

**T.C.  
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

**İSTİSNA SÖZLEŞMELERİNİN MÜTEAHHİTTEN  
KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**ABDULLAH CEM İLKGELEN**

**İSTANBUL, 2010**

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

**İSTİSNA SÖZLEŞMELERİNİN MÜTEAHHİTTEN  
KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİ**

**Yüksek Lisans Tezi**

**ABDULLAH CEM İLKGELEN**

**Tez Danışmanı: PROF. DR. ÖZER SELİÇİ**

**İSTANBUL, 2010**

## ÖZET

### İSTİSNA SÖZLEŞMELERİNİN MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERMESİ

İLKGELEN, Abdullah Cem

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı  
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Özer SELİÇİ

Haziran 2010, 164 sayfa

Günümüz ticari hayatının en önemli hukuksal düzenlemelerinden olan İstisna Sözleşmesi, iş sahibi ile müteahhit arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Bu tez çalışmasının esas konusu, İstisna Sözleşmelerinin, müteahhitten kaynaklanan sebeplerle sonra erdiği hallerdir. İş sahibi ve yüklenicinin karşılıklı sorumlulukları, kapsamlı bir literatür taraması, yargı kararları ve doktrindeki görüş ayrılıkları bağlamında incelenmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İstisna Sözleşmesi, İstisna Sözleşmesinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi

## ABSTRACT

### INDEPENDENT CONTRACTOR AGREEMENTS WICH ARE CANCELLED CAUSE OF THE INDEPENDENT CONTRACTOR

İLKGELLEN, Abdullah Cem

LL.M Program in Private Law

Supervisor: Prof. Dr. Özer SELİÇİ

June 2010, 164 pages

Independent Contractor Agreement, which is an important legal arrangement for the current business transactions, lays down the rules for the relationships between Independent Contractor and Business Owner. This master thesis studies the Independent Contractor Agreements wich are cancelled cause of the Independent Contractor. Mutual responsibilities of Business Owner and Independent Contractor has been studied including a comprehensive literature review, sample court decisions and discussions in the jurisprudence.

**Keywords:** Independent Contractor Agreement, Independent Contractor Agreements  
Wich Are Cancelled Cause Of The Independent Contractor

## KISALTMALAR

AÜHFD.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİFD.	:	Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
BGB.	:	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BİĞŞ.	:	Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BK.	:	Borçlar Kanunu
BKT.	:	Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
bkz.	:	bakınız
C.	:	cilt
DEÜHFD.	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK.	:	Devlet İhale Kanunu
dn.	:	dipnotu
E.	:	Esas
EÜHFD.	:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	:	fıkra
GÜHFD.	:	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	:	Hukuk Dairesi
HGK.	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	:	Hukuk Usulü Muhakemeler Kanunu
K.	:	Karar
KİK.	:	Kamu İhale Kanunu
KİSK.	:	Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
m.	:	madde
OR.	:	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
ÖBİ	:	Özel Borç İlişkileri
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
TKHK.	:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK.	:	Türk Ticaret Kanunu
vd.	:	ve davamı
Yarg.	:	Yargıtay

YİBK. : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı  
YİGŞ. : Yapım İşleri Genel Şartnamesi

# İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	v
İÇİNDEKİLER	vii
GİRİŞ	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

1. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARI, HÜKÜMLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ.....	3
1.1. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI.....	3
1.2. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI.....	7
1.2.1. Bir Eser Meydana Getirme Taahhüdü.....	7
1.2.1.1. Eser Kavramı.....	7
1.2.1.1.1. Sadece Maddi Varlığı Olan Sonuçları Eser Kabul Eden Görüş.....	8
1.2.1.1.2. Maddi ve Gayri Maddi Her Sonucun Eser Sayılmasını Kabul Eden Görüş.....	10
1.2.1.2. Meydana Getirme (İmal) Kavramı.....	13
1.2.2. Ücret Kavramı.....	15
1.2.3. İstisna Sözleşmesinin Tarafları Arasında Anlaşma.....	17
1.3. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	21
1.3.1. Müteahhit.....	21
1.3.2. İş Sahibi.....	23
1.4. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER.....	24
1.5. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ.....	25

## İKİNCİ BÖLÜM

2. İSTİSNA SÖZLEŞMELERİNİN MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERDİĞİ HALLER.....	28
2.1. MÜTEAHHİDİN SADAKAT VE ÖZEN BORCUNA AYKIRI HAREKET ETMESİ NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME.....	28
2.1.1. Sadakat Borcuna Aykırılıktan Dolayı Sözleşmeden Dönme.....	28
2.1.1.1. Müteahhidin Sadakat Borcu, Kanuni Dayanağı ve Görünüm Şekilleri.....	28
2.1.1.2. Müteahhidin Sadakat Borcuna Aykırı Hareket Etmesinin Sonuçları.....	31
2.1.2. Özen Borcuna Aykırılıktan Dolayı Sözleşmeden Dönme.....	32
2.1.2.1. İstisna Sözleşmesinde Sonuç Sorumluluğu ve Özen Sorumluluğu Arasındaki İlişki.....	32
2.1.2.2. Müteahhidin Özen Borcunun Tarzı ve Derecesi.....	34
2.1.2.3. İnşaat Sözleşmelerinde Özen Borcundan Sorumluluğun Uygulama Halleri.....	37

2.1.2.3.1. Müteahhidin İnşaatı Kendi Yönetimi Altında Özenle Yürütmesi.....	37
2.1.2.3.2. İnşaatla Kullanılan Malzemeye İlişkin Özen.....	38
2.1.2.3.3. Müteahhidin Aydınlatma ve Bilgi Verme Borcu.....	39
2.1.2.3.4. Özen Borcuna Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları.....	39
2.1.2.3.4.1. Akdin Müsbet İhlali Dolayısıyla Tazminat Talebi....	39
2.1.2.3.4.2. İşin Müteahhidin Kendisine Düzelttirilmesi veya Başkasına Yaptırılması.....	40
2.1.2.3.4.3. Özen Borcuna Aykırılıktan Dolayı İş Sahibinin İstisna Sözleşmesinden Dönmesi.....	44
2.2. ESERİ BİZZAT YAPMA VEYA YÖNETİMİ ALTINDA YAPTIRMA BORCUNA AYKIRILIKTAN DOLAYI SÖZLEŞMEDEN DÖNME.....	46
2.3. İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE DEVAM ETME BORCUNA AYKIRILIKTAN DOLAYI SÖZLEŞMEDEN DÖNME.....	53
2.3.1. BK. m. 358/1 Hükümüne Göre Müteahhidin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu.....	54
2.3.1.1. Müteahhidin İşe Zamanında Başlama Borcu.....	54
2.3.1.2. Müteahhidin İş Sürdürme Borcu.....	55
2.3.1.3. Teslim Süresinde Tamamlanması Olanaksız Derecede İşin Gecikmiş Olması.....	56
2.3.2. BK. m. 358/1 Hükümüne Göre Erken Temerrüde Düşürmenin Koşulları.....	57
2.3.3. BK. m. 358/1 Hükümüne Göre Erken Temerrüde Düşürmenin Sonuçları.....	59
2.3.4. BK. m. 358/1 Hükümünün Tamamlayıcı Niteliği.....	60
2.4. TESLİM BORCUNA AYKIRILIKTAN DOLAYI SÖZLEŞMEDEN DÖNME.....	61
2.4.1. Müteahhidin Eseri Teslim Borcu.....	61
2.4.1.1. Genel Olarak.....	61
2.4.1.2. Teslim Borcu Kavramı ve Kanunî Dayanağı.....	62
2.4.1.3. Teslim Borcunun İfa Zamanı.....	65
2.4.1.4. Teslim Borcunun İfa Yeri.....	67
2.4.2. Müteahhidin Teslim Borcunu İfade Temerrüdü.....	68
2.4.3. Müteahhidin Temerrüde Düşmesinin Şartları.....	69
2.4.3.1. Borcun Muaccel Olması.....	69
2.4.3.2. İfanın Mümkün Olması.....	72
2.4.3.3. İfanın Gerçekleşmemiş Olması.....	73
2.4.3.4. Temerrüde Engel Olan Sebeplerden Birinin Bulunmaması.....	75
2.4.3.4.1. Müteahhidin İfadan Kaçınma Hakkı Bulunmaması.....	75
2.4.3.4.2. İfanın İş Sahibi Yüzünden Gecikmiş Olmaması.....	76
2.4.3.4.3. İş Sahibinin İhtarda Bulunması ve İhtar Şartının Aranmadığı Haller.....	76
2.4.4. Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesinin Sonuçları.....	79
2.4.4.1. İş Sahibinin Seçimlik Hakları.....	79
2.4.4.2. Seçimlik Hakları Kullanabilme Şartları.....	81
2.4.4.2.1. Uygun Mehil Tayini.....	81
2.4.4.2.2. Mehil Verilmesini Gerektirmeyen Haller.....	84



2.4.4.2.2.1. Borçlunun Hal ve Davranışlarından Artık Süre Vermenin Yararsız Olacağıın Anlaşılması.....	84
2.4.4.2.2.2. Borcun İfasının Alacaklı Bakımından Anlamını Kaybetmesi.....	85
2.4.4.2.2.3. Borcun İfasının “Kesin Vade” Türden Bir Vadeye Bağlanmış Olması.....	86
2.4.4.2.3. Mehil Sonunda Doğan Seçimlik Haklar.....	87
2.4.4.2.3.1. Genel Olarak.....	87
2.4.4.2.3.2. Sözleşmeden Dönme.....	88
2.4.4.2.3.2.1. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılması.....	88
2.4.4.2.3.2.2. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları.....	89
2.4.4.2.3.2.2.1. İfa Edilmiş Edimlerin Ortadan Kalkası.....	89
2.4.4.2.3.2.2.2. İade Yükümleri.....	90
2.4.4.2.3.2.2.2.1. İş sahibinin geri verme borcu.....	90
2.4.4.2.3.2.2.2.2. Müteahhidin geri verme borcu.....	91
2.4.4.2.3.2.2.3. Menfi (Olumsuz) Zararın Tazmini.....	94
2.4.4.2.3.2.3. Yargıtay’ın Çoğu Bitmiş İnşaatlarda Sözleşmeden Dönmeyi İleriye Etkili Fesih Sayan Görüşü.....	96
2.5. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME.....	98
2.5.1. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....	98
2.5.1.1. Genel Olarak.....	98
2.5.1.2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Hukuki Niteliği.....	99
2.5.1.3. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Özellikleri.....	101
2.5.1.3.1. Kusura Dayanmaması.....	101
2.5.1.3.2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla İlgili Kuralların Emredici Nitelikte Olmaması.....	101
2.5.1.3.3. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Kanunî Bir Borç Olması.....	102
2.5.2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcundan Sorumlu Tutulmasının Şartları.....	103
2.5.2.1. Genel Olarak.....	103
2.5.2.2. Eserin İş Sahibine Teslim Edilmiş Olması.....	103
2.5.2.3. Eserin Ayıplı Olması.....	107
2.5.2.3.1. Ayıp Kavramı.....	107
2.5.2.3.1.1. Sözleşmede Kararlaştırılan Vasıflarda Ayıp.....	108
2.5.2.3.1.2. Lüzumlu Vasıflarda Ayıp.....	111
2.5.2.3.2. Ayıbın Çeşitleri ve Bunlara Bağlanan Hukukî Sonuçlar... ..	112
2.5.2.3.2.1. Açık Ayıp-Gizli Ayıp Ayrımı.....	113
2.5.2.3.2.2. Önemli Ayıp-Önemsiz Ayıp Ayrımı.....	115
2.5.2.3.2.3. Maddî Ayıp-Hukukî Ayıp Ayrımı.....	116
2.5.2.4. Eserin Kabul Edilmemiş Olması.....	117
2.5.2.5. Teslim Alınan Eserin Muayene Edilmesi ve Belirlenen Ayıpların İhbar Edilmiş Olması.....	119
2.5.2.5.1. Genel Olarak.....	119
2.5.2.5.2. Eserin Muayene Edilmesi.....	120
2.5.2.5.2.1. Muayenenin Zamanında Yapılması.....	120

2.5.2.5.2.2. Muayenenin Özenle Yapılması.....	122
2.5.2.5.3. Ayıpları Müteahhide İhbar Yükümlülüğü.....	125
2.5.2.5.3.1. Genel Olarak.....	125
2.5.2.5.3.2. Ayıpların İhbar Biçimi.....	126
2.5.2.5.3.3. Ayıpların İhbar Süresi.....	127
2.5.2.5.3.4. İhbarının İçeriği.....	128
2.5.3. İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları.....	129
2.5.3.1. Genel Olarak.....	129
2.5.3.2. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı (Kabulden Kaçınma) ve Sonuçları.....	132
2.5.3.2.1. Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukukî Niteliği ve Dönmenin Şekli.....	132
2.5.3.2.2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Şartları..	133
2.5.3.2.2.1. Eserin Kullanılmayacak Durumda Olması.....	133
2.5.3.2.2.2. Eserin İş Sahibi Tarafından Kabulü Beklenemeyecek Durumda Olması.....	134
2.5.3.2.2.3. Eserin Sözleşmede Açıkça Belirtilmiş Bazı Özellikleri Taşımaması.....	135
2.5.3.2.2.4. İş Sahibinin Arasında Yapılan İşlerde Eserin Yıkılması ve Kaldırılmasının Aşırı Bir Zarara Yol Açmaması.....	136
2.5.3.2.3. Sözleşmeden Dönme Hakkını Kullanmanın Sonuçları....	137
2.5.3.3. İş Sahibinin Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zararın Giderilmesini İsteme Hakkı ve Kapsamı.....	138
2.5.3.3.1. Zararın Tazminini İsteme Hakkının Şartları ve Özellikleri.....	138
2.5.3.3.2. Zararın Giderilmesini İsteme Hakkının Kapsamı.....	139
2.5.4. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunu Sona Erdiren Nedenler.....	142
2.5.4.1. Eserdeki Ayıbın İş Sahibine Yüklenebilir Olması.....	142
2.5.4.1.1. Eserin Ayıplı Olmasının İş Sahibinin Talimatından Doğması.....	143
2.5.4.1.2. Eserin Ayıplı Olmasının İş Sahibinin Sağladığı Malzeme veya Arsanın Ayıbından Doğması.....	145
2.5.4.2. İş Sahibinin Eseri Kabul Etmesi.....	146
2.5.4.3. Ayıba İlişkin Sorumluluğun Zamanaşımına Uğraması.....	148
2.6. MÜTEAHHİDİN ŞAHSINDAN DOĞAN İMKÂNSIZLIK ÜZERİNE AKDİN FESHİ.....	154
2.6.1. Müteahhidin Ölümü.....	154
2.6.2. Müteahhidin Aczi.....	155
2.6.3. Müteahhidin Ölümü Veya Aczi Halinde Feshin Hukuki Sonuçları.....	156
<b>SONUÇ</b>	<b>157</b>
<b>KAYNAKÇA</b>	<b>160</b>

## GİRİŞ

İstisna sözleşmesinin uygulama alanı oldukça geniştir. İnsanlar günlük yaşamlarını sürdürürken bilinçli veya bilinçsiz olarak istisna akdine taraf olmaktadır. Eskiden sadece küçük el sanatlarına konu olabilen istisna sözleşmesi, özellikle günlük hayatımıza teknolojinin tüm boyutlarıyla girmesine bağlı olarak, bugün çok büyük ve kapsamlı işlere konu olabilmektedir. Örneğin, terziye bir takım elbise diktirilmesi, otomobil tamiri için kaportacıya gidilmesi veya diş hekimine takma diş yaptırılmasının yanında, baraj, köprü ve otoyolların yapımı da istisna sözleşmesine konu olabilmektedir. Özetle istisna sözleşmesinin uygulama alanı zamanla genişlemiştir. Bunun sonucu olarak, bu sözleşmenin uygulanmasından ortaya çıkan sorunlar, boyutları itibariyle, hem mahkemelerimizi yoğun bir biçimde meşgul etmekte, hem de doktrinde yoğun tartışmalara neden olmaktadır.

Türk Hukukunda istisna sözleşmesi esas itibariyle 29 Nisan 1926 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 355-371 maddeleri arasında yer almıştır. Bununla birlikte, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’na tabi belli bir tutarı aşan yapım ve hizmet işlerinde uygulanmak üzere yürürlüğe konulan “Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi” ile, tüketici sözleşmelerinde uygulanmak üzere, 8.3.1995 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanarak, 8.9.1995 tarihinde yürürlüğe konulan, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da ve son olarak 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nda da bu hususta düzenlemeler getirilmiştir. Ancak hemen belirtelim ki, çalışmamızda, özellikle BK. 355-371 maddeleri incelenecek, gerekli yerlerde, Borçlar Kanunu Tasarısına, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesine, 4077 sayılı ve 4734 sayılı Kanunlara değinilecektir. Yeri geldiğinde tartışmalı noktalar, doktrindeki yazarların görüşleri verilmek suretiyle bir neticeye bağlanmaya çalışılacak; bu neticelere ulaşırken, uygulamayı oluşturan yargı kararlarından da bahsedilecektir.

Çalışmamız, iş görme sözleşmelerinden olan istisna sözleşmesinde, müteahhitin borca aykırı davranması halinde, iş sahibinin kullanabileceği dönme hakkını, bu hakkın kullanılmasının şartlarını ve sonuçlarını ayrıntılı olarak inceleme amacı gütmektedir.

Bu nedenle çalışmamızın birinci bölümünde, istisna sözleşmesinin tanımı, unsurları, tarafları, hukuki niteliği, özellikleri ve istisna sözleşmelerine uygulanacak hükümler ele alınmıştır. İkinci bölümde ise, istisna sözleşmesinin müteahhitten kaynaklanan sebeplerle sona erdiği haller başlıklar halinde sıralanıp ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise, sonuç kısmına yer verilmiştir.

# 1. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAF LARI, HÜKÜMLERİ, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

## 1.1. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

İstisna (eser) sözleşmesi, esas itibariyle, BK. m. 355-371 arasında yer alan hükümlerle düzenlenmiştir ve BK. m. 355’de “*İstisna bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>1</sup>.

Borçlar Kanunundaki düzenleme dışında “2886 sayılı Devlet İhale Kanunu” ile “4734 sayılı Kamu İhale Kanunu” ve “4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu”, bu yasalara göre çıkarılmış alt mevzuatta da bu sözleşme ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Diğer taraftan 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa tabi belli bir tutarı aşan yapım ve hizmet işlerinde, Bakanlar Kurulunun 29.8.1984 gün ve 8/8520 sayılı kararı ile yürürlüğe konulmuş olan “Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi” (BİGŞ.) de, bu kanun hükümlerine tabi olarak yapılan istisna sözleşmelerinin ayrılmaz bir parçasını teşkil eder. Böylece “Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi”, yapım işlerine ilişkin istisna sözleşmelerinin önemli bir kısmı hakkında uygulama alanı bulabilecektir. Bu şartnamenin hükümleri, Borçlar Kanununun emredici olmayan hükümlerinden farklı olduğu oranda önem taşır. 2886 sayılı Kanuna tâbi olmayan özel kişiler de BİGŞ.’nin sözleşmelerinin bir eki teşkil ettiğini kararlaştırabilirler.

İstisna kelimesi Arapça kökenli bir kelime olup sanat ve maharet gerektiren, emek sarf ederek bir şeyi meydana getirmek demektir<sup>2</sup>. İstisna sözleşmesi karşılığı olarak İsviçre

---

<sup>1</sup> Türk Borçlar Kanunu Tasarısında, İstisna Sözleşmeleri “Eser Sözleşmesi” başlığı altında 470 ila 486. Maddeleri arasında düzenlenmiştir ve 470’inci maddede Eser Sözleşmesi “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, işsahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” ifadeleri ile tanımlanmıştır. (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> - Erişim, 04.09.2009 )

<sup>2</sup> OLGAC, Senai; İstisna Akti, Ankara 1977, s.1; GÖKTÜRK, Hüseyin Avni, Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951, s. 498; TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 2. cilt, 3. Bası, Ankara 1987, s.1, dn.1; YAKUPPUR, Sendi, Borçlar Kanunu’na Göre Eser

Borçlar Kanununun almanca metninde "Werkvertrag" (eser sözleşmesi) terimi kullanılmıştır. Bu sebeple bazı yazarlar, hukukumuzda da bu sözleşmeyi ifade etmek için aynı terimin kullanılmasını önermektedirler<sup>3</sup>. Bu şekildeki adlandırma ise, sözleşmenin, fikir ve sanat eserleri hukukunda "eser" kavramıyla bir ilişkisi bulunduğu zannını uyandırabilecektir. Diğer taraftan mehzaz kanunun Fransızca metninde ise, "taahhüt veya girişim sözleşmesi" diye tercüme edilebilecek olan "contrat d'entreprise" terimine yer verilmiştir<sup>4</sup>. Her ne kadar tasarıda<sup>5</sup>, öğreti ve uygulamada "eser sözleşmesi" deyimini kullanılmakta ise de, biz, kanuni bir terim olması nedeniyle "istisna sözleşmesi (akdi)" deyimini çalışmamızda kullanmayı tercih edeceğiz.

İstisna sözleşmesinin kanunî tanımından da anlaşılacağı üzere, bir eser meydana getirmek, imâl etmek taahhüdünde bulunan kişiye müteahhit veya yüklenici, söz konusu eseri bir bedel veya maddî bir değer karşılığında yaptıran kişiye ise iş sahibi denilmektedir. Müteahhit ile iş sahibi arasında yapılan ve konusunu bir eserin meydana getirilmesi veya imâli oluşturan sözleşmeye de istisna sözleşmesi denilmektedir.

Borçlar Kanununda yer alan tanımdaki "şey" kavramı, daha çok maddî varlıkları ifade etmektedir. Bundan dolayı bu kelime, günümüzdeki gayri maddî hususların ortaya çıkarılmasını konu edinen sözleşmeleri açıklama bakımından yetersiz kalmaktadır. Bu sebeple "şey" sözcüğü yerine, "eser" sözcüğünün kullanılması daha yerinde olacaktır<sup>6</sup>. Nitekim günümüzde, müteahhidin taahhüt ettiği edim sonucunun mutlaka maddî ve cismani bir varlığa sahip olması gerekmez<sup>7</sup>.

---

Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, 1. Bası, İstanbul 2009, s.3; ÇALIŞKAN, İbrahim; AÜİFD., Ankara 1991, C.31, s.349.

<sup>3</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku, C.2, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası İstanbul 1977, s.949 vd.; ÖZ, M.Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte), doktora tezi, İstanbul 1989, s.1 vd.; ZEVKLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 10. Baskı, Ankara 2008, s.319 vd.

<sup>4</sup> TANDOĞAN, s.2; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009, s.490.

<sup>5</sup> Borçlar Kanunu tasarısında, "istisna akdi" deyiminin yerini "eser sözleşmesi", "müteahhit" deyiminin yerini "yüklenici" ifadeleri almıştır. "İş sahibi" deyimini yeni tasarıda da yerini aynen korumuştur. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim: 25.08.2009)

<sup>6</sup> Borçlar Kanunu tasarısında "şey" sözcüğü yerine "eser" sözcüğü kullanılmıştır. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim: 25.08.2009)

<sup>7</sup> YAVUZ, s.492; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.955.

Kanunî tanıtmda kullanılan “imâl” kelimesi yerine imâl niteliğinde olmayan değişiklikleri de içine alan “meydana getirme”<sup>8</sup> veya “ortaya koyma” deyimlerinin kullanılması düşünçesine katılmak isabetli olur kanaatindeyiz<sup>9</sup>. Çünkü imâl, yeni bir eser meydana getirmektir. Halbuki, istisna sözleşmesi ile, yeni bir eser meydana getirmenin yanında, aynı zamanda, mevcut bir eserin değiştirilmesi<sup>10</sup>, onarılması<sup>11</sup>, bakımı<sup>12</sup> veya ortadan kaldırılması<sup>13</sup> da konu edinilebilir<sup>14</sup>.

Borçlar Kanunu’nda istisna sözleşmesinin tanımı yapılırken kullanılan “semen” kelimesi, genellikle, satım sözleşmesindeki satım parasını ifade etmek için kullanıldığından, istisna sözleşmesinin satım sözleşmesi niteliğinde olduğunu düşündürmektedir. Bu sebeple “semen” yerine<sup>15</sup> “ivaz” (karşılık) kelimesinin kullanılmasının daha isabetli olacağını belirten yazarlar vardır<sup>16</sup>. Ancak istisna sözleşmesinde ivazın, mutlaka para olması gerekmemekle birlikte, doktrinde yaygın olarak “ücret” teriminin kullanıldığı görülmektedir<sup>17</sup>.

İstisna sözleşmesinin tanımlandığı BK. m. 355’in metninden, müteahhidin bir eseri imâl etme borcunun varlığı anlaşılmalı birlikte, müteahhidin imâl ettiği bu eseri iş sahibine teslim etme borcunun varlığı tam olarak anlaşılammamaktadır. Halbuki istisna sözleşmesinde müteahhidin eseri imâl borcu kadar imâl edilen eserin iş sahibine teslim borcu da aslı ve önemli bir borçtur.

Yukarıdaki açıklamalardan sonra, istisna sözleşmesinin tanımı şu şekilde yapılabilir:

*“İstisna sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin*

<sup>8</sup> Borçlar Kanunu tasarısında “bir şey imal etme” sözcüğü yerine “meydana getirme” sözcüğü kullanılmıştır. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim: 25.08.2009)

<sup>9</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.955; YAVUZ, s.496; KILIÇOĞLU, Ahmet, İstisna Akdinde Eserin Ayıplı Olması, Ankara 1972, s 4.; TANDOĞAN, s.2.

<sup>10</sup> Örnek olarak, gömlek kollarının kısaltılması için terziye verilmesini gösterebiliriz. Burada terzi, sadece mevcut gömlek üzerinde değişiklik yapmaktadır.

<sup>11</sup> Örnek olarak, su sızdıran çatının onarılması için ev sahibinin müteahhitle anlaşmasını gösterebiliriz.

<sup>12</sup> Örnek olarak, aracın bakım için servise bırakılmasını gösterebiliriz.

<sup>13</sup> Örnek olarak, eski bir binanın yıkılması ve molozlarının temizlenmesi için müteahhitle yapılan sözleşmeyi gösterebiliriz.

<sup>14</sup> ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Bası, Ankara 2007, s. 321.

<sup>15</sup> Yeni Borçlar Kanunu tasarısında “semen” sözcüğü yerine “bedel” sözcüğü kullanılmıştır. bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf> (Erişim: 25.08.2009)

<sup>16</sup> BERKİ, Şakir Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973, s. 142; BAYGIN, Cem Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 4.

<sup>17</sup> YAVUZ, s.535 vd., TANDOĞAN, s.18, ZEVKLİLER, s.327.

*bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir*<sup>18</sup>.

İstisna sözleşmelerinin kapsamı doktrinde de genel olarak belirtildiği üzere çok geniş olup, en küçük bir kül tablası imalinden, büyük nükleer santrallerin, büyük barajların inşasını dahi kapsamaktadır. Bu çerçevede doktrinde istisna sözleşmesi incelenirken en çok inşaat sözleşmelerinin üzerinde durulmuştur. İstisna sözleşmesinde müteahhidin meydana getirmeyi üstlendiği eserin bir taşınmaz yapı olması durumunda, bunu konu alan sözleşmeler için uygulamada ve doktrinde “*inşaat sözleşmesi*” terimi kullanılmaktadır<sup>19</sup>. Buna göre inşaat sözleşmesi, “müteahhidin, taşınmaz bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek iş sahibine teslim etmeyi üstlendiği bir istisna sözleşmesi türü” olarak tanımlanabilir<sup>20</sup>. İnşaat sözleşmesi, istisna sözleşmesinin bir türü olduğundan Borçlar Kanununun istisna sözleşmesine ilişkin hükümleri (m. 355 - 371) inşaat sözleşmesine doğrudan uygulanır.

İnşaat işlerinin karmaşık ve uzun zamana yayılmış yapısı nedeniyle, genellikle istisna sözleşmelerine ilişkin yasal hükümler, uygulamanın ihtiyaçlarına cevap verememektedir. Bu nedenle inşaat işleri için gerek ulusal, gerekse de uluslar arası düzeyle birçok standart sözleşme koşulu kabul edilmiştir. Bunlardan bazıları şunlardır: Türkiye’de BİGŞ. ve YİGŞ.<sup>21</sup>, Fransa’da, inşaat mühendisleri odasınınca hazırlanan ve uluslararası nitelik taşıyan büyük inşaat projelerinde uygulanan (FIDIC), aynı şekilde Amerika’da (AIA, A 101), İsviçre’de (SIA-Norm 118) ve Almanya’da (VOB)<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.952; TANDOĞAN, s.1; YAVUZ, s.490; EREN, Fikret, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, (Yönetici, İşletmeci, ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996, s.49; ÖZ (Dönme), s.1; AYAN, Serkan, İstisna Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, İstanbul 2008, s.23; DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, 3. Bası, Ankara 2003, s. 5.

<sup>19</sup> SELİÇİ, Özer; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s.4-5; ÖZ, M.Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006, s.15, AYAN, s.23; EREN, s.49.

<sup>20</sup> CELAL, Nasır; Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu, Ankara 2005, s.24, BAYGIN, s 4-5; SELİÇİ, s.4; ÖZ (Dönme), s.81; AYAN, s.24.

<sup>21</sup> Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümleri ise, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tabi inşaat sözleşmelerinde yasa gereği uygulama alanı bulur.

<sup>22</sup> AYAN, s.24, dn.7.



Bu genel kuralların inşaat sözleşmelerine uygulanabilmesi, bunun sözleşmeyle kabul edilmiş olmasına bağlıdır. Yoksa bu kurallar doğrudan uygulama alanı bulamaz. Diğer bir ifadeyle, inşaat sözleşmelerinde, söz konusu kurallara yollama yapılmamışsa bunların uygulanması mümkün değildir.

## 1.2. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

### 1.2.1. Bir Eser Meydana Getirme Taahhüdü

#### 1.2.1.1. Eser Kavramı

Eser kavramı, belirli bir iş ve çalışmadan doğan sonucu anlatmaktadır. BK. m. 355’de “*müteahhidin bir şey imâlini borçlandığını*” ifade edilmiştir. İşte imâl sonucu ortaya çıkacak şeye eser denilir. İstisna sözleşmenin konusu açısından önemli olan çalışmanın (iş görme faaliyetinin), kendisinden çok bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabil sonuçtur<sup>23</sup>. Borçlar Kanununun bu maddesi sadece eser kavramından bahsetmiş, ancak bu kavramı tanımlamamış, aynı zamanda tanımlamaya yarayacak ölçütleri de ortaya koymamıştır. İstisna sözleşmesi ile ilgili diğer maddelerde de eser kavramını tanımlamaya yarayacak bir ifade yoktur. Eser kavramı kanunda sadece “şey” terimiyle ifade edilmeye çalışılmıştır.

Eser kavramının kapsamının tayini ile ilgili olarak, her ne kadar benzer ifadeler kullanılmış olsa da, BK. m. 355’deki “*imâl edilen şey*” kavramı ile m. 58’deki “*imâl olunan şey*” kavramının birbirinden farklı olduğu ortadadır. Çünkü BK. m. 58’de “sabit, arza doğrudan doğruya veya dolayısıyla bağlı olan şeyler” söz konusu edilirken, BK. m. 355’deki “*imâl edilen şey*” kavramı ile hem taşınmaz, hem de taşınır şeyler konu edinilmektedir<sup>24</sup>. *Tandoğan’ın*<sup>25</sup> haklı olarak belirttiği gibi “imal” sözcüğü taşınmazlardan çok taşınırlar için kullanılan bir deyimdir ve günümüzde eser kavramının kapsamına emek ürünü olan ve maddî bir varlığı bulunmayan sonuçların da

<sup>23</sup> YAVUZ, s.491, ZEVKLİLER, s.391-321, TANDOĞAN, s.1; ARAL, s.327.

<sup>24</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s. 952, KILIÇOĞLU, s. 5; TANDOĞAN, s.3; YAVUZ, s.493.

<sup>25</sup> TANDOĞAN, s.3.

sokulması eğilimi vardır. Bu şekilde geniş bir anlam taşıyan eser kavramı, BK. m. 58’de öngörülen “imal olunan şey” kavramının sınırlarını çok aşar.

Kanunda tanımı yapılmayan eser kavramının içeriğine nelerin girdiği konusunda tam bir mutabakata varılamamıştır. Bu konudaki görüşleri iki başlık altında toplamak mümkündür;

#### **1.2.1.1.1. Sadece maddî varlığı olan sonuçları eser kabul eden görüş<sup>26</sup>,**

Tarihsel bakımdan önce bu görüş yaygındı<sup>27</sup>. Bu görüşe göre sadece, terzinin diktiği elbise, müteahhidin yaptığı inşaat, imal olunan bir makine, tersaneye ısmarlanan gemi gibi, maddi bir varlığın ortaya çıkarılmasını amaçlayan borç ilişkileri istisna sözleşmesidir<sup>28</sup>. Şüphesiz bunların yanında, bir duvarın boyanması, bir makinenin onarılması, bir yapının yıkılması gibi bağımsız bir varlığı değiştirmeye, işlemeye, biçimlendirmeye yönelik edimler de istisna sözleşmesinin konusunu oluşturmaya yeter. İşte sözkonusu görüştekilere göre, bunların dışında kalıp maddi bir sonuca yönelik olmayan edimler, gayri maddi bir eser oluştursalar bile, istisna sözleşmesine konu olamayacaklardır. Bu tür maddi olmayan sonuç borçlanılması halleri, niteliğine göre, ya hizmet sözleşmesine ya da vekâlet sözleşmesine konu olabilirler<sup>29</sup>.

O halde bu görüş esas alınırsa, bir sanat eserinin hazırlanması (bir tablo, bir beste, bir heykel), bir yapı planının çizilmesi, gazinoda şarkı söylenmesi gibi edimleri içeren sözleşmeler istisna sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebileceklerdir<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 348; TANDOĞAN, s. 3, dn. 9’da anılan yazarlar.

<sup>27</sup> ÖZ (Dönme), s.3; CANBOLAT, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009, s.7; YAKUPPUR, s.7; TANDOĞAN, s.3: “İsviçre’de 1881 tarihli BK. yürürlükteyken ve 1912 değişikliğini izleyen ilk zamanlarda, eserin muhakkak maddî bir varlığı olan ve devir ve teslimi kabil bulunan bir insan emeği ürünü olduğu fikri egemendi; bir bina, bir makine, bir giysi gibi.”

<sup>28</sup> CANBOLAT, s.7; ÖZ (Dönme), s.3-4.

<sup>29</sup> TANDOĞAN, s.16.

<sup>30</sup> ÖZ (Dönme), s.4; TANDOĞAN, s.16-17; CANBOLAT, s.8.

Sadece maddi varlıkları eser sayanlar<sup>31</sup> özetle şu gerekçeleri ileri sürmektedir:

Maddi olmayan varlıkları da eser kabul eden görüş BGB. (Alman Medeni Kanunu) 631/II hükmünden esinlenmiştir. Bu hükme göre, istisna sözleşmesinin konusunu, hem bir şeyin imali ve değiştirilmesi kadar, bir çalışma ve hizmet ediminin yaratacağı bir sonuç da oluşturabilir<sup>32</sup>. Görüldüğü üzere Alman Medeni Kanunu'ndaki bu hüküm, bir iş veya hizmet ediminin yaratacağı sonucun eser sayılabileceğini açıkça belirtmekte ve eser kavramını daha geniş yorumlamayı kolaylaştırmaktadır. Oysa İsviçre-Türk Borçlar Kanununda gayri maddi varlıkları da eser saymaya elverişli böyle bir hüküm yoktur<sup>33</sup>.Yine Alman Hukuku'nda vekâlet, yalnızca hukuki muamelelerin ifası için ve tamamen ivazsız bir sözleşme olarak kabul edildiğinden, bütün ivazlı işgörme sözleşmelerinin ya hizmet ya da istisna sözleşmesi kapsamına sokulması bu hukuk düzeninde zorunlu hale gelmektedir. Oysa Türk-İsviçre Hukuk düzeninde vekâlet sözleşmesi sadece hukuki işlemlerin ifası için değil, maddi fiillerin de ivazsız ya da ivazlı yapılmasına olanak sağlamaktadır. Ayrıca BK. m. 386/f.2 hükmü, diğer herhangi bir sözleşme tipine girmeyen işlerin vekâlet sözleşmesi kurallarına tabi tutulacağını belirtmektedir. Bu nedenle Türk Hukukunda eser kavramını ve dolayısıyla istisna sözleşmesinin uygulama alanını bu derece genişletmeye gerek olmadığı ileri sürülmüştür.

Öte yandan maddi olmayan sonuçların da istisna sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi ile, istisna ve vekâlet sözleşmeleri arasındaki ayırımın istisna lehine genişletilmesine sebep olunacağı ve bu nedenle ayırımın oldukça zor anlaşılır hale geleceği ileri sürülmüştür.

Bu görüşe göre, kanunda istisna sözleşmesini düzenleyen kurallar, -özellikle ayıba karşı tekeffül sistemi (BK. m.359-363) ve kullanılacak malzemedan sözeden hükümler (BK. m.357)- açıkça maddi eserlerin gözönüne alındığını göstermektedir. Diğer taraftan fikri nitelikte ve özellikle sanat faaliyeti niteliğindeki edimleri içeren sözleşmelerde ayıp ve

<sup>31</sup> Gerekçeler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz.; TANDOĞAN, s.8 vd; HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI, s.348; ÖZ (Dönme), s.4 vd.

<sup>32</sup> Madde metni için ÖZ (Dönme), s.4, dn.15.

<sup>33</sup> TANDOĞAN, s.8-9; ÖZ (Dönme), s.4.

eksikliğin objektif olarak tespit edilmesi de çoğu kez mümkün olmayacaktır. Bir tiyatro eserinin sahneye konulmasını buna örnek olarak gösterebiliriz. Bu sebeple bu gibi faaliyetleri konu edinen sözleşmelerin bünyesine, istisna sözleşmesinin değil, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasının daha uygun olacağı ileri sürülmüştür.

Eser kavramını maddi varlığı olan şeylere hasreden görüş sahipleri, daha sonra tanımlamayı genişleterek bir yapı planı çizilmesi, bir kitap yazılması, bir film için senaryo hazırlanması ve bir tablo yapılması gibi maddi bir yapıya sahip olmasalar da, maddi bir şeyde devamlı olarak varlıklarını sürdürebilen fikri çalışma ürünlerinin de eser kavramı içine girebileceğini kabul etmişlerdir<sup>34</sup>.

#### **1.2.1.1.2. Maddî ve gayri maddî her sonucun eser sayılmasını kabul eden görüş<sup>35</sup>,**

Maddi varlığı olan şeylerin yanında maddi olmayan varlıkların da eser sayılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre<sup>36</sup>, insan emeği ile gerçekleşen, hukuki bir bütünlüğü ve ekonomik bir değeri olan her bağımsız varlık maddi olmasa bile istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Bunun sonucunda inşaat projesi çizilmesi<sup>37</sup>, kitap yazılması, gazeteye ilân verilmesi, sinemada film gösterilmesi, bilgisayar programı hazırlanması, tercüme yapılması, villa dekorasyonu<sup>38</sup>, radyo ve televizyon reklamları, ücret karşılığı seyredilen havai fişek gösterisi, bir sanatçının konser vermesi gibi durumlar eser kavramı içinde değerlendirilecektir<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> TANDOĞAN, s.4.

