



T.C.
İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN DÖNME HAKKI
(AYIP VE TEMERRÜT HALLERİ HARİÇ OLMAK ÜZERE)**

ELDEM ECEHAN YAPIŞLAR

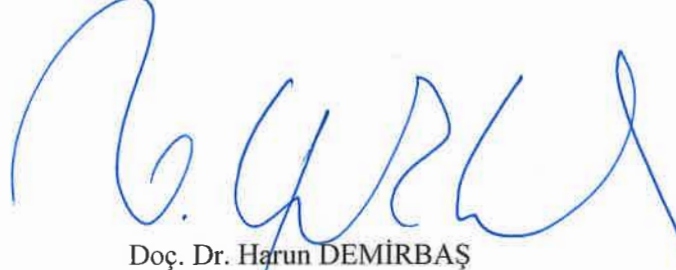
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN
Doç. Dr. Harun DEMİRBAŞ

İSTANBUL-2019

KABUL ve ONAY SAYFASI

Enstitümüz Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans öğrencisi Eldem Ecehan YAPIŞLAR tarafından hazırlanan “*Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Dönme Hakkı (Ayıp ve Temerrüt Halleri Hariç Olmak Üzere)*” isimli tez savunma sınavı 20.06.2019 tarihinde İstanbul Medipol Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsünde yapılmış olup aşağıda belirtilen jüri tarafından değerlendirilerek, ~~OY BİRLİĞİ~~ / OY ÇOKLUĞU ile yüksek lisans tezi olarak kabul edilmiştir.



Doç. Dr. Harun DEMİRBAŞ
İstanbul Medipol Üniversitesi
Tez Danışmanı



Doç. Dr. Ömer ÇINAR
İbn Haldun Üniversitesi
Sınav Jüri Üyesi



Dr. Öğr. Üye. Doruk UTKU
İstanbul Medipol Üniversitesi
Sınav Jüri Üyesi

İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulu'nun 24/06/2019 tarih ve 2019.123-09. sayılı kararıyla onaylanmıştır.



Doç. Dr. Arifcan TUNÇ YÜCEL
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü



BEYAN

Bu tez çalışmasının şahsıma ait olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar tüm sayfaların ve edinilen bilgilerin akademik etik kurallara uygun olduğunu, elde edilen tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynak listesinde yer verdiğimi, yine bu tez çalışmasında ve yazım sırasında telif haklarımı ihlal edici bir davranışım olmadığını beyan ederim.

ELDEM ECEHAN YAPIŞLAR



ÖZET

Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Dönme Hakkı (Ayıp ve Temerrüt Halleri Hariç Olmak Üzere)

Eser sözleşmesi, ülkemizde yaygın olan ve sosyo-ekonomik sistemdeki gelişimler ile dinamikleri değişen bir sözleşmedir. Son yıllarda yaşanan hızlı sanayileşme, teknolojik gelişmeler ve kentsel dönüşüm projeleri ile birlikte eser sözleşmeleri çeşitlilik ve önem kazanmıştır. Eser sözleşmesinde, bir yanda yüklenici diğer yanda iş sahibi bulunmaktadır. Pratikteki uyuşmazlıklar büyük oranda eser sözleşmesinin yüklenici tarafından gereği gibi ifa edilmemesi çerçevesinde yoğunlaşmıştır. Bu çalışmada iş sahibinin, işin uzmanı olan yükleniciye göre daha fazla hukuki himayeye ihtiyaç duyması nedeniyle menfaatler dengesini korumaya özen göstererek ve ortaya çıkan uyuşmazlıklarda adil bir denge sağlamaya çalışarak iş sahibinin eser sözleşmesinden dönme hakkı anlatılmaya çalışılmıştır. Çalışmamız ayıp ve temerrüt halleri hariç tutulmak üzere sınırlandırılmıştır. Bu çerçevede çalışmamız, eser sözleşmesine genel hatlarıyla yer verilmesinin ardından iş sahibinin yüklenicinin işe zamanında başlama ve gecikmeksizin yürütme borcuna aykırı davranması nedeniyle dönme hakkı ve eser sözleşmesinin yaklaşık bedelinin aşılması nedeniyle dönme hakkı başlıkları çerçevesinde şekillenmiş, tüm bu durumların hukuk düzleminde yarattığı sonuçlar doktrin ve Yargıtay kararları ışığında irdelenmiştir.

ABSTRACT

Owner's Right To Waive A Freelance Contract (Excluding Defect and Default Circumstances)

Freelance contract is common in our country and its dynamics change with the socio-economic development. The rapid industrialization, technological developments and urban transformation projects that have taken place in recent years have resulted in the diversity and importance of freelance contracts. Parties of a freelance contract are the contractor and the owner of the work. Practical disputes are largely concentrated on the fact that the freelance contract is not fulfilled as required by the contractor. In this study, owner's right to waive a freelance contract is tried to be explained by paying attention to preserving the balance of interests and by trying to establish a fair balance in the emerging conflicts because of the owner's need of protection against the contractor that is already expert on the work. Our work is limited to exclude defect and default circumstances. Within this framework after the freelance contract is included with its general outlines, it is framed with the titles of the owner's right to waive; due to contractor's infraction of his liability of duly commence and execution without delay, due to exceedance of approximate value of freelance contract. The outcomes on legal level of all these cases have been examined in the light of the doctrine and Supreme Court decisions.

ÖZET.....	i
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN TAKDİMİ.....	1
II. KONUNUN ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI, BENZER SÖZLEŞMELERDEN AYIRT EDİLMESİ, TARAFLAR VE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	3
A. Tanımı.....	3
B. Hukuki Niteliği	4
1. Eser Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir	4
2. Eser Sözleşmesi Rızai Bir Sözleşmedir	5
3. Eser Sözleşmesi İvazlı Bir Sözleşmedir.....	5
4. Eser Sözleşmesinin Ani Edimli – Sürekli Edimli Sözleşme Ayırımındaki Yeri.....	6
a. Eser Sözleşmesini Ani Edimli Olarak Niteleyen Görüş	7
b. Eser Sözleşmesini Sürekli Borç İlişkisi Olarak Niteleyen Görüş.....	8
c. Karma Görüş.....	9
d. Kanaatimiz	11
C. Unsurları	12
1. Sözleşmenin Konusunu Oluşturan Eser Meydana Getirme.....	13
2. Eser Meydana Getirmeye Karşılık Bedel Ödenmesi	15
3. Eser Sözleşmesinde Tarafların Anlaşması.....	16
D. Eser Sözleşmesinin Benzeri Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi	16
1. Eser Sözleşmesinin Satış Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi	16
2. Eser Sözleşmesinin Vekalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi.....	18
3. Eser Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi	20
4. Eser Sözleşmesinin Yayın Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi	21
E. Taraflar	22
1. Yüklenici (Müteahhit)	22
2. İş Sahibi.....	22
F. Tarafların Borçları	23
1. Yüklenicinin Borçları	23
a. Eser Meydana Getirme Borcu.....	24

(1) Genel olarak.....	24
(2) Yüklenicinin işi doğrudan doğruya kendisinin yapması (şahsen ifa) veya yönetimi altında yaptırma borcu.....	24
b. Yüklenicinin araç ve gereç sağlama borcu.....	26
c. Malzeme Bakımından	27
(1) Malzemenin Yüklenici Tarafından Sağlanması	27
(2) Malzemenin İş Sahibi Tarafından Sağlanması.....	28
d. Yüklenicinin İş Sadakat ve Özenle Yapma Borcu	30
e. Yüklenicinin İş Zamanında Başlama ve Devam Borcu	32
f. Yüklenicinin Meydana Getirdiği Eseri Teslim Etme Borcu	32
g. Yüklenicinin Eserin Ayıpsız Olmasını Sağlama Borcu	34
2. İş Sahibinin Borçları	35
a. Genel Olarak	35
b. İş Sahibinin Bedel Ödeme Borcu.....	36
(1) Bedel Türleri	37
(a) Ücret Miktarının Sözleşmede Belirlenmemiş Olması	37
(b) Ücret Miktarının Sözleşmede Götürü Olarak Belirlenmiş Olması....	37
(c) Ücret Miktarının Sözleşmede Yaklaşık (Takribi) Olarak Belirlenmiş Olması	40
(2) Bedelin Muaccel Olması	41
II. ESER SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	41
A. İfa Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi.....	42
B. Sözleşmenin Anlaşma Nedeniyle Sona Ermesi.....	42
C. Sözleşmenin İfa Güçsüzlüğü Nedeniyle Sona Ermesi	43
D. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra İmkânsızlık Nedeniyle Sona Ermesi.....	43
E. Sözleşmenin Dönme Cezası Nedeniyle Sona Ermesi	44
F. İşin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Yapılacağıın Anlaşılması Nedeniyle Sona Erme	44
G. Eserdeki Ayıp Nedeniyle Sona Erme.....	45
H. Bedelden Kaynaklanan Nedenlerle Sona Erme	45
I. İş Sahibinin İfaya Katılmakta veya Bedel Ödemekte Direnimi Nedeniyle Sona Erme	46
İ. Yüklenicinin Eseri Teslimde Direnimi Nedeniyle Sona Erme	47

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN TBK. M. 473/I VE TBK. M.482 ÇERÇEVESİNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

I. TBK. M. 473/I HÜKMÜ GEREĞİNCE İŞ SAHİBİNİN VADEDEN ÖNCE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI VE HUKUKİ SONUÇLARI	48
A. Genel Olarak.....	48
B. İŞ SAHİBİNİN TBK. M.473/I HÜKMÜ UYARINCA SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI	50
1. TBK. M. 473/I Hükümünün Uygulanma Koşulları	50
a. Eseri Meydana Getirme Borcunun İfası Mümkün Olmalıdır.....	50
b. Gecikme Olmalıdır	52
(1) Genel Olarak	52
(2) İşe Zamanında Başlamada Gecikme	52
(a) İşe Başlama Tarihinin Belirtilmediği Sözleşmeler	53
(b) İşe Başlama Tarihinin Belirtilmediği Sözleşmeler..	54
(c) İşe Ne Zaman Başlanmış Sayılacağı Hususu.....	54
(3) İş Yürütmede Gecikme	55
(4) Yüklenicinin Gecikmesi Nedeniyle Bütün Tahminlere Göre Eserin Teslim Zamanında Bitirilemeyeceğinin Açıkça Anlaşılması.....	56
(a) Teslim Tarihinin Belirtilmediği Sözleşmeler	57
(b) Teslim Tarihinin Belirtilmediği Sözleşmeler	60
2. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi	61
C. İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKINI KULLANMASININ HUKUKİ SONUÇLARI.....	63
1. Genel Olarak.....	63
a. Klasik Teori	63
b. Kanuni Borç İlişkisi Teorisi	64
c. Yeni Dönme (Dönüşüm) Teorisi.....	66
d. Kanaatimiz.....	67
2. Sözleşmeden Dönmenin Etkisi	70
a. Henüz İfa Edilmemiş Edimlerin Ortadan Kalkması	70
b. Sözleşmeden Dönme Beyanının Yükleniciye Vardığı Ana Kadar İfa Edilmiş Olan Edimlerin Geri Verilmesi	71
(1) İş Sahibinin Geri Verme Borcu	71
(a) İş Sahibinin Taşınır Eseri Geri Verme Borcu.....	71
(b) İş Sahibinin Taşınmaz Eseri Geri Verme Borcu	73
(2) Yüklenicinin Geri Verme Borcu	74
c. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi.....	76
(1) Sözleşmeden Dönmenin Aynı Haklara Etkisi	76

(a) Üçüncü Kişinin Arsa Payı Üzerindeki Mülkiyet Hakkını Yükleniciden Kazanması	76
(b) Yargıtay Uygulaması	77
(2) Sözleşmeden Dönmenin Şahsi Haklara Etkisi	81
(3) Sözleşmeden Dönmenin Yüklenicinin Başkasına Olan Borcu Yüzünden Geri Verme Konusu Şey Üzerine Konulan Hacizlere Etkisi	83
(4) Sözleşmeden Dönmenin Teminatlara Etkisi	84
3. TBK. m. 473/1 Çerçevesinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan Tamamlama Oranına Bağlı Dönme veya Fesih Ayrımı.....	85
4. İş Sahibinin Haklı Nedene Dayanmayan Sözleşmeden Dönme Beyanına TBK. m. 484'ün Uygulanıp Uygulanmayacağına İlişkin Değerlendirme.....	87
II. İŞ SAHİBİNİN, ESER SÖZLEŞMESİNİN YAKLAŞIK BEDELİNİN AŞILMASI NEDENİYLE DÖNME HAKKI	89
A. GENEL OLARAK	89
B. YAKLAŞIK BEDELİN TÜRLERİ.....	90
1. Gerçek Anlamda Yaklaşık Bedel (TBK. m. 481)	90
2. Yaklaşık Keşif Bedeli Üzerinden Bedel (TBK. m. 482)	90
C. YAKLAŞIK BEDELİN AŞIRI ORANDA AŞILMASI	92
1. Genel Olarak	92
2. İş Sahibinin TBK.m.482'den Yararlanabilmesinin Şartları.....	93
a. Sözleşmede Keşif Bedelinin Yaklaşık Olarak Tespit Edilmesi	93
b. Sözleşmede Belirtilen Yaklaşık Bedelin Aşırı Ölçüde Aşılması	94
c. Yaklaşık Bedelin Aşırı Ölçüde Aşılmasının İş Sahibinden Kaynaklanmaması.....	98
d. Yaklaşık Bedelin Aşırı Ölçüde Aşılmasına Sebep Olan Masrafların İş Sahibi Tarafından Kabul Edilmemesi.....	99
e. Yüklenicinin Eseri Sözleşmede Belirtilen Yaklaşık Bedel Üzerinden Yapmaktan Kaçınması.....	100
f. Yüklenici TBK. m. 480/II'de Belirtilen Yollardan Birine Başvurmamış Olmalıdır	101
D. YAKLAŞIK KEŞİF BEDELİNİN AŞIRI ORANDA AŞILMASI SEBEBİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KULLANILMASININ HÜKÜM VE SONUÇLARI	102
1. Eserin İş Sahibinin Arsası Üzerine Yapılmaması Hali	102
2. Eserin İş Sahibinin Arsası Üzerine Yapılması Hali	104
a. Bedelde İndirim	105
b. Sözleşmenin Feshi.....	106
SONUÇ.....	109
KAYNAKÇA.....	120

KISALTMALAR

age.	Adı geçen eser
A.Ő.	Anonim Şirket
BK.	Borçlar Kanunu
E.	Esas
f.	Fıkra
HD.	Hukuk Dairesi
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
HMK.	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	Karar
Ltd.	Limited
m.	Madde
md.	Madde
s.	Sayfa
sf.	Sayfa
Şti.	Őirketi
T.	Tarih
TBB.	Türkiye Barolar Birliği
TBK.	Türk Borçlar Kanunu
Tic.	Ticaret
TMK.	Türk Medeni Kanunu
TTK.	Türk Ticaret Kanunu
TÜFE.	Tüketici Fiyat Endeksi
ÜFE.	Üretici Fiyat Endeksi
Vd.	Ve devamı
YİBBGK.	Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu
YKD.	Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ

Eser, Arapça adı ile istisna, iz, işaret anlamına gelmektedir.¹ Eser sözleşmesi ise bir kimseden, o kimsenin izini taşıyan bir şeyi yapmasını isteme anlamına gelmektedir. Eser meydana getirmede bir yanda yüklenicinin emeği bulunurken diğer yanda iş sahibinin ödeyeceği bedel veya maddi değer bulunmaktadır.² Eser sözleşmesi yüklenici ve iş sahibi arasında, eser meydana getirilmeden kaynaklanan hukuki ilişkiyi düzenleyen sözleşme tiplerinden biridir.

Eser sözleşmesinde yüklenici tarafından yüklenilen sonuç, eserin meydana getirilmesidir. Yasa koyucu iş sahibinin, yüklenicinin meydana getirme borcuna aykırı davranması halinde sözleşmeden dönebileceğini kabul etmiştir.³ Çalışmamızın konusunu, Eser sözleşmelerinde iş sahibinin ayıp ve temerrüt halleri hariç olmak üzere dönme hakkı oluşturmaktadır.

II. KONUNUN ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Eser sözleşmesi günlük hayatta sıkça karşımıza çıkan, hızlı sanayileşme ve teknolojik gelişmeler ile birlikte çeşitliliği de oldukça artmış bir sözleşmedir. Eser sözleşmesi kimi zaman evimize yaptırdığımız bir mobilya veya bir elektronik aletin tamiri gibi küçük işler iken kimi zaman da yükleniciler ile iş sahipleri arasında kat karşılığı inşaat sözleşmesi gibi büyük çaplı işler olarak karşımıza çıkabilir. Örneğin

¹ Türk Dil Kurumu, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5b6ae0625ca3b8.12727456, 08.08.2018

² "Eser sözleşmesi taraflara karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme akdidir. Yüklenici yapımını üstlendiği eseri sözleşmeye fen ve sanat kurallarına ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de kararlaştırılan bedeli ödemekle mükelleftirler." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2017/15-251 E., 2018/1046 K., 09.05.2018 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 08.08.2018

³ Faruk ACAR, "Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri", www.e-akademi.org (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Sayı:134, Aralık 2013, sf.2, 05.12.2017

kat karşılığı inşaat sözleşmesi günümüzde kentsel dönüşüm projeleriyle oldukça önem kazanmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde eser sözleşmesi, eser sözleşmesinde yüklenicinin borçları, eser sözleşmesinde iş sahibinin borçları ve eser sözleşmesinin sona ermesi konuları genel hatları ile ele alınmıştır.

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan ikinci bölümünde ise eser sözleşmesinde, iş sahibinin, TBK. m. 473 çerçevesinde vadeden önce sözleşmeden dönme hakkı ve eser sözleşmesinin yaklaşık bedelinin aşılması nedeniyle dönme hakkı incelenmektedir. Çalışmamızda ayıp ve temerrüt halleri, bu konuda doktrinde daha çok çalışma yapılan bir konu olması nedeniyle hariç tutulmuş, fakat en az ayıp ve temerrüt halleri kadar önemli olan ancak bu konulara göre göz ardı edilen TBK. m.473 çerçevesinde vadeden önce dönme hakkı ve eser sözleşmesinin yaklaşık bedelinin aşılması nedeniyle dönme hakkı üzerinde durulmuştur.

Bu çerçevede dönme hakkının kullanılması ile birlikte oraya çıkan, dönmenin sözleşmenin geçerliliğine etkisi, iade borçlarının kapsamı, zamanaşımı gibi konular değerlendirilmiş bu konuda ileri sürülen görüşlere ve konuya ilişkin yüksek mahkeme kararlarına yer verilmiştir.

Çalışmamızın amacı, iş sahibinin, işin uzmanı olan yükleniciye göre daha fazla hukuki himayeye ihtiyaç duyması nedeniyle menfaatler dengesi gözetilerek ve ortaya çıkan uyuşmazlıklarda adil bir denge sağlanmaya çalışılarak iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını değerlendirmektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI, BENZER SÖZLEŞMELERDEN AYIRT EDİLMESİ, TARAFLAR VE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Tanımı

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda 355 vd. maddelerinde “eser sözleşmesi” olarak düzenlenen eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 470 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. TBK. m. 470 uyarınca; “*Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*”

Kanun maddesinden de yola çıkarak eser sözleşmesini tanımlayacak olursak; Eser sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki bir tarafta iş sahibinin ödemeyi üstlendiği bir bedel diğer tarafta ise işbu bedel karşılığında yüklenicinin meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği bir eser bulunmaktadır.⁴ Yine bir diğer tanıma göre; iş sahibinin ödemeyi borçlandığı bir bedel karşılığında yüklenicinin bir eser meydana getirip teslim etmeyi üstlendiği sözleşmeye eser sözleşmesi denir.⁵ Tanımlarda yer alan eser meydana getirme deyiminin kapsamına yeni bir eser meydana getirmenin

⁴ “6098 Sayılı BK'nın 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisi bulunmakta olup, iş sahibinin borcu iş bedelini ödemek (TBK'nın 479/1.md.), yüklenicinin borcu ise, eseri iş sahibinin amacına uygun, haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmektir (TBK'nın 471/1.)” Yargıtay 15.HD., , 2015/4343 E., 2016/2603 K., 05.05.2016 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 07.12.2017 , “Dava, taraflar arasında imzalanan 01.06.2015 Fotoğraf ve Video Çekim hakkının ... Fotoğrafçılık Rek. ve Tan. Hiz. Tic. ve San. Ltd. Şti.'ye verilmesine dair sözleşmeden kaynaklanmakta olup, 6098 Sayılı TBK'nın 470. (BK. 355) maddesinde tanımlanan yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği eser sözleşmesi ilişkisi yoktur. Davada yüklenici ve iş sahibi gibi eser sözleşmesinin tarafları bulunmamaktadır. Davalı düğün salonu sahibi kendisine ait düğün salonlarında üçüncü kişiler tarafından yapılacak düğünlerde fotoğraf ve video çekimi işinin davacı şirkete tahsis edilmesini kararlaştırılan bedel karşılığı üstlenmiştir.” Yargıtay 15. HD., 2017/2316 E., 2017/3715 K., 31.10.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 07.12.2017

⁵ Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 584

yanında, mevcut bir eserin değiştirilmesi, onarılması, bakımı veya ortadan kaldırılması (yıkımı) da girer ve bunlar TBK. m.470 anlamında bir eser sözleşmesine konu olabilir.⁶

Eser sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 470- 486 arasında düzenlenmiş olup bu düzenlemeler dışında da 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeye dahil idareler, özel idareler ve belediyelerin inşaat işleri), 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi Kontrol Kanunu'nda, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. Maddesinin b fıkrasının ikinci bendine dayanılarak hazırlanmış olan Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde kamu ihale sözleşmelerine ilişkin yapım işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esaslar yer almaktadır. Ek olarak Bakanlar Kurulu'nun 29.08.1984 tarih ve 08.08.8520 sayılı kararı ile yürürlüğe konulan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, Devlet İhale Kanunu'na tabi eser sözleşmeleri açısından önem taşımaktadır.

B. Hukuki Niteliği

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik)⁷, rızai, şekle bağlı olmayan, ani ve sürekli edim karmaşığı borç içeren bir sözleşmedir.⁸

1. Eser Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için öncelikle tarafların sözleşme ile bağlanma iradelerinin varlığı gerekir. Sözleşmenin kurulabilmesi için bağlanma iradelerinin yanı sıra, tarafların ayrıca en azından objektif esaslı noktalar üzerinde durmuş ve bunlar üzerinde anlaşmış olması gerekir.⁹ Eser sözleşmesinde de tarafların borçlanmış olduğu

⁶ Fahrettin ARAL, Hasan AYRANCI, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015, s.359

⁷ "Eser sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren, tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) iş görme sözleşmesidir." Yargıtay 15. HD., 2014/1787 E., 2015/178 K., 15.01.2015 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 15.08.2018

⁸ Yusuf BÜYÜKAY, Eser Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.44

⁹ Haluk N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2018, s.45

asli edimler sözleşmenin esaslı noktalarıdır. Eser sözleşmesinin kurulması ile birlikte yüklenici eser imal etme, iş sahibi de bu esere karşılık bedel ödeme borcu altında girmektedir. Yani sözleşmenin niteliği bakımından borçlar arasında tam bir karşılıklılık ve bağımlılık ilişkisi mevcuttur. Taraflardan birinin borcu, diğer tarafın borcunun neden ve karşılığını oluşturmaktadır.

2. Eser Sözleşmesi Rızai Bir Sözleşmedir

Eser sözleşmesinin rızai bir sözleşme olması nedeniyle tarafların anlaşması sözleşme kurulumu için yeterlidir. Kural olarak eser sözleşmesinin geçerliliği için belli bir şekil şartı bulunmamaktadır.¹⁰ Tarafların karşılıklı mutabakatlarını beyan etmeleri bu akdın kurulması için yeterlidir.¹¹ Ancak eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, gayrimenkul satış vaadini de kapsadığından bunların geçerli olabilmesi için, TBK. m. 237, TMK. m.706, Tapu Kanunu m.26 ve Noterlik Kanunu m.60 uyarınca noterden re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekir.¹²

3. Eser Sözleşmesi İvazlı Bir Sözleşmedir

Eser sözleşmesinde iş sahibi, yüklenicinin eseri meydana getirip kendisine teslim edilmesine karşılık, yükleniciye bir bedel ödemek zorundadır. Bedel miktarı ise başlangıçta belirlenebileceği gibi sonradan da belirlenebilir. Bedel unsuru eser sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır. İş sahibinin bedel ödeme borcu para olabileceği

¹⁰ “Kural olarak, eser sözleşmesi, zorunlu şekil koşuluna bağlı değildir. Sözleşmenin kurulması için yazılı şekil şartı yok ise de davalı tarafından sözleşme ilişkisi inkâr edildiği takdirde yazılı delille ispata dair kuralların gözetilmesi gerekir.” Yargıtay 15. HD. 2016/4681 E., 2018/6 K., 15.01.2018 T., (Çevrimiçi), www.kazanci.com , 15.08.2018

¹¹ Kemal DAYINLARLI, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, 4. Baskı, Ankara, Dayınarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., 2008, s.22

¹² “Eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, "gayrimenkul satış vaadini" de kapsadığından noterden re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekir (TBK 237, M.K.706, Tapu Kanunu 26, Noterlik Kanunu 60).” Yargıtay 15. HD., 2016/169 E., 2016/2211 K., 11.04.2016 T., (Çevrimiçi), www.kazanci.com , 15.08.2018

gibi para dışında başka edimler de olabilir.¹³ Örneğin; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ücret, para yerine yükleniciye devredilecek arsa paylarıdır.

Yüklenici eserin yapılmasını bir karşılık, ivaz almadan üstlenmişse eser sözleşmesinden söz edilemez. Böyle bir halde ortada vekalet sözleşmesinin mi, yoksa eser sözleşmesi benzeri isimsiz bir sözleşmenin mi olduğu tartışmalıdır. Sorun, olayın somut özelliklerine göre çözümlenmeli, şüphe halinde TBK. m. 502/II'ye rağmen eser sözleşmesi benzeri isimsiz (karma) bir sözleşme fikri benimsenmelidir.¹⁴

4. Eser Sözleşmesinin Ani Edimli – Sürekli Edimli Sözleşme Ayrımındaki Yeri

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin borcu ani edim özelliği taşıırken diğerinin borcu sürekli edim özelliği taşıyabilir. Bu noktada sözleşmeyi nitelendirebilmek için karakteristik edimin tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin satım sözleşmesinde satılan şeyin alıcıya teslimiyle, alacaklının ifaya olan çıkarı bir anda gerçekleştiğinden satım sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. Buna karşılık kira sözleşmesinde kiracının kiralananı yararlanması, yani ifa ile amaçlanan

¹³ “Eser sözleşmesinde yüklenici imal ve teslim borcunu yerine getirdiğinde ücretin ödenmesi lazımdır. (BK. madde 364). Şüphesiz taraflar bu genel kuralı bir yana bırakabilirler. Ücretin her zaman para olması, miktarının başlangıçta belirlenmesi, def’aten ödenmesi, teslimde muacceliyet kazanması gerekmez. (Günümüzde sıkça görülen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi). Somut olayda da ücret için kendine özgü kurallar getirilmiştir. Masrafların 16 milyon lirayı aşacağı her iki tarafça varsayılmış, davalı planların tasdikini müteakip, -arsaların satışına başlanabileceği tarihte- giderlerin ancak 16 milyon lirasını davacıya ödemeyi, davacı ise giderlerin kendisince yapılmasını kabullenmiştir. Bir kimsenin -üste de masraf yaparak- diğer kimsenin işini ücretsiz yüklenemeyeceği doğal olduğuna göre, toplam ücretin, masrafların bir kesimini karşılamak için verilen 16 milyondan ibaret olduğunu söylemek ve bunu kabul etmek mümkün değildir. Bir bütün olan sözleşme hükümleri birlikte ele alındığında davacının edimine karşı masraflar dahil ücret= 16 milyon + (satıştan %10) veya (satıştan %5)’dir. Sözleşmenin 6. Maddesi, -metninde de açıkça vurgulandığı üzere- davacının “emek ve sarfiyatı” karşılığını, diğer ifadeyle ücreti belirlemek için kaleme alınmış ve her iki tarafın serbest iradesiyle kabul edilmiştir. Buradaki “emek ve sarfiyat” 1. Maddede sayılan işler içindir. Bunun 6. Maddeye hasren kabulü halinde; satışı bizzat yaparak emek ve sarfiyatı olacak hallerde yüklenici yararına %5 fark tanınması; davalının bizzat ya da 3. Şahıslar vasıtasıyla yaptığı satışlarda hiçbir emek ve sarfiyatı olmayacak davacıya %5 pay verilmesi; satışa başlama zamanının belirlenmesine taraflarca ihtiyaç duyulup, 5. maddede bunun belirtilmesi; 4. maddede 16 milyonu aşan masrafların yükleniciye ait olacağına kararlaştırılması hususları izahsız kalır. Her şeyi bir yana, 6. maddede hükmü olmasa, 4. maddedeki koşullarla davacının işi kabul etmesi düşünülemez.” Yargıtay Kararları Dergisi, Aralık 1991, cilt:17, sayı 1: 12, s.1847

¹⁴ EREN, age, s. 586; İbrahim KAPLAN, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri; Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s.51; Ferhat CANBOLAT, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülünden Doğan Hakları, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009, s.16,

çıkarı sözleşme süresince devam ettiğinden kira sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşmedir.¹⁵

Eser sözleşmesinde sonuca ilişkin olan borç yüklenicinin eseri meydana getirme borcudur ve eser meydana getirme borcu karakteristik edim niteliği taşımaktadır. Yüklenicinin eser meydana getirme borcunun yapısı ise sözleşmenin niteliğini belirleyecektir.

Doktrinde eser sözleşmelerinin ani, sürekli ya da her ikisinin karmaşığı bir borç ilişkisi olup olmadığı hususunda tartışmalar mevcuttur. Kabul edilen hususa göre sözleşmenin sona erme şekli farklılık gösterecektir.

a. Eser Sözleşmesini Ani Edimli Olarak Niteleyen Görüş

Bir borç ilişkisinde süreklilik niteliğini ifaya hazırlık hareketleri değil, alacaklı bakımından menfaatin gerçekleştiği an belirler. Ani edim, borçlunun tek bir hareketi ile tek seferde yerine getirdiği edimdir.¹⁶ Edim süreyi belirliyorsa ani edimli sözleşmeden, süre edimi belirliyorsa sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmeden bahsedilir.¹⁷

Eser sözleşmesinde yüklenicinin bir bütün teşkil eden sonuç borcu tarzında eser meydana getirme borcu altında olması ve iş sahibine nazaran bağımsız olarak işini görmesi, eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu göstermektedir.¹⁸ Eser sözleşmesinde yüklenicinin eser meydana getirme ve teslim borçlarının ifasının zaman içinde temadi eden bir ifaya yönelik olmaması ve teslim ile sona ermesi de bu durumun göstergesidir.¹⁹ Zira bu sözleşme ile yüklenicinin borçlandığı edimin ifası, sürekli

¹⁵ CANBOLAT, age., s.29

¹⁶ Necip KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN, Abdülkadir ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, I. Cilt, 6. Bası, Filiz Kitabevi: İstanbul, 2014, s.37

¹⁷ Özer SELİÇİ, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s.7; Müge ÜREM, Eser Sözleşmelerinde Erken Dönme, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.30

¹⁸ Cevdet YAVUZ, Faruk ACAR, Burak ÖZEN, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 15. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş., 2018, s.533

¹⁹ ARAL, AYRANCI, age., s.360

zamana yayılmış değildir. Borçlanılan eserin meydana getirilmesi bazen uzun zamana ihtiyaç gösterse bile sözleşmenin sürekli bir sözleşme olduğunu ifade etmez.²⁰

Eser sözleşmesi, Yargıtay içtihatlarında da ani edimli bir sözleşme olarak nitelendirilmiştir.²¹

b. Eser Sözleşmesini Sürekli Borç İlişkisi Olarak Niteleyen Görüş

Sürekli edim, borçlunun zaman içinde süregelen bir davranışını gerektiren edimdir.²² Eser sözleşmelerinde eseri meydana getirmek üzere yapılan iş görme faaliyeti az çok, uzun kısa hatta belli belirsiz bir zamanın geçmesini gerektirir. Bu bakımdan eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirmesi zamana yayılan cinstendir.²³ Dolayısıyla yüklenicinin üstlendiği edimin “sürekli edim” buna bağlı olarak eser sözleşmesinin de “sürekli sözleşme” olduğu inancı kabul edilmektedir.²⁴

²⁰ EREN, age., s. 587

²¹ “Ani edimli eser sözleşmelerinde ifa inşaatın teslimi ile yerine getirilir.” Yargıtay 15. HD. 2003/5231 E., 2004/1725 K., 29.03.2003 T.,(Çevrimiçi) www.kazanci.com, 07.11.2017 , “Bu sözleşmelerde yüklenicinin temel borcu, yapımını taahhüt ettiği bir eseri sözleşmesine, amacına, fen ve sanat kurallarına uygun meydana getirmek ve bu haliyle ifa olarak arsa sahibine sunmaktır (teslim etmektir).” Yargıtay 14. HD. 2012/7721 E., 2012/8429 K., 14.06.2012 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 07.11.2017, “Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, eser sözleşmeleri ani edimli sözleşme türündendir. Bu sözleşmelerde yüklenicinin temel borcu, yapımını taahhüt ettiği bir eseri sözleşmesine, amacına, fen ve sanat kurallarına uygun meydana getirmek ve bu haliyle ifa olarak arsa sahibine sunmaktır (teslim etmektir). Kural olarak da, aksine sözleşme hükmü yoksa B.K. m. 364 gereği eser bedeli (somut olayda devri taahhüt edilen arsa payı) ancak eserin teslimi halinde mümkündür. Eserin teslimi demek, o şeyin sözleşmesine, amacına, fen ve sanat kurallarına uygun meydana getirilmesi demektir. Eserde eksiklik, teslimde manidir. Bu gibi durumlarda tam bir ifadan bahsetmek olanaklı bulunmamaktadır.” Yargıtay 14. HD., 2011/11235 E., 2011/1267 K., 25.10.2011 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 07.11.2017

²² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, age., s. 37

²³ Faruk ACAR, “Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri”, www.e-akademi.org (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Sayı:134, Aralık 2013, sf.2

²⁴ Hasan ERMAN, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010, s.8 ; Rona SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, Vedat Yayınevi, 2007, s. 166; SELİCİ, age.,s.5

c. Karma Görüş

Eser sözleşmesinin ani-sürekli edimli karmaşığı edim içeren borç ilişkisi olduğunu savunan görüş²⁵ ise eser sözleşmesini mutlak şekilde ne sürekli ne de ani edimli bir borç ilişkisi olarak nitelendirmenin mümkün olmadığını savunmaktadır.

Bu görüş uyarınca dikkate alınması gereken husus eserin yapım sürecidir. Şayet taahhüt edilen edim kısa sürede ve az masrafla yapılabilirse o zaman bu ilişki ani edimli eser sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Ancak edimin yapılması uzun süre almış ve edim yapılmasına büyük miktarda masraf harcanmışsa, o zaman bu eser sözleşmesi sürekli edim niteliği taşıyacaktır.²⁶

Yargıtay tarafından da kabul edilmiş görüşe göre²⁷ yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmenin sona ermesi halinde eserin tamamlanma seviyesi yüksekse ve

²⁵ Orhan HUDATLI; Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, s.15; Leyla Müjde KURT; Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü (6098 sayılı Türk borçlar kanunu hükümlerine göre), Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s.54; BÜYÜKAY; age., s.45

²⁶ “Eser sözleşmesinin belirleyici ögesi bir işin görülmesi değil, bir iş sonucunun meydana getirilmesi” olduğu için bu sözleşme, İş - hizmet sözleşmesinden farklı olarak, sürekli sözleşme niteliğinde sayılmamakla birlikte, sürekli edim eylemleri ile eseri yaratacak borçlu açısından bakıldığında, çoğu zaman sürekli sözleşme ilişkilerine özgü kuralların göz önünde tutulması gerekir (Serozan - age - 171 - 173, 184) (İsmet Sungurbey - Medeni Hukuk Sorunları- C. 4 -İstanbul 1980- sayfa 466, 471, 473) (Özer Seliçi -İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu- İstanbul 1978, sayfa 77, 78). Bu görüşten hareketle, özel daire bozma kararında açıklandığı gibi eser sözleşmelerinde, iş sahibinin, eski hale getirmeyi amaçlayan dönme hakkını kullanamayacağı, bunun sonucu olarak yalnızca nedensiz zenginleşme değerini ödeyerek sözleşmeden kurtulamayacağı ve bu nedenle de BK.nun 360. maddesinin, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi durumuna kıyas yoluyla da uygulanarak eser hangi oranda tamamlanmışsa sözleşmeyle kararlaştırılan ücretinin de aynı oranda ve aynen ödenmesi gerektiği bir kısım yazarlarca ileri sürülmüş ve özel dairece sürekli olarak uygulanmıştır (Sungurbey -Medeni Hukuk Sorunları Cilt 4, sayfa 466 vd.) (M.R. Karahasan -İnşaat, İmar - İhale Hukuku- Ankara 1979 - sayfa 209) (Serozan -Sözleşmeden Dönme- 184 - 185) (Özer Seliçi -Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Dönme, Sürekli Borç İlişkisinin Sona ErmesiDoçentlik Tezi - İstanbul 1977, sayfa 26) (Yargıtay 15. HD.'nin 21.3.1978 gün 275/586; 8.4.1977 gün, 470/837; 27.3.1978 gün 637/645 sayılı kararları).” Yargıtay HGK., 1982/15-356 E., 1982/1817 K., 06.10.1982 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 19.02.2019

²⁷ “ İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşılamaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretilde ifade edilmektedir. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır?. Başka bir anlatımla inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuç doğuracaktır?.

Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kasamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmı

sözleşmenin geçmişe etkili olarak sonlandırılması yüklenicinin faaliyetlerine açıkça zarar verecekse, bu durumda sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü ileriye etkili sona erme, yani fesih söz konusu olmalıdır.²⁸

ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve yüklenici de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir. (Bk. m. 98/2, 43.) Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir? İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü, ancak Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, Türk-İsviçre Hukukuna göre, bu gibi durumlarda, Medeni Kanunu'nun 1. maddesinden değil, 2. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından" yararlanılabilir. Bu gün hakim olan fikre göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkânını sağlamaktır. Madde hükmünün bu özelliği, İsviçre Federal Kurulunun Medeni Kanun tasarısını Millet Meclisine sevkine ilişkin 1904 tarihli mesajında şöyle açıklanmaktadır: "- Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik teşkil ettiği ve gerçek hakkın tanınması ve ferdin korunması için bütün hukuki yolların kapalı bulunduğu hallerde, MK. m. 2 f.2 hükmünün amacı, zaruretten doğan ve olağanüstü bir imkân sağlamaktır-" Prof.Dr. Zahit İmre'nin Türk Medeni Hukukuna göre Hakimin İktisadi Meseleler Karşısında Durumu başlıklı makalesinde (Prof. Dr. Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1973. Sh. 173) görüşüne yer verilen İsviçre'de Medeni Hukuk Profesörü MERZ'in ifade ettiği gibi, bu durumlarda, şekli hukuktaki hakkı, maddi adalet mülahazaları sınırlar ve onu gerçek ölçülerine götürebilir. Ord. Prof.Dr. Andreas B. SCHWARZ'ın (Medeni Kanunun 2. maddesi ile Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddelerine ilişkin) görüşü de; özetle şöyledir: I - Mk. 2. maddesindeki esaslar, kanunun harfi harfine tatbikinin hakkaniyete uymayan neticelere götürdüğü hallerde, bir tashih vasıtası olarak, bütün hukuk sistemine hakim bulunmaktadır. Bu umumî esaslar Kanuna ve onun hükümlerine, hayatın değişik durumlarına uymak kabiliyetini vermekte ve kanuna geniş bir elastikiyet bahşetmektedir. (Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1946, Sh. 203 vd.) II - MK. 2. maddesindeki esaslar da gözetildiğinde, alacaklı, ihlal edilen sözleşmeyi vaziyete göre geriye etkili veyahut ilerisi için feshi ihbar suretiyle tek taraflı olarak bozabilir. Sözleşmenin ihlali sebebiyle fesih hakkı kuralı takdiri bir kuraldır. Bu hususta hakimin, her hadisede "fesih doğuracağı sonuçlar bakımından" böyle bir münferit hal suretini kabul etmenin ne dereceye kadar doğru olacağını, halin icaplarına göre tartması gerekir. (Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih başlıklı makale; Ebül'ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1944, Sh. 759 vd). Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanunun 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına 59 getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliliği (yani ikinciliği) de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır: Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyumsuzluğun yalnızca BK: 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyumsuzluğa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit yüklenici; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını yükleniciden talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır." Yargıtay İBKG 1983/3 E., 1984/1 K., 25.01.1985 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 07.11.2017

²⁸ ÜREM, s. 34

d. Kanaatimiz

Ani edimli-sürekli edimli borç ilişkisinin ayrımının temelini; edimin sürekli borç ilişkilerinde bir süre içinde icra edilmesi, ani (geçici) borç ilişkilerinde ise bir an olarak görünen belirli bir vadede yerine getirilip sonuçlandırılması teşkil eder.²⁹

Katıldığımız görüşe göre eser sözleşmesini nitelerken somut durumun özellikleri dikkate alınmalıdır. Kimi zaman eser sözleşmesi ani edimli sözleşme niteliği taşıırken kimi zaman ise ani-sürekli edim karmaşığı bir nitelik taşıyarak karşımıza çıkacaktır. Şöyle ki yüklenicinin asli edimi yalnızca eseri teslim etmek değildir, aynı zamanda yüklenici iş görme faaliyetini de yerine getirmeyi üstlenir. Zira iş görme faaliyeti yerine getirilmeksizin ifa gerçekleşemeyecektir. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında ani edimli sözleşmelerde olduğu gibi ifanın bir anda gerçekleşmediği görülmektedir. Fakat aynı zamanda salt eserin yapımı ile yani ifanın öncesindeki iş görme faaliyetinin yerine getirilmesi ile de borç yerine getirilmiş sayılmayacaktır. Mutlak surette eserin teslimi de gerekmektedir. Bu nedenle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak nitelendirmek de uygun değildir.³⁰

Örneğin kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin ediminin uzun bir zaman aralığına yayılmasında ve sözleşme konusu bina tamamlanmamış olsa bile ortaya çıkan kısmın bağımsız bir değer taşıyor olmasında pratik olarak bu borç ilişkisinin ani edimli olduğu söylenemeyecektir.

