerinin önem taşıdığı sözleşmelerde, işin yapımında ve yönetilmesinde yardımcı kişilerden faydalanılabileceği gibi, tersanecinin mirasçıları, kanuni temsilcileri, halefi veya iflas masası da işe devam edebilir³¹. Nitekim bu hükmün karşıt anlamından yola çıkarak belirtmek gerekir ki, geminin üçüncü kişiler tarafından tamamlanması mümkünse, 486. madde uygulanmaz ve sözleşme sona ermez³². Bu gibi hallerde iş sahibi, işin gecikmesi nedeniyle borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere dayanabilir³³.

b) Tersaneci Gemiye Tamamlama Yeteneğini Kaybetmelidir

Türk Borçlar Kanununun 486. maddesinin uygulanmasının diğer bir şartı, tersanecinin, ölümü veya kusuru olmaksızın, gemiyi tamamlama yeteneğini kaybetmesidir. Genellikle tüzel kişi olarak faaliyet gösteren tersaneci için, ölümün sona erme sebebi olamayacağı açıktır³⁴. Ancak tüzel kişiliğin sona ermesi bu anlamda sona erme sebebi olarak kabul edilebilir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, yüklenicinin yönetim borcunun, işin alet, makine, personel açısından organizasyonu, talimat verilmesi ve denetim sağlanması gerektirdiğini, bu düzenin ise ancak işletmesine dâhil devamlı personel ve aletle sağlayabileceğini, söz konusu hususların kişisel yetenek kavramı içinde olduğunu ileri sürmüş, işletmesini dağıtarak mesleğine son veren yüklenicinin gerekli personele sahip olmamasını, 486.

³⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, toprak kazı ve duvar işlerinin verildiği bir olayda, yüklenicinin kişisel yeteneklerinin önemli rol oynadığını kabul etmiş ve işin verilmesine daha önce yaptığı işlerin kalitesinin güvenilir olmasının ve ödeme kabiliyetinin göz önünde tutulduğunu belirtmiştir. BGE 103, 56; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s. 48; Yargıtay da apartman yapımına ilişkin bir kararında, işin belirli bir müteahhide verilmesinde sosyal ve ekonomik hayatın normal akışına göre kişisel yeteneklerinin (özel mesleki bilgi, güven vermesi, özel krediye layık olması, tecrübesi, denenmiş olması, ünü) dikkate alındığını belirterek, bu tür bir inşaat sözleşmesinin Borçlar Kanununun 371. maddesinin I. fıkrası kapsamına girdiğini kabul etmiştir. Yargıtay 15. HD., 7.7.1975, 3149/3436 (YKD. 1976, s. 875); *Tandoğan* (C. II), s. 332.

³¹ *Tandoğan* (C. II), s. 332; *Becker*, Art. 379, N. 1; *Pedrazzini*, s. 551.

³² *Gauch*, N. 755; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 35.

³³ *Gauch*, N. 755; *Zindel/Pulver*, Art. 379, N. 12.

³⁴ *Karaca*, M.: *Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi*, Ankara 2009, s. 99.

madde anlamında imkânsızlık saymıştır³⁵. Benzer sebeplerle tersanecinin gemiyi tamamlama yeteneğini kaybetmesi, Kanununun 486. maddesinin uygulanmasına yol açabilir.

Bu imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmalı ve tersanecinin işi yapmaktan aciz olması, geçici değil devamlı bir nitelik taşımalıdır³⁶. Tersanecinin, sözleşmeden doğan borcunu ifa etmek için gerekli parasal olanaklara sahip olmaması ya da iflası, bu madde anlamında imkânsızlık olarak kabul edilmemektedir³⁷.

2- Hüküm ve Sonuçları

Kanun maddesi gereğince, anılan şartların gerçekleşmesi üzerine sözleşme, ayrıca bir bildirimle lüzum olmaksızın, kendiliğinden sona erer³⁸. Bu sona erme, ileriye etkili sonuçlar doğurur³⁹. Böylece geminin henüz tamamlanmamış kısmına ilişkin olarak tarafların hak ve borçları ortadan kalkar⁴⁰.

İş sahibi, geminin tamamlanan kısmından yararlanabilecek durumda ise, bu kısmı kabul etmek ve bedelini ödemekle yükümlüdür⁴¹. Bedelin tespitinde Kanununun 485.

³⁵ BGE 103 II 58. *Zindell/Pulver*, bu kararı, olayda müteahhidin kusurundan kaynaklanan bir sebeple ifanın imkânsızlaşması ve Kanununun 486. maddesi (İBK m. 379) yerine, Kanununun 112 vd. (İBK m. 97 vd.) hükümlerinin uygulanması gerektiği gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 9.

³⁶ *Gauch*, N. 756; *Bühler*, Art. 379, N. 5; *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 2; *Tandoğan* (C. II), s. 334; *Aral*, s. 391; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 35; *Gümüüş* (C.2), s. 211.

³⁷ *Gauch*, N. 758-759; *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 10; *Bühler*, Art. 379, N. 5; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 36; *Tercan*, E.: *İflaın Sözleşmelere Etkisi*, Ankara 1996, s. 223; *Gümüüş* (C.2), s. 211. Ancak bazı yazarlar bu halin de kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır. Bkz. *Gautschi*, Art. 378/379, N. 18.

³⁸ *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 13; *Bühler*, Art. 379, N. 14; *Eren*, F.: “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi (III)”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici – İşletmeci – Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer), Ankara 1996, s. 87-103, s. 101. Buna karşılık *Gautschi*'ye göre bu gibi hallerde müteahhidin işletmesi, mirasçılar veya yardımcıları tarafından devam ettiriliyorsa sözleşme kendiliğinden sona ermez, akde son vermek isteyen iş sahibinin fesih beyanında bulunması gerekir. *Gautschi*, Art. 378/379, N. 16. *Tandoğan*'a göre, bu görüş ancak işi bizzat yapması veya kendi yönetimi altında yaptırması zorunlu olmayan hallerde müteahhidin ölümü veya aczi üzerine mirasçılarının, yardımcılarının veya kanunî temsilcisinin işe devam etmeyip temerrüde düşme durumu ortaya çıkarsa iş sahibinin fesih beyanında bulunulabileceği şeklinde anlaşılırsa geçerli olabilir. *Tandoğan* (C. II), s. 336.

³⁹ *Gauch*, N. 754; *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 13; *Bühler*, Art. 379, N. 16; *Aral*, s. 391; *Buz* (Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması), s. 36.

⁴⁰ *Gauch*, N. 762; *Bühler*, Art. 379, N. 15; *Aral*, s. 391; 91; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 36.

⁴¹ İşin üçüncü bir kişi tarafından tamamlanması mümkün ise, iş sahibinin eserin tamamlanan kısmından yararlanabileceği kabul edilir. Geminin tamamlanan kısmından yararlanamayacağını iddia eden iş sahibinin, bu iddiasını ispat etmesi gerekir. *Gauch*, N. 763; *Bühler*, Art. 379, N. 18.

maddesinde öngörülen hesaplama yöntemi esas alınır⁴². İş sahibinin tespit edilen bedeli ödemesinin karşılığında, tersaneci, inşasını kısmen tamamladığı gemiyi iş sahibine vermekle yükümlüdür⁴³. İnşası kısmen tamamlanmış olan gemi, iş sahibi için kullanılabilir nitelikte olmazsa, iş sahibi tarafından verilen malzemenin hangi tarafa ait olacağına tespitinde hukuki taşıyır esasları uygulanır⁴⁴. İş sahibi tarafından verilen malzeme, tersanecinin emeğinden değerliyse iş sahibine; aksi takdirde tersaneciye ait olur⁴⁵.

Türk Borçlar Kanununun 486. maddesinde, tazmin yükümlülüğünden söz edilmese de, bazı koşullarda böyle bir yükümlülük gündeme gelebilir. Örneğin, işi tamamlama yeteneği, tersanecinin kusuruyla veya temerrütte olduğu dönemde kaybedilmiş ise, tersaneci, iş sahibinin müspet zararını tazminle yükümlüdür⁴⁶. İş sahibi, ifaya olan menfaatinin tazmini yerine, tersaneciye bir tazminat ödemeksizin sözleşmeyi feshederek menfi zararının tazminini isteyebilir⁴⁷.

III. TERSANECİNİN ZARARININ TAZMİNİ SURETİYLE İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEYİ FESHİ

A) GENEL OLARAK

İfa edilmesi ortalama iki yıl gibi uzun bir süreyi gerektiren gemi inşa sürecinde, iş sahibinin ihtiyaçları, sözleşmeye girme sebepleri veya ekonomik durumu değişebilir ve sözleşmenin tamamlanmasında bir menfaati kalmayabilir. Özellikle *denizcilik konjonktürünün* zirve (*peak*) noktasında, büyük kâr beklentisi içinde yeni gemi siparişi veren bir donatanın, inşanın devamı sırasında piyasaların

Burada geminin üçüncü kişiye tamamlattırılması mümkün olan ancak, tersanecinin haleflerine veya yardımcılarına güvenilmeyen haller söz konusudur. *Tandoğan* (C. II), s. 336.

⁴² *Gauch*, N. 764; *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 14; *Bühler*, Art. 379, N. 17; *Tandoğan* (C. II), s. 336; *Gümüş* (C. 2), s. 212. 15. HD. 30.11.1979, E. 1709/K. 2437; HGK. 16.12.1981, E. 1980-15-2714/K. 1981-839.

⁴³ *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 16; *Bühler*, Art. 379, N. 20.

⁴⁴ *Oser/Schönenberger*, Art. 379, N. 2; *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 16; *Tandoğan* (C. II), s. 337; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 37.

⁴⁵ *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 16; *Bühler*, Art. 379, N. 20.

⁴⁶ *Gauch*, N. 767; *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 17; *Tandoğan* (C. II), s. 337; *Eren* (Sona Erme), s. 101; *Aral*, s. 392; *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 37. Yüklenicinin kusuru halinde Kanunun 112 vd. (İBK m. 97 vd.) hükümlerine göre hareket edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. *Zindell/Pulver*, Art. 379, N. 17. Temerrüde kusuruyla düşmediğini ispat eden tersaneci, müspet zarar ödeme borcundan kurtulabilir. Bkz. *Buz* (İmkânsızlaşma), s. 37.

⁴⁷ *Tandoğan* (C. II), s. 337.

durağanlaşması ve navlun fiyatlarının düşüşe geçmesiyle, sözleşmenin tamamlanmasındaki menfaati ortadan kalkabilir⁴⁸. Navlun fiyatlarının geminin işletme masraflarına denk olduğu bir ortamda ekonomik yönden güçlü olmayan donatanlar, düşük navlun piyasası nedeniyle geminin maliyetini karşılayamayacak duruma gelirler. Bu durumda donatanlar ya inşa sırasında gemi inşa sözleşmesini sona erdirmek ya da inşanın tamamlanmış olması halinde düşük fiyatlarla gemiyi satmak zorunda kalırlar.

Gemi inşasında olduğu gibi uzun süreli bir iş görme borcu doğuran diğer eser sözleşmelerinde de, iş sahibinin ifaya olan menfaati değişebilir. Bu değişimi dikkate alan Türk Borçlar Kanununun 484. maddesine göre, *işsahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir*⁴⁹. Böylece iş sahibine, ayrıca bir neden göstermeksizin, sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı sağlanmaktadır⁵⁰.

⁴⁸ Ancak ekonomik koşullarda değişiklik nedeniyle sözleşme konusunun kârlılık özelliğinin ortadan kalkması, hukuk sistemlerinde sözleşmeden dönme için yeterli bir sebep olarak kabul edilmemektedir. *Pacta sunt servanda* ilkesine sıkı sıkıya bağlı olan ve iş sahibine nedensiz olarak sözleşmeden dönme hakkı tanımayan yargı çevrelerinde, ekonomik koşulların değişmesi halinde, iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirip erdiremeyeceği meselesi genellikle “işlem temelini çökmesi” gibi hukuk kaidelerinden yola çıkarak irdelenmiştir. Genelde kabul gören görüş, bu tür ekonomik krizlerin ticari hayatın normal risklerinden olması nedeniyle tek başına sözleşmenin sona ermesine yol açmayacağı yönündedir. Bkz. *Albrecht*, H. C.: “Aufhebung von Schiffbauverträgen”, Schriften Des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, Reihe A: Berichte und Vorträge, Heft 28, Hamburg 1977, s. 5-7. İşte bu nedenle, TBK m. 484, uygulamada iş sahibi için çok önemli bir hukuki araçtır.

⁴⁹ BK m. 369’a denk gelen bu maddede, metninde yapılan arılaştırma dışında bir hüküm değişikliği yoktur.

⁵⁰ *Zindel/Pulver*, Art. 377, N. 1; *Bühler*, Art. 377, N. 6; *Öz*, s. 138; *Gümüş* (C.2), s. 190; *Ergezen*, s. 115. Bu hüküm, sözleşme özgürlüğü ilkesiyle ve işin icrasının yüklenici için sadece bir borç olup aynı zamanda bir hak olmadığı, yüklenicinin faaliyeti iş sahibinin yararına olduğundan onun isterse bu faaliyetin yapılmasından vazgeçebileceği düşüncesiyle açıklanmaktadır. Bu yüzden yüklenici o zamana kadar işini sözleşmeye uygun olarak ve özenle yapmış olsa dâhi, iş sahibi onun ifaya olan menfaatini tamamen tazmin etmek suretiyle sözleşmeyi feshedebilecektir. *Oser/Schönenberger*, Art. 377, N. 1; *Tanduğan* (C. II), s. 343; *Buz*, V.: “İş Sahibinin BK md. 369’a Göre Eser Sözleşmesini Feshi”, *BATİDER* 2000, C. XXI, S. 2, s. 213; *Yavuz*, s. 549. Tam tazminat ödeye bile eser bitmeden önce akdi feshetmek, yine iş sahibinin yararına olabilir; çünkü o bu suretle henüz kullanılmamış malzeme giderlerinden ve harcanacak emek karşılığında tasarruf eder. Bkz. *Tanduğan* (C. II), s. 343. *Öz* ise, TBK m. 484’ün (BK m. 369) *ratio legis*’i olarak, istisna sözleşmesinde taraflar arasındaki güven ilişkisine kanun koyucunun büyük önem vermesi ve özellikle iş sahibinin her ne sebeple olursa olsun artık güven duymadığı bir müteahhitle arasındaki ilişkiyi dilediği zaman son erdirebilmesinin gerekli olduğu düşüncesindedir. Bkz. *Öz*, s. 139. Aynı yönde bkz. *Yavuz*, s. 550. Bu görüşün haklı eleştirisi için bkz. *Buz* (BK m. 369), s. 212-213. TBK m. 484’ün (BK m. 369) konuluş amacı konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Buz* (BK m. 369), s. 212-216.

Gemi inşa sözleşmesinde iş sahibinin başvurabileceği bu maddeye göre, sözleşmenin sona erdirilebilmesi için feshi haklı gösterecek bir nedene dayanılması ve bu nedenin fesih beyanında gösterilmesi şart değildir. İş sahibinin herhangi bir gerekçe göstermeden, hatta tamamen keyfi bir biçimde, sözleşmeyi feshetmesi, hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez⁵¹. Ancak yine de bu hakkın kullanılmasının sınırı, hakkın kötüye kullanılmasıdır⁵².

Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, iş sahibinin sözleşmeyi kısmen feshetmesi de mümkündür⁵³. Bunun için sözleşme konusu edim, bölünebilir nitelikte olmalıdır⁵⁴. Gemi inşa sözleşmesinde, kural olarak edimin bölünebilir olması mümkün değilse de; tersanecinin bir sözleşme ile, aynı nitelikte birden fazla gemi inşasını üstlendiği sözleşmelerde, her bir gemi için bölünebilir bir edim mevzu bahistir ve iş sahibi, kısmen fesih hakkını kullanabilir.

B) UYGULANMA ŞARTLARI

1- Gemi Henüz Tamamlanmamış Olmalıdır

İş sahibinin bu hükme göre sözleşmeyi feshedebilmesi için geminin tamamlanmamış olması icap eder⁵⁵. İş sahibi, henüz inşa çalışmalarının başlamadığı bir anda ya da hazırlık faaliyetleri sürerken bu hakkını kullanabileceği gibi⁵⁶, geminin tamamlanmaya yakın olduğu bir anda dâhi sözleşmeyi feshedebilir⁵⁷. Geminin tamamlanmış sayılabilmesi için, tersaneci tarafından üstlenilen edimlerin tamamı yerine getirilmiş olmalıdır⁵⁸.

Geminin tersaneci tarafından tamamlanmış olması, sözleşmenin bu hükme göre feshedilmesine engel teşkil eder. Tamamlanan gemi, henüz iş sahibine teslim

⁵¹ *Buz* (BK m. 369), s. 222.

⁵² *Bühler*, Art. 377, N. 25.

⁵³ *Gauch*, N. 592; *Gauch*, P.: “Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag-Gedanken zu Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts”, Festschrift für Horst Locher, Düsseldorf 1990, s. 40; *Zindell/Pulver*, Art. 377, N. 10; *Bühler*, Art. 377, N. 26; *Buz* (BK m. 369), s. 231.

⁵⁴ *Buz* (BK m. 369), s. 231.

⁵⁵ *Gauch*, N. 524; *Zindell/Pulver*, Art. 377, N. 6; *Bühler*, Art. 377, N. 21; *Tandoğan* (C. II), s. 344; *Eren* (Sona Erme), s. 92; *Aral*, s. 383; *Buz* (BK m. 369), s. 227; *Yavuz*, s. 550; *Gümüş* (C.2), s. 193; *Ergezen*, s. 117.

⁵⁶ *Gauch*, N. 525; *Gauch*, (Der Rücktritt), s. 36; *Bühler*, Art. 377, N. 22; *Tandoğan* (C. II), s. 344; *Yavuz*, s. 550; *Öz*, s. 140.

⁵⁷ *Zindell/Pulver*, Art. 377, N. 7; *Tandoğan* (C. II), s. 344; *Buz* (BK m. 369), s. 227; *Ergezen*, s. 117.

⁵⁸ *Buz* (BK m. 369), s. 228; *Eren* (Sona Erme), s. 92.

edilmemiş ve mülkiyeti nakledilmemiş olsa dâhi, iş sahibinin sözleşmeyi fesih hakkı yoktur⁵⁹. İş sahibinin gemiyi teslim almaması, alacaklı temerrüdüne düşmesine yol açar ve tersaneci, Türk Borçlar Kanununun 107 vd. maddeleri uyarınca, gemiyi veya satış bedelini tevdi ederek bedel alacağını talep edebilir⁶⁰.

İş sahibi, geminin tamamlanmasına kendisi engel olsa dâhi, sözleşmeyi tazminat karşılığında feshedebilir; ancak geminin tamamlanması imkânsız hale gelmişse, 485. madde hükmü uygulanır⁶¹. Diğer yandan geminin ayıplı olmasının, tamamlanmış sayılmasına engel olmadığı kabul edilmektedir. Geminin mevcut ayıplarına rağmen tamamlanmış sayılacak olması nedeniyle, iş sahibi, sözleşmeyi tazminat karşılığı feshedemez⁶².

2- Fesih Bildirimi

İş sahibinin sözleşmeyi tazminat karşılığı fesih hakkı, bozucu yenilik doğuran haklardan olduğundan, tek taraflı varması gerekli bir beyanla kullanılır⁶³. Tazminat karşılığı fesih bildiriminin sonuç doğurması için, feshin dayanağına yahut tazminat ödeme teklifine yer verilmiş olması aranmaz⁶⁴. Bu bildirim kural olarak bir şekle tabi olmadığı için, fesih hakkı açık veya örtülü bir irade beyanı ile kullanılabilir⁶⁵. Ancak sözleşmenin tarafları tacirse, Türk Ticaret Kanununun 18. maddesinin 3. fıkrası uyarınca sözleşmeyi fesih bildiriminin bir ispat koşulu olarak, noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılması gerekir.

⁵⁹ *Gauch*, N. 524; *Bühler*, Art. 377, N. 22; *Buz* (BK m. 369), s. 228-229; *Öz*, s. 140; *Eren* (Sona Erme), s. 92; *Ergezen*, s. 117.

⁶⁰ *Öz*, s. 140; *Ergezen*, s. 117.

⁶¹ *Gauch*, N. 524; *Gauch* (Der Rücktritt), s. 36; *Tandoğan* (C. II), s. 344; *Yavuz*, s. 550; *Buz* (BK m. 369), s. 229.

⁶² *Gauch*, N. 524; *Bühler*, Art. 377, N. 22; *Tandoğan* (C. II), s. 344; *Yavuz*, s. 550; *Buz* (BK m. 369), s. 229; *Öz*, s. 140; *Ergezen*, s. 117.

⁶³ *Zindell/Pulver*, Art. 377, N. 8; *Bühler*, Art. 377, N. 24; *Gautschi*, Art. 377, N. 8; *Pedrazzini*, s. 549; *Buz* (BK m. 369), s. 229; *Yavuz*, s. 550; *Gümüş* (C.2), s. 193; *Eren* (Sona Erme), s. 92.

⁶⁴ *Gauch*, N. 526; *Gauch* (Der Rücktritt), s. 36; *Gautschi*, Art. 377, N. 8; *Buz* (BK m. 369), s. 230; *Eren* (Sona Erme), s. 93; *Gümüş* (C.2), s. 193.

⁶⁵ *Gauch*, N. 526; *Gautschi*, Art. 377, N. 8; *Bühler*, Art. 377, N. 8; *Pedrazzini*, s. 549; *Öz*, s. 140; *Buz* (BK m. 369), s. 230; *Eren* (Sona Erme), s. 93; *Gümüş* (C.2), s. 193.

C) HÜKÜM VE SONUÇLARI

1- Sözleşmenin Sona Ermesi

İş sahibinin tazminat karşılığı fesih beyanının tersaneciye ulaşmasıyla, sözleşme, ileriye etkili olarak (*ex nunc*) sona erer⁶⁶. Tersanecinin gemiyi tamamlama, iş sahibinin ise ifaya katılma yükümlülükleri ortadan kalkar⁶⁷. Tersanecinin geminin tamamı için hak kazanacağı bedel alacağıнын yerini, ifaya olan menfaatinin tazmini alır. Buna göre tersaneci, fesih anına kadar tamamlamış olduğu kısmın bedelinin ve fesih nedeniyle uğradığı zararın ödenmesini talep edebilir⁶⁸.

2- Sözleşmenin İfa Edilen Kısımının Tasfiyesi

Sözleşmeyi fesheden iş sahibi, tersanecinin fesih bildirimine kadar gemi inşa sözleşmesi çerçevesinde yaptığı tüm masrafları ödemekle yükümlüdür⁶⁹. Bu kapsamda, harcanan emek ve hazırlık çalışmaları ile tersanecinin getirdiği malzeme gibi bedele dahil edilmeyen her türlü giderler yer alır⁷⁰. İş sahibinin ödeyeceği tazminatın hesabında sözleşmede öngörülen fiyatlandırma hükümleri uygulanır; böyle bir hüküm yoksa, Türk Borçlar Kanununun 481. maddesine başvurulur ve işin değeri, giderlere göre belirlenir⁷¹. Feshe kadar tamamlanan kısmın değeri, ortaya çıkan yapının tüm geminin oranına göre tespit edilir. Ortaya çıkan yapının tüm gemiye oranı ise, mevcut yapı için tersanecinin yaptığı giderler ve harcadığı emek

⁶⁶ *Gauch*, N. 528; *Gauch* (Der Rücktritt), s. 36; *Zindell/Pulver*, Art. 377, N. 11; *Bühler*, Art. 377, N. 28; *Tandoğan* (C. II), s. 346; *Yavuz*, s. 551; *Öz*, s. 140; *Gümüş* (C.2), s. 198; *Eren* (Sona Erme), s. 93. Eser sözleşmesinin sürekli bir sözleşme olmaması, dogmatik olarak ya da diğer bir şekilde sözleşmenin ileri etkili olarak sona ermesine bir engel teşkil etmez. Bkz. *Gauch*, N. 534.

⁶⁷ *Gauch*, N. 532; *Zindell/Pulver*, Art. 377, N. 11; *Buz* (BK m. 369), s. 232. Bu kapsamda tersanecinin gemiyi tamamlama borcu için verilen teminatlar da iş sahibinin fesih hakkını kullanması ile birlikte sona erer. *Buz* (BK m. 369), s. 232.

⁶⁸ *Zindell/Pulver*, Art. 377, N. 13; *Bühler*, Art. 377, N. 29. Kanunun 485 (İBK m. 378) ile 484. (İBK m. 377) maddelerine ilişkin hüküm ve sonuçlar, bu anlamda birbiri ile örtüşmektedir. Bkz. *Gauch*, N. 727.

⁶⁹ *Gauch*, N. 536; *Gauch* (Der Rücktritt), s. 37; *Eren* (Sona Erme), s. 94; *Buz* (BK m. 369), s. 235; *Ergezen*, s. 119.

⁷⁰ *Gauch*, N. 536; *Gauch* (Der Rücktritt), s. 37; *Zindell/Pulver*, Art. 377, N. 13; *Bühler*, Art. 377, N. 31; *Aral*, s. 383; *Eren* (Sona Erme), s. 94; *Buz* (BK m. 369), s. 235 - 236; *Gümüş* (C. 2), s. 198.

⁷¹ *Gauch*, N. 537; *Zindell/Pulver*, Art. 377, N. 13; *Bühler*, Art. 377, N. 34; *Tandoğan* (C. II), s. 347; *Aral*, s. 383; *Buz* (BK m. 369), s. 237; *Gümüş* (C. 2), s. 199; *Eren* (Sona Erme), s. 94; *Ergezen*, s. 119.

ile, geminin tümü için gereken giderler ve emek arasındaki oran bulunarak hesaplanır⁷².

İş sahibi, karşılığını ödemesi koşuluyla, tersanecinin fesih anına kadar tamamladığı kısmın, kendisine verilmesini talep edebilir⁷³. Ayrıca iş sahibi tarafından temin edilen malzeme bakımından tersaneci, henüz kullanılmamış olan malzemeyi iş sahibine iade etmelidir⁷⁴. Bu yöndeki talebi alan tersaneci, tamamlanan kısmı iş sahibine vermekten kaçınırsa, iş sahibi, yapılmış olan kısmın bedelini vermekten kaçınabilir ve yalnızca tersanecinin fesih yüzünden uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Tazmin edilecek bu zararın hesabında, tersanecinin vermekten kaçındığı şey için yaptığı giderler dikkate alınmaz⁷⁵. Buna karşılık tersanecinin fesih anına kadar tamamladığı kısmı teslim almaktan kaçınan iş sahibi, bu kısmın bedelini yine de ödemek zorundadır⁷⁶.

3- Tersanecinin Tüm Zararının Tazmini

Tersanecinin zararının tazmini borcu, tazminat karşılığında fesih olgusuna kanun tarafından bağlanan özel bir sonuç olduğu için, iş sahibinin kusuru şart değildir⁷⁷. Burada tersanecinin, sözleşmenin yerine getirilmesine olan menfaatini karşılayan ve yoksun kalınan kârı da içeren “müsbet zararın” tazmini söz konusudur⁷⁸. Bu tazminatın hesaplanmasında *toplama metodu* ve *kesinti metodu* olmak üzere başlıca iki metod vardır⁷⁹. Öğretide çoğunluğun kabul ettiği toplama metoduna göre⁸⁰,

⁷² Öz, s. 146; Yavuz, s. 551.

⁷³ Gauch, N. 530; Gauch (Der Rücktritt), s. 38; Zindell/Pulver, Art. 377, N. 14; Tandoğan (C. II), s. 347; Gümüş (C. 2), s. 199. İş sahibinin talebini kabul ederek tamamladığı kısmı iş sahibine teslim eden tersaneci, bu kısma ilişkin ayıplardan sorumlu olur. Gauch (Der Rücktritt), s. 47.

⁷⁴ Buz (BK m. 369), s. 237; Tandoğan (C. II), s. 347.

⁷⁵ Öz, s. 145. Aynı yönde bkz. Buz (BK m. 369), s. 237, dn. 107.

⁷⁶ Öz, s. 145.

⁷⁷ Gauch, N. 543; Gauch (Der Rücktritt), s. 38; Zindell/Pulver, Art. 377, N. 15; Bühler, Art. 377, N. 41; Becker, Art. 377, N. 6; Tandoğan (C. II), s. 349; Öz, s. 147; Yavuz, s. 552; Gümüş (C. 2), s. 199; Eren (Sona Erme), s. 95.

⁷⁸ Gauch, N. 546; Gauch, (Der Rücktritt), s. 38; Zindell/Pulver, Art. 377, N. 15; Bühler, Art. 377, N. 32, 35; Tandoğan (C. II), s. 347; Yavuz, s. 552; Aral, s. 383; Öz, s. 147; Gümüş (C. 2), s. 199; Eren (Sona Erme), s. 94. Yoksun kalınan kârın hesaplanmasında ise, tersanecinin sözleşmenin feshinden sonra boş kalması yüzünden başka bir iş bularak fiilen elde ettiği kâr ile başka bir iş yapmaktan kasden kaçınarak kazanamadığı kâr düşülür. Zindell/Pulver, Art. 377, N. 15; Bühler, Art. 377, N. 37; Aral, s. 383. Ancak tersanecinin söz konusu fesih olmadan da elde edeceği kâr düşülmez. Yani fesihle diğer işten elde edilen kâr arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Aral, s. 384.

⁷⁹ Bu metotlar hakkında geniş bilgi için bkz. Buz (BK m. 369), s. 233-256.

tersanecinin fesih anına kadar fiilen yapmış olduğu masraflar ile geminin tamamlanmış olmasına bağlı olarak ödenecek sözleşme bedelinden tersanecinin elde edeceği brüt kârın toplamını oluşturan tutar, iş sahibi tarafından tersaneciye ödenir⁸¹.

İş sahibinin ödeyeceği bu tazminatın üst sınırı, sözleşme bedelidir⁸². Ayrıca Türk Borçlar Kanununun 52. maddesi uyarınca, sözleşmenin feshedilmesine kusuruyla sebep olan tersaneci, iş sahibinin ödeyeceği tazminatın indirilmesine katlanmalıdır⁸³.