<sup>35</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.953; YAVUZ, s.492, ARAL, s.317 vd., DAYINLARLI (Temerrüt), s.7, ZEVKLİLER, s.305 vd., UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s.33-34; ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Aybın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s.17-18; ERGEZEN, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s.33.

<sup>36</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.953; YAVUZ, s.492; ARAL, s.317 vd.; EREN, s.53; ZEVKLİLER, s.305.

<sup>37</sup> Yarg. 15. HD. 11.02.1991 T. 1991/2751 E. - 1991/526 K. sayılı kararı, KARAHASAN, Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, İstanbul 1997, s.920.

<sup>38</sup> “*Taraflar arasındaki uyumsuzluk B.K.355 ve devamı maddelerinde tanımlanan eser sözleşmesinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir. (...) Somut olayda davacı yüklenici davalıya ait K’da bulunan villanın dekorasyon işlerinin yapılmasını üstlenmiştir.*” Yarg. 15. HD. 16.03.2005 T. 2004/4609 E. - 2005/1507 K. sayılı kararı, Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bankası (Erişim, 13.02.2010).

<sup>39</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.953; YAVUZ, s. 493; ARAL, s. 318; ZEVKLİLER, s.324.

Maddî ve gayri maddî her sonucu eser sayanlar özetle şu gerekçeleri ileri sürmektedirler<sup>40</sup>:

İstisna sözleşmesinde önemli olan, müteahhidin herhangi bir sonucu gerçekleştirmediği olarak taahhüt etmesidir. Bu durum maddî sonuçlar yanında maddî olmayan sonuçlar şeklinde de kendisini gösterebilir.

Ayrıca, maddi olmayan bir sonucun taahhüt edildiği işgörme sözleşmelerine, vekâlet sözleşmesi yerine, istisna sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması işin niteliğine daha uygun düşecektir. Örneğin, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması kabul edildiği takdirde taraflardan her biri dilediği anda sözleşmeyi feshedebilecek ve ancak feshin uygun olmayan zamanda yapılması halinde karşı tarafın bu yüzden uğradığı menfi zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır. Oysa maddi olmayan sonuçların borçlanılması, eser meydana getirme taahhüdü olarak kabul edilirse, sözleşmenin keyfi olarak sona erdirilmesi halinde diğer taraf müspet zararını da tazmin edebilecektir.

Ayrıca ayıba karşı tekeffül hükümlerinin maddî eserlerde olduğu gibi, maddî olmayan eserler bakımından da uygulanabilmesi mümkündür. Örneğin, bir proje çizimi, teknik içeriği bakımından muayene edilebilir ve BK. m. 360 anlamında kısmen veya tamamen ayıplı olabilir<sup>41</sup>.

Bugün artık sözkonusu sonucun mutlaka maddî bir şeyden kendisini göstermesi gerekmediği görüşü baskın bulunmaktadır. Günümüzde İsviçre<sup>42</sup> ve Alman<sup>43</sup> hukukunda baskın olan görüş budur. Bu durum Türk hukuku için de geçerlidir.<sup>44</sup>

Nitekim bir Yargıtay kararında<sup>45</sup>, bir diş doktorunun kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işinin ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu

---

<sup>40</sup> Gerekçeler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz.; TANDOĞAN, s.6 vd; ÖZ (Dönme), s.6; CANBOLAT, s.9 vd.

<sup>41</sup> KAPLAN, İbrahim, Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983, s.63.

<sup>42</sup> UÇAR, (Tekeffül Borcu), s. 33, dn. 58'de yer alan yazarlar.

<sup>43</sup> UÇAR, (Tekeffül Borcu), s. 33, dn. 59'de yer alan yazarlar.

<sup>44</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.953, YAVUZ, s. 493, ARAL, s.328-329, DAYINLARLI (Temerrüt), s.7, ZEVLİLİLER, s. 324-325, UÇAR (Tekeffül Borcu), s.33-34, ŞENOCAK, s.17-18, ERGEZEN, s.33.

üzerindeki müdahalesinin, BK. m. 355 vd. maddelerindeki istisna sözleşmesinin konusunu oluşturacağı belirtilmiştir. O halde objektif olarak tespiti mümkün olan, belirli bir maddî veya maddî olmayan sonucun meydana getirilmesi, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir<sup>46</sup>.

Kanaatimizce BK. m. 355'deki eser kavramını, yalnızca eşyayı biçimlendiren ve değiştiren durumlarla hasretme ve sadece maddî varlığı olan şeylerle sınırlamak doğru değildir. Ancak değerlendirme yaparken tarafların iradeleri, müteahhidin sonuç sorumluluğu altına girip girmediği, ortaya çıkan eserin iktisadi değeri olup olmadığı, sözleşmenin ivazlı olup olmadığı, hususları birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır.

Maddî olmayan varlıklar da, maddî bir varlıkta hayat bulup somutlaşmaları, bağımsız bir hukukî varlığa sahip olmaları ve iktisadî bir değer taşımaları şartıyla eser olarak kabul edilmelidir. Burada öncelikle dikkate alınması gereken, müteahhidin taahhüt ettiği şeyi imal edip teslim etmesidir. Başka bir deyişle müteahhidin, sonuç sorumluluğunu üstlenmiş olmasıdır. Dolayısıyla kendi içinde bir bütünlüğe sahip olan ve belli ölçüde belirlenebilir olan her iş görme sonucu, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturabilir<sup>47</sup>. Bununla birlikte, istisna sözleşmesinin asıl ayırt edici özelliği, taahhüt edilen sonucun maddî bir şeyde somutlaşmasından çok, kendi içinde bir bütün teşkil eden bir iş görme sonucunun, bir ivaz karşılığında meydana getirilmesi taahhüdünde bulunulmasıdır ki;

---

<sup>45</sup> Yarg. 15. HD. 03.01.1999 T. 1999/4007 E., 1999/3868 K. sayılı karar için bkz. MEŞE (Erişim, 12.11.2009); Daha yakın tarihili bir kararında Yargıtay şu şekilde hüküm vermiştir; “.. Davacı, doğum sonrası karın bölgesinde oluşan deformasyonların giderilmesi amacıyla davalının kendisini ameliyat ettiğini, ancak istenen sonucun sağlanamadığını iddia ederek maddi ve manevi tazminat talep etmiştir. Dosya kapsamından estetik amaçlı ameliyat hususunda tarafların sözleştikleri anlaşılmaktadır. Tarafların sözleşme yapmaktaki asıl amaçları belli bir sonucun (eserin) ortaya çıkmasıdır. O halde taraflar arasındaki ilişki eser sözleşmesi ilişkidir. Yüklenici eseri fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar şekilde yapmalıdır. Yüklenici eserdeki ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca sorumludur...”. Yarg. 15. HD., 08.06.2006, E.2005/7988, K.2006/3417 sayılı kararı için bkz. MEŞE (Erişim, 12.11.2009).

<sup>46</sup> YAVUZ, s.493

<sup>47</sup> ŞENOCAK, s. 17: “Bu çerçevede bir inşaat eseri, takım elbise yapılması yanında bir konser veya tiyatronun sahnelenmesi, proje çizimi, yapı yaklaşık maliyetinin hesaplanması, bilgisayar programının hazırlanması, bir metnin tercüme edilmesi hatta bir spor müsabakasının düzenlenmesi istisna sözleşmesine konu olabilir.”

bu husus hem maddî eserlerde, hem de maddî olmayan eserlerde kendisini göstermektedir<sup>48</sup>.

Sözleşmenin ifası sonucunda BK. m. 355 anlamında bir eser ortaya çıksa bile, tarafların bu sözleşmeyi kuran iradeleri, sonuçtan çok yapılacak faaliyete yönelik ise, bir istisna sözleşmesinden söz edilemez. Örneğin, bir fabrikada halı dokuyan işçi, çalışması sonucunda işverene yeni bir varlık, maddî bir eser kazandırmış olmasına rağmen, onun borcu, bir eser meydana getirmek değil, belli bir süre faaliyette bulunmak olduğu için, bu ilişki istisna sözleşmesi değil, hizmet sözleşmesidir<sup>49</sup>. Aynı şekilde, maddî olmasa da, bağımsız bir hukukî varlık olarak ortaya çıkmayan ve bütünlük taşımayan insan emeği faaliyetleri de eser sayılmaz. Örneğin, belli bir zaman için bir taşınmazın idaresi, bir hasta tedavisi, eğitim ve öğretim, bir inşaatı idare ve kontrol, bir şirketin muhasebesinin devamlı olarak tutulması gibi hallerde, yapılan faaliyette belli bir şekilde ortaya çıkan ve bir bütün teşkil eden bir sonuç bulunmadığı için, bir eserin varolduğu kabul edilmemektedir<sup>50</sup>. Son olarak belirtmek gerekir ki; bir dava veya tedavinin yürütülmesi örneklerinde olduğu gibi, taahhüt edenin hakim olamayacağı, hal ve şartlara bağlı iş görme sonuçları da istisna sözleşmesinin konusunu oluşturamaz. Çünkü BK. m. 355 anlamındaki eser, ayıpsız ve eksiksiz teslimi vaat edilmeye elverişli olan iş görme sonuçlarıdır<sup>51</sup>.

### 1.2.1.2. Meydana Getirme (İmâl) Kavramı

BK. m. 355’de istisna sözleşmesi belirtilirken, müteahhidin iş sahibine karşı “bir şey imâl” etme yükümlülüğü altına girdiği belirtilmiştir. Ancak bu maddede geçen müteahhidin bir şey imâl etmesi, sadece yeni bir şey meydana getirmesi olarak anlaşılmalıdır. İmâl kavramı, bu anlamdan daha geniş kapsamlı olup, bir şeyi değiştirme, onarma, ona yeni bir şey ekleme biçimlerinde de kendisini gösterebilir<sup>52</sup>. İstisna sözleşmesinde müteahhit edim fiilini değil, edim sonucunu taahhüt etmektedir<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> ŞENOCAK, s. 18.

<sup>49</sup> ÖZ (Dönme), s. 8; BAYGIN, s.12.

<sup>50</sup> UÇAR (Tekeffül Borcu), s. 34; TANDOĞAN, s.5 vd.

<sup>51</sup> ŞENOCAK, s. 19.

<sup>52</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s. 955; ARAL, s.321.

<sup>53</sup> ERGEZEN, s. 34.

Yapılan işgörme faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan şeyin eskiye nazaran yeni ve özel bir şekli veya daha fazla bir kıymeti haiz olması gerekmez, önemli olan ortaya çıkan eserin, tarafların iradeleri doğrultusunda eskisine göre farklı bir şekle bürünmesidir<sup>54</sup>.

Bu durumda bir yol, köprü, bina inşası, kanal açılması, âlet, makine, mobilya imali, elbise ve başka giyim eşyasının dikilmesi, elektrik tesisatı, kalorifer tesisatı, gemi, arı kovanı yapımı, ilaç imali, bir şeyin boyanması<sup>55</sup>, cilâlanması, yıkanması, ütülenmesi, elbise ve başka giyim eşyasının dikilmesi, bir kitabın ciltlenmesi ve basılması, bir binanın yıkılması, odun kırılması, bir ormanın açılması, tıkanmış lavabonun, kilitli kalmış kapının açılması, ayakkabı veya saat tamiri gibi işler de BK. m. 355 anlamında “meydana getirme” (imal) olarak değerlendirilebilecektir<sup>56</sup>. Sadece yer değiştirtme (nakil), istisna sözleşmesinin değil taşıma sözleşmesinin konusunu teşkil eder<sup>57</sup>.

Meydana getirme unsurunun, sadece olumlu eylemleri değil, ortadan kaldırma ve tahrip etme gibi olumsuz nitelikteki edimleri de kapsadığı söylenebilir<sup>58</sup>. Örneğin, bir binanın yıkılarak arsanın molozlardan temizlenmesinde olduğu gibi.

İmâl etme kavramı, istisna sözleşmesine iş görme sözleşmesi niteliğini veren bir unsurdur. İstisna sözleşmesinde müteahhit, hazır olan ya da kendi faaliyeti olmaksızın gerçekleştirilecek bir eseri taahhüt etmemekte, bu eseri hazırlama veya hazırlatma edimini yüklenmektedir. Bu da, istisna sözleşmesini satım sözleşmesinden ayıran bir husustur. Çünkü satım sözleşmesinde satıcı bir şeyi vermeyi taahhüt ederken, istisna sözleşmesinde ise müteahhit, bir şeyin yapımını (imâlini) taahhüt etmektedir<sup>59</sup>.

İstisna sözleşmesinde bir şey imâlini taahhüt eden müteahhit, eseri bizzat kendisi yerine getirmelidir (BK. m. 356/f.2). Ancak bu durum, işin yapılmasında müteahhidin,

<sup>54</sup> TANDOĞAN, s.23-24; ARAL, s.321-322; YAVUZ, s.496; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.955; DAYINLARLI (Temerrüt), s.9; SELİÇİ, s.6, EREN, s.56.

<sup>55</sup> “Binanın dış cephesinin boyanması için getirilen ustanın yaptığı iş hizmet akdi değil istisna akdi olduğundan, dolayısıyla kazanın iş kazası sayılmayacağı düşünülmeksizin yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Yarg. 10. HD. 24.03.2005 tarihli ve 2004/12320 E., 2005/3188 K. sayılı kararı, MEŞE (Erişim, 15.01.2010)

<sup>56</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.954 vd.; BAYGIN, s.13; DAYINLARLI (Temerrüt), s.7 vd.

<sup>57</sup> ÖZ (Dönme) s.7; TANDOĞAN, s.18.

<sup>58</sup> ÖZ (Dönme), s.9; EREN, s.56.

<sup>59</sup> TANDOĞAN, Haluk, İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmran Öktem’e Armağan, Ankara 1970, s. 329-330; ÖZ (Dönme), s.8.



yardımcı şahıs kullanmasına engel bir durum oluşturmaz. Bir başka deyişle, işin özelliği gereği, kişisel becerisinin bir önemi yok ise, müteahhit, almış olduğu işi bir başkasına yaptırabilecektir<sup>60</sup>. Müteahhidin bu şekilde, BK. m. 100 gereğince yardımcı şahıslar kullanması, işin başkasına yaptırılması anlamına gelmez<sup>61</sup>.

### 1.2.2. Ücret Kavramı

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin, meydana getirilecek eser karşılığında bir ücret ödemesi veya taahhüt etmesi, bu sözleşmenin aslî unsurlarından birini oluşturur<sup>62</sup>. Zira istisna sözleşmesinde bir eserin imâli, BK. m. 355 hükmüne göre belirli bir ücret karşılığında taahhüt edilmektedir. Buradan da anlaşılacağı üzere istisna sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Yani müteahhidin bir eser oluşturma borcuna karşılık, iş sahibi de belirli bir ücret ödemekle yükümlü olmaktadır. Ayrıca, meydana getirilen eser karşılığında ücret verileceği hususunda zımnen anlaşıldığı karine olarak kabul edilmektedir<sup>63</sup>.

İstisna akdinde tarafların müteahhide bir ücret ödeneceği hususunda önceden açıkça anlaşmış olmalarına lüzum bulunmadığı gibi, ücret miktarının önceden tespit edilmiş olması da zorunlu değildir<sup>64</sup>. Başka bir ifade ile istisna sözleşmesinde meydana getirilecek eser karşılığında ücret ödenmesi hususunu taraflar açıkça veya zımnî olarak kararlaştırmış olabilirler. Taraflar arasında eser karşılığı ücret ödeneceği sözleşmede kararlaştırılmamış veya kararlaştırılmakla birlikte ücretin miktarının ne olacağı belirtilmemiş ise, bu husus BK. m. 366'ya göre belirlenecektir. Buna göre “*Evvelce kararlaştırılmamış veya takribî bir surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir*”. Eğer yapılan iş çeşidinden

---

<sup>60</sup> Bu durum, BK. m. 67 ile de paralellik arz etmektedir. Zira BK. m. 67 “*Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça; borçlu, borcunu şahsen ifaya mecbur değildir*”. şeklindedir.

<sup>61</sup> ÖZ (Dönme), s.9.

<sup>62</sup> ARAL, s.332; YAKUPPUR, s.12.

<sup>63</sup> TANDOĞAN, s.19; YAKUPPUR, s.12.

<sup>64</sup> TANDOĞAN, s.21; ZEVKLİLER, s.306; GÜRPINAR, Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006, s.62-72.

faaliyetler için meslekî birliklerin tespit ettiği bir ücret tarifesi varsa, BK. m. 366 çerçevesinde ücret tayininde bu tarife göz önünde tutulacaktır<sup>65</sup>.

Ücretin hesaplanış tarzının, istisna sözleşmesinin bir unsuru olmak itibariyle bir önemi yoktur<sup>66</sup>. Ücretin, bütün eser için tek bir rakam olarak veya çeşitli işler ve masraflar için çalışma günlerine veya saatlerine, ölçü veya ağırlığa ve parça başına birim fiyatları üzerinden belirlenmesi mümkündür<sup>67</sup>. Ücretin iş saatine veya gününe göre hesaplanması, sözleşmenin istisna sözleşmesi olma niteliğini değiştirmez<sup>68</sup>, para ile tayini de gerekli değildir<sup>69</sup>. Meydana getirilecek bir eserin bir başka eserle değiştirilmesi de istisna sözleşmesi niteliğindedir. Eserin bir şeyle veya istisnadan başka bir iş görme sözleşmesine ait edimle değiştirilmesi de çift tipli bir karma sözleşme teşkil eder<sup>70</sup>. Örneğin bedel borcunun, taşınmaz mülkiyeti geçirilerek ifa edildiği arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde, istisna sözleşmesi ve taşınmaz mal satım unsurları bir araya geldiğinden karma nitelikli bir sözleşme ortaya çıkmaktadır.

Bir istisna sözleşmesinde eser meydana getirmenin ücretsiz olarak taahhüt edilmesi durumunda istisna sözleşmesinin değil, vekâlet sözleşmesinin söz konusu olacağı kabul edilmektedir<sup>71</sup>. Ancak eser meydana getirmenin ücretsiz olarak taahhüt edilmesi durumunda, kendisine özgü yapısı olan karma bir sözleşmenin vücut bulacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır<sup>72</sup>.

Kanaatimizce, iş sahibinin ediminin bir miktar para ile yerine getirilmesi, istisna sözleşmesinin niteliğini belirleyen önemli bir faktördür. Çünkü, yaklaşık ücret (BK. m.

---

<sup>65</sup> DAYINLARLI, (Temerrüt), s.17; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.956; YAVUZ, s.497; TANDOĞAN, s.21: “Ülkemizde Mimar Odaları Birliği'nce hazırlanmış asgarî ücret tarifeleri ve Bayındırlık Bakanlığı tarafından zaman zaman yayınlanan birim fiyat listeleri vardır. Meslek teşekkülleri asgarî ücretleri tespiti kanunen yetkili oldukları takdirde, tespit olunan asgarî hadlerin altında ücretle iş kabul eden mensuplarına disiplin cezaları verebilirler; fakat böylece yapılan istisna akitleri hükümsüz olmaz. Bayındırlık Bakanlığının birim fiyat listeleri ise ancak resmî daireler için bağlayıcı bir nitelik taşır.”

<sup>66</sup> Ücret konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız; BAYGIN, s.30 vd.; DAYINLARLI (Temerrüt), s.15 vd.

<sup>67</sup> YAVUZ (Borçlar), s.497, TANDOĞAN, s.21.

<sup>68</sup> YAVUZ (Borçlar), s.497; YAKUPPUR, s.13; GÖKYAYLA, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s.10; BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri s.10.

<sup>69</sup> TANDOĞAN, s.2.

<sup>70</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.957; YAVUZ s.497, TANDOĞAN, s.22; SELİÇİ, s.8.

<sup>71</sup> GÖKYAYLA, s.247; ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2007 s.19; DAYINLARLI (Temerrüt), s. 15; TANDOĞAN (Armağan), s. 321; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.956.

<sup>72</sup> YAVUZ, s. 497; HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, s. 352; ARAL, s. 322; EREN, s.52.

366), keşif bedelinin aşılmasında ücret artırımını (BK. m.365/2), ayıplı eser nedeniyle ücretin indirimi (BK. m.360/2) gibi hükümlerde kanun, iş sahibinin ediminin bir miktar para olmasını öngörmektedir. Bu nedenle iş sahibinin ediminin para dışında şeylerle yerine getirilmesi halinde bir karma sözleşmenin varlığını kabul etmek gereklidir. Nitekim uygulamada oldukça sık rastlanan arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmeleri bu şekilde nitelendirilmektedir. Müteahhidin borcunun belirli sayıda katlar imâl etmek, iş sahibinin borcunun ise, ücret ödeme olmayıp, katların üzerine inşa edildiği taşınmazın belirli bir bölümünün, yani katların bir bölümünün mülkiyetini müteahhide geçirmek olduğu bu sözleşmeler, istisna sözleşmesi ile satım sözleşmesinin unsurlarını içeren karma sözleşmeler olarak kabul edilmektedir<sup>73</sup>. Özetle ortaya çıkan sonuç şudur ki; iş sahibinin ücret ödeme borcunun para veya eser imâli dışında bir edim olarak borçlanıldığı hallerde, saf bir istisna sözleşmesinden değil, karma bir sözleşmeden bahsetmek gerekir.

### 1.2.3. İstisna Sözleşmesinin Tarafları Arasında Anlaşma

İstisna sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların, bir eserin meydana getirilmesi ve karşılığında da bir ücretin ödenmesi konusunda anlaşmaları, bir başka deyişle her sözleşmede olduğu gibi BK. m. 1 uyarınca karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterlidir. Bu sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan icap ve kabul, açık bir şekilde yapılabileceği gibi, zımnî bir şekilde de yapılabilir<sup>74</sup>. Örneğin; bir pantolonun paçası yapılmak üzere terziye bırakılmasında (icap) ve terzinin de bir şey söylemeden pantolonun paçasını yapması (kabul) durumunda zımnî irade beyanından söz edilebilir.

---

<sup>73</sup> “Kat karşılığı inşaat sözleşmesi adıyla hukuk literatürüne geçen sözleşme türü, yapısı itibariyle iki tipli-karma bir sözleşme olup, bir yönüyle arsa sahibinin, koşullar gerçekleştiğinde sahibi olduğu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmını yükleniciye devretmesini öngörürken, diğer yönüyle de, yüklenicinin yapacağı inşaat bakımından arsa sahibine karşı yükümlülüklerini gösterir. Eş söyleyişle, kat karşılığı inşaat sözleşmesi, tapulu taşınmazın mülkiyetinin bir kısmının devrine ilişkin vaadi ve eser sözleşmesini içeren, iki tipli-karma bir sözleşmedir.” Yarg. HGK.’nın 19.03.2003 tarih ve 2003/15-124 E. 2003/175 K. sayılı kararı, MEŞE (Erişim, 27.01.2009).

<sup>74</sup> TANDOĞAN, s.22; ARAL, s.333; KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 6. Bası, İstanbul 2008, s.21; YAVUZ, s.498; YAKUPPUR, s.15.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre<sup>75</sup>; eğer müteahhide, mesleğine ilişkin bir işin yapılması için icapta bulunulmuş ise, BK. m. 387 hükmü kıyas yolu ile uygulanmalı ve müteahhit bu icabı, derhal reddetmedikçe kabul etmiş sayılmalıdır.

İstisna sözleşmesinin geçerli olması için kural olarak BK. m. 11 uyarınca herhangi bir geçerlilik şekli aranmaz<sup>76</sup>. Ancak pek tabii ki ispat açısından, istisna sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasında pratik yarar bulunmaktadır. Çünkü HUMK. m. 288'e göre konusu belli bir tutarı<sup>77</sup> aşan sözleşmelerin varlığının yazılı belge ile ispatı zorunludur. Ancak bu madde uyarınca öngörülen şekil, geçerlilik şekli olmayıp, sadece ispat şeklidir<sup>78</sup>.

İstisna sözleşmesinin belirli bir şekle tabii olmaksızın kurulabilmesi kuralının iki istisnası vardır. Bunlardan birincisi, "akdi şekil" olarak da ifade edilen ve şekli düzenleyen BK. m. 16 hükmüne göre, kanunen özel bir şekle tâbi olmayan bir

---

<sup>75</sup> TANDOĞAN, s.28-29; YAVUZ, s.497-498; BK. m. 387'de vekâlet sözleşmesinde, vekilin, mesleğinin gereği yapması gereken veya bu gibi işleri kabul edeceğini beyan etmişse, yapılan icabı derhal reddetmedikçe, örtülü olarak kabul etmiş sayılacağını düzenlemektedir.

<sup>76</sup> TANDOĞAN, s.22-25; ZEVKİLİLER, s.330; YAVUZ, s. 498; ARAL, s.333, DAYINLARLI (Temerrüt), s.20; CANBOLAT, s.20; BİLGE, s.247; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.959; Yarg. 15. HD., 04.12.1984 tarihli ve 1984/1368 E. 1984/3736 K. sayılı kararı: "Kural olarak, istisna sözleşmesinin geçerliliği için bir biçime uymak zorunluluğu yoktur. İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akid tamam olur. Rızanın beyanı açık olabileceği gibi, zımni dahi olması mümkündür". Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD. 18.12.1997 tarihli ve 1997/4721 E. 1997/5462 K. sayılı karar ile Yarg. HGK., 13.02.1981 tarihli ve 1979/599 E. 1981/96 K. sayılı kararı, MEŞE (Erişim, 01.02.2010)

<sup>77</sup> 1086 sayılı HUMK.'nin 288/1' inci maddesi: "Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri dört yüz milyon lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir." 2010 yılı için kesin delille ispat zorunluluğu sınırı, 550,00 TL'dir.

<sup>78</sup> Yarg. 15. HD. 31.10.1984 tarihli ve 1984/1631 E. - 1984/3266 K. sayılı kararı: "HUMK 'un değişik 288. maddesi hükmünce bir hakkın doğumu, düşürülmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacı ile yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri beşbin lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu maddede öngörülen şekil, geçerlik şekli değil, usul hukuku yönünden konulmuş ispat şeklidir. İspat şeklinin zorunluluğu nedeni ile hukuki işlemlerin kural olarak tam sözleri ile ispat olanağı da yoktur", MEŞE, (Erişim, 01.02.2010); Yargıtay 2006 tarihli bir kararında, taraflarca sözleşmenin yazılı olarak yapılacağı kararlaştırılmış ise yazılı şekilde yapılmadıkça akdi ilişkinin kurulmuş olmayacağını belirtmiştir. "Kural olarak, karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen tam iki yanlı sözleşme olan "eser" sözleşmesi yasaca yazılı biçim koşuluna bağlı değildir. Buna göre, Borçlar Yasasının 1 ve 3.maddeleri uyarınca, iki taraf karşılıklı ve birbirlerine uygun onaylarını bildirince, sözleşme yapılmış olur ise de; aynı Kanununun 13 ve 16.maddeleri gereğince taraflarınca "yazılı şekilde" yapılması kararlaştırılan sözleşme, yazılı olarak yapılmadıkça yanlar arasında akdi ilişki kurulmaz. Somut olayda da, ihale şartnamesinde sözleşmenin yazılı ve noterden onaylı olarak yapılacağı bildirilmiş ve davacı tarafından da önerilen bu şart kabul edilmiştir. Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da; yanlar arasında yazılı sözleşme yapılmadığından ve dolayısıyla akdi ilişki kurulmadığından, sözleşmenin haklı yada haksız fesih olduğundan sözedilemeyeceği gibi, Borçlar Kanununun 96 ve 97.maddeleri hükümleriyle 106.maddesinin uygulanmasına ve bu maddede de düzenlenen seçimlik haklarında kullanılmasına hukuksal olanak bulunmamaktadır" 15. HD. 08.02.2006T., 2005/2513E. – 2006/587K. sayılı kararı, <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/> (Erişim, 03.04.2010).

sözleşmeyi tarafların özel bir şekle tabi kılma konusunda anlaşmalarıdır<sup>79</sup>. Bu halde istisna sözleşmesi, tarafların öngördüğü şekilde yapılmazsa geçersiz olur. Gerçekten, büyük inşaatların ve makine tesislerinin yapımının taahhüt edildiği durumlarda tarafların haklarını ve borçlarını yazılı hale getirmelerinde veya başka bir şekle tabi tutmalarında büyük faydalar vardır.

Şekil serbestisinin ikinci istisnasını, kanunun, sözleşmenin resmî şekilde yapılmasını zorunlu gördüğü haller oluşturmaktadır. 2886 sayılı DİK., bu kanuna tabi kamu kurum ve kuruluşlarına ait yapım işlerinin yazılı şekilde yapılmasını (m.53/1) ve yazılı olarak yapılmış sözleşmenin noterce tescilini (m.57) bir geçerlilik şartı olarak kabul etmiştir. Müteahhit, onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken durumlarda bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi idareye vermek zorundadır. Sözleşmenin noterlikçe tescili, geçerlilik şartıdır, ancak bu tescil, sözleşmenin noterce düzenleme şeklinde yapılmasını gerektirmeyip imzaların tasdiki yeterlidir<sup>80</sup>. Eğer 15 günlük süre içinde taahhüt, şartname hükümlerine göre yerine getirilmiş ve bu yerine getirme de idarece uygun bulunmuş ise, bu şekilde sözleşme yapılması ve kesin teminat alınması zorunlu değildir, fakat yapı işlerinde genellikle bu kısa süre içinde işin bitirilmesi mümkün olmaz<sup>81</sup>.

Buna karşılık KİK. m. 46'ya göre, ihale dokümanında aksi belirtilmedikçe ihaleye esas olan sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca KİK. m. 46'da müteahhidin ortak girişim olması halinde, inşaat sözleşmesinin her bir ortak tarafından ayrı ayrı imzalanması gerekeceğini de açık bir şekilde düzenlemiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere, kamu ihalesinden kaynaklanan sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması yeterli sayılmış, DİK.'den farklı olarak sözleşmelerin noterce tasdik ettirilmesi zorunluluğu kaldırılmıştır. Aynı şekilde

---

<sup>79</sup> DAYINLARLI (Temerrüt), s. 21; TANDOĞAN, s. 33-34; KOSTAKOĞLU, Cengiz, İċtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2008, s. 20 vd.; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.959; EREN, s.58; YAVUZ, s.498.

<sup>80</sup> KARACA, Mehmet, Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeṗle Sona Ermesi, 1. Bası, Ankara 2009, s.43.

<sup>81</sup> YAVUZ, s.498.

noterden tasdik şartı öngören şekil şartı hakkında 4735 sayılı KİSK.'de de herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu konuda, üzerinde durulması gereken konulardan biri de, karma tipli sözleşmenin mevcudiyeti halinde aranacak şekil şartının ne olacağı ile ilgilidir. Örneğin, uygulamada çok sık karşılaşılan “arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde” iş sahibi, kendi arsası üzerine yapılacak inşaata karşılık, müteahhide verilecek bağımsız bölümlere isabet eden bağımsız arsa paylarının devrini taahhüt etmektedir. Burada istisna ve satım sözleşmelerinin bir arada bulunduğu karma tipli bir sözleşme bulunmaktadır. İstisna sözleşmesi bakımından bir şekil şartı aranmamasına rağmen, gayrimenkulün devrini içeren satım sözleşmesinde resmi şekil şartı aranmaktadır<sup>82</sup>.

Doktrinde<sup>83</sup>, resmi şeklin istisna sözleşmesini de kapsadığı ileri sürülmekle birlikte, **Öz**<sup>84</sup>, en azından sözleşmenin, “hangi arsanın ne orandaki payının, ne zaman, kime devredileceğine” ilişkin hükümlerinin, resmi şekilde yapılmasının yeterli olacağını belirtmiştir.

Yargıtay bazı kararlarında resmi şekle uyulmadan yapılan sözleşmeleri geçersiz saymış<sup>85</sup>, birçok kararında da<sup>86</sup>, şartların bulunması halinde sözleşmenin adi yazılı

---

<sup>82</sup> Yarg. 15. HD. nin 28.04.2003 tarihli ve 2002/6353 E., 2003/2228 K. sayılı kararı: “Kural olarak istisna (eser) sözleşmelerinin geçerliliği şekil koşuluna bağlı değildir. Sözlü olarak da istisna (eser) sözleşmesi bağtlanabilir. Ancak bedel olarak taşınmaz mülkiyetinin devrini öngören istisna (eser) sözleşmeleri, mülkiyetinin nakli borcunu içerdikleri için resmi biçimde (MK eski 634 md. YMK. 706 md, BK. 213. md, Tapu Kanunu 26. Md, Noterlik Kanunu nun 60. mad.) yapılmış olmadıkça geçerlilik kazanmazlar (BK. 11/2. md.). Edimlerin ifasından sonra, taraflardan birinin, sözleşmenin şeklen geçersizliğini ileri sürmesi iyiniyetle bağdaşmaz. Somut olayda, taraflar arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri yukarıda açıklanan şekle uygun yapılmadığından geçersizdir”, MEŞE (Erişim, 13.01.2010)

<sup>83</sup> TANDOĞAN, s.29; YAVUZ, s.498; ZEVKLİLER, s.309; ARAL, s.333; DAYINLARLI (Temerrüt), s.22; EREN, s.57; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.961; SELİÇİ, s.14; HATEMİ/SEROZAN/ ARPACI, s.354; GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2010, C.2, 1. Bası, s.9; AYAN, s.33.

<sup>84</sup> ÖZ (İnşaat), s.19; ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. m. 365/2), İstanbul 1979, s.21.

<sup>85</sup> “Kural olarak istisna (eser) sözleşmelerinin geçerliliği şekil koşuluna bağlı değildir. Sözlü olarak da istisna (eser) sözleşmesi bağtlanabilir. Ancak bedel olarak taşınmaz mülkiyetinin devrini öngören istisna (eser) sözleşmeleri, mülkiyetinin nakli borcunu içerdikleri için resmi biçimde (MK eski 634 md. yeni 706 md, MK. 213. md, Tapu Kanunu 26. mad. Noterlik Kanununun 60. mad.) yapılmış olmadıkça geçerlilik kazanmazlar (BK. 11/II.md.). Geçersiz sözleşmelerin ifası istenilemeyeceği gibi, geçersizliğinin tesbiti dışında, feshi de istenemez. Taraflar, geçersizlik nedeniyle birbirlerine verdiklerini iade ile yükümlüdürler. Bu çerçevede, arsa sahipleri elatmanın önlenmesini de istediklerinden arsanın davacılar teslimine, davalı yüklenicinin elatmasının önlenmesine karar verilmesi gerekir.” Yarg. 15. HD. 28.04.2003 tarihli ve 2002/6353 E., 2003/2228 K. sayılı kararı. Aynı yönde Yarg. 15. HD. 11.07.2005 T. 2004/5895 E., 2005/4170 K. sayılı kararı, Yarg. 15. HD. 25.02.1991 T., 1990/3882 E., 1991/851 K. sayılı

şekilde veya imzaların noterden onaylı biçimde yapılmadığı gerekçesiyle şekil noksanlığının ileri sürülmesini hakkın kötüye kullanılması saymıştır.

### 1.3. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

#### 1.3.1. Müteahhit

BK. m. 355’de müteahhit, “iş sahibinin vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şeyin imalini iltizam eden” taraf şeklinde tanımlanmıştır. Ancak madde metninde yer alan tanımın açık ve yeterli olmadığı görülmektedir. Müteahhit, eserin imâli işini yüklenen, ekonomik bakımdan bağımsız, iş sahibine bağımlı olarak çalışmayan, sonuç rizikosunu üzerinde taşıyan kişidir<sup>87</sup>.

Günlük hayatta müteahhit sözcüğü, genellikle inşaat sözleşmesindeki inşaat müteahhidi olarak algılanmaktadır. Ancak bu genel kabulün aksine, müteahhit kavramı inşaat müteahhitliği ile sınırlı değildir. İnşaat müteahhitliği de istisna sözleşmesindeki müteahhit kapsamına girmekle birlikte, bir elbiseyi diken terzi, protezi yapan diş hekimi, elektrik tesisatını döşeyen elektrikçi, bir heykeli yapan heykeltıraş, bir ressam, ses sanatçısı, çilingir veya boyacı da istisna sözleşmesi anlamında birer müteahhit sayılırlar<sup>88</sup>. Müteahhit, bir gerçek kişi, tüzel kişi ve TTK. anlamında anonim, limited

---

kararı, Yarg. 13. HD. 18.02.1985 tarihli, 1985/538 E., 1985 /538 K. sayılı kararı, MEŞE (Erişim, 10.09.2009).

<sup>86</sup> “Sözleşme adi yazılı şekilde düzenlenmiş, alınan bilirkişi raporunda inşaatın seviyesi belirtilmeden kira kaybı hesabı yapılmıştır. Kooperatife tapuda henüz pay devredilmiş değildir. Görülüyor ki, bu sözleşmeyle yüklenici bir inşaat yapmayı, arsa sahibi de buna karşılık arsa payı devri suretiyle bedeli ödemeyi yükümlenmiştir. Karma akit niteliğinde yapılan bu sözleşmelerde iki ayrı hukuki müessese vardır. Birisi, geçerliliği şekle bağlı olmayan inşaat yapım (eser sözleşmesi), diğeri ise kamu düzeni bakımından resmi şekilde yapılmadıkça hüküm doğurmayan, taşınmaz malda pay devridir. Taşınmaz malda mülkiyetin devrini içeren sözleşmelerin, Türk Medeni Kanunu'nun 706, Borçlar Kanunu'nun 213, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca resmi biçimde yapılması zorunludur. Kanunun belli bir şekle uyulmasına ilişkin kuralları emredici nitelikte olduğundan hakim görevi gereği kendiliğinden dikkate alınmalıdır. Sözleşme şekil eksikliği yönünden geçersiz olunca buna dayanılarak herhangi bir istemde bulunulamaz. Ne var ki sözleşme büyük ölçüde yerine getirilmiş ise, geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olup iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz (TMK. 2. md.). Dairemizin yerleşen uygulaması da bu yöndedir.” Yarg. 15. HD. 22.06.2006 T. 2006/3112 E. – 2006/3819 K. sayılı kararı. Aynı yönde Yarg. 15. HD. 10.02.1992 T., 1991/3622 E., 1992/741 K. sayılı kararı, Yarg. 15. HD. 01.03.1984 tarihli ve 1984/4001 E., 1984/601 K. sayılı kararı; Yarg. HGK, 06.06.1979 tarih ve 1979/14-190 E., 1979/779 K. sayılı kararı, MEŞE (Erişim, 10.09.2009).

<sup>87</sup> UÇAR (Tekeffül Borcu), s. 24.

<sup>88</sup> DAYINLARLI (Temerrüt), s. 9-14; YAVUZ, s. 512 vd.; UÇAR, (Tekeffül Borcu), s. 24.

veya kolektif şirket şeklinde bir ticari ortaklık olabileceği gibi, “joint venture (ortak girişim)”, ve “konsorsiyum” hallerinde olduğu gibi, adi bir ortaklık da olabilir<sup>89</sup>.

İş sahibine karşı bir inşaatın tamamını veya bir kısmını yapmayı üstlenen kimseye genel müteahhit denir<sup>90</sup>. Müteahhit, genel müteahhit olabileceği gibi alt müteahhit (taşeron) de olabilir.

Bazı durumlarda (inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi) genel müteahhit, işin bazı bölümlerinin yerine getirilmesini alt müteahhitlere bırakabilir. Alt müteahhit ile genel müteahhit arasında yapılan sözleşme de istisna sözleşmesidir. Alt müteahhit, işin bazı bölümlerinin tamamlanarak teslimi borcunu genel müteahhide karşı üstlenmiştir. Ancak esas iş sahibi ile alt müteahhit arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur<sup>91</sup>.