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu nezdinde eser sözleşmesi hükümleri, ani edimli sözleşme hükümlerine uygun olarak düzenlenmiş olsa da kimi zaman eser sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona erdiği durumlar söz konusu olabilir. İş sahibi ile ilgili beklenmedik bir olay sebebiyle eserin tamamlanmasının imkansızlaşması durumunda (TBK. m.485) ya da yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü ya da kusuru olmaksızın eseri tamamlama

²⁹ İsmail ATAMULU, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Nedeniyle Sona Ermesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.37

³⁰ SEROZAN, age., s.166

yeteneği kaybetmesi durumunda (TBK. m. 486) Şayet eserin tamamlanma seviyesi yüksekse ve sözleşmenin geçmişe etkili olacak Şekilde sonlandırılması yüklenicinin faaliyetlerine açıkça zarar verecekse, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi isabetli olacaktır.³¹

Kanaatimizce eser sözleşmesinde iş sahibi açısından sözleşmenin ifa anı, eserin yüklenici tarafından tamamlanması ve iş sahibine teslimi anı olduğundan kural olarak eser sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğu kabul edilmelidir. Ancak meydana getirilecek eser borcunun başlangıçta kesin olarak belli olmadığı ve zamana bağlı olarak, artarak oluŐtuđu art arda teslimli eser sözleşmeleri, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olarak kabul edilmelidir.³²

C. Unsurları

Sözleşmenin kurucu unsurları birbirine uygun öneri (icap) ve kabul beyanlarıdır. Bazen sözleşmenin kurucu unsurları tamam olsa dahi, sözleşmenin hükümlerini doğurması bir takım ilave (tamamlayıcı) unsurların varlığına bağlanmıştır. Tamamlayıcı unsurun gerekliliği tarafların iradesinden kaynaklanabileceği gibi doğrudan kanuna da dayanabilir. Koşul (Şart) ile vade taraf iradesine; yasal koşul (kanuni Şart veya hukuki Şart, *condicio iuris*) ise kanuna dayanan tamamlayıcı unsurlardır.³³ Bu unsurlara ek olarak eser sözleşmesinin kendine has unsurları vardır. TBK. m. 470 çerçevesinde eser sözleşmesinin unsurları ele alınacak olursa;

³¹ SEROZAN, age.,s.176

³² KAPLAN, age., s.51, CANBOLAT, age. s.30

³³ NOMER, age., s.57

1. Sözleşmenin Konusunu Oluşturan Eser Meydana Getirme

TBK m. 470'de yer aldığı üzere eser sözleşmesinin konusunu bir eser meydana getirme ve teslim etme unsuru oluşturmaktadır. Eser meydana getirme bir yapma edimidir ve yüklenici tarafından gerçekleştirilen, iş sahibi ile aralarındaki anlaşma gereğince hedeflenen sonuca yönelik belli bir zamana yayılmış çalışmalardır.³⁴ Eser meydana getirme hususunun kapsamına tamir, bakım, takviye, şekil değişikliği veya yenileme şeklindeki çalışma sonuçları da girer.³⁵ Örneğin; bir çatının, otomobilin, ısıtma tesisatının, bir makinenin tamiri; bir yapının dış cephesinin yenilenmesi veya temizlenmesi, bir çatının izole edilmesi veya tamiri; bir vinç tesisatının kurulması gibi. Ek olarak yine belirli bir sonuç taahhüdünde bulunduğu takdirde insan vücudu üzerinde çalışma sonuçları da eser meydana getirme sayılır. Örneğin; saç boyama, manikür gibi.³⁶ Bu noktada önemli olan verilen emek sonucunda ortaya çıkan şeyin az ya da çok kendine özgü bir şekli olmasının işlenen maddeye göre az ya da çok değer taşıması değil tarafların niyetlerine ve işlerde yaygın olan inanışlara göre eskisinden farklı bir hukuki varlık ortaya çıkmasıdır.³⁷

Sözleşmenin konusunu oluşturan eserin meydana getirilmesinde esas üzerinde durulması gereken husus “eser” kavramı ve kapsamıdır. Doktrinde bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden bazıları; eser kavramını maddi varlığı olan şeyler ile ilişkilendirirken, bazıları da maddi olmayan varlıkları da eser olarak kabul eder.³⁸

Eren, “*Bize göre maddi varlığı olmayan iş görme sonuçları, objektif bir bütün oluşturmaları ve borçlunun da yerine getirmede yeterli olması halinde eser kavramı içinde yer alabilirler. Buna karşılık bağımsız bir bütün oluşturmayan, borçlunun*

³⁴ ÜREM, age., s.14

³⁵ İnşaat sözleşmeleri bakımından bkz. KAPLAN; age., s.56

³⁶ ARAL, AYRANCI, age., s.365

³⁷ Murat AYDOĞDU, Nalan KAHVECİ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s.760

³⁸ Hüseyin ALTAŞ, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2002, s.52

meydana getirmekte yetersiz olduğu iş görme sonuçları eser olarak nitelendirilemez.” demektedir.³⁹

Öz ise eserin maddi nitelik taşıması gerekçesiyle, sadece eşyayı biçimlendiren veya değiştiren olguları eser olarak saymanın doğru olmayacağı görüşündedir. Öz’e göre önemli olan fikri düzeyde de olsa kendi içinde bütünlüğe sahip ve bağımsız bir varlığın ortaya çıkması olmakla beraber bu da yeterli değildir. Bununla birlikte bu fikri varlığın bütünüyle objektif değerlendirmeye konu olabilecek bir şey, bir başka deyişle “teknik bakımdan da nesnel bir varlık” olması gerekmektedir. Ancak sanat eserleri, spor faaliyetleri gibi ne olacağı önceden objektif ve net bir biçimde ortaya konulamayan sonuçlar eser sayılmamalıdır.⁴⁰

Yargıtay önceki yıllarda verdiği kararların aksine son yıllarda eser sözleşmesinin kapsamını genişletme yoluna gitmiştir. Örneğin önceki yıllarda göz ameliyatına ilişkin bir sözleşmede veya sünnetçi ile sünnet edilen çocuğun babası arasındaki sözleşmede tıbbi girişim, eser oluşturma niteliğinde olmadığından ve sünnetçinin sonucu taahhüt etmesinin durumu değiştirmeyeceği kabul edildiğinden bu sözleşme vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir.⁴¹ Ancak son yıllarda restitüsyon ve restorasyon projelerinin ve tanıtım dosyalarının hazırlanması işi⁴², tam otomasyon bilgisayar sisteminin kurulması işi⁴³, müzik reklam çalışması işi⁴⁴, düğün organizasyonunda kamera kayıt işi⁴⁵ gibi maddi varlığı olmayan işleri de eser sözleşmesi kapsamında saymıştır.

³⁹ EREN, age., s. 592; Aynı doğrultuda bkz. Haluk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II. 5. Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010,s.21; Yaşar Selim SELİMOĞLU, İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010., s.16; YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.530, ARAL, AYRANCI, age., s.361

⁴⁰ Turgut ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 1989, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, s.7

⁴¹ ÜREM, age., s.13

⁴² Yargıtay 15. HD., 2012/4698 E., 2012/5825 K., 13.09.2012 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 09.11.2017

⁴³ Yargıtay 15. HD. 2005/3867 E., 2006/3594 K., 14.06.2006 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 09.11.2017

⁴⁴ Yargıtay 15. HD. 2003/6207 E., 2004/3320 K., 14.06.2004 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com,

09.11.2017

⁴⁵ Yargıtay 3. HD. 2012/20116 E., 2012/24336 K., 26.11.2012 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 09.11.2017

Görüldüğü üzere doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte hâkim görüş maddi bir varlığı olmayan hizmet edimleri sonucunu da eser kavramına dahil etmektedir.⁴⁶

2. Eser Meydana Getirmeye Karşılık Bedel Ödenmesi

TBK. m. 470’de yer aldığı üzere bedel ödeme taahhüdü eser sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarındandır. Eser sözleşmesinin –edimler yönünden- ivazlı akitler grubunda yer almasının nedeni, bu bedel unsurudur.⁴⁷ Bedel her eser sözleşmesinde bulunmakla birlikte, bedelin niteliği kararlaştırılmamış olabilir. Bu eserin bedelsiz olduğu anlamına gelmez. Bu halde eserin bedeli piyasada yer alan emsal eserlerin rayicine göre belirlenir.⁴⁸

Kanun koyucu ücret yerine bedel kavramını tercih etmek suretiyle eser sözleşmesini unsurları bakımından hizmet sözleşmelerinden ayırmıştır.⁴⁹ Doktrinde iş sahibinin bedel ödeme borcunun paradan farklı bir biçimde de kararlaştırılabileceği ve bu durumun eser sözleşmesinin niteliğine zarar vermeyeceği savunulduğu gibi⁵⁰ böyle bir durumda tipik bir eser sözleşmesi değil artık isimsiz bir sözleşmeden bahsedilebileceği de savunulmaktadır.⁵¹

⁴⁶ Zekeriya KURŞAT, İnşaat Sözleşmesi, 2017, Filiz Kitabevi, İstanbul, s.6

⁴⁷ SELİMOĞLU, age., s.16

⁴⁸ “O halde mahkemece yapılacak iş; taraflar arasında eser sözleşmesi ilişkisi kurulduğu ancak iş bedelinin hesaplanmasında uyumsuzluk bulunduğundan TBK’nın 481. madde gereğince mahalli serbest piyasa rayicine göre bedelin belirlenmesi gerekir. Ne kadar iş bedeli hak edildiği hususu gerektiğinde 6100 Sayılı HMK’nın 266 vd. madde hükümlerine uygun seçilecek uzman bilirkişi yada bilirkişiler kurulu aracılığıyla gerektiğinde yerinde keşif yapılmak suretiyle saptanmalı ve alınacak rapor değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurmaktan ibaret olmalıdır.” Yargıtay 15. HD., 2016/4513 E., 2017/3448 K., 16.10.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 07.12.2017

⁴⁹ ARAL, AYRANCI, age., s.366

⁵⁰ DAYINARLI, age., s.15

⁵¹ ÜREM, age., s.22

3. Eser Sözleşmesinde Tarafların Anlaşması

Eser sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. TBK. m. 470’de yer alan tanımdan da çıkarılabileceği gibi eser sözleşmesinin meydana gelmesi için taraflardan biri olan iş sahibinin bir bedel ödeme, taraflardan diğeri olan yüklenicinin de bu bedel karşılığında bir eser meydana getirip teslim etme hususlarında anlaşmaları gerekmektedir.

Kanun koyucu, eser sözleşmesinin hukuken geçerli bir sözleşme olabilmesi için iş sahibi ve yüklenicinin birbirine uygun açık veya örtülü irade beyanlarını yeterli kabul etmekte olup ayrıca bir şekil şartı aramamıştır.⁵² Ancak HMK. m. 200’e dayalı ispat şekil şartı saklıdır. Şöyle ki taraflardan birinin akdi ilişkiyi inkâr etmesi halinde, şayet sözleşmenin yapıldığı zamandaki miktar ve değeri HMK. m. 200’de yer alan miktardan fazla ise, akdi ilişki yazılı bir delil ile ispat edilmelidir.⁵³

D. Eser Sözleşmesinin Benzeri Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

1. Eser Sözleşmesinin Satış Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

TBK. m.207 uyarınca; “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*”

Satış sözleşmesinde, satıcı, sözleşmenin kurulduğu sırada –genelde- bir başkasının meydana getirdiği (imal ettiği) hazır bir şeyi alıcıya devir ve teslim etmekte; eser sözleşmesinde ise yüklenici, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olmayan

⁵² EREN, age., s.595

⁵³ “*Davacı dava dilekçesinde davalı ile aralarında akdi ilişki bulunduğunu iddia etmiş ise de buna dair yazılı bir belge sunamamış, davalı da akdi ilişkiyi inkâr etmiştir. Kurulduğu iddia edilen temel hukuksal ilişki TBK’nın 470. maddesinde tanımlanan eser sözleşmesidir. Kural olarak, eser sözleşmesi, zorunlu şekil koşuluna bağlı değildir. Ancak, sözlü yapılan sözleşme inkâr edildiği takdirde, sözleşmenin yapıldığı zamanki miktar veya değeri HMK’nın 200. maddesindeki miktardan fazla ise akdi ilişkinin anılan Yasa hükmü gereğince davacı tarafından yazılı delille kanıtlanması zorunludur.*” Yargıtay 15. HD., 2016/3873 E., 2018/465 K., 08.02.2018 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 16.08.2018

şeyi; bir çalışma (emek) sonucu meydana getirme (imal) ve teslim etme taahhüdünde bulunmaktadır.⁵⁴

Eser sözleşmesindeki önemli husus mülkiyeti devredilen şeyin emek ağırlıklı bir çalışma ile meydana gelmesi ve devredilen kişiye özel olmasıdır. Şayet malzeme ögesi ağır basıyorsa satım sözleşmesinin varlığından söz edilecektir. Yine eser sözleşmesinde yüklenici iş sahibine talimat verme yetkisine sahipken, satış sözleşmesine alıcının satıcıya talimat verme yetkisi yoktur.⁵⁵ Bunun yanı sıra teslim edilecek şeyin meydana getirilmesi dava edilebilir nitelikteyse eser sözleşmesinin var olduğu kabul edilecektir.⁵⁶

Yargıtay nezdinde henüz kat irtifakı ya da mülkiyeti kurulmamış bir arsa üzerinde inşa edilmekte veya edilecek olan bir binadaki bağımsız bölümün üçüncü kişilere noterde satış vaadinde bulunulması, eser değil satış sözleşmesi olarak kabul edilmektedir.⁵⁷ Örneğin; bir yüklenici ile arsa sahibi arasında akdedilen arsa payı

⁵⁴ SELİMOĞLU, age., s.17

⁵⁵ AYDOĞDU, KAHVECİ, age., s.765; **“TBK'nın 471/3 maddesindeki yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan edimlerini kendisi yerine getirebileceği gibi gözetimi altında üçüncü kişilere de yaptırabileceği hükmü uyarınca ... ediminin bir kısmını üçüncü kişilere devretmiştir. Davacı dava dışı yükleniciyle düzenledikleri 09.06.2011 tarihli sözleşmeden doğan alacağını teminat altına alabilmek için davalının taşınmazında kanuni ipotek tesisini talep etmektedir. TMK'nın 893/3 maddesine dayanarak kanuni ipotek tesisi istenebilmesi için öncelikle yapı alacaklısının emeği ile veya emek ve malzemesiyle taşınmazda değer artışı yaratan zanaatkar ya da alt yüklenici niteliği taşıması gerekmektedir. Başka bir anlatımla binanın yapımına salt malzeme temin edenler Kanun'un tanıdığı haktan yararlanamazlar. **Yüklenici, istisna sözleşmesine dayanarak inşaat işinin tamamının veya bir kısmının yapımı işini yerine getirmeyi yüklenen kişi veya kuruluştur. Alt yüklenici ise yüklenicinin eser sözleşmesiyle yüklendiği ediminin tamamını veya bir kısmını devrettiği üçüncü kişilerdir. Somut olayda, yüklenici ile davacı arasındaki 09.06.2011 tarihli sözleşme konusunu hazır beton satışı ve bunun teslimi oluşturmaktadır. Bu sözleşmenin satış sözleşmesi başka bir deyişle malzeme temin sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde davacının TMK'nın 893/3 maddesinden faydalanamayacağı açıktır. Bu nedenle, davacının emek ve malzemesi ile taşınmazda değer artışını sağlayıp sağlamadığı tespit edilerek, taraflar arasındaki sözleşmenin beton satışı yanında inşaat mahalline getirilerek davacının kendi işçileri tarafından betonun kalıplara dökülmesi işini de yerine getirip getirmediğinin belirlenmesi gerekir. Başka bir deyişle, davacının TMK'nın 893/3 maddesinde sayılan alt yüklenici veya zanaatkar niteliği taşıyıp taşımadığı saptanmalıdır.**”** Yargıtay 14.HD, 2016/5633 E., 2016/5949 K., 17.05.2016 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 09.11.2017

⁵⁶ Aydın ZEVLİLİLER, Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, 2018, Turhan Kitabevi, Ankara, s.482

⁵⁷ “634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun, 1, 2 ve 3 üncü maddeleri gereğince kat mülkiyeti, tamamlanmış bir yapının ayrı ayrı ve başlıbaşına kullanmaya elverişli bölümleri üzerinde kurulmuş arsa payı ve ana taşınmazdaki ortak yerlerle bağlantılı, bağımsız, özel bir mülkiyet hakkıdır. Kat irtifakı, yapılmakta bulunan veya ileride yapılacak olan bir yapının, bağımsız bölümleri üzerinde, yapı tamamlandıktan sonra tesis edilecek kat mülkiyetine esas olmak üzere arsa payına bağlı olarak kurulan bir irtifak çeşididir. İçtihatı birleştirmeye neden olan kararlarda sözü edilen bağımsız bölüm satış vaadi, inşa edilecek veya edilmekte olan binalardaki katlara ilişkindir. **Toprakta kat satışı denilen bu hukuki ilişki; bir eser (istisna) sözleşmesi değil, bir satım sözleşmesidir. Çünkü bunda önceden belli bir projeye göre işin yerine getirilmesi söz konusudur ve emek (çalışma), satılan kat için özel bir nitelik taşınmamaktadır. Bu nedenle sözleşmede emek değil, nesne teslimi edimi üstün bulunmaktadır.**” Yargıtay İBGK., 1978/3 E., 1978/4 K., 24.04.1978 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 16.08.2018

karşılığı inşaat sözleşmesi eser sözleşmesi sayılırken⁵⁸, yüklenicinin inşa edeceği işbu eserden üçüncü kişilere satış yapması sonucu üçüncü kişilerle arasında kurulan hukuki ilişki satış sözleşmesi ilişkisi olacaktır.⁵⁹

Bu iki sözleşme arasındaki farkın ortaya konulması sözleşmenin tabi olduğu şeklin belirlenmesi (TBK. m. 237), ayıptan sorumluluk (TBK. m.219 vd.; 482 vd.), yarar ve hasarın geçmesi (TBK. m.208; 483) ve sözleşmenin vaktinden önce sona ermesinde (TBK. m. 484) önem arz etmektedir.⁶⁰

2. Eser Sözleşmesinin Vekalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

TBK. m.502/I uyarınca; “*Vekalet sözleşmesi, vekilin vekalet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*”

Buna göre vekalet sözleşmesi, vekilin başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcu altına girdiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir.⁶¹

Vekalet sözleşmesinde, vekil belli bir sonucu taahhüt etmekle yükümlü değildir. Vekil, yalnızca belli bir çalışma yapacağını taahhüt etmekte olup sonucun gerçekleşip gerçekleşmeme ihtimali bulunmaktadır.⁶² Ancak eser sözleşmesinde yüklenici iş sahibine karşı iş görme borcunun yanı sıra eserin meydana gelmesi sonucunu da taahhüt etmektedir. Genel olarak da bu husus yani iş gören taraf olan

⁵⁸ “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesi niteliğinde olduğundan, TBK'nın 147/6. maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir*” Yargıtay 23. HD., 2015/9799 E., 2017/3239 K., 15.11.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 16.08.2018

⁵⁹ SELİMOĞLU, age., s.18

⁶⁰ EREN, age., s.602

⁶¹ ARAL- AYRANCI, age., s.434

⁶² “*Dava, davalı doktorun yanlış teşhis ile tedavi uygulaması ve ihmalkar davranılması sonucu çocuğun sağ testisinin kaybına neden olunmasından kaynaklı manevi tazminat istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir.*” Yargıtay 13. HD., 2016/20247 E., 2018/3041 K., 14.03.2018 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 16.08.2018

yüklenicinin sonuçtan sorumlu olması eser sözleşmesini vekaletten ayırır.⁶³ Bu yönde Yargıtay Kararları da mevcuttur.⁶⁴

Eser sözleşmesinde eserin imaline karşılık bir bedel ödenmesi, eser sözleşmesinin olmazsa olmaz unsurlarından iken vekalet sözleşmesi bedelsiz de yapılabilir.

Vekalet sözleşmesinde vekil gördüğü iş nedeniyle sebep olduğu zarardan ancak kusurlu olduğu takdirde sorumlu olur. (TBK. m.507) Oysa eser sözleşmesinde yüklenici kusursuz olsa bile üstlendiği eseri meydana getirip teslim edemediği takdirde TBK. m.475'e göre ayıp hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır.⁶⁵ Bununla birlikte vekalet sözleşmesinde vekaletin her zaman geri alınması ve vekilin azli mümkün

⁶³ ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, age., s.480

⁶⁴ “Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve avukatla onun müvekkili arasındaki ilişki, vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbi yardımda ve avukat da hukuki yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak hastayı iyileştirme veya davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekalet sözleşmelerinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi, tıbbi yardımda bulunan doktor ile hukuki yardımda bulunan avukat, yaptıkları yardımın karşılığı olan ücrete hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olmazlar. Eser sözleşmelerinde ise, sadece bir çalışmada bulunmak değil, aynı zamanda <eser> denilen olumlu- olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmez ise, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur. Bir diş doktrounun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliğinde olmayan tıbbi müdahalede bulunması, ifa yönünden, yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da gerekir. Davacının kolundaki dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına, sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahi müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan iş BK'nın 360. Maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir. Bu durumda davacı hayatı boyunca taşıyacağı bu çirkin iz nedeniyle üzüntü duymuş olması izahatın varestedir. O halde 300.000.000 TL. manevi tazminat talebinin kabulü gerekirken yazılı gerekçeyle reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 15. HD., 1999/4007 E., 1999/3868 K., 03.11.1999 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 09.11.2017; SELİMOĞLU, age., s.19

⁶⁵ “Eser sözleşmelerini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli hususlardan birisi de sonuç sorumluluğu, yani tarafların iradeleri doğrultusunda yüklenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdüdür. Burada vekâlet akdindeki gibi sonuç taahhüt edilmeksizin sadece bir işin görülmesi taahhüdü bulunmamakta, bir eserin sonucun yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir. Bu borcun altına giren taraf, yani yüklenici; TBK'nun 471/1.maddesi ve işin mahiyeti gereği işi sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Sadakat borcu; yüklenicinin, iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapma ve ona zarar verecek her türlü eylemden kaçınma anlamını taşır. Meydana getirilen eserin, iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde, sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulur. Bu bakımdan, eserin, fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özelliği taşıması gerekir. Aksi halde, ayıplı olduğu kabul edilir. Yüklenici, meydana getirdiği eserde, ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden, ayıba karşı tekeffül borcu gereğince sorumludur. Bu durumda, iş sahibinin eserdeki ayıbın önemine göre; eserdeki ayıpların giderilmesini talep (onarım) hakkı, ayıplı eserden ötürü ücretten indirim isteme hakkı ve eseri kabulden kaçınma hakkı bulunmaktadır.” Yargıtay 3. HD., 2015/12079 E., 2015/19759 K., 07.12.2015 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 16.08.2018

olduğu halde, eser sözleşmesinden taraflar diledikleri zaman dönemezler. Eser sözleşmesinde dönme daha sıkı şartlara bağlanmıştır.⁶⁶

3. Eser Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesini ayıran en önemli özellikler, sonuç ve bağımsızlık unsurlarıdır.⁶⁷

TBK. m. 393 uyarınca hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de zamana veya yapılan işe göre bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

Hizmet sözleşmesinin ilk önemli unsuru iş görme unsurudur. İşverene bağımlı olarak çalışan işçi, fiziki veya fikri emeğiyle iş görmeyi borçlanır. Ancak bağımsız bir edim sonucunu borçlanmaz. Hizmet sözleşmesinde bir diğer önemli unsur ise işçi hiyerarşik bir ilişki içinde işverene bağımlı olarak iş görme faaliyetini sürdürmesidir. İşçi, işverenin emir ve talimatları altında çalışır.⁶⁸ Eser sözleşmesinde ise yüklenici, iş sahibinden nasıl bir eser istediğine ilişkin talimat alır, ancak eseri meydana getirirken, iş sahibinden bağımsız olarak çalışmak suretiyle iş sahibinin istediği sonucu (eseri) meydana getirmekle yükümlüdür.⁶⁹

⁶⁶ EREN, age., s.601

⁶⁷ AYDOĞDU, KAHVECİ, age., s.764

⁶⁸ Güler GÜMÜŞSOY KARAKURT, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, Onikilevha Yayıncılık A.Ş., İstanbul, Eylül 2017, s.64

⁶⁹ “Hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmesi birbirine çok yakın kavramlar olup; hizmette, ücret, bağımlılık ve devamlılık, eser sözleşmesinde ise, bir şeyin ücret karşılığı imali söz konusu olmaktadır. Davacı, davalı şirketten satın aldığı doğalgaz sayacının arıza yapması sebebiyle davalı firmaya ihbarda bulunduğunu, 15/01/2012 tarihinde firma yetkilileri tarafından sayacın içinin alındığı ve ertesi gün getirilerek sayacın takıldığını, doğalgaz sayacının tam kapatılmaması sebebiyle sayacın cezalı konuma geçtiğini, sayacın cezalı konumdan çıkarıldığı 18/01/2015 tarihine kadar doğalgaz kullanma imkanı bulunmadığından kazan pompalarının ve suların donması sebebiyle evin tesisatında zarar meydana geldiğini ileri sürmüştür. **Söz konusu zararın tazmininin istendiği somut olayda, hizmetten ziyade eser sözleşmesinin mevcut olduğu ve eser sözleşmesinin de genel hükümler ve Borçlar Kanununun 355. maddesinde düzenlendiği anlaşıldığından, 4077 sayılı Kanunun 3/d maddesinde düzenlenen hizmet kavramı kapsamında bulunmayan uyumsuzluğun genel mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinde görülerek, sonuçlandırılması gerekmektedir.**” Yargıtay 20. HD., 2015/6894 E., 2015/10506 K., 04.11.2015 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 16.08.2018

Bu bakımdan eser sözleşmesinde edim sonucu, hizmet sözleşmesinde ise edim fiili borçlanılmaktadır. Hizmet sözleşmesinde önemli olan işçinin özenle çalışarak borcunu ifa etmesidir. Eser sözleşmesinden farklı olarak sonuç meydana gelmese de ücretini almaya hak kazanır ve sonucun meydana gelmemesinden sorumlu olmaz.⁷⁰

Ek olarak hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğu kusur sorumluluğu çerçevesinde değerlendirilirken, eser sözleşmesinde yüklenici bakımından eserdeki ayıplar için kusursuz sorumluluk kurumu söz konusu olacaktır. Hizmet sözleşmesinde hasar işverene aittir, eser sözleşmesinde ise hasar ilke olarak yükleniciye aittir. Hizmet sözleşmesi tipik sürekli sözleşmeler arasında yer alırken, eser sözleşmesi somut duruma göre değerlendirilmektedir. Dolayısıyla her iki sözleşmenin sona erme süreci de birbirinden farklılık arz etmektedir.⁷¹

4. Eser Sözleşmesinin Yayın Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Hazırlanması ve bastırılması ısmarlanan bir eser, yayım sözleşmesinin ya da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir.⁷² Eseri hazırlayan ve basan kişinin aynı zamanda yayma yükümlülüğü de varsa yayın; basma yükümlülüğü yoksa eser sözleşmesinin varlığından söz edilebilir. Eser sözleşmesinde yayınlanan eserin zarar ve yararı, ısmarlayana; buna karşılık yayın sözleşmesinde yayınlayana aittir.⁷³ Yayın sözleşmesinde eser sahibi eser üzerindeki mali haklarını yayıncıya devrederken, eser sözleşmesinde iş sahibi eseri yükleniciye devretmez, ona sadece belirli bir bedel ödemeyi borçlanır. Eser sözleşmesinde yüklenicinin eser üzerinde fikri bir hakkı yoktur. Eser sözleşmesinde hasar iş sahibi üzerinde iken, yayın sözleşmesinde yayıncının üzerindedir.⁷⁴

⁷⁰ EREN, age., s.598

⁷¹ GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.66

⁷² ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, age., s.483

⁷³ AYDOĞDU, KAHVECİ, age., s.765

⁷⁴ EREN, age., s.603

E. Taraflar

TBK. m. 470 uyarınca; “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” denilmek suretiyle eser sözleşmesinin tarafları olan yüklenici ve iş sahibinin yükümlülükleri belirtilmiştir. Diğer bir ifade ile bir eser sözleşmesinde her zaman iki taraf bulunmaktadır. Ancak iki tarafta birden fazla kişinin olması bu sonucu değiştirmez. Yani gerek yüklenici gerekse iş sahibi birden fazla kişi veya tüzel kişi olabilir.⁷⁵

1. Yüklenici (Yüklenici)

Yüklenici, eser sözleşmesine konu olan eseri imal ve inşa etmek suretiyle meydana getirme ve iş sahibine bu eseri teslim ile yükümlü gerçek veya tüzel kişi olabildiği gibi bunların oluşturduğu iş ortaklığı veya (ortak girişim) “joint venture” şeklinde olabilir.⁷⁶ İnşaat sözleşmelerinde ise yükleniciler yapmayı yükledikleri hususlara göre ayrıca tekil (münferit) yüklenici, genel yüklenici, kısmi yüklenici, tam yüklenici, yan yüklenici ve alt yüklenici olarak çeşitli türlere ayrılabilirler.⁷⁷

2. İş Sahibi

İş sahibi deyiminin kapsamına, eser sözleşmesine konu olan eserin meydana getirilmesinde ve böylece yüklenici tarafından gerçekleştirilen eseri teslim almada menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler veya iş ortaklıkları veya gruplaşmış müesseseler girmektedir.⁷⁸ Bu bağlamda örneğin; iş sahibinin eser sonucu için

⁷⁵ Ali AVCI, Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:21, Nisan 2015, <http://www.taa.gov.tr/indir/eser-istisna-sozlesmesinde-sekil-ve-baglanan-sonuclar-bWFrYWxlfDY1NDI4LTg1MTliLTAwMmQ4LWVjMTYzLnBkZnw2NzY/>, 27.08.2018

⁷⁶ DAYINARLI, age., s.23

⁷⁷ EREN, age., s.607; CANBOLAT, age., s.25

⁷⁸ DAYINARLI, age., s.31

anlaştığı asıl yüklenici sözleşmenin ifasını alt yükleniciye vermişse, bu durumda asıl yüklenici de iş sahibi sıfatını taşıyabilir.⁷⁹

F. Tarafların Borçları

Eser sözleşmesinin geçerli şekilde kurulmasının ardından sözleşmenin tarafları karşılıklı olarak borç altına girer. Bu borçların bir kısmı ana borçlar bir kısmı da ana borçlara bağlı yan borçlar olarak nitelendirilir.

Yüklenicinin asli borcu eser meydana getirme ve meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etme borcu iken bu iki borca bağlı yan borçlar ise sadakat borcu, özen borcu, eseri bizzat yapma veya yönetimi altında yaptırma borcu, araç-gereç sağlama borcu, genel bildirim borcu, işe zamanında başlama ve yürütme borcu ve ayıba karşı tekeffül borcu olarak sayılabilir. Buna karşın iş sahibinin borcu ise meydana getirilen esere karşılık bir bedel ödeme borcudur.⁸⁰

1. Yüklenicinin Borçları

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin iki asli borcu bulunmaktadır.⁸¹ Bunlardan ilki eser meydana getirme ikincisi ise meydana getirilen eseri teslim etmedir. Bu asli borçların yanı sıra yüklenicinin özen yükümü ve diğer yan yükümlülükleri de vardır.

⁷⁹ Yine inşaat sözleşmelerinde iş sahibi inşaat işinin yürütülmesini vekil sıfatıyla bir mimara veya mühendise bırakmış ise o halde iş sahibiyle mimar veya mühendis arasında bir vekalet sözleşmesi söz konusu olur ve bu çerçevede bunlar iş sahibinin vekili sıfatıyla hareket ederler. bkz. EREN; age., s.605

⁸⁰ “Eser sözleşmesi, karşılıklı edimleri içeren bir iş görme akdidir. Yüklenicinin edimi, eseri meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmek, iş sahibinin karşı edimi ise, teslim edilen eserin bedelini ödemektir. Eser yüklenicinin sermayesi, sanat ve becerisini kullanarak gerçekleştirdiği sonuçtur” Yargıtay 15. HD., 2010/4916 E., 2011/5079 K., 13.09.2011 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 27.08.2018

⁸¹ ARAL, AYRANCI, age., s. 369

a. Eser Meydana Getirme Borcu

(1) Genel Olarak

Yüklenicinin ilk borcu TBK. m. 470'de de düzenlendiği üzere eser meydana getirme borcudur. Yüklenicinin bu borcu şahsen meydana getirme borcu ile araç, gereç ve malzeme sağlama borcundan ibarettir.

(2) Yüklenicinin işi doğrudan doğruya kendisinin yapması (şahsen ifa) veya yönetimi altında yaptırma borcu

TBK. m. 83 uyarınca genel kural, alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlunun borcunu şahsen ifaya zorunlu olmamasıdır. Dolayısıyla borcun kim tarafından ifa edildiği alacaklı yönünden önem arz etmemekte ise o halde alacaklı başkası tarafından gerçekleştirilen ifayı kabul etmek zorundadır.⁸²

Ancak bazı sözleşmelerde borcun kim tarafından ifa edildiği alacaklı için önem taşıyorsa yani borçlunun bilgi birikimi, uzmanlığı, yeteneği, güvenilirliği gibi kişisel özellikleri borcun ifasında önem teşkil ediyorsa o halde borcun bir başkası tarafından ifasının teklif edilmesi borcun ihlali sayılacak ve alacaklıya bu ifayı kabul etmeme hakkı verecektir.

Bu noktada eseri meydana getirme borcunun kişisel edim kişisel olmayan (maddi) edim ayrımındaki yeri önem taşımaktadır. Kişisel edimler, borçlunun kişiliğine bağlıdır ve bizzat borçlu tarafından ifa edilmeleri gerekir; başkaları tarafından ifa edilemezler.⁸³

⁸² Sendi YAKUPPUR, Borçlar Kanunu'na göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2009, s.27

⁸³ ÜREM, age., s.38

TBK. m. 471 f.3 uyarınca eser sözleşmelerinde; “Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yapmakla yükümlüdür. Ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.” Görüldüğü üzere ilk cümlede yüklenicinin işinin şahsen ifa edilmesi gereği karine olarak kabul edilmiştir.⁸⁴

Yapılacak eser, sanat eserlerinde olduğu gibi, yüklenicinin maddi ve fikri kişisel yeteneklerinden, başkası onun (yüklenicinin) kişisel yönetiminde olsa bile aynı eseri ortaya çıkaramayacak derecede etkileniyorsa; işin yüklenici tarafından yapılması zorunlu olacaktır.⁸⁵ Buna “mutlak şahsilik ilkesi” denilmektedir ve yüklenici “kişiye sıkı sıkıya bağlı edimi” şahsen yerine getirmek zorundadır.⁸⁶ Örneğin dehası ve yetenekleri ile ünlenmiş bir ressamdan çok özel bir tablo yapması veya çok ünlü bir terziden çok özel bir elbise dikmesi istenmişse, ressam o tabloyu bizzat yapmalı veya terzi o elbiseyi bizzat dikmelidir. Kısmen dahi olsa yardımcı kullanmamalıdır.⁸⁷

Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin şahsi niteliği önemli olmakla beraber, yüklenicinin edimi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edim değil ise, eser yüklenici kontrol ve tabiiyetinde bağımlı bir ifa yardımcısı tarafından da meydana getirilebilir.⁸⁸ Burada da yüklenicinin kişisel yetenek ve becerileri, güvenilirliği büyük önem taşımakla beraber, eserin meydana getirilmesi yükleniciye sıkı sıkıya bağlı değildir.⁸⁹

⁸⁴ “...6098 Sayılı TBK'nın 471/3. maddesi uyarınca yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa işin başkası tarafından yapılması mümkündür. Somut olayda yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilerin inşaatı devam ettiği anlaşılmalı olup inşaatın durması konusunda bir ihtiyati tedbir kararı da olmadığına göre sözleşmenin feshinin ileriye mi yoksa geriye mi etkili fesh olacağı hususu inşaatı yargılama safhasındaki son durumu itibari ile belirlenmelidir. Sözleşmenin ileriye etkili feshine karar verilebilmesi için inşaat seviyesinin %90 oranının üzerinde ve kabul edilebilir nitelikte olması gerekir. Bu durumda mahkemeye mahallinde uzman bilirkişiler marifetiyle yeniden keşif yapıp, tüm bağımsız bölümler ve ortak alanlar görülerek keşif tarihi itibari ile inşaatın hali hazır durumu belirlenip buna göre sözleşmenin ileriye veya geriye etkili feshine karar verilmesi gerekirken, bu hususlar dikkate alınmadan karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 23.HD., 2015/7386 E., 2015/5426 K., 26.12.2016 T.,(Çevrimiçi) www.kazanci.com, 09.11.2017

⁸⁵ YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.541

⁸⁶ EREN, age., s.609

⁸⁷ SELİMOĞLU, age., s.90

⁸⁸ YAKUPPUR, age., s.29

⁸⁹ EREN, age., s.609; Örneğin bir terzi ustalığına güven duyulduğu için kendisine teslim edilen kumaştan dikeceği elbisenin pek önem gerektirmeyen kısımlarını, kendi sorumluluğu ve yönetiminde kalfasına yaptırabilir. Bu tür ifa da şahsen ifa niteliğinde sayılır. Bknz. SELİMOĞLU, age., s.91

b. Yüklenicinin araç ve gereç sağlama borcu

TBK. m. 471 f.4 uyarınca; “*Aksine adet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri sağlamak zorundadır.*”

Yüklenici, bir eser meydana getirirken, o şeyi meydana getirmeye yarayan birtakım araç ve gereçleri kullanmak zorundadır; zira bu araç ve gereçler olmadan o şeyin meydana getirilmesi mümkün değildir. Örneğin bir ressam, boyaları olmaksızın resim yapamaz veya bir terzi makası ve iğnesi olmaksızın bir elbise dikemez.

Kanun metninden açıkça anlaşıldığı üzere kural olarak araç ve gereç sağlama borcu yükleniciye aittir. Çalışma araçlarının yalnız sağlanması değil masrafları da yükleniciye aittir.⁹⁰ Bu çerçevede araç ve gereç sağlama borcu niteliği itibariyle bir yan edim yükümlülüğüdür.

Araç gereç sağlama borcu kapsamına iş makineleri, şantiye binası, işte kullanılacak aletler, elektrik ve su tesisatı kurulması, mazot, petrol vs. sağlanması girer.⁹¹ Ancak görüldüğü üzere bu borcu düzenleyen hükmün düzenleyici hüküm niteliğinde olması nedeniyle taraflar aksini kararlaştırabileceklerdir.

⁹⁰ AYDOĞDU, KAHVECİ, age., s.768

⁹¹ ARAL, AYRANCI, age., s.375

c. Malzeme Bakımından

(1) Malzemenin Yüklenici Tarafından Sağlanması

TBK. m. 472 f.1 uyarınca; “*Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.*”

Malzeme ve araç-gereç kavramları birbirinden farklıdır. Araç-gereç eserden ayrılarak, yüklenici eseri tamamladıktan sonra yüklenicide kalmaktadır. Ancak malzeme eserin meydana getirilmesi için gerekli olup eserden ayrılamaz bir bütün olarak düşünülebilir. Malzeme hammadde olabileceği gibi, yarı mamul madde de olabilir.⁹² Malzeme eserin imalinde kullanılan ve onun bünyesine dahil olan maddelerdir.⁹³ Örneğin elbisenin kumaşı malzeme iken kumaşı dikmeye yarayan iğne araç-gereçtir.

Görüldüğü üzere TBK. m.471 çerçevesinde araç ve gereçleri sağlama borcunun yükleniciye ait olduğu açıkça düzenlenirken malzeme sağlama borcu hakkında herhangi bir düzenleme yapılmamakla beraber TBK. m. 472/I’in “malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa” ibaresinden ve TBK. m.472/III’ün zıt kavramından hareket ederek; malzeme sağlama yükümlülüğünün kural olarak iş sahibine ait olduğu çıkarımı yapılabilmektedir. Şüphe halinde, yüklenicinin malzeme temin borcunun bulunmadığını kabul etmek yerinde olacaktır.⁹⁴ Yine bu durumun da aksi kararlaştırılabilecektir.