⁸⁰ *Gautschi*, Art. 377, N. 15 d; *Pedrazzini*, s. 549; *Aral*, s. 384. *Gümüş* (C. 2), s. 201. *Gauch*, kesinti yönteminin pratik olmasına ve çoğu zaman toplama yöntemi ile aynı sonuca götürmesine rağmen İBK m. 377'de (TBK m. 484) öngörülen çözüme uymadığı kanısındadır. Zira bu yöntem gerçekte ayrı bir tazminat istemine yer vermemekte, müteahhide yalnız kesintilerle indirilmiş bir ücret isteme hakkı tanımaktadır. Bu husus ücret alacağının teminat altına alındığı veya temlik edildiği hallerde önem taşır. Öte yandan kesinti yöntemi kararlaştırılan ücretin masrafları tam karşılamadığı hallerde olduğu gibi, bazen rakam olarak toplama yönteminden farklı bir sonuca götürür. Bundan başka, kesinti yönteminde iş sahibi müteahhidin tasarruf ettiği tutarları kanıtlamak zorunda iken toplama yönteminde müteahhidin zararı kanıtlanması gerekir. Bkz. *Gauch*, N. 552; *Gauch* (Der Rücktritt), s. 40. *Gauch*, sonuç olarak kesinti yönteminin İBK m. 377'ye uygun olmadığını, ancak tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hangi yöntemin uygulanacağını serbestçe belirleyebileceğini, nitekim SIA-Norm 118'de kesinti metoduna yer verildiğini ifade etmektedir. *Gauch*, N. 553; *Gauch* (Der Rücktritt), s. 40. *Bühler*, iş sahibinin istediği zaman sözleşmeden dönebilme hakkına sahip olması karşısında, kendisine ödenecek tazminatın hangi yöntemle hesaplanacağını seçme hakkının müteahhide bırakılmasının adil olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Bühler*, Art. 377, N. 40. Aynı yönde *Gautschi*, Art. 377, N. 15 d. Yargıtay, kararlarında genel olarak toplama metodunu esas almaktadır. Y. 15. HD. 02.04.1998, 833/1348; Y. 15. HD. 16.10.1989, 1623/4247. Ancak müteahhidin kâr kaybını talep ettiği hallerde kesinti metodunu uyguladığı görülmektedir. Y. 15. HD. 13.05.2008 T. 4388/3292 sayılı kararı için bkz. *Karataş, İ.: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, Ankara 2009, s. 505; Y. 1. HD. 03.06.1997 T. 2703/2929.

⁸¹ *Zindel/Pulver*, Art. 377, N. 16; *Tandoğan* (C. II), s. 348; *Aral*, s. 384; *Öz*, s. 148; *Yavuz*, s. 552, *Eren* (Sona Erme), s. 95. Brüt kâr, sözleşmeler, tarifeler, müteahhidin defterleri ve diğer kanıtlara dayalı olarak ispatlanır. *Gümüş* (C. 2), s. 200. Kesinti metodunda ise, iş sahibi, tersanecinin, işin yarıda kesilmesinden dolayı yapmaktan kurtulduğu masraflar, serbest kalması sayesinde başka bir işten elde ettiği kazançlar veya başka iş yapmaktan kasten kaçındığı için kaçırdığı kazançların, sözleşme bedelinden düşülmesi suretiyle bulunacak meblağı ödemek zorundadır. Bkz. *Gauch*, N. 551; *Zindel/Pulver*, Art. 377, N. 16; *Bühler*, Art. 377, N. 39; *Tandoğan* (C. II), s. 348; *Aral*, s. 384; *Öz*, s. 147; *Yavuz*, s. 552. Görüldüğü üzere öğreti, yapılan işin karşılığı ve tazminatın ayrı ayrı hesaplanması yoluna gitmemekte, gerek kesinti gerekse toplama yönteminde, karşılığı, tazminat hesabı içerisinde ele almaktadır. Bkz. *Gümüş* (C. 2), s. 200. *Öz* ise, Kanunun 484. maddesinin (BK m. 369) metninin ifadesi karşısında, ortada yapılmış olan bir kısım varsa, önce müteahhide verilecek orantılı bedelin saptanması gerektiğini ve bu bedel kısmını muhakkak şekilde alacak olan müteahhidin, buna rağmen zararının ne olduğu hesaplanarak tazminata hükmedilmesi gerektiğini, yani bedel ödeme borcunun tazminat ödeme borcu içerisinde eritilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. *Öz*, s. 148. Aynı yönde bkz. *Yavuz*, s. 553. Tekne yapımı konusunda götürü bedelli bir sözleşmenin ifa zamanından önce feshini konu alan bir uyuşmazlıkta Yargıtay, tersanecinin alacağının rayiç bedele göre değil, yapılan işin tüm işe göre belirlenecek fiziki oranının götürü bedele uygulanması suretiyle saptanması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Y. 15. HD. E. 2009/3747 K. 2009/5547 T. 22.10.2009. Toplam metodunun yanında kesinti metodunun da uygulanabileceği yönünde bkz. *Buz* (BK m. 369), s. 255.

⁸² *Gauch*, N. 548; *Zindel/Pulver*, Art. 377, N. 15; *Bühler*, Art. 377, N. 36; *Gautschi*, Art. 377, N. 16; *Pedrazzini*, s. 550; *Tandoğan* (C. II), s. 349; *Gümüş* (C. 2), s. 202; *Eren* (Sona Erme), s. 95.

⁸³ *Gauch*, N. 554; *Bühler*, Art. 377, N. 42. Aksi yönde *Gautschi*, Art. 377 N. 17; *Yavuz*, s. 553; *Gümüş* (C. 2), s. 202; *Buz* (BK m. 369), s. 259; *Eren* (Sona Erme), s. 95. *Öz*, bazı özel durumlarda

Öğretide zararının azalması için gerekli önlemleri almayı ihmâl eden tersanecinin kusurlu olduğu ve hâkimin hesaplamada indirime gidebileceği kabul edilmektedir⁸⁴.

IV. İFLÂS NEDENİYLE SÖZLEŞMENİN FESHİ

A) GENEL OLARAK

İflâsın, müflisin taraf olduğu sözleşmelere etkisi üçlü bir görünüm arz eder. Buna göre sözleşmeleri; iflas ile sona eren, iflas ile sona ermeyip, hakkında özel düzenleme bulunan ve hakkında özel düzenleme bulunmayan ve iflasla sona ermeyen sözleşmeler olarak üçe ayırmak mümkündür. Eser sözleşmeleri, bu bakımdan son sınıfa dahil edilmektedir. Bu sınıftaki sözleşmeler, genel olarak Türk Borçlar Kanununun 98. maddesi⁸⁵ ve İcra ve iflas Kanununun 198. maddesinin I. fıkrasına tabidir⁸⁶.

Eser sözleşmesinde tarafların iflâsı, kanunda sözleşmenin sona erme sebebi olarak öngörülmemiştir⁸⁷. Bu nedenle taraflardan birinin iflasına rağmen eser sözleşmesinin devam edip etmeyeceği, iflas idaresinin, taahhüdün aynen ifasına⁸⁸ dair kararına ve alacaklılar toplanmasında⁸⁹, müflisin sanat veya ticaretinin devam edip etmemesi hususunda alınacak karara göre tayin edilir⁹⁰.

dürüstlük kuralı ışığında, birlikte kusurun dikkate alınarak tazminatın indirilmesi mümkün olmalıdır. Müteahhidin bazı borç ihlalleri ve özen yükümüne aykırı davranışları iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı vermemekle birlikte, böyle bir hakkının doğduğu düşüncesine kapılmasına ve istemeden 484. madde uyarınca fesihle bulunmasına yol açmış olabilir. Bkz. Öz, s. 150.

⁸⁴ *Gauch*, N. 554; *Gauch* (Der Rücktritt), s. 38; *Buz* (BK m. 369), s. 257.

⁸⁵ BK m. 82'ye. denk gelen bu maddede, sistematik yapısı ile metninde yapılan düzeltme ve araştırma dışında bir hüküm değişikliği yoktur.

⁸⁶ *Tercan*, s. 13.

⁸⁷ *Gautschi*, Art. 378/379, N. 18; *Tandoğan* (C. II), s. 341. TBK m. 486 (BK m. 371), yüklenicinin kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesini ve ölümünü düzenlemektedir; yoksa onun borç ödemekten aciz hale gelmesine veya iflasına ilişkin değildir. Bu nedenle, yüklenicinin iflasının, onun kişisel nitelikleri esas alınarak yapılmış eser sözleşmesine etkisi, 486. maddede gösterilmemiştir. Nitekim, yüklenicinin iflasının, onun kişisel niteliklerini kaybetmesine neden olmadığından, 486. madde anlamında yüklenicinin yeteneğini kaybetmesinden söz edilemez. Bkz. *Tercan*, s. 223; *Tunçomağ* (C. II), s. 563-564.

⁸⁸ İcra İflas Kanununun 198. maddesi.

⁸⁹ İcra İflas Kanununun 224. maddesi.

⁹⁰ *Tandoğan* (C. II), s. 341; *Gauch*, N. 760; *Gautschi*, Art. 378/379, N. 18; *Oser/Schönenberger*, Art. 379, N. 4 *Zindel/Pulver*, Art. 379, N. 18; *Bühler*, Art. 379, N. 6.

B) TERSANECİNİN İFLÂSİ ÜZERİNE İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEYİ FESHİ

Tersanecinin iflâsı üzerine, alacaklılar toplanmasında müflisin işletmesine devam etmemesine karar verilirse, Türk Borçlar Kanununun 486. maddesinin I. fıkrasında yer alan düzenlemeye benzer bir sonuç ortaya çıkar ve sözleşme kendiliğinden son bulur⁹¹. Geminin, tersanecinin iflas ettiği ana kadar tamamlanan kısmı kullanılabilir nitelikteyse, tersaneci kusuruyla iflas etmiş olsa dâhi, iş sahibi, geminin tamamlanan kısmının bedelini, zenginleşmesi oranında masaya ödemekle yükümlüdür⁹². Tersanecinin iflasından önce ödenen avanslar, geminin o tarihe kadar tamamlanan kısmının değerinden daha fazla ise, iş sahibinin aradaki farktan doğan alacağı, imtiyazsız alacak olarak masaya kaydettilirilebilir⁹³.

Alacaklılar toplanmasında, müflisin işletmesine iflas idaresinin denetiminde devam etmesine karar verilirse, müflis tersanecinin işletmesel nitelikleri önemli değilse, onun yerine iflas idaresi akde girebilir⁹⁴. Bu takdirde iş sahibi, özellikle ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının güvencesi olarak, iflas dairesinden bir teminat göstermesini isteyebilir. İflas idaresi, uygun süre içerisinde teminat gösteremezse, iş sahibi, Türk Borçlar Kanununun 98. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak, sözleşmeyi feshedebilir⁹⁵; ancak ayrıca bir zararının tazminini talep edemez⁹⁶. İş sahibi, tazminat alacağı ve önceden ödediği avanslar için ancak garamaten bir pay alabileceği halde, geminin tamamlanmış kısmı için masaya yapacağı ödeme, böyle bir indirim tabi olmayacaktır; bu nedenle çoğu zaman teminat gösterilmese dâhi, işin devamına razı olmak, iş sahibi için daha

⁹¹ *Tandoğan* (C. II), s. 341; *Gautschi*, Art. 378/379, N. 18.

⁹² *Tandoğan* (C. II), s. 341; *Gautschi*, Art. 378/379, N. 18.

⁹³ *Tandoğan* (C. II), s. 341; *Gautschi*, Art. 378/379, N. 18.

⁹⁴ *Tandoğan* (C. II), s. 342; *Oser/Schönenberger*, Art. 379, N. 4; *Gauch*, N. 760.

⁹⁵ *Tandoğan* (C. II), s. 342; *Öz* (İnşaat), s.123; *Gauch*, N. 760; *Gautschi*, Art. 378/379, N. 18; *Zindel/Pulver*, Art. 379, N. 18. Yüklenicinin iflas etmesi veya aleyhine yapılan bir haczin sonuçsuz kalması, iş sahibi lehine TBK m. 98'deki hakları kesin olarak doğursa da, bunlar şart değildir. İş sahibi başka bazı inandırıcı kanıtlarla yüklenicinin artık sözleşmedeki inşaatı tamamlayacak ekonomik gücü kaybettiğini veya esasen bu güce hiçbir zaman sahip olmadığını ortaya çıktığını ve ayrıca kabul edilebilir bir zaman zarfında bu güce sahip olamayacağını ortaya koyarak bu hükme başvurabilir. *Öz* (İnşaat), s. 123.

⁹⁶ *Tercan*, s. 231. *Gautschi*'ye göre, iş sahibi akdi böyle feshederse, işi başkasına tamamlamak için ödemek zorunda kaldığı tutarla, akde devam etseydi daha ödemek zorunda olacağı tutar arasındaki farkı tazminat olarak isteyebilmelidir. Bkz. *Gautschi*, Art. 378-379, N. 18; *Tandoğan* (C. II), s. 342.

avantajlıdır⁹⁷. İflas anına kadar tamamlanmış olan geminin malzemesi, iş sahibi tarafından verilmişse, iş sahibinin, bedeli ödeyerek, gemiyi masadan ayırmak hakkı vardır⁹⁸; fakat gemi henüz tamamlanmamışsa, hukuki tağyire ilişkin hükümler uygulanır⁹⁹.

Görüldüğü üzere geminin inşa edilmesi sırasında tersanecinin iflâsı, iş sahibinin, iflas anına kadar yapmış olduğu ödemeleri geri alamaması gibi önemli riskleri içeren hukuki sonuçların doğmasına yol açmaktadır. Bu nedenle uygulamada, tersanecinin finansal güçlük yaşaması ya da iflas etmesine bağlanan sonuçlar, sözleşmelerde detaylı olarak düzenlenmektedir¹⁰⁰. Bu çerçevede genellikle, tersanecinin finansal güçlük içine düşmesi, iş sahibine sözleşmeyi feshetme hakkı vermektedir¹⁰¹. Tersanecinin malvarlığının tamamı ya da önemli bir kısmı üzerindeki tasarruf yetkisini kaybetmesi veya bu yetkinin sınırlandırılmasına dair tüm hukuki işlemler veya üçüncü kişi alacak iddialarının belirli bir sürede çözümlenememesi gibi hususlar, sözleşmenin sona erdirilmesi sebebi olarak düzenlenmektedir¹⁰².

C) İŞ SAHİBİNİN İFLÂSİ ÜZERİNE TERSANECİNİN SÖZLEŞMEYİ FESHİ

Gemi inşa uygulamasında, gemi bedelinin belli bir kısmı, iş ilerlemelerine göre teslimden önce vuku bulan ara ödemelerle gerçekleştirilmekte; kalan tutarın ödenmesi ise, geminin teslim edilmesi şartına bağlanmaktadır. Dolayısıyla gemi teslim edilmeden, iş sahibi tarafından bedelin tamamı genellikle ödenmemektedir.

İflas eden iş sahibi hakkında, iflasın açılmasına karar verildiği ana kadar, gemi henüz tamamlanmamış ve iş sahibi de sözleşme bedelinin tamamını ödememişse, sözleşmeden dönüldüğü karine olarak kabul edilir ve fakat iflas idaresi sözleşmeye girme hakkını kullanırsa, sözleşme devam eder¹⁰³. Bu durumda Türk Borçlar Kanununun 98. maddesi uyarınca, tersaneci, (yapı halindeki gemi üzerinde kanuni ipotek hakkı tesis ettirilmemişse) iflas masasından bedel alacağı için teminat talep

⁹⁷ *Tandoğan* (C. II), s. 342.

⁹⁸ *Tandoğan* (C. II), s. 342; *Oser/Schönenberger*, Art. 379, N. 4.

⁹⁹ *Oser/Schönenberger*, Art. 379, N. 4.

¹⁰⁰ *Curtis*, s. 175.

¹⁰¹ *Curtis*, s. 175.

¹⁰² *Curtis*, s. 175.