Müteahhit, BK. m. 67’de belirtilen kuralın aksine, işin niteliğine göre kendi şahsî becerisinin önemli olmadığı durumlar hariç olmak üzere, imâlini üstlendiği şeyi bizzat kendisi yapmaya veya kendi yönetim ve denetimi altında yaptırmaya mecburdur (BK. m. 356/2). Burada müteahhidin almış olduğu işi, yönetim ve denetimi altındaki kişiler vasıtası ile yaptırabileceğinin kabulü, özellikle boyutu itibariyle çok büyük olan ve yapım süresi olarak uzun zaman alacak işlerin imâlinde müteahhide büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Ancak müteahhidin işi kendi yönetimi altında yardımcı kişilere yaptırabilmesi için, eserin imalinde kişisel becerisinin, uzmanlığının önem taşıması gerekir. Böyle bir durumun söz konusu olması halinde müteahhit yardımcı kişi kullanamaz. Bir ressama ısmarlanan tablonun meydana getirilmesi, bu duruma örnek olarak gösterilebilir<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Joint Venture (ortak girişim) kavramı 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu nun 3229 sayılı Kanunla eklenen mükerrer 6. maddesinde “iş ortaklığı” adıyla yer almakta ve sermaye şirketlerinin, kooperatiflerin, kamu iktisadi teşekküllerinin, dernek veya vakıflara ait işletmelerin kendi aralarında veya kişi ortaklıkları ya da gerçek kişilerle birlikte yapılmasını müştereken taahhüt etmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklar olarak tanımlanmaktadır. Joint Venture (Ortak girişim) ve konsorsiyum iş ortaklıkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DAYINLARLI, Kemal, Joint Venture Sözleşmesi (doktora tezi), Ankara 1989, s. 33; SELİÇİ, s. 18.

<sup>90</sup> EREN, s.50

<sup>91</sup> SELİÇİ, s. 17; EREN, s.50; TANDOĞAN, s.97; KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, BATIDER, Ankara 1996, s.121; AKKANAT, Halil, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul 2000, s.71.

<sup>92</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s. 994, KARAHASAN, s. 211; ŞENOCAK, s. 20-21.



Müteahhidin, işin tümünü veya bir bölümünü alt müteahhide devredebilmesi, BK. m. 356/f.2 maddesi çerçevesinde mümkündür. Buna göre, iş, niteliğine göre başkası tarafından yapılmaya elverişli ise, bu durumda müteahhidin devre yetkisi vardır. Ancak müteahhit, devre yetkili olmamasına rağmen, iş sahibi adına ve hesabına başkasına devir yaparsa, iş sahibi ile aralarındaki sözleşmeye aykırı davranmış olur. Buna göre, caiz olmayan şekilde alt müteahhit kullanan müteahhit hem BK. m. 96'ya hem de BK. m. 100'e göre iş sahibine karşı sorumlu olacaktır<sup>93</sup>.

Müteahhidin eseri imal borcunu ifa ederken başvurabileceği yardımcı kişiler ile alt müteahhit arasında bazı farklılıklar vardır. Yardımcı şahıslar ile müteahhit arasında genellikle bir hizmet sözleşmesi ilişkisi vardır. Dolayısıyla müteahhit ile yardımcı kişiler arasında bir bağımlılık söz konusudur. Oysa, kendisine işin tümü veya bir bölümü devredilen alt müteahhit ile asıl müteahhit arasındaki ilişki istisna sözleşmesi ile belirlenir ve alt müteahhit, yardımcı şahıstan farklı olarak asıl müteahhide bağımlı değildir<sup>94</sup>. Alt müteahhit ile iş sahibi arasında istisna sözleşmesinden doğan herhangi bir borç ilişkisi yoktur. Alt müteahhit, yalnız asıl müteahhide karşı sözleşmeden dolayı borçlu olup, iş sahibine karşı sorumlu değildir<sup>95</sup>.

### 1.3.2. İş Sahibi

İstisna sözleşmesinde iş sahibi, sözleşmeye konu olan eseri ücret karşılığında imâl ettiren ve imal edilen eseri teslim almada menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler veya ortaklıkları ya da gruplaşmış müesseselerdir<sup>96</sup>. Doktrinde bazı yazarlar<sup>97</sup>, hizmet sözleşmesindeki iş sahibi ile karışıklık yaratabileceğinden, istisna sözleşmesinde iş sahibi yerine Almanca; “Besteller” karşılığı; “ısmarlayan” veya Fransızca; “maitre”

<sup>93</sup> AKKANAT, s.159-160; ŞENOCAK, s.22.

<sup>94</sup> KARAHASAN, s. 215 vd.; Alt müteahhit ile asıl müteahhit arasındaki ilişki hakkında bkz. TANDOĞAN, s.82 vd.; UÇAR, (Tekeffül Borcu), s.27; GÜMÜŞ, s.21.

<sup>95</sup> İş sahibi ancak iki halde doğrudan alt müteahhide karşı sözleşmeye dayanan haklar ileri sürebilir. Bunlardan birincisi, alt müteahhidin, asıl müteahhitçe kendisine verilen işleri yapacağı veya ayıpsız yapacağı hususunda doğrudan doğruya asıl iş sahibine karşı akdi bir yükümlülük altına girmesidir. Bir diğeri ise, alt müteahhitlik sözleşmesinin, BK'nın 111/f.2. maddesi anlamında gerçek (tam) üçüncü kişi (burada asıl iş sahibi) lehine bir sözleşme niteliği taşımasıdır. Bkz. TANDOĞAN, s.85 vd.

<sup>96</sup> DAYINLARLI (Temerrüt), s. 25.

<sup>97</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s. 952.

karşılığı “amir” sözcüğünü kullanırken; bazı yazarlar<sup>98</sup> ise “iş sahibi” deyimini kullanmaktadırlar. Kanımızca, hem kanuni terminolojiye uygun olması, hem yaygın olarak kullanılan bir deyim olması nedenleriyle “iş sahibi” sözcüğünün kullanılması daha yerinde olacaktır.

#### 1.4. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler arasında yer alan istisna sözleşmesinde taraflar, BK. m. 19’de anılan sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmak koşuluyla sözleşme hükümlerini istedikleri gibi belirleyebilirler. Bu şekilde belirlenen bir sözleşmede taraflar arasında bir ihtilaf meydana gelirse, bu ihtilaf, öncelikle akdedilen sözleşme hükümlerine, daha sonra da Borçlar Kanununun istisna sözleşmesini düzenleyen 355-371. maddeleri arasındaki hükümlere göre giderilmeye çalışılacaktır. Çıkan ihtilaf, bu hükümlerle dahi çözülemese, o takdirde Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>99</sup>.

2886 sayılı DİK.’de de istisna sözleşmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ancak 2886 sayılı kanun hükümlerinin istisna sözleşmesine uygulanması, ancak sözleşme taraflarından birinin idare olması halinde mümkündür. Ayrıca iş sahibi idare tarafından ihale edilen, belli bir tutarı aşan yapım ve hizmet işlerinin yürütülmesinde uygulanacak esasları tespit eden ve Bakanlar Kurulu’nun 29.08.1984 tarih ve 84/8520 sayılı kararı ile yürürlüğe girmiş olan BİGŞ.’de 2886 sayılı kanununun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu durum, şartnamenin 2. maddesinden de anlaşılabilir: *“Bu Genel Şartname, Genel Bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, Özel İdareler ve Belediyelerin 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca taahhüde bağladıkları yapım ve hizmet işlerini kapsar”*. Keza BİGŞ. hükümlerinin, 2886 sayılı kanuna tâbi olmayan özel kişilerce de akdedilen sözleşmelerin bir eki olarak kararlaştırılabilmesi de mümkündür.

<sup>98</sup> TANDOĞAN, s. 2 vd.; YAVUZ, s. 490 vd.; ÖZ (Dönme), s. 1 vd.

<sup>99</sup> “Eser sözleşmesi, yanlardan birinin diğer yana vermeyi yüklediği bedel karşılığında bir şey yapımını içeren sözleşmedir. Eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların öncelikle yanların kararlaştırdıkları kurallara ve yasada öngörülen özel hükümlere göre çözümlenmesi gerekir”. Yarg. 15. HD. 30.05.1989 tarihli, 1989/1784 E., 1989/2573 K. sayılı kararı, MEŞE (Erişim, 10.09.2009).

Ancak, bu şartname hükümleri, Borçlar Kanununun emredici olmayan hükümlerinden farklı oldukları ölçüde anlam kazanır<sup>100</sup>.

2886 sayılı DİK.'in yanında ayrıca, kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirleyen 4734 sayılı KİK.'de, istisna sözleşmesine ilişkin hükümler içermektedir. Zira ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihale sürecinin sonunda teklifi kabul edilen katılımcı ile sözleşmenin akdedilmesinden sonra bu kanun uygulama alanı bulmakta ve tarafların arasındaki ilişkiye uygulanmaktadır.

### **1.5. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ**

İstisna sözleşmesi, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte, tam iki tarafa borç yükleyen ve kural olarak ivazlı bir sözleşmedir<sup>101</sup>. İstisna sözleşmesi, Borçlar Kanununda düzenlenmiş bulunduğu için bu anlamda tipik bir sözleşme olarak kabul edilmektedir. Ancak, tartışmaların temelinde istisna sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme vasfını taşıdığı görüşü ile sürekli borç ilişkisi doğurduğunu ileri süren görüşlerden hangisinin kabul edilmesi gerektiği yer almaktadır.

Alacaklının edime olan menfaati az veya çok bir zaman sürecine yayılmış olabilir, ancak bu zamanın uzunluğu veya kısalığı, o sözleşmenin ani veya sürekli edimli olmasını belirleyici bir özellik değildir. Burada belirleyici olan özellik, alacaklının ifa ile amaçladığı çıkarının bir anda gerçekleşip gerçekleşmediğidir<sup>102</sup>. Bir anda gerçekleşiyorsa “ani edimli”, belli veya belirsiz bir zamana yayılarak gerçekleşiyorsa “sürekli edimli” bir sözleşme söz konusu olur.

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 kiralanandan yararlanması, yani ifa ile amaçlanan

<sup>100</sup> UÇAR, (Tekeffül Borcu), s. 88.

<sup>101</sup> YAVUZ, s.499; ARAL, s.316; KARAHASAN, s.51; CANBOLAT, s.27.

<sup>102</sup> ÖZ (Dönme), s. 14; SELİÇİ (Sürekli Borç İlişkileri), s.5.

çıkartı sözleşme süresince devam ettiğinden kira sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşmedir.

İstisna sözleşmesinin, ani edimli mi, yoksa sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme mi olduğu hususu doktrinde yoğun tartışmalara neden olmuştur.

İstisna sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu kabul edilirse sözleşme ancak ileriye yönelik olarak feshedilebilecektir. Buna karşın, ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu kabul edilirse sözleşme geriye etkili olarak da feshedilebilecektir<sup>103</sup>.

İstisna sözleşmesinin, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğunu savunan görüş<sup>104</sup>, eserin meydana getirilmesinin uzunca bir zamana ihtiyaç göstermesine dayanmaktadır. Bu sözleşmede müteahhit, sadece bir sonucun gerçekleşmesini, yani eserin meydana getirilmesini taahhüt etmemekte, ayrıca bu sonucu gerçekleştirme doğrultusunda faaliyet gösterme borcu altına da girmektedir. İşte bu faaliyetler müteahhit açısından bir işgörme edimini oluşturmaktadır. İşgörme edimleri, nitelikleri itibariyle zamana yaygın olduklarından, bu tür edimleri içeren sözleşmelerin tümünün sürekli borç ilişkisi doğurduğu ileri sürülmüştür. Böylece bir işgörme faaliyetini gerektiren istisna sözleşmesinin de sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir.

İstisna sözleşmesinin, ani edimli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğunu savunan görüşe göre<sup>105</sup>; istisna sözleşmesinde asıl amaç, eserin meydana getirilmesidir.

---

<sup>103</sup> SELİÇİ (Sürekli Borç İlişkileri), s.5-7.

<sup>104</sup> ÖZYÖRÜK, Sezer, İnşaat Sözleşmesi-Yapısı-Feshi, Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Ankara 1988, s.59; ERMAN (Beklenilmeyen Haller), s.10-11. ERMAN başka bir eserinde, arsa payı karşılığı yapı sözleşmesini ani – sürekli karmaşığı bir sözleşme olarak nitelendirmektedir. Bkz. ERMAN, s.8-9.

<sup>105</sup> SELİÇİ (Sürekli Borç İlişkileri), s.26; ÖZ (Dönme), s.20; TANDOĞAN, s.70; ARAL, s.316; SELİMOĞLU, Y. Engin; Eser Sözleşmesi ve Kavramları, Faruk Erem'e Armağan, TBB. Yayını, Ankara 1999, s.186; KARAHASAN, s.55 vd.; YAVUZ, s.499; GÜMÜŞ, s.3; BAYGIN, s.21; ALTAŞ, s.50; AYAN, s.45-46.

AYAN, istisna sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi kurduğunu belirtmekle birlikte, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, istisna sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi kuracak şekilde yapılmasını mümkün görmektedir. Bkz. AYAN, s.46, dn.116.

ÖZ'de kural olarak, istisna sözleşmesinin ani edimli olduğunu kabul etmekle birlikte, iki istisnai halde sürekli borç ilişkisinin doğacağını belirtmiştir. Bunlardan biri ard arda eser teslim borcu içeren

Müteahhidin eseri meydana getirmek için yaptığı iş görme faaliyetinin ifanın gerçekleşmesi bakımından bir işlevi olmamakta, esas itibariyle ifa eserin teslimi anında gerçekleşmektedir. Çünkü iş sahibinin ifa ile gözettiği çıkarı da ancak bu anda, yani eserin teslimiyle gerçekleşmektedir. Sözleşmeler, müteahhit bakımından, kurulmaları ile ifaları arasında belirli bir süre geçti diye sürekli borç ilişkisi yaratmaz. Bunlar, sadece müteahhidin ifa için yaptığı hazırlık faaliyetleri olarak kabul edilmelidir. Oysa ifa, teslimle gerçekleşir.

İstisna sözleşmesinin, ani edimli mi, yoksa sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme mi olduğu konusunda ileri sürülen bir görüş<sup>106</sup> de; bu sözleşmenin her iki tipin birleşiminden oluşan karma bir niteliğe sahip olduğunu kabul etmektedir. Bu görüşe göre; özel hüküm bulunmayan bütün durumlarda istisna sözleşmesine, ani edimli borç ilişkisi hükümleri mutlak olarak uygulanmamalı, hâkim önüne gelen olayda çıkarlar dengesini gözeterek bazen ani edimli, bazen de sürekli borç ilişkilerine özgü kuralları uygulayabilmelidir. Bu görüş arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi ile ilgili bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla da kabul etmiştir<sup>107</sup>.

Kanaatimizce, istisna sözleşmesinde, iş sahibi açısından sözleşmenin ifa anı, eserin müteahhit tarafından tamamlanması ve iş sahibine teslimi anı olduğundan kural olarak istisna sözleşmesinin, ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğu kabul edilmelidir. İstisna sözleşmesinde asli edim yükümü olarak hizmet ve vekâlet sözleşmesinden farklı olarak, bir edim fiili değil, edim sonucu borçlanılır. Söz konusu edim sonucu, meydana getirilen eserin iş sahibine teslimidir. Ayrıca iş sahibinin ifa menfaati yapılacak teslim ile zamana yayılmaksızın, bir seferde gerçekleşir.

---

sözleşmelerdir. Diğeri ise tek bir eserin varlığının zaman içinde genişlediği eser sözleşmeleridir. Bkz. ÖZ (Dönme), s.21-22.

<sup>106</sup> SEROZAN, s.173; ŞENOCAK, s.11-12.

<sup>107</sup> 25.01.1984 tarih ve 1983/3E., 1984/1K. sayılı YİBK. için bkz. MEŞE (Erişim, 11.10.2009).

## **2. İSTİSNA SÖZLEŞMELERİNİN MÜTEAHHİTTEN KAYNAKLANAN SEBEPLERLE SONA ERDİĞİ HALLER**

### **2.1. MÜTEAHHİDİN SADAKAT VE ÖZEN BORCUNA AYKIRI HAREKET ETMESİ NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME**

#### **2.1.1. Sadakat Borcuna Aykırılıktan Dolayı Sözleşmeden Dönme**

##### **2.1.1.1. Müteahhidin Sadakat Borcu, Kanuni Dayanağı ve Görünüm Şekilleri**

Borçlar Kanununun istisna sözleşmesini düzenleyen hükümleri arasında müteahhidin iş kendisine gösterilen güvene uygun olarak iş sahibine sadık bir surette yapma borcu yani sadakat borcu düzenlenmiş değildir. Bununla beraber söz konusu borç istisna akdinin bir iş görme akdi niteliğini taşımasından doğar<sup>108</sup>. En geniş anlamı ile sadakat yükümü, müteahhidin inşaat edimini sözleşmeye göre tamamlama dışında, iş sahibinin her alandaki çıkarlarını gözetme, sözleşme sayesinde elde ettiği pozisyonu kendi çıkarına kullanmama ve iş sahibine zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak yükümlerini içerir<sup>109</sup>. Örneğin, Toplu Konut İdaresi'nde (TOKİ) çalışan bir müteahhit buradan öğrendiği ve TOKİ bakımından hususiyet arz eden birtakım bilgileri yaptığı diğer inşaatlarda da uygulamaya çalışmayacak, inşaat sebebiyle eline geçen iş sahibine ait projeleri, planları, malzemeyi iş sahibinin izni olmadan başkalarına vermeyecek, iş sahibine ait öğrendiği sırları saklayacaktır.

Borçlar Kanununun istisna sözleşmelerini düzenleyen hükümleri arasında sadakat borcu düzenlenmemiş olmasına rağmen, yine iş görme borcu doğuran sözleşme niteliğindeki vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerde vekilin sadakat borcu açıkça düzenlenmiştir (BK. m. 390).

---

<sup>108</sup> TANDOĞAN, s.35; YAKUPPUR, s.38.

<sup>109</sup> TANDOĞAN, s.35; ÖZ (İnşaat), s.108; KARATAŞ, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara 2009, s.115; SELİÇİ, s.87; YAKUPPUR, s.38.

*Yavuz'un* da haklı olarak belirttiği üzere<sup>110</sup>, BK. m. 386/f.2 gereği, kanunla düzenlenmeyen iş görme sözleşmeleri hakkında vekâlet sözleşmesini düzenleyen kanun hükümlerinin uygulanması gibi, kanunla düzenlenen iş görme sözleşmeleri hakkında da, kanunî düzenlemesinde boşluk bulunan durumlarda vekâlet sözleşmesini düzenleyen kanun hükümlerinden kıyasen yararlanılması imkânı mevcut olmalıdır. Böylece BK. m. 390'a kıyasen müteahhidin iş sahibine karşı sadakat borcunun bulunduğundan sözedilebilecektir.

Diğer taraftan BK. m. 410 ile, bir sözleşmeye dayanmayan vekâletsiz iş görmede bile, kanun koyucu, iş sahibinin yararına ve tahmin olunan amacına uygun hareket etme yükümlülüğünü düzenlediğine göre, bir sözleşmeye dayanan işgörmede iş sahibine karşı sadakat yükümlülüğünün varlığı öncelikle kabul edilmelidir. Bu noktadan hareketle özen borcu, sadakat borcunun bir sonucu olduğundan, müteahhidin kanunen sadakat borcu olduğunu söyleyebiliriz<sup>111</sup>.

BK. m. 357'de, müteahhidin sadakat borcunun iki özel görünümünü düzenlemiştir<sup>112</sup>.

Bunlardan ilki, malzeme iş sahibi tarafından verildiği takdirde müteahhidin bunların kullanımı hakkında hesap vermesi ve artanı iade etmesidir (BK. m. 357/f.2). Çünkü sadakat borcu dürüstlük kuralının bir uzantısıdır ve inşaatın yapımı sırasında gereğinden fazla malzeme israfına yol açmak karşılıklı güvenin önemli rol oynadığı bu tür sözleşmelerde sadakat borcuna aykırılık teşkil edecektir. Artan malzemenin iade edilmemesi iş sahibinin müteahhide olan güvenini kötüye kullanılması sonucunu doğuracak, bu da sadakat borcuna aykırılık teşkil edecektir.

Diğeri ise BK. m. 357/f.3'e göre, müteahhidin, iş devam ettiği sırada iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın, eserin gereği gibi veya vaktinde ifasını

---

<sup>110</sup> YAVUZ, s.505.

<sup>111</sup> TANDOĞAN, s.36; YAVUZ, s.505; Tasarımın 471. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında, müteahhidin sadakat borcu açıkça vurgulanmıştır: BKT. Madde 471 - "*Yüklenici, üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.*

*Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.*"

<sup>112</sup> TANDOĞAN, s.36; YAVUZ, s.505.

tehlikeye koyacak ayıplarından iş sahibini haberdar etme yükümlülüğüdür<sup>113</sup>. Çünkü inşaat sözleşmelerinde işten anlayan uzman taraf müteahhit olduğu için, iş sahibi verilen malzemenin veya gösterilen arsanın yapılacak inşaata elverişli olup olmayacağını önceden bilmesi çok zordur. Bu konularda asıl bilgi sahibi olması gereken taraf müteahhittir ve kanunda açıkça böyle bir ihbar yükümü olmasa bile sadakat borcundan dolayı iş sahibini uyarması gerekir.

Bu iki durum dışında müteahhidin sadakat borcu dolayısıyla, iş sahibinin sözleşmenin gereği gibi ve vaktinde ifasına engel olabilecek, maksada elverişli olmayan talimatları karşısında onu uyarma yükümü de vardır<sup>114</sup>. Müteahhit bu yükümlülüğü yerine getirmesine rağmen iş sahibi talimatında ısrar ederse, artık müteahhidin bu yüzden doğacak zararlardan dolayı sorumluluğu ortadan kalkacaktır. BK. m. 361'de<sup>115</sup> ifade edildiği gibi müteahhit sorumluluktan kurtulmak için elverişsizlikten açıkça iş sahibini haberdar etmelidir. Eser bu talimatlar yüzünden telef olsa dahi müteahhit yaptığı işin değer ve masraflarını talep edebilecektir. Çünkü BK. m. 368/f.3 bu duruma işaret etmektedir. *“Eğer yapılan şey, iş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın kusurundan yahut iş sahibi tarafından imal ve inşa tarzı hakkında verilen emirden dolayı telef olmuş ise; müteahhit, bu tehlikeleri zamanında ihbar eylemiş bulunduğu takdirde yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dâhil olmayan masrafın tesviyesini talep edebilir. İş sahibinin taksiri olduğu takdirde müteahhidin, fazla olarak zarar ve ziyan istemeğe hakkı vardır.”* Ancak müteahhit bu uyarma yükümünü yerine getirmediği takdirde, iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ileri sürebilecek ve bundan başka uğradığı zararlar için de tazminat isteyebilecektir.

---

<sup>113</sup> “Kural olarak işinin ehli ve konusunun uzmanı olan yüklenicinin basiretli bir tacir gibi eseri teknik ve sanat kurallarına göre meydana getirmeyi üstlendiği kabul edilir. BK.nun 357/son maddesi uyarınca iş sahibinin verdiği malzemenin kusurlu olması ya da bu malzemenin kullanılması halinde eserin yapılmasını tehlikeye sokacak veya iş sahibinin zarara uğramasına neden olacak halin varlığında bunların giderilmesi için iş sahibini uyarma görevi yükleniciye aittir. Aksi takdirde uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenici bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır.” Yarg. 15. HD. 28.12.2004 t., 2004/2426E.-2004/6805K. sayılı kararı, MEŞE (Erişim, 24.02.2010).

<sup>114</sup> TANDOĞAN, s.36-37.

<sup>115</sup> “Yapılan şeyin kusurlu olması müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur veya her hangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin kusurlu olmasından mütevellit hakları dermeyer edemez.”



Ayrıca müteahhidin, yine vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu da kabul edilmelidir<sup>116</sup>. Böylece müteahhit, imali kendisine bırakılmış olan şeylerin yapılmasında uygulanan yeni bir fikri, patent hakkına konu olsun veya olmasın, kendi hesabına kullanamayacağı gibi başkasından da saklı tutmak zorunda olacaktır. Bu yükümlülük istisna sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam edecektir<sup>117</sup>. Bu itibarla müteahhit bir inşaat için kendisine verilen plânları veya bunlardaki yeni fikirleri başka inşaatlarda kullanmamalıdır, aksine hareketi, hem plânı veren iş sahibine karşı olan sadakat borcuna, hem de plânı çizen mimarın telif hakkına aykırılık teşkil eder<sup>118</sup>.

### **2.1.1.2. Müteahhidin sadakat borcuna aykırı hareket etmesinin sonuçları**

Sadakat yükümüne aykırı davranma, müteahhit inşaatı tam zamanında, kusursuz yapıp teslim etmiş olsa bile, sırf sadakatsizliği yüzünden iş sahibinin uğradığı zararı tazmin borcunu doğuracaktır. Örneğin bir işverenle müteahhit toplam 20 daireli bir apartman inşaatın yapımı konusunda anlaşılıyor ve müteahhit inşaatı sözleşmenin bütün koşullarına uygun olarak zamanında ve ayıpsız olarak iş sahibine teslim ediyor. Ancak daha sonra çeşitli yerlerde, iş sahibinin tüm parasını bu inşaatı yatırdığını, bu nedenle nakit sıkıntısı çektiğini, beklenilmesi halinde daire fiyatlarının her geçen gün ineceğini beyan ederek o inşaatın satışına olan talebin azalmasına ve dairelerin gerçek değerinden daha düşük fiyata satılmasına sebep oluyor. İşte bu gibi hallerde sözleşme konusu edim fiilen yerine getirilmiş olsa bile, sözleşmenin uzantısı olarak müteahhidin sadakat borcu hala devam etmektedir. Ayrıca, iş sahibinin zararı olmasa bile, müteahhidin sadakat yükümüne aykırı olarak iş sahibine ait eşya, plan, proje, belge ve bilgileri kullanarak kendisine çıkar sağlaması hâlinde, vekâletsiz işgörme hükümlerine (BK. m. 414) göre bu elde ettiği çıkarları iş sahibine verme borcu doğacaktır<sup>119</sup>.

Çalışmamız açısından sadakat borcu konusunda bizi asıl ilgilendiren husus ise müteahhidin sadakat borcuna aykırı hareketi sonucu, iş sahibinin istisna sözleşmesinden

<sup>116</sup> YAVUZ, s.506; YAKUPPUR, s.38.

<sup>117</sup> YAVUZ, s.506; TANDOĞAN, s.37; ÖZ (İnşaat), s.108.

<sup>118</sup> TANDOĞAN, s.37; SELİÇİ, s.87.

<sup>119</sup> TANDOĞAN, s.37; ÖZ (İnşaat), s.108; YAVUZ, s.506; YAKUPPUR, s.39.

dönüp dönemeyeceğidir. İş sahibi, daha eser tamamlanmadan müteahhidin sadakat borcunu ağır surette ihlal ettiğini görürse BK. m. 369 veya BK. m. 358/f.2 ile birlikte BK. m. 106'ya dayanarak sözleşmeden dönme hakkına sahiptir<sup>120</sup>. Örneğin; müteahhidin rakip bir firma ile anlaşarak sözleşme yaptığı firma aleyhine bir takım faaliyetlerde bulunmayı taahhüt ettiği ortaya çıkarsa, iş sahibi yapılan şey bitmeden evvel yapılan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin fesih yüzünden uğrayacağı zararları tazmin etmek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir (BK. m. 369). Bu takdirde iş sahibi, sadakat borcuna aykırılıktan doğan alacağı ile sözleşmenin eser tamamlanmadan feshi nedeniyle müteahhidin ileri sürebileceği alacağı takas edebilir, hatta iş sahibinin bu yüzden uğradığı zarar daha fazla ise müteahhitten bunun tazminini de isteyebilmelidir<sup>121</sup>.

## **2.1.2. Özen Borcuna Aykırılıktan Dolayı Sözleşmeden Dönme**

### **2.1.2.1. İstisna Sözleşmesinde Sonuç Sorumluluğu ve Özen Sorumluluğu Arasındaki İlişki**

Borçlar Kanunumuz müteahhidi işin sonucundan sorumlu tutmakla birlikte, bir de işinde gerekli özeni gösterip göstermemesinden dolayı sorumlu tutmuştur<sup>122</sup>. Sonuç sorumluluğunun varlığına rağmen özen sorumluluğunun gerekli olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Çünkü sonuç sorumluluğu içerisinde zaten özen sorumluluğu yer almaktadır. Örneğin; gerekli özen gösterilmeden yapılmış ve bu yüzden eserde çeşitli ayıplar meydana gelmiş ise bu zaten ayıba karşı tekeffül sorumluluğu kapsamına girmektedir. İşte özen borcunun, müteahhidin sorumlu bulunduğu başka bir bozukluk içinde eridiği durumlarda özen borcuna kanunda ayrıca yer vermenin gereksiz olduğu düşünülebilir. Çünkü bu halde daha özel düzenleme olan sonuç sorumluluğuna

---

<sup>120</sup> TANDOĞAN, s.50; YAVUZ, s.506-507; ZEVKLİLER, s.313; GÖKYAYLA, s.169; YAKUPPUR, s.39.

<sup>121</sup> YAVUZ, s.506-507; TANDOĞAN, s.50-51.

<sup>122</sup> TANDOĞAN, s.38: “Kıta Avrupa’sı medenî kanunlarının çoğundan farklı olarak, Borçlar Kanunumuz, müteahhidin işinin sonucundan sorumlu tutulmasını sağlayan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yanında, ayrıca onun işinde gerekli özeni göstermemesinden dolayı sorumluluğunu öngörmüştür. Diğer Medenî Kanunlar, sonuç sorumluluğunun (Erfolgshaftung) özene dayanan sorumluluğu (Sorgfaltshaftung) gereksiz kıldığı ve müteahhidin işinde göstermesi gerekli özen için akdî sorumluluğa ilişkin genel hükümlerin yeterli olduğu düşüncesinden hareket ettikleri halde, Borçlar Kanunumuz sonuç sorumluluğunun karşılayamadığı ihtimallerin de bulunduğu düşüncesini esas almıştır”.

başvurmak gerekli ve yeterlidir, ayrıca özen borcuna aykırılıktan bahsetmeye gerek yoktur. Ancak somut olaylarda sonuç sorumluluğuna başvurmanın hiç mümkün olmadığı haller de vardır ki, bu halde zorunlu olarak özen sorumluluğuna başvurmak gerekecektir.

Gerçekten, sözleşmenin ifasının tamamlanmadan, yani eserin teslim edilmediği hallerde iş sahibinin, özen sorumluluğuna gitmekten başka çaresi yoktur<sup>123</sup>. Örneğin; işin icrasındaki gecikme dolayısıyla iş sahibinin sözleşmeden erken dönmesi (BK. m. 358/f.1), işin sözleşmeye aykırı davranılması nedeniyle üçüncü kişiye tamamlattırılması (BK. m. 358/f.2), keşif bedelinin aşılması suretiyle sözleşmenin feshedilmesi (BK. m. 367), eserin teslimden evvel telef olması (BK. m. 368), müteahhidin bütün zararlarını karşılayarak sözleşmenin feshi (BK. m. 369), ifanın iş sahibi nezdinde ki bir kaza nedeniyle imkânsız hale gelmesi (BK. m. 370) gibi hallerde iş sahibi eseri ya hiç teslim alamayacak, ya da bir parçasını teslim alabilecektir. Bu takdirde, eser teslim edilemediğinden sonuç sorumluluğuna gidilemeyecek ancak, iş sahibi o zamana kadar yapılmış olan yapının karşılığını ödemek zorunda kalacaktır. İşte bu hallerde, müteahhide yüklenen özen borcu sayesinde iş sahibi, işin özensiz icra edilmesi dolayısıyla tazminat talep edebilecektir. İş sahibi bu tazminat alacağını işin yarım kalması sebebiyle ödeyeceği bedel ile de takas edebilecektir.

Bazen de eser zamanında ve eksiksiz olarak teslim edilmesine rağmen, müteahhidin işi özensiz icra etmesi dolayısıyla iş sahibi bir zarara uğrayabilir. Bu gibi durumlarda iş sahibi zararını, müteahhidin özen borcuna aykırı hareket etmesine dayanarak talep edebilir. Örneğin, boyacı işini yaparken dairenin camları kırılmış, ya da musluk tamiri yapılırken ev sular altında kalmış ve ev sahibinin halıları, mobilyaları vs. zarar görmüş ise bu gibi hallerde ortaya çıkan zarar özen borcuna aykırılıktan dolayı talep edilebilecektir<sup>124</sup>.

Hatta bazen zararı doğrudan iş sahibi görmez, fakat zarar gören bundan dolayı iş sahibinin sorumluluğuna gidebilecek kişilerden biri ise, bu gibi hallerde de müteahhit özen borcuna aykırılıktan dolayı meydana gelen zararı karşılamalıdır. Örneğin çatı

---

<sup>123</sup> YAVUZ, s.507.

<sup>124</sup> YAVUZ, s.508; SELİÇİ, s.90.

tamiri yapıldığı sırada gerekli özen yerine getirilmediği için çatıdan bir tuğla düşmüş ve düşen tuğla sonucu can kaybı meydana gelmiş ise, BK. m. 58 gereği iş sahibi bina maliki olarak sorumlu olacaktır. İş sahibi de ortaya çıkan zararı, tamir esnasında gerekli özeni göstermeyerek zarara sebebiyet veren müteahhide rücu edebilecektir.

### 2.1.2.2. Müteahhidin Özen Borcunun Tarzı ve Derecesi

İstisna sözleşmelerinde müteahhidin özen borcu BK. m. 356'da düzenlenmiştir. Buna göre, müteahhit genel olarak işçinin hizmet akdinde gösterdiği özeni göstermekle yükümlüdür. İşçinin göstermek zorunda olduğu özeni düzenleyen BK. m. 321'e baktığımızda; işçinin kasıt, ihmal ve dikkatsizliği nedeniyle sebep olduğu zararlardan sorumlu olduğundan ve göstermek zorunda olduğu özenin derecesinin ise akde göre tayin edileceğinden bahsetmektedir. Ayrıca işçinin o iş için yeterli olup olmadığı, mesleki bilgi, kabiliyet ve diğer yeteneklerinin iş sahibi tarafından bilinip bilinmediğinin de gözetileceği belirtilmiştir.

*Yavuz'un* da belirttiği gibi<sup>125</sup>, BK. m. 356'nın, mehası doğrultusunda, "*müteahhit (ısmarlanan), genel olarak, hizmet (iş) ilişkilerinde işçinin sorumlu olduğu özenin eşi olan özenden sorumlu olur*" (OR. Art. 364/1) şeklinde anlaşılması uygun olur. Böylece müteahhit de, hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen derecede özen göstermekle yükümlü olacaktır. Ancak OR. Art. m. 364'ün madde metninde "genel olarak" (genellikle) denilmek suretiyle işçinin özen borcuna atıfta bulunulmuştur. O halde istisna sözleşmesinin özel niteliği, farklı bir değerlendirmeyi gerektirebilecektir. Gerçekten müteahhidin, iş sahibine oranla işten daha iyi anlaması, iş sahibinden talimat alma hususunda daha bağımsız durumda bulunması söz konusudur ve bu da, onun sorumluluğunun işçiye göre daha ağır olarak takdir edilmesine neden olacaktır<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> YAVUZ, s.507.

<sup>126</sup> SELİÇİ, s.92-94, HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.357-358; YAVUZ, s.507; TANDOĞAN, s.54; TUNÇOMAĞ, (ÖBİ), s.987; ERMAN, s.35; ARAL, s.348; GÖKYAYLA, Emre, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, GÜHFD., Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, S.1, İstanbul 2002, s.790; KOCAAĞA, Köksal, Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlâl Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağına Anlaşılması Hâlinde İş Sahibinin Bk m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD., C.6, S.1, İzmir 2004, s.178; Aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. UYGUR, Turgut, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.6, Ankara 2003, s.7629; YHGK. T:30.10.1991, E:1991/15-373 – K:1999/533 sayılı kararı "*eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak işin görülmesi ve tesliminde işçiye göre "daha*

Çünkü BK md. 321’de objektif bir belirlemeden ziyade subjektif bir belirleme yapılmıştır ve iş sahibinin işçinin yeteneklerini bilip bilmemesine ya da işçinin mesleki bilgi ve vasıflarına göre farklı sonuçlara ulaşmak mümkün olacaktır. Müteahhit ise bir işi üstlenirken kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olup olmadığını iyice tartmalı ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmalıdır. Aksi takdirde özen borcuna aykırı davranmış sayılır ve bundan dolayı sorumlu tutulur<sup>127</sup>. Özetle müteahhit, üstlendiği iş için yeterli olup olmadığını objektif olarak değerlendirmek zorundadır<sup>128</sup>. Burada objektiflikten kasıt ise, bir müteahhidin, benzer bir inşa eserinin ifasını yüklenen makul ve dürüst bir müteahhitten beklenen tüm dikkati sarf etmek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak zorunda olmasıdır<sup>129</sup>. Örneğin, müteahhit kendi uzmanlık konusu olmayan bir işi almış, sonradan onu yerine getirememiş ise bu işte uzman olmadığını, mesleki bilgi ve yeterliliğe sahip olmadığını gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Hatta istisna akdinde, müteahhit, iş sahibinin kendisinin yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bilmesi gerekse dahi, yine sorumlu tutulacaktır<sup>130</sup>. Hâlbuki hizmet akdinde işçinin o iş için yeterli olmadığını bildiği halde iş sahibi onu çalıştırıyorsa işçinin sorumluluğu yoktur, bunun sonuçlarına iş sahibi katlanmalıdır<sup>131</sup>. Çünkü müteahhit, iş sahibine oranla işten daha çok anlayan, işte uzman bir kişidir. Eğer o iş için kendisini yeterli görmüyorsa bunu işi almadan önce düşünmeli ve reddetmeli, kabul ettiyse bunu gereği gibi yerine getirmelidir.

---

*yüksek özen" göstermelidir ( BK.356/1 )”;* aynı yönde YHGK. T:12.10.1994, E:1994/265 – K:1994/600 sayılı kararı *“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 gözönünde bulundurularak sorumluluğu hizmet aktine dayalı olarak çalışan işçiye nazaran daha ağır kabul edilmektedir.”* MEŞE (Erişim, 24.01.2010)

<sup>127</sup> TANDOĞAN, s.41.

<sup>128</sup> Bkz. TANDOĞAN, s.41: “Müteahhidin üzerine aldığı iş için gerekli uzmanlığı haiz olmadığı halde bu işi alması ve işin ifasında uzmanlara da danışmaması onun için bir kusur sayılmalıdır.”

<sup>129</sup> GÖKYAYLA (Armağan), s.790; *“Bu kuralların mutlaka bilimsel olması zorunluluğu bulunmayıp, pratik tecrübeler sonucu elde edilmiş ve ilgili uzman çevrelerce benimsenerek başarıyla uygulanmış olması yeterlidir”* bkz. TANDOĞAN, s.55; Ayrıca bu husus, 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun (RG. 22.01.2002/24648) 53. maddesine dayanılarak, iş sahibi idareler tarafından 05.01.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na (RG. 22.01.2002/24648) göre sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasları tespit etmek amacıyla hazırlanan Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nin 15/III. maddesinde açıkça belirtilmektedir: *“Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yere, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır.”*

<sup>130</sup> TANDOĞAN, s.41; KOCAAĞA, s.178.