⁹² EREN, age., s.616

⁹³ ARAL, AYRANCI, age., s. 377

⁹⁴ YAKUPPUR, age., s.35

TBK. m. 86⁹⁵ hükmü gereğince çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlu yani yüklenici malzemeyi iyi cinsten ve orta kalitede seçmelidir.⁹⁶

(2) Malzemenin İş Sahibi Tarafından Sağlanması

TBK. m. 472/II uyarınca; *“Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.”*

Bu hüküm uyarınca yüklenici iş sahibi tarafından temin edilen malzemeyi kullanırken, malzemenin kullanım ve muhafazasında gerekli özen ve ihtimamı göstermekle ve iş sahibine malzemeler hakkında hesap vermek ve bunların artanlarını iade etmekle yükümlüdür.⁹⁷ Bu çerçevede malzemeyi özenle kullanma yükümlülüğü; bir yandan onu cins ve niteliğine uygun bir biçimde koruyup saklamayı, diğer yandan

⁹⁵ TBK. m. 86;” Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”

⁹⁶ “Eser sözleşmelerinde yüklenicinin malzeme itibariyle sorumluluğunu düzenleyen 818 sayılı BK'nın 357/1 maddesinde "Yüklenici, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir." hükmüne; 01.07.2012 tarihinden sonra açılmış davalar bakımından uygulanması gereken 6098 sayılı TBK'nın 472/1. maddesinde de, "malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur" hükmüne yer verilmiştir. İyi cins malzemededen amaç, eserin sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilmesine elverişli olmasıdır. Malzeme kalitesi taraflarca açıkça kararlaştırılmamışsa 818 sayılı BK'nın 70. (6098 sayılı TBK 86) maddesi uyarınca, "Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz." hükmü esas alınmalıdır. Anılan düzenlemelerin birlikte yorumlanmasından, cins borcunda edimin orta kalite ve sözleşme amacına uygun olması gerektiği sonucuna varılmalıdır." Yargıtay 23. HD., 2013/1809 E., 2013/2672 K., 25.04.2013 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 09.11.2017

⁹⁷“ Gerek 818 Sayılı BK'nın 357/II. gerekse 6098 Sayılı TBK'nın 472/II. maddelerinde malzeme iş sahibince sağlanmışsa yüklenicinin onları gereken özeni göstererek kullanmakla yükümlü olduğunu belirttikten sonra BK'nın 357/III. ve TBK'nın 472/III. maddelerinde iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir duruma ortaya çıkarsa yüklenicinin bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorunda olduğu, bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olacağı belirtilerek, yüklenicinin genel ihbar mükellefiyeti hususu düzenlenmiştir. Buna göre özen borcunun sonucu olarak malzemeyi yüklenici seçmişse yapılacak işe, beklenen amaca uygun olan malzemeyi seçip kullanmak zorunda olduğu gibi, malzemeyi iş sahibi temin etmiş olsa dahi, işinin ehli olduğu ve basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olduğundan temin edilen malzemenin o iş ve eserin amaca uygun yapımına yeterli olduğunu bilmek ve genel ihbar yükümlülüğü uyarınca temin edilen malzemeyle eserin sözleşme, şartname ve amacına uygun olarak yapılamayacağını iş sahibine bildirmek zorundadır. Aksi halde bundan doğan sonuçlardan yüklenici sorumlu olacaktır.” Yargıtay 15. HD., 2017/907 E., 2017/2889 K., 13.07.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 27.08.2018

da bu malzemeyi üçüncü kişilerin olumsuz etkilerinden korumak için, değer ve özelliğine uygun her türlü koruma saklama önlemlerini almasını ifade eder.⁹⁸

TBK. m. 472/III uyarınca; *“Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.”*

Bu çerçevede ihbar borcu aslında bir yandan yüklenicinin özen ve sadakat borcunun bir uzantısı; diğer yandan da iş sahibi tarafından sağlanan malzemeyle ilgili özel bir bilgi verme yükümlülüğüdür.⁹⁹

Dolayısıyla iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği yerin ayıplı olması halinde, yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi için kendisine verilen malzemeyi kontrol etmeli ve herhangi bir ayıpla karşılaşması halinde bu ayıbı derhal iş sahibine bildirmesi gerekir. Burada ihbar satım sözleşmesindekinden farklı olarak külfet değil borç olarak düzenlenmiştir.¹⁰⁰

⁹⁸ EREN, age., s.619

⁹⁹ EREN, age., s.620

¹⁰⁰ AYDOĞDU, KAHVECİ, age., s.768 ; *“Bu durumda mahkemece davalı iş sahibi, davacı yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği edimi eksiksiz teslim aldığı kabul ettiği ve açık ayıplarla ilgili muayene ve makul sürede ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği gibi tebliğlerinden itibaren 8 gün içerisinde itiraz edilmediklerinden fatura içerikleri kesinleştiğinden, hükme esas raporu veren bilirkişi kurulundan alınacak ek raporla sonradan ortaya çıkan gizli ayıp olup olmadığı, bunların nelerden ibaret olduğu, gizli ayıp varsa ortaya çıkmasından itibaren iş sahibinin gecikmeksizin ihbarda bulunup bulunmadığı ve gizli ayıbın ortaya çıktığı tarih itibarıyla mahalli piyasa rayiçlerine göre giderim bedelleri konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp davanın sonuçlandırılması gerekirken bu hususlar üzerinde durulmadan davanın kısmen kabulü doğru olmamıştır.”* Yargıtay 15. HD., 2017/1382 E., 2017/3332 K., 09.10.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 07.12.2017

d. Yüklenicinin işi sadakat ve özenle yapma borcu

Eser sözleşmelerinde yüklenici, edimlerini yerine getirirken iş sahibinin menfaatini gözeterek, iş sahibinin yararına olacak şekilde davranmak ve iş sahibine zarar vermekten kaçınmakla yükümlüdür.¹⁰¹

Bu borç aynı zamanda, iş sahibinin tevdi ettiği veya yüklenicinin işin görülmesi sırasında öğrendiği imalat ve iş sırlarını başkalarına açıklamamak ve iş sahibinin rızası olmaksızın başkasının işinde kullanmamak yükümlülüğünü de içerir.¹⁰² Özen borcu da sadakat borcunun bir sonucu olup sadakat borcu ile sıkı sıkıya bağlı olup bu iki borcun kaynağını ise dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Yüklenici iş sahibinin işini yaparken, kendi işini yapmış olsaydı ne kadar dikkat ve özen gösterecekse aynı ölçüde dikkat ve özen göstermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe doktrinde “objektif özen yükümlülüğü” denilmektedir.¹⁰³

Eski BK. m. 356/I hükmünde, yüklenici hizmet ilişkisi içerisinde işçinin göstereceği özenin aynısını göstermek ile yükümlüydü.¹⁰⁴ Böylece işçinin hizmet ilişkisi içerisinde göstereceği özeni belirleyen eski BK. m.321'e gönderme yapılmaktaydı.¹⁰⁵ Ancak eser sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi birbirinden çok farklı

¹⁰¹ “...yüklenicinin 13.02.2012 tarihi itibarıyla TBK'nun 471. maddesinde düzenlenen özen ve sadakat borcu da nazara alınarak süreci takip ederek işe başlaması gerektiğinden anılan tarihten itibaren 1000 takvim günü yükleniciye süre verilmesi ve bu suretle taraflar arasındaki muarazanın giderilmesi yönünde hüküm tesisi gerekirken, bu yönler dikkate alınmaksızın hatalı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi yerinde görülmemiştir.” Yargıtay 23.HD., 2015/2076 E., .2016/3639 K., 14.06.2016 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 09.11.2017 ; TANDOĞAN, age., s.49

¹⁰² SELİMOĞLU, age., s.85

¹⁰³ EREN, age., s.624

¹⁰⁴ Köksal KOCAĞA, Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Yapacağı Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. m.358/III Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6, Sayı 1, 2004, s.177, (Çevrimiçi) <http://acikerisim.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/12345/2031/kocaaga5.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, 03.09.2018

¹⁰⁵ “iş sahibinin zarar gördüğü hallerde yüklenicinin sorumluluğu, BK.nun 356/ilk maddesinden kaynaklanır. Anılan madde hükmüne göre yüklenicinin sorumluluğu aynı Kanununun 321. maddesinde belirtilen işçinin hizmet aktindeki sorumluluğu gibidir. Öğreti ve uygulamada yüklenicinin tacir olduğu haller bir yana, iş sahibine nazaran bağımsız çalışması, işin ehli olması da göz önünde bulundurularak sorumluluğu hizmet aktine dayalı olarak çalışın işçiye nazaran daha ağır kabul edilmektedir. İş sahibinin zarara uğramasına neden, olmaktan kaçınması yüklenicinin “özen borcu” gereğidir. Özen borcu BK.nun 96. maddesinde yerini bulan sorumluluğun özel şeklidir. Yasa koyucu eser sözleşmesinde sorumluluğu aktin sonucuna bırakmamış, özel hüküm getirmiş olmakla özen borcuna ne denli önem verildiğini göstermiştir. Bu itibarla aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını ve miktarını ispatlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve

iki sözleşme olup yüklenicinin yükümlülükleri ile işçinin yükümlülükleri de birbirinden çok farklıdır. Bu nedenle TBK m. 471/II’de bu husus “*Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alır*” şeklinde açıklanmıştır.¹⁰⁶

Yüklenicinin göstermekle yükümlü olduğu genel özen yükümlülüğü TBK. m.472/II (iş sahibi tarafından verilen malzemenin özenle kullanılması) ve TBK.m.472/III’te (eserin meydana getirilmesinin tehlikede olması halinde bildirim yükümü) somut olarak düzenlenmiştir.¹⁰⁷

Özen yükümlülüğünün yüklenici tarafından ihlal edilmesi neticesinde iş sahibi bir zarara uğrar ise o halde TBK. m. 112¹⁰⁸ gereğince ve ayıplı malzeme kullanılması nedeniyle yüklenicinin satıcı gibi kabul edildiği TBK. m. 472/I çerçevesinde yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bununla birlikte yüklenici, yardımcılarının veya işi devrettiği alt yüklenicilerin verdiği zarardan da TBK. m. 116¹⁰⁹ uyarınca sorumlu olacaktır.¹¹⁰ Eserin tesliminden sonra ise eserdeki ayıplardan ötürü yüklenici TBK. m. 474-477 çerçevesinde ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır.¹¹¹

dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti ise yükleniciye aittir.” Yargıtay HGK 1994/15-265 E., 1994/600 K., 12.10.1994 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 09.11.2017

¹⁰⁶ “*Eser sözleşmelerinde kural olarak yüklenici işinin ehli ve basiretli bir iş adamı olarak yükümlendiği imalatı fen ve sanat kurallarına, sözleşmeye, amacına uygun tamamlayarak teslim etmek zorundadır. Bu sorumluluğu işin uzmanı sayılan yüklenicinin özen borcunun sonucudur.*” Yargıtay 15. HD., 2015/5200 E., 2016/459 K., 27.01.2016 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 09.11.2017, Yargıtay 3. HD., 2015/9077 E., 2016/5505 K., 11.04.2016 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 09.11.2017

¹⁰⁷ ARAL, AYRANCI, age., s.382

¹⁰⁸ TBK. m. 112; “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*”

¹⁰⁹ TBK. m.116 ;”*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir. 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.*”

¹¹⁰ ARAL, AYRANCI, age., s.383

¹¹¹ “*Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfi ile gerçekleştirilen sonuçtur. Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, davalı yüklenicinin hem sadakat hem de özen borcunu kapsar. Bu arada belli bir sonucun ortaya çıkması amaçlanır. Meydana getirilen eserin, iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde, sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulmuş*

e. Yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam borcu

Yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam borcu süresi belli olan işlerde TBK. m. 473'de düzenlenmektedir. Kanun koyucu bu hükümlerle, eser sözleşmesinde teslim ile beraber eser meydana getirme unsuruna ait iş görme ediminin mevcut olduğunu dolaylı olarak ifade etmiş, bunun sonucu olarak iş sahibine teslimden önceki gecikme sebebiyle erken dönme hakkı tanımıştır.¹¹²

TBK. m. 473 f.1. uyarınca; *“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.”*

Bu hükümde açıkça ifade edildiği üzere, yüklenici işe zamanında başlamak ve eseri zamanında bitirmek için işe devam etmek zorundadır.¹¹³

Bu konuya Bölüm 2'de ayrıntılı olarak yer verilecektir.

f. Yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim etme borcu

Eseri teslim borcu, kanunda tek bir hüküm olarak düzenlenmese bile birçok maddenin içerisinde yer almaktadır. (TBK. 473/I “teslim için belirlenen zaman...”, 474/I “eser tesliminden sonra...”, 475/I “eserin kullanılmayacağı ve hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı...”, 478/I “teslim tarihinden başlayarak...”, 479/I “eserin

olur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özellikleri taşıması aranır. Aksi halde, eserin ayıplı olduğu kabul edilir. Ayıplı eseri meydana getiren yüklenici ise, ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumludur. İş sahibinin edimi de teslim olunan eserin bedelini ödemektir.” Yargıtay 3. HD., 2014/12673 E., 2015/6389 K., 15.04.2015 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 13.11.2017

¹¹² ARAL, AYRANCI, age., s.390

¹¹³ AYDOĞDU, KAHVECİ, age., s.770

teslim anında...”) Görüldüğü üzere Türk Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında teslim borcu ayrıca ve açıkça düzenlenmemekle beraber yüklenicinin teslim borcu¹¹⁴ zımnen kabul edilmektedir.

Yüklenicinin eseri teslim borcu, onun, eser sözleşmesinden kaynaklanan ana borçlarından ki yüklenicinin bu borcunu yerine getirmiş olması için, meydana getirdiği eseri, ifa amacı ile iş sahibinin emrine vermiş (tasarruf ve kullanma alanına geçirmiş) olması ve iş sahibinin eser üzerindeki dolaysız zilyetliğini sağlamış olması gerekir.¹¹⁵

Eser sözleşmesinde eserin tesliminin bir takım pratik sonuçları vardır. Bu sonuçlar; yarar ve hasarın iş sahibine geçmesi (TBK. m.483), ayıba karşı tekeffülde inceleme ve bildirim sürelerinin işlemeye başlaması (TBK. m. 474/I), ayıba karşı tekeffülden doğan davaların tabi olduğu zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması (TBK. m. 478), yüklenicinin ücret alacağıının muaccel olması (TBK. m. 479) olarak belirlenebilir.¹¹⁶

¹¹⁴“Eser sözleşmesinde yüklenici, belli bir sonucu (eser) taahhüt ettiğinden sonuç gerçekleşmesi için davacı iş sahibinin zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmeli, somut durumun gerektirdiği tedbirleri noksanziz biçimde almalı, uygun tedaviyi belirleyip uygulamalı, uygulanan tedavide nadirde olsa görülebilecek olumsuz sonuçlara dair davacıyı aydınlatıp uyarmalı ve davacının bu hususta rızasını almışsa, eserini iş sahibi davacının ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayarak teslim etme yükümlülüğündedir.” Yargıtay 3. HD. 2015/11332 E., 2015/18789 K., 25.11.2015 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 10.11.2017

¹¹⁵ Sinan Sami AKKURT; Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz10-2/akkurt.pdf>, (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi), Cilt 10, Sayı 2, 2008, s.31, 10.11.2017 ; “Bilindiğini üzere; yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edim ise sözleşmede öngörüldüğü şekilde binayı imal ve teslimdir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde 6098 Sayılı TBK. nun 473. (818 Sayılı BK. nun 358.) maddesi uyarınca arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi onun ardılı (halefi) olacağından sefelinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Başka bir anlatımla, üçüncü kişinin (yükleniciden edinenin) mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi zorunludur. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine yazılan tapu kayıtlarının illet ve sebepten yoksun hale geleceği ve yapılan işlemin de yolsuz tescil durumuna düşeceği tartışmasızdır (H.G.K. 25.10.2000 tarih 2000/1-1280-1554 Sayılı karar).” Yargıtay 1.HD., 2015/10963E., 2016/2470K., 02.03.2016 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 10.11.2017

¹¹⁶ ARAL, AYRANCI, age., s.394

g. Yüklenicinin eserin ayıpsız olmasını sağlama borcu

Taşınır veya taşınmaz malda “açık ayıp” (vice apparent) veya “gizli ayıp” (vice cache) olup şeyin tahsis edilen kullanımına uygunluğunu bozan veya şeyin değerini azaltan kusurlara ayıp denir.¹¹⁷ Yükleniciye ait bu borç TBK. m.474-478 arasında düzenlenmiştir. Yüklenicinin bu borcu her ne kadar satım sözleşmesine benzerlik gösterse de farklı hükümler ile düzenlenmiştir. Böylece müteahhidin iş görme borcu dolayısıyla sonuçtan doğan sorumluluğu yerine, eseri teslim borcuna bağlı ayıba karşı tekeffülden sorumluluğunu kabul edilmiştir.¹¹⁸

Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun şartları; eserin ayıplı olması, eserdeki ayıbın nitelik itibariyle iş sahibine yüklenemeyecek bir ayıp olması, iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmiş olması ve iş sahibinin eseri kabul etmemiş olması olarak belirlenebilir.

İş sahibi TBK. m.474 uyarınca, eserin tesliminin akabinde, imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmeli ve ayıp varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmelidir.¹¹⁹

¹¹⁷ DAYINARLI, age., s.52 ; “Meydana getirilen eserin, iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde, sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulmuş olur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özellikleri taşıması aranır. Aksi halde, eserin ayıplı olduğu kabul edilir.” Yargıtay 3. HD. 2014/12673 E., 2015/6389 K., 15.04.2015 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 12.11.2017

¹¹⁸ YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.550

¹¹⁹ İpek YÜCER AKTÜRK, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara, Yetkin Basımevi, 2012, s.41 ; “Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumluluğunun düzenleyen TBK'nın 474. maddesi uyarınca açık ayıplar yönünden iş sahibi imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde, gizli ayıplar yönünden ise, 477 /son maddesi uyarınca da, ortaya çıkar çıkmaz gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorunluluğu bulunmaktadır. Ayıbın bildirilmemesi halinde eser kabul edilmiş sayılır. Ne var ki, ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığının da mahkemece re'sen gözetilmesi mümkün değildir. Diğer bir anlatımla, ayıp ihbarının yapılıp yapılmadığı mahkemece re'sen gözetilmeyip, yüklenicinin bu hususu def'i olarak ileri sürmesi gerekir. Gerek Dairemizin gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararları da bu yöndedir. Ayrıca, eksikler yönünden ise ayıp ihbarına gerek olmayıp, zamanaşımı süresi içerisinde eksikler yönünden istemde bulunulması mümkündür. Mahkemece ayıp ihbarının süresinde yapılmadığından bahisle davanın esasına girilmemesi doğru değildir. Eser sözleşmelerinde ayıp ihbarının varlığı her türlü delille yapılabileceği Dairemizin uygulamalarında kabul edilmektedir. Esasında davacı taraf konteyneri teslim aldığı 17.05.2014 tarihinden itibaren BK'nın 474. maddesi uyarınca uygun süre içerisinde 23.05.2014 tarihinde elektronik posta ile davalıya bildirdiğinden ihbarın süresinde yapıldığı kabul edilmektedir. TTK'nın 21/1-c maddesindeki (2) günlük ihbar süresinin eser sözleşmelerinde uygulama yeri bulunmamaktadır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; uzman bilirkişiden rapor alınarak eser inceletirilmeli, varsa ayıpların niteliği TBK'nın 474. madde hükmünce değerlendirilmeli, iş sahibinin seçimlik haklarını

İş sahibinin ayıptan doğan hakları TBK. m. 475 çerçevesinde düzenlenmiştir. Buna göre yüklenici tarafından ayıplı bir eser meydana getirilmesi durumunda iş sahibi, ücretsiz onarım isteyebilir, bedelde indirim talep edebilir veya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Bu üç seçimlik hakla birlikte veya onlardan ayrı olarak da genel hükümler çerçevesinde zararın tazminini talep edebilir. İş sahibinin bu seçimlik hakları kullanabilmesi için dava açması gerekmez. Bu haklar -genel hükümlere göre tazminat hakkı dışında- yenilik doğuran haklardır.¹²⁰ Dolayısıyla zararın tazminini isteme hakkı, seçimlik hakların yerine geçen seçimlik bir hak değil, bilakis onlarla birlikte istenebilen, onlara eklenen (kümülatif) bir haktır. Nitekim TBK. 475/III, iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkını saklı tutmuştur. Ancak, tazminat istenebilmesi için iş sahibinin ayıbı yükleniciye zamanında ihbar etmesi ve kusurlu olmaması gerekir.¹²¹ TBK. m. 478 çerçevesinde ise ayıptan doğan davalarda zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, buna karşı açılacak davalar, taşınır eserlerde teslim tarihinden itibaren iki yıl, taşınmaz eserlerde beş yıl ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesi ile zaman aşımına uğrar.¹²²

2. İş Sahibinin Borçları

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu iş sahibinin borçları başlığı altında yer alan 479-481. maddelerinde sadece bedel ödeme borcunu düzenlemiş bulunmaktadır.¹²³ Şu halde, sözleşmede özel olarak ayrıca bazı yan veya bağlı borçlar kararlaştırılmadıkça, iş

düzenleyen TBK'nın 475. maddesi hükümleri gözetilmeli, eserin reddinin gerekip gerekmediği, yine ayıbın niteliğine göre eserin reddi gerekmiyorsa bedel indirimi ve varsa ayıptan kaynaklanan zararların saptanarak sonucuna göre hüküm kurmalıdır.” Yargıtay 15.HD, 2015/4343 E.,2016/2603 K., 05.05.2016 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 13.11.2017

¹²⁰ GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.44

¹²¹ “...Ayıp, imâl edilen bir eserde veya malda, sözleşme ve ekleri ile iş sahibinin beklediği amaca ve dürüstlük kurallarına göre bulunması gereken vasıfların bulunmaması, bulunmaması gereken vasıfların ise bulunmasıdır. Şayet, imâl edilen eserde ayıp varsa, iş sahibi tarafından süresi içerisinde ayıp ihbarında bulunulması şartıyla sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinde sayılan seçimlik haklardan birisini kullanabilir. “Yargıtay 15.HD., 2018/2168 E., 2018/4954 K., 10.12.2018 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 19.03.2019; EREN, age., s.652

¹²² EREN, age., s.654

¹²³ ARAL, AYRANCI, age., s.414

sahibinin yükleniciye bedel ödemek dışında bir borcu doğmayacaktır. Fakat örneğin; sözleşmede iş sahibinin inşaat başlamadan önce arsasındaki mevcut yapıyı kaldırarak veya kiracıları çıkartarak yeri hazırlaması gibi yan hükümler konulmuş ise iş sahibi bu hükümlere uymak zorundadır. Yine yüklenici ile iş sahibi arasında bir kat irtifak sözleşmesi varsa iş sahibi belirlenen inşaatın yapılması için üzerinde düşen edimleri yerine getirmek ve yüklenicinin faaliyetlerine engel çıkarmamakla borçlu olacaktır.¹²⁴

b. İş Sahibinin Bedel Ödeme Borcu

Eser sözleşmesinde iş sahibinin asli edim yükümünü, meydana getirilerek teslim edilecek eser karşılığı bedel ödeme borcu oluşturur.¹²⁵ Bedel ödeme borcu para şeklinde belirlenebileceği gibi taraflar para dışında bir bedel belirleyebilirler. Belirlenen bu bedel sözleşmede açıkça yer alabileceği gibi örtülü olarak da kararlaştırılabilir.¹²⁶

İş sahibinin bedel ödeme borcu ve bedelin muacceliyeti TBK. m. 479'da düzenlenmektedir. Bu kanun hükmü uyarınca iş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olacaktır.¹²⁷ Fakat yüklenici ile iş sahibi eseri parça parça teslim edecek şekilde kararlaştırmış ve her parça için bir bedel belirlemiş ise, her parçanın teslimi anında o parça için belirlenen bedel muacceliyet kazanacaktır.

¹²⁴ ÖZ, İnşaat, age. s.112

¹²⁵ Mustafa Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II. İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.73

¹²⁶ ÜREM, age., s.21

¹²⁷ Cevdet Salih ŞAHİNİZ, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s.9

(1) Bedel Türleri

Eserin meydana getirilmesi karşılığında ödenecek bedelin miktarı, yüklenici ve iş sahibi tarafından sözleşmede kararlaştırılabileceği gibi kararlaştırılmamış da olabilir.

(a) Ücret miktarının sözleşmede belirlenmemiş olması

Bedel, gerek iş sahibinin asli edim yükümü olması gerekse eser sözleşmesinin zorunlu unsuru olması nedeniyle genellikle sözleşmede belirlenir.¹²⁸ Ancak taraflar bedelin miktarı hususunda anlaşmak zorunda değildir. Taraflarca bedelin miktarı konusunda bir anlaşma bulunmaması halinde TBK. m. 481 uyarınca bedel işin değeri ve yüklenicinin masrafları doğrultusunda belirlenecektir.¹²⁹

(b) Ücret Miktarının Sözleşmede Götürü Olarak Belirlenmiş Olması

Götürü bedel TBK. m. 480'de düzenlenmektedir.

TBK m. 480/I uyarınca; “*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.*”

Tarafların meydana getirilecek esere ödenecek bedeli, sözleşmede önceden kesin olarak belirlemelerine, götürü bedel denir.¹³⁰ Götürü bedelli sözleşmelerde,

¹²⁸ “Eser sözleşmesi taraflara karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme akdidir. Yüklenici yapımını üstlendiği eseri sözleşmeye fen ve sanat kurallarına ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de kararlaştırılan bedeli ödemekle mükelleftirler.” Yargıtay HGK., 2017/15-251 E., 2018/1046 K., 09.05.2018 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 28.08.2018

¹²⁹ “Ancak bir sözleşmede bedel unsuru belirlenmemişse, o sözleşme isimsiz bir sözleşme olarak düşünülecek ve böyle bir sözleşmeye de somut durumun özelliğine göre vekalet veya bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanacaktır.” Bknz. GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.57

¹³⁰ EREN, age., s.657

yapılacak işin bedeli, taraflarca, önceden kuşkuya yer bırakılmayacak şekilde, açık ve kesin olarak kararlaştırılmaktadır. Örneğin; tüm yapının kalorifer tesisatı karşılığında 15.000 TL ödenecek gibi.

Götürü bedelin toptan götürü bedel ve sabit birim fiyatlarla belirlenen bedel olmak üzere iki çeşidi vardır.

Bunlardan ilki olan toptan götürü bedel; eserin tamamı için toptan bulunan bir rakamdır.¹³¹ Bu bedel taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça eseri meydana getirirken harcanan emek ve masraflardan bağımsızdır. Sabit birim fiyatla belirlenen bedelde ise eserin meydana getirilmesi için gerekli birimler için önceden sabit bir fiyat belirlenir ve ödenecek bedel tespit edilir. Örneğin yapılacak işin metrekaresine göre fiyatın belirlenmesi gibi. Toptan götürü bedelden farkı, bedelin yapılan işlerin miktarına göre belirlenmesidir.¹³²

TBK. m.480/III uyarınca; *“Eser, öngörülenden az emek ve masrafi gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.”*

Görüldüğü üzere, bedel yüklenicinin esere harcayacağı emek veya gidere bağlı olmadığından yüklenici eseri meydana getirirken tasarruf eder ve daha az emek ve masraf harcayarak eseri meydana getirirse dahi iş sahibi belirlenen götürü bedeli tam olarak ödemek durumundadır.¹³³ Aynı şekilde yine yüklenici götürü bedelin üzerinde emek ve masraf harcayarak eseri meydana getirirse bu halde iş sahibinden aşan kısmı talep edemeyecektir.¹³⁴ Bu husus ahde vefa (pacta sunt servada) ilkesinin bir gereği

¹³¹ YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.560

¹³² ARAL, AYRANCI, age., s.416

¹³³ *“Taraflar arasında götürü bedel eser sözleşmesi ilişkisi kurulduğu uyumsuzluk konusu değişir. Uyumsuzluk iş bedelinin hesaplanmasında ve ayıp bedelinin mahsubunun gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır. Eserin bedeli 20.10.2010 tarihli sipariş belgesinde KDV dahil 140.000,00 TL olarak belirtilmişse de davacı 01.01.2011 tarihli faturada KDV dahil 114.770,00 TL olarak faturayı düzenlemiş ve bakiye alacağı için takip başlatmıştır. Götürü bedel eser sözleşmesi BK.'nın 355. maddesi ve TBK.'nın 480. maddesinde düzenlenmiş olup, sözleşmede kararlaştırılan bedelin tamamının ödenmesi zorunludur.”* Yargıtay 15. HD., 2016/4744 E., 2017/3440 K., 16.10.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 07.12.2017

¹³⁴ *“Sözleşmede yapılacak ve yapılmayacak imalâtlar gösterilmiş olup, bedel toplam olarak kararlaştırıldığından götürü bedellidir. Götürü bedelli işlerde yüklenici kararlaştırılan bedel üzerinden işi yapmak zorunda olup daha fazla emek sarf edip masraf yapsa dahi ücretin arttırılmasını isteyemez. Yapılan ödemenin yeterli olup olmadığı,*

olarak kabul edilmektedir.¹³⁵ Ancak taraflar dilerse sözleşmeyle bunun tersini, yani fazlalık ve eksikliklere tarafların katlanacağını kararlaştırabilirler.¹³⁶

TBK. m.480/II'de ise f.1.'in istisnası düzenlenmektedir. TBK m. 480/II uyarınca; *“Ancak başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eser yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.”*

Bu hüküm uyarınca, sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar, politik, toplumsal, ekonomik vs. faktörlere bağlı olarak değişebilir, bu durum edim ve karşı edim arasındaki denge ilişkisini bozabilir.¹³⁷ Bu halde öngörülemeyen olağanüstü durumlar nedeniyle götürü bedel arttırılabilir, aşırı ifa güçlüğüne dayalı uyarılama yapılabilir.¹³⁸

eksik ve kusurlar dikkate alınarak gerçekleştirilen imalatın için tamamına göre fiziki oranı tespit ve bu oranın götürü bedele uygulanmak ve yapılan ödemeler düşülmek suretiyle hesaplanması gerekir. Teknik bilirkişiden alınacak ek rapor ile hesaplama yapılmalıdır.” Yargıtay 15. HD., 2015/5980 E., 2017/305 K., 25.01.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 07.12.2017

¹³⁵ SELİMOĞLU, age., s.156

¹³⁶ AYDOĞDU, KAHVECİ, age., s.780

¹³⁷ Seçkin TOPUZ, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale (Hakimin Sözleşmeyi Uyarlaması), Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s.65

¹³⁸ **“Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık ilkesi (Ahde Vefa.. Pacta Sunt Servanda) yanında sözleşme serbestisi ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre kişiler, özel hukuk alanında özel ve tüzel kişilerle olan ilişkilerini, var olan hukuk düzeni içinde kalmak koşuluyla diledikleri tipte sözleşme yapmak hak ve özgürlüğüne sahiptirler. Bu olanak, Borçlar Kanununda öngörülen (Sözleşme Serbestisi) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak ve irade özerkliği Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır.O halde kişiler sözleşme serbestisi ilkesine göre kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nevi şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarını ahlak ve adaba aykırı olmamak koşuluyla serbestçe kararlaştırabilirler. Ahde vefa ilkesine göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalı ve hükümlerine riayet olunmalıdır. Sözleşmeye bağlılık kuralı hukuki güvenlik, doğruluk ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden biridir. Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde edimler arasında mevcut olan denge, ekonomik şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde taraflardan biri aleyhine katlanılamayacak boyutta bozulabilir, işte edimler arasındaki dengeyi aşırı derece bozan harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki olağanüstü yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi hallerde sözleşmeye bağlılık ilkesi ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki meydana gelir ve artık sözleşmeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif iyiniyet kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Bu adaletsiz sonuçları bertaraf etmek için, bugün İsviçre-Türk Hukukunda çoğunlukla dayanılan esas, dürüstlük kuralı uyarınca çözüm bulunmasıdır, işte edimler arasındaki dengenin, olağanüstü değişmeler yönünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirilmesi ve belki de imkansız hale getirmesi durumunda "işlem temelinin çökmesi" gündeme gelir. Bu gibi hallerde emprevizyon veya clausula rebus sic stantibus kavramı çerçevesinde kurulmuş olan bir sözleşmede değişikliklerin yapılması, hakimin sözleşmeye müdahalesi istenebilecektir. Öğreti ve uygulamada akdi uyarılama benimsenmiştir. Nütekim BK. 365/2. maddesi**

(c) Ücret Miktarının Sözleşmede Yaklaşık (Takribi) Olarak Belirlenmiş Olması

Yaklaşık bedelde taraflar sözleşme yapılırken, eser karşılığı ödenecek olan bedeli belirler, ancak bunun ne kadar olacağı kesin olarak belirlenmemiştir.¹³⁹

TBK. m. 481 uyarınca; “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir”¹⁴⁰

Yaklaşık bedelde taraflar iş için belirli bir bedel kararlaştırmakla birlikte bu bedel, götürü bedelde olduğu gibi kesin değildir. Sözleşmede tahmini bir bedel kararlaştırılmakta ancak daha sonra bu bedel yapıldığı yer ve zamanda eserin değeri

beklenmeyen hal kuramından söz etmektedir. Öğreti ve uygulamada ani edimli sözleşmeler dışında ilke olarak sürekli borç ilişkilerinde yukarıda yazılı kuralların uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu açıklamalardan sonra somut olaya baktığımızda, taraflar arasında fabrika ve idari binanın anahtar teslimi suretiyle davalı tarafından götürü bedel karşılığında 01/02/1994 ile 30/06/1994 tarihleri arasında yapıp anahtar teslimi suretiyle davacı iş sahibine teslimi konusunda tarafların anlaşığı uyuşmazlık konusu bulunmamaktadır. Davacı tarafından 30/06/1994 tarihinden 4,5 ay sonra yapılan tesbitte götürü için %85'nin tamamlandığı anlaşılmaktadır. Davalı da 26/04/1995 tarihli cevap dilekçesinde de inşaatın % 85'ini gerçekleştirdiğini ve davacıdan 1.100.000.000 TL. aldığını, oysa gerçekleştirdiği % 85 inşaat için 1.310.000.000 TL. harcadığını kabul etmektedir. Davalı bu dava ile birleştirilen 1995/328 esas sayılı dosyada 1.100.000.000 TL. iş yerine 1.610.000.000 TL.lık harcama yaptığını ileri sürmekte ise de, asıl davadaki cevap dilekçesindeki ikrarı ile bağlı bulunmaktadır. Koşulları yazılı sözleşme ile tesbit edilen bir binayı muayyen zaman içerisinde belli bir götürü bedel karşılığı yapıp teslim etmeyi kabul eden yüklenici, bu bedel karşılığında binayı yapmak zorundadır. Yukarıda açıklandığı gibi, sözleşmede kararlaştırılan bedel ile davalı-birleştirilen davanın davacının harcamaları arasında işlem temelini çöktecek derecede aşırı bir fark bulunmadığı görülmüştür. Kısa süreli olan bu sözleşmede borcun ifasının imkansız hale geldiğinden de söz edilemez. Basiretli bir tacir, kısa süreli bu borç ilişkisinde gerekli önlemleri almak suretiyle ekonomik güçlüğü pekala aşabilir. Bu durumda sözleşmeye hakim müdahalesinin kabulü hakkaniyet ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı düşer. Öte yandan yüklenicinin uyarılama istemesi için davadan önce temerrüde düşmemesi gerekir. Oysa sözleşme süresi içinde davalı edimini yerine getirmemiş inşaatın ancak % 85'ini yapabilmıştır. O halde temerrüde düşen borçlu, uyarılama talep hakkını yitirmiş olur. Ayrıca uyarılama davası, 4 Nisan 1994 kararlarından 1 yılı aşkın zaman geçtikten sonra açılmıştır. Bu durumda davalı-birleştirilen davanın davacısı bir yıl önceki olağanüstü koşullardan söz ederek sözleşmenin uyarılması talebini ileri sürmesi MK. 2. maddesindeki iyiniyet kurallarına da aykırı bulunmaktadır.” Yargıtay HGK., 2001/15-402 E., 2001/459 K., 30.05.2001 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29.08.2018

¹³⁹ AYDOĞDU, KAHVECİ, age., s.782

¹⁴⁰ “...Uyuşmazlık konusu “eser” sözleşmesi belirtilen yasal delillerle davacı tarafından kanıtlanmış ve fakat davacı yanca düzenlenen fatura kapsamının kesinleşmemiş olması durumunda ise; iş bedeli evvelce taraflarca kararlaştırılmamış olacağından, mahkemece faturalar ve iş emirleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, işin yapıldığı yılın serbest piyasa rayiçlerine göre tespit edilmektedir.. (818 Sayılı BK. m. 366, 6098 Sayılı TBK. m. 481).” Yargıtay 3.HD., 2013/5642 E., 2013/9789 K., 10.06.2013 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 07.12.2017

ve yüklenicinin giderleri göz önüne alınarak revize edilmektedir. Bedelin yaklaşık olarak belirlenmesi halinde, bedel riski iş sahibi üzerindedir.¹⁴¹

TBK. m. 482 uyarınca; yaklaşık bedelin iş sahibinin kusuru bulunmaksızın aşırı ölçüde aşılabileceğinin anlaşılması halinde her aşamada sözleşmeden dönülebileceği düzenlenmektedir. Bu hususa ikinci bölümde ayrıntılı bir şekilde yer verilecektir.

(2) Bedelin Muaccel Olması

Taraflar sözleşmede bedelin ödenme zamanını açıkça kararlaştırabilirler. Ancak sözleşmede böyle bir hüküm yok ise o halde TBK. m.479/I'e göre bedel, eserin teslimi anında muaccel olacaktır. Bu madde kapsamında açıkça yüklenicinin eseri teslim borcunun, iş sahibinin bedel ödeme borcuna oranla öncelikli ifa edilmesi gereken bir borç olduğu anlaşılmaktadır.

II. ESER SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Çalışmamızın konusunu eser sözleşmelerinde iş sahibinin dönme hakkı oluşturmaktadır. Bu çerçevede işe başlamama, işi geciktirme, işin yetişmeyeceğinin anlaşılması ve yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması fesih hususları çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak anlatılacaktır. Bu başlıkta ise yalnızca ifa nedeniyle sona erme, anlaşma nedeniyle sona erme, ifa güçsüzlüğü nedeniyle sona erme, ifanın imkansızlaşması nedeniyle sona erme, dönme cezası nedeniyle sona erme işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılacağı anlaşılması nedeniyle sona erme, bedelden kaynaklanan nedenlerle sona erme, yüklenicinin eseri teslimde direnimi nedeniyle sona erme hususlarına genel olarak değinilecektir.

¹⁴¹ KURŞAT, age., s.111 ; GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.61

A. İfa Nedeniyle Sözleşmenin Sona Ermesi

İfa sözleşmeyi normal şekilde sonra erdiren sebeptir. Yüklenici borçlanmış olduğu eseri vaktinde sözleşmeye uygun olarak ayıpsız bir şekilde meydana getirip teslim ettiği, iş sahibi de borçlanmış olduğu bedeli zamanında tam olarak ödediği takdirde taraflar borçlarını ifa ettikleri için sözleşme sona erer.¹⁴² İfa bu niteliği itibariyle bir defa olmayıp bir itirazdır.¹⁴³ Bir diğer deyişle, taraflardan biri karşı tarafça borcun ifa edilmediği iddiası ile mahkemeye başvurduğu takdirde, hakim her iki tarafın da edimlerini yerine getirip getirmediğini re'sen inceleyecektir.¹⁴⁴

B. Sözleşmenin Anlaşma Nedeniyle Sona Ermesi

Taraflar borcun ifasının her aşamasında anlaşarak sözleşmeyi sona erdirebilir, bu hususta ayrıca sözleşmenin sona erdiğine ve birbirlerine karşı bu sözleşmeden kaynaklanan herhangi bir alacak ve borçları bulunmadığına dair ikale sözleşmesi yapabilirler.¹⁴⁵ Sözleşmenin ortadan kaldırılmasına kadar yapılmış olan işin bedelinin ve ayrıca tazminatın ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse kapsamının ne olacağı taraflarca belirlenebilir.¹⁴⁶ Taraflar arasındaki anlaşmada böyle bir açıklık yoksa, ikale sözleşmesinin dürüstlük kuralına göre yorumu veya tarafların varsayılan iradelerine göre tamamlanması yoluna gidilmelidir.¹⁴⁷

¹⁴² EREN, age, s. 682

¹⁴³ SELİMOĞLU, age., s.433

¹⁴⁴ “Mahkeme tarafından davanın reddine karar verilmiş ise de yapılan inceleme ve araştırmanın yeterli olduğundan söz edilemez. Mahkemece davacının delil listesinde göstermiş olduğu tüm delilleri toplanmalı, özellikle ilk sözleşmenin varsa ibraz edilmesi ayrıca ilk sözleşmeye ilişkin fatura aslı ya da suretinin de dosyaya sunulması sağlanmalıdır. İlk faturadaki işlerin ve ikinci sözleşmedeki işlerin karşılaştırılarak, tespit dosyasındaki bulgular da dikkate alınmak suretiyle davacı yüklenicinin varsa hak ettiği iş bedeli konusunda bilirkişi kurulundan ek rapor alınmalı, alınan rapora itirazlar değerlendirilmeli, hasıl olacak sonuca uygun karar verilmelidir. Belirtilen nedenlerle eksik araştırma ve inceleme ile davanın reddi doğru olmamış, bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 15. HD. 2018/4259 E., 2018/5119 K., 18.12.2018 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 20.03.2019

¹⁴⁵ “Tüm sözleşmeler gibi, eser sözleşmelerinin de doğal sona ermeleri, bu sözleşmelerden doğan borçların tamamen ve uygun şekilde ifa edilmeleriyle mümkün olur. Bu doğal sona ermenin dışında, taraflar anlaşarak her zaman aralarındaki akdi ilişkiye son verebilirler (ikale). Sözleşme özgürlüğünün sonucu kabul edilen ve ilişkisinin ortadan kaldırılmasına yönelik bu tür sona erdirmeye sözleşmeleri yasalarımızda ayrıca düzenlenmemiştir.” Yargıtay 15. HD., 1995/2259 E., 1995/5181 K., 02.10.1995 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 31.08.2018

¹⁴⁶ Tan Tahsin ZAPATA, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s.243

¹⁴⁷ YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.568

C. Sözleşmenin İfa Güçsüzlüğü Nedeniyle Sona Ermesi

Eser sözleşmesi niteliği itibariyle taraflara karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu nedenle TBK. m. 98 uyarınca, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi, iflas etmesi veya hakkında yapılan haciz işlemlerinin sonuçsuz kalması nedeniyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, hakkı tehlikeye düşen taraf bir güvence talep edebilir, bu güvence sağlanmadığı sürece kendi borcunu ifa etmekten kaçınabilir ve en nihayetinde sözleşmeden dönebilir. Alacağı tehlikeye giren tarafın TBK. m. 98'e dayanabilmesi için; karşı tarafın aciz haline düşmüş olması ve borçlunun ödeme güçsüzlüğünün alacaklının alacağına kavuşmasını tehlikeye düşürmüş olması gerekir. Bu halde alacağı tehlikeye düşen tarafın, borçlunun aciz halinde olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Borçlu adına yapılan takip sonucunda alınan aciz vesikası ispat için yeterlidir.¹⁴⁸

D. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra İmkânsızlık Nedeniyle Sona Ermesi

Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen imkânsızlık durumunda, sözleşmenin geçerliliği etkilenmemektedir. Sonraki imkânsızlık borcun doğumuna değil, borcun devamına etki eden bir imkansızlıktır. Sonraki imkansızlıktan borçlu sorumlu ise, borç sona erecek ancak alacaklı imkânsızlık nedeniyle uğradığı zararı borçludan talep edebilecektir. İmkânsızlık borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir nedenle meydana gelmiş ise, borç TBK. m.136 uyarınca sona erecek ve borçlunun TBK. m. 112 anlamında bir tazmin yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Ancak bu noktada edimi imkansızlaşan tarafın bu imkansızlıktan sorumlu olmaması halinde TBK. m.136 yanında eser sözleşmesine ilişkin TBK. m. 483, 485, 486 hükümlerinin de kıyasen uygulanması söz konusu olabilecektir. Edimi imkansızlaşan kimse

¹⁴⁸ GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.80

borcundan kurtulacak, sözleşmenin tasfiyesi çerçevesinde de tarafların sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talepleri gündeme gelebilecektir.¹⁴⁹

E. Sözleşmenin Dönme Cezası Nedeniyle Sona Ermesi

Eser sözleşmesinde, taraflardan biri ya da her ikisi lehine bir dönme cezası kararlaştırılabilir. Bu halde lehine böyle bir hüküm olan taraf, belirlenen cezai bedeli ödeyerek sözleşmeden tek taraflı olarak dönebilecektir. Taraflardan birinin cezai bedeli ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmesi halinde sözleşme ifadan önce sona erecektir ve karşı tarafın kabulü aranmayacaktır. Görüldüğü üzere sözleşmede dönme cezası belirlenmesi, sözleşmeden dönülebilmesi noktasında taraflara kolaylık sağlamaktadır.¹⁵⁰

F. İşin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Yapılacağıın Anlaşılması Nedeniyle Sona Erme

TBK. m. 473/2 uyarınca; *“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 işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.”*

¹⁴⁹ Zekeriya KURŞAT, İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, www.academia.edu (Çevrimiçi), 31.09.2018; Vedat BUZ; Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Cilt 49, 2003, s.23 vd.

¹⁵⁰ *“Ayrıca cezai şartın esas itibarıyla iki temel amacı bulunmaktadır. Bunlardan biri, borçluyu ifaya zorlamak ve böylece asıl borcun ifasını teminat altına almak; diğeri de, borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir. Bu iki temel amacı dışında, cezai şartın diğer bir amacı da, ifayı engelleyen cezai şartta (dönme cezasında) borçlunun cezai şartı ödemek suretiyle sözleşmeden kolayca dönmesini sağlamaktır (... Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK. m. 158-161), ... 2003, s. 40-42). Hukukumuzda cezai şartın türleri seçimlik cezai şart, ifaya eklenen cezai şart ve ifa yerine cezai şart (dönme cezası) olarak düzenlenmiştir... İfa yerine cezai şart (dönme cezası); 6098 s. TBK. m. 179.f. III (818 s. BK. m. 158.f. III) hükmüne göre “Borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır” Yargıtay 3. HD., 2017/9691 E., 2017/17807 K., 19.12.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 31.08.2018*

Madde metninden de anlaşıldığı üzere; yüklenici kusurlu olmalı, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağı erken dönemde kesin biçimde anlaşılmalı, iş sahibi tarafından bu durumu önlemek amacıyla yükleniciye ayıbın veya aykırılığın giderilmesi için uygun bir süre verilmeli veya hâkim tarafından verdirilmeli ve bu sürede ayıp giderilmezse masrafı yükleniciye ait olmak üzere işe devamın üçüncü kişiye verileceği ihtar olunmalıdır.

G. Eserdeki Ayıp Nedeniyle Sona Erme

Eserdeki ayıp, iş sahibinin eseri kullanmadaki menfaatini etkileyecek ölçüde ise ve hakkaniyet gereği eserin bu şekilde ifasının iş sahibi tarafından kabul edilmesi iş sahibinden beklenemeyecek ise o halde TBK. m. 475 çerçevesinde iş sahibi seçimlik haklarını kullanabilir.¹⁵¹ Bu seçimlik haklar; sözleşmeden dönme, bedelin indirilmesini isteme, eserin ücretsiz onarımını talep hakkı ve tazminat talep etme hakkı olarak sıralanabilir. Ancak tazminat isteyebilmesi için yüklenicinin kusuru aranırken diğer seçimlik haklar bakımından böyle bir koşul yoktur.¹⁵²

H. Bedelden Kaynaklanan Nedenlerle Sona Erme

Bedelden kaynaklanan nedenlerle sone erme hususunu bedelin türüne göre incelemek gerekmektedir.

TBK. m. 480/II uyarınca; *“Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya*

¹⁵¹“İmalâtın ayıplı olması halinde iş sahibinin hakları 818 Sayılı BK 360 maddesinde (TBK 475. madde) sayılmıştır. Buna göre eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaideleri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenememesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşımaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeyi haklı olarak fesheden iş sahibi menfi zararının ödenmesini yükleniciden isteyebilir.” Yargıtay 15. HD., 2018/1985 E., 2018/1561 K., 16.04.2018 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 15.02.2019

¹⁵² ZEVLİLER, ERTAŞ, HAVUTÇU, AYDOĞDU, CUMALIOĞLU, age., s.600

karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.”