¹⁰³ *Tandoğan*, bu sonucun İcra ve İflas Kanununun 198. maddesinden çıkarıldığını ifade etmektedir. Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 332.

edebilir ve teminat uygun bir süre içinde verilmediği takdirde akdi feshedebilir¹⁰⁴. İflasın açıldığı sırada, tamamlanmaya yakın olan yapı halindeki gemi, paraya çevrilebilecek nitelikteyse ve o ana kadar avans olarak sözleşme bedelinin büyük bölümü zaten ödenmişse, iflas idaresinin teminat göstererek iş sahibi yerine sözleşmeye girmesi beklenir. Ancak çoğu zaman teminat gösterilecek bir değer, iflas masasında bulunması mümkün olmadığından, bu yola nadiren başvurulur¹⁰⁵.

Gemi teslim edilmiş ve fakat son ödeme henüz yapılmadan iş sahibi iflas etmişse, Türk Borçlar Kanununun 98. maddesine başvurulamaz. İflas idaresi, iş sahibinin bedel ödenmesi borcunun aynen ifasına karar verebilir. Ancak böyle bir durumda masanın yararına olan, aynen ifaya karar vermeyip ifayı reddetmektir. Zira aynen ifanın reddi halinde tersanecinin ücret alacağı tam olarak değil, masanın yaptığı dağıtım oranında olacaktır. Aynen ifa, iflas idaresi tarafından reddedilirse, tersaneci, bu bedelin kendisine ödenmesi için iflas masasına müracaat edebilecek ve ödenmeyen bakiye tutar, imtiyazsız iflas alacağı olarak masaya yazdırılabilir¹⁰⁶.

İflasın açılması anında, iş sahibi bedel ödeme borcunu tam olarak yerine getirmesine karşın tersaneci gemiyi henüz tamamlamamış ise iflas idaresi, sözleşmeye girmek ve geminin tamamlanarak teslimini talep etmek zorundadır¹⁰⁷. Bu tür bir talep karşısında, tersanecinin gemiyi teslim borcu devam etmekte olup, karşı edim alacağı kalmadığından, teminat talep etmesi mümkün değildir¹⁰⁸.

Görüldüğü üzere iş sahibinin gemi teslim edilmeden önce iflas etmesi, tersaneci açısından bedel alacağına tam olarak kavuşamama riski doğurmaktadır. Ancak Türk Ticaret Kanununun 1013. maddesi uyarınca, tersaneciye tanınan kanuni ipotek hakkı, onun bu risklerini gidermeye yöneliktir. Eğer tersaneci, geminin yapımından doğan alacağı için ipotek hakkını kullanmışsa, iflas masası sözleşmeye girdiği takdirde,

¹⁰⁴ *Tandoğan*, bu şekilde sözleşmeyi fesheden yüklenicinin, Türk Borçlar Kanununun 484 ve 485/II. maddelerine dayanarak, ifaya olan menfaatinin tamamından, eserin tamamlanmamış olması nedeniyle tasarruf ettiği miktar ve daha önce ödenen avanslar çıkarıldıktan sonra kalan kısmı masaya imtiyazsız alacak olarak yazdırabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 340; *Tercan*, s. 225. *Tercan*, Türk Borçlar Kanununun 98. maddesine göre feshedilen sözleşmede yükleniciye tazminat hakkı tanınmasının mümkün olmadığını belirterek, yükleniciye tazminat hakkı tanıyan bu görüşe karşı çıkmaktadır. Bkz. *Tercan*, s. 224.

¹⁰⁵ *Tandoğan* (C. II), s. 340.

¹⁰⁶ *Tercan*, s. 224.

¹⁰⁷ *Tercan*, s. 225.

¹⁰⁸ *Tercan*, s. 225.

tersaneci bu ipoteğin sağladığı teminatı yeterli görüp işe devam edebilir. Tersaneci bu teminatın yeterli olmadığı düşüncesindeyse ek teminat isteyebilir ve bu verilmediği takdirde sözleşmeyi feshedebilir. Sözleşme feshedilirse, sözleşme bedelinden, geminin tamamlanmaması dolayısıyla tasarruf edilen miktarlar indirildikten sonra kalan kısım kanuni ipotek hakkından yararlanır. Çoğu zaman tersaneci, sözleşme bedelinin bir kısmını önceden aldığından ve önceden alınan bu kısım da indirim tabi olacağından, işe devam etmek, kanuni ipotek hakkı yeterli olmasa bile tersaneci için elverişli olabilir¹⁰⁹.

Kanuni ipotek hakkının tersaneci için bir avantajı da, tersanecinin alacağının, ön sıralarda yer alan diğer alacaklılara karşı korunmuş olmasıdır. Türk Ticaret Kanununun 1013. maddesinin, Türk Medeni Kanununun 897. maddesine yaptığı atıf dolayısıyla, gemi maliki olan iş sahibinin tesis ettirdiği akdi rehin kapsamında başka alacaklılar varsa ve rehin paraya çevrildiği zaman, tersaneci alacağının tümüne kavuşmamak suretiyle zarara uğrarsa, tersaneci ön sıradaki ipotek alacaklılarına yönelebilir. Ancak tersaneciye tanınan bu hak, önceki sırada yer alan alacaklıların tesis ettikleri ipotekler dolayısıyla tersaneci aleyhine bir zarar gelebileceğini önceden bilmeleri veya bilebilecek durumda olmaları şartına bağlıdır¹¹⁰.

V. TİP SÖZLEŞMELERDE KONUNUN DÜZENLENİŞİ

A) TİP SÖZLEŞMELERDE YER ALAN SONA ERME NEDENLERİ

Tip sözleşmelere göre iş sahibi, teslimde gecikme, geminin sözleşmede taahhüt edilen vasıflara uygun olmaması, geminin tamamen telef olması ve tersanecinin diğer sözleşmeye aykırılık teşkil eden davranışları nedeniyle; tersaneci ise, bedel ödemede ve teslim almada temerrüt nedeniyle sözleşmeyi sona erdirebilir. Bu konular yukarıda ele alınmış olduğundan, burada tekrar edilmeyecektir.

Bu bölümde üzerinde durulması gerekli olan husus, tip sözleşmelerde yer almayan ancak eser sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkin Türk Borçlar Kanununda düzenlenen hükümlerin, örneğin tersanecinin zararının tazmini suretiyle sözleşmeyi

¹⁰⁹ Bkz. *Tandoğan* (C. II), s. 340.

¹¹⁰ Bu konuda bkz. *Aksoy*, s. 80-82.

fesih hakkının, aksi kararlaştırılmadığı sürece¹¹¹, tip gemi inşa sözleşmesini temel alan sözleşmelere uygulanmaya devam edeceğidir. Zira sözleşmenin hangi hallerde sona ereceğini ayrıntılı olarak düzenleyen gemi inşa sözleşmesinin, bu konuda sınırlayıcı olduğu ve diğer kanuni sona erme hallerini ortadan kaldırdığı şeklinde bir yorum yapmak, tip sözleşmelerde iş sahibinin bu konudaki haklarından feragat ettiğine dair açık bir hüküm bulunmadığından¹¹², mümkün değildir¹¹³. Bu nedenle sözleşmeye uygulanacak hukukun, Türk/İsviçre hukukunda olduğu gibi, iş sahibine keyfi olarak sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanıyan hukuklardan olması halinde, bu tür dönme hakkını ortadan kaldırmak isteyen tarafların, sözleşmede bu hususu açıkça belirtmeleri gereklidir.

B) TİP SÖZLEŞMELERE GÖRE SONA ERMENİN SONUÇLARI

Tip sözleşmelerde sözleşmenin sona ermesi üzerine doğacak hüküm ve sonuçlar, sözleşmenin hangi tarafça sona erdirildiğine bağlı olarak ikili bir ayrıma göre düzenlenmektedir.

1- İş Sahibi Tarafından Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin Sonuçları

a) Genel Olarak

Tip sözleşmelere göre, iş sahibinin haklı bir sebeple, sözleşmeyi sona erdirmesi, tarafların borçlarının karşılıklı olarak sona ermesi ve o ana kadar ifa edilen edimlerin iadesi sonucunu doğurmaktadır. Bu anlamda, tip sözleşmeler açısından, iş sahibi tarafından sözleşmenin sona erdirilmesi, sonuçları geçmişe etkili olan dönme hakkı ile benzerlik göstermektedir. Lâkin sözleşmeden dönme üzerine ortaya çıkacak tarafların iade borcunun kapsamı, Türk Borçlar Kanununun aksine, tip sözleşmelerde detaylı olarak ele alınmıştır. Tip sözleşmelere göre, tersanecinin iade borcunun

¹¹¹ Bu konuda BK m. 369'un (İBK Art. 377) emredici olduğu ve aksinin kararlaştırılmayacağı yönünde ortaya çıkan görüşe dikkat çekmek gerekmektedir. Bkz. *Gautschi*, Art. 377 N. 10. *Yavuz*, s. 550. Aksi yönde bkz. *Gauch*, N. 583; *Zindell/Pulver*, Art. 377, N. 20; *Bühler*, Art. 377, N. 9; *Buz* (BK m. 369), s. 222; *Eren* (Sona Erme), s. 92. Uygulamada gemi inşa sözleşmesinde Borçlar Kanununda yer alan sona erme sebeplerinin uygulanmayacağına yer veren düzenlemelere yer verildiği pek görülmemektedir. *Albrecht*, s. 13.

¹¹² *Clarke*, s. 159.

¹¹³ *Albrecht*, s. 14.

kapsamında, iş sahibi tarafından yapılan ödemelerin faiziyle birlikte iadesi ve iş sahibi tarafından tedarik edilen malzemenin iadesi yer almaktadır.

b) Ödemelerin İadesi

Yeni bir geminin inşası, önemli ölçüde sermaye yatırımı ve uzun süreli bir inşaa süreci ile mümkün olmaktadır. Gemi inşasına ilişkin bu nitelik, iş sahibinin gemiyi teslim almadan önce, sözleşme bedelini tersaneciye ödemesini şart koşmaktadır. Bu zorunluluk uyarınca uygulamada, geminin inşaa aşamalarına bağlı olarak ara ödemeler yapıldığı görülmektedir.

Tersanecinin iade borcunun konusu, dönme anına kadar kendisine ödenmiş olan bir miktar paradan ibarettir. Tip sözleşmelere göre, tersaneci, kendisine yapılan ödemeleri, faiziyle¹¹⁴ birlikte, “gecikmeksizin” ya da “derhal” iade eder¹¹⁵. Geminin tamamen telef olması nedeniyle sözleşmenin sona erdiği durumlarda ise, faiz uygulanmaz¹¹⁶ ya da daha düşük bir faiz oranı esas alınır.

c) İş sahibine Ait Malzemenin İadesi ya da Ücretlerinin Ödenmesi

İş sahibi, kendisi tarafından verilen malzemenin henüz gemiye monte edilmediği bir sırada sözleşmeden dönmüşse, bu malzemenin kendisine iadesi kural olarak sorun arz etmez. Ancak dönme anında, malzeme gemiye monte edilmiş ve özüne zarar gelmeden gemiden çıkarılması mümkün değil veya çok masraf gerektirdiği için ekonomik değilse, malzemenin iadesi mümkün olmaz. Bu durumda gemi mülkiyetinin kime ait olduğu belirlenerek sorun giderilir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, malzemenin iş sahibi tarafından verildiği sözleşmelerde, dönme üzerine mülkiyetin kime ait olduğu tespit edilirken hukuki taşıyır hükümlerine göre, emek ve malzemenin değeri karşılaştırılarak bir sonuca varılır. İnşaa sırasında dönme hakkının kullanıldığı sözleşmelerde, genellikle gemi ya eksik yapılmış ya da büyük ölçüde ayıplı olacağından; çoğu kez malzemenin değeri

¹¹⁴ Bu faiz oranı iş sahibinin finansman masrafları ile ilişkilendirilen sabit ya da değişken bir oran olarak kararlaştırılmaktadır. Bkz. *Curtis*, s. 177.

¹¹⁵ SAJ Art. X 2; AWES Art. 11; NEWBUILDCON Art. 39 (e), n. 1003-1006; NSF Art. XII p. 3.

¹¹⁶ SAJ Art. XII 2 (b) (ii); AWES Art. 9; NSF ve NEWBUILDCON’da ise bu durumda da faiz ödeneceği düzenlenmektedir. Bkz. NSF Art. XI 2 (c) (iv) (a) ve NEWBUILDCON Art. 38 (b) (ii) (2) (i).

daha fazladır ve iş sahibi geminin malikidir¹¹⁷. Bu sonuç, haklı gerekçeyle sözleşmeden dönen iş sahibinin menfaatine uygun düşmez. Bu nedenle tip sözleşmelerde, malzeme iş sahibi tarafından veriliyorsa, iş sahibinin dönme beyanı üzerine, bu malzemenin mülkiyetinin derhal tersaneciye geçeceğine ve tersanecinin bu malzeme için, piyasa fiyatı üzerinden iş sahibine ödeme yapacağına dair hükümlere yer verilmektedir¹¹⁸. Söz gelimi uygulamada bu yönde ortaya çıkan eğilimi dikkate alan NEWBUILDCON'a göre, *iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, tersaneci, Alıcı Malzemelerini iade eder; malzemelerin iadesi mümkün değilse, Alıcının, Alıcı malzemeleri için yapmış olduğu masrafları öder*¹¹⁹. Özellikle ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönüldüğü hallerde, ayıplı geminin mülkiyetine sahip olmak istemeyen ve malzemesinin değerini elde etmek isteyen iş sahiplerinin, sözleşmelerinde, NEWBUILDCON'un bu hükmüne benzer bir hükme yer vermesi faydalı olacaktır.

2- Tersaneci Tarafından Sözleşmenin Sona Erdirilmesinin Sonuçları

a) Genel Olarak

Gemi inşa sözleşmesinin, iş sahibinin sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle, tersaneci tarafından sona erdirilmesi üzerine, tersanecinin, gemiyi inşa ve iş sahibinin gemiyi teslim alma yükümlülükleri sona erer¹²⁰. İş sahibi, tersanecinin zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür¹²¹.

b) Yapılan Ödemeleri ve İş Sahibi Tarafından Verilen Malzemeyi Alıkoyma Yetkisi

SAJ ve NEWBUILDCON, iş sahibinin sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle sözleşmeden dönen tersaneciye, o ana kadar yapılan ödemeleri¹²² ve iş sahibi tarafından verilen malzemeyi¹²³ alıkoyma haklarını bahşetmektedir.

¹¹⁷ Öz, s. 237.

¹¹⁸ Curtis, s. 177.

¹¹⁹ NEWBUILDCON Art. 39 (e), n. 1006-1008. Benzer hüküm için bkz. NSF Art. XII 1 p. 3.

¹²⁰ Curtis, s. 189.

¹²¹ AWES Art. 10 p. 3; NSF Art. XII 2 p. 2.

¹²² SAJ Art. XI 3 (b) n. 7-9; NEWBUILDCON Art. 39 (f), n. 1009-1011.

¹²³ SAJ Art. XI 3 (b) n. 5-6; NEWBUILDCON Art. 39 (f), n. 1010-1011.

c) *Geminin Satımı*

Tip sözleşmelere göre, iş sahibinin sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle sözleşmenin tersaneci tarafından sona erdirilmesi, tersaneciye, geminin tamamlanması ya da tamamlanmaması konusunda karar verme ve kısmen ya da tamamen tamamlanan gemiyi satma yetkilerini vermektedir¹²⁴. SAJ'a göre:

“Gemi, tamamlanmış olarak satılırsa, elde edilen miktardan öncelikle satım için yapılan ve tersanecinin, iş sahibinin temerrüdü nedeniyle uğradığı masraflar, sonra ifa edilmemiş tüm ödemeler ve bu ödemelere ait faizler, muacceliyet tarihinden ödeme tarihine kadar olan süre için, % ... yıllık faiz oranı üzerinden ödenir”¹²⁵.