<sup>131</sup> TANDOĞAN, s.41; KOCAAĞA, s.178.

Özen borcunun derecesi genellikle objektiftir. Ancak, **Gökyayla'nın**<sup>132</sup> haklı olarak belirttiği üzere, bazı eserlerin meydana getirilmesi bakımından, sübjektif birtakım kıstasların da dikkate alınması zorunludur. Örneğin bir inşaatın yapılmasında ölçü alınacak özenin derecesi, özellikle teknik kurallar ve sözleşme çerçevesinde objektif biçimde tespit edilebilir. Buna karşılık, ressamın hazırlayacağı portre bakımından özen borcunun ölçüsü objektif olmaktan çok sübjektiftir. Çünkü, ressamın yeteneğinin de portrenin çiziminde önemli bir rolü vardır.

Müteahhidin özen borcu, yalnızca işin başında bazı tedbirlerin alınmasına yönelik olmayıp, eserin tamamlanıp teslim edilmesine kadar devam eder<sup>133</sup>.

**Tandoğan**, özen borcu kapsamında, müteahhidin ısmarlanan eserin meydana getirilmesi için gerekli ön şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini de araştırması gerektiğini belirtmiştir<sup>134</sup>. Bu kapsamda müteahhit inşaatın yapılacağı arazinin veya kullanılması istenilen malzemenin eseri meydana getirmeye elverişli olup olmadığını önceden incelemelidir. Bu inceleme yükümlülüğünün ölçüsü iyi niyet kurallarına göre tayin edilecek, yani yapılacak işin veya varılacak sonucun değeriyle orantılı olmayacak derecede aşırı masrafı ve zaman kaybını gerektirecek incelemeler müteahhitten beklenemeyecektir<sup>135</sup>.

Yargıtay bir kararında hırsızlığa karşı gerekli önlemi almamış olan kuyumcu dükkanı sahibini, onarılması için kendisine bırakılan broşun çalınmasından sorumlu tutmuştur<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> GÖKYAYLA (Armağan), s.790.

<sup>133</sup> KARATAŞ, s.123; Yarg. 15. HD. T: 03.04.1996, E:1996/1531E.-1996/1892K. sayılı kararı, MEŞE (Erişim, 27.09.2009)

<sup>134</sup> TANDOĞAN, s.42 vd.; “Projeler, plânlar, inşaat ve masraf hesapları, şartnamede esas olarak kabul edilen diğer durumlar (inşaat yapılacak bölgedeki iklim şartları, arazinin jeolojik yapısı, faydalanılacak taş ocaklarının verimliliği, inşa edilecek fabrikada kullanılacak kömürün tozluluk derecesi gibi) teknik bakımdan yanlış hesaplara, eksik incelemelere ve isabetli olmayan faraziyelere dayanıyorsa, müteahhit bu yanlışlıkların ve eksikliklerin düzeltilmesini istemediği, bu hususta iş sahibini uyarmadığı takdirde, bunun sonuçlarını kural olarak kendisi üzerine almak zorundadır. Plân ve hesapları bizzat iş sahibi vermiş veya tasvip etmiş olsa dahi, müteahhit bunların yanlış olmasından doğan sonuçlardan yine sorumlu olur; meğer ki, iş sahibinin kendisi de bu alanda uzman olsun veya plân ve hesapları uzmanlara hazırlatmış bulunsun ve bunların uygulanmasında müteahhidin uyarmasına rağmen ısrar etsin.”

<sup>135</sup> TANDOĞAN, s.43.

<sup>136</sup> Yarg. 15. HD. T:24.01.1991, E:1990/2793 - K:1991/148 sayılı kararı “yükleniciler işin ifasıyla, tesliminde kanunun öngördüğü özen borçlarını yerine getirmeyerek, zararın doğmasına sebebiyet

Nihayet Türk Borçlar Kanunu Tasarısında bir değişikliğe gidilerek, müteahhidin özen derecesinde kıstas alınması gereken ölçütün hizmet sözleşmelerindeki işçinin özeni olması kuralı değiştirilmiştir. Tasarının 471. maddesine baktığımızda; *“Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.”* ifadesi ile müteahhidin özen borcu bakımından, hizmet sözleşmesindeki işçinin özen borcuna atıf yapılmasından vazgeçilmiş ve gösterilmesi gereken özenin derecesinde objektif bir ölçü belirlenmiştir.

### **2.1.2.3. İnşaat Sözleşmelerinde Özen Borcundan Sorumluluğun Uygulama Halleri**

#### **2.1.2.3.1. Müteahhidin İnşaatı Kendi Yönetimi Altında Özenle Yürütmesi**

Müteahhit inşaatın zamanında ve eksiksiz tamamlanması için gerekli olan organizasyonu sağlamak, gerekli personel, araç ve gereçleri tedarik etmek, işlerin çalışanlar arasında amaca uygun biçimde dağıtılmasını sağlamakla yükümlüdür<sup>137</sup>. Bu borçlar müteahhidin işi kendi yönetimi altında yürütme borcunun içeriğini oluşturmaktadır (BK md. 356/f.2). Bazen yönetim borcuna aykırılık, müteahhidin göstermesi gereken özene aykırılık biçiminde ortaya çıkmaktadır. Örneğin; inşaat işinin organizasyonu, işlerin dağıtımı, kullanılan yardımcı şahısların seçimi, denetimi ve bunlara talimat verme konusunda müteahhit gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, müteahhidin yanında çalışanlar faaliyetleri ile inşaata bir zarar vermiş ya da onun eksiksiz tamamlanmasına engel olmuş ise, müteahhit zaten neticeden sorumlu olduğu için yardımcı şahsın seçilmesinde gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek iş sahibine karşı sorumluluktan kurtulamaz<sup>138</sup>.

---

*verdiklerinden, broşun kıymetinin tespitiyle tahsiline karar verilmesi gerekirken, sayılan beyan ve bulgular üzerinde durulmaksızın sonuca etkili deliller tartışılmadan ve "ihtimam" kavramına yanlış anlam verilerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” Kazancı İçtihat Bankası (Erişim, 27.11.2009)*

<sup>137</sup> SELİÇİ, s.94.

<sup>138</sup> YAVUZ, s.511-512.

### 2.1.2.3.2. İnşaatda Kullanılan Malzemeye İlişkin Özen

Eğer inşaatta kullanılacak malzeme, müteahhit tarafından tedarik edilecek ise, BK m. 357/f.1 uyarınca malzemenin eserin meydana gelmesi için elverişli olmasını sağlamakla yükümlüdür<sup>139</sup>. Bu hükümle müteahhide malzemeyi tedarik ederken özen gösterme borcu yüklenmiştir. Ancak müteahhidin iyi malzeme tedarikinden ne anlamamız gerekeceğine ilişkin kanunda bir açıklık yoktur. Bu hususta taraflar arasında sözleşmede bir hüküm varsa o hüküm uygulanacak, eğer böyle bir anlaşma yoksa BK. m.70 gereği müteahhit orta kaliteden aşağı malzeme kullanamayacaktır. Bundan maksat ise normal standartların altına düşmeyen, sağlam ve dış etkilere karşı dayanıklı malzemenin kullanılmasıdır<sup>140</sup>. Ayrıca kararlaştırılmadıkça müteahhitten lüks malzeme kullanması beklenemez. Lüks malzemenin kullanımı isteniyorsa bu husus sözleşme ile ayrıca kararlaştırılmalıdır.

Eğer inşaatta kullanılacak malzeme iş sahibi tarafından tedarik ediliyorsa, müteahhidin kontrol ve ihbar yükümlülüğü vardır (BK md.357/f.3). Müteahhit kendisinden beklenen bilgi ve mesleki tecrübe uyarınca iş sahibinin sağladığı malzemenin inşaata elverişli olup olmadığını, bozukluklara yol açıp açmayacağını kontrol edip, elverişsizlik var ise bunu derhal iş sahibine bildirmelidir<sup>141</sup>. Örneğin; iş sahibinin tedarik ettiği demirin kalitesi yapılacak inşaata uygun değil ise müteahhit bunu derhal iş sahibine bildirmelidir. Çünkü verilen malzemenin işin yapılmasını tehlikeye düşürecek derecede kusurlu olması iş sahibinin kusuru ise de, kullandığı malzemeyi muayene etmemesi veya muayeneye rağmen ayıpların varlığı halinde bunları iş sahibine bildirmemesi nedeniyle de müteahhit kusurludur.

---

<sup>139</sup> GÜMÜŞ, s.26; ARAL, s.333.

<sup>140</sup> SELİÇİ, s.99.

<sup>141</sup> Bu bildirim yazılı yapılması ileride çıkacak muhtemel bir uyuşmazlıkta ispat açısından önem taşıyacaktır. Nitekim Yarg. 15. HD. T:26.11.2007, E:2007/4709 - K:2007/7534 sayılı kararında “*Davalı (müteahhit), davacıya (iş sahibi) ait binaya kararlaştırılan şekilde izolasyon yapılması halinde işin amacına ulaşamayacağını ve davacıyı bundan haberdar ettiğini savunmakta ise de, bu savunmasını doğrulayan bir delil sunmamıştır.*” ifadelerine yer vererek, “*davalıya işin bedeli olarak ödenen miktarın davacıya iadesine, davalıya başkaca borçlu bulunmadığının tespitine ve su sızıntısı nedeniyle davacıya ait evin kartonpiyerlerinde oluşan zararın tespiti ile davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken davanın tümünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.*” şeklinde hüküm tesis etmiştir. MEŞE, (Erişim, 17.03.2010). Bkz. aynı yönde, Yarg. 15. HD. T:11.02.2004, E:2003/3270 - K:2004/641 sayılı kararı, Yarg. 15. HD. T:17.01.2001, E:2000/5569 - K:2001/272 sayılı kararı.



### 2.1.2.3.3. Müteahhidin Aydınlatma ve Bilgi Verme Borcu

Müteahhidin zen borcu ile ilgili belirtilmesi gereken diğer bir nokta da, müteahhidin iş sahibini aydınlatma ve yapılan iş konusunda ona bilgi verme borcudur. Müteahhidin iş sahibini aydınlatma, ona tavsiyede bulunma ve özellikle eserin meydana getirilmesi yönünden önem taşıyan her konu, durum ve olay hakkında ona bilgi verme yükümü vardır.

Müteahhit, meydana getireceği eserin tam ve zamanında yerine getirilmesini geciktirecek veya tehlikeye düşürecek, eserin maliyetini önemli ölçüde artıracak olağanüstü durumları derhal iş sahibine bildirmekle yükümlüdür (BK md. 365/f.2, 367/f.1). Ayrıca, müteahhit iş sahibine karşı inşa eserin meydana getirilmesi ve kullanılması ile ilgili her türlü bilgiyi vermek, gerekli tavsiyelerde bulunmakla da yükümlüdür. Başka bir ifade ile müteahhit eseri teslim ederken, gerekli olduğu takdirde eserin kullanılma biçimi hakkında iş sahibine bilgi vermesi ve aydınlatması gerekir<sup>142</sup>.

### 2.1.2.3.4. zen Borcuna Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları

#### 2.1.2.3.4.1. Akdin müsbet ihlali dolayısıyla tazminat talebi

zen borcuna aykırı davranış sonucu teslim edilmiş inşaatta herhangi bir bozukluk meydana gelmiş ise, bu halde zen borcuna aykırılıktan kaynaklanan sorumluluk sonuç sorumluluğu içerisinde erimiştir<sup>143</sup>. Bu nedenle iş sahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanacaktır (BK. m. 359-363)<sup>144</sup>.

Ancak inşaatın yapımı sırasında müteahhidin zen borcuna aykırılığı eserde bir bozukluk meydana getirmeksizin iş sahibine zarar vermiş ise, iş sahibi meydana gelen bu zararı BK. m. 96'ya dayanarak isteyebilecektir<sup>145</sup>. Müteahhit, ancak zen

<sup>142</sup> SELİÇİ, s.94-110; YAVUZ, s.508.

<sup>143</sup> ARAL, s.351; GÖKYAYLA (Armağan), s.788; KOCAAĞA, s.180.

<sup>144</sup> YAVUZ, s. 509.

<sup>145</sup> YAVUZ, s.509; TANDOĞAN, s.45; ARAL, s.350; SELİÇİ, s.110, GÖKYAYLA (Armağan), s.798; KOCAAĞA, s.179; YAKUPPUR, s.42; Yarg. 15. HD. T: 12.10.1994, E:1994/265 - K:1994/600 sayılı kararı "İş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınması yüklenicinin "zen borcu" gereğidir.

yükümünün ihlalinde herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir<sup>146</sup>. Ayrıca müteahhit, yardımcılarının ve işi devrettiği alt müteahhitlerin verdiği zararlardan da BK. m. 100 gereğince sorumlu olur<sup>147</sup>.

Örneğin, bir binanın yıkımını taahhüt eden bir müteahhit, iş sahibi bakımından işini zamanında ve eksiksiz yerine getirmesine rağmen komşu binalara ya da park halinde olan araçlara zarar vermiş ve bu zararı iş sahibi karşılamak durumunda kalmış ise, uğranılan zarar müteahhitten talep edilebilecektir.

#### **2.1.2.3.4.2. İşin müteahhidin kendisine düzeltilmesi veya başkasına yaptırılması**

İş sahibi inşaatın yapılışı esnasında müteahhidin özen borucunu gereği gibi yerine getirip getirmediğini sürekli olarak denetleyebilir<sup>148</sup>. Bu denetim sonucunda müteahhidin işi özenle yapmadığını görürse, ona karşı haklarını kullanmak için müteahhidin inşaatı tamamlamasını beklemek zorunda değildir<sup>149</sup>. Çünkü iş sahibinin, sonuç sorumluluğuna dayanarak ileri sürebileceği hakları olduğu gibi, BK. m. 358/f.2 gereği özen borcuna aykırı davranan müteahhide karşı ileri sürebileceği özel hakları da vardır. BK. m. 358/f.2 gereği müteahhit özen borcuna aykırı davranır ve bunun neticesinde inşaatın sözleşmeye uygun olarak yapılamayacağı kesinleşirse, iş sahibi müteahhide uygun bir mehil tayin ederek<sup>150</sup> veya hâkimden uygun bir mehil talep ederek, bu mehil içinde işin gereği gibi yapılmasını<sup>151</sup> aksi takdirde zarar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere işe devamın üçüncü kişiye bırakılabileceği<sup>152</sup> ihtar edilir<sup>153</sup>.

---

*Özen borcu BK.nun 96. maddesinde yerini bulan sorumluluğun özel şeklidir. Yasakoyucu istisna akdinde sorumluluğu akdin sonucuna bırakmamış, özel hüküm getirmiş olmakla özen borcuna ne denli önem verildiğini göstermiştir. Bu itibarla aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını ve miktarın ispatlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti ise yükleniciye aittir.” MEŞE (Erişim, 04.03.2010)*

<sup>146</sup> KOCAAĞA, s.179.

<sup>147</sup> ARAL, s.350-351; KOCAAĞA, s.179.

<sup>148</sup> YAVUZ, s.509; TANDOĞAN, s.45.

<sup>149</sup> TANDOĞAN, s.45.

<sup>150</sup> Yarg. 15. HD. T:17.12.2003, E:2003/2994 - K:2003/6062; Yarg. 15. HD. T:286.05.2003, E:2003/83 - K:2007/2792. MEŞE (Erişim, 12.02.2010)

<sup>151</sup> BK. m. 358/f.2'ye göre süre verilmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde BK. m. 106'ya göre verilecek süreyle aynı nitelikte olup, her ikisinin amacı da, borçluya gereği gibi ifa için son bir imkân tanımadır. Bkz. SELİÇİ, s. 113.

<sup>152</sup> İş sahibi, işi mutlaka üçüncü kişiye yaptırmak zorunda olmayıp, bizzat kendisi de yapabilir. Bkz. SENOCAK, s.191; ARAL, s.354.

Nitekim BK. m. 358/f.2'nin masraflar müteahhide ait olmak koşuluyla işin başkasına yaptırılabilmesi yolu BK. m. 106'daki borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan müspet zararın tazmini anlamına gelmektedir<sup>154</sup>. Burada işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi için hâkimin izni gibi bir başka şartın gerçekleştirilmesine gerek yoktur<sup>155</sup>. Bu sonuç, BK. m. 358/f.2'nin acele tedbir alınmasını sağlama amacından çıkarılmaktadır<sup>156</sup>. Ancak ileride BK. m. 358/f.2'nin şartlarının gerçekleşmediği ve verilen sürenin yeterli olup olmadığı hususlarında çıkabilecek bir anlaşmazlığı önlemek bakımından hâkimden izin istenmesinde yarar vardır<sup>157</sup>. Örneğin, müteahhit kötü malzeme kullanmışsa verilen süre bu malzemenin iyisi ile değiştirilmesine imkân

---

<sup>153</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, s.45-48; İş sahibinin, işin devamı esnasında gördüğü ayıpları verdiği süre içinde müteahhide tamir ettirebileceği ve gerekirse işi üçüncü kişiye yaptırabileceği, YİĞŞ. m. 16/VI, 26/I-IV ve 42/VI'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. YİĞŞ. m. 16/VI'ya göre: "Yüklenici tarafından fen ve sanat kurallarına aykırı olarak kusurlu yapıldıkları anlaşılan iş kısımlarını yıktırıp yükleniciye yeniden yaptırmak hususunda yapı denetim görevlisi yetkilidir. Yüklenici, bu konuda kendisine yazılı olarak verilen talimat üzerine, belirlenen süre içinde söz konusu iş kısımlarını ayrıca bir bedel istemeksizin yıkip yeniden yapmak zorundadır. Bu hususta bir gecikme olursa, sorumluluğu yükleniciye aittir." Yine, YİĞŞ. m. 26/I-IV uyarınca, "Taahhüt konusu yapım işinin her türlü sorumluluğu, kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanacağı tarihe kadar tamamen yükleniciye aittir. Yüklenici, gerek malzemenin şartnameye uygun olmamasından ve gerekse yapım işlerinin kusur ve eksiklerinden dolayı, idarece gerekli görülecek bütün onarım ve düzeltmeler ile sürekli bakım işlerini kendi hesabına derhâl yapmak zorundadır.

Yüklenici bu zorunluluğa uymadığı takdirde, idare, kendisinden bir yazı ile yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyecektir. Bu talimatın yükleniciye tebliği tarihinden başlamak üzere işin özelliğine göre, talimat yazısında idarece daha uzun bir süre verilmemişse yüklenici on gün içinde yükümlülüklerini yerine getirmeye filen başlamadığı veya başlayıp da belirlenen süre içinde teknik gereklerine göre işi bitirmediği takdirde idare, söz konusu onarım, düzeltme ve bakım işlerini, bütün giderleri yükleniciye ait olmak üzere, 4734 sayılı Kanunda gösterilen usullerden biri ile yaptırabilir. İdare, bu işler için yüklenicinin teminatından veya varsa diğer alacaklarından ödeme yapmaya yetkilidir. İdare, yüklenicinin yaptığı işlerde kesin kabul tarihine kadar geçen zaman içinde, herhangi bir aksaklık gördüğü takdirde, bu aksaklıkları yukarıda belirttiği şekilde düzelttirip onarmakla birlikte, işin niteliğine göre aksaklığı tespit edilen yapım işlerinin kesin kabul işlemlerini uygun bir tarihe erteleyebilir. Bu takdirde, kabulü ertelenen kısım için, idarenin uygun göreceği bir miktarda teminat alınır.

Yapılan işlerde yüklenicinin kusurundan kaynaklanan ve âcilen ele alınması gereken aksaklıklar meydana geldiğinde, yüklenicinin o anda işle ilgilenip konuyu ele alması imkânı yoksa, bu takdirde idare, yazılı olarak haber vermek suretiyle, yüklenici adına bu aksaklığı giderir. Yüklenicinin tebligat adresinde bulunamaması veya işe ilgi göstermemesi hâlinde idare, yüklenici hesabına aksaklığı giderip gerekli tedbirleri alır ve yüklenicinin bu uygulamaya itiraz hakkı olmaz."

Diğer taraftan, YİĞŞ. m. 42/VI gereğince, geçici kabulde, "Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında günlük ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir. Ancak, bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde idare, yüklenici hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de, eksikler tamamlanuncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir."

<sup>154</sup> TANDOĞAN, s.60-68; YAVUZ, s.509; YAKUPPUR, s.43.

<sup>155</sup> SELİÇİ, s.114; TANDOĞAN, s.65; YAVUZ, s.509.

<sup>156</sup> TANDOĞAN, s.65; ARAL, s.353; KOCAAĞA, s.191.

<sup>157</sup> SELİÇİ, s.114; TANDOĞAN, s.65; YAVUZ, s.509.

sağlayacak bir süre olacak ya da üçüncü kişiler için tehlike yaratabilecek inşaat sahası için yeterli güvenlik önlemleri alınmamışsa süre bu önlemin alınmasına ilişkin olacaktır.

Müteahhit kendisine verilen mehili yeterli bulmazsa, derhal itiraz etmelidir sonradan yapacağı itiraz dinlenmeyecektir<sup>158</sup>. İş sahibi verilen süre dolmadan ya da müteahhide ihtarda bulunmadan işi üçüncü kişiye düzelttirirse, müteahhitten tazminat isteyemeyecektir<sup>159</sup>. Bu durumda iş sahibi, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının masraflarını ancak BK. m. 106'ya göre müsbet zarar kapsamında talep edebilecektir<sup>160</sup>. **Seliçi'ye**<sup>161</sup> göre, eğer borca aykırılık inşaatta esasen büyük bir zarar meydana getirmişse süre tayinine gerek olmaksızın, BK. m. 107 gereği ihtar yapılarak zararın tazmini istenebilecektir.

Müteahhit ayıpları verilen mehil içinde düzeltse bile, iş sahibi ondan işteki gecikme dolayısıyla tazminat isteyebilir, meğer ki bitmiş olan eseri ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin kabul etmiş veya müteahhidin ücretini ödemiş bulunsun<sup>162</sup>.

İş sahibi, müteahhide işin düzeltilmesi için süre verip de bu süre faydasız olarak geçirildikten sonra, işi mutlaka başkasına yaptırmak zorunda değildir. İş sahibi, sürenin bitiminde dilerse genel hükümler çerçevesinde (BK. m. 106 vd.) sahip olduğu seçimli haklardan birini kullanabilecek ve bunun için de ayrıca yeniden bir süre tayin etmesine gerek olmayacaktır<sup>163</sup>.

Doktrinde tartışılan bir konu da, müteahhidin verilen süre içinde ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermemesi halinde, iş sahibinin, sözleşmeye aykırılığın giderilmesiyle birlikte, işin devamını da üçüncü kişiye yaptırabilip yaptıramayacağıdır.

---

<sup>158</sup> TANDOĞAN, s.47; YAVUZ, s.509; SELİÇİ, s.112.

<sup>159</sup> TANDOĞAN, s.65; KOCAAĞA, s.187-188; ŞENOCAK, s.202.

<sup>160</sup> KOCAAĞA, s.188; ŞENOCAK, s.202.

<sup>161</sup> SELİÇİ, s.112; TANDOĞAN, s.65.

<sup>162</sup> TANDOĞAN, s.65; KOCAAĞA, s.188.

<sup>163</sup> TANDOĞAN, s.65-66; SELİÇİ, s.113; YAVUZ, s.509; iş sahibi, verilen süre içerisinde ayıp veya sözleşmeye aykırılık giderilmezse, işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine, sözleşmenin aynen ifasını isteyebileceği gibi, bundan vazgeçtiğini derhâl bildirerek müsbet zararının "para olarak" tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyebilir.

İleri sürülen bir görüşe göre<sup>164</sup>, İşin yapılması esnasında ortaya çıkan ayıp veya sözleşmeye aykırılık hâllerinde, iş sahibi ilke olarak yalnızca ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini üçüncü kişiye yaptırabilir. İşin kalan kısmını üçüncü kişiye yaptırabilmesi için, iş sahibinin yetkisinin ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesiyle sınırlandırılmasının, eserin zamanında ve gereği gibi ifasını tehlikeye düşürmesi gerekir.

**Kocaağa**<sup>165</sup> ise ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesiyle birlikte, işin devamını da üçüncü kişiye yaptırabileceğini savunmaktadır.

Kanaatimizce, Kocaağa'nın görüşü daha isabetlidir. Zira iş sahibinden, özen yükümlülüğünü ihlâl ederek eserin yapımını ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak sürdüren, verilen süre içinde de eseri düzeltmeyen müteahhide güvenmesi ve ayıp ya da sözleşmeye aykırılık üçüncü kişi tarafından giderildikten sonra işin devamını müteahhide yaptırmasını beklemek doğru olmayacaktır<sup>166</sup>. Bu nedenle, işin kalan kısmının müteahhide yaptırılması eserin zamanında ve gereği gibi ifasını tehlikeye düşürme bile, iş sahibi, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesiyle birlikte, işin kalan kısmını da üçüncü kişiye yaptırabilir.

BK. m. 358/f.2, işin ikame müteahhit tarafından yapılması esnasında meydana gelen hasarın ilk müteahhide ait olduğunu hükme bağlamıştır. Bu nedenle, eserin ikame müteahhid tarafından yapılması esnasında kazaen meydana gelen zarardan ve ikame müteahhit tarafından karşılanmayan sonuçlarından ilk müteahhit sorumlu olur<sup>167</sup>. Buna karşılık, iş sahibine yüklenebilecek, yani onun sorumlu olması gereken bir sebeple eserde bir zarar meydana gelirse, ilk müteahhit bundan sorumlu tutulamayacaktır<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> TANDOĞAN, s.64; ARAL, s.354.

<sup>165</sup> KOCAAĞA, s.192.

<sup>166</sup> "...Esasen sözleşmenin taraflarının vecibelerini ifa ederlerken, kendilerinden beklenmesi gereken tüm dikkat ve özeni göstermeleri gerekir. Davalının olayda inşaatı yaparken gerekli dikkat ve itinaı gösterdiğinden söz edilemez. İşin başında taşıyıcı sistemlerini çürük imal eden, projeyi tasdik ettirmeyen, proje dışı işler yapan (ki bu işler iskân izni alınmasına engel olacak biçimdedir.) müteahhide güven duygusunun yok olacağı açıktır. Hele, ayıplı işleri ikmal etmeyi reddeden bir kişiyle (müteahhit) sözleşmeyi devama davacıyı (iş sahibini) zorlamak, hakkaniyet kurallarına ve hayatın olağan akışına tamamen ters düşer..." Yarg. 15. HD. T:27.6.1996, E:1996/2484 – K:1996/3691 sayılı kararı, KAZANCI (Erişim, 14.03.2010).

<sup>167</sup> SELİÇİ, s.113, TANDOĞAN, s.62; KOCAAĞA, s.193.

<sup>168</sup> SELİÇİ, s.113, TANDOĞAN, s.63.

### 2.1.2.3.4.3. Özen borcuna aykırılıktan dolayı iş sahibinin istisna sözleşmesinden dönmesi

Çalışmamız bakımından önemli olan noktalardan bir tanesi de özen borcuna aykırılıktan dolayı iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olup olmadığıdır. BK. m. 358/f.2'ye göre özen borcunun yerine getirilmemesi nedeniyle eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde meydana getirileceğinin kesinlik kazandığı hallerde, müteahhit, işi düzeltmesi için verilen süreye rağmen gerekli düzeltmeleri yapmazsa, iş sahibini işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine sözleşmeden dönme yoluna gidip gidemeyeceği hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Müteahhidin özen yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi halinde, eğer işi üçüncü kişiye yaptırmak mümkün görünmüyorsa (örneğin müteahhidin kişisel niteliklerinin önem taşıdığı bir iş söz konusu ise) veya üçüncü kişiye bırakma halinde iş vaktinde bitmeyecek ise, iş sahibi müteahhide verdiği mehil sonunda BK. m. 106 ve 108 uyarınca akitten rücu ederek menfi zararının tazminini talep edebilir<sup>169</sup>. Bu hakkı kullanmak için sözleşmede kararlaştırılan sürenin geçmesi beklenilmemeli, zaten verilen süreye rağmen gerekli düzeltmeleri yapmayan müteahhit ile sözleşmeye devam etmek mümkün olmadığından, iş sahibi BK. m. 106 vd. maddelerindeki seçimlik haklarından birisi olan akdin feshi hakkını kullanmalıdır. Şu hâlde, borçlunun temerrüdünde, dönmeye ilişkin BK. m. 106 vd., BK. m. 358/f.2'de öngörülen durumlarda da uygulanabilir. Yani müteahhit verilen süre içinde ayıbı gidermez veya işi sözleşmeye uygun hâle getirmezse, iş sahibi, işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine, sözleşmeden dönebilir<sup>170</sup>. 4735 sayılı KİK.'in 20. ve 25. maddeleri uyarınca da,

<sup>169</sup> YAVUZ, s.509; TANDOĞAN, s.48

<sup>170</sup> TANDOĞAN, s. 69; SELİÇİ, s. 114; YAVUZ, s. 510; ARAL s. 354; Yarg. 15. HD. 30.05.1996 tarih ve E.1303, K.3035 sayılı kararından: "...davalının, BK'nun 106. maddesinin sağladığı sonuçlardan yararlanmak üzere, aynı yasanın 358/II. maddesi uyarınca akdi feshedebileceğine ve oluşa göre de davacıya verilecek bir mehilden de sonuç alınamayacağı (BK. m. 107) anlaşılması bulunmasına göre, davalı kooperatifin fesihte haklı olduğunun kabulü gerekir..."; Yarg. 15. HD 11.4.1990 tarih ve E. 3936, K. 1735 sayılı kararından: "... Olayda, işin devamında inşaatın ayıplı olduğu kesin biçimde anlaşılması, taşıyıcı sistemin takviyesinin gerekli olduğu sabit görülmüştür. Bunun dışında, özellikle 2. bodrum katın projeye aykırı yapılması nedeniyle iskân ruhsatının alınmasının mümkün olmadığı anlaşılmuştur. Bu durumda, davacı iş sahibinin Borçlar Kanununun 358. maddesine dayanarak inşaatın sağlamaştırılmasını istemeye hakkı bulunmaktadır. Bunun için davalıya durumu bildirip mehil verecektir. Bu şekildeki bir ayıp ihbarının yapıldığı ve mehilin verildiği konusunda, ispat için yazılı bir

müteahhidin taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işin yapılması veya teslimi sırasında fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalât yapması hâllerinde de idare sözleşmeyi feshedebilir. Aynı hüküm YİĞŞ. m. 48/f.2’de de yer almaktadır, ayrıca BİĞŞ. m. 47/f.2’de iş sahibinin “sözleşmeyi bozmak hak ve yetkisi” açıkça düzenlenmiştir.

Nitekim BK. m. 358/f.1’de, müteahhidin eseri meydana getirme borcunda gecikmesi hâlinde, iş sahibinin teslim için kararlaştırılan tarihten önce sözleşmeden dönebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. BK. m. 358/f.2’nin amacı, iş sahibini, müteahhidin eseri meydana getirme borcunda gecikmesinde olduğundan (BK. m. 358/I) daha kötü bir konuma sokmak olmayıp, aksine, BK. m. 106’daki seçimlik haklara ilâveten, işi üçüncü kişiye yaptırma hakkı tanımak suretiyle, ona daha elverişli bir konum sağlamaktır<sup>171</sup>.

Buna karşılık *Aral*<sup>172</sup>, ancak işin üçüncü kişiye yaptırılmasının uygun olmayan sonuçlar doğuracağı, özellikle eserin ayıpsız veya sözleşmeye uygun olarak yapılmasının imkânsız olduğu veya üçüncü şahsın eseri zamanında bitiremeyeceği hâllerde, BK. m. 358/f.1’in kıyasen uygulanması suretiyle, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğini kabul etmektedir. Aynı şekilde, müteahhit işi şahsen ifa ile yükümlü olup, yerine başka birisi konulamayacaksa veya mevcut duruma göre, iş sahibinden onun yerine geçecek bir müteahhidin konulması istenemeyecekse, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir.

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi, ister BK. m. 106-108’e ister BK. m. 358/f.1’in kıyasen uygulanmasına dayandırılınsın, bu dönme ilke olarak geçmişe etkili (ex tunc) sonuç doğurur<sup>173</sup>. Bu kuralın bazı istisnaları olup olmadığı, yani bazı hâllerde geçmişe etkili dönme yerine, ileriye etkili fesih uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalara yol

---

*belgeye lüzum yoktur. Ayıp ihbarının yapıldığının şahitle ispatı mümkündür. Dosyada mevcut şahit ifadelerinden ve özellikle H.K.’ın beyanından, inşaattaki ayıbın davalıya bildirildiği ve usulüne uygun yapılmasının istendiği, buna rağmen davalının anlaşmaya yanaşmadığı ve takviye işlerini kesinlikle reddettiği görülmektedir. Bu durumda, davacı Borçlar Kanununun 358. Maddesindeki koşulları yerine getirmiş, ihtarı semeresiz kalmış olmakla, akdi feshetmekte haklı olduğu nun kabulü gerekir. Davalının sonradan ayıpları gidereceğini bildirmesi sonucu değiştirmez...*”, MEŞE (Erişim, 01.02.2010)

<sup>171</sup> ŞENOCAK, s. 192; KOCAAĞA, s.197.

<sup>172</sup> ARAL, s. 354.

<sup>173</sup> ARAL, s. 361; TANDOĞAN, s.70; YAVUZ, s. 510; SELİÇİ, s.114 vd.

açmıştır. Bu tartışmalar, özellikle işin zamanında bitirilemeyeceğinin önceden belli olması hâlinde sözleşmeden dönmeyi öngören BK. m. 358/I'in ve eserin kararlaştırılan tarihte tamamlanamaması yüzünden müteahhidin temerrüde düşmesi hâlinde BK. m. 106-108'in uygulanması dolayısıyla ortaya çıkmıştır.

Belirtmek gerekir ki, iş sahibinin BK. m. 358/f.1 uyarınca sözleşmeden dönmesi, esas itibariyle BK. m. 108'de öngörülen genel hükümlere uygun sonuçlar doğurur. Buna göre, dönmeye sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Bu durumda iş sahibi, ücret ödemeyi reddedebileceği gibi, daha önce ödediği ücretin iadesini de isteyebilir. Buna karşılık, eserin daha önce yerine getirilmiş kısmını iade eder<sup>174</sup>.

*Aral'a* göre<sup>175</sup> ise, daha önce yapımına başlanan işlerde, iş sahibi, işin yapılan kısmını alıkoymak ve bu kısmın bedelini ödemek suretiyle, sözleşmeyi ileriye etkili olarak (ex nunc) sona erdirebilir.

Çalışmamızda istisna sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu kabul ettiğimizden buna bağlı olarak da geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağı savunuyoruz.

## **2.2. ESERİ BİZZAT YAPMA VEYA YÖNETİMİ ALTINDA YAPTIRMA BORCUNA AYKIRILIKTAN DOLAYI SÖZLEŞMEDEN DÖNME**

Herhangi bir borç münasebetinde, borçlunun borcunu şahsen ifa etmekle mükellef olup olmadığı hususu BK. m. 67'ye göre tayin edilir<sup>176</sup>. Bu hükme göre, "*borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir*". Müteahhit, BK. m. 67'deki kuralın aksine, işi bizzat yapmağa veya kendi yönetim ve denetimi altında yaptırmaya mecburdur. Zira iş görme sözleşmeleri, özellikle istisna sözleşmeleri, borcun mutlaka borçlu tarafından ifa

<sup>174</sup> ARAL, s. 356; TANDOĞAN, s.141.

<sup>175</sup> ARAL, s. 356.

<sup>176</sup> KILIÇOĞLU, M. Ahmet, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD., 1975, C.32, Sayı 1-4, s.185: "*Kanun burada borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi hususunda bir kaide değil, istisna hükmü koymaktadır. Kaide borcun herkes tarafından ifa edilebilmesidir.*"



edilmesinde alacaklının menfaati bulunan sözleşmelerdir<sup>177</sup>. Fakat işin mahiyetine göre kişisel becerisinin önemi yoksa işi başkasına da yaptırabilir (BK. m. 356/f.2)<sup>178</sup>. Böylece yapılacak eserin -sanat eserlerinde olduğu gibi- müteahhidin maddî ve fikrî kişisel yeteneklerine sıkı sıkıya bağlı olduğu durumlarda, eserin bizzat müteahhitçe yapılması gerekecektir<sup>179</sup>. Örneğin bir ressama ısmarlanan tabloda, moda tasarımcına ısmarlanan elbisede olduğu gibi. Bu tür durumlar dışında eserin, genellikle müteahhidin yönetimi altında başkasına yaptırılması mümkündür. Özellikle inşaat sözleşmeleri bakımından, tüm inşaatın bizzat müteahhit tarafından yapılmasını beklemek mümkün değildir.

BK. m. 356/f.2, müteahhidin yüklendiği işi bizzat yapmaya veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecbur olduğunu belirterek, işin mahiyetine göre, kişisel maharetin önemli olmadığı hallerde taahhüt ettiği inşaatı bir başkasına, örneğin taşeronla yaptırmaya imkân vermektedir<sup>180</sup>. Kişisel becerilerin eserin meydana getirilmesinde önemli olmadığını veya iş sahibi tarafından başkasına yaptırma konusunda yetkilendirildiğini ispat külfeti müteahhidin sırtındadır<sup>181</sup>.

Müteahhidin borcu birden fazla edimi içinde bulunduran bir borç ise ve borçlardan yalnızca bir kısmı bakımından müteahhidin kişisel becerisi önem taşıyorsa müteahhidin sadece o edimler bakımından BK. m. 356/f.2 kapsamında sorumluluğu doğar ve müteahhit işin kalan kısımlarını başkalarına yaptırabilir<sup>182</sup>.

BK. m. 356 emredici nitelikte bir hüküm değildir, bu nedenle taraflarca aksi kararlaştırılabilir<sup>183</sup>. Örneğin, meydana getirilecek eserde müteahhidin kişisel becerisi

---

<sup>177</sup> KILIÇOĞLU, (Şahsen Yapma), s.186.

<sup>178</sup> HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.354; TANDOĞAN, s.71; ZEVKLİLER, s.314; GÖKYAYLA, s.148; TUNÇOMAĞ, s.993; KILIÇOĞLU (Şahsen Yapma), s.188.

<sup>179</sup> Müteahhidin kişisel becerisi, eserin meydana getirilmesinde önemli olsa dahi, iş sahibinin sonradan işi başkasına yaptırılmasına icazet vermesi mümkündür. Bkz. TANDOĞAN, s.73; ARAL, s.338.

<sup>180</sup> Yarg. 15. HD.'nin 10.12.1990 tarih 1990/2197E. – 1990/2583K. sayılı emsal kararında aynen “Sözleşmede inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı taraflarca kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir” denmektedir. MEŞE (Erişim, 21.01.2010)

<sup>181</sup> TANDOĞAN, s.72; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.3, İstanbul 2004, s.211; YAKUPPUR, s.27; YAVUZ, s.510.

<sup>182</sup> TANDOĞAN, s.72; YAKUPPUR, s.28.

<sup>183</sup> YAVUZ, s.511; TANDOĞAN, s.73; ARAL, s.338; YAKUPPUR, s.27.