Madde metninden de anlaşıldığı üzere bedel götürü olarak belirlenmiş ve beklenmeyen bir nedenle (savaş, doğal afet, seferberlik gibi) eserin sözleşmede belirlenen götürü bedel ile yapılması oldukça güçleşmiş veya imkânsızlaşmış ise o halde yüklenici sözleşmede belirlenen bedelin yeni koşullara uygun olarak uyarlanmasını talep edebilecektir. Ancak bu uyarılama mümkün değil ise veya uyarılama yapıldığında ortaya çıkan bedel götürü bedele göre fahiş ise bu halde de sözleşmeden dönme talep edilebilecektir. Bununla birlikte yüklenicinin bu hakkını kullanabilmesi için mevcut durumun yüklenicinin kusuru nedeniyle oluşmaması, sözleşmede olağan üstü halin ortaya çıkması durumunda götürü bedelin artırılması veya fesih talebinde bulunulmayacağına kararlaştırılmamış olması ve yüklenicinin henüz edimini yerine getirmemiş olması gerekmektedir.¹⁵³

Bedelin yaklaşık olarak belirlendiği sözleşmelere ilişkin inceleme ise 2. Bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

I. İş Sahibinin İfaya Katılmakta veya Bedel Ödemekte Direnimi Nedeniyle Sona Erme

Eser sözleşmesinde kimi zaman yüklenicinin borcunu yerine getirebilmesi iş sahibinin edimini öncelikli olarak yerine getirmesine bağlıdır. Örneğin; anlaşma gereği dikilecek elbisenin kumaşının iş sahibi tarafından sağlanacak olması veya inşa edilecek binanın arsasının iş sahibi tarafından yükleniciye temin edilecek olması gibi.

İş sahibi üzerine düşen yapma veya verme yerine getirmiyor ise alacaklı temerrüdü söz konusu olacaktır. Bu durumda yüklenici makul bir süre bekler ve sonuç

¹⁵³ Bknz. “Ücret Miktarının Sözleşmede Götürü Olarak Belirlenmiş Olması” başlığı altındaki açıklamalarımız, s.37

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN TBK. M. 473/I VE TBK. M.482 ÇERÇEVESİNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

I. TBK. 473/I HÜKMÜ GEREĞİNCE İŞ SAHİBİNİN VADEDEN ÖNCE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI VE HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

TBK.'da vade tarihinden evvel sözleşmeyi sona erdirmeye ilişkin genel bir hükme yer verilmemiş olmakla birlikte, bazı özel hükümlerde vade tarihinden evvel alacaklıya bazı şartlarla sözleşmeyi sona erdirme imkânı tanınmıştır.¹⁵⁶ Eser sözleşmesi de bu imkânın tanındığı özel sözleşmelerden biridir. İş sahibine teslimden önce tanınmış bu hukuki koruma uyarınca, yüklenicinin yalnızca eseri yapıp tamamlama ve teslim borcu yani sonuç sorumluluğunun yanında sonuç vaadini gerçekleştirecek nitelikli çalışma borcunun da mevcut olduğunu ortaya koymaktadır. Bu bağlamda; eser sözleşmesi, tüm borç ilişkileri içinde vekalet sözleşmesine en yakın özellik taşıyan sözleşmedir ve güven esasına dayanır. Yüklenici, edimin ifasının teslimle sona ereceğine ilişkin olarak iş sahibinde güven uyandırmak zorundadır.¹⁵⁷ Yüklenici, edimini ayıpsız ifa edeceği yolunda uyandırdığı güvenin yanında, eseri

edilmesi doğru olmamıştır (Dairemizin 03.05.2016 tarih 2016/72 Esas ve 2016/2540 Karar sayılı ilâmi).” Yargıtay 15. HD., 2016/4019 E., 2017/3425 K., 16.10.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 07.12.2017

¹⁵⁶ EREN, age., s.629

¹⁵⁷ “Eser sözleşmesinde, işin uzmanı sayılan yüklenici, yapımını yüklediği işi, özen borcu gereği olarak fen ve sanat kurallarına, sözleşme hükümlerine, kendisine duyulan güvene ve beklenen amaca uygun şekilde yapmakla ödevlidir. Eser sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran önemli özelliklerinden birisi sonuç sorumluluğu, yani tarafların iradeleri doğrultusunda yüklenici tarafından bir sonucun meydana getirilmesi taahhüdüdür. Zira; eser sözleşmesinde bir eserin yaratılıp teslim edilmesi borcu altına girilmektedir. Bu borcun altına giren taraf yani yüklenici, işin mahiyeti gereği işi sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır. Sadakat borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapması ve ona zarar verecek her türlü eylemden kaçınmasıdır.” Yargıtay 3. HD., 2014/10600 E., 2015/3968 K., 12.03.2015 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 20.03.2019

zamanında tamamlayacağı yolunda da iş sahibinin kuşku duymamasını sağlamalıdır.¹⁵⁸

İşe zamanında başlama ve yürütme borcu TBK. m. 473/I çerçevesinde düzenlenmektedir. TBK. m. 473/I uyarınca; “*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.*

Kural olarak henüz muaccel hale gelmemiş olan edim borçlarının ihlali söz konusu olmaz.¹⁵⁹ Ancak bu noktada TBK. m. 473 özel bir düzenleme teşkil etmektedir. Kanun koyucu bu hükümlerle, eser sözleşmesinde bir asli edim yükümü olan teslimle beraber, eser meydana getirme unsuruna ait iş görme ediminin mevcut olduğunu ifade etmiş; bunun sonucu olarak iş sahibine teslimden önceki gecikme nedeniyle sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır.¹⁶⁰ Bir diğer ifadeyle yüklenici, teslim borcunu tehlikeye atacak davranışlar sergiliyorsa ve bu durum iş sahibi tarafından fark edilmişse, iş sahibi istisnai olarak sözleşmeden dönebilir.

TBK. m. 473/I kapsamında sözleşmeden dönme dışında herhangi bir haktan söz edilmemektedir. Bu nedenle borçlu temerrüdüne alacaklıya sözleşmeden dönme dışında tanınan hakların burada da kullanılabileceğinden kuşku duymak gerekir. TBK. m. 473/I hükümleri yüklenicinin, bir çeşit temerrüdünü düzenleyen hükümler değil,

¹⁵⁸ ÜREM, age., s.54, KAPLAN, age., s.97

¹⁵⁹ Turan ŞAHİN, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara, Seçkin Yayınları, 2012, s.199

¹⁶⁰ KAPLAN, age., s.97; ARAL, AYRANCI, age., s. 390; “*Taraflar arasında düzenlenen sözleşme, sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi niteliğindedir. Uyuşmazlığın, eser sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilip çözülmesi gerekli ve zorunludur. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 473. maddesi hükmüne göre yüklenici işe zamanında başlamaz veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirir veya iş sahibinin kusuru olmaksızın gecikme, iş süresinde işin bitirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılıyor ise iş sahibi sürenin sona ermesini beklemeden akdi feshedebilir. Ayrıca, genel olarak eser sözleşmelerinde yüklenicinin sadece eseri meydana getirmesi asli edim borcunu yerine getirdiği anlamına gelmemektedir. Yüklenici, sözleşmeye uygun meydana getirdiği eseri teslim borcu altındadır. Yüklenici üstlendiği eseri meydana getirecek ve meydana getirdiği bu eseri, iş sahibine usul ve yasaya ve sözleşme hükümlerine uygun olarak teslim edecektir. Eseri teslim borcu yüklenicide olduğundan eserin teslim edildiğini kanıtlama borcu da yükleniciye düşmektedir. Bir başka deyişle yüklenici, eseri, iş sahibine sözleşmeye uygun teslim ettiğini kanıtlamak zorundadır.*” Yargıtay 15.HD. 2015/6243E., 2016/1504K., 08.03.2016T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 05.02.2018

sadece, ifanın hazırlanma safhasının eser sözleşmesinde taşıdığı önem sebebiyle, yüklenici temerrüde düşmeden, iş sahibinin sözleşmeden kurtulmasına imkân sağlayan bir hükümdür.¹⁶¹ Dolayısıyla TBK. m. 473/I'de belirtilmediği halde, sözleşmeden dönme dışında borçlu temerrüdünden doğan hakların bu hüküm kapsamında kullanılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.¹⁶²

B. İŞ SAHİBİNİN TBK. M.473/I HÜKMÜ UYARINCA SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

1. TBK. 473/I Hükümünün Uygulanma Koşulları

a. Eseri Meydana Getirme Borcunun İfası Mümkün Olmalıdır

İmkânsızlık, sözleşmenin yapıldığı tarihte var olan objektif ve sübjektif imkânsızlık ve sözleşmeden sonra ortaya çıkan objektif ve sübjektif imkânsızlık olarak iki halde kendini gösterir. Objektif imkânsızlık herkes için imkânsızlık hali olup sübjektif imkânsızlık ise borçlunun şahsı ile ilgilidir. Eğer edimin başkası tarafından yerine getirilmesi mümkün ise sübjektif imkansızlıktan, yerine getirilmesi mümkün değil ise objektif imkansızlıktan bahsedilir.¹⁶³

Şayet sözleşmenin yapıldığı tarihte objektif bir imkânsızlık söz konusu ise yapılmış olan bu sözleşme batıl olacak ve yüklenicinin eseri teslim borcu hiç doğmamış olacaktır. (TBK. m. 27/I)¹⁶⁴ Eseri teslim borcu sonradan objektif olarak imkânsız hale geldiğinde ise şayet ifa imkansızlığından borçlu sorumlu tutulamıyorsa TBK.m. 136 hükmü gereğince imkânsızlık borcu sona erdirecektir; ifa imkansızlığı

¹⁶¹ "Bu görüşe karşı, yüklenicinin işi terk etmesi veya işi yapamayacağını anlaşılmaması hallerinde iş sahibinin ifa yerine olumlu zararının tazminini istiyorsa sözleşmeden dönmeyip vadeye kadar beklemekten başka çaresi kalmayacağına dikkat çekilerek itiraz edilebilir...Maddi bir yapma edimi borçlusunun borcunu ifa etmeyeceğini kesin olarak ortaya koyması ifa imkansızlığı sayılmalıdır...Esasen iş sahibi ifa imkansızlığı sebebiyle TBK. m.112 uyarınca ifa borcunun yerini tazminat borcunun aldığı ileri sürerek, derhal (vadeyi beklemeden) yükleniciden olumlu zararının tazminini isteyebilecektir..."ÖZ; İnşaat, s.128 ; KURŞAT; age., s.196

¹⁶² Aksi yönde görüşler için bkz.; Zarife ŞENOCAK; Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.25; AYDOĞDU KAHVECİ, age., s.772; KAPLAN, age.,s.102; ARAL AYRANCI, age.,s.390; EREN, age.,s.631

¹⁶³ Selahattin Sulhi TEKİNAY, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU, Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler; 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993,s.404

¹⁶⁴ NOMER, age., s.89

borçlunun kusuru nedeniyle meydana gelmişse, TBK. m. 112 çerçevesinde imkânsız hale gelen edimin yerini alacaklının zararını karşılama yükümlülüğü olacaktır.¹⁶⁵

Şayet sözleşmenin yapıldığı tarihte subjektif bir imkânsızlık söz konusu ise bu durum yüklenici ile ilgilidir.¹⁶⁶ Şöyle ki eser başka yükleniciler tarafından ortaya konabilir nitelikte iken sözleşmenin tarafı olan yükleniciye özgü olarak eserin meydana getirilememesi söz konusudur. Bu halde sözleşmenin batıl olduğundan söz edilemeyecek ve yüklenici iş sahibine karşı sorumluluğu bulunacaktır.¹⁶⁷

Gecikme sebebiyle iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınması için gereken koşullardan ilki, sözleşme kurulduktan sonra eserin meydana getirme borcunun ifasının mümkün olmasıdır. Dolayısıyla imkânsızlık halinde, yüklenicinin kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın TBK. m. 473 hükmü gereğince iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamamalıdır. Bu halde borcun ifa edilmemesinin sonuçları ancak ifa imkansızlığına ilişkin genel hükümlere (TBK. m. 112, m.136) ya da eser sözleşmesine ilişkin özel hükümlere (TBK. m. 485, m.486) dayalı olarak belirlenebilir.¹⁶⁸

¹⁶⁵ ÖZ, age., s.156; ÜREM, age., s.60

¹⁶⁶ "Sözleşmedeki edim yerine getirilmemişse borçlu alacaklının uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür. Fakat bazen sözleşmedeki edimin yerine getirilmesi; edimin yok olması gibi maddi, sözleşme konusunu yapılamaz kılan hukuki bir nedenle ya da ekonomik, sosyal vs. bir olay niteliğindeki fiili bir nedenle mümkün olmayabilir. Bu durumda ifa imkansızlığı gündeme gelir. İfa imkansızlığı; edimin içeriği değişmeksizin borcun aynen yerine getirilmesinin imkansız hale gelmesi olarak açıklanabilir. Eğer ifa imkansızlığı sadece sözleşmenin tarafları bakımından değil, herkes için söz konusu ise buna objektif imkansızlık, yalnız sözleşmenin taraflarından birinin tutumundan doğmuşsa buna da subjektif imkansızlık denir. İfa imkansızlığı sözleşme yapılmadan önce var ve bu olgu herkes bakımından aynı sonucu meydana getirmekte ise BK'nun 20. maddesi gereğince sözleşme geçersizdir. İfa imkansızlığı sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış ve eğer borçlunun kusuru olmaksızın edim imkansızlaşmışsa BK'nun 117. maddesi, borçlunun kusuru sonunda imkansızlaşmış olursa BK'nun 96. maddesinin uygulanması gerekir." Yargıtay 15. HD., 2016/1159 E., 2017/350 K., 30.01.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 31.08.2018

¹⁶⁷ "...taraflar arasındaki sözleşme uyarınca davalı ...'nın edimini ifa etmediği, edimini yerine getirmemesinin sözleşmenin yapılmasından önce var olan subjektif imkansızlığa dayandığı için sözleşmenin geçerliliğine bir etkisi olmadığı, davacının sözleşmeden dönerek ödediğini geri isteme hakkı olduğu, sözleşmenin feshi bakımından ek süre vermesine gerek olmadığı, davacının aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeyi feshedebilmesi için temerrüde düşmede borçlunun kusurlu olmasının da gerekmediği, sözleşmeden dönülmesinin geriye etkili bir şekilde sonuç doğuracağı, davalı ...'nin sözleşme sebebiyle yaptığını iddia ettiği gider ve masraflarını davacının alacağına mahsup etme imkanı da olmadığı gerekçeleriyle davanın davalı ... yönünden kabulüyle davalı...Ltd. Şti'nin sözleşmenin tarafı olmadığı, şirket hesabına para yatırılmış olmasının da davalı...Ltd. Şti'yi sözleşmenin tarafı konumuna getirmeyeceği gerekçesiyle bu davalı yönünden davanın reddine karar verilmiştir." Yargıtay 11. HD., 2017/1027 E., 2018/330 K., 16.01.2018 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 31.08.2018

¹⁶⁸ ÜREM, age, s.61

b. Gecikme Olmalıdır

(1) Genel Olarak

Eser sözleşmelerinde eseri meydana getirme ve teslim borcu bakımından ifa zamanıyla bağlantılı borca aykırılığın gerçekleşmesi mümkündür. TBK. m. 473/I'de yer alan "işe başlama ve yürütme borcu" bakımından "gecikme" bu aykırılıklardan biridir.¹⁶⁹ Eser sözleşmelerinde yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim etme borcunun yanında işe zamanında başlama ve yürütme borcu da bir yan borç olarak yer almaktadır.¹⁷⁰

(2) İşe Zamanında Başlamada Gecikme

TBK. m. 473/I çerçevesinde yüklenicinin işe zamanında başlamaması iş sahibine, sözleşmeden dönme hakkı verir. Ancak kural olarak, TBK. m. 473/I sadece işin tamamlanması (ifası) tarihinin sözleşmede saptanmamış olduğu durumlarda başlı başına sözleşmeden dönmeye gerekçe olabilecektir. İfa tarihinin taraflarca önceden saptanmış olduğu hallerde ancak yüklenicinin gecikmesi nedeniyle eserin teslim tarihine yetişmeyeceği açıkça görülmekte ise iş sahibi sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmelidir.¹⁷¹

İşe başlama olgusu, sözleşmede işe başlama tarihinin belirtilmiş olup olmamasına göre değerlendirilecektir.

¹⁶⁹ ACAR, age., s.63 ; "Ancak iş sahibinin iş birliği yapma borcunu ihlal etmesi sonucu inşaatın meydana getirilmesi gecikirse, yüklenicinin borcu objektif olarak ihlali söz konusu olmaz. Yüklenici, süre uzatım talebinde bulunabilir. Eserin hasarına ilişkin risk iş sahibine geçer. Yüklenici sözleşmeden dönebilir...İşbirliğinde bulunma yükümlülüğü ihlal edilmiş olmasına rağmen örneğin iş sahibinin inşaatla ilişkin planları vermesinde gecikmesine karşılık yüklenici tarafından fazla masraf yapmaksızın iş zamanında bitiriliyorsa iş sahibinden herhangi bir talepte bulunması mümkün değildir." SEÇER, İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu, s.500." Öz SEÇER, İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu, s.500 (Çevrimiçi) www.academia.edu , 12.05.2019

¹⁷⁰ "Davalı kooperatif inşaat ruhsatının alınmasındaki ve işe başlamadaki gecikmenin davacı arsa sahibine isnat edilebilecek nedenlerden ya da mücbir sebeplerden kaynaklandığını ispat edememiş, inşaat ruhsatını alma ve işe başlama borcu yönünden temerrüde düşmüştür. BK'nın 358/I maddesi uyarınca davacı arsa sahibi lehine fesih koşulları oluşmuştur." Yargıtay 2012/3776 E., 2012/7357 K., 22.11.2012 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 20.09.2018

¹⁷¹ ÖZ, İnşaat, s.131

(a) İşe Başlama Tarihinin Belirtildiği Sözleşmeler

İş sahibi ve yüklenici sözleşmede, işe başlama tarihini kararlaştırabilir. Bu kararlaştırma bir tarih olabileceği gibi (örn: 03.05.2019), bir eyleme (örn: yüklenicinin ruhsat alması) ya da ileride gerçekleşecek bir duruma da (örn: kiracının tahliye edilmesi) bağlanabilir.¹⁷²

İşe başlama tarihinin belirtildiği sözleşmelerde, taraflarca belirlenen işe başlama zamanının, fiilen işe başlanmasına mı yoksa tamamlama ya da teslim zamanının hesaplanmasına mı ilişkin olduğu tespit edilmelidir. Eğer sözleşmede belirtilen işe başlama zamanı, fiilen işe başlama zamanı ise ve yüklenici bu anda iş görme faaliyetine girişmemiş ise, iş sahibi TBK. m. 473/I gereği sözleşmeden dönebilecektir.¹⁷³ Eğer iş sahibi işe başlanması için değil de sonucun sağlanması için bir süre vermişse, bu durumda onun işe zamanında başlamasından ziyade zamanında bitirilmesinden bahsedilir ve yüklenicinin işe başlamaması nedeniyle sözleşmeden dönülemez.¹⁷⁴ Örneğin; sözleşmeye konu binadaki kiracının iş sahibi tarafından tahliye edilmesinden sonraki bir ay içinde işe başlanacağı kararlaştırılmış ise bu halde iş sahibi TBK. m. 473/I çerçevesinde iş zamanında başlanmaması durumunda sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Ancak sözleşmede kiracının tahliye edilmesinden itibaren bir yıl içerisinde eserin tamamlanacağı kararlaştırılmışsa bu durumda işe başlama tarihi kararlaştırılmadığından, iş sahibi TBK. m. 473/I çerçevesindeki dönme hakkını işe başlamama sebebiyle değil, ancak işin zamanında tamamlanmayacağına açıkça öngörülmesi halinde kullanabilir.¹⁷⁵

¹⁷² KAPLAN, age., s.83; ÜREM, age., s.67

¹⁷³ ÖZ, İnşaat, s.131

¹⁷⁴ Muaz ERGEZEN, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.61

¹⁷⁵ ÖZ, İnşaat; s.132

(b) İşe Başlama Tarihinin Belirtilmediği Sözleşmeler

Eser sözleşmesinde, işe başlama tarihi objektif esaslı unsurlardan değildir. Dolayısıyla işe başlama tarihi taraflarca sözleşmede kararlaştırılabileceği gibi hiç belirtilmemiş de olabilirler. Eğer yüklenici ve iş sahibi sözleşmenin ifa edilmesi için bir zaman belirlememişler ise ve hukuki ilişkinin özelliğinden de anlaşılamiyorsa, borç borçlu tarafından hemen (doğumu anında) ifa edebileceği gibi, doğduğu an itibariyle muaccel olur, yani alacaklı dahi hemen borcun ifasını isteyebilir. O halde tıpkı vade belirlenmemiş borçlarda olduğu gibi devreye TBK. m. 90 hükmü girecek ve kıyasen boşluğu dolduracaktır.¹⁷⁶ Bu çerçevede yüklenici, teslim zamanında eserin teslimine imkân verecek en yakın tarihte eserin meydana getirilmesine başlamalı ve en uygun zamanda işi tamamlayıp teslim etmelidir.¹⁷⁷

(c) İşe Ne Zaman Başlanmış Sayılacağı Hususu

İşe başlama zamanının sözleşmede kararlaştırılıp kararlaştırılmadığının yanında “işe ne zaman başlanmış sayılacağı” hususunun da tespit edilmesi gerekmektedir.¹⁷⁸ Eser sözleşmesinde, eser özel bir meydana getirme olduğundan, her somut olaya göre durumu değerlendirmek gerekir.

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin işe başlamadan önce birtakım hazırlıklar yapması gerekmektedir. Ancak yüklenici hazırlık faaliyetini ağırdan alarak işe başlamayı geciktiremez. Bu nedenle, yüklenicinin işe zamanında başlamış sayılması için göstermelik faaliyetlerine değil, kalan sürede işi bitirip bitiremeyeceğine bakılması gerekir.¹⁷⁹ Yüklenicinin tüm şartlar hazır olduğunda ve ilk uygun anda işe derhal başlaması gerekir.¹⁸⁰

¹⁷⁶ NOMER, age., s.329; KAPLAN, age., s.84; KURŞAT, age., s.201

¹⁷⁷ ARAL AYRANCI, age.,s.391; ÜREM, age., s.71

¹⁷⁸ GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.126

¹⁷⁹ ALTAŞ, age., s.101

¹⁸⁰ “Her ne kadar sözleşmede, ruhsat alımı için bir süre öngörülmemiş ise de, yukarıda açıklandığı üzere, davalılar harç ödemediklerinden yaklaşık 1 yıl sonra imar durumu alınabilmiştir. 2 yıla yakın bir süre geçmesine karşı henüz

(3) İŖi Yürütmede Gecikme

Yüklenicinin iŖe baŖladığı fakat sözleşmede ön görülen iŖ programına uymadığı, ara vadeleri geçirdiği veya yeterli iŖ gücü ile araç ve gereçleri sağlamadığı durumlarda iŖi yürütmede gecikme söz konusudur.¹⁸¹

Yüklenici iŖ görme faaliyetlerini TMK. m. 2 dürüstlük kuralı çerçevesinde ortalama bir yüklenicinin iŖi yürütme hızında yürütmelidir.¹⁸² Ancak çalışmaların benzer işlere oranla yavaş sürmesi, iş sahibine, tek başına TBK.m.473/I nedeniyle dönme hakkı vermez. Somut olayın özelliklerine göre, iş görme faaliyetlerinin daha hızlı yürütülmesi yükleniciden beklenebilir olmalıdır.¹⁸³ Örneğin inŖaatın yapıldığı arazinin elverişsizliği yüzünden çalışmalar yavaş yürüyorsa bu durum kural olarak sözleşmeden dönme hakkı vermez, buna karşılık iş sahibinin benzer işlere oranla çok daha hızlı yürütmesini beklemeye hakkı olduğu durumlarda bu hızın gerçekleşmemesi üzerine sözleşmeden dönme hakkı doğabilir.

Borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerden TBK.m.123'deki süre verme koşulunun burada da uygulanmasına dikkat edilmelidir. Ancak burada verilecek süre eserin tamamlanmasına değil, çalışma temposunun normal düzeye çıkarılmasına veya çalışmalar durmuşsa tekrar baŖlamasına ilişkin olmalıdır.¹⁸⁴ Eğer iş sahibi eserin tamamlanması için süre vermiş ise artık sadece işin yavaşlatılması veya durması nedeniyle sözleşmeden dönemeyip, birazdan belirteceğimiz üzere yüklenicinin

ruhsat alınamamış, yargılama aşamasında dahi alınmış değildir. Bütün bu olgular birlikte değerlendirildiğinde davalı yüklenicilerin temerrütlerinin varlığı ortadadır. Sözleşme tarihine göre 4 yıla yakın süre geçmiştir. Arsa sahiplerinin tahammül süreleri fazlasıyla aŖılmıştır. Yüklenicilerin kendilerine tanınan hakkı kötüye kullanmaları iyiniyetle bağdaşmaz (MK.2.md.). Gecikmenin haklı ve makul bir nedeni yoktur. Tamamen davalıların kusuruna dayalıdır.” Yargıtay 15. HD. 2003/1390 E., 2003/4548 K., 06.10.2003 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 20.09.2018

¹⁸¹ ÖZ, İnŖaat, s. 133; KAPLAN, age., s.108; GÜMÜŖSOY KARAKURT, age., s.140; ARAL, AYRANCI, age., s.391

¹⁸² ÜREM, age., s.72, ALTAŖ, age., 102

¹⁸³ KURŖAT, age., s.202; “...işin ikmaline makul bir süre içinde baŖlanması ve makul sürede bitirilmesi zorunludur. Çünkü memleketin gerçekleri işçilik ve malzeme fiyatlarının kısa aralarla artış gösterdiği yolundadır. Diğer bir deyimle işin ikmalinin gecikmesi ile inŖaatın iş sahibi tarafından uzun bir süre sürüncemede bırakılması halinde enflasyon hızının etkisi ile ve kendi fiilinin sonucu olarak zararın artmasına neden olacağı tabiidir... O halde, mahkemece yapılacak iş davalının yapımını üstlendiği inŖaatın nam ve hesabına emanet suretiyle engeç hangi tarihte yapılmasına baŖlanması gerektiği yani sözleşmenin feshinden sonra işin ikmali için beklenmesi gereken makul sürenin ne olduğu hesap ettirilmeli, işin nicelik ve niteliği gözönünde tutularak objektif ölçüler içinde ne kadar zamanda bitirilebileceği saptanmalıdır” Yargıtay 15. HD. 1988/1537 E., 1989/407 K., 06.02.1989 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 06.09.2018

¹⁸⁴ KURŖAT, age., s.210

gecikmesi nedeniyle bütün tahminlere göre eserin teslim zamanında bitirilemeyeceğinin açıkça anlaşılması halinde sözleşmeden dönebilmelidir. Yine TBK.m.124 hükmüne kıyasen bu hükümde belirtilen durumların varlığı halinde (a- yüklenicinin içinde bulunduğu durumdan veya tutumdan süre verilmesinin etkisiz olacağına anlaşılması, b- işe zamanında başlamamak yüzünden artık inşaatın gereken zamanda tamamlanamaz hale gelmesi ve bu yüzden yapılmasının iş sahibi için artık yararsız olması, c-sözleşmede işe başlama tarihinde yüklenicinin işe başlamaması üzerine artık çalışmasının kabul edilemeyeceğinin kararlaştırılmış olması (=kesin vade)), iş sahibi süre vermeksizin de sözleşmeden dönebilecektir.¹⁸⁵

(4) Yüklenicinin Gecikmesi Nedeniyle Bütün Tahminlere Göre Eserin Teslim Zamanında Bitirilemeyeceğinin Açıkça Anlaşılması

Genel olarak eser sözleşmelerinde, eserin teslim edileceği tarih belirtilir. Ancak belirtilmediği hallerde sözleşme yine de geçerlidir. Nitekim TBK. m.2 uyarınca, iki taraf akdin esaslı noktalarında uyuşur ise, ikinci derecedeki noktalar sükut ile geçilmiş olsa bile, akde mün'akit olmuş nazariyle bakılır. Teslim tarihi, eser sözleşmesinin ikinci derece unsurlarından olup, sözleşmede bulunmaması geçerliliğini etkilemez.¹⁸⁶

TBK. m. 473 çerçevesinde her ne kadar madde metninde “teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın” ifadesi yer alsa da iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için eser teslim tarihinin kararlaştırılması gerekmez.¹⁸⁷ Dönme hakkının kullanılabilmesi için teslim için belirlenen veya öngörülen zamanda teslimin gerçekleşmeyeceğinin açıkça anlaşılması yeterlidir.¹⁸⁸

¹⁸⁵ ÖZ, İnşaat, s.134; KAPLAN, age., s.108

¹⁸⁶ Cengiz KOSTAKOĞLU, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri. 10. Basım, İstanbul: Beta Yayınları, 2017, s.494

¹⁸⁷ İlker Hasan DUMAN, İnşaat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 9.Baskı, 2018, s.319; ÜREM; age., s.83

¹⁸⁸ Ayrıca TBK. m. 473/II'de, eserin meydana getirilmesi sırasında, 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 işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir düzenlemesi yer almaktadır. Görüldüğü üzere TBK. m.473/I'in sonucu sözleşmeden dönme iken TBK. m.473/II'nin sonucu ise eserin üçüncü bir kişiye yaptırılabilmesidir. Her ne kadar TBK. m. 473/I ve II. fıkraları birbirinden farklı düzenlemeleri içeriyor olsa da bu noktada, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının uygunsuz sonuçlar meydana getireceği ve bir yarar sağlamayacağı, eserin zamanında bitirilmesinin mümkün olmayacağı ya da üçüncü kişinin

(a) Teslim Tarihinin Belirtildiği Sözleşmeler

Taraflar teslim zamanı olarak belirli bir vade (örneğin 02.02.2017), süre (örneğin sözleşmenin kurulmasından itibaren bir yıl içinde) veya işin ortalama bir sürede tamamlanacağını kararlaştırmışlarsa teslim borcunun muacceliyet anı belirlenebilir.¹⁸⁹

İfa için vadedin tespit edildiği sözleşmelerde, yalnızca işe başlanmaması veya işin yavaş yürütülmesi tek başına sözleşmeden dönme için yeterli değildir.¹⁹⁰ İş sahibinin TBK. m. 473/I hükmü gereğince sözleşmeden dönmesi için eserin belli bir zamandaki seviyesinin olması gerekenin gerisinde bulunması ve bu gecikmenin eserin teslim zamanına yetişmeyeceğini açıkça göstermesi gerekmektedir.¹⁹¹ Örneğin, yüklenicinin elindeki personel gücünü yarı performansla kullanarak tamamlama zamanının ilk yarısında işin %50'si yerine sadece %20'sini yapmış olması durumunda salt bu oran gecikmenin varlığını gösterse de, personelini olması gerektiği gibi tam performans çalıştırdığında, kalan sürede gecikilen tamamlama oranını kapatacağı, aynı zamanda eserin teslim zamanında tamamlanacağı açıkça öngörüldükçe iş sahibi de sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır. Ancak örneğin; eserin işe başlama tarihinden itibaren geçen 60 ay içinde tamamlanması kararlaştırılmış, fakat işe başlama tarihinden itibaren geçen 48 ayda işin sadece %20'lik kısmının tamamlandığı açıkça, dürüstlük kuralı gereğince kalan işin 24 aylık zaman diliminde tamamlanmayacağı sonucuna objektif bir hesaplamayla varılabildiğinden, iş sahibi TBK. m. 473/I hükmü uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.¹⁹² Bununla birlikte, eserin teslim zamanına yetişmesinin güç olması, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının doğmasına yetmez. Yüklenicinin o ana kadarki işi yürütme hızıyla eseri teslim

eseri zamanında bitiremeyeceğinin açık olduğu durumlarda kanun koyucu tarafından, iş sahibine, ayıplı ya da sözleşmeye aykırı eseri vaktinden önce düzeltme imkânının yanı sıra TBK. m.473/I çerçevesinde sözleşmeden erken dönme imkânının da tanındığı kabul edilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma HIZIR, Türk Borçlar Kanunu md. 473/II Kapsamında İş Sahibinin İşin Devamını Üçüncü Kişiyeye Verme Hakkı; Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 39, Ocak 2018, s.717 vd.

¹⁸⁹ ÜREM, age., s.83 ; Örneğin; sözleşmede ruhsatın alınması veya temel üstü ruhsat tarihinin inşaat süresi için başlangıç tarihi olacağına ilişkin bir hüküm bulunması halinde, bu belgelerdeki tarih esas alınarak vade sonu ve inşaatın teslim tarihi belirlenmektedir. Bknz. KOSTAKOĞLU, age., s.495

¹⁹⁰ ALTAŞ, age., s.103. ÖZ, İnşaat, s.135; Aksi görüş için bkz. KURŞAT, age., s.209

¹⁹¹ ERGEZEN, age., s.63 ; Hüseyin ALTAŞ, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Fikret Eren'e Armağan, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s.100

¹⁹² ÜREM, age., s.93

tarihinde bitiremeyecek olsa bile şayet faaliyetlerinin hızlanması halinde bu mümkün olacaksa, gene de sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz. Ancak somut olayın özellikleri yüklenicinin çalışmaları ifanın teslim tarihine yetişmesi için gereken düzeye çıkarmayacağını veya çıkarmayacağını ortaya koyuyorsa, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.¹⁹³ Yargıtay da kararları da bu yönde sonuca varıldığını göstermektedir.¹⁹⁴

Bununla birlikte, sözleşmede sadece işin bitiş tarihi değil ayrıca işin belirli aşamalarının tamamlanma tarihleri de kararlaştırılmış olabilir. Uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere büyük çaplı inşaat projelerinde, özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin işi taraflarca belirlenen iş programı (termin programı/planı)¹⁹⁵ ve bu programda yer alan ara vadeler dahilinde yürüteceği

¹⁹³ M. Turgut ÖZ; İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat; Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016; s.136

¹⁹⁴ **“Bilindiği üzere, TBK’nın 473. maddesi uyarınca, yüklenicinin işe zamanında başlamaması sebebiyle arsa sahibinin erken fesih isteminde bulunabilmesi için, oluşan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir. Somut olayda ise sözü edilen bu şart gerçekleşmediği gibi, sözleşmede ruhsat alınması ve işe başlanması için belirli bir vade kararlaştırılmamış, arsa sahiplerince, bu konuda yükleniciye gönderilen ihtarname tebliğ edilememiş, daha sonrasında da yüklenicinin işe başlaması yönünde uyarı amaçlı herhangi bir bildirimde bulunulmamıştır. Tüm bunlara ilaveten yukarıda açıklandığı gibi mahkemece, işin kararlaştırılan vadede tamamlanabileceği tespit edilmiştir. Açıklanan sebeplerle birleşen 2010/23 esas sayılı davanın reddi gerekirken hatalı yoruma dayalı gerekçeyle kabulü doğru olmamış, mahkeme kararının bozulması gerekmektedir.”** Yargıtay 23 HD., 2013/1452 E., 2013/4306 K., 21.06.2013 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 30.04.2019 ; **“Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa inşaat ruhsatının alınması arsa sahibine aittir. Bu yükümlülük yerine getirilmediği sürece yükleniciden işe başlamasını istemek kamu düzeniyle bağdaşmaz. İş sahibinin kusuru olmaksızın yüklenici işe başlamakta gecikmiş olsa dahi, eserin vadede bitirilmesi olanağı varsa iş sahibi sözleşmenin bozulmasını isteyemez. Aslolan üstlenilen edimlerin yerine getirilmesidir. Yüzeysel nedenlerle sözleşmeden dönme ahde vefa kuralını zedeler.”** Yargıtay 15. HD. 1992/3285 E., 1993/1196 K., 11.03.1993 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 06.09.2018 ; **“... vaki gecikme müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akti fesih edebilir.”** Yargıtay 15.HD., 12.06.1974 T., 425 E., 554 K., bknz. Mustafa Reşit Karahasan; İnşaat, İmar, İhale Hukuku, C.1, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s.240 ; **“müteahhidin işe geç başlamış olması, tayin edilen tarihte işi bitirmek imkanı olduğu sürece, iş sahibine sözleşmeyi fesih hakkı vermez.”** Yargıtay 15. HD., 18.09.1973 T., 15 E., 54 K., bknz. Karahasan; age., s.240 ; **“Ne var ki gerek inşaatın teslimine 4 ay kala meydana gelen deprem ve gerek 26.01.2001 dava tarihi itibarıyla (A) blokun sadece hafriyatının yapıлып temelinin döküldüğü, (E) Blokun ise sadece hafriyatının yapıldığı, (B) blokun da temelinin atılarak perdelerinin döküldüğü ve bodrum tavan kalıbının yapıldığı tespit edilmiştir. Üstelik, davalı yüklenici de, inşaatı bu haliyle bırakıp, inşaat mahallini terk etmiştir. İnşaatın deprem olmasa dahi kalan sürede tesliminin yapılamayacağı aşikar olduğuna ve yüklenicinin inşaatı terk ettiğine göre, BK. 358/1. maddesi uyarınca, davacı arsa sahiplerinin vadeden önce dahi sözleşmeden dönme haklarının doğduğu göz önüne alındığında, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken...”** Yargıtay 15. HD., 2007/161 E., 2007/3059 K., 07.05.2007 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 30.04.2019

¹⁹⁵ **“Somut olaydaki reklamasyon nedenleri incelendiğinde; Geç teslimle ilgili olarak; yanlar arasındaki sözleşmede teslim edilecek ürün miktarlarını ve teslim tarihlerini gösterir bir düzenleme yer almamaktadır. Dosyaya teslim edilecek ürün miktarlarını ve teslim tarihlerini gösterir bir termin programı da ibraz edilmemiştir. İş sahibi şirketçe, gecikmenin hangi tarihler arasında yapıldığı, dayanağının ne olduğu, zararın nasıl ve ne şekilde olduğu açıklanmadığı gibi zararın varlığı ve miktarı ile gecikmenin yüklenici şirketin kusurundan kaynaklandığı da kanıtlanamamıştır. Dava dışı Beysun Tekstil GmbH tarafından davalı ve birleşen dosyada davacı B.’e, bu şirket tarafından da davacı ve birleşen dosyada davalı Yücelan’a kesilen reklamasyon faturaları genel nitelikli olduğundan ve dayanakları gösterilip belgelendirilmediğinden iddianın ispatlanmış**

kararlaştırmaktadır. Böylece iş programı, işin ne kadarının hangi zaman dilimi içinde bitirilmesi gerektiğini belirler. şayet taraflar bir iş programı veya ara vade kararlaştırmışlar ve söz konusu iş programının veya belirlenen ara vadelerin bağlayıcı olduğu noktasında anlaşmışlar, bu tarihlere uyulmaması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği veya en azından bu anlama gelmek üzere yasal haklarını kullanabileceği şeklinde bir ifadeye de yer verilmiş ise, iş vadeye yetişecek olsa bile iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir. Buna karşılık bu tarihler ihlallerine ilişkin hiçbir yaptırım öngörülmeden belirlenmiş ise iş sahibi kural olarak sözleşmeden dnememelidir.¹⁹⁶ Yüklenicinin iş programına uymaması veya belirlenen ara vadede işi istenilen seviyeye getirememesi halinde iş sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin, eserin teslim zamanına kadar tamamlanamayacağının açıkça öngörülebilir olması koşulu da aranmalıdır.¹⁹⁷ İş sahibi ancak bu halde TBK. m. 473/I uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Taraflarca belirlenen ve bağlayıcı hale getirilen ara vadeler, gecikmenin meydana gelip gelmediği sonucuna, iş programı ile yüklenicinin geldiği seviyenin karşılaştırılması ile tartışmaya meydan bırakmadan ve de hâkimin bu yönde gecikmeyi takdir etmesine gerek kalmadan ulaşmasını sağlayacaktır.¹⁹⁸

Eser sözleşmesinde iş programının mümkün olmadığı edimlerde ise iş görme hızı yüklenici tarafından bağımsız şekilde belirlenir. Örneğin; bir heykeltıraştan 3 ay

sayılabilmesi için yeterli bulunmamaktadır.” Yargıtay 15. HD. 2010/5576 E., 2011/7924 K., 26.12.2011 T., (evrimii) www.kazanci.com , 06.09.2018

¹⁹⁶ Z, İnaşaat, s.135; KURşAT, age., s.205

¹⁹⁷ GüMüşSOY KARAKURT, age., s.141 ; “Davacı arsa sahibi, davalılardan yüklenici Hüseyin ile 25.1.1990 gnl Bakırköy İkinci Noterliği 5639 YN. ile tanzim edilmiş düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince arsanın 185/300 payı davalı yükleniciye devredilmiştir. Yüklenici ise bu payı yapılacak binadan bağımsız bölüm satın almak isteyen diğer davalılara devretmiştir. **Sözleşme uyarınca inşaatın tamamlanması için davalı yükleniciye 12 ay süre tanınmış olup, bu haliyle teslim tarihi 25.1.1991 olduğu halde dava tarihi olan 19.12.1990 tarihinde yapılmış olan işin henüz bodrum seviyesinde olduğu yapılan delil tespitiyle sabittir. Kalan iki aydan az sürede işin tamamlanamayacağı bilirkişice beyan edilmiş, mahkemece yapılan keşif sonucu alınan 23.12.1991 gnl raporda da geçen 10 ay 16 gün süre içerisinde yapılına göre işin kalan sürede bitirilemeyeceği kesin olarak bildirilmiştir. Davada istem, "sözleşmenin feshi" ve "tapu iptalidir". Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edimi binayı imal ve teslimdir. Oysa davalı yüklenicinin bu edimini kararlaştırılan sürede yerine getiremeyeceği açık olup BK.nun 358. maddesince arsa sahibi sözleşmeden dönmek hakkına sahiptir.” Yargıtay 15. HD., 1992/3812 E., 1993/1871 K., 21.04.1993 T., (evrimii) www.kazanci.com 14.12.2018**

¹⁹⁸ Bknz., II. Bölüm, B,1,b,(4).

içerisinde ahşap bir heykel yapılması istendiğinde, heykeltıraşın ilhamla beslendiği düşünülürse, bu heykeli son 3 günde de yapabilecektir.¹⁹⁹

(b) Teslim Tarihinin Belirtilmediği Sözleşmeler

Taraflar teslim zamanını sözleşmede belirtmemiş olabilirler. Teslim tarihinin sözleşmede belirtilmemiş olması, yükleniciye eseri belirsiz sürede teslim etme hakkı vermez. Eser sözleşmesinde taraflar eserin teslim tarihini kararlaştırmamış iseler bu durumda sözleşmedeki boşluk TBK. m. 90 çerçevesinde doldurulabilir. TBK. m. 90 hükmünün, TMK. m. 2 hükmü doğrultusunda işin niteliğine göre uygulama alanı bulduğu kabul edilmelidir.²⁰⁰ Şöyle ki, eser sözleşmesinin konusu olan iş TBK. m. 90 çerçevesinde derhal ifa edilebilecek nitelikte değil ise teslim zamanına ilişkin boşluk, işin niteliğine ve tarafların farazi iradelerine göre doldurulmalı, bu yapılırken de somut olaydaki eseri meydana getirmek için, deneyimli bir uzmanın normal halde işe vaktinde başlayıp devamlı bir çalışma ile mutad çalışma araçlarını ve gücünü kullanarak ne kadar zaman harcaması gerektiği göz önünde tutulmalıdır.²⁰¹

Bu çerçevede yüklenicinin eseri teslim zamanını belirlemek için işe başlama tarihi ile teslim tarihi arasına işin niteliğine uygun olacak makul bir süre koymak gerekir. Zira iş sahibinin TBK. m.473/I'e dayanarak sözleşmeyi sonra erdirmesi

¹⁹⁹ ÜREM, age., s.81

²⁰⁰ “Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu ve gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukuki yolların kapalı bulunduğu zorunluluk hallerinde, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uygulama alanı bulur ve hakime olağanüstü bir imkân sağlar; haksızlığı düzeltici, yasa ve sözleşmedeki kuralları tamamlayıcı işlevini yerine getirir.” Yargıtay HGK., 2012/13-592 E., 2013/65 K., 16.01.2013 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 06.09.2018

²⁰¹ “ Kuşku yok ki, tarafların sözleşmelerinde bu hususu eksik bırakmaları yükleniciye eseri belirsiz sürede teslim hakkı vermez. Bu gibi durumlarda işin olağan seyrine göre yürüyüp yürümediğini saptamak için o ana kadar yapılan iş ve işlemlere ve eserin hacmine bakmak gerekir.” Yargıtay 15. HD. 2003/767 E., 2003/3319 K., 18.06.2003 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 06.09.2018, “...işin ikmaline makul bir süre içinde başlanması ve makul sürede bitirilmesi zorunludur. Çünkü memleketin gerçekleri işçilik ve malzeme fiyatlarının kısa aralarla artış gösterdiği yolundadır. Diğer bir deyimle işin ikmalinin gecikmesi ile inşaatın iş sahibi tarafından uzun bir süre sürünce emede bırakılması halinde enflasyon hızının etkisi ile ve kendi fiilinin sonucu olarak zararın artmasına neden olacağı tabiidir... O halde, mahkemece yapılacak iş davalının yapımını üstlendiği inşaatın nam ve hesabına emanet suretiyle engeç hangi tarihte yapılmasına başlanması gerektiği yani sözleşmenin feshinden sonra işin ikmaline için beklenmesi gereken makul sürenin ne olduğu hesap ettirilmeli, işin nicelik ve niteliği gözönünde tutularak objektif ölçüler içinde ne kadar zamanda bitirilebileceği saptanmalıdır” Yargıtay 15. HD. 1988/1537 E., 1989/407 K., 06.02.1989 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 06.09.2018

makul bekleme süresinin sonunda mümkündür.²⁰² Makul süreden kasıt, yüklenicinin işi benzer işlerdeki ortalama çalışma hızıyla meydana getirmesidir. Yüklenici sözleşmenin kurulmasından sonra makul bir süre içerisinde işe başlamalı, tamamlamalı ve teslim etmelidir.²⁰³

2. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi

Sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, ifa edilmemiş edimleri sona erdiren ve ifa edilen edimlerin de iade edilmesi borcunu doğuran, varması gerekli, kural olarak şekle bağlı olmayan yenilik doğuran bir haktır.²⁰⁴

Sözleşmeden dönme hakkı iş sahibi tarafından yükleniciye yöneltilen tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilir.²⁰⁵ TBK. m. 473/I hükmü gereğince sözleşmeden

²⁰² “Sözleşme konusu yapının büyüklüğü dikkate alındığında yapı ruhsatlarının durdurulduğu tarihten önce yaklaşık bir yıl, yapı izinlerinin verilmeye başlanmasından sonra yaklaşık bir buçuk yıl boyunca yüklenicinin sözleşmenin ifası yönünde bir işlem yapmaması sebebiyle **makul bekleme süresi aşıldığından** ve ayrıca bu tür bir davranış arsa sahiplerinin güvenini sarsıcı nitelikte bulunduğundan davalı arsa maliklerinin feshi dava ve hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanun’unun 356. ve 358. maddeleri anlamında haklı bir fesihtir. Haklı fesih halinde yüklenici uğradığı kar kaybını isteyemez.” Yargıtay 23. HD., 2012/1915 E., 2012/4581 K., 03.07.2012 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 06.09.2018

²⁰³ KAPLAN; age., s.103 ;“Davacı ile davalı arsa sahibi Şükriye arasında 1.12.1995 tarihinde düzenleme biçiminde yapılan taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre 7910 ada 4 parselde yapılacak bina 9 katlı olacaktır. İşin süresi – inşaat başlandığı tarihten itibaren – 30 aydır. 4.11.1997’ye değin işe başlanılmamış arsa bu tarihte Şükriye tarafından diğer davalı Osman’a satılmıştır. Osman ile dava dışı kimse arasında yapılan sözleşme uyarınca inşaat başlanılmıştır. Bu hususlar çekişme konusu değildir. Mevcut inşaatın ruhsatına göre yapılacak bina, bir bodrum ile 3 kat olacaktır. Bu haliyle sözleşmede öngörülen 9 katın imar bakımından yapılması olanaklı değildir. Öte yandan, arsanın satıldığı tarihe değin geçen yaklaşık 2 yıllık süre içerisinde davacının hangi girişimde bulunduğu, neden sonuç alınmadığı, niçin inşaat başlanmadığı anlaşılabilir. İnşaatın süresi "işe başlanılmasından itibaren" 30 ay ise de; bu husus davacının işe başlamak için dilediği kadar süresi olduğu anlamında yorumlanamaz. O halde davacı geçen süre içerisinde işe başlamamasını makul nedene dayandıramazsa, 9 katlı bina yapılmasının olanaklı bulunduğunu ispatlayamazsa kendisine bir mehil tanınmasına gerek kalmaksızın (BK.md.106,107) davalı Şükriye’nin arsa mülkiyetini diğer davalıya devretmek suretiyle örtülü biçimde sözleşmeden vazgeçmiş olmasında haklı olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle mahkemece yeterli araştırma yapılmadan davalıların haksız olduğunun kabulüyle tazminata hükmedilmesi isabetli olmamıştır.” Yargıtay 15. HD. 2002/3551 E., 2002/5068 K., 11.11.2002, (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 06.09.2018

²⁰⁴ Vedat BUZ, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s.302

²⁰⁵ TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, age., s.17; Aksi görüş için bkz. Vedat BUZ, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, Yetkin Yayınları, 1998, s.75 “Yenilik doğuran haklar vasıtasıyla hak sahibinin tek taraflı irade beyanı ile muhatabın hukuk alanında onun muvafakatına gerek olmaksızın değişikliklere yol açabilme yetkisine sahip olması tehlikelidir. Muhatabın yenilik doğuran hak sahibinin iradesine kayıtsız şartsız bir şekilde tabi olmasının doğuracağı sakıncaları gidermek, tek taraflı böyle bir güç dağılımının yol açabileceği tehlikeleri en aza indirmek için, yenilik doğuran hakların kullanılmasında geçerli olacak bazı ortak kuralların geliştirilmesi zorunluluğu vardır...”

dönme hakkının kullanılması kanun koyucu tarafından herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Dolayısıyla bu beyan yazılı veya sözlü olarak yapılabilir.²⁰⁶

Tarafların tacir olduğu ve ticari işletmesi ile ilgili yapmış olduğu eser sözleşmelerinde dönme beyanı şekle bağlı kılınmıştır. Zira burada TTK. m. 18/3 hükmü uygulama alanı bulmaktadır.²⁰⁷ Bu hüküm uyarınca; tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.