“Gemi, kısmen inşa edilmiş olarak satılırsa, elde edilen miktardan öncelikle satım için yapılan masraflar ve tersanecinin, iş sahibinin temerrüdü nedeniyle uğradığı zararlar, sonra geminin inşası için yapılan masraflardan tersanecide kalan ödemelerin çıkarılması ile elde edilecek masraflar ve sözleşmenin sona erdirilmesi nedeniyle tersanecinin uğradığı makul bir kâr kaybı ödenir”¹²⁶.

“Her iki durumda da satım dolayısıyla elde edilen miktar, yapılacak ödemelerden fazla ise, tersaneci artan kısmı herhangi bir faiz ödemeksizin iş sahibine verir. Ancak bu durumda iş sahibine yapılacak ödemenin, iş sahibi tarafından yapılan ödemelerin toplam tutarını ve kendisi tarafından tedarik edilen malzemenin bedelini aşmaması gerekir”¹²⁷.

“Elde edilen miktar, gerekli ödemeleri yapmaya yeterli değilse, iş sahibi, eksik kısmı, tersanecinin talebi üzerine ödemekle yükümlüdür”¹²⁸.

¹²⁴ SAJ Art. XI 4 (a) n. 11-15; AWES Art. 10 p. 4; NEWBUILDCON Art. 39 (f) n. 1012-1015.

¹²⁵ SAJ Art. XI 4 (b) n. 16-22. Benzer düzenleme için bkz. NEWBUILDCON Art. 39 (f) (i).

¹²⁶ SAJ Art. XI 4 (c) n. 23-28. Benzer düzenleme için bkz. NEWBUILDCON Art. 39 (f) (ii).

¹²⁷ SAJ Art. XI 4 (d) n. 29-34. Benzer düzenleme için bkz. NEWBUILDCON Art. 39 (f) (iii).

¹²⁸ SAJ Art. XI 4 (e) n. 4-6. NEWBUILDCON'a göre, satım sonucu elde edilen miktar tersaneciye olan borcu ödemeye yeterli değilse öncelikle iş sahibi tarafından verilen ve fakat henüz gemiye takılmamış olan malzemenin satılarak borcun kapatılması gerekir. İş sahibinin doğrudan ödeme yapma borcu, ancak bu malzemenin satımı sonucunda elde edilen tutarın yeterli olmaması ihtimalinde doğar. Bkz. NEWBUILDCON Art. 39 (f) (iv) ve (v).

SONUÇ

Gemi inşa sözleşmesi, yat, mavna, römorkör, yük gemisi vb. çeşitli deniz araçlarının inşasını konu edinen ve deniz ticareti alanında olduğu kadar, özel kullanım alanında da oldukça sık karşılaşılan bir hukuk müessesesidir. Buna rağmen yeni bir geminin inşa edilerek, iş sahibine teslim edilmesini konu edinen gemi inşa sözleşmesi, Türk mevzuatı içerisinde özel olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle, gemi inşa sözleşmesi ile ilgili bir uyuşmazlıkta, sözleşmenin tarafları arasında hangi hükümlerin uygulanacağı tereddüt doğurabilir. Çalışmada, gemi inşa sözleşmesine hangi kanuni hükümlerin uygulanacağına ve bu hükümler çerçevesinde tarafların hak ve borçlarına ilişkin ulaşılan sonuçlar şu şekilde sıralanabilir:

Gemi inşa sözleşmesi genellikle, sipariş üzerine ferden muayyen bir geminin inşasına ilişkin olduğundan, bu tür bir sözleşmede Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesi ile ilgili hükümlerine başvurulmalıdır. Bu sonuç, malzemenin iş sahibi tarafından verildiği *taahhüt suretiyle gemi inşa sözleşmesi* (eser teslim sözleşmesi) için de geçerlidir. Nitekim Türk Borçlar Kanununda, Alman hukukundan farklı olarak, malzemenin iş sahibi tarafından verildiği sözleşmeleri, satım sözleşmesi hükümlerine tabi kılan özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak nadiren de olsa tersanecinin standart tasarımına göre inşa edilecek bir gemi sipariş edilir ve bu gemiye ilişkin sözleşme hükümlerinde sipariş verenin sözleşmeye müdahalesi kısıtlanırsa, bu sözleşmenin eser sözleşmesi olarak değil, satım sözleşmesi olarak kabulü gerekebilir.

Eser sözleşmesine ait kanuni hükümler, genel olarak gemi inşa sözleşmesine uygulanabilir niteliktedir ve konuyla ilgili pek çok hukuki soruna cevap içermektedir. Ancak gemi inşa sözleşmesinin hususiyeti, eser sözleşmesine ait bazı hükümlerin uygulanmasına engel teşkil eder. Uygulamada ortaya çıkan tip sözleşmeler, gemi inşa sözleşmesinin kendine özgü yapısından kaynaklanan farklılıkları dikkate alarak hazırlanmakta ve tarafların ihtiyaçlarını büyük ölçüde karşılayan hükümler ihtiva etmektedir.

Gemi inşa sözleşmesi, genellikle her iki tarafın da tacir olduğu ve sözleşme hükümlerinin anlamlarının taraflarca gayet net bir şekilde bilindiği sözleşmelerdir.

Bu nedenle tip sözleşmeler esas alınarak imzalanan gemi inşa sözleşmesi hükümlerinin, Türk Borçlar Kanununun 20. maddesi anlamında genel işlem koşulu olarak kabulü ve bu koşullara ilişkin denetime tabi olması mümkün değildir. Ancak korunması gerekli küçük ya da orta ölçekli işletme sahibi tacirlerin ya da tacir olmayan kişilerin taraf olduğu sözleşmelerde, tip sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu olarak değerlendirilmesi gündeme gelebilir. Bu tür bir değerlendirme sonucu, genel işlem koşulu olarak kabul edilen bir takım tip sözleşme hükümlerinin geçersizliği sonucu ile karşılaşılabılır.

Tersanecinin gemi inşa sözleşmesinden doğan asıl borcu, gemiyi inşa etme ve inşa ettiği bu gemiyi iş sahibine teslim etmedir. Gemi inşa etme borcunun kapsamında, geminin tasarımını yapma, gemiyi kendi denetiminde imal etme, araç, gereç ve malzemeyi sağlama, gemiyi iş takvimine uygun olarak zamanında teslim edebilecek şekilde yapma borçları ile işi sadakat ve özenle yapma borçları yer almaktadır.

Geminin tasarımı, tersaneci tarafından üstlenilmişse, tümel bir gemi inşa sözleşmesi mevzu bahistir. Eser sözleşmesi hükümlerine tabi olan bu sözleşmede tersaneci, geminin tasarımına ilişkin edimleri tıpkı bir mimar gibi özenle yerine getirmek ve projeyi sözleşmede kararlaştırılan zamanda hazırlamakla yükümlüdür.

Bir geminin inşası tek kişi ile üstesinden gelinemeyecek türde bir iş olduğundan tersaneci, gemi inşa sözleşmesini kendi yönetiminde çalıştırdığı personeli ile ifa eder. Aynı zamanda gemi inşası pek çok alt sektöre ilişkin uzmanlık gerektirdiğinden, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, tersaneci işin kısmen ifası için bağımsız yüklenicilere başvurabilir. Ancak iş sahibinin onayı olmadan işin tümünü alt yüklenicilere veya başka bir tersaneye devredemez. Sözleşmede alt yüklenicilere bırakılabilecek işler açıkça belirtilerek, bu konuda doğabilecek uyumsuzluk riskinin azaltılmasında fayda bulunmaktadır.

Geminin inşasına ilişkin araç ve gereçleri sağlamakla yükümlü olan tersaneci, işin niteliğine uygun araç ve gereçleri tahsis etmelidir. Aynı şekilde tersaneci, sözleşme ile daha yüksek bir kalite şartı getirilmediği veya markası, modeli vs. özellikleri açıkça belirlenmediği sürece, normal kalitede malzeme kullanmak zorunda olup; malzemenin ayıplı olması halinde, Türk Borçlar Kanununun 472. maddesinin ilk

fikrası uyarınca, satım sözleşmesindeki ayıp hükümlerine göre sorumludur. Malzemenin iş sahibi tarafından verildiği sözleşmelerde ise, tersanecinin, bu malzemeyi kontrol etme ve ayıplı olacağını düşündüğü malzemeyi iş sahibine bildirme yükümlülükleri vardır.

Gemiyi sözleşmede kararlaştırılan tarihte iş sahibine teslim etmek zorunda olan tersanecinin, iş takviminin gerisinde olması, bu gecikme, geminin vade tarihinde teslim edilmesine engel teşkil etmeyecek nitelikte ise, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı vermez. Teslim tarihinin belirtildiği sözleşmelerde, işin hiç başlamaması ya da işin yavaş yürümesi nedeniyle, işin ifa tarihinde yetişemeyecek olması koşulu aranmadan sözleşmeden dönülmek isteniyorsa, NEWBUILDCON'da yer alan düzenlemeye benzer bir hükmün kararlaştırılmasında fayda bulunmaktadır.

İşi sadakat ve özenle yapmak zorunda olan tersaneci, mesleğinin gerektirdiği teknik esasları, sözleşmenin kurulmasından inşanın tamamlanması anına kadar göz önünde tutmak zorundadır. İş sahibinin bu icaplara uygun düşmeyen talimat ve isteklerine karşı koyması, ısrarı halinde ise sorumluluğunu kaldıracak bir ihtirazı beyanda bulunması ve hatta işin bu tarz icrası bir genel tehlike yaratacak ise üçüncü kişilere karşı sorumluluktan kurtulabilmek için işi reddetmesi gerekir. İş sahibi, tersanecinin, özen yükümünü ihlâl ederek gemiyi ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapacağı anlaşılıyorsa, Türk Borçlar Kanununun 473. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, masrafları tersaneciye ait olmak üzere, gemiyi, diğer bir tersaneciye tamir veya imal ettirme hakkına sahiptir. Ancak tersanede imal edilen geminin, inşa faaliyetlerinin ileri aşamalarında, tersaneden fiili olarak ayrılması mümkün değilse, Kanunun 473. maddesinin I. fıkrasının kıyasen uygulanması sonucu iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Lâkin iş sahibinin bu hakkı, gemiyi kabul etmemekte haklı gösterecek kadar önemli bir ayıbın varlığına bağlıdır. İş sahibinin, gecikme veya ayıp nedeniyle teslimden önce doğan bu haklarını kullanabilmesi, gemi, tersanecinin iş sahasında imal edildiğinden dolayı, inşa sürecinden haberdar olmayan iş sahibi için her zaman mümkün olmayabilir. Bu nedenle iş sahibinin tersanede teknik yönetici vasıtasıyla temsil edilmesi uygulamada oldukça önem arz eder.

Tersanecinin gemi inşa sözleşmesi kapsamındaki borçları sadece inşa etme faaliyetinden ibaret değildir. Tersaneci, inşa ettiği geminin deneme yüzüşlerini

yapmalı, bu deneme yüzüşleri neticesinde sözleşmeye uygun olarak inşa edildiği anlaşılan gemiyi iş sahibine teslim etmeli ve geminin mülkiyetini, her türlü alacak iddialarından ari olarak, iş sahibine nakletmelidir.

Gemi inşa sözleşmesinde hem deniz güvenliğinden kaynaklanan sebeplerle hem de henüz gemiye yabancı olan iş sahibinin mürettebatının gemiyi yakından tanınması amacıyla, geminin muayenesi, gemi, henüz deniz seyrüseferine başlamadan, yani iş sahibine teslim edilmeden önce, sınıflama kuruluşlarının nezaretinde tersaneci tarafından yapılır. Bu şekilde muayene edilen gemiyi iş sahibinin tekrar muayene etme yükümlülüğü bulunmayıp, iş sahibi ayıplı ifadan doğan haklarını da deneme yüzüşü sonuçlarının kendisine ulaşması üzerine kullanabilir. Deneme yüzüşüne ilişkin bu uygulamalar, gemi inşa sözleşmesinin eser sözleşmesinden ayrılan önemli farklılıklarıdır.

Gemi inşa sözleşmesinde, iş sahibinin edim sonucuna ulaşması, imal edilen geminin kendisine teslim edilmesi ile gerçekleşir. Bu nedenle, tersanecinin gemiyi teslim yükümlülüğü, onun gemiyi inşa etme yükümlülüğünü tamamlayıcı bir aslı edim yükümü niteliği taşır. Uluslararası denizcilik uygulamasında geminin tesliminde otuz güne kadar olan gecikmeler olağan kabul edilmektedir. Bu nedenle tip sözleşmelerde genellikle mazur görülen dönem olarak adlandırılan bir süre belirlenmekte ve teslim tarihinde bu süreye kadar olan gecikmeler için iş sahibinin kullanabileceği hakları bertaraf edilmektedir. Ancak tersanecinin olağan kabul edilen bu sürenin sonunda hala gemiyi teslim edememesi, iş sahibinin gemiyi biran evvel deniz ticaretinde kullanmasına engel teşkil ederek onun önemli ölçüde zarara uğramasına sebep olabilecek bir risktir. Bu riski azaltmak amacıyla sözleşmelerde yer verilen “*liquidated damages*” kayıtlarının hukuki niteliğinin tespiti için, her bir somut olay temelinde taraf iradelerinin araştırılarak bir sonuca varılması gerekir. Ancak gecikilen her gün için belli miktar bedelin kararlaştırılmış olması, iş sahibinin teslim tarihine olan menfaatinin yoğunluğunu gösterdiğinden, gecikme halinde uygulanacak *liquidated damages* kayıtlarının götürü tazminattan ziyade cezai şartta yaklaştığı düşünülmektedir.

Gemi inşa sözleşmesinde tersanecinin, gemiyi teslim borcunun yanında, satım sözleşmesine kıyasen mülkiyeti devir borcu da bulunmaktadır. Mülkiyeti devir

borcu, tersanecinin inşa edilen geminin maliki olduğu sözleşmelerde gündeme gelir. Yapı halindeki geminin ilk maliki tespit edilirken, öncelikle taraflar arasındaki anlaşmaya bakılmalıdır. Taraflar arasında bu konuda bir anlaşma mevcut değilse, Türk Ticaret Kanununda yer alan düzenlemelerin, mülkiyetin iş sahibine ait olduğunu gösterdiği şekilde yorumlanması doğru değildir. Bu konuda Türk Ticaret Kanunu hükümleri yerine, Türk Medeni Kanunu hükümlerine müracaat edilmelidir. Buna göre inşa için gerekli malzeme, tersaneci tarafından sağlanmışsa, yapı halindeki geminin mülkiyeti tersaneciye aittir. Nitekim bir kimse kendi malını işler veya şeklini değiştirirse, meydana gelen eserin kendisine ait olacağı şüphesizdir. Eğer malzeme iş sahibi tarafından verilmişse, bir görüşe göre, Türk Medeni Kanununun “İşleme”yi düzenleyen 775. maddesi uyarınca malzeme ve emeğin değeri karşılaştırılarak bir sonuca varılmalıdır. Ancak Kanunun 775. maddesini eser sözleşmesi özelinde değerlendiren görüş çerçevesinde, gemi inşa sözleşmesinde tersaneci, iş sahibi tarafından verilen malzemeyi, hukuki anlamda değil, teknik anlamda “işleyen” olduğu için, bu sözleşmede geminin mülkiyetinin iş sahibi olacağı yönündeki görüş kabule şayandır.

Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre, inşa halindeki gemilere mahsus sicile tescilli geminin mülkiyeti, anlaşma ve zilyetliğin devri ile iş sahibine intikâl etmektedir. Geminin mülkiyetinin devri için sadece anlaşmayı yeterli bulan 6762 sayılı Ticaret Kanununa, zilyetliğin devri şartını getiren Türk Ticaret Kanununun, bu yönde eksik kaldığı düşünülmektedir. Mülkiyetin devri için mehz Alman Kanununda olduğu gibi sicile kayıt şartının da getirilmesinin, uygulamada büyük kolaylık teşkil edeceği ve Türk tersaneleri açısından güven ortamı yaratarak gemi inşa sanayinin gelişimine katkıda bulunacağı düşünülmektedir.

Diğer yandan Türk Ticaret Kanununun deniz ticareti ile ilgili hükümleri arasında gemi ipoteği ve ipoteğin şümulü ile ilgili ayrıntılı hükümler bulunmasına rağmen mülkiyetin kapsamına ilişkin yeterince bir açıklık bulunmamaktadır. Uygulamada özellikle gemi inşası için kredi verenler bakımından önem arz eden bu konuda kanun koyucu tarafından özel hükümlerin tesis edilmesi elzemdir.

Gemi inşa sözleşmesinde imkânsızlık, ancak gemiyi yeniden meydana getirmek için gerekli malzeme ve araçların piyasadan elde edilememesi gibi istisnai

durumlarda söz konusu olabilir. Bu nedenle sözleşmenin kurulmasından sonra taraflara yüklenemeyen bir sebeple gemi telef olursa, tersaneci, genellikle hem edim hasarına hem ücret hasarına katlanmak zorundadır. Lâkin kısmen veya tamamen yok olması nedeniyle gemiyi yeniden inşa etmek ya da ettirmek zorunda kalan tersaneci, işin kararlaştırılan ücretle yapılması aşırı derecede güçleşmişse, Türk Borçlar Kanununun 480. maddesine dayanabilecektir. Böylece geminin yeniden meydana getirilmesi, dürüstlük kuralı gereğince tersaneciden beklenemiyorsa, uyarlama kapsamında ücret artışı uygulanabilir ya da sözleşmeye son verilebilir.

Tersanecinin ayıplı veya kullanım amacına uygun olmayan bir gemi inşa etmesi, onun ayıplı ifadan sorumlu olmasına sebebiyet verir. Ayıplı ifaya ilişkin gemi inşa uygulamasında ortaya çıkan sözleşme hükümleri, Türk Borçlar Kanunun emredici nitelikte olmayan eser sözleşmesi hükümlerinden oldukça farklılık göstermektedir. Bu kapsamda tip sözleşmelerde, eser sözleşmesinden farklı olarak “teslimden önce ortaya çıkan ayıplar” ve “teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar” şeklinde yeni bir ayıp kategorisi yaratılmıştır. Teslimden önce ortaya çıkan ayıplar, inşa sürecindeki denetimlerde veya inşası tamamlanan geminin deneme yüzüşü sonucunda ortaya çıkan ayıplardır. Bu ayıplar dikkatli bir muayene sonucunda ortaya çıkan açık ayıplara tekabül etmektedir. Teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar ise, hem deneme yüzüşü sırasında anlaşılmayan gizli ayıpları hem de teslim sırasında mevcut olmamasına rağmen teslimden sonra garanti süresi içerisinde meydana gelen ayıpları ifade etmektedir. Teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar, teslimden önce oluşup oluşmamalarına bağlı olmaksızın, garanti borcu kapsamında değerlendirilmektedir.

Ayrıca tip gemi inşa sözleşmelerinde, geminin hızı, ölü ağırlık kapasitesi, yük kapasitesi ve yakıt tüketimi gibi bazı vasıfları tersaneci tarafından vaad edilmekte ve imal edilen geminin bu vasıfları taşımaması, ayıplı ifa anlamına gelmektedir. “*Hesaplanabilir ayıplar*” olarak adlandırılan bu tür ayıplar için, iş sahibinin hakları, bedel indirimi ve sapmanın çok fazla olması koşuluyla sözleşmeden dönme hakları ile sınırlıdır.

Türk Borçlar Kanununun 475. maddesine göre, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları, *sözleşmeden dönme, bedelin indirilmesi, eserin tamiri ve*

tazminat talep etme haklarıdır. Türk Borçlar Kanununa göre, söz konusu seçimlik haklar arasında zaman açısından bir öncelik sonralık ilişkisi mevcut değildir. Tip sözleşmelerde ise, tersaneci, teslimden önce ortaya çıkan ayıplar için geminin tamiri yükümlülüğünü üstlenmiş ve böylece ayıbın giderilmesi hakkına, dönme ve ücretin indirilmesi haklarına nazaran öncelik tanınmıştır. Ayrıca teslimden sonra ortaya çıkan ayıplar için, tersanecinin garanti borcu düzenlenerek, iş sahibine sadece ayıbın giderilmesini isteme hakkı tanınmıştır. Buna göre garanti borcu kapsamında, iş sahibinin kural olarak sözleşmeden dönme ve bedel indirilmesini talep hakkı bulunmamaktadır.

Tip gemi inşa sözleşmelerinde dikkati çeken diğer bir husus ise, hesaplanabilir ayıplar için, öncelikle bedelden indirim hakkının düzenlenmiş olması ve bu tür ayıplar hakkında, dönme hakkının, ancak önemli bir ayıp mevcut ise kullanılacak olmasıdır. Bu tür ayıpların giderilmesini talep etmek kural olarak mümkün olmamakla beraber, bazı tip sözleşmelerde ayıbın giderilmesini talep imkânı ayrıca düzenlenmiştir. Son olarak tip sözleşmelerde, iş sahibinin ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanması, önemli ölçüde sınırlandırılmış ve ayıba bağlı zararlardan sorumluluğu kaldırılmıştır.

Tip sözleşmelere göre, (hesaplanabilir) ayıplar için, kararlaştırılan *liquidated damages* kayıtları, bu tip ayıplar için, tarafların, bedel indirimi hakkı yerine geçmek üzere, ayrı bir hukuki yol kararlaştırıp kararlaştırmadığı sorusunu doğurmaktadır. Tarafların bu kayıtları kararlaştırmadaki amaçları, ayıplı ifadan kaynaklanan bedel indirimi hakkını ortadan kaldırarak, bir kusur sorumluluğu olan cezai şart ya da gerçek zarar miktarına bağlı olan götürü tazminatı uygulamak değil; sadece bedel indirimine ilişkin olarak yapılacak hesaplamayı objektifleştirerek, ispat sorununu ortadan kaldırmak ve böylece muhtemel riskleri önceden tahmin edebilmektir. Bu amaçtan hareket ederek, sözleşmede yer alan *liquidated damages* kayıtlarının, ayıplı ifa halinde, iş sahibinin seçimlik haklarından biri olan bedel indirimi hakkının özel bir düzenlemesini teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Bu nedenle, tersaneci kusursuz da olsa bedel indirimi uygulanır ve iş sahibi daha fazla zararını, aksi kararlaştırılmadıkça ayıba bağlı zararları çerçevesinde talep edebilir. Ayrıca tersaneci, götürü tazminattan farklı olarak iş sahibinin zararının daha az olduğunu

ispatlayarak bu sorumluluktan kurtulamaz. Bu tür kayıtların bedel indirimi hakkı dışında anlamlandırılması, ancak sözleşmede açık ifadelerin kullanılması ve taraflarının amacının bu yönde olduğunun açıkça anlaşılması halinde mümkün olabilir.

Tip sözleşmelerde, hesaplanabilir ayıplar için sadece bedelden indirim ve sözleşmeden dönme haklarının söz edilmiş olması, iş sahibinin, bu ayıplar yönünden ayrıca ayıbın giderilmesini talep etme hakkının bulunup bulunmadığı sorusuna yol açmaktadır. Bu gibi ayıplar için öncelikle bedel indirimi düzenlenmesinin amacı, iş sahibinin ayıbın giderilmesini talep etme hakkını bertaraf etmek değil; genellikle tamiri mümkün olmayan durumlarda, iş sahibinin geminin değer düşüklüğüne ilişkin tazminat taleplerini önceden güvenceye almaktır. Bu nedenle, bu tür ayıpların giderilmesi objektif olarak mümkün oldukça, tersanecinin tamir etme yükümlülüğü devam eder. Ancak tersanecinin bu yükümlülüğü, tamir masraflarının, sözleşmede hesaplanabilir ayıplar için öngörülen azami bedel indirimi oranını geçmemesi koşuluna bağlıdır. Dolayısıyla ayıbın makul bir sürede ve uygun bir maliyetle giderilmesi mümkün ise, tersaneci, ayıbın giderilmesi ile yükümlüdür.

Tip sözleşmelerde yer alan sorumsuzluk kayıtları, tarafların ayıba bağlı zararlardan kaynaklanan sorumluluğu kaldırmayı amaçladığını açık bir şekilde ifade ettiğinden ve bu konuda şüpheye mahal bırakmadığından geçerli sayılmalıdır. Ancak bu kayıtlar, içeriğinde sorumsuzluk anlaşmasının hangi kusur derecesine ilişkin olduğu belirtilmediğinden, sadece tersanecinin hafif ihmeline ilişkin olarak anlam ifade eder.

Tersaneci, sözleşmenin uzman tarafı olarak kendisine bildirilen talimatları, yapı tekniği kurallarına uygunluk açısından kontrol etmeli ve söz konusu talimatların, ayıba yol açabileceği düşüncesinde ise bu düşüncesini iş sahibine bildirmelidir. Tersaneci, aynı şekilde iş sahibi tarafından verilen malzemenin durumunu dürüstlük kuralına uygun olarak kontrol etmeli ve malzemenin ayıplı olduğunu öğrenir öğrenmez, iş sahibini uyarmalıdır. Bu yükümlülük, tip sözleşmelerde olduğu gibi, tersanecinin iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin kalite ve performansından sorumlu olmayacağı açıkça düzenlenmiş olsa dâhi geçerlidir.

Gemi inşa sözleşmesinde, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı süresi, teslim ile değil, deneme yüzüşü sonuçlarının iş sahibine bildirilmesi ile başlar. Ancak genel kuraldan uzaklaşan bu görüş dar yorumlanmalı ve sadece teslimden önce ortaya çıkan ayıplar için geçerli addedilmelidir.

Tersanecinin garanti borcunun en önemli sonucu, garanti kapsamında sorumlu olduğu ayıpları, masrafları kendisine ait olmak üzere, giderecek olmasıdır. Tip sözleşmelerde yer verilen garanti borcu ile, açıkça ayıbın giderileceği taahhüt edildiğinden, tersaneci, masrafları aşırıya mal olsa dâhi, gemide, garanti yükümlülüğü kapsamında ortaya çıkan ayıpları gidermekle yükümlüdür. Bu nedenle Türk Borçlar Kanununun 475. maddesinin I. fıkrasının 3. bendinde ifade edilen, “tamirin aşırı masraf gerektirmemesi” şartı bu tür sözleşmelerde uygulanmaz.

Garanti borcu, masraflar aşırıya mal olsa dahi, ayıbı gidermekle yükümlü olan tersaneci için ağır bir sorumluluk teşkil eder. Bu nedenle, taraflar arasındaki menfaatler dengesini sağlamak amacıyla, genellikle garanti yükümlülüğü altına giren tersanecinin, ayıplara bağlı zararlardan sorumlu olmayacağı kararlaştırılmaktadır. Tersaneci tarafından verilen garanti, otomatik olarak, ayıplı ifadan kaynaklanan diğer hakların sona ermesine yol açmaz. Dolayısıyla iş sahibinin diğer seçimlik haklarının sona erdiğinin kabul edilebilmesi için, sözleşmede açık ifadeler kullanılması gerekir.

Tip sözleşmelerde yer verilen garanti süresinin, özellikle zamanaşımı ve ihbar süresi ile ilişkisi bakımından anlamının ortaya konması, oldukça karmaşık bir meseledir. İhbar külfetinin amacı, yüklenicinin iş sahibinin eseri kabul edip etmeyeceği hususunda imkân olan en kısa sürede bilgi sahibi olmasını sağlayarak, yükleniciye alması gerekli olan tavrı belirleme imkânı tanımak suretiyle onun korunmasını sağlamaktır. Bu nedenle sözleşmede açıkça ve şüpheye mahal vermeksizin kararlaştırılmadığı sürece, garanti süresinin ihbar süresi olarak kabulü mümkün değildir. Dolayısıyla, tersaneci, garanti süresinde ortaya çıkan ayıplardan, ancak bunlar zamanında ihbar edilmişlerse sorumlu olur.

Zamanaşımı süresinden kısa bir garanti süresi, zamanaşımının kısaltılmasına değil, bu süre içerisinde çıkacak ayıpların, masrafları aşırıya mal olsa da satıcı tarafından giderilmesine ilişkindir. İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan diğer

hakları ise tersanecinin garanti yükümlülüğünden kural olarak etkilenmeyecektir. Ancak bunun aksinin kararlaştırılması mümkündür ki, tip sözleşmelerde, garanti yükümlülüğü kapsamında kanundan kaynaklanan diğer tüm hakların sona ereceği açık bir şekilde düzenlenmektedir. Tip sözleşmelerde genellikle on iki ay olarak kararlaştırılan garanti süresi, Türk Borçlar Kanunu ile getirilen iki yıllık bir zamanaşımı süresi karşısında daha kısadır. Bu nedenle tip sözleşmelerin kullanıldığı gemi inşa sözleşmelerinde, diğer haklarını kaybetmek istemeyen iş sahiplerinin bu konuya dikkat etmeleri gerekmektedir.

İş sahibinin gemi inşa sözleşmesinden doğan asıl edimi, bedel ödeme borcudur. İş sahibinin ödeyeceği bedel genellikle tüm masrafların önceden belirlenmiş olduğu götürü bedel usulü ile tespit edilmekte ve tarafları, enflasyon riskine karşı korumak için sözleşmede eskalasyon kayıtlarına yer verilmektedir. İş sahibinin gemi inşa sözleşmesinden kaynaklanan yegane edimi bedel ödeme borcu değildir. Kendisine sunulan gemiyi teslim alma, vermeyi taahhüt ettiği malzemeyi zamanında ve kuruluma hazır olarak tersaneciye verme, plan ve çizimleri onaylama gibi borçlar da iş sahibinin ediminin kapsamında yer almaktadır.

Gemi inşa sözleşmesi, tarafların borçlanmış oldukları edimleri ifa etmesi ile sona erer. Sözleşmenin ifa dışında hangi hallerde sona erdirilebileceği sözleşmede detaylı bir şekilde ele alınmakta, bunun dışında Kanuni hükümlerde de sözleşmenin sona ermesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Ani edimli bir sözleşme olan gemi inşa sözleşmesinin sona ermesi, genellikle geriye etkili bir sonuç doğurur. Ancak somut olay adaletinin sağlanması amacıyla sona erme, istisnaen ileriye etkili olabilir.

İş sahibinin, haklı nedenle sözleşmeden dönmesi üzerine tarafların iade borcu kapsamının ne olacağı malzemenin iş sahibi tarafından verildiği sözleşmelerde sorun doğurabilir. Bu konuda Türk Medeni Kanununun işlemeye ilişkin kurallarına başvurulmalı, ancak yapıya ilişkin ilk malikin tespitinden farklı olarak dönme üzerine hukuki sebep ortadan kalktığı için, tersanecinin malzemeyi hukuki anlamda “işleyen” olduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede yapılan değerlendirme neticesinde, geminin mülkiyetinin iş sahibine ait olduğu kabul ediliyorsa, tersanecinin iade borcunun kapsamında gemi de yer alır. Aksi takdirde gemi zaten tersanecinin hakimiyet alanında bulunduğundan iş sahibinin herhangi bir iade borcu bulunmaz.