önemli olmasa da taraflar eserin sadece müteahhit tarafından meydana getirileceği konusunda veya tersine, müteahhidin kişisel becerisi önemli olsa dahi eserin onun yönetiminde olmaksızın başkalarınınca yaptırılması hususunda anlaşabilirler.

Müteahhidin eseri bizzat kendisinin yapması onun asli edimidir ve buna aykırılık borca aykırılık teşkil eder<sup>184</sup>. Bu halde iş sahibi, eseri teslim almaktan kaçınabilir ve müteahhidi temerrüde düşürebilir. Buna bağlı olarak da iş sahibi sözleşmeyi feshetmek isterse BK. m. 106'nın şartlarına uyarak sözleşmeyi feshedebilir<sup>185</sup>. Özetle anılan hükme göre iş sahibi dilerse müteahhitten ifa ve gecikme tazminatını, dilerse borcun ifa edilmemesinden doğan zararının ödenmesini (müspet zararının), dilerse de sözleşmeden dönme hakkını kullanarak menfi zararın tazminini talep edebilir. Burada dikkat edilmesi gereken, iş sahibinin ifadan vazgeçerek müspet veya sözleşmeyi feshederek menfi zararının giderilmesini talep edebilmesi için kural olarak müteahhide uygun bir mehil vermesi gerektiğidir<sup>186</sup>.

Müteahhit, şahsi yeteneklerin önemli olmadığı durumlarda, eserin meydana getirilmesinde kendisine hizmet sözleşmesi ile bağlı yardımcılarından yararlanabileceği gibi alt müteahhitlerden de yararlanabilir. Başka bir ifade ile müteahhit, eseri meydana getirme borcunu, kendi nam ve hesabına yapacağı bağımsız bir istisna sözleşmesiyle alt müteahhide devredebilir<sup>187</sup>. Hatta *Kılıçoğlu'na*<sup>188</sup> göre, müteahhit sözleşmeye konu eserin meydana getirilmesi konusunda yeteri kadar bilgi sahibi değilse, işi alt müteahhide yaptırmaya mecburdur. İş sahibi ile müteahhit arasındaki istisna sözleşmesi, asıl müteahhit ve alt müteahhit arasındaki istisna sözleşmesinden farklıdır ve her iki sözleşme birbirinden bağımsızdır<sup>189</sup>. Müteahhide hizmet akdi ile bağımlı olarak çalışan ifa yardımcılarından farklı olarak alt müteahhitlerin devredilen işin ifasında asıl

---

<sup>184</sup> OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2009, s.368; TANDOĞAN, s.74.

<sup>185</sup> ZEVLİLER, s.314; TANDOĞAN, s.73; YAVUZ, s.511.

<sup>186</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.401.

<sup>187</sup> ARAL, s.339; TANDOĞAN, s.71; YAVUZ, s.513; YAKUPPUR, s.31; KOSTAKOĞLU, s.359; GÜMÜŞ, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2010, C.2, 1. Bası, s.17.

<sup>188</sup> KILIÇOĞLU (Şahsen Yapma), s.189.

<sup>189</sup> AKKANAT, s.71.

müteahhitten daha uzman olmaları gerekmektedir<sup>190</sup>. Nitekim, asıl müteahhit, uzman bir alt müteahhit seçmediği takdirde gerekli özeni göstermemiş sayılacaktır<sup>191</sup>.

Kural olarak, asıl iş sahibinin taşeronla karşı eserin yapımını ve edimin ifâsını istemeye ve bu hususta ona talimat vermeye hakkı yoktur. Bunlar eserin icrası işini bağımsız olarak üzerlerine almış durumdaki kişilerdir<sup>192</sup>. Taşeron, yaptığı işten dolayı müteahhide karşı sorumlu ve müteahhitten alacaktır. Bu işlerin kusur ve ayıbından iş sahibine karşı müteahhit sorumlu olur (BK. m. 100). Taşeron ile iş sahibi arasında hukukî bir ilişki bulunmadığından, taşeron tarafından yapılan işin bedeli iş sahibinden talep edilemez<sup>193</sup>.

Asıl müteahhit işi devrettiği alt müteahhidin davranışlarından dolayı iş sahibine karşı sorumludur. Onun bu sorumluluğu, işi alt müteahhide devir yetkisinin bulunup bulunmamasına göre farklılık gösterir<sup>194</sup>.

Müteahhidin yasal veya sözleşmesel bir yetkisi olmaksızın işin görülmesine dahil ettiği alt müteahhidin, eserin meydana gelmesi sırasında iş sahibine vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluğunun dayanağının ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>195</sup>, caiz olmayan şekilde alt müteahhit kullanan müteahhit, gerek yetkili olmaksızın bağımsız kişi kullanmaktan dolayı gerekse bağımsız yardımcı kişinin bizzat verdiği zararlardan dolayı iş sahibine karşı BK. m. 96 uyarınca sorumludur. Bu görüşe göre BK. m. 100'ün uygulanması, sadece alt müteahhide işin bırakılmasının caiz olduğu haller ile sınırlıdır. Buna karşılık doktrinde savunulan bir başka görüşe göre<sup>196</sup>, BK. m. 100 sadece müteahhidin alt müteahhide eserin meydana getirilmesini bırakmasının caiz

---

<sup>190</sup> AKKANAT, s.8; TANDOĞAN, s.77.

<sup>191</sup> TANDOĞAN, s.77; KARATAŞ, s.89.

<sup>192</sup> KILIÇOĞLU (Şahsen Yapma), s.190.

<sup>193</sup> Yarg. 15. HD. 5.2.1990 T. ve 1990/355E. – 1990/364K.; "davalılar arasında kat karşılığı inşaat yapımına ilişkin sözleşmeyle davalı müteahhidin yüklendiği inşaatın kalıp işlerini taşeron sıfatı ile yapan davacı ile, diğer davalı arsa sahibi arasında akdi bir ilişki bulunmamaktadır. Sözleşmenin niteliği itibarıyla, inşaatın bedeli arsa sahibi tarafından müteahhide arsa payı olarak ödeneceğinden, taşeronca yapılan iş, arsa sahibi yönünden haksız zenginleşme olarak kabul edilemez. Bu nedenle, davanın arsa sahibi yönünden reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulü usul ve yasaya aykırıdır." MEŞE (Erişim, 02.04.2010)

<sup>194</sup> AKKANAT, s.154; ARAL, s.341.

<sup>195</sup> EREN, s.68.

<sup>196</sup> TANDOĞAN, s.92; AKKANAT, s.59-60; ŞENOCAK, s.22.

olduğu değil, caiz olmadığı hallerde de uygulama alanı bulur. Buna göre caiz olmayan Şekilde alt müteahhit kullanan müteahhit hem BK. m. 96'ya hem de BK. m. 100'e göre iş sahibine karşı sorumlu olacaktır. Bu gibi durumlarda taleplerin yarıŐması söz konusu olacaktır. Ayrıca unutulmaması gerekir ki akdedilen alt istisna sözleşmesi caiz olmasa bile, asıl müteahhit ve alt müteahhit arasında geçerli olarak varlığını sürdürecektir.

Bu iki madde arasındaki farklardan biri, BK. m. 100 uyarınca müteahhit, iş sahibine karşı kusuru aranmaksızın sorumlu olurken, sorumluluğun BK. m. 96'ya dayandırılması halinde asıl müteahhidin kusurunun aranacak olmasıdır. İki madde arasında sorumluluğun Şartları yanında kapsamı bakımından da farklılıklar vardır<sup>197</sup>. Zira BK. m. 100'e göre sadece alt müteahhidin iş sahibine (eser meydana getirme faaliyeti kapsamında) verdiği zararlar müteahhitten talep edilebilirken, BK. m. 96'ya göre müteahhidin caiz olmayan Şekilde alt müteahhit kullanmasıyla illiyet bağı içerisinde olan her türlü zararın tazmini istenebilir. Örneğin müteahhidin caiz olmayan Şekilde iş görmeyi bıraktığı alt müteahhit iş sahibinin sırlarını öğrenerek bir zarara sebep olmuşsa, söz konusu zarar ancak BK. m. 96'ya göre iş sahibince asıl müteahhitten istenebilir<sup>198</sup>.

Kanaatimizce yetkisi olmadan üçüncü kişiye baŐvuran ve borcunu ifa ettiren müteahhit hakkında BK. m. 100'n uygulanmasına gerek yoktur. Zira bu halde Müteahhidin kusurlu olduğu sabit olduğundan BK. m. 96 hükmünün uygulanması yeterli olacaktır.

Buna göre yetkisi olmadığı halde, işi kendi yönetimi altında yaptırma borcuna aykırı hareket ederse, doğrudan bu borca aykırılık teşkil eden davranışı sebebiyle sorumluluğu gerçekleşecektir. Böylece işi kendi yönetimi altında yaptırma borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmeyen müteahhit, kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu sebeple iş sahibinin uğradığı zararı BK. m. 96 vd. hükümlere göre gidermekle yükümlü olacaktır<sup>199</sup>. Çalışmamız açısından esas önemli nokta ise iş sahibinin sözleşmeden döneme hakkına sahip olup olamayacağıdır. Bu durumda, iş sahibi tarafından BK. m. 101/f.1'e göre çekilecek ihtarla, borçlu temerrüdüne düŐürülecek müteahhit hakkında,

---

<sup>197</sup> AKKANAT, s.161; ŞENOCAK, s.22.

<sup>198</sup> AKKANAT, s.161.

<sup>199</sup> YAVUZ, s.511; AKKANAT, s.160; ARAL, s.341; KILIçOğLU (Şahsen Yapma), s.197.

BK. m. 106/f.2 hükmünce seçimlik haklardan biri tercih edilebilecek yani iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir<sup>200</sup>.

Eserin icrasının alt müteahhitlere yetkili bir şekilde devri halinde, kusurlu ifadan dolayı müteahhidin sorumlu tutulup tutulmayacağı konusunda kanunda bir hüküm mevcut değildir. Müteahhit, ikame ettiği kimsenin yalnız seçiminden ve buna verilen talimattan sorumlu kalacak şekilde, eserin icrasını alt müteahhitlere devredemez. Müteahhit, alt müteahhitlerin ve onların yardımcılarının kusurlu her hareketleriyle iş sahibine verdikleri zararlardan sorumludur. Müteahhidin alt müteahhitler dolayısıyla sorumluluğu BK. m. 100'e dayanmaktadır<sup>201</sup>.

Müteahhidin, istisna sözleşmesiyle üstlendiği işi iş sahibi adına ve hesabına yaptığı bir sözleşmeyle üçüncü bir kişiye bırakması, eseri alt müteahhitlere yaptırmasından farklıdır ve burada BK. m. 356/f.2 uygulanamaz. Buna rağmen müteahhit işi iş sahibi adına ve hesabına başkasına devrederse, asıl istisna sözleşmesine aykırı davranmış ve yetkisiz temsilci sıfatıyla hareket etmiş olur ve BK. m. 38-39 uygulama alanı bulur. İşin kısmen veya tamamen müteahhit tarafından bir başka müteahhide yetkisiz olarak devredilmesi iş sahibi tarafından BK. m 38'e göre icazet verildiği takdirde geçerlidir. Bu durumda, iş sahibi ilk müteahhit ile ikinci müteahhit arasında yapılan sözleşmenin alacaklı ve borçlusu durumuna girer ve ilk müteahhit, bundan sonra yapılan işlerin sorumluluğundan kurtulur<sup>202</sup>. İş sahibi icazet vermekten kaçınırsa, yetkisiz bir müteahhit ile sözleşme yapan ikinci müteahhidin, iş sahibine karşı herhangi bir istemde bulunmaya ve özellikle yaptığı işten dolayı bir ücret talebine hakkı yoktur.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir kararında, kat karşılığı inşaatı yüklenen müteahhidin, işi üçüncü bir şahsa devretmesini, borcun nakli niteliğinde saymış ve iş sahibi olan alacaklının açık ve zımnî muvafakati olmadıkça, borcun naklinin gerçekleşmeyeceğini kabul etmiştir<sup>203</sup>.

<sup>200</sup> KARAHASAN (ÖBİ), s.103 vd.; YAVUZ, s.513.

<sup>201</sup> KILIÇOĞLU (Şahsen Yapma), s.198; AKKANAT, s.155; GÜMÜŞ, s.18.

<sup>202</sup> YAVUZ, s.516.

<sup>203</sup> Yarg. 15. HD. T: 07.02.1985 E:1984/4380 – K:1985/385sayılı kararı; *"davacıların murisi ile davalı yüklenici arasında akdedilen kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşaatın davalı tarafından tamamlanmadan terkedildiği nedeniyle açılan tazminat davasında, davalı inşaatı üçüncü kişi müteahhide*

Konuyu DİK., KİK. ve Genel Şartnameler bakımından ele alacak olursak;

DİK. m. 66'da, "*sözleşmenin devri*" başlığı altında, müteahhidin "*işi tümüyle veya kısımlar halinde hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemeyeceği*" şeklinde çözüme bağlanmış ve DİK. m. 62'ye yapılan atıfla en az 10 gün süreli ihtara rağmen, aynı durumun devamı halinde sözleşmenin feshedileceği belirtilmiştir. Yine BİGŞ. m. 46, aynı başlık altında, şu düzenlemeyi getirmektedir: "*Müteahhit üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez. Devredebilmesi için birinci derece veya yetkili bulunan ikinci derece ita âmirinin yazılı izninin alınması gereklidir. Ayrıca, devir alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. Müteahhidin izinsiz devir yapması halinde sözleşme bozulur ve müteahhit hakkında 2886 sayılı Kanununun 62 nci maddesi hükümleri uygulanır*". Aynı şekilde BİGŞ. m. 18/f.5'e göre "*İdare, taşeronlar aracılığı ile yapılmasını sakıncalı gördüğü her hangi bir iş bölümünün doğrudan doğruya müteahhit tarafından yapılmasını her zaman isteyebilir. Taşeronların idareye karşı hiçbir sıfat ve yetkileri olmayıp bunlara yaptırılan tüm işlerden müteahhit sorumludur*".

KİK. m. 15'e göre, "İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt müteahhitlere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt müteahhitlerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt müteahhidin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu müteahhidin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz".

Görüldüğü üzere, bayındırlık işlerinin önemli bir kısmında işi kendi yönetimi altında yaptırma borcu kural olarak kişisel niteliğini korumaktadır.

---

*devrettiğini, durumu davacılar da bildirdiğini savunmuş; mahkemece inşaatın devredildiği savunması kabul edilerek husumet yönünden dava reddedilmiştir. Gerçekte, borcun nakli icabının alacaklı iş sahibi tarafından kabulü ile nakil sözleşmesi kurulmuş olur. Kabul açık veya örtülü olabilir (BK. 174/3). Üçüncü kişi tarafından borçlu adına değil, kendi adına yapılan bir kısım ifâyı alacaklının herhangi bir ön koşul ileri sürmeden kabul etmesi, borcun naklinin örtülü olarak kabulü sayılabilir ise de, inşaat mahalline sorumlu olarak isminin asılması veya borçlu müteahhit tarafından adına tapuda pay geçirilmesi, alacaklı iş sahibinin devir sözleşmesini örtülü şekilde kabulünü gösteren yeterli bir kanıt değildir. Olayda örtülü veya açık şekilde borcun nakline muvafakat bulunmadığına göre, yüklenicinin davacı alacaklıya olan ifâ yükü ortadan kalkmaz. Bu durum gözetilmeden davanın husumetten reddi usul ve yasaya aykırıdır..." MEŞE (Erişim tarihi – 15.02.2010).*

### 2.3. İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE DEVAM ETME BORCUNA AYKIRILIKTAN DOLAYI SÖZLEŞMEDEN DÖNME

İstisna sözleşmesinde müteahhidin işe zamanında başlama ve işi sürdürme borcu müteahhidin sözleşmeden doğan asli edim yükümleri arasında yer alır<sup>204</sup>. Yine bu borcun müteahhidin eseri sadakat ve özenle yerine getirme borcunun gereği olduğu belirtilmektedir<sup>205</sup>. Müteahhidin işe zamanında başlama ve sürdürme borcu, Borçlar Kanununun özel borç ilişkilerini düzenleyen hükümleri arasında 358. madde ile düzenleme bulmuştur. Müteahhit bu madde gereğince işe sözleşmede kararlaştırılan zamanda veya belirli bir zaman kararlaştırılmamışsa hemen başlayacak ve sözleşmeye uygun olarak işi yapmaya devam edip eseri meydana getirecektir. BK. m. 358/1'e göre *"Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkân vermiyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir"*. Kanunla getirilen bu düzenleme, müteahhidin borcunun sadece edim sonucuna ilişkin olmadığını, aynı zamanda eseri meydana getirirken uyması gereken yükümlülükleri olduğunu göstermektedir. Eseri meydana getirme sürecindeki davranışların da istisna sözleşmesinde hukuken bir öneme sahip olması öğretide istisna sözleşmesinin ani edimli nitelikte olmadığına kanıt olarak gösterilmiştir<sup>206</sup>. Her ne kadar eserin meydana getirilmesi belli bir zaman olsa da önemli olan eserin tamamlanıp teslim edilmesidir. Eseri meydana getirme sürecinde davranışlara bağlanan hukuksal sonuçlar da aslında eseri meydana getirip teslim etme borcunun gereği gibi ifası amacına yöneliktir. Bazı durumlarda özellikle eserin kısım kısım yapılarak teslim edilmesinin kararlaştırıldığı sözleşmelerin süreklilik taşıdığı<sup>207</sup> ileri sürülse de istisna sözleşmesi kural olarak eserin tamamının meydana getirilip teslim edildiği bir sözleşmedir ve bu nedenle ani edimlidir.

<sup>204</sup> ŞENOCAK, s. 25; ARAL, 354; TANDOĞAN, s. 67; SELİÇİ, s. 79.

<sup>205</sup> KARATAŞ, s. 108.

<sup>206</sup> ŞENOCAK, yüklenicinin eser meydana getirme yükümlülüğünün hem iş görme edimini hem de iş görmenin sonucunu içeren karmaşık bir yükümlülük olduğunu ve eser sözleşmesinin ani edimli değil geçici-sürekli karmaşık bir sözleşme olduğunu ileri sürmektedir. ŞENOCAK, s. 9-12.

<sup>207</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde edimler zaman içinde ve bölümler halinde ifa edilmektedir, bu nedenle ani edimli nitelikte değildir. ERMAN, s. 8

### 2.3.1. BK. m. 358/1 Hükümüne Göre Müteahhidin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu

#### 2.3.1.1. Müteahhidin İşe Zamanında Başlama Borcu

Müteahhit istisna sözleşmesi ile üstlendiği eser yapma borcunu sözleşmeye ve kanuna uygun ifa edebilmek için işe zamanında başlamakla yükümlüdür. Müteahhidin buna aykırı davranışı halinde eserin teslim edileceği veya tamamlanacağı tarih taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamışsa, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye gerek kalmaksızın BK. m. 358/f.1 uyarınca sözleşmeden dönebilir. Eğer taraflar sözleşmede bir teslim veya tamamlama tarihi belirtmişlerse, BK. m. 358/f.1'e göre dönme, ancak eserin tesliminin veya tamamlanmasının kararlaştırılan tarihe yetişmeyeceği kesin olarak öngörülebiliyorsa mümkündür<sup>208</sup>. *Seliçi'nin* de haklı olarak belirttiği üzere<sup>209</sup> teslim tarihinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde işe ne zaman başlayacağına müteahhit karar verir, ne kadar sürede tamamlayacağını hesaplamak müteahhide düşen bir ödevdir ve bu nedenle işe zamanında başlamadı diye sözleşmeden dönme yoluna gidilmesine ender olarak rastlanacaktır. İşe başlama doğrudan eserin meydana getirilmesine yönelik iş görme fiillerine başlama anlamına gelir. Bu nedenle sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, doğrudan iş görme faaliyetlerini gerçekleştirmeye yönelik hazırlık faaliyetlerinin yapılması, iş görme fiilini oluşturmaz<sup>210</sup>. Örneğin, inşaat ruhsatının alınması, gerekli malzemelerin sağlanması hazırlık faaliyetleri kapsamındadır<sup>211</sup>.

İstisna sözleşmelerinde işe başlama tarihi açıkça belirtilmek zorunda değildir. Bu durumda işe başlama tarihi, işin niteliğine göre belirlenir<sup>212</sup>. Örneğin bir ağacın aşılması işi ancak aşı mevsiminde yapılabilir. İşin başlama tarihinin sözleşmeden veya niteliğinden anlayamadığı durumlarda, müteahhit BK. m. 74'e kıyasen, sözleşme kurulduğu tarihten itibaren hemen işe başlamakla yükümlüdür<sup>213</sup>. Aksi halde iş sahibi

<sup>208</sup> ALTAŞ, Hüseyin, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK mad. 358), Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 103; ARAL, s. 355; DAYINLARLI, Kemal, s. 57-58; ÖZ (Dönme), s. 55; KARAHASAN, s. 237; KOSTAKOĞLU, s. 397.

<sup>209</sup> SELİÇİ, s. 83.

<sup>210</sup> GÜMÜŞ, s.34.

<sup>211</sup> Yarg. 15. HD. T:06.11.2002, E:2001/3513 – K:2002/4971, KAZANCI (Erişim Tarihi, 11.10.2009).

<sup>212</sup> GÜMÜŞ, s.34.

<sup>213</sup> ÖZ (Dönme), s.56; YAVUZ, s.518.



BK. m. 106 gereği sahip olacağı hakları kullanabilecektir<sup>214</sup>. Hemen işe başlama sözünü şu şekilde anlamak gerekir: İşe başlaması için bir engel veya yapılması gereken bir hazırlık faaliyeti yoksa vakit kaybetmeden başlamalıdır, eğer makul bir neden olmadığı halde işe başlamıyorsa iş sahibi BK. m. 358'e göre müteahhidi temerrüde düşürebilecektir<sup>215</sup>. Müteahhit hazırlık süresi içinde gerekli hazırlık faaliyetlerine başlamış ve yürütüyorsa (konularında uzman alt müteahhitlerle anlaşılması, proje çizimi için mimarla anlaşılması, inşaat ruhsatı için başvuru yapılması, vs.), BK. m. 358/f.1 uyarınca sözleşmeden dönme mümkün değildir. Ancak müteahhidin zorunlu veya adet olan süre içerisinde hazırlık fiillerini kendisine yüklenen sebeplerle tamamlayamaması durumunda, diğer şartlarında gerçekleşmesiyle dönme hakkını kullanabilir. Hazırlık faaliyetlerini tamamlamış olan müteahhit gecikmeksizin iş görme faaliyetlerine girişmezse yine işe başlamamış sayılır.

### **2.3.1.2. Müteahhidin İş Sürdürme Borcu**

Müteahhit işe zamanında başladığı gibi olması gereken hızda ve tempoda işe devam etmekle de yükümlüdür. Bu nedenle müteahhidin sözleşmeye aykırı olarak işi bırakması veya ertelemesi borca aykırılık oluşturur. Teslim süresinin belli olduğu istisna sözleşmelerinde, işi sürdürme borcuna aykırılık halinde, müteahhidin temerrüde düşürülerek dönme hakkının kullanılabilmesi, kalan sürede işin tamamlanmasının olanaksızlığına bağlı tutulmaktadır<sup>216</sup>.

Müteahhit eseri meydana getirmeye yönelik doğrudan iş görme faaliyetine başlamış olsa bile, işi sözleşmeye veya işin niteliğine göre olması gereken çalışma temposundan daha yavaş olarak görüyor veya iş görmeyi kesintiye uğratiyorsa, iş görme erteleniyor demektir<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> YAVUZ, s.518.

<sup>215</sup> GÜMÜŞ, s.34.

<sup>216</sup> GÜMÜŞ, s.35; ALTAŞ, s. 103; ARAL, s. 355; ÖZ, s. 57; DAYINLARLI, s. 57-58; KARAHASAN, s. 237; KOSTAKOĞLU, s. 397. Bu görüşteki yazarlar teslim süresinin belli olmadığı sözleşmelerde 358/1'in uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı düşünmektedir: ÖZ ve ALTAŞ, 358/1'in uygulanabileceği görüşündedir, DAYINLARLI, KOSTAKOĞLU ve KARAHASAN ise sadece 106. maddenin uygulanabileceği görüşündedir.

<sup>217</sup> ÖZ, s.57; ALTAŞ, Dönme Hakkı, s.102.

Çalışma hızı, temposu her bir istisna sözleşmesine dayalı iş görme faaliyetleri için, işin niteliği ve müteahhidin sahip olduğu veya kendisine sağlanan imkanlar göz önünde tutularak, ayrı ayrı belirlenir<sup>218</sup>. Örneğin iş sahibi müteahhidi seçerken, kullandığı teknolojiyi, çalışan sayısının fazla olmasını göz önünde bulundurmuşsa müteahhitten işi hızlı görmesini bekleyebilir.

BK. m. 358/f.1'e dayalı olarak sözleşmeden dönebilmek için işin ertelenmesinin müteahhide yüklenebilen sebeplerden kaynaklanması gerekir. Aksi halde BK. m. 358/f.1 hükmü uygulanamaz. Örneğin müteahhit inşaaata devam ettiği sırada hiçbir kusuru olmadığı halde idarece inşaat ruhsatı iptal edilirse, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır.

### **2.3.1.3. Teslim Süresinde Tamamlanması Olanaksız Derecede İşin Gecikmiş Olması**

İş, süresinde tamamlanamayacak ölçüde gecikmiş ise bu durumda iş sahibi, teslim tarihini beklemeden müteahhidi temerrüde düşürme ve bu arada sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Bu durumda diğer durumlardan farklı olarak mehil verilmesine gerek yoktur, çünkü 107. maddeye göre mehil verilmesi faydasız ise mehile gerek olmadan alacaklı seçimlik haklarını kullanabilmektedir. Bu nedenle böyle bir durumda iş sahibi ihtar çekerek temerrüde düşürebilecek ve mehil vermeden sözleşmeden dönebilecektir<sup>219</sup>. İşin yürütülmesindeki gecikmenin işin tamamlanamayacak ölçüde olması biçiminde özel bir temerrüt durumunun öngörülmesinin nedeni mehil verilmesine gerek olmayan bu hali diğerlerinden ayırmaktır. Öğretide ve Yargıtay kararlarında işin tamamlanamayacak ölçüde gecikmesi üç durumda da erken temerrüde düşürebilmenin koşulu olarak görülmüştür<sup>220</sup>. Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre yasa üç durumu birbirinden ayrı tutmuş ve işin tamamlanamayacak ölçüde gecikmesini özel bir durum olarak öngörmüştür, diğer iki durumda bu ölçüde bir

---

<sup>218</sup> GÜMÜŞ, s.36.

<sup>219</sup> Bu durumda süre vermenin gerekli olmadığına ilişkin bakınız: ÖZ (Dönme), s.62; ALTAŞ, s.105; SELİÇİ, s.85

<sup>220</sup> ARAL, s.35: teslim süresi belli ise süresinde bitirilmesinin imkânsız olmasını aramaktadır, teslim süresi belli değilse ifa zamanının tayin edilerek süresinde ifa edilmemesi halinde temerrüde düşürüleceğini kabul etmektedir, dolayısıyla vade belli değil ise erken temerrüdün uygulanmasını kabul etmemektedir.

gecikmeye gerek yoktur, diğerlerinde dönme hakkının kullanılması için mehil verilmesi gerekirken bu seçenekte mehil verilmesine gerek yoktur<sup>221</sup>.

İşe zamanında başlanmaması veya devam edilmemesi halinde işin tamamlanamayacak ölçüde gecikmesi aranmadan sözleşmenin feshedilebileceği 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca çıkarılan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 47. maddesi ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca çıkarılan Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 48. maddesinde açıkça kabul edilmektedir. BİGŞ'nin 47. maddesine göre sözleşme yapıldıktan sonra müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine göre yerine getirmemesi halinde, idarenin noter aracılığı ile göndereceği bir uyarı yazısı ile ve nedenleri açıkça belirtilerek gereğinin yapılması için kendisine belirli bir süre verilir. Bu süre ivedi durumlar dışında on günden aşağı olamaz. Verilen bu süre sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikme cezasının uygulanmasını da engelleyemez. Bu süre içinde müteahhit, uyarı yazısındaki talimata uymazsa ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın idare, sözleşmeyi bozmak hak ve yetkisine sahip olur. YİGŞ'nin 48. maddesine göre ise müteahhidin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde idare sözleşmeden dönebilir.

### **2.3.2. BK. m. 358/1 Hükmüne Göre Erken Temerrüde Düşürmenin Koşulları**

Temerrüde düşürme, borçlunun borcunu ifada gecikmesi demek olduğuna göre temerrüt, borçlunun sözleşmeye uymadığını, borca aykırı davrandığını gösterir. Bu nedenle borca aykırılığın koşulları BK. m. 358'de düzenlenen erken temerrüt bakımından da aranacaktır.

Temerrüdün gerçekleşmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmez. Ancak işe zamanında başlanmaması veya işin sürdürülmemesi borca aykırılık teşkil etmelidir<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> YAVUZ, s.519.

Eğer iş sahibine yüklenebilir bir durum varsa, örneğin iş sahibi yapması gereken bir hazırlık eylemini yapmamış ise veya zorlayıcı bir neden söz konusu ise, müteahhidin borca aykırı davrandığından söz edilemez<sup>223</sup>. İş sahibine yüklenebilir nedenlere örnek olarak, gerekli kurumlarda işlemlerin yürütülmesi için gerekli vekaletnamenin verilmemesi, malzemenin geç verilmesi, inşaat yerinin zamanında teslim edilmemesi, inşaat sahibinin istekleri veya inşaatın yürütülmesi sırasında verilen talimatlar gösterilebilir<sup>224</sup>. Ayrıca sözleşmeye aykırı davranış ile gecikme arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır<sup>225</sup>.

Temerrüde düşürmek için BK. m. 101’de öngörüldüğü üzere alacaklının ihtar çekmesi gereklidir<sup>226</sup>. BK. m. 101’e göre belirli bir vade söz konusu ise vadenin dolması halinde ihtara gerek kalmaz ama erken temerrütte vadeyi beklemeden temerrüde düşürüldüğüne göre ihtar gereklidir. Ayrıca dönme hakkı da içinde olmak üzere 106. maddeye göre iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşüren alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için borçluya uygun bir mehil tanınması gereklidir. Eğer mehil içinde borçlu gereğini yapmazsa alacaklı seçimlik haklarını kullanabilecektir. Ancak 107. maddede öngörülen durumlardan biri gerçekleşirse ve özellikle işin süresinde tamamlanması olanaksız ise mehil vermeye gerek kalmadan iş sahibi seçimlik haklarını kullanabilir.

### **2.3.3. BK. m. 358/1 Hükmüne Göre Erken Temerrüde Düşürmenin Sonuçları**

BK. m. 358/1’e göre iş sahibi vadeyi beklemeye mecbur olmaksızın sözleşmeden dönebilir. BK. m. 358 kural olarak bütün istisna sözleşmesi tiplerinde uygulanabilir<sup>227</sup>. Ayrıca iş sahibi olan alacaklı BK. m. 358’de açıkça öngörülme de BK. m. 106’ya göre aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı isteyebileceği gibi aynen ifadan vazgeçerek

---

<sup>222</sup> ARAL, s.355; DAYINLARLI, s.58; TANDOĞAN, s. 115; ÖZ (Dönme), s.52; SELİÇİ, s.82.

<sup>223</sup> TANDOĞAN, s.115-117; ÖZ (Dönme), s.52-53; SELİÇİ, s. 82; KARAHASAN (ÖBİ), s. 235-236. TANDOĞAN, zorlayıcı nedenin varlığı halinde süre uzatımının gerektiğini belirtmektedir. ALTAŞ ise zorlayıcı nedenin illiyet bağı kesmesi nedeniyle yükleniciye isnat edilemeyeceğini savunmaktadır. Bkz. ALTAŞ, s. 99.

<sup>224</sup> SELİÇİ, s.81.

<sup>225</sup> ALTAŞ, s. 99: İşe zamanında başlanmaması veya işin geciktirilmesine neden olan olgular tamamen yüklenicinin dışında gerçekleşiyorsa iş sahibi ifa zamanından önce dönme hakkını kullanamaz.

<sup>226</sup> 107. maddedeki hallerden birinin varlığı söz konusu ise ihtara gerek yoktur. DAYINLARLI (Temerrüt), s. 60.

<sup>227</sup> TANDOĞAN, s.71; ÖZ (Dönme), s.54-55.

müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyebilecektir. Çünkü öğretilerde çoğu yazarın kabul ettiği gibi BK. m. 358, BK. m. 106'nın özel bir hükmü, BK. m. 106., BK. m. 358'in tamamlayıcısıdır<sup>228</sup>. Dönme, temerrüt halinde alacaklının sahip olduğu seçimlik haklardan biri olduğuna göre alacaklının, dönmeden daha hafif sonuçları olan diğer seçimlik haklara da sahip olması gerekmektedir.

Erken temerrüde düşüren iş sahibi BK. m. 106'da kendisine tanınan seçimlik hakların yanında BK. m. 97'ye göre kalan işi gideri müteahhide ait olmak üzere kendisi tarafından ifasına izin verilmesini hâkimden isteyebilir<sup>229</sup>. BK. m. 358/2'ye göre iş sahibi ayıplı iş yapan müteahhide mehil vererek mehil içinde gereğini yapmadığı takdirde hasar ve masraflar müteahhide ait olmak üzere işin başkasına tevdi edilerek tamamlanacağını ihtar edebilir. İş yapmakta temerrüde düşen müteahhide de aynı şekilde mehil tanınarak mehilde gereğini yapmazsa bir başkasına yaptırılacağı ihtar edilebilir. Dolayısıyla iş sahibi, işe zamanında başlamayan veya sürdürmeyen müteahhide ihtar çekerek temerrüde düşürüp mehil verdiği ihtarında işi bir başkasına tevdi edeceğini de bildirebilmelidir.

İş sahibinin dönme hakkını kullanması halinde dönme açıklamasının varmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Geçmişe etkili sona ermenin sonucu ifa edilmiş edimlerin geri verilmesi, ifa edilmeyen borçların ise son bulmasıdır. Dönme hakkının kullanılması halinde taraflarca önceden kararlaştırılmış ceza koşulu iş sahibi tarafından istenemez. Sözleşme ilişkisinin tasfiyesinde geri verme alacağının hukuksal dayanağı sebepsiz zenginleşmedir ve geri verme alacağı bu nedenle bir yıllık zamanaşımına bağlıdır.

---

<sup>228</sup> TANDOĞAN, s.119; DAYINLARLI (Temerrüt), s.62; ALTAŞ, s.98; ARAL, s.357; SELİÇİ, s.79-80; YAVUZ, s.519; KARAHASAN (ÖBİ), s.237. Karşı görüş için bakınız: ÖZ, s. 49-50. ÖZ, bu maddenin erken temerrüdü düzenlemediği, 106. maddenin uygulanamayacağı ve bu nedenle diğer seçimlik hakların da kullanılmayacağı görüşündedir. Gautschi ise yüklenici işe hiç başlamamışsa BK 106. maddedeki seçimlik haklara başvurabileceğini, işe başlamış fakat devamında gecikmişse sadece sözleşmeden dönülebileceğini ileri sürmektedir. ÖZ, s. 49'dan naklen Gautschi, Art. 366 N.2, a.

<sup>229</sup> TANDOĞAN, s. 120; DAYINLARLI, s. 64; ALTAŞ, s. 108; SELİÇİ, s. 81; YAVUZ, s. 519; KARAHASAN, s. 238-239. Karşı görüş için bakınız: ÖZ, s. 51

Dönme halinde iş sahibi ifa ettiği edimin iadesi yanında menfi zararının tazminini de isteyebilir. Menfi zarar sözleşmenin kurulmasına olan güvenin boşa çıkmasından doğan zarardır, sözleşme geçerli olarak kurulsaydı iş sahibinin uğramayacağı zararlar menfi zararını oluşturur. İş sahibinin menfi zararının tazminini isteme hakkı da BK. m. 358’de açıkça öngörülme de BK. m. 106’dan doğan bir haktır. Müteahhit temerrüde düşmekte kusuru olmadığını kanıtlayarak iş sahibinin menfi zararını tazmin etmekten kurtulabilir. Ayrıca gecikme, hiçbir şekilde müteahhide yüklenemiyorsa, iş sahibi haklı bir neden olmadan sözleşmeyi sona erdirdiği için BK. m. 369’a göre yapılmış kısmın bedelini vermek ve kalan kısma ilişkin müteahhidin zararını tazmin etmek zorunda kalır.

#### **2.3.4. BK. m. 358/1 Hükümünün Tamamlayıcı Niteliği**

Borçlar Kanununun istisna sözleşmesini düzenleyen hükümleri genel olarak tamamlayıcı niteliktedir, dolayısıyla taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Bu bağlamda taraflar 358. maddede öngörülen erken temerrüt ve dönme hakkını sözleşmede bertaraf edebilirler. Ancak işe başlama ve eserin teslim tarihinin belirlenmemiş olması, iş sahibinin BK. m. 358 ile kendisine tanınan haklarından vazgeçtiği, tarafların sözleşme ile erken temerrüdü bertaraf ettikleri anlamına gelmez. Başlama ve teslim tarihi sözleşmede kararlaştırılmasa da sözleşme geçerli olarak kurulur ve ayrıca bu durum müteahhidin işe istediği zaman başlayabileceği veya eseri teslim edeceği anlamına gelmez. Başlama tarihi belirlenmemişse müteahhit hemen işe başlamakla ve olağan koşullarda böyle bir eser ne kadar sürede tamamlanırsa o sürede tamamlayıp teslim etmekle yükümlüdür. Bu nedenle işe başlama ve teslim tarihi belli olmasa da iş sahibi müteahhidi 358/1’e göre erken temerrüde düşürerek seçimlik haklarını kullanabilir.

## 2.4. TESLİM BORCUNA AYKIRILIKTAN DOLAYI SÖZLEŞMEDEN DÖNME

### 2.4.1. Müteahhidin Eseri Teslim Borcu

#### 2.4.1.1. Genel Olarak

İstisna sözleşmesinin tarafı olan müteahhit, eseri meydana getirmek ve meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür<sup>230</sup>. Başka bir ifade ile müteahhidin eseri teslim borcu meydana getirme borcu gibi sözleşmenin esaslı unsurlarından biridir<sup>231</sup>. Borçlar Kanununun istisna sözleşmesine ilişkin maddelerinde, iş görme edimine ağırlık verilmiş, eseri teslim yükümüne açıkça yer vermemiştir. Ancak, Borçlar Kanununda istisna sözleşmesiyle ilgili pek çok maddede eseri teslim borcundan bahsedilmesi nedeniyle<sup>232</sup>, istisna sözleşmesinin esaslı unsurlarının eserin imali ile iş görme sonucu olduğunu kabul etmek gerekir. Başka bir ifade ile, müteahhidin eseri meydana getirme borcu, eserin teslimi borcu ile tamamlanmaktadır. Bu nedendir ki, istisna sözleşmesinde borçlanılan iş görme ediminin belirli bir iş görme sonucuna yönelmiş nitelikli bir iş görme edimi olduğu ifade edilmektedir<sup>233</sup>. Bununla birlikte istisna sözleşmesinde müteahhidin taahhüt edilen eserin teslimi yanında imalini de borçlanmasından hareketle istisna sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğu sonucu çıkarılmamalıdır<sup>234</sup>. Her ne kadar istisna sözleşmesinin kurulmasıyla ifanın uzun bir zamana yayıldığı münferit durumlarda uzun süreli bir sözleşme olabilirse de, bu istisna sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir

---

<sup>230</sup> ERMAN, s.29; “Eser sözleşmesinde yüklenicinin temel borcu bir eser meydana getirmek ve meydana getirilen eseri sözleşmede kararlaştırılan zamanda, sözleşme şartlarına uygun olarak arsa sahibine teslim etmektir.”, Yarg. 15. HD. T:21.06.2004, E:2003/6321 – K:2004/3464 sayılı kararı. MEŞE, (Erişim, 23.01.2010).