Sözleşmeden dönmek için belirttiğimiz üzere kural olarak bir şekil şartı bulunmadığı gibi dava açılmasına da gerek yoktur.²⁰⁸ Ancak Yargıtay²⁰⁹, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri şekle tabi olarak noterde düzenleme şeklinde yapıldığından karşı taraf kabul etmedikçe, sözleşmeden dönme hakkının dava yolu ile kullanılabilmesini kabul etmektedir.²¹⁰

²⁰⁶ ATAMULU, age., s.137 ; “Sözleşmeden dönme, mahkeme kararına gerek olmaksızın ileri sürülebilen, karşı tarafın kabulüne bağlı olmayan, karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğuran, karşı tarafa ulaştıktan sonra tek taraflı geri alınması mümkün bulunmayan bozucu yenilik doğuran tek taraflı irade beyanıdır.” Yargıtay 15. HD., 2018/5160 E., 2019/94 K., 09.01.2019 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 21.03.2019; SEROZAN; age., s.467

²⁰⁷ GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.161

²⁰⁸ Harun DEMİRBAŞ, Yenilik Doğuran Haklar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.86

²⁰⁹ “Kural olarak, eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekle bağlı olmadığı için bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran bu hak (sözleşmeden dönme hakkı), kendiliğinden hükmünü icra eder. Dönmenin haklı olup olmadığı, ayrıca açılacak tazminat davasında (eda davası) tartışılır. Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" uygulamadaki adıyla "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden MK.nun 634, BK.nun 213. Noterlik Kanununun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekle bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakim kararına ihtiyacı vardır; yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek, sözleşmeyi yürürlükte tutar.” Yargıtay 15. HD., 1998/2263 E., 1998/3752 K., 08.10.1998 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 24.09.2018

²¹⁰ ATAMULU, age., s.104

C. İŞ SAHİBİNİN TBK. M.473/I HÜKMÜ UYARINCA SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKINI KULLANMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

1. Genel Olarak

Sözleşmeden dönmenin sözleşme üzerindeki etkisi hakkında doktrinde çeşitli görüşler yer almaktadır. Bunlardan başlıcaları klasik teori, kanuni borç ilişkisi teorisi ve yeni dönme (dönüşüm) teorisidir.

a. Klasik Teori

Sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin ilk görüş, baskın görüş olan klasik teoridir.²¹¹ Klasik teoriye göre; iş sahibinin sözleşmeden dönme beyanının yükleniciye varmasıyla sözleşme kurulduğu andan itibaren geçmişe etkili biçimde ortadan kalkacaktır.²¹² Bu bildirim bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır. Kurulduğu andan itibaren ortadan kalkan bu sözleşmeden doğan haklar ve borçlar da doğduklarından itibaren ortadan kalkmış sayılırlar.²¹³ Önceden yapılmış edimler artık hukuki sebepten yoksun olduğundan tarafların iktisap ettikleri haklar ve malvarlıklarında doğan her artış sebepsiz zenginleşme sayılacak²¹⁴, bu nedenle kazanımların geri verilmesi talebi bakımından TBK. m. 77 vd. hükümleri uygulama alanı bulacak, iade borcunun kapsamı da TBK. m. 79-81 hükümlerine göre belirlenecek, zenginleşenin iyi niyet veya kötü niyetine göre iade borcunun kapsamı tayin edilecektir.²¹⁵ Buradaki davanın, “sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davası olduğu belirtilmektedir. TBK. m. 82 uyarınca iade

²¹¹ ŞAHİN, age, s.28; Ayhan UÇAR, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayıncılık, Anlara, 2003, s.175; NOMER, age., s.407; DAYINLARLI, age.,s.103; Kemal OĞUZMAN, Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s.517

²¹² KAPLAN, age., s.110

²¹³ Hüseyin HATEMİ, Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.285; OĞUZMAN/ÖZ; age.,s.511

²¹⁴ Gülgün ANIK, Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, TBB Dergisi, Sayı 59, 2005, s.225, (Çevirimiçi) <http://tbbergisi.barobirlik.org.tr/m2005-59-160> , 11.03.2018; KURT, age., s.292; NOMER, age.,s.278; ŞAHİN, age., s.227

²¹⁵ GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.166

borcunda zamanaşımı süresi hak sahibinin geri isteme hakkının varlığını öğrendiği tarihten itibaren 2 yıldır.²¹⁶

Klasik görüş yanlıları, ikiye ayrılmıştır. Bir görüş; dönülen sözleşme uyarınca vaktiyle yapılan kazandırmalar “sebebe bağlı” (illi) bir tasarruf işlemiyle yapılmış olsa bile, devredilen hakkın kendiliğinden eski sahibine dönmeyeceğini, tasarruf işleminin dönmeden etkilenmeyeceğini, sebebin sonradan sona ermesine dayanılarak iadenin sebepsiz zenginleşme talebiyle istenmesi gerektiğini savunmaktadır.²¹⁷ Bu görüşe göre, iş sahibinin sözleşmeden dönmesiyle ortaya çıkan iade borcu, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan iktisaplara tipik bir örnek teşkil etmektedir.²¹⁸

Diğer görüşe göre ise; sebebe bağlı tasarruf işleminin sözleşmeden dönme üzerine geçmişe etkili olarak hükümsüzleşeceği ve bu yolla verilen şeylerin iadesinin aynı hakka dayanacağı görüşündedir.²¹⁹ Dönme hakkının kullanılması ile birlikte dönülen sözleşmenin ifası amacıyla yapılan tasarruf işlemleri baştan itibaren geçersiz hale gelir, daha önce devredilen malın mülkiyeti tekrar ilk sahibine döner.²²⁰ Örneğin; taşınmaz mülkiyeti geçiren bir sözleşmeden dönülünce mülkiyet el değiştirmemiş ve yapılan tescil yolsuz hale gelmiş sayılacak,²²¹ “tapu kaydının düzeltilmesi davası” ile tescil düzeltilecektir. Böylece sebepsiz zenginleşmede iade bakımından kısa olan iki yıllık süre sebebiyle iade alacaklısı korunmak istenmiştir.²²²

b. Kanuni Borç İlişkisi Teorisi

Kanuni borç ilişkisi teorisine göre; kazanımların geri verilmesine ilişkin zaman aşımı süresinin sebepsiz zenginleşmenin tabi olduğu kısa zaman aşımı süresinden kurtulması amacıyla ve sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebi ile

²¹⁶ NOMER, age, s.408

²¹⁷ Kenan TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s.952 ; OĞUZMAN/ÖZ, age., s.517; KURT, age., s.292; GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.165

²¹⁸ BUZ, Sözleşmeden Dönme; s.119

²¹⁹ NOMER, age., s.408

²²⁰ Mehmet Deniz YENER, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s.113

²²¹ OĞUZMAN/ÖZ, age., s.519; KURT, age., s.293

²²² GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s. 166

olumsuz zararın tabi olduğu zamanaşımı süresi farklılığını ortadan kaldırmak için bu görüşü ortaya koymuşlardır.²²³ Bu görüşe göre; eser sözleşmesinden dönülmesi durumunda borç ilişkisi ortadan kalkar ancak başından itibaren hükümsüz hale gelmez.²²⁴ Bu görüşü savunanlar; sebepsiz zenginleşmeden kaynaklı bir iade borcu değil özel bir geri verme borcunun varlığını kabul etmektedirler. Bu görüşe göre; sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi TBK. m. 125/3 hükmü çerçevesinde yasal borç ilişkisine dönüşecektir ve sözleşmeden dönme nedeniyle açılacak davada, TBK. m. 82 uyarınca (dönme bildiriminden itibaren 2 yıllık) kısa zamanaşımı uygulanmayacak, TBK. m. 146 çerçevesinde on yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. Bununla birlikte, iade yükümünün kapsamını belirlemek bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin (TBK. m. 79-80) kıyasen uygulanması kabul edilmektedir. Böylece iadenin kapsamının belirlenmesi hususunda TBK. m. 125/3'deki boşluk doldurulacaktır.²²⁵

Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları, dönme halinde sözleşmenin baştan itibaren sona ereceğini belirtmektedir.²²⁶ İade borçlarının kapsamını da sebepsiz zenginleşme kurallarına göre belirlemektedir.²²⁷ Bu görüş kanuni borç ilişkisi görüşü ile uyum içerisindedir. Ancak Yargıtay taşınmazların iadesi özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile ilgili kararlarında klasik teori çerçevesinde aynı etkili dönme görüşüne yaklaşmakta ve dönülen sözleşme gereği daha önce karşı tarafa devredilen mülkiyetin, sözleşmeden dönme üzerine tekrar devreden tarafa döneceği benimsenmektedir.²²⁸

²²³ ÜREM, age., s.160

²²⁴ GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.167

²²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, age., s.520

²²⁶ BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.132; "Davacı, düzenleme şeklinde yapılan 28.5.1976 gün ve 22494 sayılı inşaat sözleşmesinin "kendisine hükmen tescil talep etmek hakkını" vermediğinden yaptığı iş bedelinin tahsilini dava etmiştir. Sözleşmeden dönme halinde (fesih) sözleşme ilişkisi önceye etkili (makabline şamil) bir surette sona vereceğinden davacı kardan yoksunluk tazminatı isteyemez. Mahkemenin aksine yazılı düşüncelerle 50.000 lira kar kaybına hüküm vermesi doğru değildir." Yargıtay 15. HD., 1981/1264 E., 1981/1579 K., 06.07.1981 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 27.09.2018

²²⁷ "Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin geriye etkili olarak feshi halinde taraflar sözleşme gereğince verdiklerini diğer taraftan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilirler. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde fesih halinde arsa sahiplerinin talep edebilecekleri sözleşme uyarınca bedel olarak devredilen arsa payı ve varsa bunun dışındaki diğer ödemeler, yüklenicinin isteyebileceği de, imalat bedeliyle varsa bunun dışında ödenen para ya da diğer mal varlıklarıdır." Yargıtay 15. HD., 2012/4545 E., 2013/4104 K., 24.06.2013 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com ,27.09.2018

²²⁸ BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.132 ; YENER, age.,s.115

c. Yeni Dönme (Dönüşüm) Teorisi

Yeni dönme görüşü çerçevesinde, sözleşmeden dönme beyanı ile sözleşmenin ne geçmişe etkili ne de ileriye etkili olarak sona erdiği kabul edilir.²²⁹ Sözleşmeden dönme ile yalnızca sözleşmenin içeriği değişerek taraflarca ifa edilmiş olan edimlerin geri verilmesi yönünden yüklenici ve iş sahibi arasında bir tasfiye bağı kurulur ve sözleşme çözümlenme ilişkisi içine girer.²³⁰ Zira geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmeden dönmeye, ifa edilmiş edimler sebepten yoksun hale gelmez. Bu nedenle sebepsiz zenginleşme değil, sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak TBK. m.112 vd. uygulama alanı bulur.

Bu görüş uyarınca dönme beyanının muhataba varması ile borç ilişkisi derhal ortadan kalkmış olmaz, dolayısı ile de “sona eren sebep” ve sebepsiz iktisap davası değil, yine tasfiye ilişkisi haline dönüşen borç ilişkisinden (akit) kaynaklanan sözleşme davası (akdi dava) söz konusu olur.²³¹ Yerine getirilmemiş edimler, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla nihayete ermez; sadece borçlu tarafın edimini yerine getirmekten kaçınmasına yarayan daimî def’i hakkı sağlar. Önceden yerine getirilmiş edimler için ise, dönüşüm ilişkisinin çekirdeğini oluşturan, sözleşmeye dayanan sadakat ve koruma yükümlülükleri kapsamına giren, geriye yönelik zorunlu iade yükümlülüklerinin ifa edilmesi gerekmektedir. Bu zorunlu iade yükümlülükleri, sözleşmeden dönmenin geriye etkili olmasında kendisini göstermektedir. Her bir sözleşme tarafı, önceden aldığını, aynen iade ile, aynen iade mümkün değil ise, onun değerini iade etmekle yükümlüdür. Aynı anda karşılıklı olarak ifası gereken iade yükümlülüğünün gerçekleştirilmesi ile taraflar arasında sözleşme kurulmadan önceki durum tesis edilmiş olur.²³²

²²⁹ NOMER, age., s.409

²³⁰ KAPLAN, age., s.111

²³¹ HATEMİ/GÖKYAYLA, age., s.285

²³² KAPLAN, age.,s. 111; ÜREM, age., s.167; SELİÇİ, age.,s.209

Dolayısıyla, geri verme borcunun sebebi klasik dönme görüşünde olduğu gibi, sebepsiz zenginleşme veya aynı istihkak değil, içeriği değişmiş olan eser sözleşmedir ve iade borcunun tabi olduğu zamanaşımı süresi 10 yıldır.²³³

Yine bu görüş uyarınca, asıl borçlar için verilmiş rehin ve kefalet ile kararlaştırılmış cezai şartın sözleşmeden dönme üzerine iade borçları için de geçerli olacağı ileri sürülmüştür.²³⁴

d. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Öncelikle klasik teori çerçevesinde sebepsiz zenginleşme görüşüne değinmek gerekirse, bu görüş çerçevesinde ifa edilen edimlerin geri verilmesini talep hakkı, TBK. m.82 çerçevesinde sözleşmeden dönme iradesini içeren beyanın muhataba varmasından başlayarak iki yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrayacaktır. Ancak sebepsiz zenginleşme talebinin zaman aşımı süresinin iki yıl olmasına karşın TBK. m.125/son çerçevesinde kusurlu borçludan talep edilebilen olumsuz zararın zaman aşımı süresinin TBK. m.146 çerçevesinde 10 yıl olması bu görüşü kendi içerisinde tutarsız kılmaktadır. Bununla birlikte bu görüş uyarınca sözleşmenin geçmişe etkili bir biçimde sona erdiğinin kabul edilmesi, dönülen sözleşmenin başlangıçta geçerli olarak kurulduğu ve hüküm doğurduğu gerçeği ile de bağdaşmamaktadır. Ayrıca sözleşmeden dönme halinde geçmişe etkili olarak sona ermiş bir sözleşmede, sözleşmeden doğan bir talep olarak olumsuz zararın istenemiyor olması gerekmektedir.²³⁵

Klasik teori çerçevesinde aynı etkili dönme görüşüne değinecek olursak, bu görüşe göre, sözleşmeden dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak sona erdiği için, sözleşmeye dayanılarak kazanılan aynı hakların devralana hiç geçmediği kabul edilir. Bu durumda taşınmazlarda, aynı hakkı terkinle

²³³ EREN, age., s. 678

²³⁴ OĞUZMAN/ÖZ, age., s.521; NOMER, age., s.409

²³⁵ BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.124; ÜREM, age.,s.170

kaybeden kişinin aynı hakkı sicil dışı yeniden kazanması söz konusu olacak olup bu tescil dışı kazanım, tescilsiz kazanım-bildirici tescil hallerinin sınırlı sayıda olması ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.²³⁶

Yine bu görüş kabul edildiği takdirde, malikinden taşınmaz mülkiyetini geçerli olarak kazanan kişilerin endişe içinde olması, devraldığı kişiye karşı sözleşmeden doğan bir yetkinin kullanılması ile bu kişinin malik olmaktan çıkarılması halinde, kendisinin de mülkiyeti kaybedebileceğini her zaman göz etmek zorunda kalmasının kabulü mümkün değildir. Bu durum Tapu Kütüğü'nde açıklık ve Hukuki Güvenlik ilkesine aykırı olduğu gibi borç ilişkisinin nisbiliği ilkesine de aykırıdır.²³⁷

Bir diğer husus da başlangıçta geçerli olan bir borçlandırıcı işleme dayanılarak gerçekleştirilen geçerli bir tasarruf işlemi, sözleşmeden dönme ile borçlandırıcı işlemin sonradan geçersiz olmasından etkilenmeyecek, sonradan ortadan kalkan hukuki sebebe dayalı olarak sebepsiz zenginleşme davası söz konusu olacaktır.²³⁸ Dolayısıyla bu görüşte ortaya konulduğu gibi sözleşmeden dönen tarafın doğrudan ve kendiliğinden aynı hakkına kavuşması mümkün değildir. Sadece bu hakkın kendisine verilmesi için TMK. M.716/I çerçevesinde tescili isteme davası açma hakkına sahip olacaktır.²³⁹

Yeni Dönme (Dönüşüm) teorisine değinecek olursak, bu görüşe göre, dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla sözleşme baştan itibaren geçersiz olmamakta, dönme beyanı sözleşmenin içeriğini değiştirmekte, ifa edilen edimlerin geri verilmesi yönünden taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurulmakta ve sözleşme çözümlenme ilişkisi içine girmektedir. Ancak sözleşmeden dönme beyanı, alacaklının artık sözleşme ilişkisi içerisinde kalmak istemediğini açıkça göstermektedir. Zira alacaklı sözleşmenin varlığını devam ettirmek isteseydi, TBK.m.125 çerçevesinde aynen ifa ve

²³⁶ Hüseyin HATEMİ, Rona SEROZAN, Abdülkadir ARPACI, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s.597; KURT, age., s.299

²³⁷ HATEMİ, SEROZAN, ARPACI; age., s.571; ÜREM, age., s.179

²³⁸ TUNÇOMAÇ, Genel Hükümler, s.952

²³⁹ SEROZAN, age., s.94 vd.

gecikme tazminatını veya bunlardan vazgeçerek olumsuz zararını isteyebilecekken, sözleşmeden dönme hakkını kullanarak sözleşmenin tarafı olmaktan kurtulmak arzusunda. Alacaklının bu yöndeki açık iradesine rağmen, yeni dönme teorisi çerçevesinde sözleşmenin devam ettiğini kabul etmek mümkün değildir. Yine bu görüş kabul edildiği takdirde iade borçlusu, sözleşmeden dönme beyanından sonra da malik olarak kalacağından, ondan iade konusu şeyi kazanan üçüncü kişinin iyi niyetinin araştırılmasına gerek kalmayacaktır. Zira üçüncü kişi sözleşmeden dönüldüğünü ve iade borcunu bilse bile iade konusu şeyin mülkiyetini kazanabilecektir.²⁴⁰ Görüldüğü üzere yeni dönüşüm teorisi, ne kanunun lafzına ve sistematığına ne tarafların irade ve menfaatlerine uygun düşmemektedir.

Kanaatimizce sözleşmeden dönme ile edimlerin her birinin dayandığı borç ilişkisi sona erer; ancak bu hal yapılan kazandırıcı işlemlerin geçerliliğini etkilemez.²⁴¹ Dolayısıyla sözleşmeden dönme ile borç ilişkisi geçmişe etkili biçimde sona erse de, ifa edilmiş edimlerin sebepten yoksun olduğu anlamına gelmez. Sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi sebepsiz zenginleşme ilişkisinde değil, TBK. m.125 çerçevesinde düzenlenen yasal borç ilişkisine dönüşür. Ancak TBK. m.125 geri verme borcu kapsamı bakımından bir düzenleme içermediğinden buradaki boşluk sebepsiz zenginleşme kurallarının kıyasen uygulanması ile doldurulmalıdır.

Bu çerçevede iş sahibi TBK. m. 473/I çerçevesinde dönme hakkını kullandığında, yüklenici gecikmede kendi kusurunun bulunmadığını kanıtlayamaz ise, yükleniciden olumsuz (menfi) zararının²⁴² özellikle fiili zararlarla yoksun kaldığı karın

²⁴⁰ BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.134

²⁴¹ ÜREM, age., s.178

²⁴² “İş sahibinin sözleşmeden dönünce tazminini isteyebileceği bu olumsuz zararına herşeyden önce, sözleşme yapma masrafları girer. Sözleşme görüşmeleri sırasında seyahat, konaklama, davet masrafları, noterlik ücretleri vb. böyledir. Yapılacak sözleşme dolayısıyla plan, proje hazırlama masrafları vb. böyledir. Yapılacak sözleşme dolayısıyla plan, proje hazırlama masrafları, inşaatın yapılacağı arsayı hazırlama, boşaltma masrafları da olumsuz zarara girer. Sözleşme uğruna feda edilen değerler de olumsuz zarardır... İş sahibinin yükleniciye verdiği bazı şeyler tahrip veya zayi edilmiş veya elden çıkarılmışsa bunların değeri de olumsuz zararın tazmini talebiyle istenebilir... Bazen iş sahibinin olumsuz zararı sözleşmeye güveni yüzünden üçüncü kişilere karşı borç altına girmek şeklinde de ortaya çıkabilir... İş sahibinin olumsuz zararları sözleşmeye güveni yüzünden kaçırdığı fırsatlar şeklinde de belirebilir... Her türlü olumsuz zarar kaleminin tazmininin istenmesinin temel şartı, şayet dönülen sözleşme ilişkisi hiç gündeme gelmese idi iş sahibinin farazi malvarlığının sözleşmeden döndüğü anki gerçek malvarlığına göre fazlalığının ispatlanabilmesidir. Bir diğer ifade ile bu masraf ve kayıplar ile iş sahibinin dönülen sözleşmeye güveni arasında uygun nedensellik (illiyet bağı bulunması gerekir.” Bknz. ÖZ; İnşaat, s.179

(kaçırdığı fırsatın) tazminini talep edebilecektir.²⁴³ Menfi zarar, sözleşmenin karşı tarafça yerine getirileceğine duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan zarar olup, alacaklının sözleşmeyi hiç yapmamış olsaydı uğramayacağı zarardır. Bu zarar, sözleşmeden dönen alacaklının mevcut malvarlığı durumu ile sözleşme hiç kurulmamış olsaydı içinde bulunacağı malvarlığı durumu arasındaki menfi farktır.²⁴⁴ Belirtelim ki iş sahibinin TBK.m.473/I'e dayanan haklarını koşulların oluşmasına rağmen kullanma zorunluluğu yoktur. İş sahibi dilerse ifa zamanını bekleyip, ayıp veya genel temerrüt hükümlerine dayanabilecektir.²⁴⁵

2. Sözleşmeden Dönmenin Etkisi

a. Henüz İfa Edilmemiş Edimlerin Ortadan Kalkması

Sözleşmeden dönmenin ilk sonucu, dönme ile birlikte tarafların her ikisinin de edimlerini ifa borçlarından kurtulmalarıdır ki buna doktrinde sözleşmeden dönmenin geleceğe ilişkin sonucu da denilmektedir.²⁴⁶

Sözleşmeden dönme beyanının geçerli bir şekilde kullanılması ve borçluya ulaşması üzerine hem alacaklının hem de borçlunun sözleşme ile taahhüt ettikleri edim yükümlülükleri sona erecektir.²⁴⁷ TBK. m. 473/I çerçevesinde de iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, her iki taraf da dönme ile birlikte ifadan kurtulmuş olur. Bununla birlikte sözleşmeden dönmenin edim yükümlülüklerini sona erdirici etkisi sadece asli edim yükümlülükleri ile sınırlı olmayıp sözleşmeden dönme aynı zamanda

²⁴³ “Davalı kooperatif inşaat ruhsatının alınmasındaki ve işe başlamadaki gecikmenin davacı arsa sahibine isnat edilebilecek nedenlerden ya da mücbir sebeplerden kaynaklandığını ispat edememiş, inşaat ruhsatını alma ve işe başlama borcu yönünden temerrüde düşmüştür. BK.nın 358/I maddesi uyarınca davacı arsa sahibi lehine fesih koşulları oluşmuştur. Bu durumda mahkemece fesih istemi yönünden davanın kabulü, menfi zarara dair tazminat isteminin ise kanıtlanamadığından reddi gerekirken yasa ve sözleşme hükümlerinin yorumunda ve delillerin takdirinde yanılığa düşülerek yazılı gerekçelerle davanın tümünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 15. HD., 2012/3776 E., 2012/7357 K., 22.11.2012 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 21.03.2019 ; EREN, age.,s.631

²⁴⁴ Öz SEÇER; TBK. m.473/I Gereğince Eser Sözleşmesinden Dönülmesi Durumunda İş Sahibinin Olumsuz Zarar Tazmin Talebi, 28.12.2018, (Çevrimiçi) <https://www.linkedin.com/pulse/tbk-m-4731-gere%C4%9Fince-eser-s%C3%B6zle%C5%9Fmesinden-d%C3%B6n%C3%BClmesi-durumunda-%C3%B6z-se%C3%A7er/11.05.2019>

²⁴⁵ KURŞAT, age., s.199

²⁴⁶ KURT, age., s. 291

²⁴⁷ BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.153

yan edim yükümlülüklerini ve ifaya yardımcı edim yükümlülüklerini de sona erdirir. Ancak MK. M.2 çerçevesinde aydınlatma, muhafaza ve koruma yükümlülükleri dönmeden sonra da iade yükümlülükleri bakımından devam edeceklerdir.²⁴⁸

b. Sözleşmeden Dönme Beyanının Yükleniciye Vardığı Ana Kadar İfa Edilmiş Olan Edimlerin Geri Verilmesi

TBK. m. 125/3 çerçevesinde kanun koyucu iadenin yapılacağını düzenlemekle birlikte iadenin kapsamı hakkında bir düzenleme yapmamıştır. Katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşü doğrultusunda sözleşmeden dönme beyanının yükleniciye varması anına kadar ifa edilmiş edimlerin geri verilmesi TBK. m. 125/3 hükmünden kaynaklanmakta olup karşı tarafa verilmiş olan edimlerin iadesinde ortaya çıkan kanun boşluğu sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanarak doldurulur.²⁴⁹

(1) İş Sahibinin Geri Verme Borcu

İş sahibinin geri verme borcunun kapsamı, eserin taşınır veya taşınmaz eser olmasına göre farklılık taşımaktadır.

(a) İş Sahibinin Taşınır Eseri Geri Verme Borcu

Sözleşme konusu taşınır eser yapımı ise ve bu eser yüklenicinin malzemesi ile yapılmakta olmasına karşın iş sahibi, eserin teslim tarihine yetişmeyeceğini anlamış ve sözleşmeden dönmüş ise, tamamlanmamış eser hala yüklenicide olduğundan ve iş sahibine teslim edilmediğinden iş sahibinin herhangi bir iade yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir.²⁵⁰ Ancak yüklenici tarafından yapılmaya başlanan taşınır eser için malzeme iş sahibi tarafından temin edilmişse, sözleşmeden dönülmesi üzerine o ana kadarki tamamlanan eser üzerinde mülkiyet hakkı yükleniciye ait olacak, iş

²⁴⁸ BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.157

²⁴⁹ ÜREM, age., s.209

²⁵⁰ KURT, age,s.305

sahibinin malzemesi bakımından da kıyasen sebepsiz zenginleşme hükümlerince aynen iade edilemeyeceğine göre, ancak nakden iade talep edilebilecektir.²⁵¹

İş sahibi malzemeyi değil de asıl şeyi yükleniciye vermekle eserin meydana getirilmesini istemiş ise, kanuni borç ilişkisi görüşü çerçevesinde, dönme hakkının kullanılması ile beraber eser sözleşmesi ortadan kalktığından sözleşmeden dönme ile sona eren sözleşme gereği geçerli bir hukuki sebebe dayanmaksızın başkasının malını işleyerek veya başka bir şekle sokarak bir şey ortaya çıkardığından burada TMK. 775 “işleme” hükümleri uygulama alanı bulabilir. Böylece henüz tamamlanmamış eserin mülkiyeti, malzemenin değerinin fazla olması halinde iş sahibine, emeğin değerinin, şeyin değerinden fazla olması halinde yükleniciye ait olacaktır.²⁵² İşleme neticesinde yeni şeyin yükleniciye ait olduğu sonucuna varıldığında sözleşmeden dönme hakkını kullanan iş sahibi, kıyasen uygulanacak sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde mülkiyetini kaybettiği malzemenin parasal karşılığının kendisine verilmesini ve ayrıca sözleşmeden dönmünün kendisine hak kazandırdığı ve yüklenicinin kusuru varsa olumsuz zararın tazminini isteyebilir.²⁵³

²⁵¹ “Taraflar arasında sözlü bir eser sözleşmesi ilişkisi kurulduğu ve davacı iş sahibi tarafından muayyen bir miktar kumaşın boyanmak üzere davalı yükleniciye teslim edildiği, iş bedelinin bir kısmının avans şeklinde davalı yükleniciye ödendiği, bir kısım kumaşların boyama yapılmaksızın davalı uhdesinde kaldığı anlaşılmaktadır. **Taraflar arasındaki uyumsuzluk kurulan eser sözleşmesi gereğince davalı yükleniciye teslim edilen kumaşların davacı iş sahibine iadesinin gerekip gerekmediği ve iade edilmesi gerekir ise aynen mi yoksa bedelinin mi iadesinin gerektiği noktalarında toplanmaktadır. Dosyaya ibraz edilen haciz tutanağından davaya konu edilen kumaşların, davalı yedinde iken davalı tarafından davacının borcuna karşılık ihtiyaten haczedildiği anlaşılmakta ise de; bu haczin kesin hacze dönüşüp dönüşmediği belirlenememiştir. Ancak, davaya konu kumaşların davalı yüklenicide olduğu tüm delillerle sabit olup, iadesinin gerektiği açıktır. Dairemizin ve Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre bir şeyin iadesinin gerekmesi halinde aslolan o şeyin aynen iadesi olup, bunun mümkün olmaması halinde bedelinin iadesine karar verilmesi gerekir. O halde mahkemece yapılacak iş; taraflar arasında sözlü olarak kurulan eser sözleşmesinden dönüldüğüne göre öncelikle davalı yüklenicinin yedinde bulunan kumaşların aynen iadesi, bunun mümkün olmaması halinde ise; davaya konu kumaşların bedelinin dava tarihi itibarıyla TL olarak belirlenip tahsiline karar verilmesinden ibarettir. Aksi düşüncelerle dolar bazında hesap yapıp TL'ye çevrilmek suretiyle tahsile karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 15. HD., 2016/5657 E., 2018/889 K., 13.03.2018 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 21.03.2019 ; ÜREM; age., s.211**

²⁵² GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.174

²⁵³ ÜREM, age., s.212

(b) İş Sahibinin Taşınmaz Eseri Geri Verme Borcu

İş Sahibinin TBK. m. 473/I hükmü gereğince sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde iş sahibinin taşınmaz eseri geri verme borcu, taşınmaz yapının üzerine yapıldığı arazinin yükleniciye mi yoksa iş sahibine mi ait olduğu ayrımına göre değerlendirilmelidir.

Eğer eser sözleşmesi konusu taşınmaz yüklenicinin arazisi üzerine yapılmaya başlandıktan sonra iş sahibi TBK. m. 473/I gereğince sözleşmeden dönerse, TMK. m. 718 hükmünde düzenlenen taşınmaz mülkiyetinin kapsamı ve kıyasen uygulanacak sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince, inşasına başlanan yapının mülkiyeti yükleniciye ait olacağından iş sahibi bakımından herhangi bir iade yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır.²⁵⁴

Eğer eser sözleşmesi konusu taşınmaz yapı iş sahibinin arazisi üzerinde iş sahibinin malzemesi ile yapılıyorsa, eser TMK. m. 718 hükmü gereğince kendiliğinden arsanın madde itibarıyla muhtevasına dahil olarak iş sahibinin mülkiyetine dahil olur ve yüklenicinin geri verme borcundan bahsedilemez.²⁵⁵

Yüklenicinin kendi malzemesi ile iş sahibinin arazisine bir taşınmaz inşa etmekte iken iş sahibinin TBK. m. 473/I çerçevesinde sözleşmeden dönmesi sonucunda, yüklenici “kendi malzemesi ile başkasının arazisine inşaat yapan kimse” konumuna gelebilir. Buna göre iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullandığında böyle bir durum, kıyasen uygulanacak sebepsiz zenginleşme hükümleri karşısında özel hüküm niteliğindeki haksız yapı hükümlerinin (TMK. m. 722 vd.) uygulanmasını gerektirir. Esasen bu hükümlerin “özel bir sebepsiz zenginleşmeyi” düzenlediği kabul edilmektedir. Haksız yapı hükümleri malzeme malikinin yani yüklenicinin iyi niyetli sayılıp sayılmamasına göre bir ayırım yapmaktadır.²⁵⁶ Bu çerçevede yüklenici iyi niyetli ise yani sözleşmenin kurulması aşamasında temerrüde düşeceğinin, gecikmeye sebebiyet vereceğinin bilincinde değil ise, TMK. m.723/I çerçevesinde uygun bir

²⁵⁴ KURT, age., s.308

²⁵⁵ GÜMÜŞ, age., s.85

²⁵⁶ ÖZ, inşaat, s.177

tazminat talebinde bulunabilecektir. Hatta yapılan inşaat kısmının değeri arazinin değerinden fazla ise, yüklenici arazinin bir kısmının veya tamamının bir bedel karşılığında kendisine devrini talep edebilecektir.²⁵⁷

(2) Yüklenicinin Geri Verme Borcu

İş sahibinin TBK. m. 473/I gereğince sözleşmeden dönmesi üzerine, yüklenicinin eseri inşa etmesinin karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt eden iş sahibi bu bedel ödeme borcunu teslimden evvel kısmen veya tamamen yerine getirmiş ise, sözleşmeden dönme halinde kıyasen uygulanacak sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında önceden ödediği kısımların kendisine geri verilmesini yükleniciden talep edebilir.²⁵⁸

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi TBK. m. 473/I gereğince sözleşmeden dönme beyanının yükleniciye varmasından evvel, yükleniciye geçerli olarak arsa payı veya bağımsız bölüm mülkiyeti devretmiş olabilir. Bu halde iş sahibi tarafından yükleniciye geçerli olarak devredilen bu arsa payı veya bağımsız bölüm mülkiyeti, sözleşmeden dönme ile kendiliğinden iş sahibine dönmez. Zira bizim hukuk sistemimizde, bir aynı hak, geçerli bir yoldan bir kere kurulup geçirilince, artık “hukuksal nedene bağlılık ilkesi” çerçevesinde bile, hukuksal nedenin sonradan ortadan kalkmasıyla, bu ortadan kalkma “geçmişe etkili” de olsa, aynı hakkın kendiliğinden eski sahibine gerisin geriye dönmesi söz konusu olmaz.²⁵⁹

²⁵⁷ “Bir kimse kendi malzemesi ile başkasının taşınmazına sürekli esaslı ve tamamlayıcı (mütemmim cüz) nitelikte yapı yapmışsa ve TMK'nin 724 maddesine göre; "yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa iyiniyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesini isteyebilir." Söz konusu madde hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere taşınmazın mülkiyetinin yapı malikine verilebilmesi için öncelikli koşul iyi inançtır. Öngörülen iyi inancın TMK'nin 3.maddesinde hükme bağlanan sübjektif iyi inanç olduğunda kuşku yoktur. Bu kural, elattığı taşınmazın başkasının mülkü olduğunu bilmemesini veya beklenen tüm dikkat ve özeni göstermesine karşın bilecek durumda olmamasını; ya da yapıyı yapmakta haklı bir sebebin bulunmasını ifade eder. Böyle bir davada iyi inançlı olduğunu iddia eden kişinin 14.2.1951 tarih 17/1 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında belirtildiği gibi bu iddiasını ispat etmesi gerekir. İkinci koşul ise, yapı kıymetinin taşınmazın değerinden açıkça fazla olmasıdır. Bu koşul, dava gününe ve objektif esaslara göre saptanmalı fazlalık ilk bakışta kolayca anlaşılmalıdır. Üçüncü koşul olarak ta yapıyı yapan, taşınmaz malikine uygun bir bedel ödemelidir. Uygun bedel genellikle yapı için lazım olan arsa miktarının dava tarihindeki gerçek değeri olarak kabul edilmekte ise de büyük bir taşınmazın bir kısmının devri gerektiğinde geri kalan kısmın bedelinde meydana gelecek noksanlıklar varsa taşınmaza bağlı öteki zararlar göz önünde bulundurularak bu bedelin aşılması hak ve nesafet kuralı gereğidir.” Yargıtay 1. HD, 2014/8575 E., 2015/8335 K., 04.06.2015 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 21.03.2019 ; ÜREM; age.,s.216. GÜMÜŞSOY KARAKURT; age., s.176

²⁵⁸ YENER, age., s.94

²⁵⁹ SEROZAN, age., s. 91

İş sahibinin sözleşmeden dönmeden önce yükleniciye devrettiği arsa payları üzerinde mülkiyet hakkına kavuşma talebi karşısında, yüklenicinin arsa paylarının mülkiyetini iş sahibine devretmekten kaçınması halinde, iş sahibi TMK. m. 716 hükmü gereğince yükleniciye karşı tescili isteme davası açabilir.²⁶⁰

İş sahibi ayrıca sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde geri verme borçlusundan, iade ile yükümlü olduğu şeyin tabii ve hukuki semereleri ile ondan sağlanan yararları talep edebilir.²⁶¹ Bu çerçevede iş sahibi sözleşmeden dönmeden önce yükleniciye bir bedel ödemiş ise, yüklenici bu bedeli faizi ile birlikte iş sahibine geri vermelidir.²⁶²

Ayrıca geri verme borçlusu yüklenici, TBK. m. 80/I hükmü uyarınca geri vermeye konu olan şeye ilişkin zorunlu ve yararlı giderleri karşı taraftan talep edebilir.²⁶³ Ya da bir ayakkabının topuğunun tamir edilmesi ve boyanması için anlaşıldığında, yüklenici ayakkabıyı boyamış ancak henüz topuk tamirini gerçekleştirmeden iş sahibi sözleşmeden dönmüş ise, yüklenici iş sahibinden boyama için yapmış olduğu masrafı talep edebilecektir.