Ancak bu sonuç her zaman adil olmayabilir. Özellikle iş sahibi, ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönmüşse, kendisinin ayıplı geminin mülkiyetini muhafaza etmesi haksızlık teşkil edebilir. Bu gibi hallerde istisnaen mülkiyetin tersaneciye ait olduğu kabul edilmelidir.

Teknik açıdan son derece kompleks bir şeyin imaline ilişkin olan gemi inşa sözleşmesinde, tarafların karşılıklı edimlerinin niteliği, sözleşmenin son derece dikkatli hazırlanmasını gerektirmektedir. Aksi takdirde tarafların sözleşme ile elde etmeyi amaçladıkları menfaatleri riske girer. Bu nedenle, sözleşmenin hazırlanması için önceden oluşturulan tip sözleşmelerde yer alan kayıtların geçerliği hususunda dikkat edilmelidir. Tip sözleşmeler, taraflar için kolaylık sağlasa da genellikle İngiliz hukukunun etkisinde hazırlanan sözleşme kayıtlarını Türk hukuku açısından yorumlamadaki güçlük nedeniyle, Türk tersanecileri ve donatanlarının biraraya gelerek, Deniz Ticaret Odası veya Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı koordinesinde Türk hukukunu dikkate alan bir tip sözleşme oluşturmasında, Türk gemi inşa sanayinin geliştirmesi için bir ihtiyaç bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, H. A.* “İstisna Akdi (Eser Sözleşmesi) Üzerine Bir İnceleme, MBD, 1984, C. 3, S. 8, s. 14-16.
- Akıncı, S.* “Gemi Mülkiyeti”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XXIII, Sayı 3-4, İstanbul 1958.
- Akıncı, Z.* Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996.
- Akıntürk, T.* Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- Akıpek, J. / Akıntürk, T.* Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Akman, G. S.* Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.
- Aksoy, S. E.* Yapı Halindeki Gemilerin Rehni, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.
- Akyazan, S.* “Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilemeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerine Bir İnceleme”, BATİDER, C. VII, S. 2, 1973.
- Allbrecht, H.- C.* “Aufhebung von Schiffbauverträgen” Schriften Des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, Reihe A: Berichte und Vorträge, Heft 28, Hamburg 1977.
- Altaş, H.* Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK m. 368), Ankara 2002.
- Altaş, H.* “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK m. 358)”, Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 97 – 110 (BK m. 358).
- Altop, A.* “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşulları Düzenlenmesi”, <http://demirdemirhukuk.com/AA-Makale2.pdf>
- Antalya, G.* Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya

- Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul 1993.
- Aral, F.* Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, B. 8, Ankara 2010.
- Aral, F.* “Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi”, AÜHFD, 1973, Cilt 30, S. 1 – 4, s. 197 – 229 (Mülkiyeti Muhafaza).
- Arbek, Ö.* Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005.
- Arkan, S.* Ticari İşletme Hukuku, B. 15, Ankara 2011.
- Atabek, R.* “Uzun Süreli Sözleşmelerde Yeni Durumlara Uyum”, BATİDER, C. XII, S. 4, 1984
- Atamer, K.* Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Deniz Hukukunda Cebri İcra, İstanbul 2006 (Cebri İcra).
- Atamer, Y.* Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, B. 2, İstanbul 2001.
- Atamer, Y.* Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, B. 1, İstanbul 2005 (CISG).
- Atamer, Y.* “Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı, Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183’ün Farklı Okunması Gereği”, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004 (Hasar).
- Ayan, A.* “İstisna Akdinde Zamanaşımı”, Adalet Dergisi, Yıl 78, Mayıs-Haziran, F. 5, 1987 (Zamanaşımı I).
- Ayan, A.* “İstisna Akdinde Zamanaşımı”, Adalet Dergisi, Yıl 78, Temmuz-Ağustos, S. 4, 1987 (Zamanaşımı II).
- Ayan, S.* İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.

- Ayrancı, H.* Ön Sözleşme, Ankara 2006.
- Bagot, Michael H.* “The Ebb and Flow of East River: Consideration of the Supreme Court’s Decision on Products Liability in Shipbuilding Contracts” *Tulane Maritime Law Journal*, Vol. 30, 2006.
- Barlas, N.* Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.
- Basedow, J. / Wurmnest, W.* Third-Party Liability of Classification Societies, A Comparative Perspective, Berlin, Heidelberg 2005.
- Başalp, N.* Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.
- Baumhauer, M. / Duderstadt, D.* “Eigentumsverhaeltnisse an Schiffen im Bau”, *Hansa International Maritime Journal*, 149. Jahrgang, Nr. 9, 2012.
- Baygın, C.* “Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, *AÜEHFD*, C. IV. S. 1-2 (2000), (s. 345 – 377).
- Becker, H. (çev. Dura, S. A.)* İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Ankara 1993.
- Behrendt-Polsen, E.* “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security”, *International Bar Association, Sixth Conference*, Oslo 1956, s. 26-32.
- Bilge, N.* Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- Bilgili, F. / Demirkapı, E.* Ticaret Hukuku Bilgisi, Bursa 2012.
- Bingöl, F. I.* Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2008
- Brækhus, S.* “International Shipbuilding Contracts, Particularly

- Legal Problems in Connection With Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 1-26.
- Brändli, R.* Die Nachbesserung im Werkvertrag, Eine Gesamtdarstellung unter Berücksichtigung der SIA-Norm 118, Zürich / St. Gallen 2007.
- Brehm, W. / Berger, C.* Sachenrecht, 2. Auflage, 2006.
- Bucher, E.* Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Zürich 1979
- Burcuoğlu, H.* “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Anısına Armağan, Ankara 1990.
- Buz, V.* “İş Sahibinin BK md. 369’a Göre Eser Sözleşmesini Feshi”, BATİDER 2000, C. XXI, S. 2 (BK m. 369).
- Buz, V.* Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 (Yenilik Doğuran Haklar).
- Buz, V.* Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- Buz, V.* “Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması”, AÜSBFD, C. 49, Prof. İlhan Öztrak’a Armağandan Ayrı Bası Ocak – Haziran 1994, s. 23-40 (İmkânsızlaşma).
- Bühler, T.* Obligationenrecht, Teilband V 2d, Art.363-379, Zürich 1998.
- Caldwell, B. M.* “Ship Building Contracts”, Mariner Life, April 2006, http://www.admiraltylaw.com/fisheries/Papers/ship_building_contracts.htm
- Canavcı, M. A.* Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akdi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006.
- Canbolat, F.* İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı

- Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009.
- Cerruti, R.* Der Untervertrag, Freiburg 1990.
- Clarke, M. A.* Shipbuilding Contracts, A Comparative Analysis Contracts in the Major Maritime Jurisdictions, Comite Maritime International, 2nd Ed., Lloyd's of London Press, London 1992.
- Commission of the European Communities* “Report from the Commission to the Council on the Situation in World Shipbuilding”, Brussels, 13.10.1999, COM(1999) 474 final, <http://aei.pitt.edu/4106/1/002035>. PDF, (COM (1999)).
- Curtis, S.* The Law of Shipbuilding Contracts, 3rd Ed., London 2002.
- Çağa, T. / Kender, R.* Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi, Donatan ve Kaptan, B. 14, İstanbul 2005.
- Çetingil, E. / Kender, R. / Ünan, S. / Yazıcıoğlu, E.* “TTK Tasarısı'nın “Deniz Ticareti” Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler”, Deniz Hukuku Dergisi, Özel Sayı, İstanbul 2006.
- Dayınlarlı, K.* İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, B. 3, Ankara 2008.
- Demir, M.,* “2008 Şubat Tarihli Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın Genel İşlem Koşulları'na İlişkin Maddelerinin (M. 20-25) Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, TBBD, Yıl 2008, S. 76, s. 217 – 230.
- Demircioğlu, H. R.* Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.
- Deniz Ticaret Odası* “2009 Deniz Sektörü Raporu, İstanbul ve Marmara, Ege, Akdeniz, Karadeniz Bölgeleri”, İstanbul 2010 (Deniz Sektörü Raporu).

- Deniz Ticaret Odası* “Gemi İnşa Sanayii Sektör Raporu”, Ulusal Deniz Ticaretimizin Sektörel Bir Değerlendirilmesi, II. Ulusal Denizcilik Kongresi, Ekim 1990, B. 3, İstanbul 1990 (Ulusal Deniz Ticaretimizin Sektörel Bir Değerlendirilmesi).
- Develioğlu, H. M.* Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- Devlet Planlama Teşkilatı* Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Gemi İnşa Sanayi ve Rekabet Edebilirlik Özel İhtisas Komisyon Raporu, Ankara 2001 (Komisyon Raporu).
- Dinar, R. T.* Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı, İstanbul 2008.
- Dirican, G.* Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007.
- Doğan, G.* Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul 2006.
- Dural, M.* “İmkânsızlık Kavramı ve Türleri” BATİDER, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 1973,
- Durusoy, E. A.* “Gemi İnşasına Müteallik Akitlerin Hukuki Karakter ve Şartları” İstanbul Barosu Dergisi, 1948, S. 12, s. 745-749.
- Eggleston, B.* Liquidated Damages and Extension of Time in Construction Contracts, 3rd Ed., Oxford 2009.
- Egli, A.* “Der General- und der Totalunternehmer”, Schweizerische Baurechtstagung 1991, Band II: Wahlveranstaltungen, Freiburg 1991, s. 65-92
- Egli, A.* “Die Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes”, Das Private Baurecht der Schweiz, Beiträge für die Praxis, Zürich 1994 (s. 85-102).
- Ekinci, H.* Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004.
- Erdem, M.* “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat

- Hukuku Sempozyumu, 28-29 Mayıs 2009, Ankara 2009.
- Erdoğan İ.* “İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması” SÜHFD, C.3, S.1, s. 135 – 172.
- Eren, F.* Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 12, İstanbul 2010.
- Eren, F.* “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri (I)”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici – İşletmeci – Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer), Ankara 1996, s. 49-58 (İnşaat I).
- Eren, F.* “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları (II)”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici – İşletmeci – Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer), Ankara 1996, s. 63-86 (İnşaat II).
- Eren, F.* “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi (III)”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici – İşletmeci – Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer), Ankara 1996, s. 87-103 (Sona Erme).
- Eren, F.* Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011 (Mülkiyet).
- Ergezen, M.* İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007.
- Eriş, G.* Açıklamalı – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, C. 3 Deniz Ticareti ve Sigorta, Ankara 1990.
- Erman, H.* Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, B. 2, İstanbul 2007 (İnşaat).
- Erman, H.* İstisna Sözleşmelerinde Beklenmeyen Haller, İstanbul 1979.
- Erten, A.* Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977.
- Erzurumluoğlu, E.* Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970.
- Fischer, T.* Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Zürich

- 1998
- Fischer-Zernin, V.* “Die Haftung der Werft aus dem Schiffbauvertrag für Mängel des Schiffes”, Schriften des Deutschen Vereins für Internationales Seerecht, Reihe A: Berichte und Vorträge, Heft 19, Hamburg 1974.
- Franko, N.* “Satım Akdinde Hasarın İntikali (BK m. 183)”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998.
- Gauch, P.* Der Werkvertrag, 4. Überarbeitete und Erweiterte Auflage, Zürich 1996.
- Gauch, P.* “Der Totalunternehmervertrag – Von seiner Rechtsnatur und dem Rücktritt des Bestellers”, Baurecht/Droit de la Construction (BR/DC) 2/1989 (s. 39 – 43) (Totalunternehmervertrag).
- Gauch, P.* Ein Bauwerk, Mehrere Unternehmer in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern 1982.
- Gauch, P.* “Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag – Gedanken zu Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts”, Festschrift für Horst Locher, Düsseldorf 1990, S. 35 ff.
- Gauch, P.* “Probleme von und mit Subunternehmern” in Festschrift A. Maier–Hayoz, S. 151 ff (Subunternehmer).
- Gauch, P.* “Die Vergütung von Bauleistungen”, Schweizerische Baurechtstagung 1987, Tagungsunterlagen Band I, Freiburg 1987, s. 1-23 (Vergütung).
- Gauch, P. / Schluep, W. / Emmenegger, S.* Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 9. Auflage, Zürich 2008.
- Gauch, P. / Schluep, W. / Schmid, J.:* Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008.
- Gauch, P. / Schönle, H.* Obligationenrecht, Teilband V 2a, Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191, 3. Auflage, Zürich 1993.

- Gautschi, G.* Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Artikel 363 – 379 OR, Bern 1967.
- Gelenbeg, M. H.* Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul 1938.
- Gezder, Ü.* Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009.
- Giger, H.* Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf, Artikel 184 – 215 OR, Bern 1979.
- Goldrein, I. / Turner, P.* Ship Sale and Purchase, London - Hong Kong 2003.
- Govare, J. P.* “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 43 – 49.
- Göğer E.* “Gemi Tamir Mukavelenamesi”, ABD, 1961, S. 2, s. 9–16.
- Göknil, M. N.* Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul 1946.
- Gökyayla, E.* “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002/1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, s. 785 – 805 (Özen Borcu).
- Gökyayla, E.* Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009.
- Güleç, Ş.* Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara 2009.
- Gümüüş, M. A.* Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C.1, İstanbul 2008.
- Gümüüş, M. A.* Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010.
- Günay, C. İ.* Cezai Şart, Ankara 2001.

- Güngör, H. G.* “Borçlar Kanunu Tasarısı’ndaki Genel İşlem Koşullarına Bakış ve Öneriler (I), Legal Hukuk Dergisi, Yıl 3, S. 30, Haziran 2005
- Gürpınar, D.* Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006.
- Haab, R. / Simonius, A. / Scherrer, W. / Zobl, D.* Das Sachenrecht (Das Eigentum), ZGB - Art. 641-729 Zürcher Kommentar, IV 1, 2. Aufl., 1977.
- Havutçu, A.* Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
- Helbling, K.* Verarbeitung nach schweizerischem Recht, Zürich 1958.
- Herber, R.* Seehandelsrecht, Systematische Darstellung, Berlin Newyork 1999.
- Heub, M. H.*
(Çev. Demir, M.) “Borçlar Hukuku Reformu: Yeni İstisna Sözleşmesi Hukuku” BATIDER, Yıl 2002, C. XXI, S. 4, s. 29-40.
- Hill, C.* Maritime Law, 6. Ed., London Honkong 2003.
- Hodges, S. / Hill, C.* Principles of Maritime Law, London - Hong Kong 2001
- Honsell, H.* Kommentar Zum UN-Kaufrecht, Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf, Berlin Heidelberg 2010.
- İzveren, A.* “İşçinin İhtimam Mükellefiyeti”, AD, Yıl 1953, S. 11.
- İstanbulu, A.* Gemi İnşa Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Yükümlülükleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2007.
- İzveren, A. / Franko, N. / Çalık, A.* Deniz Ticaret Hukuku, Ankara 1994.
- Kalpsüz, T.* Deniz Ticareti Hukuku, C. 1, Giriş – Gemi, Ankara 1971 (Deniz Ticareti Hukuku).
- Kalpsüz, T.* Gemi Rehni, 4. B., Ankara 2001.
- Kamm, W*

- Eigentum und beschränkte dingliche Rechte an Schiffen, Zürich 1980.
- Kaner, İ. D.* Deniz Ticareti Hukuku, (Giriş-Gemi-Donatan ve Donatma İştiraki-Kaptan), İstanbul 2001.
- Kaplan İ.* Türk – İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983.
- Kaplan İ.* “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri, (Yönetici, İşletmeci ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara (18 – 19 Mart) 1996 (Ücret Ödeme Borcu).
- Kaplan İ.* “İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999 (Süre Uzatımı).
- Kaplan, İ.* “Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları”, BATIDER, Haziran 1985, C. XIII, S. 1., s. 5-11. (İhale Farkı Tazminatları)
- Karaca, M.:* Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebepile Sona Ermesi, Ankara 2009.
- Karataş, İ.* Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2004.
- Kender, R.* Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, B. 8, İstanbul 2005.
- Kender, R. / Çetingil, E.* Deniz Ticareti Hukuku (Takip Hukuku ve Deniz Sigortaları İle Birlikte) Temel Bilgiler, B. 8, İstanbul 2007.
- Kılıçoğlu, A. M.* Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009.
- Kılıçoğlu, A. M.* “Müteahhidin İnşaatı Teslimdeki Gecikmeden Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.6, s. 892 – 899 (Müteahhit).
- Kılıçoğlu, A. M.* “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu” AÜHFD, 1975, C. 32, s. 185 – 199 (Eseri Şahsen Yapma).