<sup>231</sup> OZANOĞLU, H. Seçkin, İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart Kayıtları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi., Sayı 1-2, C. 3, Ankara 1999, s.65.

<sup>232</sup> BK. m.358/f.2, m. 359/f.1, m. 360/f.1, m. 363/f.2, m. 364/f.1’de teslimden bahsedilmektedir.

<sup>233</sup> OZANOĞLU, s.64.

<sup>234</sup> OZANOĞLU, s.64-65; ZEVKLİLER, s.304; KARAHASAN (ÖBİ), s.261; ARAL, s.326; YAVUZ, s. 520; ÖZ, (İnşaat), s.125; UYGUR, s.7447. Farklı görüşte GÜRPINAR, s.19: “Ancak kanaatimizce, bu sözleşmenin hem ani edimli, hem de sürekli borç ilişkisi özelliği taşıyan bir sözleşme olduğu görüşü en isabetli olanıdır.”

sözleşme olduğu anlamına gelmez. Müteahhidin borcu ancak, meydana getirilen eserin iş sahibine teslimiyle ifa edilmiş olur.

#### 2.4.1.2. Teslim Borcu Kavramı ve Kanunî Dayanağı

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, istisna sözleşmesinde müteahhit sadece eserin imalini değil, aynı zamanda eserin teslimini de borçlanır. Bu bağlamda eserin imali (meydana getirilmesi) borcu müteahhidin iş görme edimini, eserin teslimi ise maddi edimini oluşturur<sup>235</sup>. İstisna sözleşmesinde, müteahhit eseri zamanında ve eksiksiz olarak, iş sahibine teslim etmeyi borçlanmaktadır. Teslimden amaç, eserin belirlenen yer ve zamanda eksiksiz olarak iş sahibine teslimi suretiyle iş sahibinin ifadaki menfaatini karşılamaktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi istisna sözleşmesi bakımından bu derece önemli olan teslim borcu konusunda, Borçlar Kanunumuzda açık bir hükme rastlanılmamaktadır. Bununla birlikte Borçlar Kanununda teslimden bahseden birçok maddeden, bu borcun kanun koyucu tarafından zımnen kabul edildiği sonucuna varmak mümkündür<sup>236</sup>.

Eserin teslimi, tamamlanan eser üzerindeki tasarruf yetkisinin, müteahhit tarafından, sözleşmeyi ifa amacıyla, iş sahibine geçirilmesini ifade eder<sup>237</sup>. Teslimin yapılabilmesi için öncelikle eserin tamamlanmış olması gerekir<sup>238</sup>. İş sahibi eser üzerinde tasarrufta bulunmaya başlamış dahi olsa, eser tamamlanmadıkça teslim edilmiş sayılmaz<sup>239</sup>. Aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça da iş sahibi eserin sadece tamamlanmış kısmını kabule zorlanamaz<sup>240</sup>. Ancak önemsiz ikincil nitelikteki eksikliklerin tamamlanmamış olduğunun, sözgelimi elektrik anahtarının takılmamış olduğunun, ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse eser tamamlanmış ve teslim edilmiş kabul edilir<sup>241</sup>.

---

<sup>235</sup> OZANOĞLU, s.65.

<sup>236</sup> TANDOĞAN, s.124.

<sup>237</sup> OZANOĞLU, s.65.

<sup>238</sup> TANDOĞAN, s.125; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1012; GÖKYAYLA, s.191.

<sup>239</sup> ARAL, s.357; TANDOĞAN, s.126; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1012; KARAHASAN (ÖBİ), s.265; Her ne kadar tamamlanmamış eserin kullanılmaya başlanması karine olarak eserin kabul edildiği anlamına gelirse de iş sahibi eseri zorunluluktan kullanmaya başlamış ise, örneğin kira sözleşmesi bittiği veya başka kalacak yeri olmadığı için tamamlanmamış inşaatı yaşamaya başlamış ise, eksik ifayı kabul ediyor anlamına gelmez. İş sahibi yine de teslim borcunun ifa edilmediği gerekçesiyle müteahhidi temerrüde düşürebilir. Bkz. ÖZ, İnş., s.130.

<sup>240</sup> AYAN, s.50; ARAL, s.357; KARATAŞ, s.120.

<sup>241</sup> ARAL, s.357; KARATAŞ, s.120.



Eserin tamamlanmış olmasıyla, eserin ayıplı olmasını birbirinden ayırt etmek gerekir. Bir eser ayıplı olmasına rağmen teslim edilmiş olabilir. Başka bir ifadeyle eserin ayıplı olması teslimine engel değildir<sup>242</sup>.

Eserin tamamlanmasıyla birlikte eserin teslimi aşamasına gelinir. Teslimin ne şekilde gerçekleştirileceği, sözleşmenin konusu esere, sözleşmenin niteliğine, sözleşmenin kapsamına ve sözleşmenin tabi olduğu hükümlere bağlı olarak farklılıklar gösterir. İnşaat sözleşmelerinde teslimin yapılması, zilyetliğin fiilen iş sahibine geçirilmesi suretiyle gerçekleşmez. Bu bağlamda iş sahibine ait arsa üzerinde ya da inşaat sahibinin oturduğu konutta yapılan inşaat faaliyetinin teslimi, işin sonunda teslimin yapılması, zilyetliğin fiilen ele geçirilmesi ile değil, müteahhit tarafından eserin tamamlandığının açıkça veya zımni olarak iş sahibine bildirilmesi yoluyla gerçekleşir<sup>243</sup>. Zımni olarak bildirme, müteahhidin eseri veya yapıyı iş sahibinin görebileceği ve üzerinde tasarruf edebileceği biçimde tamamlamış olması şeklinde olabilir<sup>244</sup>. Ancak teslim borcunun bildirme ile yerine getirildiği bu gibi durumlarda dahi iş sahibinin fiili egemenliği şey üzerinde gereği gibi icra etmesi<sup>245</sup> veya bu egemenliği engelleyici durumların ortadan kaldırılması<sup>246</sup> sağlanmadıkça, teslim borcu eserin tamamlandığını bildirme ile ifa edilmiş sayılmaz<sup>247</sup>.

---

<sup>242</sup> TANDOĞAN, s.126; ARAL, s.357; ÖZ (İnşaat), s.125.

<sup>243</sup> SELİÇİ, s.36; TANDOĞAN, s.125; YAKUPPUR, s.65; ARAL, s.358; KARAHASAN (ÖBİ), s.262; ERMAN, s.30.

<sup>244</sup> AYAN, s.53; ÖZ (İnşaat), s.128.

<sup>245</sup> Biten yapının anahtarının verilmemesi. Bkz. TANDOĞAN, s.126.

<sup>246</sup> İskelenin sökülmesi, getiren araç ve gereçlerle artan malzemenin geri götürülmesi, açılan çukurun kapatılması. Bkz. TANDOĞAN, s.126; ÖZ (İnşaat), s.130; AYAN, s.52; KARATAŞ, s.119; YAKUPPUR, s.65.

<sup>247</sup> TANDOĞAN, s.126; ARAL, s.357; ÖZ (İnşaat), s.128; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1012; KARAHASAN (ÖBİ), s.262; YAKUPPUR, s.65; Yarg. 15. HD. T:13.11.1984, E:1984/1074 – K:1984/3475 sayılı kararında teslim olgusunun hukuki niteliğini şöyle açıklamıştır: “Kural olarak yeniden imal ve inşa edilecek bir eser ancak tamamen bittikten sonra teslim edilebilir. Ayıba karşı tekeffül borcu da eserin fiilen ve tamamen tesliminin gerçekleşmesi halinde söz konusu olabilir. Aynı doğrultuda olmak üzere gerek Yargıtay gerekse İsviçre Federal Mahkemesi, teslimin yapılmış sayılması sözleşmede kararlaştırılan bütün işlerin bitirilmiş, icra edilmiş olması anlamına geldiğini, henüz tamamlanmamış bir eserin teslim ve tesellümünden söz edilemeyeceğini kabul etmiştir. O halde yalnız tamamlanmış olan eserler teslim borcunun konusunu oluşturabilir. Demek oluyor ki, eserin teslim koşulu, her şeyden önce onun tamamlanmış olması ile gerçekleştirilebilir. Tamamlanmış olmak olgusu ise, eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanması ile ortaya çıkar. Bundan sonraki aşamada eserin zilyetliğinin işverene geçirilmesi, yani işverenin eser üzerinde fiili hakimiyetinin sağlanmadığının belirlenmesi gelir ki, bu da hukuki teslim anlamına gelir.” MEŞE (Erişim, 12.02.2010).

O halde genel olarak inşaat sözleşmelerinde eserin tesliminin yapılabilmesi ve buna bağlı olarak eserin teslim alınabilmesi için (tesellüm)<sup>248, 249</sup> inşaatın tamamlanmış olması ve inşaatın tamamlandığının iş sahibine bildirilmesi gerekir. Ayrıca burada eserin iş sahibi tarafından teslim alınmasının, BK. m. 362 anlamında eserin iş sahibi tarafından kabul edildiği anlamına da gelmeyeceğini belirtmek gerekir<sup>250</sup>. Eserin kabulü, müteahhidin imal ettiği eserin sözleşmeye uygun ve ayıpsız olduğu konusunda iş sahibinin iradesini açıklaması anlamını taşır<sup>251</sup>. İş sahibinin kabulü ile müteahhit sorumluluktan kurtulurken tesellüm sadece iş sahibinin eseri teslim aldığına, alacaklı temerrüdüne düşmediğine işaret eder<sup>252</sup>. Bununla birlikte sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar eserin teslimini farklı şartlara bağlayabilirler. Örneğin taraflar teslim borcunun ifa edilmiş sayılmasını, üçüncü kişinin vereceği olumlu rapora bağlayabilirler<sup>253</sup>. Bunun gibi taraflarca iskan ruhsatının alınması ile teslim borcunun yerine getirilmiş sayılacağına da karar verilebilir<sup>254</sup> veya taraflar ancak iş sahibinin teslim tutanağını imzalaması ile inşaatın teslim edilmiş sayılacağını kararlaştırabilirler<sup>255</sup>.

Teslimin kural olarak müteahhit tarafından ispat edilmesi gerekmektedir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2004 yılında vermiş olduğu bir kararda konuyu şöyle açıklamıştır: *“Kural olarak, eserin arsa sahibine teslim edildiğini ispat yükleniciye düşer. Maddi bir*

---

<sup>248</sup> Osmanlı Türkçesinde tesellüm, teslim alma anlamına gelmektedir. Bkz. KANAR, Mehmet, Osmanlı Türkçesi Sözlüğü, <http://turk102.cankaya.edu.tr/uploads/files/Osmanli%C4%B1ca%20S%C3%B6zl%C3%BCk.pdf>, erişim 11.17.2009, s.487.

<sup>249</sup> Teslim ve tesellüm kavramları birbirine sıkı suretle bağlı olan iki kavramdır. Tesellüm, teslimle aynı anda gerçekleşir ve tesellüm teslimden sonraki bir aşamayı oluşturmaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. TANDOĞAN, s.127; UÇAR, s.90; GÖKYAYLA, s.192; ARAL, s.357, BURCUOĞLU, s.288; YAKUPPUR, s.68.

<sup>250</sup> TANDOĞAN, s.127; ERMAN, İnş, s.31; BURCUOĞLU, Haluk, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.289; AYAN, s.50; UÇAR, s.94; GÖKYAYLA, s.193.

<sup>251</sup> TANDOĞAN, s.127.

<sup>252</sup> AYAN, s.50; ARAL, s.357; ERMAN, s.32.

<sup>253</sup> KARATAŞ, s.120; ERMAN, s.31.

<sup>254</sup> *“Taraflar arasındaki 25.7.1994 günlü sözleşmenin 5. maddesinde; teslim yapı kullanma izninin alınması koşuluna bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, yapı kullanma izni alınmadıkça, daha önce yapılmış olan eylemler teslim, yasal bir teslim sayılamaz.”* Yarg. 15. HD. T:28.06.2001, E:2001/1424 – K:2001/3548 sayılı kararı; *“Sözleşmede arsa sahibine isabet edecek bağımsız bölümlerin teslim şekli 3. madde ile saptanmış olup, buna göre daireler, kat irtifakı tesis edilmiş ve iskan raporu alınmış olarak teslim edilecektir.”* YHGK. T:25.01.1989, E:1988/794 – K:1989/6 sayılı kararı. MEŞE (erişim, 25.03.2010).

<sup>255</sup> ÖZ (İnşaat), 130.

*olay olması bakımından teslim taraflar arasında düzenlenecek bir teslim tutanağı ile ispatlanabileceği gibi diğer yazılı deliller veya tanık sözleri ile de ispatlanabilir. Yüklenicinin teslimi sözleşmede teslim için kararlaştırılan 5.9.2001 tarihinde yaptığına dair yazılı bir delili bulunmadığından yukarıda sözü edilen kural uyarınca arsa sahibi olan davacılar kendilerine isabet eden 4, 5, 8 ve 9. bağımsız bölümlerin teslimindeki gecikmeden ötürü Eylül 2001 ayı için birlikişilerin bulacakları gecikme tazminatını talep edebilir”<sup>256</sup>.*

#### **2.4.1.3. Teslim Borcunun İfa Zamanı**

İfa zamanı, alacaklının borcun ifasını talep edebileceği zamanı ifade eder. İstisna sözleşmesinde, müteahhidin maddi edimini ifa etmesi sözleşmenin kuruluşunda gerçekleşmez. Bu nedenle müteahhidin kendisine tanınan uygun bir zaman süresi içerisinde bir iş görme faaliyetinde bulunması gerekir. Özellikle inşaat sözleşmelerinde diğer istisna sözleşmelerine göre bu süre daha uzun bir zamana yayılabilir. Normal şartlar altında müteahhidin edim sonucunu gerçekleştirebilmesi için gerekli olan bu süre belirlenirken, inşaatın hacmi ve inşaatın yapılmasını üstlenen müteahhidin işletme kapasitesi ile işçi, malzeme ve alet durumu ve inşaatteki normal aksamalar (hafta tatili, hava muhalefeti vs.) göz önünde tutulur<sup>257</sup>. Eseri teslim zamanı, bütünüyle tamamlanan eserin tesliminin muaccel olduğu anı ifade eder<sup>258</sup>. İstisna sözleşmesinde, teslimin yerine getirileceği tarih genellikle sözleşmede taraflarca kararlaştırılır. Taraflar bu tarihi ya belirli bir takvim günü göstererek (10 Ekim 2010 gibi) veya bir süre tayin edip en geç bu sürenin dolması tarihinde eserin tesliminin yapılmasını öngörerek (sözleşmenin yapılmasından itibaren 20 ay içinde gibi) tespit edebilirler<sup>259</sup>. Yahut, aralarında süreyi tayin ederler, ancak sürenin başlangıcını belirli bir olayın gerçekleşmesine (mesela,

---

<sup>256</sup> Yarg. 15. HD. T:21.06.2004, E:2003/6321 – K:2004/3464 sayılı kararı. Aynı yönde Yarg. 15. HD. T:25.01.2007, E:2006/7728 – K:2007/340 sayılı kararı, “Mahkemece 19.07.2002 tarihli kapalı fatura ile işin bedeli ödendiğine göre teslimatın yapıldığının kabulü gerektiği görüşüyle dava reddedilmiş ise de sözleşmede mal tesliminin daha sonraki bir tarih olarak kararlaştırılması ve eser sözleşmelerinde kural olarak teslimin yapıldığını yüklenicinin ispat etmesi gerektiğinden, mahkemece dosyada mevcut adi yazılı sözleşme ile ilgili olarak davalı tarafın isticvap olunması, sözleşmedeki imzanın davalıya ait olduğunun saptanması halinde ispat külfeti davalıya yükletilerek dava sonuçlandırılmalıdır.” MEŞE, (erişim, 12.04.2010).

<sup>257</sup> SELİÇİ, s.66.

<sup>258</sup> SEROZAN, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, s.54; OĞUZMAN/ÖZ, s.247.

<sup>259</sup> KARATAŞ, s.119; SEROZAN (İfa), s.54; ARAL, s.358; ÖZ (İnşaat) s.126; UÇAR, s.112.

arsanın tesliminden ya da inşaat ruhsatının alınmasından 1 yıl sonra gibi) bırakabilirler<sup>260</sup>. Teslim tarihi taraflarca yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde takvim günü veya başlangıcı veya sonu belli bir süre gösterilerek yahut objektif ölçülere göre güvenli olarak hesaplanabilir biçimde tespit edilmiş ise, BK. m. 101/f.2 anlamında “borcun ifa edileceği günün müttefikan tayin edilmiş” olması yani belirli vade söz konusu olur, yeter ki, söz konusu anlaşmanın muhtevassından müteahhidin eseri en geç bu tarihte teslim etmekle yükümlü olduğu çıkarılabilsin<sup>261</sup>. Eğer belirli vade gününün borcun ifa edileceği yegane zaman dilimini oluşturacağı kararlaştırılmışsa bu taktirde kesin vadeli bir işlem söz konusu olur (BK.m.107/3)<sup>262</sup>.

Teslim tarihi anlaşma ile belirlenmemiş ise, tarafların varsayılan iradelerine ve BK. m. 74’e göre ifa zamanı tayin edilir<sup>263</sup>. Hüküm gereğince taraflarca ifa zamanı belirlenmediği hallerde borcun her zaman derhal ifası talep edilebilir. Söz konusu madde hükmü sözleşme konusu eserin yapımının kısa sürede tamamlanabileceği istisnai hallerde uygulanabilir<sup>264</sup>. Bu nedenle genellikle ifa zamanı belirlenirken tarafların varsayılan iradeleri daha büyük önem taşır. Bu gibi hallerde söz konusu eseri deneyimli bir uzmanın normal koşullar altında işe zamanında başlayıp, olağan çalışma araçlarını ve gücünü kullanarak sürekli bir çalışma ile ne kadar zaman teslim edebileceği dikkate alınır<sup>265</sup>. Yargıtay da 1994 tarihli bir kararında öncelikle tarfların teslim tarihi kararlaştırmamalarının müteahhide belirsiz sürede teslim hakkı tanımadığını belirtmiş ve adından da bu gibi durumlarda müteahhidin temerrüde düşüp düşmediğinin tespitinde işin olağan seyrine göre yürüyüp yürümediğinin saptanması gerektiğini ifade etmiştir<sup>266</sup>. Teslim tarihinin sözleşmenin kurulmasından sonra kararlaştırılması ya da belirlenen teslim tarihinin sonraki tarihte yapılacak bir anlaşmaya ertelenmesi mümkündür. Ayrıca belirli durumların ortaya çıkması durumunda teslim süresinin değiştirileceğine ilişkin değişiklik kayıtları da (süreyi uzatma ya da hızlandırmaya ilişkin kayıtlar) somut duruma uygun düştüğü ölçüde sözleşmeye konulabilir. Aksi

<sup>260</sup> SELİÇİ, s.66; TANDOĞAN, s.128.

<sup>261</sup> TANDOĞAN, s.128.

<sup>262</sup> TANDOĞAN, s.129.

<sup>263</sup> OZANOĞLU, s.69; ARAL, s.358; GÖKYAYLA, s.197; UÇAR, s.113; ERMAN, s.55-56; YAVUZ, s.520.

<sup>264</sup> ÖZ (İnşaat), s.126; YAVUZ, s.520.

<sup>265</sup> TANDOĞAN, s.129.

<sup>266</sup> Yarg. 15. HD. T:18.06.2003, E:2003/767 – K:2003/3319 sayılı kararı için bkz. MEŞE (erişim, 23.02.2010).

kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin taraflarının tek taraflı olarak teslim süresini belirleme ya da değiştirme yetkileri yoktur<sup>267</sup>.

Eserin teslimi bakımından teslim tarihi kadar önem arz eden bir nokta da eserin tamamlanmış olmasıdır. Zira eserin teslim edilmesinin ön koşulunu eserin tamamlanmış olması oluşturur. Eserin tamamlanmış olmasından, eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibinin talep ettiği değişiklikler de dahil olmak üzere, kararlaştırılmış olan bütün işlerin bitirilmesi anlaşılır.

#### 2.4.1.4. Teslim Borcunun İfa Yeri

Sözleşmenin borçlu tarafının edimini ifa etmesi gereken yere ifa yeri denir<sup>268</sup>. Borçlar Kanununda esrin nerede teslim edilmesi gerektiğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Taraflar teslimin nerede ve nasıl yapılacağı konusunda anlaşabilecekleri gibi, böyle bir anlaşma yoksa halin icaplarından onların bu konudaki zımni iradelerinin ne olduğu çıkarılabilir (BK. m. 73)<sup>269</sup>.

BK. m. 73'den de anlaşılacağı gibi, parça borçlarında teslim yeri sözleşmenin yapıldığı sırada şeyin bulunduğu yerdir<sup>270</sup>. Bundan başka her borç borcun doğumu sırasında borçlunun yani müteahhidin ikametgâhında teslim edilir<sup>271</sup>. İstisna sözleşmesinin konusunu oluşturan şey bir taşınmaz ise bu halde borcun ifa yeri işin doğası gereği taşınmazın bulunduğu yerdir. Aynı şekilde sözleşmenin konusunu taşınmazın eklentileri ve bütünleyici parçaları oluşturuyorsa da eserin teslim yeri taşınmazın bulunduğu yerdir<sup>272</sup>. Sözleşmenin konusu iş sahibince getirilen şeyin tamiri ise eserin teslim yeri tamir için bırakıldığı yerdir<sup>273</sup>. Başka bir ifade ile iş sahibi bakımından aranılacak bir

---

<sup>267</sup> OZANOĞLU, s.70.

<sup>268</sup> SEROZAN (İfa), s.40; OĞUZMAN/ÖZ, s.255; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.675.

<sup>269</sup> TANDOĞAN, s.128; SEROZAN (İfa), s.40; OĞUZMAN/ÖZ, s.256; GÖKYAYLA, s.198; UÇAR, s.11; YAVUZ, s.520.

<sup>270</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.256; EREN (Genel), s.904.

<sup>271</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.256; EREN (Genel), s.904.

<sup>272</sup> UÇAR,s.111; OĞUZMAN/ÖZ, s.256; GÖKYAYLA, s.198; KARAHASAN (ÖBİ), s.266.

<sup>273</sup> Taşınır mallar bakımından ise bir ayırım yapmak ve malzemesini iş sahibinin getirdiğı ve tamir edilmek ve işlenmek üzere bırakılan taşınır şeylerde eserin tamamlanmasıyla beraber, bu malların iş sahibi tarafından aranacağını, müteahhidin kendi malzemesiyle yeniden imal edeceği eserleri ise iş sahibine götürmesi ya da masraf ve hasarı ona ait olmak üzere göndermesi gerekir. bkz.TANDOĞAN, s.128.

borç söz konusu olur. Ancak tarafların, borcun aranılacak bir borç olmadığına dair anlaşma yapması da mümkündür<sup>274</sup>.

Müteahhidin eseri teslim borcunu ifa yerinden başka bir yerde yerine getirdiği hallerde iş sahibi eseri teslim almayı kabul edebilir. Bu halde müteahhidin eseri teslim borcu sona ermiş olur. Ancak iş sahibi bunu kabule zorlanamaz<sup>275</sup>. Bununla beraber kabul etmeme dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ederse iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılır<sup>276</sup>.

#### 2.4.2. Müteahhidin Teslim Borcunu İfade Temerrüdü

Borçlar Kanunu'nda borçlu temerrüdünün tarifine yer verilmemiştir. *Serozan*<sup>277</sup>, borçlu temerrüdünü “*ifa günü gelmiş, muaccel olup ifası olanaklı sayılan borcun ihtara karşın, hukuka aykırı olarak ifa edilmemesi*” şeklinde tanımlamıştır. Diğer bir ifade ile borçlu temerrüdü, halen ifası mümkün olan muaccel bir borcun, iş sahibinin ihtarına rağmen müteahhit tarafından zamanında ifa edilmemesi, yani eserin tesliminde gecikilmiş olmasıdır<sup>278</sup>.

Konuya ilişkin özel düzenleme bulunmadığından, borçlu taraf olan müteahhidin temerrüdü halinde genel hükümler uygulama alanı bulur<sup>279</sup>. Buna göre müteahhidin belirlenen zamanda eseri tamamlayıp teslim edememesi halinde BK. m. 101-108 kapsamında borçlu temerrüdü hükümlerine göre sorumluluğu doğar<sup>280</sup>.

<sup>274</sup> UÇAR, s.111; KARAHASAN (ÖBİ), s.266.

<sup>275</sup> SEROZAN (İfa), s.40; OĞUZMAN/ÖZ, s.255.

<sup>276</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.255.

<sup>277</sup> SEROZAN (İfa), s.215.

<sup>278</sup> AYAN, s.92; TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961, s.469; AKINTÜRK, Turgut, Borçlar Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2009, s.117.

<sup>279</sup> YAKUPPUR, s.73.

<sup>280</sup> SELİÇİ, s.69; AYAN, s.93, SEROZAN (İfa), s.215; “*Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanununda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106 - 108.) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. 0 halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanununun 106 - 108. maddeleridir.*” YİBK. T:25.01.1984, E:1983/3 – K:1984/1, KAZANCI (erişim 10.01.2010).

Belirtmek gerekir ki borçlunun kusurlu olup olmaması temerrüt bakımından farklılık yaratmaz<sup>281</sup>. Temerrüt için aranan şartlar mevcut ise kusuru bulunsun veya bulunmasın borçlu temerrüdünden bahsedilebilir<sup>282</sup>. Kusur, borçlu temerrüdünün sonuçları bakımından önemli rol oynar<sup>283</sup>.

### 2.4.3. Müteahhidin Temerrüde Düşmesinin Şartları

#### 2.4.3.1. Borcun Muaccel Olması

Borçlu temerrüdünden bahsedebilmek için öncelikle borcun muaccel olması gerekir<sup>284</sup>. Muacceliyet, borcun ifasının alacaklı tarafından istenebilir olmasını ifade eder. Muacceliyetin inşaat sözleşmesi bakımından anlamı da, zaman itibarıyla artık iş sahibinin tamamlanmış olan yapının teslimini talep edebilmesidir<sup>285</sup>. Yukarıda açıkladığımız BK. m. 358 hükümlerindeki özel imkân dışında, istisna sözleşmelerinde işin bitirilme zamanına kadar iş sahibi eserin tamamlanmış olarak kendisine teslimini talep edemeyeceğinden bu zamandan önce eseri tamamlama borcu muaccel olmayacaktır<sup>286</sup>. Buna bağlı olarak da alacaklı, ancak borç muaccel hale geldiği andan itibaren alacağını dava edebilecektir<sup>287</sup>. Yargıtay'da bir kararında, alacaklının ifa zamanından önce ancak tespit davası açabileceğini belirtmiştir<sup>288</sup>.

İnşaat sözleşmelerinin konusunu teşkil eden yapının ekonomik değerinin yüksek olması nedeniyle, genellikle sözleşmelerde müteahhidin inşaatı tamamlayarak teslim etmesi gereken zaman belirtilir ve salt bu tarihin gelmesi üzerine müteahhidin borcu muaccel hale gelir<sup>289</sup>.

---

<sup>281</sup> Türk – İsviçre Hukuku'nda, Alman Hukukunun aksine, borçlunun temerrüdünün meydana gelebilmesi için kusur şartı aranmamıştır. Bkz. OZANOĞLU, s.72, dn.108.

<sup>282</sup> SEROZAN (İfa), s.216; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.480; SELİÇİ, s.70; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.912.

<sup>283</sup> SELİÇİ, s.70.

<sup>284</sup> TANDOĞAN, Mesuliyet, s.470; ÖZ (Dönme), s.154, OĞUZMAN/ÖZ, s.247.

<sup>285</sup> ERMAN, s.55; ÖZ (Dönme), s.154.

<sup>286</sup> ÖZ (İnşaat) s.126; YAKUPPUR, s.75.

<sup>287</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.247; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.905; DAYINLARLI (Temerrüt), s.56; AYAN, s.297; AKINTÜRK, s.118.

<sup>288</sup> Yarg. 6. HD. T:01.03.1988, E:1988/15143 – K:1988/3090 sayılı kararı için bkz. MEŞE (erişim, 23.02.2010).

<sup>289</sup> SELİÇİ, s.67.

Uygulamada özellikle inşaat sözleşmelerinde, inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi için belirlenen inşaat süresinin işlemeye başlamasının, bir olayın gerçekleşmesine bağlandığı görülmektedir. Örneğin sözleşme ile inşaat süresinin inşaat ruhsatı alınmasından, arsanın tesliminden, kiracıların tahliye edilmesinden, arsa üzerindeki mevcut yapının yıkılmasından sonra başlayacağı kararlaştırılmış olabilir. Bu tür durumlarda sürenin bağlandığı olayın gerçekleşmesiyle inşaat süresi başlayacak ve belirlenen sürenin sonunda teslim borcu muaccel olacaktır<sup>290</sup>.

Herhangi bir şekilde vade kararlaştırılmışa, eserin niteliği bakımından bu süre içinde tamamlanmış olmasının imkânsız olduğu ileri sürülerek muacceliyete, temerrüde ve temerrüdün yasal sonuçlarına engel olunamaz<sup>291</sup>. Yeter ki, inşaat hiç bir zaman yapılamayacak bir duruma gelmesin. Burada müteahhidin kusurlu olup olmaması da sonucu değiştirmez. Müteahhidin kusurlu olup olmaması, temerrüdün tazminata ilişkin bazı sonuçlarının doğması bakımından önem taşır.

İnşaat sözleşmeleri gibi ortaya çıkarılacak eserin büyük maddi değere sahip olduğu istisna sözleşmelerinde vadenin belirlenmediği durumlara kolay kolay rastlanmaz. Teslim borcunun muacceliyeti hakkında sözleşmede herhangi bir açıklık bulunmayan istisnaî durumlarda, BK. m. 74 uygulama alanı bulur. Bu hükme göre vade belirlenmediği veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı takdirde, borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir. İnşaat sözleşmelerinde müteahhidin inşaatı tamamlayıp teslim etmesi, işin niteliği gereği, mutlaka bir hazırlık çalışması ve bunun için zaman gerektirdiğinden; müteahhidin borcu sözleşme yapılır yapılmaz muaccel olmayacaktır. Sözleşme kurulduktan sonra inşaatın tamamlanması için gereken makul bir sürenin geçmesi üzerine ifa istenebilecek, ancak bu sürenin dolması üzerine müteahhidin borcu muaccel olabilecektir<sup>292</sup>. Bu da kendiliğinden gerçekleşmeyip, iş sahibinin bildirim ile gerçekleşir ve buna “muacceliyet bildirim” denir. Bu beyan ifayı istemek şeklinde

---

<sup>290</sup> SELİÇİ, s.66; ÖZ (Dönme), s.154; ÖZ (İnşaat), s.126; AYAN, s. 98.

<sup>291</sup> ÖZ (Dönme) s.154; ÖZ (İnşaat) s.126.

<sup>292</sup> ÖZ (Dönme) s.155; TANDOĞAN, s.74



gerçekleşir. Sadece makul hazırlama süresinin dolması, müteahhidin borcunun muaccel olmasına yetmez ayrıca iş sahibi ifayı istemelidir<sup>293</sup>.

Teslim borcunun muaccel olacağı tarihi tespit edebilmek için iki farklı noktanın belirlenmesini gerektirir. Bunlar; müteahhidin inşaata başlaması gerektiği tarih ve işin tamamlanması için gereken süredir. Teslim borcunun muacceliyeti, bu iki sürenin bileşiminden oluşacaktır<sup>294</sup>.

Müteahhidin inşaata başlaması gereken zaman, sözleşmeyle belirlenmiş ise, bu ihtimalde, ortalama bir çalışma temposuyla inşaatın tamamlanabilmesi için gereken inşaat süresinin bu tarihe eklenmesiyle teslim borcunun muacceliyeti bulunacaktır.

Fakat sözleşmede müteahhidin inşaata başlama tarihi belirlenmemiş ve somut olayın özellikleri ve tarafların farazi iradelerinden aksi anlaşılamiyorsa, müteahhidin, işin niteliği gereği gereken hazırlık süresinin ardından derhal inşaata başlaması gerekir<sup>295</sup>. Hazırlık süresine örnek olarak projelerin hazırlanmasını, idareden gerekli izinlerin alınmasını gösterebiliriz.

Teslim borcunun ne zaman muaccel olacağının belirlenmesinde, müteahhidin inşaata başlaması gereken zamanın tespiti yeterli değildir. Bunun ardından, inşaatın tamamlanma süresinin de tespiti gerekecektir. Buna göre teslim borcunun muacceliyetine ilişkin bir hüküm içermeyen inşaat sözleşmelerinde teslim borcu, müteahhidin iş sahibi tarafından bilinen özellikleri dikkate alınarak, inşaata başlaması gereken tarihten itibaren ortalama bir inşa süresinin sonunda muaccel olacaktır<sup>296</sup>. İnşaatın tamamlanması için gereken sürenin belirlenmesinde, somut olayın bütün koşulları dikkate alınır. Buna göre özellikle inşaatın yapısı ve boyutları, arazinin yapısı

---

<sup>293</sup> ERMAN, s.56; ÖZ (Dönme) s.155; Fakat bu muacceliyet bildirim (ifa talebi) temerrüt ihtarı ile karıştırılmamalıdır. Müteahhidin borcu muaccel olduktan sonra bu borcun derhal ifa edilmemesi üzerine yapılacak bildirim temerrüt ihtarını oluşturur. ÖZ (İnşaat) s.127.

AYAN, muacceliyet ihbarında bulunmakla iş sahibine fazladan bir külfet yüklemenin yasal bir dayanağı olmadığını ileri sürerek, müteahhidin teslim borcunun, işin niteliği göz önünde tutularak muaccel olacağı anın belirlenmesi ile yetinilmesi gerektiğini savunmaktadır. AYAN, s.102-103.

<sup>294</sup> SELİÇİ, s.66

<sup>295</sup> ERMAN, s.71.

<sup>296</sup> AYAN, s.102; TANDOĞAN, s.72.

belirleyici rol oynar. Zira 6 katlı bir konut inşaatı ile 20 katlı bir binanın inşasının süresi aynı olmayacaktır.

Bazen sözleşmede vadeyi belirleme yetkisi alacaklıya verilir. Böylece başta vadesi belirsiz olan borç, alacaklının bu belirlemeyi yapması üzerine vadesi belirli bir borç haline gelir. Ancak bu gibi durumlarda, gene inşaat sözleşmesinin özelliği gözönüne alınarak, alacaklı iş sahibinin bu vadeyi eserin tamamlanması için gereken makul bir süre sonu için belirlemesi gerekir.

#### **2.4.3.2. İfanın Mümkün Olması**

Temerrüdün en önemli şartlarından biri, temerrüde düştüğü anda borcun ifasının mümkün olmasıdır<sup>297</sup>. İnşaat sözleşmesinin ifasının başlangıçta objektif olarak imkânsız olması durumunda sözleşme geçersiz olur<sup>298</sup>. İmar mevzuatı açısından yapılaşma öngörülmeleyen bir arsa üzerinde inşaat yapılması imkânsızdır ve tarafların buna aykırı yaptıkları sözleşmeler de objektif imkansızlıktan dolayı geçersiz olur. Çalışmamız açısından önemli olan imkânsızlık sonradan ortaya çıkan sürekli ve objektif imkânsızlıktır. Bu durumda artık borç ilişkisi sona erer<sup>299</sup> ve borçlu temerrüdü söz konusu olamaz. İfa imkânsızlığında müteahhidin kusurlu veya kusursuz olması bu bakımdan bir fark yaratmaz<sup>300</sup>. Her iki durumda da artık temerrüt sözkonusu olmaz ve temerrüt hükümleri uygulanmaz.

Borç muaccel olmadan edimin ifasının imkânsız hale geldiği durumlarda, müteahhidin sorumlu olup olmadığı borçlu temerrüdü hükümlerine göre değil imkânsızlık hükümlerine göre belirlenecektir<sup>301</sup>.

İmkânsızlık temerrütten sonra ortaya çıkmış ise temerrüt durumu sona erer. Örneğin, vadesi geçtiği halde hâlâ tamamlanmamış inşaat ile ilgili imar planı iptal edilmişse veya o yer sit alanı ilan edilerek inşaat yasaklanmışsa, o anda müteahhidin temerrüt hâli de

<sup>297</sup> TANDOĞAN, Mesuliyet, s.479; AYAN, s.91; ÖZ (Dönme), s.155; OĞUZMAN/ÖZ, s.301.

<sup>298</sup> AYAN, s.155.

<sup>299</sup> SELİÇİ, s.44; ÖZ (Dönme), s.155; ERMAN, s.58

<sup>300</sup> ÖZ (İnşaat) s.127

<sup>301</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.302; DAYINLARLI (Temerrüt), s.58.

son bulunmuş olur. Fakat müteahhit, temerrüt tarihinden imkansızlığın ortaya çıktığı tarihe kadar iş sahibine karşı temerrüt hükümlerince sorumlu olur<sup>302</sup>. Ayrıca müteahhit temerrüt sırasında ortaya çıkan imkansızlıktan da sorumlu olacaktır. Bu halde müteahhit sorumluluktan kurtulabilmek için temerrüde düşmede herhangi bir kusurunun bulunmadığını veya temerrüdü ile ortaya çıkan imkansızlık arasında illiyet bağının bulunmadığını ispat etmelidir<sup>303</sup>. Eğer imkânsızlıktan önce iş sahibi sözleşmeden dönmüşse, sözleşme esasen dönme ile ortadan kalktığından artık imkânsızlıktan etkile-  
necek bir borç ilişkisi bulunmayacaktır<sup>304</sup>.

### 2.4.3.3. İfanın Gerçekleşmemiş Olması

İstisna sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü, muacceliyete rağmen eserin tamamlanarak teslim edilmemiş olmasını ifade eder<sup>305</sup>. İstisna sözleşmeleri kural olarak ani edimli borç ilişkisi sayıldığından, vadede inşaat tamamen bitmiş olarak teslim edilmemişse, müteahhit tüm borcu bakımından borçlu temerrüdüne düşmüş sayılacaktır<sup>306</sup>. İnşaat sözleşmesinde teslim, müteahhidin inşaatı eksiksiz olarak tamamladıktan sonra, onu iş sahibinin yararlanmasına her bakımdan hazır şekilde terketmesiyle<sup>307</sup> gerçekleşecektir<sup>308</sup>. Yapının müteahhidin arsasında yapılmasının ve sonra bu arsanın mülkiyetinin devri ile birlikte tesliminin kararlaştırıldığı sözleşmeler, aslında yalın bir istisna sözleşmesi değil, istisna - taşınmaz satımı karması bir “bileşik (kombine) sözleşme” oluşturur<sup>309</sup>. Burada müteahhidin borcu sadece inşaatın bitirilmesi

<sup>302</sup> AYAN, s.156; ÖZ (İnşaat) s.128; OĞUZMAN/ÖZ, s.302; YAKUPPUR, s.83.

<sup>303</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.302-303.