²⁶⁰ “Eseri belli bir seviyeye getiren yüklenicinin kalan inşaatı halk arasında yap-sat olarak nitelendirilen yöntemle bitirebildiği gerçek iken, arsa sahiplerinin tutum ve davranışlarıyla yükleniciyi zararlandırmaları da arsa sahiplerinin işin ifa ile bitirilmemesindeki kusurlu davranışlarıdır. Taraflar daha işin başlangıç aşamasında yukardan beri sayılan davranışlarıyla birbirlerine karşı olan güven duygusunun kaybedilmesine neden olduklarından artık sözleşmenin ifasını istemek ve beklemek iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Bu durumda, sözleşme ilişkisinin tasfiye edilerek sonuçlandırılması gerekir. Tasfiyeden amaç; şayet yüklenicinin arsa sahiplerinin malvarlığına inna geçirdiği bir değer varsa bunun iadesinin sağlanması, (somut olayda yapılan inşaat bedeli) buna karşılık arsa sahipleri de yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse bunların saptanarak arsa sahiplerine geri verilmesinin teminidir. Zira, iş tasfiyeyle sonuçlanacağından bunlar karşı tarafın malvarlığında kaldığı sürece sebepsiz zenginleşmeye neden olur” Yargıtay 15. HD., 2003/1884 E., 2003/5280 K., 06.11.2003 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 12.12.2018 ; SEROZAN; age., s.95

²⁶¹ ÜREM, age., s.223

²⁶² SEROZAN, age., s.550

²⁶³ “Örneğin, iş sahibi tarafından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi halinde yüklenicinin arsa paylarına bağlı bağımsız bölümler için yaptığı bakım, tamirat gibi zorunlu ve yararlı giderlerin kendisine ödenmesini talep edebilme” Bknz. KURT, age., s.318

c. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkileri

Tarafımızın da katıldığı kanuni borç ilişkisi görüşü çerçevesinde, iş sahibinin TBK. m. 473/I hükmü gereğince sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, taraflar, diğer taraftan elde ettiklerini kıyasen uygulanacak olan sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde geri isteyecektir. Ancak geri verme anında, geri verme konusu şey üzerinde üçüncü kişilerin aynı veya kişisel hak kazanmış olması mümkündür. Bu halde katıldığımız görüş çerçevesinde, sözleşmeden dönme halinde nisbi alacak hakkının özelliğine bağlı olarak dönülen sözleşmeden doğan borç ilişkisinin üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesinden söz edilemez, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla iade borçlusu zenginleşen olup hiçbir şekilde üçüncü kişiler olamaz.²⁶⁴

(1) Sözleşmeden Dönmenin Aynı Haklara Etkisi

(a) Üçüncü Kişinin Arsa Payı Üzerindeki Mülkiyet Hakkını Yükleniciden Kazanması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle, yükleniciye verilecek payın bir kısmı onun adına tescil edildikten sonra yüklenici inşaat faaliyetine başlamaktadır. Yükleniciler mali kaynak sağlamak için kendi adlarına tescil edilen bu payı, yapı tamamlandığında kendisine kalacak bağımsız bölümleri temsil eder şekilde bölmekte ve her birini üçüncü kişilere satıp adlarına tescil etmektedirler.²⁶⁵

Katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşü çerçevesinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen arsa sahibi, geri verme talebini ancak yükleniciye yöneltebilecektir. Zira borçlandırıcı işlem geçerli iken yapılmış geçerli tasarruf işlemi, borçlandırıcı işlemin sonradan ortadan kalkması ile geçersiz hale gelmez. Kural olarak, eşyayı devralan üçüncü kişinin aynı hak kazanması durumunda, gerçek hak sahibi bu eşyanın iadesine yönelik talep hakkını kaybedecektir. Bu çerçevede arsa sahibi kıyasen

²⁶⁴ ÜREM, age., s.224

²⁶⁵ YENER, age.,s.117

uygulanen sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde, yüklenicinin üçüncü kişilere devrettiği ve artık maliki olmadığı arsa payı üzerindeki mülkiyet hakkının parasal değerinin ödenmesini talep edebilecektir.²⁶⁶

Ancak istisnai olarak, arsa sahibi, üçüncü kişilere karşı iade talebini ileri sürebilir. Şöyle ki; iş sahibi, kötü niyetli olarak, iş sahibine zarar verme kastı ile devralan üçüncü kişilere karşı, TBK. m. 49/II kuralının “ahlaka aykırılıktan ötürü zarar giderim” istemi çerçevesinde ve “aynen tazmin” ilkesi aracılığı ile, bozuk niyetle ele geçirilmiş arsa payının kendisine geri verilmesini “nisbi bir istem” ile sağlayabilecektir.²⁶⁷ Üçüncü kişilerin kötü niyeti genellikle dönme hakkının kullanılıp iade borçları muaccel hale geldikten sonra söz konusu olur. Dönme hakkının kullanılmasından önce ise iade borçlusundan hak iktisap eden şahıslar kural olarak iyiniyetli kabul edilmelidir.²⁶⁸ Ancak iş sahibinin dönme hakkının doğduğunu ve bu hakkın kullanılmasının mümkün olduğunu düşünerek yükleniciyle anlaşıp pay devralan üçüncü kişilerin, arsa sahibi devirden sonra sözleşmeden dönse dahi üçüncü kişi kötü niyetli kabul edilmelidir.²⁶⁹ Bu çerçevede, üçüncü kişi kötü niyetli ise, arsa sahibi, yükleniciye mülkiyetini devrettiği arsa paylarının TMK. m. 716/I hükmü gereğince üçüncü kişiden kendi adına tescilini talep edebileceği gibi, kıyasen uygulanacak sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde arsa paylarının bedelini de talep edebilecektir.²⁷⁰

(b) Yargıtay Uygulaması

Yargıtay’ın yerleşik içtihatları incelendiği takdirde görülmektedir ki; Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönülmesi halinde aynı etkili dönme görüşünü benimseyerek, eser tamamlanıp teslim edilmedikçe, yüklenici edimini ifa etmiş sayılmayacak, dolayısıyla arsa payı her ne kadar yüklenici adına tescil edilse dahi, yüklenici adına yapılan tescil sözleşmeden dönme beyanının

²⁶⁶ ÜREM, age., s.226 ; “Bu parasal değer hesaplanması, arsa paylarının, arsa sahibinin sözleşmeden döndüğü andaki rayiç değerine göre yapılmalıdır.” Bknz. ERMAN, age., s.182; YENER, age., s.119

²⁶⁷ SEROZAN, age., s.95

²⁶⁸ YENER, age., s.132

²⁶⁹ ÖZ, age.,s. 260

²⁷⁰ ERMAN, age., s.177

yükleniciye varmasıyla birlikte yolsuz tescil haline gelecek, yüklenici mülkiyet hakkını kazanamayacak ve iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde arsa payını devralan üçüncü kişiler TMK. m.1023 anlamında iyiniyetli sayılamayacak²⁷¹, arsa payı sahibi, arsa payı üzerindeki mülkiyet hakkına dayanarak TMK. 716 hükmü çerçevesinde arsa payının kendi adına tescil edilmesini talep edebilecektir²⁷² görüşünü benimsemektedir.²⁷³

²⁷¹ “...Diğer davalılara gelince; bu kişiler henüz inşasına başlanan binada yüklenicisinden bağımsız bölüm satın alan kimselerdir. Bu tip işigale günümüzde yaygın halk deyiimiyle "yap-satıcılık", anılan satışa da "topraktan satış" ya da "temelden satış" denilmektedir. Bu satışlarda alıcılar genelde arsanın yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona pay devredildiğini bilir ya da bilebilir durumdadırlar. Somut olayda, bağımsız bölüm satın alan kişilerin tapuda davacı yararına ipotek olduğunu görmemeleri düşünülemez. Sözleşme ve buna bağlı taksim krokisinde de arsa sahibine düşen bağımsız bölümlerin varlığı açıkça anlaşılabilir haldedir. Hakkını kullanırken herkes gerekli ihtimamı gösterme zorundadır. Aksi halde kayıtsızlığının sonucuna katlanması gerekir. Bu nedenle, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin istemiyle sözleşmenin geriye dönük feshi sonucu arsanın eski malike döneceğini bile bile pay satın alan davalıların iyiniyetinden bahisle olayda yeri olmayan MK.nun 931. maddesine bakılarak kabulü gereken davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 15. HD.; 1992/3812 E., 1993/1871 K., 21.04.2993 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 12.12.2018

²⁷² “Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmediği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. Maddesindeki iyi niyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmediğinden aynı Kanun'un 1024. Maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, bu sebeple davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir.” Yargıtay 23. HD.; 2013/8856 E., 2014/2679 K., 07.04.2014 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 05.12.2017

²⁷³ “Hemen belirtmek gerekir ki; yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi onun ardılı (halefi) olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Başka bir anlatımla, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde,yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine yazılan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem, yolsuz tescil durumuna düşer.Somut olayda, çekişmeli 6 bağımsız bölüm nolu meskenin sözleşme gereği dava dışı yükleniciye verileceği kararlaştırılmış ve arsa sahipleri tarafından da satışı konusunda yükleniciye vekaletname verilmiştir. Yüklenici inşaatın %43,5 oranındaki kısmını ikmal ettikten sonra işi bırakmış, buna rağmen çekişmeli yeri vekaleten davalıya temlik etmiştir.Ne varki; söz konusu kişinin, gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı yüklenicinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması, kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen tapu sicilindeki yolsuz tescil durumuna düştüğünü bilmemesi gerekir. Nitekim, bu görüşten hareketle kötüniyet iddiasının defî değil, itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı,gerek 08/10/1991 tarih, 1990/4 esas, 1991/13 karar sayılı İnançları Birleştirme Kararında gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir.Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı,bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından, taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını,kat karşılığı ona bu payın verildiğini,yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda,MK. 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olamaz.” Yargıtay HGK. 2000/1-1280 E., 2000/1554 K., 25.10.2000 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 12.12.2018 ; “Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye dönük olarak feshi halinde yükleniciden pay satın alan kişilerin Medeni Kanun'un 1023. maddesinden yararlanamayacakları Dairemizin yerleşik uygulaması gereğidir. Gerek yüklenici, gerekse de yükleniciden pay alan davalılara arsa sahibince yapılan arsa payı devirleri avans ödemesi niteliğinde olup, yüklenici ve ondan bağımsız bölüm satın alan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilerin tümü taşınmaz üzerine kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaat yapıldığını ve yüklenicinin edimini yerine getirdiğinde bağımsız bölümlere gerçekten hak kazanacaklarını bilerek bağımsız bölüm satın almışlardır. Bağımsız bölümlerin mülkiyetini iktisap edebilmeleri için yüklenicinin arsa sahiplerine karşı yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesi ve inşaatı sözleşme koşullarına uygun olarak bitirip teslim etmesi gerekir. Somut olayda yükleniciler bloklar halindeki inşaatı bitirip teslim etmeyerek temerrüde düştükleri ve inşaatı getirildiği seviye nazara alınarak sözleşmenin geriye yönelik olarak feshine karar verildiğinden yükleniciden pay satın üçüncü kişiler

Kararlarda özellikle vurgulanan hususlar, yüklenicinin ancak kendi edimini tam olarak yerine getirmesi halinde, bağımsız bölüm tapularına veya arsa paylarına hak kazanabileceği, iş sahibi tarafından yükleniciye devredilen payların, inşaat yapımı oranında yükleniciye sermaye sağlaması ve işin bir an önce bitirilmesi amacı ile devredildiği, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olduğu, işlemin geçerliliğinin iş sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerin teslimi şartına bağlı olduğu ve daire satın alan üçüncü kişilerin de gerekli özeni göstererek bunu öğrenmeleri gerektiği, aksi halde iyiniyetli sayılamayacakları yönündedir.²⁷⁴

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, arsa sahibinin, arsa payı mülkiyetini yükleniciye devretmesine ilişkin tasarruf işlemini koşula bağlamaktadır. Ancak TBK. m. 243/I hükmünde açıkça “*Bir taşınmazın koşula bağlı satışında, koşul gerçekleşmedikçe tapu siciline kayıt yapılamaz*” demektedir. Yine Tapu Sicil Tüzüğü m.16/II hükmünde “*İstem, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlayamaz.*” ifadesi yer almaktadır. Görüldüğü üzere Yargıtay tarafından verilen kararlar, mülkiyet hakkının tapuda tescili işleminin koşula bağlanamayacağı kuralına açıkça aykırılık teşkil etmektedir.²⁷⁵

İkinci olarak Yargıtay tarafından verildiği kararlarda görüldüğü üzere yükleniciden pay satın alan üçüncü kişiler TMK. m. 1023 kapsamında korunmamaktadır.²⁷⁶

avans olarak devredilen bağımsız bölümlerin mülkiyetlerine hak kazanamadıklarından adlarına olan tapu kayıtlarının iptali ile davacılar adına miras payları oranında tesciline karar verilmesi gerekirken davalıların iyi niyetlerinin korunması gerektiğinden söz edilerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun görülmüştür.” Yargıtay 15. HD. 2017/449 E., 2017/2579 K., 15.06.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 05.02.2018 , “*Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince, arsa sahibi tarafından yükleniciye ya da onun istemiyle üçüncü kişi ve kişilere yapılan taşınmaz ya da taşınmaz payı temlik, "avans" niteliğinde olup; yüklenici yüklendiği karşı edimini ifa ettiği oranda "şahsi hak" elde edebilir ve ancak kazandığı şahsi hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Yüklenici, tüm edimlerini ifa ettiği takdirde ve sözleşmede ifa ile sonuçlanması durumunda şahsi hakkı, aynı hakka dönüşür. Ancak, sözleşmenin "geriye etkili sonuç doğurur şekilde" feshi halinde; sözleşmenin taraflarının aldıklarını karşılıklı olarak geri vermesi gerekir. Dairemizin yerleşen uygulamasına göre de; kaçak ya da inşaat halindeki yapı ile ilgili yükleniciden pay iktisap eden üçüncü kişiler, Türk Medeni Yasası'nın 1024. maddesi gereğince, aynı Kanun'un 1023. maddesi hükmünden yararlanamaz.*” Yargıtay 15. HD. 2009/4222 E., 2010/4818 K., 27.09.2010 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 26.09.2018 , Yargıtay 23. HD.. 2015/4794 E., 2015/6182 K., 01.10.2015 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 26.09.2018

²⁷⁴ YENER, age.,s.128

²⁷⁵ HATEMİ, SEROZAN, ARPACI; age., s.568

²⁷⁶ “Örneğin; ifa edilmediği takdirde sahibine, malike karşı TMK'nin 716. maddesine göre cebri tescil davası açma hakkı veren şahsi haklar. Buradaki şerhin amacı üçüncü şahısların TMK'nin 1023. maddesine istinaden aynı hak

Katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşü çerçevesinde, arsa sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması ile birlikte, daha önce yapmış olduğu tasarruf işlemi geçersiz hale gelmeyeceği gibi arsa payları üzerindeki mülkiyet hakkının yüklenici adına tescili de yolsuz hale gelmeyecektir. Dolayısıyla yolsuz hale gelmeyen tescil için TMK. 1023 uygulama alanı bulmaz.²⁷⁷

Ancak görüldüğü üzere Yargıtay vermiş olduğu kararlarda kendi içinde çelişerek, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine tescili yolsuz kabul etmekte ancak TMK. m.1023 hükmü çerçevesince korunması gereken yolsuz tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet hakkını kazanan üçüncü kişilerin kazanımlarını korumamaktadır.²⁷⁸ Zira sözleşmeden dönme halinde yükleniciye devredilen arsa payları bakımından baştan itibaren yolsuz tescil meydana geldiği görüşü kabul edilse dahi, yükleniciden arsa payı elde eden üçüncü kişilerin bu aynı hak iktisapları TMK.m.1023 çerçevesinde yine geçerli olmalı ve üçüncü kişinin, yüklenicinin edimi karşılığı olarak arsa paylarının mülkiyetinin devredildiğini bilmesi TMK.1023 anlamında iyi niyeti ortadan kaldırmamalı, TMK.1023 gereğince tescil yolsuz olsa dahi iyiniyetli üçüncü kişilerin sicil kaydına güveni korunmalıdır. Üçüncü kişi, arsa payı inşaat sözleşmesinin tarafı olmayan, tapu sicilindeki kayda güvenen, yükleniciden hak kazanan ve kural olarak iyiniyetli kişidir. Yargıtay ise sicil dışındaki bir olgunun, bir kişisel hakkın varlığının bilinip bilinmemesini aramaktadır.²⁷⁹ Ayrıca, arsa sahibi yüklenicinin inşaatı finanse etmek amacıyla devraldığı payları üçüncü kişilere satacağını bilen veya bilmesi gereken kişi olup yüklenicinin arsa paylarını satışına zımnen onay vermekte ve üçüncü kişinin şahsında güven yaratmaktadır. Bu nedenle temelinde güven olgusu bulunan çelişkili davranış yasağı gereğince, arsa sahibi bu davranışının sonuçları ile bağlı olmalıdır.²⁸⁰

iktisabını önlemektir.” Yargıtay 14.HD., 2018/2136 E., 2018/9207 K., 19.12.2018 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 21.03.2019, “

²⁷⁷ ÜREM, age., s.233

²⁷⁸ KURT, age., s.333

²⁷⁹ YENER, age., s.131

²⁸⁰ ERMAN, age.,s.169

(2) Sözleşmeden Dönmenin Şahsi Haklara Etkisi

Yüklenici, arsa sahibince kendisine aktarılan arsa payları üzerinde, kendi aralarındaki anlaşmanın dışında kalan kişiler ile gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi, arsa paylarına ilişkin olarak kira, alım, önalım sözleşmesi gibi sözleşmeler kurabilir veya bağımsız bölüm alacağını alacağın temlik yoluyla devredebilir. Bu işlemler kural olarak üçüncü kişi ile yüklenici arasında şahsi bir hak meydana getirir ve sözleşmenin tarafı olmayan arsa sahibine karşı ileri sürülemez.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen karar²⁸¹ uyarınca yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca arsa sahibinden arsa paylarının devrini talep hakkı şahsi bir haktır ve temellük eden üçüncü kişinin de yüklenicinin halefi olarak talepte bulunabilmesi yüklenicinin edimini yerine getirmesine bağlıdır. Ancak bu yüklenicinin edimini yerine getirmesi halinde, üçüncü kişi temlik alacaklısı sıfatıyla arsa paylarının devrine yönelik alacağı doğrudan arsa sahibinden talep edebilir.²⁸²

²⁸¹ “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 30.09.1988 gün ve 1987/2 E., 1988/2 K. sayılı kararında açıkça belirtildiği üzere; Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde, olayın özelliğine göre hakim, Medeni Kanununun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilir. Bu kural sözleşmenin tamamen ifa edildiği haller için geçerlidir. Ne var ki, geçerli bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından adi yazılı bir sözleşmeyle üçüncü kişiye satılması, Yargıtay’ın kökleşmiş uygulamasına göre, tapulu taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu’nun 162 ve sonraki maddelerinde düzenlenen alacağın temlik hükümlerine tabi bir işlemdir. Eş söyleyişle, böyle durumlarda, yüklenici kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine düşen bir bağımsız bölümü üçüncü kişiye satmış değil; kat karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde o bağımsız bölüm yönünden arsa sahibine karşı sahip olduğu alacağını, daha açık bir ifadeyle o sözleşmeden doğan kişisel hakkını (o bağımsız bölümün mülkiyetinin kendisine devredilmesini isteme hakkını) üçüncü kişiye temlik etmiş sayılır. Kısaca, böyle durumlarda yüklenici ile üçüncü kişi arasında bir "alacağın temlik" sözleşmesi bulunur. Borçlar Kanununun 163. maddesinde alacağın temlik sözleşmesinin geçerliliği sadece yazılı şekle tabi tutulmuş olup, resmi şekle bağlanmamıştır. Dolayısıyla, yazılı şekilde düzenlenmiş olması şartıyla, yüklenici, arsa sahibinden olan alacağını üçüncü kişiye devredebilir; böyle bir sözleşme, alacağın temlik hükmünde olarak hukuken geçerlidir. Ancak, alacağın temlik şeklinde gerçekleşen böyle bir sözleşmeye dayalı olarak temlik alanın talepte bulunabilmesi için, öncelikle yüklenici tarafından kendisine temlik edilen hakkın arsa sahibi nezdinde gerçekleşmesi; eş söyleyişle, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle arsa sahibine karşı üstlendiği edimi yerine getirmesi; inşaatı bitirmesi veya eksik kalan kısmın paraya dönüştürülerek tamamlanacak kadar cüzi bir boyutta olması gerekir. Aksi takdirde, temlik alan, temlik sözleşmesine dayalı olarak, o sözleşmenin tarafı durumunda bulunmayan arsa sahibinden herhangi bir talepte bulunamaz; sadece ve ancak, kendi akidi durumundaki yükleniciden tazminat isteyebilir” Yargıtay HGK. 2010/14-290 E., 2010/328 K., 16.06.2010 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 12.12.2018

²⁸² YENER, age., s.136

Kanaatimizce üçüncü kişi, yüklenici ile arasındaki sözleşme gereği şahsi hakkını TMK. m. 1009/I hükmü gereğince tapu kütüğüne şerh ettirmemişse, arsa sahibine karşı da ileri süremeyecektir. Ancak yüklenicinin adına tescil edilen pay ve ileride tamamlanacak bağımsız bölüm hakkında yapılan sözleşme tapu kütüğüne şerh ettirilmiş ise, bu haklar sıradan bir hak olmaktan çıkarak eşyaya bağlı bir borç ilişkisi yaratacaktır.

Katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşü uyarınca, arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, dönme işlemi, yüklenicinin taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını geçmişe etkili olarak kaldırmayacak, aynı hakları etkilemeyecek ve yüklenici kendisine devredilmiş olan arsa payları üzerinde fesih anına kadar gerçek malik sıfatını taşıyacaktır.²⁸³ Bu durumda yüklenici adına yapılan tescil yolsuz hale gelmeyeceğinden, tasarruf yetkisine sahip yükleniciden kişisel hak kazanan ve bunu TMK. m. 1009/I çerçevesinde tapu kütüğüne şerh ettiren üçüncü kişinin hakkı, arsa sahibine karşı da korunacaktır.²⁸⁴ Arsa payı sahibi ise buna ilişkin uğradığı zararı yükleniciden talep edebilecektir.²⁸⁵

Ayrıca kişisel hak sahipleri bakımından gözetilmesi gereken bir diğer husus, kişisel hakların kurulduğu sırada devreden de onayının bulunması ve kişisel hak sahibinin bu tutuma güvenerek söz konusu ilişki içine girmesi ihtimalidir. Mülkiyet payını devrettikten sonra yüklenici ile üçüncü kişinin satış vaadi sözleşmesi yapmasını teşvik eden, hatta bazen yükleniciye alıcı bulan iş sahibinin, sözleşmeden dönmesi üzerine bu hakkın kullanılmasına karşı çıkması TMK. M. 2 dürüstlük kuralı çerçevesinde engellenmelidir.²⁸⁶

²⁸³ YENER, age., s.138

²⁸⁴ ÜREM, age., s.235; Aksi görüş için bkz. ÖZ, İnşaat, s.175

²⁸⁵ ERMAN, age., s.187

²⁸⁶ ÖZ, age., s.262, YENER, age.,s.139

(3) Sözleşmeden Dönmenin Yüklenicinin Başkasına Olan Borcu Yüzünden Geri Verme Konusu Şey Üzerine Konulan Hacizlere Etkisi

İş sahibinin sözleşmeden dönme talebinden önce, geri verme konusu şey üzerine, yüklenicinin başkasına olan borcu nedeniyle haciz konmuş olabilir. Bu noktada tartışılması gereken husus, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, geri verme konusu şey üzerindeki hacze katlanıp katlanmayacağıdır.

Yargıtay tarafından kabul edilen görüş iş sahibinin böyle bir durumda geri verme konusu şeyi hacizden arı şekilde alması gerektiğidir.²⁸⁷ Katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşü çerçevesinde ise iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla, üçüncü kişilerin koydurduğu (taşınmazlarda TMK. 1010 hükmü uyarınca tapu kütüğüne şerh edilmiş) geçerli haczin varlığını etkilemez.²⁸⁸ İş sahibi kıyasen sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasıyla, geri verme konusu şeyin iadesini talep ettiğinde, o şeyi, hacizle yüklü olarak almak ve bu şeyin üçüncü kişiler tarafından paraya çevrilmesine katlanmak zorundadır.

²⁸⁷ “Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan tapu kaydı ya da bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için inşaatı sözleşme ve ekleri, tasdikli ruhsat ve projesine, imar ile fen ve tekniğine uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi gerekir. Uygulamada, yüklenici tapuya hak kazanmamasına rağmen finans temini olanağı sağlamak üzere sözleşmenin başlangıcında ya da aşamalı olarak tapu devri yapılacağı kabul edilmekte ve yapılmaktadır. Ancak yapılan bu devirler avans niteliğinde olup tapu payı devredilmiş olsa dahi yüklenici edimini tamamen yerine getirmediği sürece aynı hakkı kazanması mümkün değildir. Somut olayda da sözleşme ifa ile sonuçlanmadan dava dışı yükleniciye tapuda pay devri yapıldığı ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin Konya Ereğli İkinci Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2001/132 Esas 2005/136 Karar sayılı kararı ile feshine ve yüklenici adına oluşturulan tapu kayıtlarının iptali ve davacı arsa sahipleri adına tesciline karar verilerek 20.02.2007 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır. **Bu durumda haciz şerhinin konulduğu tarih itibariyle dava konusu taşınmazlar yüklenici adına tapuda kayıtlı ise de az yukarıda açıklandığı gibi kayıt oluşturulmasının nedeni avans ödemesi niteliğinde olduğu ve sözleşmenin feshi sonucu oluşturulan tapu kayıtlarının davacı arsa sahibine iptal edilerek iade edildiği yüklenici adına intikal ettirilen tapu kayıtlarının tescili yüklenici şirket lehine aynı hak sağlamayacağı, haciz yüklenicinin borcu nedeniyle konulmuş olduğu ve yüklenicinin aynı hak kazanmadığı bağımsız bölümler üzerinde davalının cebri icra işlemlerine devam etmesinin hukuki dayanağı kalmadığından davanın kabulüne karar verilmesi yerine yanlış değerlendirme sonucu reddi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur** (Dairemizin 15.03.1998 gün 1998/406 Esas, 1998/1259 Karar, 28.09.2010 gün 2010/3593 Esas, 2010/4847 Karar sayılı ilamları).” Yargıtay 15. HD. 2011/1819 E., 2011/3203 K., 31.05.2011 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 12.12.2018

²⁸⁸ SEROZAN; age., s.569

(4) Sözleşmeden Dönmenin Teminatlara Etkisi

Sözleşmeden dönme halinde verilen teminatın niteliğine göre farklı sonuçlar kabul edilebilir. Nitekim iş sahibine, yüklenicinin eseri imal ve teslim etme borcunun teminatı olarak kefil gösterilmiş veya rehin verilmiş olabileceği gibi garanti (üçüncü kişinin fiilini taahhüt) sözleşmesi de yapılmış olabilir.

Kefalet borcu ve rehin hakkı, alacağa bağlı (fer'i) nitelikleri gereği, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, asıl borç ile birlikte sona erer meğer ki kefalet veya rehin sözleşmesi yüklenicinin aynı zamanda iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde de söz konusu olacak geri verme borcundan dolayı da verilmemiş olsun.²⁸⁹ Yani teminat anlaşmasının yorumundan teminatın borçlunun asli edim yükümlülüğünü güvence altına almak için verildiği anlaşılıyorsa, sözleşmeden dönme ile birlikte teminat da ortadan kalkacaktır.²⁹⁰ Ancak teminat sadece asli edim yükümlülüklerine ilişkin verilmemiş ise aynı zamanda alacaklının borçluya karşı sahip olduğu her türlü talep hakkını ve dönme halinde iade yükümlülüklerinin ifasını da güvence altına almak için verilmiş ise, teminatın varlığı sözleşmeden dönmeden sonra da devam edecektir.²⁹¹

Kefalet ve rehinden farklı olarak garanti sözleşmesi bağımsız nitelikte olduğundan sözleşmeden dönme ile birlikte garanti verenin yükümlülüğü sona ermeyecektir.²⁹² Yine taraflarca kararlaştırılan cezai şart yükümlülüğü de, cezai şartın asıl borca bağlı fer'i bir borç olması nedeniyle, asıl borcun dönme ile ortadan kalkması üzerine sona erecektir.²⁹³

²⁸⁹ ÜREM, age., s.251

²⁹⁰ "Akitlerin tefsirinde, aktin şekil ve şartlarını tayinde, iki tarafın gerek sehvan, gerekse akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmaksızın onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır. BK.nun 18. maddesinde hakim, tarafların bilmiyerek ve hataen kullandıkları tabir ve isimlere değil, birleşmiş maksatlarını gözönünde tutmak zorundadır. Davalılardan Ahmet, 14.5.1974 günlü inşaat yapım sözleşmesinde taşaron Derviş'in taahhüt etmiş olduğu inşaatı (fiili) mal sahibine karşı taahhüt etmiştir. Taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur ve hakikatte öbür şahsın kefil mesabesinde dir. Davalı Ahmet'in durumu, BK.nun 110. maddesinde yazılı (başkasının fiilini taahhüt) eden bir kimse olup kefil (kefalet) olarak kabulü ve hakkındaki davanın (belli bir miktara kefil olmadığından) söz ederek reddedilmesi doğru değildir." Yargıtay 15. HD., 1981/502 E., 1981/977 K., 30.04.1981 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 10.05.2019 ; Aksi görüş için bkz. Serozan; age., s.611

²⁹¹ BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.159

²⁹² GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.185

²⁹³ BUZ; Sözleşmeden Dönme, s.161 ; "...sözleşmede kararlaştırılan gecikme cezası(ifaya ekli ceza) olumlu zarar kapsamına girer ve ancak sözleşme varlığını sürdürdüğü sürece talep edilebilir. Oysa, somut olayda akdin feshi

3. TBK. m. 473/I Çerçevesinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan Tamamlama Oranına Bağlı Dönme veya Fesih Ayrımı

TBK. m. 473 çerçevesinde; eser sözleşmesinin ani edimli olması nedeniyle, sözleşmeden dönme beyanının ancak dönme olabileceği, fesih olamayacağı düşünülebilir. Çoğu bitmiş yapılar açısından Yargıtay 25.01.1984 tarihli içtihadı birleştirme kararında²⁹⁴, sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olarak sözleşmeyi ortadan kaldırılmasının her zaman adil sonuçlar yaratmayacağı sonucundan hareketle²⁹⁵, bazı durumlarda sözleşmeden dönmenin tıpkı sürekli edimli sözleşmelerde²⁹⁶ olduğu gibi, fesih niteliğinde kabul edilerek ileriye etkili olarak sona ereceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.²⁹⁷

Yargıtay kararları incelendiği takdirde görülmektedir ki; Yargıtay sözleşmeden dönme beyanını eserin tamamlanma oranının en az %90 olduğu durumlarda fesih olarak kabul etmekte²⁹⁸, %90 altındaki oranlarda ise sözleşmeden

istendiğine ve de feshine karar verildiğine göre artık varlığı kalmayan sözleşmeye dayanarak, o sözleşmede kararlaştırılmış bulunan cezai şart istenemeyeceği gibi istense dahi mahkemece hüküm altına alınamaz.” Yargıtay 15. HD. 1996/463 E., 1996/821 K., 14.02.1996 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 10.05.2019 ;

²⁹⁴ “*Bu açıklamalar da göstermektedir ki, Medeni Kanununun 2/2. maddesindeki kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak, bu kuralın taliiği (yani ikinciliği) de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da, 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır: Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK: 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.”* Yargıtay İBGK. 1983/3 E., 1984/1 K., 25.01.1984 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 13.12.2018

²⁹⁵ “*Bu durumda mahkemece yapılacak iş: konusunda uzman bilirkişiler ile mahallinde keşif yapılarak, yüklenici tarafından derhal işe başlanılmış olmak suretiyle -mücbir ve haklı sebepler hariç tutularak- davaya konu bağımsız bölümlerin inşaat ruhsatının ne kadar sürede alınabileceğinin, bundan sonra da ne kadar sürede (makul süre) inşaatın tamamlanarak -deprem v.s gibi mücbir ve haklı sebepler de gözetilmek suretiyle- iskan ruhsatının alınabileceğinin, emsal inşaatlar da dikkate alınıp tespit edilerek, bu konuda ayrıntılı, açıklayıcı ve denetime elverişli bir rapor alınması, davacının talebinin –taleple bağlılık ilkesi de gözetilerek- değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesinden ibarettir.”* Yargıtay HGK. 2012/13-164 E., 2012/219 K., 21.03.2012 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 13.12.2018

²⁹⁶ SELİÇİ, age., s.223

²⁹⁷ GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.170; ÖZ, İnşaat, s.181; KAPLAN, age., s.111

²⁹⁸ “*İnşaatın seviyesi, 25.01.1984 tarih ve 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararı uyarınca somut olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK'nın 2. maddesi hükmü gözetilmek kaydı ile gerek Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ve Dairemizin, gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarında belirtildiği gibi, inşaatın %90 ve üzeri oranına ulaşması ve ayrıca kalan eksik işlerin de sözleşmede amaçlanan kullanıma*

dönen taraf açıkça sözleşmeyi fesih ettiğini belirtmedikçe bu beyan dönme olarak kabul etmektedir.²⁹⁹ Eserin büyük kısmının bittiği gerekçesiyle iş sahibinin sözleşmeden dönme beyanı ileriye etkili fesih sayılınca, yüklenicinin işe devam etme borcu son bulacağından artık inşaata devam etmeyecek ve eksiklik oranında sözleşmede yer alan ücret indirilecektir.³⁰⁰

Kanaatimizce TBK. m. 473/I hükmü gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kural olarak geriye etkili olarak kullanabileceği kabul edilmelidir. Zira kanun metni açıktır. Ancak TBK. m. 473/I gereği sözleşmeden dönme bazı durumlarda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir. Şöyle ki, iş sahibinin arsası üzerinde taşınmaz yapı inşası sözleşmeleri bakımından, yüklenicinin teslim gününde yapıyı bitiremeyecek olması anlaşılmasına rağmen, yapılan kısım işin büyük bir bölümünü

engel oluşturmadığının belirlenmesi halinde ileriye etkili feshin koşullarının gerçekleştiği gözetilmeli, bu koşulların gerçekleşmemesi halinde ise sözleşmenin geriye etkili feshi koşullarının olduğu sonucuna varılmalıdır. “ Yargıtay 23. HD., 2014/432 E., 2014/4157 K., 29.05.2014 T., (Çevrimiçi), www.kazanci.com , 05.12.2017 “**25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında açıkladığı üzere bu gibi sözleşmelerin feshinde yüklenici kusurlu olsa bile olayın özelliği ve niteliği haklı gösterdiği durumlarda M.K.nun 2. madde hükmü gözetilerek sözleşmenin ileriye etkili sonuçlar doğuracak şekilde feshinin kabulü gerekir.** Çünkü anılan içtihadın gerekçesinde açıklandığı üzere; inşaat sözleşmeleri emek ve masrafa dayanan uzun bir zaman sürecine yayılmış olduğundan sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara tabidir. Burada müteahhidin kusurlarının varlığı kısmi ifasının karşılığını almasına engel olmayıp, ancak iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamında etkili olabilir. Yukardan beri açıklanan somut olayın bu akışı içinde özellikle davalı yüklenicilerin işi bitirmek için gösterdikleri çaba, ilk sözleşmeye göre edimlerinin tamamına yakın bölümünü ikmal etmiş olmaları, ek sözleşme ile kararlaştırılan ve imar değişikliğine dayanan ilave iki katın gözönünde bulundurulması halinde dahi tümü itibarıyla işin % 65'inin ikmal edildiği gözetilerek işin ortaya çıkan bu özelliği ve kapsamı bakımından kısmi ifalarının karşılığı olmak üzere sözleşmelerinde öngörülen bağımsız bölümler oranlanarak hangilerine ve ne kadarına hak kazandıklarının belirlenmesi suretiyle feshin ileriye etkili (ex nüg) şeklinde kabulüne karar verilmesi gerekir.” Yargıtay HGK. 1987/15-209 E., 1988/48 K., 27.01.1988 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 05.12.2017

²⁹⁹ “Taraflar arasındaki sözleşmeye göre inşaat, plan ve projesine uygun olarak 3 katlı iki blok halinde yapılacak, ortaokul tarafındaki üç katlı blok arsa sahibine verilecektir. 7.7.1998 tarihli tesbit bilirkişi raporuna göre arsa sahibine kalacak bloğun yapılma oranı %36, tüm inşaatın yapılma oranı da %46'dır. Mahallinde yapılan keşifte arsa sahibine kalacak blok %36, yükleniciler için bloğun ise %83 seviyesinde olduğu, tüm inşaatın %67.3'ünün bittiği belirlenmiştir. **Şu halde, yapılan işin oranına ve özellikle arsa sahibine ait olacak blokta işin %36 seviyesinde kaldığı anlaşılmalı akdin geriye etkili olacak şekilde feshine karar verilmesi gerekir. Mahkemece inşaatın tümünün tamamlanma oranının %46'da kaldığı, inşaatın dava dışı 3. kişiler tarafından %67.3 seviyesine ulaştırıldığı kabul edilmesine rağmen ileriye yönelik feshine karar verilmesi doğru olmamıştır.**” Yargıtay 15. HD. 2003/1401 E., 2003/4596 K., 07.10.2003 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 05.12.2017 ; “Davalı yüklenicinin inşaatı eksik bıraktığı ve böylece sözleşme ile üstlendiği edimini yerine getiremediği tartışmasıdır. Mahkemece alınan bilirkişi raporunda; inşaatın % 74 seviyesinde bulunduğu, inşaatın kolonların, donatı ve kirişlerin noksan imal edildiği, çatının yapılmadığı, projeye aykırılıkların bulunduğu, iskân ruhsatının alınmadığı, alınabilmesi için yapı denetim raporunun temininin gerektiği açıklanmıştır. Bu haliyle % 74'ü ikmal olunan ve kolon ve kirişleri projesine göre küçük yapıldığı anlaşılan inşaat, **25.01.1984 gün ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nın uygulanarak akdin ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshine karar verilmesi, oluşa ve dosya kapsamına uygun bulunmamıştır. Akdin geriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshine karar verilmelidir.** Mahkemece delillerin takdirinde yanlıya düşülerek ileriye etkili fesih kararı verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür.” Yargıtay 15. HD. 2005/6210 E., 2006/397 K., 01.02.2006 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 05.12.2017

³⁰⁰ Öz, İnşaat, s.182; KAPLAN, age., s.112

oluşturuyorsa ve sökülüp kaldırılması aşırı zarar verecekse, ancak ileriye etkili fesih mümkün olmalıdır. Örneğin; teslim süresi 36 ay olan bir eser sözleşmesinde, teslim süresine 15 gün kala eserin %90'ı tamamlanmış ve fakat geri kalan kısmın 30 gün içinde tamamlanabileceği anlaşılıyorsa, bu halde dönme beyanının fesih olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır. Zira aksinin kabulü halinde iş sahibinin arsasına kendi malzemesiyle inşaat yapıp büyük ölçüde tamamlayan yüklenici inşaatın yapılan kısmının yapım değeri veya sebepsiz zenginleşme değerini para olarak alabilecektir. Yükleniciyi, sözleşmede kararlaştırılan arsa payı hakkından tamamen, yani inşaatın tamamlanmış olduğu oranda dahi yoksun bırakmak, güven ilkesine, hakkaniyete ve çıkarlar durumuna aykırıdır. Bu nedenle, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, bu dönme fesih olarak kabul edilmeli, yüklenici yaptığı kısım oranında karşı edimi aynen, yani arsa payı ve bağımsız bölüm olarak alabilmelidir. Bu halde, inşaatın ne oranda yapıldığı bulunacak ve sözleşmede kararlaştırılan arsa payı ve buna bağlı olarak bağımsız bölüm sayısı bu orana indirilerek yükleniciye devredilecek, önceden devredilenlerin de iadesi istenemeyecektir.³⁰¹ Yani sözleşmeden dönmeden farklı olarak o ana kadar yapılmış kısmın sözleşmeye uygun olduğu kabul edilecek, sözleşmedeki bedelin bu kısma karşılık gelen miktarı, fesihten sonra da yüklenici tarafından istenebilecek; sözleşmenin sona ermesinden sonra yüklenicinin yapma borcunun yerini tazminat borcu alacaktır.³⁰²

4. İş Sahibinin Haklı Nedene Dayanmayan Sözleşmeden Dönme Beyanına TBK. m.484'ün Uygulanıp Uygulanmayacağına İlişkin Değerlendirme

İş sahibinin TBK. m. 473/I çerçevesinde dönme hakkını kullandığı durumda, gecikme hiçbir şekilde yükleniciye yüklenemiyorsa, iş sahibinin dönme hakkını kullanması haklı bir nedene dayanmamaktadır.

TBK. m. 484 uyarınca ; *“İşsahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla*

³⁰¹ YENER, age.,s.100

³⁰² KURŞAT, age., s.198; GÜMÜŞSOY KARAKURT, age.,s.190

sözleşmeyi feshedebilir.” Anılan hükümden anlaşıldığı üzere kanun koyucu iş sahibine özel bir neden göstermeksizin sözleşmeyi, dilediği zaman ve ileriye etkili olarak³⁰³, feshedebilme imkânı tanımıştır.