- Klauser, P.* Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Zürich 1973.
- Kocaağa, K.* “Müteahhidin İşin Devamı Sırasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”, DEÜHFD, C. 6, S. 1, 2004, s. 177-201 (BK m. 358/II).
- Kocaağa, K.* Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK m. 158 – 161), Ankara 2003.
- Kocaağa, K.* “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?”, TBB Dergisi, S. 74 2008, s. 149 – 157 (Götürü Tazminat).
- Kocayusufpaşaoğlu, N.* Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş (Hatemi/Serozan/Arpacı) Hukuki İşlem Sözleşme, B.4, İstanbul 2008.
- Kocayusufpaşaoğlu, N.* Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959.
- Koç, N.* İsviçre - Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992.
- Koller, A.* Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009 (Allgemeiner Teil).
- Koller, A.* Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Bd. VI, 2. Abt., Die Einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363 – 366, Bern 1998 (Werkvertrag).
- Koller, A.* Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, 2. A., Zurich 1981
- Koller, A.* Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, Zürich 1995
- Kostakoğlu, C.* İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2008.

- Koyuncu, İ. S.* Gemi Sınıflama Kuruluşlarının Faaliyetleri ve Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- Koyuncu, İ. S.* “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın “Deniz Ticareti” Kitabındaki Bazı Hükümler Hakkında Değerlendirmeler”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler, Deniz Hukuku Dergisi, Özel Sayı, İstanbul 2006 (Tasarı).
- Kramer, E.* Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 – 18 OR, Bern 1986.
- Kurt, L. M.* 6098 sayılı Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.
- Kutlu Sungurbey, A.* Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988.
- Küley, M. M.* Medeni Kanun ve Tatbikatında Mütemmim Cüzüleri, Tabii Semereler ve Teferruat (M. K. m. 619-622), İstanbul 1959.
- Lagoni, N.* The Liability of Classification Societies, Berlin Heidelberg 2007.
- Lawson, H. B. / Norton, J. E.* “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 33 – 42.
- Lenzlinger Gadiant, A.* Mängel- und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag, Diss. Zürich 1994
- Li, L.* A Study on the Legal Nature of Shipbuilding Contract, Master Thesis, Oslo 2009.
- Lutter, L.* Der Letter of Intent, 3. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1998

- Mandaraka-Sheppard, A.* Modern Admiralty Law, With Risk Management Aspects, London 2001.
- Mankowski, P.* “Seerechtliche Vertragsverhaeltnisse im Internationalen Privatrecht”, Max Planck Institut für auslaendisches und internationales Privatrecht, Beitrage zum auslaendischen und internationalen Privatrecht 58, Tübingen 1995.
- Meier-Hayoz, A.* Schweizerisches Privatrecht, V/I, Basel 1977.
- Merz, H.* Vertrag und Vertragschluss, 2. Auflage, Freiburg 1992.
- Murdoch J. / Hughes, W.* Construction Contracts, Third Ed. London 2000.
- Münchener Kommentar* Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4 Schuldrecht Besonderer Teil II München 2005.
- Neo, D. S. S.* “Repudiation of a Shipbuilding Contract: Responses and Remedies”, Singapore Journal of Legal Studies, 1998, s. 453-468.
- NEWBUILDCON* “Standard Newbuilding Contract With Explanatory Notes”, Bimco Documents (Explanatory Notes)
- Oğuzman, M. K. / Öz, M. T.* Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.
- Oğuzman, M. K. / Seliçi, Ö. / Oktay-Özdemir, S.* Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Okay, S.* Deniz Ticareti Hukuku, I, Giriş – Gemi, Donatan ve Donatma İştiraki, Gemi Adamları, B. 3, İstanbul 1970 (C. I).
- Oldewelt, F. H. F.* “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 60 – 71.
- Olgaç, S.* Kaza, ve İlmi İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Cilt II, B. 2, İstanbul 1970.
- Oser, H. /* Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd.

- Schönenberger, W.* V, Teilband 2, Zurich 1936.
- Ozanoğlu, H. S.* “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 1999 C. III, S.1- 2.
- Öz, M.T.* İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- Öz, M. T.* İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Taşınmaz Yatırım Ortaklıklarının ve Diğer Birden Fazla Müteahhit Bulunan Durumların Yarattığı Sorunların İncelenmesi İle Birlikte, 2. B., İstanbul 2006 (İnşaat).
- Öz, M. T.* Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011.
- Özyörük, S.* İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Ankara 1988.
- Palandt, O.* Bürgerliches Gesetzbuch, München 2006.
- Pedrazzini, M. M.* Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/1, s. 497 vd., Basel/Stuttgart 1977.
- Prause, F.* Das Recht des Schiffskredits Unter besonderer Berücksichtigung des Schiffssachenrechts und des schiffregisterwesens, 3. Auflage, Berlin Newyork 1979.
- Prütting, H. / Wegen, G. /*
- Weinreich, G.* BGB Kommentar, Neuwied 2006.
- Pulaşlı, H.* Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989.
- Rabe, D.* Seehandelsrecht, 4. Aufl., München 2000.
- Rey, H.* Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Dritte Auflage, Band I, Bern 2007.
- Ringdal, F.* “The Remediating of Defects under Shipbuilding Contracts in Scandinavian Law”, Schriften Des

- Deutschen Vereins Für Internationales Seerecht, Reihe A: Berichte Und Vorträge, Heft 20, Hamburg 1974.
- Rodgers, C.* “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 77 – 94.
- Schaps, G. / Abraham, J.* Das deutsche Seerecht, Kommentar und Materialsammlung, 3. Aufl., Berlin 1959.
- Schlatter, H.* Die Haftung des Unternehmers im Werkvertrag insbesondere für Wermängel nach Schweizerischem Recht, Schaffhausen 1934.
- Schlectriem, P. / Butler, P.* UN Law on International Sales, Berlin-Heidelberg 2009
- Schmacher, R.* Die Haftung des Architekten aus Vertrag, Das Architektenrecht, 3. Auflage, Freiburg 1995
- Seliçi, Ö.* İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978 (Müteahhidin Sorumluluğu).
- Seliçi, Ö.* Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Ankara 1976.
- Selimoğlu, Y. E.* “Eser Sözleşmesi ve Kavramlar”, Faruk Erem’e Armağan, Ankara 1999 (Eser Sözleşmesi ve Kavramlar).
- Selimoğlu, Y. E.* İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara 2010 (Eser Sözleşmesi).
- Serozan, R.* Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.
- Serozan, R.* Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, B.3, İstanbul 2002. (İfa Engelleri)
- Serozan, R.* Parça Borcu – Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayrım, İstanbul 1969 (Parça Borcu).
- Serozan, R.* Taşınır Eşya Hukuku, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul 2007.
- Siegenthaler, T. / Griffiths, J.* “Indirect and Consequential Loss Clauses Under Swiss

- Law”, The International Construction Law Review, 2003 Pt 4.
- Sözer, B.* Gemi, Geminin Mütemmim Cüzü İle Teferruatı ve Bunların finansal Kiralama Sözleşmesi İle Temini Halinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar, İstanbul 2010.
- Storch, R. L. / Hammon, C. P. / Bunch, H. M. / Moore, R. C. Spiess, H. R.* Ship Production, 2. Ed. New Jersey 1995.
“Submission und Abschluss von Bauverträgen”, Das Private Baurecht der Schweiz, Beiträge für die Praxis, Zürich 1994 (s. 67-84)
- Stopford, M.* Maritime Economics, 3rd Ed., Oxon 2009.
- Şenocak, Z.* Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.
- Şenocak, Z.* Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995 (İfa Yardımcıları).
- Tandoğan, H.* Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, B. VI, İstanbul 2008.
- Tandoğan, H.* Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C II, İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri, Vekâletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, B 3, Ankara 1987.
- Tandoğan, H.* Türk Mes’uliyet Hukuku -Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet-, Birinci Basıdan Tıpkı Bası İstanbul 2010 (Mesuliyet).
- Tandoğan, H.* “İstisna Akdinin Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akidlerden Ayırtedilmesi”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara 1970 (İstisna Akdi Kavramı).
- Tandoğan, H.* “İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zaman Aşımı”, BATİDER, C. 11, S. 3 Yıl 1982 (Zamanaşımı)
- Tekil, F.* Deniz Hukuku, B. 6., İstanbul 2001.
- Tekinay, S. S. / Akman, S.* Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 1993.

- Burcuoğlu, H. / Altop, A.*
Tekinay, S. S. / Akman, S.
Burcuoğlu, H. / Altop, A. Eşya Hukuku, C. 1, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet, 5. B., İstanbul 1989 (Eşya Hukuku).
- Tercan, E.* İflasın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996.
- Trümpy, D.* “Abnahme und Genehmigung von Bauwerken”, Das Private Baurecht der Schweiz, Beiträge für die Praxis, Zürich 1994 (s. 103-118).
- Tunçomağ, K.* Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, B. 6, İstanbul 1976.
- Tunçomağ, K.* Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri, B.3, İstanbul 1977.
- Tunçomağ, K.* Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963 (Cezai Şart).
- Turanboy, A.* “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, AÜHFD, C. 65, S. 10 – 12, s. 151 – 189.
- Uçar, A.* “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, Erzincan H. F. D. 2001, C. V, 10. Öğretim Yılına Armağan (Teslim).
- Uçar, A.* “İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması”, C.I, S. 1,1997, Atatürk Üniversitesi 40.Yıl Armağanı (Ayıp).
- Uçar, A.* İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.
- Uçar, S.* Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul 1993
- Ulusan, İ.* İyiniyetli Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.
- Uyan, G.* İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İş Görme Sözleşmeleri Kuramına Bir Katkı, İstanbul 2006.
- Uygur, T.* İnşaat Hukuku, C. I-II, Ankara 1998.

- Uygur, T.* Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 7, Ankara 2003.
- von Büren, B.* Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184 – 551), Zürich 1972.
- von Tuhr, A.* Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Ankara 1983.
(çev. Edege, C.)
- Wahl, A.* Deniz Ticaret Hukuku, Nazari ve Ameli, Adalet Bakanlığı Yayınlarından 1948.
(Çev. Berker, K.)
- Weibull, E.* “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security, International Bar Association”, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 72 – 76.
- Werz, J. C.* Delay in Construction Contracts, A comparative study of legal issues under Swiss and Anglo – American law, Freiburg 1994
- Widmer, C.* “Die massgeblichen Leistungen im “Generalunternehmer-Vertrag”, Das Private Baurecht der Schweiz, Beiträge für die Praxis, Zürich 1994, s. 119 - 135.
- Wieringa, W. G.* “International Shipbuilding Contracts, Particularly Legal Problems in Connection With Finance and Security”, International Bar Association, Sixth Conference, Oslo 1956, s. 50 – 59.
- Witschi, H.* “Garantieklauseln und Garantiefrieten in Kauf- und Werkvertrag nach Schweizerischem Recht”, Bern 1950.
- Wolff, H.* Grundriß des Sachenrechts bei Schiffen und Schiffsbauwerken, Hamburg 1949.
- Wüstendörfer, H.* Tatsachen und Normen des Schiffbaues, Hamburg 1920.
- Yakuppur, S.* Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna

- Aykırılıkları, İstanbul 2009.
- Yalçınduran, T.* Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000.
- Yalman, S.* Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.
- Yang, J.* Subcontracting in the Chinese Shipbuilding Contract, Master Thesis, Oslo 2006.
- Yavuz, C.* “Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Tanımı, Hukuki Niteliği, Özellikleri ve Bu Borcu Düzenleyen Kanun Hükümlerinin Uygulama Alanı”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 497-547.
- Yavuz, C. / Özen, B. / Acar, F.* Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, B. 7, İstanbul 2009.
- Yazıcı, A. H.* Satıcının Gemi Satım Sözleşmesinden Doğan Mülkiyeti Nakil Borcu ve Bu Borcun İfası, Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE 2009.
- Yücel, Ö.* “Borçlar Kanunu 358/1 Hükümüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu”, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008 (s. 779 – 790).
- Zevkliler, A.* Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2008.
- Zindel, G. G. / Pulver, U.* Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 3. Auflage, Basel – Genf – München 2003.

ÖZET

Aslıhan Erbaş Açıkkel, Gemi İnşa Sözleşmesi, Doktora Tezi, Danışman Prof. Dr. Hakan Karan, 357 s.

Yüksek sermaye yatırımını ve emek yoğun bir çalışmayı gerektiren gemi inşa sözleşmesi, tarafların uzun süreli borçlar altına girdiği ve önemli ticari riskler üstlendiği bir sözleşmedir. Bu yapısı dolayısıyla gemi inşa sözleşmesi, uluslararası uygulamada, genellikle tip sözleşmeler esas alınarak hazırlanmakta ve son derece detaylı hükümler içermektedir. Buna karşın Türk gemi inşa uygulamasında, Türk tersanecileri tarafından uygulanacak bir tip sözleşme henüz oluşturulamamıştır ve Türk mevzuatı içerisinde de konuya ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. Türkiye, Dünyanın önde gelen gemi yapımcısı ülkelerinden biri olmayı hedeflemektedir. Bu nedenle uluslararası alanda uygulanmakta olan tip sözleşme hükümlerinin irdelenmesi ve bu sözleşmeye uygulanacak kanuni hükümlerin tespiti tersaneciler, armatörler ve kredi sağlayan bankalar da dahil olmak üzere tüm sektör katılımcıları açısından oldukça büyük bir önemi haizdir. Bu kapsamda tezin amacı, tarafların gemi inşa sözleşmesinden kaynaklanan hak ve borçlarını, uluslararası tip sözleşme hükümleri ile karşılaştırmak suretiyle, Türk hukuku açısından ortaya koymaktır.

ABSTRACT

Aslıhan Erbaş Açık, Shipbuilding Contract, PhD. Thesis, Advisor Prof. Dr. Hakan Karan, 357 p.

Shipbuilding contracts, under which the parties assume long-term obligations and bear significant commercial risks, require high capital investment and labor-intensive performance. For this reason in international practice shipbuilding contracts are prepared based on the international standard contracts and include very detailed provisions. However a standard contract to be used by the Turkish shipyards has not been developed yet and Turkish legislation does not involve any ruling in relation to the shipbuilding contracts. Turkey desires to be one of the biggest shipbuilding countries of the world. Therefore review of the provisions of the standard contracts and determination of legal provisions to be applied to the shipbuilding contract is critically important to all sector participants, including the shipyards, ship-owners and creditors providing finance for the construction of the ship. Within this context the purpose of this thesis is to set out the rights and obligations of the parties to the contract under Turkish law by comparing the provisions of the international standard contracts.