<sup>304</sup> ÖZ (İnşaat) s.128.

<sup>305</sup> ÖZ, (Dönme), s.165; ERMAN, s.65.

<sup>306</sup> İnşaat bitmiş fakat “ayıplı” olarak nitelenecek bozuklukları varsa, müteahhit kural olarak temerrüde düşürülemez ve iş sahibi ancak “ayıba karşı tekeffül hükümleri”ne başvurabilir.

<sup>307</sup> Müteahhit yapıyı tamamladıktan sonra da bu iş için taşınmazda kurduğu barakaların, şantiyelerin, yapının içine ve dışına yaydığı malzeme ve araçların, iskele, kum, tuğla vb. atıkların tamamen kaldırılıp temizlenmesine kadar, gene de ifa gerçekleşmiş sayılmaz. Sırf bu işlerin gecikmesi üzerine iş sahibinin müteahhidi temerrüde düşürmesi kural olarak mümkündür. Bu durumlarda müteahhit yapıyı tamamladığından söz ederek ifanın gerçekleştiğini öne sürememelidir. Ancak, eğer önemsiz ve yapıyı kullanmayı engellemeyen malzeme ve artıklar kalmışsa, artık ifa etmeme değil, olsa olsa ayıplı ifa karşısında bulunduğu kabul edilmelidir. Bkz. ÖZ (İnşaat) s.129.

<sup>308</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, iş sahibine kalacak olan bağımsız bölümler yanında, ortak alanların da tamamlanması gerekir. İş sahibine kalacak olan bağımsız bölümler tamamlanmış olmakla birlikte, ortak alanların tamamlanmamış olması yüklenicinin temerrüdü sonucunu doğurur. Bkz. ERMAN, s.3.

<sup>309</sup> ÖZ (İnşaat) s.129.

değil, aynı zamanda taşınmazın mülkiyetini de tapuda iş sahibine devretmesidir. Bu ikisinden biri eksik kaldıkça müteahhit ifada bulunmuş sayılmayacak ve temerrüde düşecektir.

Bazen taraflar yaptıkları sözleşmede inşaatın tesliminin hangi şekilde gerçekleşmiş sayılacağını kararlaştırmış olabilirler. Örneğin, ancak iş sahibinin katılacağı bir teslim tutanağının imzalanması ile veya iskân alınmasının ardından işin teslim edilmiş sayılacağı hükme bağlanmış olabilir. Bu durumda kural olarak sözleşmedeki şartlar yerine getirilmedikçe, inşaat bitse ve fiilen teslim gerçekleşse bile teslim sözleşmede aranan koşullarla gerçekleşmemiş olacak ve müteahhit temerrüde düşürülebilecektir.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus ise, işin bitmemiş olması ile ayıplı olması arasındaki ayırımdır. İş sahibi kural olarak eksik veya ayıplı inşaatı ifa olarak kabul etmek zorunda değildir<sup>310</sup>. Ancak inşaat sözleşmeleri bakımından özel ağırlığa sahip bir ayıp bulunmadıkça iş sahibinin ifayı reddetme hakkı yoktur<sup>311</sup>. Eserdeki uygunsuzluğun ayıp mı yoksa bitmeme mi sayılacağı araştırılırken, düzeltilmesi veya tamamlanması gereken işlerin maliyeti ve özellikle bu maliyetin tüm inşaatın oranının büyük olup olmaması da bir ölçü olabilir. Bunun yanında maliyetten bağımsız olarak, uygunsuzluğun niteliğine bakılarak da tespit yapılabilir<sup>312</sup>. Örneğin 6 katlı yapılması gereken apartmanın 4 katı yapılmışsa yapının bitmediği kabul edilirken, 30 x 10 metre ebatlarında yapılması gereken havuz daha küçük yapılmışsa ayıplı ifa sözkonusu olacaktır. Başka bir ifade ile gerek dürüstlük kurallarının böyle bir inşaatın ifa olarak kabul edilmesini gerektirmesi, gerekse de böyle bir zorunluluk bulunmamasına rağmen iş sahibinin eksik veya ayıplı bir inşaatı ifa olarak kabul etmesi durumunda, artık teslimin ve dolayısıyla ifanın gerçekleştiği kabul edilmelidir<sup>313</sup>. Bu durumlarda, artık teslim ve dolayısıyla ifa gerçekleştiği için, yüklenicinin temerrüdü ortaya çıkmaz. Fakat iş sahibi, inşaatdaki eksiklik için gereği gibi ifa etmemeye ilişkin hükümlere (BK. m. 96) ve ayıplar için yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlere (BK. m. 359 vd.) başvurabilecektir.

---

<sup>310</sup> AYAN, s.154.

<sup>311</sup> İş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda ise yapı tamamen yıkılmaya mahkum olmadıkça ifa reddedilemez. ÖZ (İnşaat) s.131.

<sup>312</sup> ÖZ (İnşaat) s.131.

<sup>313</sup> AYAN, s.154.

İstisnaî olarak, tamamlanmış bir inşaatın tesliminde gecikme de olabilir. Müeahhidin inşaatı tamamlamasına rağmen iskan (yapı kullanma) belgesini temin edememesi buna örnek olarak gösterilebilir. İnşaatın henüz tamamlanmaması durumunda iş sahibi kural olarak ek süre vermek koşuluyla, BK. m. 106'da düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilirken, tamamlanmış fakat tesliminde temerrüde düşülmüş bir inşaatı ise, iş sahibi sadece aynen ifa (teslim) ve gecikme tazminatı talep edebilecektir<sup>314</sup>. Yoksa, artık bu durumda iş sahibinin aynen ifadan vazgeçme hakkı bulunmamaktadır<sup>315</sup>.

Taraflar arasında eserin tesliminin yapılmış olup olmadığı hususunda bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa, müteahhit borcun ifa edilip eserin teslim edildiğini ispat etmekle mükelleftir<sup>316</sup>.

#### **2.4.3.4. Temerrüde Engel Olan Sebeplerden Birinin Bulunmaması**

##### **2.4.3.4.1. Müteahhidin İfadan Kaçınma Hakkı Bulunmaması**

Müteahhidin iş sahibinin ifa talebine karşı bir defa ileri sürme hakkı bulunan durumlarda, buna dayanarak ifadan kaçınması halinde temerrüt sözkonusu olmaz<sup>317</sup>. Örneğin müteahhidin, karşı edimin ifa edilmediği defa (BK. m.81) böyledir.

Ancak hatırlatalım ki, BK. m. 364/f.1, müteahhidin ancak eseri tesliminde ücret talep edebileceğini hükme bağlamıştır. Bu yüzden, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, inşaat tamamlanıp iş sahibine teslimi hazır olmadıkça, müteahhit imal faaliyeti sırasında kendisine kısmen de olsa bedel ödenmediğini ileri sürerek faaliyetten kaçınmaz. Şu kadar ki eğer iş sahibinin müteahhide iş devam ederken ödeme yapacağı kararlaştırılmışsa, bunun yerine getirilmemesi üzerine müteahhit çalışmalardan kaçınabilir. Böylece, inşaat sırasında belirli aşamalarda hakediş alması kararlaştırılan müteahhide bu hakedişlerden birinin ödenmemesi üzerine, müteahhidin inşaatı

<sup>314</sup> AYAN, s.155, ÖZ (İnşaat) s.131 vd.

<sup>315</sup> ERMAN, s.76.

<sup>316</sup> DAYINLARLI (Temerrüt), s.58.

<sup>317</sup> YAKUPPUR, s.76.

durdurması haklı sayılacak ve bu yüzden doğan gecikme sebebiyle iş vadeye yetişmez ise müteahhit temerrüde düşmesine itiraz edebilecektir. Bu durumda, müteahhidin ödemezlik def'i ileri sürerek işten kaçındığı süre kadar vade uzamış gibi sonuç doğacaktır.

#### **2.4.3.4.2. İfanın İş Sahibi Yüzünden Gecikmiş Olmaması**

Müteahhit borcunu iş sahibi yüzünden ifa edemiyorsa artık temerrüde düşmez tersine iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşebilir<sup>318</sup>. Müteahhidin iş sahibinin bir davranışı yüzünden geciktiğini ileri sürerek temerrütten kurtulması bunu ispat etmesi halinde mümkündür. İş sahibinin sözleşmesel yükümüne aykırı bir davranışı bulunmakla birlikte şayet bu müteahhidin işini geciktirecek bir durum yaratmıyorsa, ancak yasada veya sözleşmede iş sahibinin bu davranışı üzerine müteahhide ifadan kaçınma hakkı tanınmışsa müteahhit bu gerekçeyle temerrüde düşmekten kurtulur. Örneğin, bedelin peşin ödenmesi öngörülen kısmı verilmedikçe müteahhit işe devam edebilecek iken çalışmaları bıraksa da temerrüde düşmez. Aynı şekilde, iş sahibinin arsayı gerekli şekilde teslim etmemiş olması, ancak bu durum müteahhidin işe başlamasına ve işi yürütmesine engel olacak nitelikte ise müteahhidin temerrüdüne engel oluşturur.

İş sahibinin bir hukukî işlem yapma yükümlülüğünü yerine getirmemesi yüzünden ifa gerçekleşmiyorsa, müteahhit borçlu temerrüdüne düşmez. Örneğin bir taşınmaz inşası işinde, inşaat ruhsatı veya iş bittikten sonra kullanma izni alınması için resmî makama başvurmayan veya başvurmak için müteahhide vekâletname vermeyen iş sahibinin durumu böyledir.

#### **2.4.3.4.3. İş Sahibinin İhtarda Bulunması ve İhtar Şartının Aranmadığı Haller**

Borçlunun temerrüde düşmesi için borcun ifa zamanının gelmesi yani borcun muaccel olması yetmez. Ayrıca alacaklının borçluya ihtarda bulunması gereklidir (BK. m.

---

<sup>318</sup> SEROZAN (İfa), s.216.

101/1)<sup>319</sup>. İhtar, alacaklının gecikmeyi saptamak ve borçluya borcunu ifa etmesi için yönelttiği tek taraflı<sup>320</sup> bir irade beyanıdır. Borçlu ihtarla, alacaklının edimi ne zaman istediği konusunda bilgi sahibi olur<sup>321</sup>. İhtarın müteahhidin hâkimiyet alanına ulaşmasıyla birlikte hüküm ve sonuç doğuracaktır<sup>322</sup>. Buna göre iş sahibinin veya yetkili temsilcisinin yolladığı ihtar, müteahhide veya temsilcisine ulaştığı anda, müteahhit temerrüde düşecektir<sup>323</sup>. Birden fazla müteahhidin, iş sahibine karşı müteselsilen sorumlu olduğu hallerde ise, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, müteahhitlerden birine yapılan ihtar diğerlerini de mütemerrit hale getirmez<sup>324</sup>.

İhtar herhangi bir şekle bağlı değildir<sup>325</sup>. Ancak ihtar açık ve net bir şekilde alacaklı taraf olan iş sahibinin edimin yerine getirilmedi talebini içermelidir<sup>326</sup>. Bununla beraber TTK. m. 20/f.3 gereği bir tacirin başka bir taciri temerrüde düşürebilmesi için yapılacak olan ihtarın noter aracılığıyla veya iadeli taahhütlü mektupla ya da telgrafla yapılması gerekmektedir<sup>327</sup>. İhtar “hukuki işlem benzeri”<sup>328</sup> olduğundan, HUMK. m. 226’da düzenlenmiş bulunan ispat şekline de tabi değildir<sup>329</sup>. Fakat ileride çıkacak bir uyuşmazlıkta ispat kolaylığı açısından belgelendirilecek şekilde yapılması özellikle noterler vasıtasıyla yapılması yerinde olur. Ancak taraflar sözleşme ile temerrüt ihtarının belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlarsa, bu takdirde öngörülen şekilde yapılmayan ihtar borçluyu temerrüde düşürmeyecektir<sup>330</sup>.

<sup>319</sup> ÖZ (Dönme), s.173; ÖZ (İnşaat), s.133; TANDOĞAN (Mesuliyet), s.471; AYAN, s.298; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.905; AKINTÜRK, s.118.

<sup>320</sup> EREN (Genel), s.1049.

<sup>321</sup> ÖZ (Dönme) s.174 vd.

<sup>322</sup> AYAN, s.161; OĞUZMAN/ÖZ, s.297; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.906.

<sup>323</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.299; ÖZ (İnşaat), s.133; ÖZ (Dönme), s.174; TANDOĞAN (Mesuliyet), s.474; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.906.

<sup>324</sup> ÖZ, (İnşaat), s.133.

<sup>325</sup> ÖZ (İnşaat), s.133; ÖZ (Dönme), s.173; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/BURCUOĞLU, Haluk/AKMAN, Sermet/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s.914; EREN (Genel), s.1050; OĞUZMAN/ÖZ, s.297; SEROAN (İfa), s.136; AYAN, s.298; AKINTÜRK, s.118.

<sup>326</sup> EREN (Genel), s.1051; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.907.

<sup>327</sup> SEROAN (İfa), s.136; TEKİNAY/BURCUOĞLU/AKMAN/ALTOP, s.915; OĞUZMAN/ÖZ, s.299; AKINTÜRK, s.119.

<sup>328</sup> “İhtarın hukuki işleme benzerliği açısından bir şekle bağlı değil ise de, sonuç doğurması, muhatabına ulaşması koşuluna bağlıdır” bkz. Yarg. 15. HD. T:30.05.1983, E:1983/855 – K:1983/1505 sayılı kararı MEŞE (erişim, 12.01.2010).

<sup>329</sup> ÖZ (İnşaat) s.133.

<sup>330</sup> ÖZ (İnşaat) s.133: “Kanımca, sözleşmede Öngörülenden daha güçlü bir şekilde yapılmış ihtar gene de geçerli sayılmalıdır. Örneğin sözleşmede İhtarın faksla yapılacağı öngörülmüşse noter aracılığıyla yapılan ihtar da geçerli sayılmalıdır.”

BK. m. 101/f.2 bazı durumlarda alacaklının ihtarına gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düşeceğini hükme bağlamıştır. Bunlardan ilki borcun ifa edileceği günün tarafların anlaşmasıyla tayin edildiği hallerdir. Buna göre, taraflar ifa tarihini sözleşmede belirlemişlerse bu günde ifanın gerçekleşmemesi üzerine müteahhit derhal temerrüde düşer. Belirli vade, sözleşmenin içeriğinden, borçlunun alacaklının talebi olmaksızın borcu ne zaman ifa etmek zorunda olduğunu anlayabileceği durumlarda söz konusu olur, inşaatın 10.10.2010 tarihinde teslim edilmesi gerektiği gibi. Kesin vade ise, buna ek olarak bu sürenin dolmasının ardından, artık alacaklının ek süre vermeksizin aynen ifadan vazgeçebileceğinin kararlaştırıldığını ifade eder.

Uygulamada, tarafların sözleşmede ifa yani eserin tamamlanma zamanını, belirli bir tarih şeklinde değil de, inşaat ruhsatının alınmasından itibaren 24 ay sonra, sözleşmenin imzalanmasından 2 ay sonra gibi ileride belirlenecek olan bir tarih olarak da kararlaştırmaları mümkündür. **Öz**<sup>331</sup>, sürenin sonradan gerçekleşecek olan bir olaya bağlanması durumunda belirli vadeden söz edilemeyeceği gerekçesi ile bu gibi durumlarda belirlenen tarihin geçmesi ile müteahhidin kendiliğinden temerrüde düşmeyeceğini, iş sahibinin ihtarının gerekli olacağını savunmaktadır. **Ayan** ise<sup>332</sup> inşaat süresinin sonradan gerçekleşecek belli bir olaya bağlanması durumunda dahi kural olarak belirli vadenin bulunduğu kabul etmektedir ve dolayısıyla ilgili sürenin dolması ile müteahhidin, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceğini kabul etmektedir.

Kanaatimce, **Ayan**'ın görüşü daha isabetlidir. Nitekim Yargıtay 15. HD.'nin bu yönde kararları vardır<sup>333</sup>. Buna göre sözleşmede belirtilen teslim süresinin, inşaat izninin

---

<sup>331</sup> **ÖZ** (İnşaat) s.134.

<sup>332</sup> **AYAN**, s.164.

<sup>333</sup> “sözleşmeye göre yapılacak olan inşaatın davacıya 4 daire 1 dükkan verilecek, 36 aylık ifa süresi temel üstü ruhsat tarihinden (subasmandan) sonra başlayacak, inşaat süresi içinde bitirilmediği takdirde günün rayicine göre arsa sahiplerine kira bedelleri yüklenici tarafından ödenecektir. Mahallinde yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporlarından taşınmaz üzerinde bodrum, zemin ve 6 normal katlı binanın yapılmış olduğu anlaşılmaktadır. Bilirkişilerce inşaatın subasmanının atıldığı tarihin belirlenemediği, bu nedenle 36 aylık ifa süresinin sona erdiği tarihin tespit edilemeyeceği gerekçesiyle kira tazminatı ile ilgili hesaplama yapılmamıştır.

*Bu durumda, mahkemeye yapılacak iş; öncelikle davacı arsa sahibine gecikme karşılığı talep ettiği kira bedelinin açıklanması, ilgili belediyeden inşaatın temelüstü ruhsatın alındığı tarihin sorulması, temelüstü ruhsatın alındığı tarih bu şekilde belirlenemezse, sözleşme tarihinden itibaren temelüstü ruhsatının alınabileceği makul süre bilirkişilerden alınacak ek raporla saptanarak temelüstü ruhsatın alınabileceği tarihin belirlenmesi, bu tarihe 36 aylık ifa süresi eklenmek suretiyle inşaatın gecikme olup olmadığının saptanması ve -varsa- gecikilen süre karşılığı kira tazminatına hükmedilmesinden ibarettir.”* Yarg. 15. HD. 20.10.2004 T. 2004/576 E. – 2004/5254 K. MEŞE (erişim, 12.02.2010)



alınmasından itibaren işlemeye başlayacağını kararlaştırılması durumunda da belirli vadeden söz edilebilecektir. Zira bu hallerde de müteahhidin borcunu ifa etmesi gereken tarih, hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde açıktır. Müteahhit borcunu ne zaman ifa etmekle yükümlü olduğunu, borcun muaccel olmasından çok önce açık ve kesin olarak bilmektedir. Bunun sonucu olarak, bu tür kayıtlar içeren sözleşmelerde, ilgili sürenin dolmasıyla müteahhidin, ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceğinin kabulü gerekir. İkinci olarak, taraflar vade tayin etmiş olmayıp, sözleşmede bir muacceliyet ihbarı ile tayin hakkını taraflardan birine veya üçüncü bir kişiye vermişlerse ve o bu yetkiyi kullanarak vadeyi belirleyip diğer tarafa bildirmişse, bu tarihin geçmesi üzerine ihtarsız temerrüt durumu doğar<sup>334</sup>.

Son olarak, dürüstlük kuralı uyarınca alacaklının ihtarda bulunmasının gereksiz olduğu söylenebiliyorsa, ihtar yapılmadan da borçlunun temerrüde düşebileceği kabul edilmektedir<sup>335</sup>. Örneğin, müteahhit inşaat alanını kesin olarak terk edip gitmişse iş sahibi ayrıca ihtarda bulunmadan temerrütten doğan haklarını kullanabilecektir.

#### **2.4.4. Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesinin Sonuçları**

##### **2.4.4.1. İş Sahibinin Seçimlik Hakları**

İş sahibinin BK. m. 106'daki seçimlik hakları kullanabilmesi için kural olarak öncelikle müteahhide uygun bir mehil verilmesi gerekmektedir. Mehil verilmesine rağmen eserin belirtilen süre sonunda hala müteahhit tarafından teslim edilmemesi halinde ya da mehil tayinine gerek olmayan hallerde, alacaklı olan iş sahibi, ifa ve gecikme tazminatından farklı olarak borcun ifa edilmemesi sebebiyle tazminat (müspet zararın tazmini) veya sözleşmeden dönüp menfi zararın giderilmesi talebinde bulunabilir<sup>336</sup>. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 14.10.2005 tarihli kararında bu husus "*Karşılıklı borçlanmayı içeren bir sözleşmede iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde; Borçlar Yasası'nın 106. maddesi hükmü, öteki tarafa üç seçimlik hak tanımaktadır. Sözleşmenin direngen*

<sup>334</sup> ÖZ, (İnşaat) s.134.

<sup>335</sup> AYAN, s.167; ÖZ (Dönme), s.174; ÖZ (İnşaat) s.134; OĞUZMAN/ÖZ, s.301; SEROZAN (İfa), s.218; TEKİNAY/BURCUOĞLU/AKMAN/ALTOP, s.918.

<sup>336</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.405; TANDOĞAN, s.132.

*olmayan tarafı her zaman edimin ifasını ve gecikme nedeniyle oluşan zararının giderilmesini; veya sözleşmenin yerine getirilmesinden ve gecikme nedeniyle ödense isteminden vazgeçtiğini hemen bildirerek, edimin ifa olunmaması ve bu kapsamda borcun ödenmemesinden doğan zararı için ödense isteyebilir ya da sözleşmeyi bozabilir(...)*<sup>337</sup> ifadelerine yer vererek özetlenmiştir.

İş sahibi, seçimlik haklardan hangisini seçtiğini müteahhide derhal bildirmelidir<sup>338</sup>. Derhal bildirim yapılmasından kasıt iş sahibinin içinde bulunduğu duruma göre en yakın zamanda bildirimde bulunmasıdır<sup>339</sup>. Söz konusu beyan, mehil verilirken de yapılabilir. Hatta ihtar, mehil ve seçimlik haklardan hangisinin seçildiği tek bir beyanla dahi belirtilmiş olabilir<sup>340</sup>. Yargıtay kararlarında da seçim hakkının derhal kullanılması gerektiği aksi halde iş sahibinin ortaya çıkacak zararın artmasına kendi fiili ile sebebiyet verdiğinin kabul edileceği vurgulanmıştır<sup>341</sup>.

Herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan<sup>342</sup> bu bildirim, yenilik doğuran<sup>343</sup> tek taraflı bir hukuki işlemdir<sup>344</sup> ve karşı tarafa ulaştığı anda hukuki sonuçlarını doğurur<sup>345</sup>. Bu nedenle, seçimlik haklardan birini kullanabilmek için dava açmaya veya mahkemeden hüküm almaya ihtiyaç yoktur.

---

<sup>337</sup> Yarg. 15. HD. T:14.10.2005, E:2005/5335 – K:2005/5448, sayılı kararı. MEŞE (erişim, 12.03.2010).

<sup>338</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.405-406; ÖZ (Dönme), s.178-179.

<sup>339</sup> ÖZ (Dönme), s.179.

<sup>340</sup> BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s.107.

<sup>341</sup> “davayı ortaya çıkan temerrüt nedeniyle BK. m.106 düzenlenen seçimlik haklarını kullanmada gecikmiş olup bundan dolayı, fiyat artışından davalının sorumlu tutulması imkânsızdır.” Yarg. 15. HD. T:06.03.1989, E:1989/2524 – K:1989/1114 sayılı kararı MEŞE erişim tarihi. Aynı yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 15. HD. T:19.01.1988, E:1987/1810 – K:1988/72 sayılı kararı MEŞE erişim tarihi. Yarg. 15. HD. T:18.03.1987, E:1987/2468 – K:1987/1106 sayılı kararı; Yarg. 15. HD. T:24.04.1986, E:1986/997 – K:1986/1656 sayılı kararı. MEŞE (erişim, 27.02.2010)

<sup>342</sup> Ancak TTK. m. 20/f.3 gereğince tacirler arasında yapılan bu beyan şekle bağlı olup, noter, iadeli taahhütlü mektup veya telgraf vasıtasıyla yapılmalıdır.

<sup>343</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.406; ÖZ (Dönme), s.179; EREN (Genel), s.1071; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.943.

<sup>344</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.407; EREN (Genel), s.1071.

<sup>345</sup> “Anılan seçimlik haklar, karşı tarafa ulaşması ile hüküm ifade ettiğinden artık tek yönlü olarak bundan dönülemez” Yarg. 15. HD. T:06.04.1989, E:1988/2909 – K:1989/1783 sayılı kararı, MEŞE, (erişim, 24.02.2010).

#### 2.4.4.2. Seçimlik Hakları Kullanabilme Şartları

##### 2.4.4.2.1. Uygun Mehil Tayini

İstisna sözleşmesinde müteahhidin temerrüde düşmesi üzerine iş sahibi hemen ifadan vazgeçemez ve ifa yerine tazminat veya sözleşmeden dönme haklarına başvuramaz. Dolayısıyla, iş sahibinin BK. m. 106'daki seçimlik haklarını kullanabilmesi için müteahhide aynen ifa için uygun bir süre vermesi ve bu sürenin dolmasını beklemesi gerekecektir. Aksi halde iş sahibi sadece müteahhitten aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep edebilir. Verilen süre dolmasına rağmen müteahhit ifayı gerçekleştirmemişse iş sahibi ancak o zaman diğer seçimlik imkânlarını kullanabilecektir. Ek süre verilmesi zorunluluğunun amacı, borçluya son bir ifa şansı tanınmasıdır<sup>346</sup>.

Taraflar arasındaki sözleşme herhangi bir şekil şartına bağlı dahi olsa mehil tayini, tıpkı temerrüt ihtarı gibi herhangi bir şekle tabi değildir<sup>347</sup>. Ancak ispat sorunu bakımından noter aracılığıyla yapılması tercih edilmektedir. Nitekim BİGŞ. m.47 hükmünde, bu şartname çerçevesinde giren işlerde süre vermenin noter aracılığıyla yapılması öngörülmüştür. Süre verme beyanının temerrüt ihtarı ile birlikte veya daha sonra ayrı bir bildirimle yapılması mümkündür. Beyanda verilen süre herhangi bir kuşkuya yer bırakmayacak kesinlikte belirtilmelidir.

Borçlar Kanununda, verilecek ek sürenin uzunluğunun belirlenmesine ilişkin olarak kabul edilen tek esas, ek sürenin uygun olmasıdır. Fakat bu uygun sürenin nasıl belirleneceği konusunda açık bir hüküm yer almamaktadır. Ancak doktrinde *Seliçi'nin*<sup>348</sup> de belirttiği gibi, belirlenecek uygun ek süre, *"inşaatın teslim tarihindeki durumu itibariyle, tecrübeli bir inşaat müteahhidinin yeterli işgücü ve araç, gereçleri kullanarak sağlayacağı iş hızına göre, bu inşaatı teslim elverişli bir hâlde*

<sup>346</sup> SEROZAN (İfa), s.141; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.934; OĞUZMAN/ÖZ, s.402-403; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.494; TEKİNAY/BURCUOĞLU/AKMAN/ALTOP, s.944; BUZ, s.107. DAYINLARLI (Temerrüt), s.76.

<sup>347</sup> SEROZAN (İfa), s.141; DAYINLARLI (Temerrüt), s.65; OĞUZMAN/ÖZ, s.406.

<sup>348</sup> SELİÇİ, s.71.

*tamamlayabilmesi için gerekli olan" bir uzunlukta olmalıdır*<sup>349</sup>. Başka bir ifade ile, ek sürenin, edimin borçlu tarafından ifa edilebileceği bir süre olması gerekir<sup>350</sup>. Ek sürenin borçluya son bir ifa şansı olduğu dikkate alınarak, müteahhitten normalin üzerinde bir çalışma temposu beklenebilir<sup>351</sup>.

Bu durumda, müteahhit eseri tamamlamaya ne kadar yakınsa o kadar kısa, ne kadar uzaksa o kadar uzun bir ek süreden yararlanabilecektir. **Seliçi'ye**<sup>352</sup> göre BK. m. 358/f.1 hükmünden yararlanmayan iş sahibinin, ek sürenin uzunluğuna her halükarda katlanması gerekecektir. **Öz**<sup>353</sup> ise, işin çok başında temerrüde düşen ve işi tamamlamasının aşırı uzun zaman alacağı anlaşılan müteahhide karşı iş sahibinin BK. m. 107/b.1'e kıyasen, süre vermeksizin seçimlik haklarını kullanmasına izin verilebileceğini belirtmiştir.

Koşulları oluşmasına rağmen iş sahibi tarafından BK. m.358/f.1 hükmüne başvurulmaması, iş sahibi aleyhine yorumlanmamalıdır. Bu yetkisini kullanmayan iş sahibini, işe hiç başlamamış veya işin çok küçük bir kısmını tamamlamış müteahhit karşısında çok uzun bir süre beklemeye mahkûm etmek hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Bu nedenle Öz'ün görüşünün daha isabetli olduğu kanaatindeyim. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 2006 tarihli kararı da bu yöndedir<sup>354</sup>.

İstisna sözleşmelerinde, uygun ek sürenin uzunluğunun belirlenmesinde ilk dikkat edilecek husus, ilk sürenin hiçbir zaman asıl sözleşmedeki süreden uzun olamayacağıdır<sup>355</sup>. Bunun yanında, geri kalan iş miktarı, gecikmeye neden olan

---

<sup>349</sup> ÖZ (Dönme) s.175

<sup>350</sup> BUZ, s.107; TEKİNAY/BURCUOĞLU/AKMAN/ALTOP, s.946.

<sup>351</sup> ÖZ (İnşaat) s.141.

<sup>352</sup> SELİÇİ, s.71. Aksi görüşte, TEKİNAY/BURCUOĞLU/AKMAN/ALTOP, s.947; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.495; DAYINLARLI (Temerrüt), s.77.

<sup>353</sup> ÖZ (İnşaat), s.141.

<sup>354</sup> "BK'nun 106. maddesinin 1. fıkrasına göre karşılıklı taahhütleri havı olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için munasip bir mehil tayin edip bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu takdirde aynı maddenin ikinci fıkrasına göre seçimlik hakkını kullanabilir ise de, derhal fesih başlığını taşıyan BK'nun 107. maddesi uyarınca borcun tayin edilen yer ve zamanda ifa edilmemesi veya borçlunun hal ve vaziyetinden ihtarın tesirsiz olacağına anlaşılması durumunda ayrıca temerrüt ihtarında bulunulmaksızın ve süre verilmeden sözleşmenin feshi ve BK'nun 106. maddesinin ikinci fıkrasındaki seçimlik hakların kullanılması mümkündür." Yarg. 15. HD. T:06.03.2006, E:2005/947 – K:2006/1248 sayılı kararı MEŞE (erişim, 13.03.2010).

<sup>355</sup> AYAN, s.218.

sebeplerin doğumunda tarafların etkisi, yüklenicinin çalışma kapasitesi, iş sahibinin eserin tamamlanmasındaki menfaati gibi somut olayın bütün özelliklerinin dikkate alınması gerekir<sup>356</sup>.

Ek süre verilmesi zorunluluğu emredici bir nitelik taşımadığından, taraflar bunu tamamen ortadan kaldırabilirler. Örneğin kesin vadeli işlemlerde ek süre verilmesine gerek yoktur. Ayrıca taraflar sözleşmeye koyacakları bir madde ile de ek sürenin uzunluğunu belirleyebilirler. Örneğin sözleşmede BK. m. 106/f.1 anlamındaki ek sürenin 2 ay olması gerektiği kararlaştırılmışsa, bu sürenin dolmasıyla iş sahibi aynen ifadan vazgeçebilecektir.

BİGŞ. m.47 hükmünde, bu şartname çerçevesinde giren işlerde ivedi durumlar dışında verilecek sürenin 10 günden az olmayacağı düzenlenmiştir.

İş sahibi tarafından edimin ifa edilebilmesi için müteahhide verilen mehilin uygun olmaması halinde doğacak hukuki sonuçla ilgili doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş<sup>357</sup> bu durumda sürenin, tekrar süre vermeye gerek olmadan işin tamamlanması için gerekli en az süreye kadar uzayacağını ileri sürmektedir. Diğer bir görüş<sup>358</sup> ise, bu durumda iş sahibinin süre vermemiş sayılması ve tekrar bu kez uygun bir ek süre vermek zorunda bırakılması doğrudur. Üçüncü bir görüş<sup>359</sup> ise, alacaklı tarafından verilen sürenin kısa olması halinde, borçlunun buna derhal itiraz ederek, uygun ek sürenin verilmesini talep etmesi gerektiği yönündedir. Kanaatimce üçüncü görüş daha isabetlidir. Zira müteahhit edimin ifa edilebilmesi için gereken zamanı, iş sahibine göre daha doğru bir şekilde tespit edebilecek konumdadır. Buna göre müteahhit kendisine tanınan ek sürenin uygun olmadığı kanaatindeyse, ilk uygun zamanda süreye itiraz etmelidir. İlk uygun zamanda süreye itiraz etmeyen müteahhit sonradan sürenin yetersizliğini ileri süremez<sup>360</sup>.

---

<sup>356</sup> AYAN, s.218.

<sup>357</sup> BUZ, s.107; SEROZAN, s.265.

<sup>358</sup> ÖZ (İnşaat), s.142; OĞUZMAN/ÖZ, s.404. Bunun doğal sonucu olarak, ek sürenin uygunluğunun hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir.

<sup>359</sup> TUNÇOMAÇ, Genel Hükümler, s.935; YAKUPPUR, s.86; AYAN, s.218.

<sup>360</sup> YAKUPPUR, s.86.

Verilen sürenin uygunluğu konusunda herhangi bir tartışmaya yer vermemek için bu süreyi hâkime tayin ettirmek yerinde olur<sup>361</sup>. Zira BK. m. 106/f.1 bu imkânı tanımaktadır<sup>362</sup>.

Kanunda, borçluya mehil verme konusunda herhangi bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. İş sahibi, müteahhit temerrüde düştükten sonra, ne kadar süre geçerse geçsin dilediği zaman uygun mehil verebilir<sup>363</sup>.

#### **2.4.4.2.2. Mehil Verilmesini Gerektirmeyen Haller**

Kural olarak alacaklı borçluya uygun mehil vermeden aynen ifayı reddederek sözleşmeden dönemez veya müspet zararın tazminini talep edemez. Ancak BK. m. 107'de belirtilen üç özel durumlarda, uygun mehil vermeden BK. m. 106'dan yararlanma imkânı doğar.

##### **2.4.4.2.2.1. Borçlunun Hal ve Davranışlarından Artık Süre Vermenin Yararsız Olacağıın Anlaşılması**

Mehil verilmesini gerektirmeyen hallerden ilki, borçlunun hal ve davranışlarından artık süre vermenin yararsız olacağıın anlaşılmasıdır(BK m.107/f.1). Buna göre ek süre verilse bile, müteahhidin borcun ifa etmeyeceği, inşaatı tamamlamayacağı anlaşılabilen hâllerde, iş sahibi ek süre vermesine gerek olmadan seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Müteahhidin inşaatı tamamlamayacağını kesin ve ciddi olarak belirtmesi hâlinde, iş sahibi herhangi bir ek süreye gerek kalmaksızın doğrudan aynen ifadan vazgeçtiğini

---

<sup>361</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.403; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.935; TEKİNAY/BURCUOĞLU/AKMAN /ALTOP, s.948; SELİÇİ, s.70; BUZ, s.107.

<sup>362</sup> ÖZ (İnş. Söz) s.142:Kendisine süre tayini için başvuru hakim maddî uyuşmazlığa girmeyecek hatta borçlunun (müteahhidin) gerçekten temerrüde düşüp düşmediğine bile bakmayacak, sadece işin geldiği aşamaya göre normal olarak ne kadar zamanda bitirebileceğini belirleyecektir. Bu bakımdan, süre tayinine ilişkin mahkeme hükmü uyuşmazlığa ilişkin bir kesin hüküm sayılmaz, ileride açılan esasa ilişkin davada borçlunun zaten temerrüde düşmediğine aslında alacaklının temerrüde düştüğüne dair bir hüküm verilmesine engel oluşturmaz. Fakat uygun sürenin tespiti bakımından bu hüküm kesindir. Daha ilerdeki bir uyuşmazlıkta artık borçlu (konumuz bakımından: müteahhit) kendisine mahkemece tayin edilen ek sürenin ifa için yetersiz olduğunu ileri sürme ve ispatlama hakkına sahip değildir.

<sup>363</sup> TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.936.

beyan edebilir<sup>364</sup>. Mütcaahhidin iş sahibine herhangi bir bildirimde bulunmaksızın inşa faaliyetini tamamen durdurup, inşaata alanını terk ettiği hallerde de süre verilmesi etkisiz olacaktır<sup>365</sup>. Bu hallerde, mütcaahhidin kesin ve ciddi bir ifa etmeme iradesini örtülü olarak ortaya koyduğunun kabulü gerekir. Aynı şekilde eserin meydana getirilmesi için gereken süre uzun bir süreyse ve mütcaahhidin hiçbir hazırlığı yoksa, iş sahibi uygun bir mehil vermeye gerek olmaksızın BK. m. 106'daki seçimlik hakları kullanabilir<sup>366</sup>. Ancak bir uyuşmazlık hâlinde ek sürenin yararsız geçeceğini ispat etme yükü iş sahibi üzerinde olacaktır<sup>367</sup>.

#### 2.4.4.2.2. Borcun İfasının Alacaklı Bakımından Anlamını Kaybetmesi

Mehil verilmesini gerektirmeyen hallerden ilki ikincisi, temerrüt nedeniyle artık borcun ifasının alacaklı bakımından anlamını kaybetmesidir (BK. m. 107/f.2). Başka bir ifade ile sözleşmenin konusunu oluşturan eserin verilen mehilden sonra teslim edilmesi artık iş sahibi için bir anlam ifade etmiyorsa iş sahibi mehil vermeye gerek olmaksızın BK. m. 106'nın kendisine tanıdığı imkânları kullanabilir<sup>368</sup>. Örneğin, düğün için gelinlik dikilmesini istenmiş bir terzinin, gelinliği düğün gününe yetiştiremeyeceği anlaşılıyorsa, mehil tayinine gerek olmaksızın iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir veya müspet zararın tazminini talep edebilir<sup>369</sup>. Burada iş sahibinin mehil verme yükümlülüğünden kurtulabilmesi için ifanın faydasız hale gelmesi ile temerrüt arasında bir illiyet bağının var olması gerekir<sup>370</sup>.

İfanın alacaklı bakımından faydasız kaldığı durumlarla, inşaata sözleşmelerinde pek karşılaşılmaz. İnşaataın bitmesi ne kadar gecikirse geciksin iş sahibi açısında artık bu

<sup>364</sup> ÖZ (Dönme), s.176; SEROZAN (İfa), s.141; OĞUZMAN/ÖZ, s.420.

<sup>365</sup> "Davacı yüklenici inşaataı terk etmiş bulunması nedeniyle, davalı işveren tarafından ihtarın semeresiz kalacağı kuşkusuz bulunduğundan, BK.nun 107. maddesine göre ihtar keşide edilmesinde de zorunluluk bulunmamaktadır." Yarg. 15. HD. T:29.05.1979, E:1979/1168 – K:1979/1279 sayılı kararı, MEŞE (erişim, 21.03.2010)

<sup>366</sup> "dava tarihine kadar davalılar herhangi bir işlem yapmamışlardır. Ayrıca mahkemenin 20.06.1990 günlü keşif tarihinde de davalıların bir faaliyette bulunmadığı anlaşılmaktadır. Böylece davalılar direngen duruma düşmüşlerdir." Yarg. 15. HD. T:13.03.1992, E:1991/4232 – 1992/1284 sayılı kararı MEŞE (erişim, 21.03.2010)

<sup>367</sup> ÖZ (İnşaat) s.142.

<sup>368</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.421; SEROZAN (İfa), s.141-142; TANDOĞAN (Mesuliyet), s.498.