“Sözleşmeden dönme hakkı”, sözleşme ilişkisini tek yanlı bir irade bildirimini ile bir çözüme ilişkisine dönüştürme yetkisi sağlayıcı (kamusal) özülle ve bir bağımlılık (ast-üst) yaratıcı niteliği ile tipik bir “yenilik doğuran hak” oluşturmaktadır.³⁰⁴ Bu çerçevede sözleşmeden dönme hakkını kullanmaya temel olan sebep, yenilik doğuran hakkın yöneldiği irade beyanının muhataba varması sırasında henüz mevcut değilse, yenilik doğuran hak, hüküm ve sonuç doğurmaz. İş sahibi kendi lehine olan TBK. m. 473/I hükmüne dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isterken, bir anda şartların gerçekleşmemesi nedeniyle iş sahibinin dönmede haksız olduğunun anlaşılması halinde, TBK.m.484’ün uygulanacağını söylemek, iş sahibini ağır bir tazminat yükümlülüğü altına sokacaktır.³⁰⁵ Dolayısıyla TBK. m. 473/I hükmü gereğince iş sahibinin haklı nedene dayanmadan sözleşmeden dönme beyanı, TBK. m. 484 gereğince tam tazminat karşılığı feshe ilişkin hukuki sonuçları doğurmamalıdır.³⁰⁶ Ancak iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirirken dayandığı gerekçelerin asılsız olduğunu bildiği durumlarda TBK. m. 484’ün uygulanması mümkündür.³⁰⁷

³⁰³ GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.201

³⁰⁴ SEROZAN, age., s.58

³⁰⁵ “...Öte yandan, arsa sahibi davalı K. E.’ın, davacı tarafa, “...gördüğüm lüzum üzerine ve inşaatı kendimiz yapmak istediğimizden sözleşmeleri tek taraflı olarak fesh ettiğimizi ihbaren bildiririz.” ibarelerini içerir 02.05.2012 tarihli ihbarname gönderdiği anlaşılmıştır. BK’nın 369. (TBK’nın 484.) maddesinde iş sahibine hiçbir gerekçe göstermeksizin, deyim yerinde ise keyfi olarak eser sözleşmesini feshetmek yetkisini tanımıştır. Burada yüklenicinin borca aykırı hiçbir davranışı olmasa bile adeta iş sahibinin sözleşmeyi keyfi olarak sona erdirmeye hakkı düzenlenmiştir. İş sahibi fesih bildiriminde bulunurken hiçbir neden göstermek zorunda değildir, “feshettim” demesi yeterlidir, zira bu fesih nedensiz bir fesihtir. Eğer iş sahibi neden gösterirse nedenin haklı olup olmadığının tartışılması gerekeceğinden, anılan madde hükmü uygulanamaz...” Yargıtay 23. HD., 2014/1458 E., 2014/5682 K., 17.09.2014 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com ,21.03.2019

³⁰⁶ VEDAT BUZ, “İş Sahibinin BK. m. 369’a göre Eser Sözleşmesini Feshi”, BATIDER, 2001/2, s.228 , (Çevrimiçi) www.jurix.com.tr , 13.12.2018

³⁰⁷ GÜMÜŞSOY KARAKURT, age., s.207

II. İŞ SAHİBİNİN, ESER SÖZLEŞMESİNİN YAKLAŞIK BEDELİNİN AŞILMASI NEDENİYLE DÖNME HAKKI

A. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere eser sözleşmesinde, iş sahibinin asıl borcu yapılan eser karşılığı bedel ödeme borcudur. Bedel, eser sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından olmak ile birlikte, bedel miktarı esaslı unsur değildir. Dolayısıyla tarafların eserin bir bedel karşılığı yapılacağı konusunda anlaşması sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Taraflar eser sözleşmesi akdederken, iş sahibi tarafından ödenecek bedeli açıkça veya götürü olarak tespit edebilecekleri gibi yaklaşık olarak da belirleyebilirler.³⁰⁸ Tarafların yaklaşık olarak belirledikleri bedele, yaklaşık bedel denir.³⁰⁹

Yaklaşık bedel (değere göre bedel); TBK. m. 481 çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca; “*Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.*” Görüldüğü üzere bedel miktarı kararlaştırılmamış ise bu miktar eserin yapıldığı zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderlerine göre belirlenecektir. Dolayısıyla yaklaşık bedelde, ücretin aşırı olmayan derecede üstüne çıkılması rizikosuna iş sahibi katlanmak durumunda olacaktır.³¹⁰

Sözleşmede kararlaştırılan yaklaşık bedel tıpkı götürü bedel gibi bağlayıcı nitelik taşımaktadır.³¹¹ Yaklaşık bedel olgusunda sözleşmede tahmini bir bedel

³⁰⁸ EREN, age., s.671; KURŞAT, age., s.264

³⁰⁹ “*Dosya kapsamına göre taraflar arasında sözlü olarak eser sözleşmesi ilişkisinin kurulduğu ihtilâfsızdır. Yargılama sırasında davacı temsilcisinin duruşmadaki beyanına göre işin bitiminden sonra eksik veya fazla malzeme kullanılmasına göre kesin bedelin iş bitiminde ortaya çıkacağı belirlenmiştir. Bu durumda kararlaştırılan bedel yaklaşık bedel olup Dairemizin yerleşmiş uygulamalarına göre bedelin yapıldığı yıl piyasa rayiç bedellerine göre hesaplanması gerekir.*” Yargıtay 15. HD. 2016/353 E., 2017/2172 K., 25.05.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 07.12.2017

³¹⁰ İnşaat sözleşmeleri bakımından bkz. KAPLAN; age., s.193; YAVUZ,ACAR,ÖZEN; age., s.565

³¹¹ “*Borçlar Yasası'nın 366. maddesinde bedelin önceden belirlenmediği veya yaklaşık bedel kararlaştırıldığı sözleşmelerde Dairemizin yerleşen uygulamasına göre imalâtın yapıldığı tarihteki piyasa fiyatlarına göre hesaplanması gerekir. Mahkemece bedel konusunda bilirkişi incelemesi yaptırılmış ise de, 2012 yılı birim*

kararlaştırılmakta ve daha sonra bu bedel yapıldığı yer ve zamanda eserin değeri ve yüklenicinin giderlerine bakılarak revize edilmektedir.³¹²

B. YAKLAŞIK BEDELİN TÜRLERİ

1. Gerçek Anlamda Yaklaşık Bedel (TBK. m. 481)

Gerçek anlamda yaklaşık bedel olarak isimlendirilen yöntemde taraflar, eserin tamamlanmasından sonra ödenecek miktar için bir alt ve üst sınır belirlerler. Yüklenici inşaatı belirlenen alt sınır karşılığında yapmaya, iş sahibi de üst sınır kadar bir miktarı bedel olarak ödemeye razıdır.³¹³ Örneğin en az 100.000-TL en çok 200.000-TL gibi. Bedelin miktarını ispat yükü ise yüklenicinin üzerindedir. Bu çerçevede yüklenici; eserin sözleşmeyle kararlaştırılan iş olduğunu, sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi için yapmış olduğu giderlerin kaynaklarını, gider kaynaklarına ödenecek ücret ve fiyat karşılıklarını ve genel yönetim giderleri ile kendisine verilecek uygun ve makul bir karı ispat edecektir.³¹⁴

2. Yaklaşık Keşif Bedeli Üzerinden Bedel (TBK. m. 482)

Yaklaşık bedelin uygulamada daha sık karşılaşılan şekli, TBK. m. 482'de düzenleme altına alınan yaklaşık keşif bedeli üzerinden bedel belirleme yöntemidir.³¹⁵ Yükleniciye ödenecek bedelin yaklaşık keşif bedeli usulüyle belirlendiği sözleşmelerde taraflar, sözleşmenin kurulması aşamasında yükleniciye ödenecek

fiyatlarına göre davacı alacağı bulunduğundan rapor hüküm kurmaya yeterli kabul edilemez. O halde yapılması gereken iş, bilirkişiden ek rapor alınarak imalatın gerçekleştirildiği 2011 yılı piyasa fiyatlarına göre bedelini hesaplamak, bundan var ise ayıplı imalat sonucu davalının uğradığı ve mahsup itirazı niteliğinde ileri sürdüğü zararıyla ve ihtilâfsız ödeme tutarı000,00 TL'yi düşürmek, kalan miktar üzerinden hüküm kurmaktan ibarettir. Bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve hukuki değerlendirmede yanılığa düşülerek, davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş bu sebeple kararın bozulması gerekmektedir.” Yargıtay 15. HD. 2012/7479 E., 2013/88 K., 01.01.2013 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 07.12.2017

³¹² “Götürü bedelli işlerde hakedilen imalat bedelinin gerçekleştirilen imalatın tümüne göre fiziki oran bulunup bu oranın götürü bedele uygulanması, yaklaşık bedel tespit edilen işlerde hakedilen bedelin sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın 366. maddesi hükmünce yapıldığı tarihteki mahalli piyasa rayiçlerine göre saptanması gerekir.” Yargıtay 15. HD. 2012/6347 E., 2013/5327 K., 01.10.2013 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 07.12.2017

³¹³ Doruk GÖNEN, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s.141

³¹⁴ EREN, age., s.673

³¹⁵ TANDOĞAN, age, s.280 ; KAPLAN, age., s.193

bedeli değil, eserin tamamlanması için yapılacak masrafları yaklaşık olarak belirlemektedir. Sözleşmede keşif bedeli olarak bir miktar belirtilmiş olmasına rağmen yükleniciye ödenecek bedel ise, gerçek anlamda yaklaşık bedel usulünde olduğu gibi, TBK. m. 481 çerçevesinde, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenecektir.³¹⁶ Dolayısıyla yüklenici bu keşif bedeliyle bağlı değildir.³¹⁷

Taraflar eser sözleşmesini akdederken iradelerini ortaya koyarak yaklaşık olarak bir bedel tayin ederler.³¹⁸ Kimi zaman bu iradelerini yaklaşık, takribi, tahminen gibi ifadelerle sözleşmeye açıkça koymakta kimi zaman ise tarafların sözleşme görüşmelerinin yürütülme şekline, işin niteliğinden veya keşif raporunda hangi ölçüde detaylı bir inceleme yapıldığı gibi ikincil noktalardan hareketle bu sonuca ulaşılabilir.³¹⁹ Ancak tüm bu incelemelere rağmen bir sonuca ulaşılamazsa, hangi tür bedel belirleme usulüne üstünlük tanınacağı konusunda doktrinde görüşler bulunmaktadır.

Doktrinde sözleşmenin yorumu sırasında tereddüt doğarsa, bedelin yaklaşık olarak kararlaştırıldığının asıl olduğu kabul edilmektedir.³²⁰ Ancak doktrindeki aksi görüşe göre; asıl olan bedelin götürü ve kesin şekilde belirlenmiş sayılmasıdır.³²¹ Yavuz/ Acar/ Özen'e göre; *“Taraflar iradelerinin yorumu ve yapılacak işin özelliği ne tür bir bedel kararlaştırıldığını ortaya koyamıyorsa, yaşamın olağan akışına uygun olan, iş sahibinin ödeyeceği miktarın kesin olduğunu göz önüne alarak sözleşmeyi kurduğudur. Bu sonuç işin uzmanı olan müteahhit karşısında iş sahibinin daha çok himaye edilmesi gereğine de uygundur. Öte yandan BK. m. 365/II (TBK. m. 480/II)*

³¹⁶ “Yargılama sırasında davacı temsilcisinin duruşmadaki beyanına göre işin bitiminden sonra eksik veya fazla malzeme kullanılmasına göre kesin bedelin iş bitiminde ortaya çıkacağı belirlenmiştir. Bu durumda kararlaştırılan bedel yaklaşık bedel olup bedelin yapıldığı yıl piyasa rayiç bedellerine göre hesaplanması gerekir. Ancak tarafların sözleşmelerinin incelenmesine göre davacının düzenlediği faturalar davalıya tebliğ edilmiş ve defterlerine kaydedilmiş böylece içerikleri kesinleşmiştir. Mahkemece kesinleşen bu fatura bedellerinden ihtilâfsız olan ödeme mahsup edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekir.” Yargıtay 15. HD., 2016/353 E., 2017/2172 K., 25.05.2017 T., (Çevrimiçi), 16.01.2019

³¹⁷ Cem BAYGIN, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler; Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s. 41; GÖNEN, age., s.143

³¹⁸ EREN, age., s.674

³¹⁹ GÖNEN, age., s.146

³²⁰ YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.569; TANDOĞAN, age., s.282; BÜYÜKAY, age., s.164, ZEVLİLİLER, GÖKYAYLA, age. s.550; BAYGIN, age. s.46

³²¹ YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age. s.569; ÖZ, age., s.70; GÖNEN, age., s.148

hükmünün götürü ücret kararlaştırıldığı hallerde masraflarının olağanüstü sebeplerle artması üzerine müteahhide bedel arttırımı veya sözleşmeyi sona erdirmeye olanağı verdiği göz önüne alınırsa bu çözümünün çıkarlar dengesine aykırı düşmeyeceği de görülür.”³²²

Kanaatimizce sözleşmenin yorumu sırasında bir tereddüt ortaya çıkması halinde götürü bedelin kararlaştırıldığı kabul edilmelidir. Zira hayatın olağan akışına uygun olan iş sahibinin, işin uzmanı olan yükleniciye ödeyeceği miktarın kesin olduğunu düşünerek sözleşmeyi kurmasıdır.³²³

C. YAKLAŞIK BEDELİN AŞIRI ORANDA AŞILMASI

1. Genel Olarak

TBK. m. 482 uyarınca;

“Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir.

Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyorsa iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.”

TBK. m. 482 hükmü, yaklaşık bedelin yapı sahibi için, sözleşmenin kuruluşu sırasında, “sözleşmenin yapılması için” işlem temelini teşkil etmiş olması fikrine dayanmaktadır. Böyle bir durumda, temel hatasının özel olarak düzenlenmiş bir şekli söz konusudur. Başlangıçta belirlenen yaklaşık bedel, iş sahibi için sözleşmenin

³²² YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s. 569

³²³ ÖZ, İnşaat; s.60

yapılmasında işlem temeli rolünü oynamaktadır.³²⁴ Kanun hükmü, iş sahibinin, yüklenicinin teklif ettiği yaklaşık bedele olan güvenini koruma altına almaktadır.³²⁵

Yaklaşık bedel usulünde, götürü bedelin aksine, yükleniciye ödenmesi gereken bedelin sözleşmenin kurulması aşamasında öngörülenden fazla çıkmasının riskini iş sahibi üstlenmektedir. Bu durumun iş sahibi açısından yarattığı belirsizlik, gerçek anlamda yaklaşık bedel usulünde bir üst sınır belirlemek suretiyle belirli sınırlar içerisinde tutulmaktadır. Ancak keşif bedeli üzerinden yaklaşık bedel usulünde, iş sahibinin ödeyeceği bedel, eserin tamamlanmasından sonra, TBK. m. 481 çerçevesinde, yapıldığı yer ve zaman dikkate alınarak, eserin değeri ve yüklenicinin giderine bakılarak³²⁶ belirlenecek olup bu şekilde ortaya çıkacak olan miktarı sınırlayan bir üst limit de olmaması sebebiyle iş sahibinin üzerinde taşımış olduğu risk, kanun koyucu tarafından yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılmasını düzenleyen TBK. m. 482 ile belirli ölçüde giderilmeye çalışılmıştır.³²⁷

2. İş Sahibinin TBK. m. 482'den Yararlanabilmesinin Şartları

Yaklaşık keşif bedelinin aşılması sebebiyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olabilmenin şartları TBK. m. 482'de düzenlenmektedir. Buna göre;

a. Sözleşmede Keşif Bedelinin Yaklaşık Olarak Tespit Edilmesi

TBK. m. 482'de açıkça belirtildiği üzere, iş sahibinin bu düzenlemeden yararlanabilmesi için öncelikle taraflarca başlangıçta yaklaşık bir bedel belirlenmesi gerekmektedir.³²⁸

³²⁴ ARAL AYRANCI, age.,s. 423

³²⁵ EREN, age., s.674; KAPLAN, age.,s.245

³²⁶ "İş-eser bedeli, yanlarca önceden kararlaştırılmamış yahut yaklaşık olarak kararlaştırılmış olması durumunda da, iş-eser bedeli, Borçlar Kanunu'nun 366. maddesi hükmü gereğince, yerinde uzman bilirkişi aracılığıyla keşif ve inceleme yapılmak suretiyle işin yapıldığı zamandaki serbest piyasa bedellerine göre mahkemece belirlenir." Yargıtay 15. HD., 2008/2547 E., 2008/3500 K., 30.05.2008 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 07.12.2017

³²⁷ GÖNEN, age., s.156

³²⁸ İhsan ERDOĞAN, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 1990, s.158 (Çevrimiçi) www.dergipark.gov.tr , 16.01.2019

TBK. m. 482'nin uygulama alanı, tarafların keşif sonucu ulaşılan masraf tahminini sözleşmenin kurulmasında temel olarak kabul ettikleri ve iş sahibinden talep edilebilecek miktara bir üst sınır getirilmeyen, keşif bedeli üzerinden yaklaşık bedelle kurulan sözleşmelerdir.³²⁹ Zira gerçek anlamda yaklaşık bedel usulünde, taraflarca üst sınır belirlenmekte olup TBK. m. 482'nin uygulanmasına imkân ve ihtiyaç yoktur.³³⁰

b. Sözleşmede Belirlenen Yaklaşık Bedelin Aşırı Ölçüde Aşılması

TBK. m. 482'de açıkça belirtildiği üzere, iş sahibinin bu hükümden yararlanabilmesi için, bedelin başlangıçta yaklaşık olarak belirlenmesine ek olarak belirlenen bu bedelin “aşırı ölçüde aşılabacağı anlaşılırsa” şartının da gerçekleşmesi gerekmektedir.³³¹

İş sahibinin TBK. m. 482'den doğan hakkını kullanabilmesi için madde metninde başlangıçta belirlenen bedelin hangi ölçüde aşılmasının “aşırı ölçüde aşılma” olarak değerlendirileceğine ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır.

Bu noktada taraflar akdetmiş oldukları sözleşmeye aşırı bedel kaydı koyarak “aşırı ölçüde aşılma” olgusuna ilişkin bir düzenleme getirebilirler.³³² Ancak sözleşmede böyle bir düzenleme olmaması halinde yaklaşık keşif bedelinin üzerine çıkılmasının hangi noktadan sonra aşırı ölçüde kabul edileceği olgusu somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir.³³³

³²⁹ “Yapı sahibinin TBK. m.482'den yararlanabilmesi için keşif bedelinin yaklaşık olarak tespit edilmiş olması gerekir. Genel anlamda idarelerin ihaleye çıkaracağı inşaatlar için hazırladığı metrajların birim fiyatlarla çarpımı ile elde edilen listeye keşif veya keşif özeti denmektedir. Keşif bedeli ise keşif özetlerinin toplamından oluşur. 1. Keşif, idare tarafından ihale dosyasına konulan tahmini keşfe yani keşif toplamına denir. 2. Keşif, inşaatın icraat sırasında değişen iş miktarlarına göre düzenlenen ve gerçeğe en yakın keşif veya keşif bedeline denmektedir.”

KAPLAN, age., s.194

³³⁰ KAPLAN, age., s.246; GÖNEN, age.,s.160

³³¹ ERDOĞAN, age., s.158

³³² TANDOĞAN, age., s.283; ÖZ, age., s.71; GÖNEN, age., s.162; BAYGIN, age., s.154

³³³ BAYGIN, age.,s.156

Burada iş sahibinin belli bir oranda aşmaya katlanma yükümlülüğü vardır. Kanunun lafzından da anlaşıldığı gibi, aşılma kısmının fazla olması ve bu fazlalığın iş sahibi tarafından tahammül edilemeyecek ölçüde olması gerekmektedir. Tahammül sınırını dürüstlük kuralı ve somut olayın özellikleri belirleyecektir. Doktrinde bazı yazarlar bu sınırı belirlemek için “İş sahibi işin bu ücrete mal olacağını bilseydi yine de işi yapar mıydı?”³³⁴ sorusunu sormaktadır.³³⁵ Bunun için kural olarak talep edilen fiyat ile gider tahmini arasındaki oran önemlidir.³³⁶ Buna karşılık, aşırılığı belirlemede meydana getirilen eserin değeri göz önünde tutulmaz; aksi halde, iş sahibi, kararlaştırıldan daha değerli olsa bile, aşırı derecede pahalı bir eseri kabule zorlanmış olacaktır.³³⁷

Bu noktada üzerinde durulması gereken, aşırı ölçüde aşılmanın oranıdır. Hangi oranda aşılma, aşırı ölçüde aşılma sayılacaktır?

İsviçre uygulamasında ise aşırı aşılmanın tolerans sınırı %10 olup bu sınırın üstündeki artış, aşırı artış sayılmaktadır.³³⁸ Ülkemizde bu tutar, 2886 sayılı Kanuna göre keşif bedelinin %20’lik artışı oranıdır. 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca ise bu oran anahtar teslim götürü bedelli sözleşmelerde %10 üstü kabul edilmektedir. Birim fiyatlı inşaat sözleşmelerinde %20’dir. Bakanlar Kurulu bu oranı %40’a kadar artırmakla yetkilidir.³³⁹

Örneğin benzer bir durum gabinde yani tarafların karşılıklı edimleri arasında açık nispetsizlik bulunan bir sözleşmenin meydana geldiği hallerde karşımıza çıkmaktadır. Tarafların karşılıklı edimleri arasındaki açık nispetsizliğin oranı ne olacaktır? Fransız uygulamasında, MK. 1674. Maddesine göre, taşınmaz satışlarında

³³⁴ Benzer bir soru Gabine ilişkin değerlendirme yapılırken de sorulmaktadır. Şöyle ki; “sözleşmenin iptali yerine aşırı oransızlık giderilerek ayakta tutulması, ancak tarafların orta zekalı, makul ve dürüst düşünen kimseler olarak somut olaydaki sözleşmeyi bu içeriği ile de yapacakları kabul edilebildiği takdirde söz konusu olabilir.” Vedat BUZ, Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATIDER, Cilt XIX, 1998, sayı 4, s.65

³³⁵ ERGEZEN, age., s.109; ÖZ, age., s. 70; GÖNEN, age, s.163 ; ÖZ, İnşaat, s.76 ; KURŞAT, age., s.266

³³⁶Turgut UYGUR, Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri Cilt VI, Ankara, Adalet Matbaacılık, 1994, s.227

³³⁷ Kenan TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s.1087

³³⁸ EREN, age., s.674; ARAL AYRANCI, age.,s.424

³³⁹ KAPLAN, age., s.247

7/12 oranı üzerinde ise açık nispetlilik olduğu kabul edilmektedir. Alman uygulamasında ise, karşılıklı edimler arasında %100 oranında bir nispetlilik aranmaktadır. Türk Hukuku'nda ise, Yargıtay "Dairenin sürekli uygulamalarına göre, ivazlar arasındaki 50/100 oranındaki bir fark açık nispetlilik, bu kesindir... Dairenin uygulamalarındaki ivazlar arasında %25 oranındaki bir farkın açık nispetlilik sayılmadığı dahi kuşkusuzdur. Hal böyle olunca, olağan koşullar altında açık nispetlilikten söz edilebilmesi için ivazlar arasında en az %25'ten fazla bir fark olması zorunluluğu vardır..." demektedir.³⁴⁰

Kocayusufpaşaoğlu; "Burada aydınlığa kavuşturulması gereken bir mesele şudur: Kısmi iptal çerçevesinde, karşılıklı edimler dengelenirken, malın piyasadaki ortalama fiyatı mı esas alınacaktır, yoksa dengesizlikteki "açık" olma unsurunu kaldıracak, kabul edilebilir veya hoşgörülebilir bir meblağ ile mi yetinilecektir? Sözü edilen ikinci ihtimalde, esas alınan miktar, hemen her zaman, sömürülen alıcı ise ortalama piyasa fiyatından daha yüksek, sömürülen satıcı ise ortalama piyasa fiyatından daha düşük olacaktır. Öğretide, bu konuya değinen yazarların genellikle ve bizce de yerinde olarak birinci alternatifi (ortalama piyasa fiyatını) üstün tuttıkları görülüyor. İleri sürülen gerekçeler arasında, bizce en dikkate değer olanı şudur. BK.m.21, zayıf durumdaki sömürüleni korumak üzere kanuna konulmuş bir hükümdür. Şu halde onu en iyi koruyan çözüm tercih edilmelidir. Çok pahalı satılan mallarda (örneğin piyasa fiyatı 50 olan bir mal 100'e satılıyor.), bu hiç kuşkusuz semeni 50'ye indiren çözüm olacaktır; yoksa, Yargıtay içtihatlarına göre nispetlilik %25 oranında kalacağı için, açık nispetlilikten bahsedilemeyen %75'e değil!"³⁴¹ değerlendirmesinde bulunmuştur.

Kanaatimizce de tıpkı gabinde olduğu gibi, yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması hususunda oran belirlenirken, piyasa fiyatı göz önünde tutulmalıdır. Şayet iş sahibi sözleşmeden döndükten sonra aynı eseri tekrar yaptırmak isteyecekse, yaptıracığı bedel, piyasa fiyatı olacaktır. İsviçre Hukuku gibi rekabet düzeni iyi

³⁴⁰ Yargıtay 1. HD., 1976/10791 E., 1976/12751 K., 27.12.1976 T., YKD. 1977/5, s.620

³⁴¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, age., s.484

çalışan ve ekonomik dalgalanmaların az yaşandığı bir piyasada, aşırı ölçüde aşılma için %10 makul bir oran olarak kabul edilebilir. Ancak rekabet düzeni iyi çalışmayan bir piyasada, benzer tüm yükleniciler, aşırı ölçüde aşılma bedele yakın bir bedel ile sözleşmeyi yapacaksa, o halde iş sahibinin yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması nedeniyle dönme hakkını kullanmasının pratikteki yararı ne olacaktır? Zira bu noktada sorduğumuz soru “iş sahibi işin bu ücrete yapılacağını bilseydi yine de yapar mıydı?” sorusudur. Bu nedenle piyasada benzer yüklenicilerin eseri yaptığı bedel üzerinden yaptırabilen iş sahibi, yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması nedeniyle sözleşmeden dönmemelidir.

İş sahibinin TBK. m. 482/I'den yararlanabilmesi için, aşılma kısmının piyasaya oranla çok yüksek olması ve piyasa fiyatına nazaran aşırı bir aşılma olması gerekmektedir. Bu noktada hâkimin, aşırı ölçüde aşılmayı takdir ederken, daha güçsüz olan iş sahibi lehine bir tutum belirlemesi de yerinde olacaktır.³⁴²

Bu çerçevede kanaatimizce ÜFE/TÜFE oranları ortalaması çerçevesindeki artış piyasa fiyatı açısından belirleyici olabilir ve normal kabul edilebilir, bu oranın üzerindeki %10'luk bir artış da aşırı ölçüde aşılma kabul edilebilir.

Ancak tarafların tacir olduğu durumda, tacirin, TTK. m. 20/II çerçevesinde, ticaretine ilişkin tüm faaliyetlerinde basiretli davrandığı ve buna bağlı olarak üstleneceği yükümlülüklerin kapsam ve sonuçlarını tartarak hukuki ilişkiye girdiği kabul edilmektedir.³⁴³ Bu çerçevede tacir olan iş sahibinin, yaklaşık bedelin aşırı

³⁴² Burcu KALKAN, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s.118

³⁴³ “Basiret, sağduyu, ilim, tecrübe ve feraset ışığıyla görüp sezmeye ve bilip değerlendirmeye esas teşkil eden konuları etraflıca ve tam olarak kavrayabilmedir. Her tacir, tüm ticarî faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek, sağduyu sahibi olmak, ileriye düşünmek ve işlemlerini ona göre organize etmek zorundadır. Buna göre tacir, memleketin siyasi atmosferini düşünmek, ithal ve ihraç yasağını takip etmek yani piyasa durumunu ve ekonomik çalkantıları hesaba katmak zorundadır. Yapacağı sözleşmelerin yerine getirilip getirilmeyeceğini hesaba katıp “basiretli bir iş adamı” gibi davranıp borcun yerine getirilmesini engelleyebilecek hareketleri önceden nazara alması gerekmektedir... Örneğin, tacirler piyasanın hal ve gelecekteki durumunu göz önünde tutmak, tedbirli davranmak zorundadırlar. Basiretli bir tacirin akdi yaparken fiyat yükselmelerini tahmin etmesi ve ona göre akdi yapması ya da borç altına girmesi lazımdır. Tacir olmayanlara ise, dürüstlük kuralları gereğince böyle bir mükellefiyet yüklenemez. Tacir olmayanların sadece namuslu, dürüst hareket etmeleri yeterlidir. Bir tacir gibi piyasanın hal ve şartlarını ve geleceği tahmin etmeleri beklenemez.” Mahmut KIZIR ; Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi ;Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı:2, 2011, s.247, www.dergipark.gov.tr, (Çevrimiçi) 19.03.2019

ölçüde aşılabileceğini bilebileceği durumlarda TBK. m. 482'den yararlanamayacağı kabul edilmelidir.³⁴⁴

Bunun yanı sıra aşırı masrafların muhakkak fiilen gerçekleşmesi gerekli değildir, masraflar fiilen gerçekleşmemiş olsa dahi, masrafların yapılacağı ve yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılabileceği anlaşılıyorsa bu halde bu şart sağlanmış sayılacaktır.³⁴⁵

c. Yaklaşık Bedelin Aşırı Ölçüde Aşılmasının İş Sahibinden Kaynaklanmaması

TBK. m. 482'de açıkça belirtildiği üzere, iş sahibinin bu hükümden yararlanabilmesi için, yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılmasının, iş sahibinin kusuru olmaksızın gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁴⁶

İş sahibi, özellikle işin yapılmasında talimat verme, plandan ayrı bazı şeyleri isteme, yapılması kendisine düşen fiilleri yapmama veya geç yapma (örneğin; araziyi hazır bulundurmama, malzeme vermeme) suretiyle giderin artmasına yol açmış olabilir.³⁴⁷ Neden olma, talimat verme suretiyle meydana gelebileceği gibi giderlerinin yükselmesini gerektiren diğer eylemlerle de olabilir.³⁴⁸ Tüm bunlara ek olarak iş sahibinin, aşırı gider yapılmasına, açıkça ve hatta hal ve duruma göre örtülü razı olması da, yol açmaya eşit tutulmalıdır. Bu duruma iş sahibi kendi kusurlu davranışları ile

³⁴⁴Bknz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, age., s.39 “...Ticari faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranmak yükümü altında bulunan bir tacir, “hiffetinden” (hafifliğinden, düşüncesizliğinden) veya “tecrübesizliğinden” yararlanıldığını ileri süremez.” “Mahkemeye, yapılan yargılama ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, davalının yapmış olduğu inşaat alanındaki bakım, onarım ve tamirat işlerinin yaklaşık bedelinin 4.500,00 TL 4.700,00 TL arasında olduğunun tespit edildiği, davaya konu faturanın davacı defterlerinde yer almadığı, davalı defterlerinde ise davacı şirket adına 8 adet fatura ile toplam 69.619,82 TL tutarında mal ve hizmet satım faturası düzenlendiği, son faturanın 4.619,70 TL olduğu, uyumsuzluğun bu faturalardan kaynaklandığı, davacının tacir olduğu, tacirin basiretli olması gerektiği, bu sebeple söz konusu faturadan haberdar olmadıkları iddiasının gerçeği yansıtmayacağı, işin bedeli olarak 4.619,70 TL'nin geri istenemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine ve koşullarının oluşması sebebiyle % 20 oranında kötü niyet tazminatının davacıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.” Yargıtay 19. HD., 2016/10708 E., 2017/6161 K., 21.09.2017 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 11.01.2018

³⁴⁵ YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.569; GÖNEN, age., s.165; BAYGIN, age., s.158

³⁴⁶ ERDOĞAN, age., s.158 ; KURŞAT, age., s.269 ; “Yüklenici, iş sahibinin işbirliğinde bulunma külfetini yerine getirmemesinden dolayı yapmış olduğu ek masrafları talep edebilir. İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesinden dolayı yüklenicinin yaptığı ek masraflar, ücretin yapılan değere göre belirlendiği durumlarda hesabın içinde yer alır.” SEÇER, İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu, s.500

³⁴⁷ TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri; age., s.1087

³⁴⁸ UYGUR, age., s.228

yüklenicinin masraflarının artmasına sebep olmuşsa, bunun sonuçlarını da kendisi üstlenmek zorunda kalacaktır.³⁴⁹

Diğer yandan, kanunda iş sahibinin kusurundan bahsedilmiş olsa da, yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılmasına sebep olmak kaydıyla iş sahibinin kusurlu sayılmayacağı davranışlarının da TBK. m. 482'den yararlanmasını engelleyeceği kabul edilmelidir.³⁵⁰

d. Yaklaşık Bedelin Aşırı Ölçüde Aşılmasına Sebep Olan Masrafların İş Sahibi Tarafından Kabul Edilmemesi

TBK. m. 482'de açıkça yer aldığı üzere, iş sahibinin bu maddeden yararlanabilmesi için, yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılmasına sebep olan masrafları kabul etmemiş olması gerekmektedir.

Burada önemli olan husus iş sahibinin yüklenici tarafından uyarılıp uyarılmadığıdır. Zira aşırı bedel aşımından haberdar olan iş sahibinin işin yapılmasına göz yummasının güven teorisine göre yüklenici tarafından artık bu bedelin iş sahibince kabul edildiği şeklinde anlaşılabilmesi ve bu takdirde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının düşeceği benimsenmelidir.³⁵¹ Bu nedenle yüklenicinin yaklaşık bedelin aşırı derecede aşıldığını derhal iş sahibine bildirmesi gerektiği kabul edilmelidir. Zira bu sayede iş sahibi, yüklenicinin uyarısı üzerine artık aşırı bedel artışından haberdar olmuş olacak ve buna rağmen dönme hakkını kullanamayacak, bedeli kabul etmiş sayılacaktır. Yüklenici tarafından iş sahibine, uyarı yapılmadığı takdirde, yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşıldığını çok geç hatta iş bittikten sonra öğrenen iş sahibi yine de

³⁴⁹ ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, age., s.550; EREN, age., s.669; TANDOĞAN, age., s.286; ÖZ, age., s.75; GÖNEN, age., s.170; BAYGIN, age.,s.161; KAPLAN, age., s.247

³⁵⁰ GÖNEN, age., s. 171; “Örneğin; iş sahibinin sözleşme ile kendisine tanınan bir yetkiyi kullanması, mesela inşaatın devamı sırasında projede değişikliğe gitmesi durumunda iş sahibinin kusurundan bahsedilemezken, bu hal yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılmasına sebep olmuşsa, TBK. m. 482'ye başvurma hakkı doğmayacaktır.” Bknz. TANDOĞAN, age., s.286

³⁵¹ “Ancak özellikle işin uzmanı olmayan bir kişinin bile rahatlıkla anlayabileceği durumdaki aşırı masraflardan herhangi bir şekilde haberdar olan iş sahibinin sessiz kalması, somut olayın şartları dikkate alındığında, güven teorisi ışığında örtülü bir kabul olarak yorumlanabilir. Bu örtülü kabul, iş sahibi tarafından sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yönelik hakların kullanılmasını ortadan kaldırır.” Bknz. GÖNEN; age., s.172

sözleşmeden dönebilecektir. Bu durumda sözleşmeden dönme, geçmişe etkili sonuç doğurduğundan, yüklenici hem eseri bedel almaksızın boşuna yapmış olacak (sadece işçilik ve malzeme maliyetinden ibaret sebepsiz zenginleşme talebine sahip olabilecek), hem de iş sahibi aşırı artış kendisine bildirilse idi uğramayacak olduğu zararı yükleniciden tazmin edebilecektir.³⁵²

Yaklaşık ücretin aşırı ölçüde aşılmasına iş sahibinin açıkça veya zımnen verdiği rıza bu hükmün uygulanması olanağını ortadan kaldıracaktır.³⁵³ Örneğin, iş sahibi yaklaşık ücretin aşırı ölçüde aşılacağını bildiği halde imalatta değişiklikler talep ediyorsa o halde sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Yine yaklaşık ücretin aşırı ölçüde aşılmasına sebep olacak masrafları iş sahibi tarafından tamamen ödenmiş olması, sözleşmeden dönme hakkından feragat ettiği şeklinde yorumlanacaktır.³⁵⁴ Ancak yeni bir artışın ortaya çıkması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı saklıdır.

e. Yüklenicinin Eseri Sözleşmede Belirtilen Yaklaşık Bedel Üzerinden Yapmaktan Kaçınması

Yüklenici eseri sözleşmede belirtilen yaklaşık bedelin aşılmasına rağmen yapmaya devam eder ve aşan kısmı kendisi karşılarsa TBK.m.482 uygulanamayacaktır.³⁵⁵ Yüklenici genel özen borcu nedeniyle, yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılacağını ön görüyor ve aşan kısmı kendi üzerine almak istemiyorsa derhal iş sahibine durumu bildirmekle yükümlüdür.³⁵⁶ Zira bu noktadaki sorumluluk büyük oranda, işin uzmanı durumundaki yükleniciye düşmektedir. (TBK. m. 472/III) Aksi halde, kapsamı ve sözleşme bedeline etkisi konusunda tam olarak bilgilendirilmeden

³⁵² EREN, age.,s.675; ÖZ, İnşaat, s.77

³⁵³ YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.570 ; KURŞAT, age., s.271

³⁵⁴ ERGEZEN, age., s.112

³⁵⁵ KURŞAT, age.,s.269

³⁵⁶ BAYGIN, age, s.175

verilen rıza, iş sahibinin TBK. m. 482'ye başvuru hakkını ortadan kaldırmayacaktır.³⁵⁷
Yüklenicinin bildirme yükümlülüğü genel özen yükümlülüğünden çıkarılmaktadır.³⁵⁸

f. Yüklenici TBK. m.480/II'de Belirtilen Yollardan Birine Başvurmamış Olmalıdır

TBK. m. 480/II uyarınca; *“Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.”*

Yaklaşık bedelin büyük ölçüde aşılması, TBK. m. 480/II 'de belirtilen haller sebebiyle olduğunda, yüklenicinin talebi üzerine, hâkimin, bedel artırımına karar vermesi halinde; gerçekte bedel arttırılmasından ziyade gerçek masrafların kısmen iş sahibi tarafından ödenmesine hükmetmesi söz konusu olacaktır.³⁵⁹

Dolayısıyla yüklenici TBK. m. 480/II'de belirtilen hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme veya bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme yollarından birine başvurmuşsa, TBK. m. 482'deki diğer şartlar gerçekleşmiş olsa dahi iş sahibi sözleşmeden dönemeyecektir.

³⁵⁷ GÖNEN, age., s.173

³⁵⁸ UYGUR, age., s.227; *“Ancak yüklenici, iş tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra aşırı ücret istemez veya yaklaşık bedelle yetinip aşmanın rizikosunu üzerine alırsa, TBK. m. 482 uygulama alanı bulmayacaktır.”* Bknz. BAYGIN, age., s.166

³⁵⁹ YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.570

D. YAKLAŞIK KEŞİF BEDELİNİN AŞILMASI SEBEBİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ KULLANILMASI VE SONUÇLARI

TBK. m. 482'nin uygulanabilmesi için aranan şartların gerçekleşmesi halinde iş sahibinin hakları, eserin iş sahibinin arsası üzerine yapılıp yapılmadığına göre değişmektedir.³⁶⁰ İş sahibinin arsası üzerine yapılan eser haricinde bir eserin sözleşmenin konusunu oluşturduğu bütün ihtimallerde uygulama alanı bulacak olan hüküm TBK. m. 482/I uyarınca; "...iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir." TBK. m. 482/II'ye göre ise; "Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyorsa iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir."³⁶¹

1. Eserin İş Sahibinin Arsası Üzerine Yapılmaması Hali

Eserin, iş sahibinin arsası üzerine yapılmadığı durumlarda iş sahibi sözleşmeden eser tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra dönebilmektedir. Ancak iş sahibi bedelden uygun bir miktar indirim yapılmasını talep edemeyecektir.³⁶² İş sahibinin TBK. m. 482/I uyarınca eser tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilmesi için yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşıldığından bu aşamada haberdar olmalıdır. Şayet daha evvel, işin devamı sırasında herhangi bir yolla haberdar olmuşsa, sözleşmeden dönme hakkını, işin devamını ya da tamamlanmasını beklemeksizin derhal kullanmalıdır.³⁶³

³⁶⁰ EREN, age., s.675

³⁶¹ GÖNEN, age., s.175

³⁶² EREN, age., s.677; YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.575; KAPLAN, age., s.248; AYDOĞDU KAHVECİ, age.,s.787

³⁶³ BAYGIN, age., s.165; GÖNEN, age.s.181

İş sahibi dönme hakkını, dönme beyanının yükleniciye varması ile kullanmış olacaktır.³⁶⁴ Ayrıca yüklenicinin kabulü aranmamaktadır. Dönme hakkının kullanılması ile o ana kadar henüz yerine getirilmemiş borçların yerine getirilmesi zorunluluğu ortadan kalkacak, yerine getirilen borçların ise geri verilmesi sağlanacaktır. Dolayısıyla yüklenici ücretini almış ise bunu faiziyle birlikte, iş sahibi de eseri, eserden elde ettiği yararlarla birlikte geri vermek zorundadır.³⁶⁵

Katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşü çerçevesinde sözleşmeden dönme ile borç ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erecektir. Ancak TBK. m.125 geri verme borcu kapsamı bakımından bir düzenleme içermediğinden buradaki boşluk sebepsiz zenginleşme kurallarının kıyasen uygulanması ile doldurulmalıdır.³⁶⁶

Sözleşmeden TBK.m.482/I çerçevesinde dönülmesinin, dönme anına kadar yerine getirilmiş edimlerin iadesi dışındaki bir diğer sonucu sözleşmeden dönen iş sahibinin sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğradığı zararı yükleniciden talep edebilecek olmasıdır. İş sahibinin dönme hakkıyla birlikte tazminat isteme hakkı, dönmeden bağımsız olarak kusura dayalıdır. Dönme hakkının kullanılmasında kusura bakılmazken, iş sahibinin tazminat istemesi tamamen yüklenicinin kusuru ile alakalı bir durumdur. Zira sorumluluk hukukunda genel kural kusur sorumluluğudur. Dolayısıyla yüklenici gecikmede kendi kusurunun bulunmadığını kanıtlayamaz ise, iş sahibi, yükleniciden olumsuz (menfi) zararının özellikle fiili zararlarla yoksun kaldığı karın (kaçırdığı fırsatın) tazminini talep edebilecektir.³⁶⁷

³⁶⁴ BAYGIN, age., s.170

³⁶⁵ ERGEZEN, age., s. 121

³⁶⁶ Bknz.; s.95

³⁶⁷ GÖNEN, age.,s.183; BAYGIN, age.,s.171

2. Eserin İş Sahibinin Arsası Üzerine Yapılması Hali

TBK. 482/II'de iş sahibinin arsası üzerine inşaat yapılması hali düzenlenmektedir. İş sahibi ancak eser tamamlanmamışsa, bedelden indirim talep edebilecek veya yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilecektir.³⁶⁸

Eserin iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı durumlara özgülenmiş bu istisnai düzenlemeye kanunda yer verilmesinin sebebi, iş sahibinin arsası üzerine yapılan eserin yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde MK. m. 722/I uyarınca arazinin bütünleyici parçası olarak iş sahibinin mülkiyetinde kalacak olmasıdır. Bu durumda iş sahibinin yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması nedeniyle sözleşmeden dönüp sebepsiz zenginleşmesi oranında yükleniciye bir ödemede bulunması, yaklaşık bedeli aşmada bir kusuru bulunmayan yüklenici bakımından hakkaniyete aykırılık teşkil edeceğinden, kanun koyucu bu ihtimalin yaratabileceği adaletsizlikleri, TBK. m. 482/II düzenlemesi ile aşmayı amaçlamıştır.³⁶⁹

Yüklenicinin iş sahibinden başkasına ait arsa üzerinde yapı yaptığı, örneğin yüklenicinin iş sahibinin üst hakkı sahibi olduğu veya kiraladığı arsa üzerine bina inşa etmesi gibi durumlarda TBK. m. 482/II kıyasen uygulanmalıdır.³⁷⁰

Bununla birlikte; TBK.m.482/II'de yer alan “*eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyor*” ifadesi nedeniyle bu hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanabileceği düşünülebilirse de bahsi geçen bu hüküm yaklaşık ücretle yapılan işlere ilişkin bir hüküm olup arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanması söz

³⁶⁸ EREN, age.,s.675; KAPLAN, age., s.248; ARAL AYRANCI, age.,s.424; “Yaklaşık bedel kesin olmadığından, iş sahibi eserin tamamlanması için gerekli olan bedeli ödemek zorundadır. Borçlar Yasası'nın 367. maddesi hükmü gereğince, yapılan eserin giderleri, sözleşmenin taraflarınca başlangıçta yaklaşık olarak belirlenmiş ve masraflar iş sahibinin kusuru olmaksızın pek çok aşarsa, iş sahibi, gerek eserin yapımı sırasında gerek yapımından sonra sözleşmeyi bozabilir. Eğer eser, iş-eser sahibinin taşınmazı üzerine yapılıyor, az yukardaki durumda, iş sahibi iş bedelinden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi eser henüz bitmemiş ise, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, yapılan bölümü hakkaniyet kurallarına göre tazmin ederek sözleşmeyi bozabilir.” Yargıtay 15.HD. 2004/6552 E., 2005/4281 K., 15.07.2005 T., (Çevrimiçi), www.kazanci.com , 07.12.2017

³⁶⁹ GÖNEN, age., s.190; ZAPATA, age., s.244; YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.571

³⁷⁰ YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.572; GÖNEN, age.,s.192

konusu değildir. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciye ait olacak olan arsa payları yapılan işin bedeli olduğundan, yaklaşık bedel değil götürü ücret söz konusu olacaktır.³⁷¹

TBK. m. 482/II çerçevesinde iş sahibinin sahip olduğu imkanlar, inşaatın ulaştığı seviyeye göre ikili bir ayrımla ele alınmalıdır.

a. Bedelde İndirim

TBK. m. 482/II çerçevesinde belirtilen ilk imkan; iş sahibinin arsası üzerine yapılan eser henüz tamamlanmamış, ancak sözleşmede kararlaştırılan yaklaşık bedelin aşırı oranda aşılabacağı ortaya çıkmışsa, iş sahibi isterse yüklenicinin bu koşullar altında inşaaata devam etmesine izin verir ve eser tamamlandığında kendisine ödeyeceği bedelden uygun bir miktarın indirilmesini talep eder veya yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshetme yoluna gider.³⁷² Eser tamamlandıktan sonra ise iş sahibi ancak, yukarıdaki seçeneklerden ilkini, yani yükleniciye ödemesi gereken bedelden uygun bir miktarın indirilmesini talep edebilir.³⁷³

Ancak dönme hakkını kullanmayan iş sahibinin, bundan ücretin aşılmasına rıza gösterdiği sonucunun çıkmaması için, bedelin indirilmesi hakkını saklı tuttuğunu bildirmesi uygun olur.³⁷⁴ Hâkim, bedelden yapacağı indirimin uygunluğunu, tüm

³⁷¹ ŞAHİN, age.,s. 126

³⁷² BAYGIN, age., s.184; GÖNEN, age.,s.193; ARAL AYRANCI, age.,s.424

³⁷³ EREN, age.,s.676; BAYGIN, age., s.188; ÖZ, İnşaat, s.78; KURŞAT, age.,s.279

³⁷⁴ "... taraflar arasında eser sözleşmesindeki iş bedeli götürü olmayıp, yaklaşık olarak belirlenmiştir. Masraflar iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı artmış ise iş sahibi gerek yapım aşamasında ve gerekse daha sonra sözleşmeyi bozabilir. Eğer eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılıyorsa iş sahibi iş bedelinden indirim isteyebileceği gibi eser henüz bitmemiş ise tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir..." Yargıtay 15. HD. 2004/ 6552E, 2005/4281 K., 15.07.2005 T., (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 07.12.2017

şartları göz önüne almak suretiyle TMK. m.4'e göre takdir hakkı içinde serbestçe kararlaştırır.³⁷⁵

Somut olayın şartları göz önüne alınarak yaklaşık bedelin tolerans sınırını aşan kısmının taraflar arasında yarı yarıya paylaşılması doktrin ve uygulamada mutad ve makul sayılmaktadır. Hoşgörü sınırı ise her somut olay için ayrıca değerlendirilmesi gerekir.³⁷⁶ Örneğin, taraflar başlangıçta yaklaşık bedel olarak 65-TL üzerinde anlaşmışlarsa ve bu durumda yüklenicinin hoşgörü sınırı 70-TL olarak kabul edilirse, ancak TBK. m. 481'e göre yapılan hesap sonucu ödenmesi gereken bedel 78-TL olarak hesaplanmışsa, bedelden uygun bir miktarın indirilmesi hakkını usulünce kullanan iş sahibi 74-TL ödeyecek borcundan kurtulabilmelidir.³⁷⁷

b. Sözleşmenin Feshi

TBK. m. 482/II çerçevesinde iş sahibinin sahip olduğu ikinci imkân, arsa üzerine yapılan eserin henüz tamamlanmamış olması şartıyla yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshetmektir.³⁷⁸

Yüklenicinin yaklaşık bedelde aşırı artışın oluşumunda kusurlu olması ve fesih nedeniyle de zarara uğraması halinde iş sahibi, yükleniciden uğramış olduğu zararın (sözleşmenin feshi nedeniyle ortaya çıkan menfi zarar) tazminini isteyebilir.³⁷⁹

İş sahibi sözleşmeden fesih hakkını ancak eser tamamlanmamışsa kullanabileceği için bu yöndeki beyanını eserin yapımı devam ederken aşırı masraflardan haberdar olduğu anda gecikmeksizin yükleniciye yöneltmelidir. TBK. m. 482/II'ye dayanılarak iş sahibi tarafından gerçekleştirilen fesih, sözleşme ilişkisini

³⁷⁵ Damla GÜRPINAR, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, Ankara: Güncel Hukuk Yayınları, 2006, s.89

³⁷⁶ GÜRPINAR, age.,s.90

³⁷⁷ YAVUZ,ACAR,ÖZEN, age.,s.571; EREN, age., s.676; GÖNEN, age.,s.195; KURŞAT, age.,s.282

³⁷⁸ ERDOĞAN, age., s.158; GÖNEN, age., s.195; EREN, age., s.677

³⁷⁹ EREN, age., s.677

ileriye doğru sona erdirecek, taraflar henüz yerine getirmemiş oldukları edimlerin ifasını talep hakkını kaybedecek ve işin fesih anına kadar tamamlanan kısmı için iş sahibi, yükleniciye, hakkaniyete uygun bir bedel ödeyecektir. Uygun bedel, fesih beyanına kadar yapılmış tüm çalışmaların karşılığı olan tam bir ücret içermelidir ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklı bir iade talebine indirgenmesi mümkün değildir. Ancak iş sahibi burada TBK. m. 484'deki gibi yüklenicinin bütün zararlarını karşılamak zorunda değildir.³⁸⁰ Hakkaniyete uygun bedel miktarının belirlenmesinde hâkim, fesih anına kadar yapılan işler için yükleniciye ödenecek tam tazminat³⁸¹ ile, iş

³⁸⁰ Öz SEÇER, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara, Yetkin Yayınları 2016, s.132

³⁸¹ Yükleniciye ödenecek tam tazminat belirlenirken uygulanan kıstas ve yöntemler için bkz.; “*Davacılar temyizine gelince; yüklenici durumunda olan davacılar iş sahiplerinin gönderdiği 12.11.1985 tarihli ihtarnamede inşaat sözleşmesinin şartlarını bu günden itibaren kabul etmediklerini, sözleşmeyi feshetmek istediklerini, bundan böyle bu sözleşme gereğince hiç bir işlem yapılmamasını bildirerek açıkca feshi ihbarda bulunmuşlardır. Görülüyor ki, davalılar inşaatla başlamadan önce Borçlar Kanununun 369. madde hükmü doğrultusunda bu sözleşmeyi feshettikleri anlaşılmaktadır. O halde anılan madde ile düzenlenen toplama sistemi uygulanarak davacıların olumlu ve olumsuz tüm zararlarının ödetilmesi gerekir. Toplama sisteminde uygulanacak usul de, yüklenicilerin fesih anına kadar kar unsuru hariç olmak üzere, yaptıkları gerçek giderlere eser bitmiş olsaydı sağlayabilecekleri net kar eklenerek zararın tesbiti yapılır. Kar oranı her somut olayın özelliğine, yapılması kararlaştırılan inşaatın nicelik ve niteliğine, yöredeki piyasa rayıçlarına ve kara etkili diğer unsurlara göre saptanmalıdır. Somut olayda sözleşmenin 13. maddesi hükmü gereğince gerçek zarara %25 kar oranı uygulanacağı kabul edildiğinden, yukarıda belirtilen toplama sisteminde kar oranı buna göre hesap edilmeli ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir.*” Yargıtay 15. HD., 1989/1623 E., 1989/4247 K., 16.10.1989 T.; “ (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 08.05.2019 ; “*Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre eser sözleşmesinin haksız feshi halinde diğer tarafın kar kaybının hesabında, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin yollamasıyla aynı Kanun'un 325. maddesi hükmünde öngörülen yöntemin uygulanması gerekir. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin yollama yaptığı aynı Kanun'un 325. maddesindeki yöntem "kesinti yöntemi" denilmektedir. Kesinti yöntemine göre, yüklenicinin yapılmayan sözleşme konusu işlerden ötürü mahrum kaldığı karın, yapılmayan (kalan) işin sözleşmenin feshi tarihindeki bedeli saptandıktan sonra bu bedelden, yüklenicinin işi tamamlayamaması sebebiyle sağladığı tasarruf, bu süre içinde başka bir iş bulup çalışmışsa elde ettiği kar, başka bir iş bulmaktan kasten kaçınılmışsa kazanabileceği miktar tesbit ettirilip, çıkartılarak kalan üzerinden kar kaybı tutarı hesaplanmaktan ibarettir. Somut olayda, mahkemece alınan tarihsiz bilirkişi raporunda, "dosyasında taşeron hakedişleri ile bu hakedişlere ve yerindeki imalata esas metraj, ataşman, yeşil defter ve imalat hesapları bulunmadığından, imalatların ayrıntılı hesap ve kontrolünü yapılmadığı" belirtildikten sonra, davacı vekilinin sunduğu tarihsiz dilekçede yapmış olduğu ve değerlendirmeler esas alınarak yapılmayan iş tutarı 575.000,00 TL olarak hesaplanmış" bu tutardaki imalatın gerçekleşmesi için gerekli olan harcamalar gözönüne alındığında serbest piyasa malzeme ve işçilik rayıçlarıyla işin yapım koşulları, iş gücünün de gözönünde bulundurulduğunda benzer işlerde olduğu gibi bu iş için de %25 oranında kar elde edilebileceği kabul edilerek 575.000 X %25 = 143.750,00 TL'nin davacının yapılmayan iş sebebiyle mahrum kaldığı kar olduğu" bildirilmiş, mahkemece de bu miktar kar kaybı olarak hüküm altına alınmıştır. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda hakedişler ve imalat hesabına esas olan diğer belgelerin bulunmadığı, bu sebeple imalatların ayrıntılı hesabının yapılmadığı belirtilmiştir. Kesinti yöntemiyle, bu belgeler olmaksızın davacı vekilinin sunduğu dilekçedeki hesaplamalara bağlı kalınarak kar kaybı hesabı yapılması doğru olmadığı gibi; kar kaybı hesabı yapılırken az yukarıda açıklanan "kesinti yöntemine" aykırı olarak ve davacının iddiasına bağlı kalınarak hesaplanan yapılmayan iş bedeli üzerinden %25 oranında kar kaybı hesaplanması da doğru olmamıştır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; yeniden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi heyetiyle yerinde keşif yapılarak, taraflar arasında düzenlenen hakedişler ve yapılan imalata dair tüm belgelerin getirilmesinden, böylece yüklenicinin yapmadığı kalan iş miktarının sözleşme ekinde yer alan birim fiyatlarla belirlenerek bu miktar üzerinden yakında açıklanan "kesinti yöntemine" uygun olarak davacının kar mahrumiyeti alacağına hesaplatılmasından, bilirkişilerden gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp sonucuna göre kar kaybı alacağıyla ilgili hüküm kurulmasından ibarettir.” Yargıtay 15. HD., 2013/764 E., 2014/353 K., 16.01.2014 T. (Çevrimiçi) www.kazanci.com ,08.05.2019*

sahibinin eserin geldiği aşama itibariyle malvarlığında meydana gelen zenginleşme arasında bir rakamı tayin edecektir.³⁸²



³⁸² TANDOĞAN, age., s.295; YAVUZ, ACAR, ÖZEN, age., s.571; GÖNEN, age., s.197; ÖZ, age., s.83, BAYGIN, age.,s.185; ARAL AYRANCI, age.,s.424 ; KURŞAT, age., s.280

SONUÇ

1. Eser sözleşmesi, iş sahibinin ödeyeceği bir bedel karşılığında, yüklenicinin bağımsız bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi borçlandığı bir sözleşme olup Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde üç bölümde ve on yedi maddede (TBK. m.470-486) düzenlenmiştir.

2. Çalışmamızda öncelikle eser sözleşmesine genel hatlarıyla değinildikten sonra iş sahibinin vadeden önce sözleşmeden dönme hakkı ve iş sahibinin eser sözleşmesinin yaklaşık bedelinin aşılması nedeniyle dönme hakkı incelenmiştir.

3. İlk olarak TBK. m. 473/I hükmü gereğince iş sahibinin vadeden önce sözleşmeden dönme hakkı ve hukuki sonuçları ele alınmıştır. Kural olarak henüz muaccel hale gelmemiş olan edim borçlarının ihlali söz konusu olmamakla beraber TBK. m. 473/I özel bir düzenleme teşkil etmektedir.

4. TBK. m. 473/I çerçevesinde üç durumda iş sahibinin vadeden önce sözleşmeden dönme hakkı düzenlenmiştir. Bunlar; işe zamanında başlamada gecikme, işi yürütmede gecikme ve yüklenicinin gecikmesi nedeniyle bütün tahminlere göre eserin teslim zamanında bitirilemeyeceğinin açıkça anlaşılması durumlarıdır. İşe zamanında başlamama veya gecikme nedeniyle vadeden evvel sözleşmeden dönme hakkı kural olarak vade tarihinin sözleşmede kararlaştırılmamış olması halinde mümkündür.

5. Şayet taraflarca sözleşmede teslim tarihi kararlaştırılmışsa o halde yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya işi gerekli tempoda sürdürememesi tek başına vadeden evvel sözleşmeden dönme için yeterli değildir. İş sahibi ancak yüklenicinin eseri vade tarihine yetiştiremeyeceğinin anlaşılması halinde vadeden evvel sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır. Ancak taraflar teslim süresinin yanı sıra, işin belirli aşamalarının tamamlanma tarihlerini de kararlaştırabilirler. Şayet

tarafarca bu tarihlerin ihlallerine karşılık bir yaptırım belirlenmemiş ise yüklenicinin belirlenen ara vadede işi istenilen seviyeye getirmemesi halinde iş sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için eserin, teslim zamanına kadar tamamlanamayacağına açıkça öngörülebilir olması gerekmektedir. Ancak taraflar, böyle bir iş programı veya ara vade kararlaştırmışlar, söz konusu belirlenen ara vadelerin bağlayıcı olduğunu kabul etmişler ve belirlemiş oldukları vadelere uyulmadığı halde, iş sahibinin sözleşmeden döneceğini belirtmişler ise o halde, gecikmenin eserin teslim zamanına yetişmeyeceğini açıkça göstermesi koşulunun istisnası olarak, iş vade tarihine yetişebilecek olsa bile ara vadelere uyulmaması nedeniyle iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir.

6. Teslim tarihinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde kural olarak iş sahibinin vadesinden evvel sözleşmeden dönebilmesi için işin vade tarihine yetişmeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir. Bu durumda işi vade tarihine yetiştiremeyeceği açıkça anlaşılan yükleniciye ayrıca bir süre verilmesi gerekmez. Ancak teslim tarihi belli değil ise ve yüklenici işe zamanında başlamamış veya işi yürütmede gecikmiş ise o halde yükleniciye işe başlaması veya işi gerekli tempoda getirebilmesi için uygun bir süre verilmeli, bu sürenin sonuçsuz kalması durumunda iş sahibi vadeden önce sözleşmeden dönebilmelidir.

7. Sözleşmeden dönme beyanının hukuki niteliği yenilik doğuran bir hak olması ve kural olarak tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğurmasıdır. İş sahibinin sözleşmeden dönme beyanı kanun koyucu tarafından herhangi bir şekilde bağlanmamıştır. Ancak tarafların tacir olduğu ve ticari işletmesi ile ilgili yapmış olduğu eser sözleşmelerinde dönme beyanı TTK. m. 18/3 hükmü gereğince noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılmalıdır. Sözleşmeden dönmek için belirttiğimiz üzere kural olarak bir şekil şartı bulunmadığı gibi dava açılmasına da gerek yoktur. Ancak Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri şekle tabi olarak noterde düzenleme şeklinde yapıldığından karşı taraf kabul etmedikçe, sözleşmeden dönme hakkının dava yolu ile kullanılabileceğini kabul etmektedir.

8. İş sahibinin TBK. m. 473/I çerçevesinde sözleşmeden dönebilmesinin sonuçları ise doktrinde yer alan farklı görüşler olan klasik görüş ve yeni dönme (dönüşüm) görüşü de açıklanarak, katıldığımız görüş olan kanuni borç ilişkisi görüşü çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Katıldığımız görüş olan kanuni borç ilişkisi görüşüne göre; eser sözleşmesinden dönülmesi durumunda borç ilişkisi ortadan kalkar ancak başından itibaren hükümsüz hale gelmez. Bu görüşe göre; sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi TBK. m. 125/3 hükmü çerçevesinde yasal borç ilişkisine dönüşecektir ve sözleşmeden dönme nedeniyle açılacak davada, TBK. m. 82 uyarınca (dönme bildiriminden itibaren 2 yıllık) kısa zamanaşımı uygulanmayacak, TBK. m. 146 çerçevesinde on yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. Bununla birlikte, iade yükümünün kapsamını belirlemek bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin (TBK. m. 79-80) kıyasen uygulanması kabul edilmektedir. Böylece iadenin kapsamının belirlenmesi hususunda TBK. m. 125/3'deki boşluk doldurulacaktır.

Kanaatimizce sözleşmeden dönme ile edimlerin her birinin dayandığı borç ilişkisi sona erer; ancak bu hal yapılan kazandırıcı işlemlerin geçerliliğini etkilemez. Dolayısıyla sözleşmeden dönme ile borç ilişkisi geçmişe etkili biçimde sona erse de, ifa edilmiş edimlerin sebepten yoksun olduğu anlamına gelmez. Sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi sebepsiz zenginleşme ilişkisinde değil, TBK. m.125 çerçevesinde düzenlenen yasal borç ilişkisine dönüşür. Ancak TBK. m.125 geri verme borcu kapsamı bakımından bir düzenleme içermediğinden buradaki boşluk sebepsiz zenginleşme kurallarının kıyasen uygulanması ile doldurulmalıdır. Bu çerçevede iş sahibi TBK. m. 473/I çerçevesinde dönme hakkını kullandığında, yüklenici gecikmede kendi kusurunun bulunmadığını kanıtlayamaz ise, yükleniciden olumsuz (menfi) zararının özellikle fiili zararlar yoksun kaldığı karın (kaçırdığı fırsatın) tazminini talep edebilecektir.

9. İş sahibinin, TBK. 473/I çerçevesinde sözleşmeden dönmesi henüz ifa edilmemiş edimleri ortadan kaldırmakta olup her iki taraf da dönme ile birlikte ifadan kurtulmuş olur.

10. İfa edilmiş edimlerin geri verilmesi bakımından;

İş sahibinin geri verme borcunun kapsamı, eserin taşınır veya taşınmaz eser olmasına göre ayrı ayrı incelenmiştir;

-Sözleşme konusu taşınır eser yapımı ise ve bu eser yüklenicinin malzemesi ile yapılmakta olmasına karşın iş sahibi, eserin teslim tarihine yetişmeyeceğini anlamış ve sözleşmeden dönmüş ise, tamamlanmamış eser hala yüklenicide olduğundan ve iş sahibine teslim edilmediğinden iş sahibinin herhangi bir iade yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Ancak yüklenici tarafından yapılmaya başlanan taşınır eser için malzeme iş sahibi tarafından temin edilmişse, sözleşmeden dönülmesi üzerine o ana kadarki tamamlanan eser üzerinde mülkiyet hakkı yükleniciye ait olacak, iş sahibinin malzemesi bakımından da kıyasen sebepsiz zenginleşme hükümlerince aynen iade edilemeyeceğine göre, ancak nakden iade talep edilebilecektir. İş sahibi malzemeyi değil de asıl şeyi yükleniciye vermekle eserin meydana getirilmesini istemiş ise, kanuni borç ilişkisi görüşü çerçevesinde, dönme hakkının kullanılması ile beraber eser sözleşmesi ortadan kalktığından, sözleşmeden dönme ile sona eren sözleşme gereği geçerli bir hukuki sebebe dayanmaksızın başkasının malını işleyerek veya başka bir şekle sokarak bir şey ortaya çıkmış olacaktır. Bu nedenle burada TMK. 775 “işleme” hükümleri uygulama alanı bulabilir.

-Sözleşme konusu taşınmaz eser yapımı ise ve eser yüklenicinin arazisi üzerine yapılmaya başlandıktan sonra iş sahibi TBK. m. 473/I gereğince sözleşmeden dönerse, TMK. m. 718 hükmünde düzenlenen taşınmaz mülkiyetinin kapsamı ve kıyasen uygulanacak sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince, inşasına başlanan yapının mülkiyeti yükleniciye ait olduğundan iş sahibi bakımından herhangi bir iade yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Eğer eser sözleşmesi konusu taşınmaz yapı iş sahibinin arazisi üzerinde iş sahibinin malzemesi ile yapılıyorsa, eser TMK. m. 718

hükmü gereğince kendiliğinden arsanın madde itibariyle muhtevasına dahil olarak iş sahibinin mülkiyetine dahil olur ve yüklenicinin geri verme borcundan bahsedilemez. Ancak yüklenicinin kendi malzemesi ile iş sahibinin arazisine bir taşınmaz inşa etmekte iken iş sahibinin TBK. m. 473/I çerçevesinde sözleşmeden dönmesi sonucunda, “kendi malzemesi ile başkasının arazisine inşaat yapan kimse” konumuna gelebilir. Buna göre iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullandığında böyle bir durum, kıyasen uygulanacak sebepsiz zenginleşme hükümleri karşısında özel hüküm niteliğindeki haksız yapı hükümlerinin (TMK. m. 722 vd.) uygulanmasını gerektirir.

İş sahibinin TBK. m. 473/I çerçevesinde dönmesi üzerine yüklenicinin geri verme borcu ise iş sahibinin bedel ödeme borcunu teslimden evvel kısmen veya tamamen yerine getirmesi halinde doğacaktır. Bu çerçevede iş sahibi sözleşmeden dönme halinde kıyasen uygulanacak sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında önceden ödediği kısımların kendisine geri verilmesini yükleniciden talep edebilir. Kat payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi TBK. m. 473/I gereğince sözleşmeden dönme beyanının yükleniciye varmasından evvel, yükleniciye geçerli olarak arsa payı veya bağımsız bölüm mülkiyeti devretmiş olabilir. Bu halde iş sahibi tarafından yükleniciye geçerli olarak devredilen bu arsa payı veya bağımsız bölüm mülkiyeti, sözleşmeden dönme ile kendiliğinden iş sahibine dönmez. İş sahibinin sözleşmeden dönmeden önce yükleniciye devrettiği arsa payları üzerinde mülkiyet hakkına kavuşma talebi karşısında, yüklenicinin arsa paylarının mülkiyetini iş sahibine devretmekten kaçınması halinde, iş sahibi TMK. m. 716 hükmü gereğince yükleniciye karşı tescili isteme davası açabilir.

11. İş sahibinin TBK. m. 473/I çerçevesinde dönme hakkını kullanmasının üçüncü kişilere etkisi de çalışmamızda değerlendirilmiştir. Tarafımızın da katıldığı kanuni borç ilişkisi görüşü çerçevesinde, sözleşmeden dönme halinde nisbi alacak hakkının özelliğine bağlı olarak dönülen sözleşmeden doğan borç ilişkisinin üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesinden söz edilemez, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla iade borçlusu zenginleşen olup hiçbir şekilde üçüncü kişiler olamaz.

12. Çalışmamızda ele alınan bir diğer konu iş sahibinin TBK. m. 473/I çerçevesinde sözleşmeden dönmesinin aynı haklar ve şahsi haklar üzerindeki etkisidir.

-Sözleşmeden dönmeyen aynı haklar üzerindeki etkisi; üçüncü kişinin arsa payı üzerindeki mülkiyet hakkını yükleniciden kazanması durumunda, katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşü çerçevesinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen arsa sahibi, geri verme talebini ancak yükleniciye yöneltebilecektir. Ancak istisnai olarak, arsa sahibi, üçüncü kişilere karşı iade talebini ileri sürebilir. Şöyle ki; iş sahibi, kötü niyetli olarak, iş sahibine zarar verme kastı ile devralan üçüncü kişilere karşı, TBK. m. 49/II kuralının “ahlaka aykırılıktan ötürü zarar giderim” istemi çerçevesinde ve “aynen tazmin” ilkesi aracılığı ile, bozuk niyetle ele geçirilmiş arsa payının kendisine geri verilmesini “nisbi bir istem” ile sağlayabilecektir.

Yargıtay ise; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönülmesi halinde aynı etkili dönme görüşünü benimseyerek, eser tamamlanıp teslim edilmedikçe, yüklenici edimini ifa etmiş sayılmayacak, dolayısıyla arsa payı her ne kadar yüklenici adına tescil edilse dahi, yüklenici adına yapılan tescil sözleşmeden dönme beyanının yükleniciye varmasıyla birlikte yolsuz tescil haline gelecek, yüklenici mülkiyet hakkını kazanamayacak ve iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde arsa payını devralan üçüncü kişiler TMK. m.1023 anlamında iyiniyetli sayılmayacak, arsa payı sahibi, arsa payı üzerindeki mülkiyet hakkına dayanarak TMK. 716 hükmü çerçevesinde arsa payının kendi adına tescil edilmesini talep edebilecektir görüşünü benimsemektedir.

Çalışmamızda Yargıtay’ın bu görüşü, TBK. m. 243/I ve Tapu Sicil Tüzüğü m.16/II açık hükümlerine karşı arsa sahibinin, arsa payı mülkiyetini yükleniciye devretmesine ilişkin tasarruf işlemini koşula bağlaması ve arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine tescili yolsuz kabul etmesi ancak TMK. m.1023 hükmü çerçevesince korunması gereken yolsuz tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet hakkını kazanan üçüncü kişilerin kazanımlarını korumaması nedeniyle eleştirilmiştir.

-Yüklenici, arsa sahibince kendisine aktarılan arsa payları üzerinde, kendi aralarındaki anlaşmanın dışında kalan kişiler ile gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi veya arsa paylarına ilişkin olarak kira, alım, önalım sözleşmesi gibi sözleşmeler kurabilir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen kararda bu sözleşmelerden doğan hakları nispi olarak nitelendirmekte ve üçüncü kişilerin arsa sahibinden talepte bulunabilmeleri için yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmiş olması gerektiği görüşünü benimsemektedir. Kanaatimizce üçüncü kişi, yüklenici ile arasındaki sözleşme gereğince şahsi hakkını TMK. m. 1009/I hükmü gereğince tapu kütüğüne şerh ettirmemişse, arsa sahibine karşı da ileri süremeyecektir.

13. İş sahibinin TBK. m. 473/I çerçevesinde sözleşmeden dönmesinin yüklenicinin başkasına olan borcu yüzünden geri verme konusu şey üzerine konulan hacizlere etkisi; Yargıtay tarafından kabul edilen görüş iş sahibinin böyle bir durumda geri verme konusu şeyi hacizden arı şekilde alması gerektiğidir. Katıldığımız kanuni borç ilişkisi görüşü çerçevesinde ise iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla, üçüncü kişilerin koydurduğu (taşınmazlarda TMK. 1010 hükmü uyarınca tapu kütüğüne şerh edilmiş) geçerli haczin varlığını etkilemez.

14. İş sahibinin TBK. m. 473/I çerçevesinde sözleşmeden dönmesinin teminatlara etkisi; Kefalet borcu ve rehin hakkı, alacağa bağlı (fer'i) nitelikleri gereği, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, asıl borç ile birlikte sona erer meğer ki kefalet veya rehin sözleşmesi yüklenicinin aynı zamanda iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde de söz konusu olacak geri verme borcundan dolayı da verilmemiş olsun.

15. Çalışmamızda TBK.m.473/I çerçevesinde Yargıtay kararları ile yaratılan tamamlama oranına bağlı dönme veya fesih ayrımı da incelenmiştir. Yargıtay sözleşmeden dönme beyanını, eserin tamamlanma oranının en az %90 olduğu durumlarda fesih olarak kabul etmekte, %90 altındaki oranlarda ise sözleşmeden dönen taraf açıkça sözleşmeyi feshettiğini belirtmedikçe bu beyan dönme olarak kabul etmektedir. Kanaatimizce TBK. m. 473/I hükmü gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kural olarak geriye etkili olarak kullanabileceği kabul edilmelidir. Zira

kanun metni açıktır. Ancak TBK. m. 473/I gereği sözleşmeden dönme bazı durumlarda dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilecektir. Örneğin; teslim süresi 36 ay olan bir eser sözleşmesinde, teslim süresine 15 gün kala eserin %90'ı tamamlanmış ve fakat geri kalan kısmın 30 gün içinde tamamlanabileceği anlaşılıyorsa, bu halde dönme beyanının fesih olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

16. Çalışmamızda incelenen bir diğer mesele iş sahibinin haklı nedene dayanmayan sözleşmeden dönme beyanına TBK. m. 484'ün uygulanıp uygulanamayacağıdır. İş sahibinin TBK. m. 473/I çerçevesinde dönme hakkını kullandığı durumda, gecikme hiçbir şekilde yükleniciye yüklenemiyorsa, iş sahibinin dönme hakkını kullanması haklı bir nedene dayanmamaktadır. İş sahibi kendi lehine olan TBK. m. 473/I hükmüne dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isterken, bir anda şartların gerçekleşmemesi nedeniyle iş sahibinin dönmede haksız olduğunun anlaşılması halinde, TBK.m.484'ün uygulanacağını söylemek, iş sahibin ağır bir tazminat yükümlülüğü altına sokacaktır. Dolayısıyla TBK. m. 473/I hükmü gereğince iş sahibinin haklı nedene dayanmadan sözleşmeden dönme beyanı doğrudan doğruya TBK. m. 484 gereğince tam tazminat karşılığı feshe ilişkin hukuki sonuçları doğurmamalıdır.

17. Çalışmamızda ikinci bölüm kapsamında ikinci olarak iş sahibinin, eser sözleşmesinin yaklaşık bedelin aşılması nedeniyle dönme hakkı incelenmiştir.

18. Yaklaşık bedel TBK. m. 481 çerçevesinde düzenlenmiştir. Taraflar eser sözleşmesini akdederken iradelerini ortaya koyarak yaklaşık bir bedel tayin edebilirler. Kimi zaman bu iradelerini yaklaşık, takribi, tahminen gibi ifadelerle sözleşmeye açıkça koymakta kimi zaman ise tarafların sözleşme görüşmelerinin yürütülme şeklinden, işin niteliğinden veya keşif raporunda hangi ölçüde detaylı bir inceleme yapıldığı gibi ikincil noktalardan hareketle bu sonuca ulaşılabilir. Ancak tüm bu incelemelere rağmen bir sonuca ulaşılamazsa, kanaatimizce götürü bedelin kararlaştırıldığı kabul edilmelidir.

19. Yaklaşık bedelin gerçek anlamda yaklaşık bedel ve yaklaşık keşif bedeli üzerinden bedel olmak üzere iki türü bulunmaktadır;

-Gerçek anlamda yaklaşık bedel olarak isimlendirilen yöntemde taraflar, eserin tamamlanmasından sonra ödenecek miktar için bir alt ve üst sınır belirlerler. Yüklenici inşaatı belirlenen alt sınır karşılığında yapmaya, iş sahibi de üst sınır kadar bir miktarı bedel olarak ödemeye razıdır.

-Yaklaşık keşif bedeli üzerinden bedel olarak isimlendirilen yöntemde ise, taraflar, sözleşmenin kurulması aşamasında yükleniciye ödenecek bedeli değil, eserin tamamlanması için yapılacak masrafları yaklaşık olarak belirlemektedir. Sözleşmede keşif bedeli olarak bir miktar belirtilmiş olmasına rağmen yükleniciye ödenecek bedel ise, gerçek anlamda yaklaşık bedel usulünde olduğu gibi, TBK. m. 481 çerçevesinde, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenecektir. Dolayısıyla yüklenici bu keşif bedeliyle bağlı değildir.

20. Yaklaşık bedelin aşırı oranda aşılması ise TBK. m. 482 çerçevesinde düzenlenmiştir. TBK. m. 482 uyarınca sözleşmede kararlaştırılmış olan bedelin aşırı oranda aşılabacağı belli olmuşsa iş sahibi sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Bu hüküm, yaklaşık bedelin iş sahibi için sözleşmenin kuruluşunda işlem temeli teşkil etmiş olması temeline dayanmaktadır.

“Yaklaşık bedelin aşırı bir şekilde aşılmasının anlaşılması” şartının içeriğine ilişkin kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu çerçevede taraflar akdetmiş oldukları sözleşmeye aşırı bedel kaydı koyarak “aşırı ölçüde aşılma” olgusuna ilişkin bir düzenleme getirebilirler. Ancak sözleşmede böyle bir düzenleme olmaması halinde iş sahibinin TBK. m. 482/I’den yararlanabilmesi için, aşılma kısmının piyasaya oranla çok yüksek olması ve piyasa fiyatına nazaran aşırı bir aşılma olması gerekmektedir. Bu noktada hâkimin, aşırı ölçüde aşılmayı takdir ederken, daha güçsüz olan iş sahibi lehine bir tutum belirlemesi de yerinde olacaktır. Kanaatimizce ÜFE/TÜFE oranları ortalaması çerçevesindeki artış piyasa fiyatı açısından belirleyici olabilir ve normal

kabul edilebilir, bu oranın üzerindeki %10'luk bir artış da aşırı ölçüde aşılma kabul edilebilir.

21. İş sahibinin yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için bu durumun iş sahibinin kusuru olmaksızın gerçekleşmesi ve iş sahibinin yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılmasına sebep olan masrafları kabul etmemiş olması gerekmektedir.

22. Yüklenici eseri sözleşmede belirtilen yaklaşık bedelin aşılmasına rağmen yapmaya devam eder ve aşan kısmı kendisi karşılırsa TBK.m.482 uygulanamayacaktır. Yüklenici genel özen borcu nedeniyle, yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılacağını ön görüyor ve aşan kısmı kendi üzerine almak istemiyorsa derhal iş sahibine durumu bildirmekle yükümlüdür.

23. Ayrıca yüklenici TBK. m. 480/II'de belirtilen hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme veya bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme yollarından birine başvurmuşsa, TBK. m. 482'deki diğer şartlar gerçekleşmiş olsa dahi iş sahibi sözleşmeden dönemeyecektir.

24. TBK. m. 482'nin uygulanabilmesi için aranan şartların gerçekleşmesi halinde, iş sahibinin hakları, eserin iş sahibinin arsası üzerine yapılıp yapılmadığına göre değişmektedir.

-Eserin, iş sahibinin arsası üzerine yapılmadığı durumlarda iş sahibi sözleşmeden eser tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra dönebilmektedir. Ancak iş sahibi bedelden uygun bir miktar indirim yapılmasını talep edemeyecektir. İş sahibi dönme hakkını, dönme beyanının yükleniciye varması ile kullanmış olacaktır. Ayrıca yüklenicinin kabulü aranmamaktadır. Dönme hakkının kullanılması ile o ana kadar henüz yerine getirilmemiş borçların yerine getirilmesi zorunluluğu ortadan kalkacak, yerine getirilen borçların ise geri verilmesi sağlanacaktır. Dolayısıyla yüklenici ücretini almış ise bunu faiziyle birlikte, iş sahibi de eseri, eserden elde ettiği yararlarla birlikte geri vermek zorundadır. Sözleşmeden TBK.m.482/I çerçevesinde dönülmesinin, dönme anına kadar yerine getirilmiş edimlerin iadesi dışındaki bir diğer

sonucu sözleşmeden dönen iş sahibinin sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğradığı zararı yükleniciden talep edebilecek olmasıdır. İş sahibinin dönme hakkıyla birlikte tazminat isteme hakkı, dönmeden bağımsız olarak kusura dayalıdır. Yüklenici gecikmede kendi kusurunun bulunmadığını kanıtlayamaz ise, iş sahibi, yükleniciden olumsuz (menfi) zararının özellikle fiili zararlarla yoksun kaldığı karın (kaçırdığı fırsatın) tazminini talep edebilecektir.

TBK. 482/II'de iş sahibinin arsası üzerine inşaat yapılması hali düzenlenmektedir. TBK. m. 482/II çerçevesinde iş sahibinin sahip olduğu imkanlar, inşaatın ulaştığı seviyeye göre ikili bir ayrımla ele alınmalıdır.

-TBK. m. 482/II çerçevesinde iş sahibinin arsası üzerine yapılan eser henüz tamamlanmamış, ancak sözleşmede kararlaştırılan yaklaşık bedelin aşırı oranda aşılabacağı ortaya çıkmışsa, iş sahibi isterse yüklenicinin bu koşullar altında inşaatı devam etmesine izin verir ve eser tamamlandığında kendisine ödeyeceği bedelden uygun bir miktarın indirilmesini talep eder veya yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshetme yoluna gider. Yüklenicinin yaklaşık bedelde aşırı artışın oluşumunda kusurlu olması ve fesih nedeniyle de zarara uğraması halinde iş sahibi, yükleniciden uğramış olduğu zararın (sözleşmenin feshi nedeniyle ortaya çıkan menfi zarar) tazminini isteyebilir. TBK. m. 482/II'ye dayanılarak iş sahibi tarafından gerçekleştirilen fesih, sözleşme ilişkisini ileriye doğru sona erdirecek, taraflar henüz yerine getirmemiş oldukları edimlerin ifasını talep hakkını kaybedecek ve işin fesih anına kadar tamamlanan kısım için ise iş sahibi, yükleniciye, hakkaniyete uygun bir bedel ödeyecektir. Hakkaniyete uygun bedel miktarının belirlenmesinde hâkim, fesih anına kadar yapılan işler için yükleniciye ödenecek tam tazminat ile, iş sahibinin eserin geldiği aşama itibarıyla malvarlığında meydana gelen zenginleşme arasında bir rakamı tayin edecektir.

-Eser tamamlandıktan sonra ise iş sahibi ancak, yukarıdaki seçeneklerden ilkini, yani yükleniciye ödemesi gereken bedelden uygun bir miktarın indirilmesini talep edebilirken sözleşmeyi feshetme yoluna gidemeyecektir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk. **Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri**. Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, 2013, www.e-akademi.org , (05 Aralık 2017)
- AKKURT, Sinan Sami. **Türk Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi**. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, X(2). 2008, <http://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz10-2/akkurt.pdf> , (10 Kasım 2017)
- ALTAŞ, Hüseyin; **Eserin Teslimden Önce Telef Olması**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002
- ALTAŞ, Hüseyin; **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006
- ANIK, Gülgün. Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme. TBB Dergisi(59).,2005, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-59-160> , (11 Mart 2018)
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri** , 11. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018
- ATAMULU, İsmail . **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Nedeniyle Sona Ermesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014
- AYDOĞDU, Murat / KAHVECİ, Nalan. **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017
- AVCI, Ali. **Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar**. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 21, 2015

- BAYGIN, Cem. **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabii Olduğu Hükümler**. İstanbul: Beta Yayınları, 1999
- BUZ, Vedat. **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2005
- BUZ, Vedat. **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**. Ankara: Yetkin Yayınları, 1998
- BUZ, Vedat. **İş Sahibinin BK. m. 369'a göre Eser Sözleşmesini Feshi**. BATIDER, Sayı:2, Aralık 2001
- BUZ, Vedat. **Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması**. BATIDER, Sayı:4, Cilt XIX, 1998
- BUZ, Vedat. **Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması**. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Cilt 49, 2003
- BÜYÜKAY, Yusuf. **Eser Sözleşmesi**. 3 Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2019
- CANBOLAT, Ferhat. **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülünden Doğan Hakları**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009
- DAYINLARLI, Kemal. **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları**. 4. Basım, Ankara: Dayınarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., 2008
- DEMİRBAŞ, Harun. **Yenilik Doğuran Haklar**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007
- DUMAN, İlker Hasan. **İnşaat Hukuku**. 9 Basım. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018
- ERDOĞAN, İhsan. **İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, 1990, www.dergipark.gov.tr

- EREN, Fikret. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**. 6 Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018
- ERGEZEN, Muaz. **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007
- ERMAN, Hasan. **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**. 3. Basım, İstanbul: D-R., 2010
- GÖNEN, Doruk. **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2016
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II**. İstanbul: Vedat Kitapçılık., 2012
- GÜMÜŞSOY KARAKURT, Güler. **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2017
- GÜRPINAR, Damla. **Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi**. Ankara: Güncel Hukuk Yayınları. 2006
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre; **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017
- HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir; **Eşya Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991
- HIZIR, Fatma. **Türk Borçlar Kanunu md. 473/II Kapsamında İş Sahibinin İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı**. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 39, Ocak 2018
- HUDATLI, Orhan. **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları Yüksek Lisans Tezi**. Ankara. 2016
- KALKAN, Burcu. **Türk Hukukunda Gabin**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004

KAPLAN, İbrahim. **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019

KARAHASAN, Mustafa Reşit. **İnşaat, İmar, İhale Hukuku C.1**. İstanbul: Beta Yayınları, 2004

KİZİR, Mahmut. **Yargıtay Kararları Işığında Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Etme Yükümlülüğünün Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanmasına Etkisi**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı:2, 2011, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/262756>, (19.03.2019)

KOCAAĞA, Köksal. **Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. m.358/III Uyarınca Sahip Olduğu Haklar**. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6 Sayı 1, 2004, <http://acikerisim.deu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/12345/2031/kocaaga5.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, (03.09.2018)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir. **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**. I. Cilt, 6. Bası, Filiz Kitabevi: İstanbul, 2014

KOSTAKOĞLU, Cengiz. **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**. 10. Basım, İstanbul: Beta Yayınları, 2017

KURŞAT, Zekeriya. **İnşaat Sözleşmesi**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017

KURŞAT, Zekeriya. **İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri**.

https://www.academia.edu/11464912/%C4%B0MK%C3%82NSIZLI%C4%9EIN_ARS_APAYI_KAR%C5%9EILI%C4%9E_%C4%B0N%C5%9EAAT_S%C3%96ZLE%C5%9EMES%C4%B0_%C3%9CZER%C4%B0NDEK%C4%B0_ETK%C4%B0LER%C4%B0

KURT, Leyla Müjde. **Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü (6098 sayılı Türk borçlar kanunu hükümlerine göre)**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012

NOMER, Haluk N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. 16. Basım. İstanbul : Beta Yayınları, 2018

OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**. 16. Basım. İstanbul : Vedat Kitapçılık, 2018

ÖZ, M. Turgut. **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**. İstanbul: Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1989

ÖZ, M. Turgut. **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016

ÖZDEMİR, Atalay. **Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004

SEÇER, Öz. **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi**. Ankara: Yetkin Yayınları 2016

SEÇER, Öz. **TBK. m.473/I Gereğince Eser Sözleşmesinden Dönülmesi Durumunda İş Sahibinin Olumsuz Zarar Tazmin Talebi**.

<https://www.linkedin.com/pulse/tbk-m-4731-gere%C4%9Fince-eser-s%C3%B6zle%C5%9Fmesinden-d%C3%B6n%C3%BClmesi-durumunda-%C3%B6z-se%C3%A7er/>

SEÇER, Öz. **İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu**.

https://www.academia.edu/36094418/%C4%B0%C5%9E_SAH%C4%B0B%C4%B0N%C4%B0N_TESL%C4%B0M_BORCUNDAK%C4%B0_GEC%C4%B0KME DEN_DOLAYI_SORUMLULU%C4%9EU

SELİÇİ, Özer. **Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**. İstanbul: Fakülteler Matbaası,1977

SELİMOĞLU, Yaşar Selim. **İstisna (Eser) Sözleşmesi**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010

SEROZAN, Rona. **Sözleşmeden Dönme**. İstanbul: Vedat Yayınevi, 2007

ŞAHİN, Turan. **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**. Ankara: Seçkin Yayınları, 2012

ŞAHİNİZ, Cevdet Salih. **Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014

ŞENOCAK, Zarife. **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002

TANDOĞAN, Haluk. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II**. 5. Basım, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010

TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla. **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**; 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993

TOPUZ, Seçkin. **Türk İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale (Hakimin Sözleşmeyi Uyarlaması)**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009

TUNÇOMAĞ, Kenan ; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**. İstanbul: Sermet Matbaası. 1976

TUNÇOMAĞ, Kenan. **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II**. İstanbul: Sermet Matbaası. 1977

UÇAR, Ayhan. **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**. Ankara : Seçkin Yayıncılık. 2003

UYGUR, Turgut. **Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri Cilt VI**. Ankara: Adalet Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., 1994

ÜREM, Müge. **Eser Sözleşmesinde Erken Dönme**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2017

YAKUPPUR, Sendi. **Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş., 2009

YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak. **Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler**. 15. Basım, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2018

YENER, Mehmet Deniz. **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları**. Beta Yayınları, İstanbul, 2011

YÜCER AKTÜRK, İpek. **Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri**. Ankara: Yetkin Basımevi, 2012

ZAPATA, Tan Tahsin. **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**. 6. Basım. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018

ZEVKLİLER, Aydın / ERTAŞ, Şeref / HAVUTÇU, Ayşe / AYDOĞDU, Murat / CUMALIOĞLU, Emre. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler**. İzmir: Barış Yayınları, 2013

ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, Emre. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**. 18. Basım, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018

www.tdk.gov.tr

www.kazanci.com

www.e-akademi.org

www.taa.gov.tr

www.academia.edu

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr>

www.dergipark.gov.tr

www.jurix.com.tr