<sup>369</sup> YAKUPPUR, s.90.

<sup>370</sup> DAYINLARLI (Temerrüt), s.83; TANDOĞAN (Mesuliyet), s.498; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.936.

yapının anlamını kaybetmesi pek düşünülemez. Ancak istisnai olsa da teslim süresinin çok önemli olduğu durumlarla karşılaşılabılır ve bu halde temerrüt sözkonusu olursa borcun ifası alacaklı bakımından anlamsız hale gelecektir. Örnek olarak olimpiyat oyunları için inşasına başlanmış bir spor salonunu gösterebiliriz.

Son olarak belirtmek gerekir ki, eserin tesliminin kendisi için faydasız kaldığını iddia eden iş sahibi, iddiasını ispat etmek zorundadır<sup>371</sup>.

#### 2.4.4.2.2.3. Borcun İfasının “Kesin Vade” Türden Bir Vadeye Bağlanmış Olması

Mehil verilmesini gerektirmeyen hallerden ilki üçüncüsü, borcun ifasının “kesin vade” denilen türden bir vadeye bağlanmış olmasıdır. İnşaat sözleşmesinde, inşaatın teslim gereken tarihin kesin vade biçiminde kararlaştırılması durumunda, artık seçimlik hakların kullanılması için ek süre verilmesine gerek yoktur<sup>372</sup>. Sözleşmeyle belirlenen belirli vadenin yanında, borcun “mutlaka”, “en son”, “en geç”, “kesinlikle” bu tarihte ifa edilmek zorunda olduğu gibi ibarelerin bulunması, bu hukukî işleme kesin vadeli hukukî işlem niteliği verecektir<sup>373</sup>. Ancak Yargıtay, sadece teslim tarihinin belirlenmesini bile kesin vade olarak yorumlamaktadır<sup>374</sup>. Fakat bu gibi bir açıklık bulunmamasına rağmen, temerrüt hâlinde alacaklının ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebileceğinin veya temerrüt üzerine borcun ifasının kabul edilmeyeceğinin kararlaştırılması hâllerinde de kesin vadenin bulunduğu kabul edilir<sup>375</sup>.

<sup>371</sup> DAYINLARLI, (Temerrüt), s.83; YAKUPPUR, s.91.

<sup>372</sup> SELİÇİ, s.71; ÖZ (Dönme), s.177.

<sup>373</sup> AYAN, s.221; SEROZAN (İfa), s.142.

<sup>374</sup> “Yanlar arasındaki sözleşmede işin Ekim/1997 de teslim edilmesi kabul edilmiştir. Kesin vade geçtikten sonra alacaklının BK. 106. maddesinde sözü edilen seçimlik haklardan hangisini tercih ettiğini açıklamaması durumunda kural olarak aktin ifasının ve gecikmeden doğan zararlarını istediğinin kabulü gerekir.” Yarg. 15. HD. T:27.05.2002, E:2002/423 – K:2002/2813 sayılı kararı, MEŞE, (erişim, 22.03.2010). Bkz. aynı yönde “inşaatın teslim tarihi 26.01.2001 olup, yüklenicinin teslim borcunu kesin vade olan bu tarihte yerine getirmesi gerekirken, borcunu ifa etmemiş ve borçlu temerrüdüne düşmüştür ( BK. madde 107/3 ).” Yarg. 15. HD. T:14.10.2005, E:2005/5335 – K:2005/5448 sayılı kararı, “Yanlar arasındaki sözleşmede inşaatın 12.12.2002 tarihinde davacılar teslim edileceği kabul edilmiştir. Teslim tarihi BK.nun 107. maddesinde açıklanan kesin vade niteliğinde olup bu tarihin geçmesiyle davalı temerrüde düşmüştür.” Yarg. 15. HD. T:12.12.2005, E:2005/7465 – K:2005/6764 sayılı kararı, MEŞE, (erişim, 22.03.2010).

<sup>375</sup> ÖZ (İnşaat) s.143.



Her belirli vade, kesin vade ile karıştırmamalıdır. İfa tarihi ne kadar belirli olursa olsun, bu tarih geçince artık ifa istenmeyeceği belirtilmedikçe ortada kesin vade yoktur. Burada güven teorisine göre yorum yapılarak, tarafların karşılıklı olarak göz önüne almaları gereken irade beyanları, artık vadeden sonra ifanın istenmeyeceği şeklinde anlaşılmasını gerektiriyorsa, kesin vade bulunduğu kabul edilecektir. Bazen de sözleşmenin başka bazı hükümleri yol gösterici olur. Örneğin, sözleşmede gecikme hali için cezaî şart kararlaştırılmışsa, asıl olan kesin vadenin düşünülmediğidir<sup>376</sup>.

#### **2.4.4.2.3. Mehil Sonunda Doğan Seçimlik Haklar**

##### **2.4.4.2.3.1. Genel Olarak**

Tanınan ek süreye rağmen müteahhit eseri iş sahibine teslim etmez ise alacaklı taraf olan iş sahibi lehine üç yenilik doğuran yetki doğar<sup>377</sup>. Bunlar, aynen ifa ve gecikmeden doğan zararın tazmininin talep edilmesi, aynen ifayı reddederek müspet zararın tazmininin talep edilmesi ve sözleşmeden dönerek menfi zararın tazmininin talep edilmesidir.

Verilen ek sürenin sonunda inşaatın halen tamamlanmaması veya BK. m. 107 uyarınca ek süre verilmesi gerekmemesi durumunda, iş sahibi ifadan vazgeçtiğini müteahhide derhal bildirerek, “ifa yerine tazminat” veya “sözleşmeden dönme” hakkını kullanabilir. Derhal bildirmekten maksat, iş sahibinin ek süre dolmasına rağmen inşaatın bitmediğini öğrenmesini takiben şartların izin verdiği ilk zamanda beyanda bulunmasıdır. Şayet ifadan vazgeçme beyanı gecikmiş ise, iş sahibi tekrar uygun bir ek süre vermeden ifadan vazgeçmemelidir. İş sahibi ifadan vazgeçtiğini bildirirken bu iki haktan hangisini seçtiğini de aynı anda bildirmelidir. Şimdilik ifadan vazgeçtiğini bildirip bu haklardan hangisini seçtiğini bildirmeyi sonraya bırakamaz. Böyle bir beyanda bulunursa ifadan vazgeçme bildirimini de geçersiz sayılır. Bunun sonucunda, gene, müteahhide tekrar uygun ek süre verme ve bu sürenin dolmasını bekleme yükümü altına girer<sup>378</sup>.

---

<sup>376</sup> ÖZ (İnşaat) s.143.

<sup>377</sup> SELİÇİ, s.71.

<sup>378</sup> ÖZ (İnşaat) s.143 vd.

Verilen ek sürenin sonunda iş sahibi yenilik doğan seçimlik haklarını kullanacağı yerde hâlâ ifayı ve gecikme zararının tazminini istemeye devam edebilir. Gene fikrini değiştirirse, tekrar uygun ek süre vermek şartıyla bu seçimlik haklarını kullanabilir. Buna karşılık, şayet bir kez ifadan vazgeçip tazminat istemiş veya sözleşmeden dönmüşse, artık bundan vazgeçip aynen ifayı isteyemez<sup>379</sup>. Zira yenilik doğuran haklar bir kez kullanılmakla tüketilir.

Ek süre verilmesi zorunlu olmayan hallerde veya mutlak kesin vadeli hukukî işlemlerde, temerrüt zaten kendiliğinden aynen ifadan vazgeçilmesi sonucunu doğurduğundan, ayrıca bu yönde bir beyana gerek yoktur<sup>380</sup>.

#### **2.4.4.2.3.2. Sözleşmeden Dönme**

##### **2.4.4.2.3.2.1. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılması**

Aynen ifayı talep etmeyen iş sahibi müteahhide verdiği uygun mehilin sonunda, bunu derhal bildirmeli ve sözleşmeden döndüğüne dair bir beyanda bulunmalıdır<sup>381</sup>. Müteahhit, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını iddia ve ispat ederek, iş sahibinin sözleşmeden dönmesine engel olamaz<sup>382</sup>. Kusur menfi zararın tazmin edilmesi ve tazminat tutarının belirlenmesinde önemli rol oynar<sup>383</sup>.

Dönme beyanı, taraflar arasında mevcut olan hukuki ilişkiyi ortadan kaldıran, bu anlamda yenilik doğuran tek taraflı bir irade beyanıdır<sup>384</sup>. Buna göre sözleşmeden dönmek için dava açmaya ve mahkemeden hüküm almaya gerek yoktur. Beyan müteahhide ulaştığı anda hukuki sonuçlarını doğurur<sup>385</sup>. Fakat Yargıtay, arsa payı

---

<sup>379</sup> ÖZ (İnşaat) s.144

<sup>380</sup> AYAN, s.226; ÖZ (İnşaat) s.143.

<sup>381</sup> TANDOĞAN, s.141; AKINTÜRK, s.127.

<sup>382</sup> ÖZ (Dönme) s.32; AYAN, s.252

<sup>383</sup> SEROZAN, s.467; SEROZAN (İfa), s.232; TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s.480; BUZ, s.110; ÖZ (Dönme), s.32. Karşı görüş için bkz. TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.955: “Kusuru olmayan borçlu karşısında alacaklıya dönme hakkı tanımının isabetini savunmak oldukça güçtür.9

<sup>384</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.396; SEROZAN, s.58; SEROZAN (İfa), s.232. ÖZ (Dönme), s.31.

<sup>385</sup> DAYINLARLI (Temerrüt), s.76; “Anılan seçimlik haklar, karşı tarafa ulaşması ile hüküm ifade ettiğinden artık tek yönlü olarak bundan dönülemez” Yarg. 15. HD. T:06.04.1989, E:1988/2909 – K:1989/1783 sayılı kararı, MEŞE, (erişim, 24.02.2010).

karşılığı inşaat sözleşmesinin, ancak karşı tarafın kabulü veya mahkeme kararıyla sona erdirilebileceğini kabul etmektedir<sup>386</sup>. Yargıtay'ın bu tutumunu yerinde olmadığı kanaatindeyim. **Öz'ün**<sup>387</sup> de haklı olarak belirttiği gibi, “yenilik doğuran hakların muhatabın reddi veya kabul ile sonuç doğurması hukukumuzda yabancıdır”.

Sözleşmeden dönme beyanı kural olarak şekle tabi değilse de, TTK m. 20/f.3 uyarınca tacirler arasında bu beyanın noterden çekilecek ihtarname ile veya telgrafla yahut taahhütlü mektupla yapılması zorunluluğu vardır.

#### **2.4.4.2.3.2.2. Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları**

##### **2.4.4.2.3.2.2.1. İfa Edilmiş Edimlerin Ortadan Kalkması**

Dönme ile birlikte ilk olarak henüz ifa edilmemiş edimler ortadan kalkar. Buna göre dönmenin hukukî sonuçlarını doğurduğu anda, kısmen veya tamamen henüz ifa edilmemiş olan, dönme tarihine kadar muaccel olan olmayan bütün borçlar ortadan kalkacaktır<sup>388</sup>. Sözleşmeden döndükten sonra iş sahibi artık inşaatın tamamlanmasını, müteahhit ise bedelin ifasını talep edemeyecektir<sup>389</sup>.

İş sahibinin sözleşmeden dönmesinden önce, müteahhidin, bedel alacağını (para veya arsa payı biçimindeki) üçüncü kişiye devretmiş olması halinde, iş sahibi, devredilen bu alacağın, dönme nedeniyle ortadan kalktığını, böyle bir borcu bulunmadığını alacağı devralan kişiye karşı ileri sürebilecektir<sup>390</sup>.

---

<sup>386</sup> "... Eser sözleşmelerinde, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşması ile fesih gerçekleşir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapu devrini de öngördüğünden resmi şekilde yapılması zorunlu olduğu gibi sona erdirilmesi için de tarafların karşılıklı iradelerinin birleşmesi veya mahkeme kararının varlığı zorunludur. Açıklanan hususlar nazara alınmadan sözleşmenin fesh edildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir...". 15. HD. 09.03.2006, E. 2005/7640, K. 2006/1334 sayılı kararı MEŞE (erişim, 02.12.2009); Aynı yönde bkz. Yarg. 15. HD. T:18.01.2007, E:2005/7593 – K:2007/187 sayılı kararı, KOSTAKOĞLU, s.759; Yarg. 15. HD. T:14.07.2005, E:2005/2333 – K:2005/4271 sayılı kararı, KOSTAKOĞLU, s.760.

<sup>387</sup> ÖZ (Dönme) s.142

<sup>388</sup> BUZ, s.152; SELİÇİ, s.76.

<sup>389</sup> SELİÇİ, s.77; OĞUZMAN/ÖZ, s.397; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.951.

<sup>390</sup> AYAN, s.255.

#### **2.4.4.2.3.2.2.2. İade Yükümleri**

Dönmenin ikinci etkisi, dönmeden önce ifa edilmiş edimlerin iadesidir. Dönme beyanı üzerine sözleşmenin ortadan kalkması geçmişe etkili (ex tunc) olarak düzenlenmiştir. Yani sözleşmeden dönülünce her iki tarafın da borçları ve hakları sözleşmenin kurulduğu andan itibaren ortadan kalkacaktır. Böylece sözleşmeden dönen iş sahibi bedel ödeme borcundan, müteahhit de inşaatı yapma borcundan kurtulacaktır.

İade borçları dönmeyle birlikte muaccel hale gelecektir. Sözleşmeden dönme tarihine kadar sadece taraflardan biri ifada bulunmuşsa, sadece bu tarafın iadeyi talep hakkı olacaktır. Fakat her iki taraf da kısmen ifada bulunmuşlarsa, meselâ müteahhit inşaatı başlatmış ve iş sahibi de bedel borcunu kısmen ifa etmişse, her iki tarafın da iade yönünde bir talebi doğacaktır. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin şayet müteahhide devrettiği arsa payı varsa, bunun tekrar kendi adına tescilini isteyebilecektir.

#### **2.4.4.2.3.2.2.2.1. İş sahibinin geri verme borcu**

İş sahibinin sözleşmeden döndüğü tarihte müteahhit inşaatı başlatmışsa, artık iş sahibinin bir iade borcu doğacaktır. İnşaat, iş sahibinin arazisi üzerinde yapıldığı durumlarda, yapılan inşaat, bütünleyici parça kuralı gereğince iş sahibinin mülkiyetine geçecektir<sup>391</sup>. Bu durumda iş sahibi inşaatı, müteahhide iadesi mümkün olmayacağından iş sahibinin inşaatın değerini iade etmesi gerekecektir<sup>392</sup>. Bazı istisnai durumlarda iade mümkün olabilmektedir. Örneğin prefabrik bir yapı inşa ediliyorsa artık değerini iadesi söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle, iş sahibinin inşaatın yapılmış olan kısmıyla ilgili geri verme borcu, kural olarak yapılmış olan inşaatın değeri oranında para borcu olacaktır.

---

<sup>391</sup> Müteahhit, iş sahibine teslim edeceği inşaatı kendi arsası üzerinde inşa ediyorsa burada zaten, iş sahibine herhangi bir devir yapılmamış olduğundan, iş sahibi açısından iade borcu doğmayacaktır.

<sup>392</sup> ÖZ (İnşaat), s.151; ÖZ (Dönme), s.238; AYAN, s.257.

İş sahibinin inşaatın değerine ilişkin iade borcunun miktarının belirlenmesinde, edimin ifa edildiği tarihteki objektif değeri esas alınır. Başka bir ifade ile iş sahibinin iade borcu inşaatın iş sahibinin malvarlığında gösterdiği artıştan başka bir şey değildir<sup>393</sup>. İş sahibi açısından iade borcunun doğumu için müteahhidin sadece inşaata başlamış olması yeterli değildir. İş sahibi açısından iade borcunun doğabilmesi için, inşaatın yapılmış kısmının iş sahibinin herhangi bir biçimde işine yaraması, değerlendirilebilir olması gerekir. Örneğin inşaatın bitirilen kısmı, onaylı projelere aykırıysa yani idare tarafından yıkılacak nitelikte ise ya da yarım kalmış inşaatın temelleri, yeteri kadar sağlam yapılmadığından yıkılması gerekiyorsa iş sahibinin herhangi bir iade borcu doğmayacaktır. Hatta iş sahibi, böyle bir durumda inşaatın yıkılması ve ortaya çıkacak molozların atılması için gereken bedeli, müteahhitten menfi zarar kapsamında talep edebilecektir<sup>394</sup>.

#### **2.4.4.2.3.2.2.2.2. Müteahhidin geri verme borcu**

Bedelin para olarak kararlaştırıldığı istisna sözleşmelerinde müteahhidin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda, iş sahibi, ödediği paranın tamamını, ifa tarihinden itibaren faiziyle birlikte talep edebilir<sup>395</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, iş sahibinin müteahhide daha önce devrettiği arsa paylarının kendi adına tescilini talep hakkı doğar. Fakat bu borcun hukukî niteliği, dönmenin etkisi hakkında kabul edilen görüşe bağlı olarak değişecektir.

Klasik Dönme Teorisine göre<sup>396</sup> sözleşmeden dönme, bozucu yenilik doğuran bir hakkın<sup>397</sup> kullanılması niteliğindedir ve kullanılması ile borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar<sup>398</sup>. Diğer bir ifadeyle baştan itibaren hükümsüz kalan sözleşme gereğince yapılan ifa, artık sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilecektir. Şayet

---

<sup>393</sup> AYAN, s.259.

<sup>394</sup> ÖZ (Dönme), s251.

<sup>395</sup> AYAN, s.266.

<sup>396</sup> Bu görüşte: TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.952; UÇAR, s.175.

<sup>397</sup> TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s.504; DAYINLARLI (Temerrüt), s.75.

<sup>398</sup> BUZ, s.118-120; TANDOĞAN, s.142; AKINTÜRK, s.127.

sözleşmeden dönme anında ifa edilmiş borçlar veya hazırlık faaliyeti sebebiyle karşı tarafa yapılmış kazandırmalar varsa, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından, kural olarak bu talepler sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacaktır. İş sahibi ödemiş bulunduğu bedeli sebepsiz zenginleşme talebi ile geri isterken, müteahhit de inşaat sırasında iş sahibinin malvarlığına kazandırdığı değerleri sebepsiz zenginleşme talebi ile geri isteyecektir<sup>399</sup>. Yargıtay’ında vermiş olduğu birçok karardan sebepsiz zenginleşme görüşünü kabul ettiği anlaşılmaktadır<sup>400</sup>. Sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talepleri, BK. m. 66 gereğince 1 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Bir yıllık süre dönme beyanının karşı tarafa ulaştığı andan itibaren işlemeye başlar<sup>401</sup>.

Aynî Etkili Dönme Görüşü’ne<sup>402</sup> göre de sözleşme ilişkisi bozucu yenilik doğuran dönme hakkının kullanılmasıyla geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Fakat sebepsiz zenginleşme görüşünden farklı olarak, bu sözleşme ilişkisi nedeniyle yapılan tasarruf işlemleri de bundan etkilenir<sup>403</sup>. Bunun sonucu olarak da daha önce yerine getirilen maddi edimlerin iadesi, sebebe bağlılık ilkesi gereği ilk plana istihkak davası ile iyiniyetli üçüncü şahısların iktisabı halinde ise sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilebilir<sup>404</sup>. Meselâ MK. m. 1015’e göre sebebe bağlı bir tasarruf işlemi olan tescil, hukukî sebebin sonradan ortadan kalkmasıyla yolsuz bir tescil hâline gelir ve herhangi bir süreye bağlı olmayan bir davayla bu yolsuz tescilin düzeltilmesi talep edilebilir.

Yasal Borç İlişkisi Teorisinin ortaya çıkmasının nedeni ise, haksız zenginleşme istemini 1 yılda zamanaşımına uğratan BK. m. 66 hükmünün yarattığı engeli aşma gereksinmesidir. Bu teoriye göre, sözleşmeden dönme üzerine doğan iade borcu gerçek

---

<sup>399</sup> ÖZ (İnşaat), s.151.

<sup>400</sup> Bu yönde: 15. HD. 09.12.2004, 2003/7040 E, 2004/63B9 K. sayılı kararından: “Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde; artık sözleşmeden hiçbir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlarda sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmenin taraflarından her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de Borçlar Kanununun 63 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca sebepsiz mal edinme kurallarına göre geri isteyebilir.”; YHGK. 24.11.1999, 13-967/990 sayılı kararından: “... Dönme işlemi ise ayrıca zarar giderimi talep etme imkanı vermez, ancak akdin hükümsüzlüğünden kaynaklanan menfi zararın tazmini imkanı verir. Bu çerçevede ise ancak verilenler haksız iktisap kurallarına göre geri istenebilir...”. MEŞE (erişim, 17.03.2010)

<sup>401</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.399; TANDOĞAN, s.142; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.951.

<sup>402</sup> AYAN, s.269 vd.

<sup>403</sup> AYAN, s.269; ÖZ (İnşaat), s.150; ÖZ (Dönme), s.39; BUZ, s.121.

<sup>404</sup> BUZ, s.121-122.

anlamda bir sebepsiz zenginleşme borcu değildir. Bu borç BK. m. 108'den doğan, doğrudan doğruya bu hükümden kaynaklanan, özel bir iade borcudur. Bu nedenle dönme sözleşme ilişkisini bir sebepsiz zenginleşme ilişkisine değil, 108. maddenin düzenlediği “yasal bir borç ilişkisine” dönüştürür. Ne var ki, iadenin kapsamı bakımından yine de sebepsiz zenginleşme kurallarının kıyasen uygulanması kabul edilmiştir. Bu haliyle söz konusu görüşün klasik dönme görüşüne nispeten yarattığı tek pratik fark, iade borcuna BK. m. 125'deki on yıllık zamanaşımı süresine bağlanmamış her çeşit borç için geçerli olacak genel bir kural olmasıdır<sup>405</sup>. Görüldüğü gibi, yasal borç ilişkisi görüşü, bazı farklılıklar dışında, klasik dönme görüşüyle uyum içindedir. Bununla birlikte, burada da dönme, bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olarak kabul edilmektedir.

Alman Hukukunda oybirliği ile kabul edilen, İsviçre ve Türk hukukunda da savunulan “Yeni Dönme Teorisi”ne göre<sup>406</sup> sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisinin kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmadığını, fakat sadece tarafların aldıklarını iade etmeye yönelik “geri verme borçları”nın doğmasına yol açtığını kabul etmektedir. Dönme işlemi sözleşmenin geçerliliğine dokunmayıp onu bir tasfiye ilişkisi haline getirir. Bunun sonucu olarak iade borçları, sözleşmeden doğan bir nitelik kazanır. Bu görüşe göre sözleşmeden dönme “değiştirici yenilik doğuran” hakkın kullanılmasıdır. Keza bu görüşe göre, sözleşmeden dönen alacaklı olumlu zararının tazminini isteyebilmekte ve karşılıklı iade taleplerine de o sözleşmeye ilişkin zamanaşımı uygulanabilmektedir.

Bu görüşü benimseyen *Serozan'a* göre<sup>407</sup>, sözleşmeden dönme işlemi, dolaylı bir güç taşıyan sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmayıp, sadece onun konusunu değiştirmekle yetinen yenilik doğurucu bir işlem olarak kabul edilmeli ve yeni dönme teorisi benimsenmelidir.

Kanaatimizce, aynı etkili dönme görüşü hem yasal düzenlemesi hem de çıkarlar dengesi bakımından en kabul edilebilir görüştür. Dönme ile birlikte, bu hakkı kullanan taraf artık diğer tarafla hiçbir sözleşmesel ilişki içinde bulunmak istemediğini ortaya

---

<sup>405</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.400.

<sup>406</sup> SEROZAN, s.78; SELİÇİ, s.77; ŞENOCAK, s.48.

<sup>407</sup> SEROZAN, s.78.

koymaktadır. Bu nedenle iade talepleri bakımından, sözleşmesel nitelik taşıdığı için ileri sürülmesi yerinde olmayacağından yeni dönme teorisinin kabulü mümkün değildir. Yasal borç ilişkisi teorisinin kabul edilmesi halinde özellikle arsa payı inşaat sözleşmeleri bakımından büyük sorunlar çıkma ihtimali vardır. Zira bu teori kabul edilecek olursa dönmeden önce müteahhide devredilen taşınmazın, iş sahibine yeniden intikali, bir borcun ifası niteliğinde olduğu için, devir sırasında alım-satım harcı ödenmesi gerekecektir<sup>408</sup>. Oysa katıldığımız görüşe göre, mülkiyet zaten iş sahibinde kaldığından, sadece bir yolsuz tescil söz konusu olduğundan, tarafların anlaşmasıyla (MK. m.1027<sup>409</sup>) veya açılacak tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla (MK. m. 1025<sup>410</sup>) bu hukuka aykırılık giderilebilecektir. Ayrıca kabul ettiğimiz görüşün bir sonucu olarak, iş sahibi müteahhide devrettiği arsa paylarının iadesi amacıyla herhangi bir zamanaşımı süresine bağlı olmayan tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilecektir<sup>411</sup>. Fakat müteahhide devredilen arsa payları üzerinde, iyiniyetli üçüncü kişilerce aynı hak kazanılmışsa, iş sahibi artık iyiniyetli bu kişilere başvuramayacaktır. İş sahibinin yapabileceği tek şey iadenin bu biçimde imkânsızlaşmış olmasından doğan bütün zararlarının tazminini talep etmek olacaktır<sup>412</sup>.

#### 2.4.4.2.3.2.2.3. Menfi (Olumsuz) Zararın Tazmini

Menfi zarar iş sahibinin sözleşmeden dönmesi sebebiyle uğramış olduğu zarardır<sup>413</sup>. Başka bir ifadeyle menfi zarar, sözleşmenin geçerli olduğuna duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan zarardır<sup>414</sup>. Menfi zararın giderilmesinde amaç, iş sahibinin

<sup>408</sup> 31.12.2009 tarihli 27449 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Harçlar Kanunu Genel Tebliği”ne göre, alım – satım harcı rayiç değer üzerinden %3,3’dür.

<sup>409</sup> **MADDE 1027.-** İlgililerin yazılı rızaları olmadıkça, tapu memuru, tapu sicilindeki yanlışlığı ancak mahkeme kararıyla düzeltebilir. Düzeltme, eski tescilin terkin ve yeni bir tescilin yapılması biçiminde de olabilir. Tapu memuru, basit yazı yanlışlıklarını, tüzük kuralları uyarınca re’sen düzeltir.

<sup>410</sup> **MADDE 1025.-** Bir aynı hak yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil yolsuz olarak terkin olunmuş ya da değiştirilmiş ise, bu yüzden aynı hakkı zedelenen kimse tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir. İyiniyetli üçüncü kişilerin bu tescile dayanarak kazandıkları aynı haklar ve her türlü tazminat istemi saklıdır.

<sup>411</sup> ÖZ (Dönme), s.259; AYAN, s.273.

<sup>412</sup> AYAN, s.273.

<sup>413</sup> ÖZ, Dönme, s.284; TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s.505; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.565.

<sup>414</sup> ÖZ (İnşaat), s.154; Aynı yönde 15. HD. 12.03.2007, E. 2006/182, K. 2007/154, sayılı karar: "... Kural olarak akdi fesheden taraf BK'nun 106. ve 108. maddeleri uyarınca olumsuz zarar isteyebilir. Olumsuz zarar, akdin ifa edileceğine güvenilerek yapılan masraflar ve kaçırılan fırsattan ibarettir. Kaçırılan fırsattan maksat eksik bırakılan işin yeniden yapım bedeli ile ilk ihalede en yakın teklif fiyatı arasındaki farktan ibarettir. Somut



sözleşmeyi hiç yapmasaydı hangi durumda olacak idiyse, o duruma getirmektir<sup>415</sup>. Bunun için zararın hesaplanmasında iş sahibinin malvarlığının sözleşmeden döndükten sonraki durumu ile malvarlığının sözleşme hiç kurulmasaydı sahip olacağı durum arasındaki fark esas alınır<sup>416</sup>. Sözleşmeden dönme durumunda müspet zarar talep edilemez<sup>417</sup>. Ancak sözleşme ile taraflar aksini kararlaştırabilirler<sup>418</sup>.

Olumsuz zararın iki unsuru vardır; bunlar fiili zarar ve yoksun kalınan kârdır. Fiilî zarar, sözleşmenin ortadan kalkmış olmasından doğan zarardır. Mesela sözleşmenin noter masrafları, edimin ifası için yapılan harcamalar, iş sahibinin sözleşmeden dönmek için yaptığı ihtar, ek süre verme, dava açma masraflarının hepsi bu kapsamdadır<sup>419</sup>. Ayrıca, iş sahibinin sözleşme ilişkisi dolayısıyla, müteahhide verdiği bazı şeylerin müteahhit tarafından kullanılmış, hasara uğratılmış veya elden çıkarılmış olması halinde, bunların değerleri de fiili zarar kapsamında talep edilebilir. Hatta büyük bir apartman yapılması için arsasındaki sağlam evini yıktıran iş sahibinin bu evi kaybetmesi hali de menfi zarar kapsamındadır<sup>420</sup>.

İş sahibinin yoksun kaldığı kâr, istisna sözleşmesinin hüküm ifade edeceği düşüncesiyle kaçırılan fırsatları, yoksun kalınan kazançları ifade eder. Buna göre daha elverişli şartlarda sözleşme yapma fırsatının kaçırılması, yoksun kalınan kâr sayılır<sup>421</sup>. Örneğin iş sahibi müteahhitte anlaştığı için 50.000 TL'lik teklifi reddetmiş ve sözleşmeden döndükten sonra aynı işi 80.000 TL'ye yaptırmak zorunda kalması durumunda aradaki 30.000 TL'lik bu fark, iş sahibinin menfi zararını oluşturacaktır.

Uygulamada en büyük sorun, kaçırılan fırsatlardan doğan zararın ispatı konusunda yaşanmaktadır. Teklif aşaması yazılı olarak yapılmamışsa tam olarak ispatı mümkün

---

*olayda ilk ihalede en yakın teklif 1.480.400.000 YTL'dir. Bu fiyatlara göre eksik bırakılan işin miktan 2 nci ihale tarihine endeksenerek bulunacak miktarla 2. ihale bedeli olan 1 trilyon YTL arasındaki fark davacının menfi zararıdır. ikinci İhale fesihten sonra makul sürede ve aynı şartlarda 1.000.000.000.000 YTL'ya gerçekleştiğinden ikisi arasındaki fark davacının menfi zararıdır..." MEŞE, (erişim, 17.03.2010).*

<sup>415</sup> BUZ, s.240; OĞUZMAN/ÖZ, s.401.

<sup>416</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.401; AKINTÜRK, s.128.

<sup>417</sup> TANDOĞAN, s.74; ÖZ (Dönme) s.285.

<sup>418</sup> ÖZ (Dönme), s. 296.

<sup>419</sup> BUZ, s. 243; ÖZ (Dönme), s.287; EREN (Genel), s.1079-1080; AKINTÜRK, s.128.

<sup>420</sup> ÖZ (İnşaat), s.154.

<sup>421</sup> BUZ (Dönme), s.246; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.427.

olamayacaktır. Doktirinde **Öz**<sup>422</sup>, iş sahibinin, dönülen sözleşmenin yapıldığı sırada, başka bir müteahhitten somut teklif aldığını kanıtlamak zorunda olduğunu ileri sürmektedir. ÖZ'ün bu görüşüne katılmıyoruz. **Ayan'ın** haklı olarak belirttiği gibi<sup>423</sup>, iş sahibi, dönülen sözleşmenin yapıldığı sıradaki ortalama sözleşme koşulları ile dönme tarihindeki ortalama sözleşme koşulları arasında bir farkın bulunduğunu kanıtlayarak, bunu menfi zarar kalemi olarak talep edebilmelidir.

Müteahhidin kusursuz olduğunu ispat edemezse, sözleşmeden dönen iş sahibinin, menfi zararının karşılama zorunda kalacaktır<sup>424</sup>. Müteahhit beklenmeyen halin veya mücbir sebebin, eserin teslimini engellediğini ispat ederse, iş sahibinin menfi zararını tazmin etmekten kurutulur<sup>425</sup>. Ayrıca iş sahibi BK. m. 125 uyarınca zararın meydana gelmesinden itibaren, 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde menfi zararının giderilmesini talep edebilir<sup>426</sup>.

#### **2.4.4.2.3.2.3. Yargıtay'ın Çoğu Bitmiş İnşaatlarda Sözleşmeden Dönmeyi İleriye Etkili Fesih Sayan Görüşü**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaatın iş sahibine ait arsa üzerine yapılması, inşaatın yapılmasının uzunca bir zamanı gerektirmesi ve inşaat seviyesi ilerledikçe müteahhide bazı bağımsız bölümlerin tapularının verilmesi gibi nedenlerle, Yargıtay bu sözleşmelerin sona ermesinde, sürekli borç ilişkilerine ait özelliklerin de dikkate alınması gerekliliğini kabul etmiştir. Bu konuda 1980'li yılların ortalarına kadar uygulamada oluşan içtihat uyuşmazlığının giderilmesi amacıyla, 25.01.1984 tarihinde 1983/3 E. 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı çıkarılmıştır. Bu tarihten sonra da, uygulama hep bu karara uygun olarak şekillenmiştir.

Halen yürürlükte olan ve böylece kanun gibi uyulma zorunluluğu olan bu kararın sonuç kısmı aynen şöyledir: “..*İstisna (eser) sözleşmesinin bir türü olan inşaat*

<sup>422</sup> ÖZ (Dönme), s.290.

<sup>423</sup> AYAN, s.280.

<sup>424</sup> ERMAN, s.76; ÖZ (Dönme), s.271; ÖZ (İnşaat) s.154; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.1009; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.357; OĞUZMAN/ÖZ, s.397.

<sup>425</sup> DAYINLARLI, Temerrüt, s.78.

<sup>426</sup> TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.956; TANDOĞAN, Mesuliyet, s.505. DAYINLARLI, Temerrüt, s.78.

sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi hâlinde, uyuşmazlığın kural olarak BK. 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözülmesi gerekeceğine; ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda MK. 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına...karar verildi". Kararın gerekçelerinden, inşaatın "çoğunun bitmiş" olmasının ileriye etkili feshin asgari şartı sayılacağı anlaşılmaktadır.

Bu karardan sonraki uygulamada, inşaatın büyük bir kısmının tamamlanmış olması<sup>427</sup> durumunda, iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin ileriye etkili olacağı, müteahhidin yaptığı inşaatın bedelini aynen; iş sahibinin ise müspet zararının tazminini talep edebileceği kabul edilmektedir.

Sonuç olarak, Yargıtay'a göre feshin söz konusu olacağı hâllerde müteahhit, yaptığı işin bedelini talep edebilecektir. Buna göre, sözleşmenin feshi itibariyle inşaatın tamamlanması için gereken masrafların toplam bedelden düşülmesiyle, müteahhide verilecek olan bedel bulunacaktır. Örneğin 100.000 TL karşılığı inşaat yapan müteahhit işin %60'ini bitirmişken temerrüde düşmüş ve iş sahibi sözleşmeyi feshetmişse, sadece 60.000 TL bedel alabilecektir. Şayet bu bedel arsa payı şeklinde belirlenmişse, müteahhit tüm işi bitirdiğinde alacağı arsa payı da bu oranda indirilmiş olarak kendisine verilecektir. Şayet bu orandan fazla verilmişse hak ettiğiinden fazlası geri alınacaktır. Böylece, %50 - %50 paylaşmak üzere 40 daireli bir apartman inşa edecek müteahhit inşaatın %60'ini bitirmiş olarak temerrüde düşerse, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi fesih olarak kabul edildiğinde, müteahhidin sözleşmedeki 20 bağımsız bölümlük payı

---

<sup>427</sup> İnşaatın geldiği hangi seviyenin ileriye etkili feshi zorunlu kıldığıının tespiti konusunda Yargıtay kararları 1995 öncesi ve sonrası olarak iki döneme ayrılabilir. 1995 öncesinde genel olarak %65 - 70'lik seviye ileriye etkili fesih için yeterli görülmüştür. Bkz. YHGK. 27.01.1988, E. 1987/15-509, K. 1988/48 sayılı ilamı, 15. HD. 01.12.1986,436/4040 sayılı ilamı, 15. HD. 24.09.1991, 993/4323 sayılı ilamı, 15. HD. 27.09.1989,889/3881 sayılı ilamı.

Fakat 1995 yılından sonra yüksek mahkeme istikrarlı olarak, ileriye etkili fesih için en azından %90'lık bir tamamlanma oranı aramaya başlamıştır. Bkz. 15. HD. 12.12.1997, 3723/5352: "... sözleşmenin fesh edildiği tarih itibariyle inşaatı tamamlama oranı % 67 veya % 68.67'dir. Kaldı ki, bu oran % 83 dahi olsa, feshin ileriye etkili (ex nunc) sonuç doğurmasına engeldir. Gerçi, bu konuda, kastas olarak belli bir oranı kabul etmek doğru değilse de, Dairemiz ve Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu -olayın Özelliğine göre- % 90'ın üzerindeki bir oranın, ileriye etkili sonuç doğuracağını kabul etmektedir.", aynı yönde 15. HD. 10.06.1999, 1658/2437, 15. HD. 10.03.2003 E. 2003/492, K. 2003/1152, 15. HD. 14.01.2004, E. 2003/3057, K. 2004/88, 15. HD. 10.03.2004, E. 2003/4328, K. 2004/1320, 15. HD. 04.02.2005, E. 2004/7507, K. 2005/505, KAZANCI (erişim, 22.12.2009)

inşaatın tamamlanma oranına göre hesaplanacak, yani 12 bağımsız bölüme düşecek kadar arsa payı verilecektir. Buna karşılık iş sahibi ise, inşaatın zamanında tamamlanmamış olmasından doğan bütün zararların (gecikme tazminatı ve cezaî şart da dâhil) tazminini talep edebilecektir<sup>428</sup>.

Kanaatimizce Yargıtay'ın görüşü isabetli değildir. Öncelikle çalışmamızda kabul ettiğimiz görüşe göre istisna sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. Bu nedenle, inşaat ne kadar uzun sürerse sürsün, inşaatı ancak tamamladığı anda borç ifa etmiş sayılacaktır. Aksi takdirde, taahhüt ettiği işi dilediği düzeyde bırakan müteahhit sözleşmedeki bedeli o oranda alıp gitme hakkına sahip olacaktır. Özellikle kusurlu müteahhidin iş sahibi aleyhine bu kadar korunmaması gerekir kanaatindeyiz. İşin ne kadar çoğunu bitirirse bitirsin, tamamlanmamış olan müteahhide karşı iş sahibinin BK m.106 uyarınca sözleşmeden dönmesi geçmişe etkili sonuç doğurmalıdır.

## **2.5. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME**

### **2.5.1. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**

#### **2.5.1.1. Genel Olarak**

Müteahhit tarafından meydana getirilen eserin, ayıplı bir şekilde iş sahibine teslim edilmesi halinde, iş sahibinin, sözleşmeden beklediği ifa menfaati gerçekleşmemiş olur. Başka bir ifade ile iş sahibinin sözleşmeyi yapma amacı zedelenir. Bu noktada müteahhidin imâl etmiş olduğu eserdeki ayıptan dolayı sorumluluğu gündeme gelir. İşte bu durumu ifade eden müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, eserdeki ayıptan dolayı, iş sahibinin karşılanamayan ifa menfaatini karşılamayı amaçlayan ve BK. m. 359 vd.

---

<sup>428</sup> Bu bir tür olumlu zararın tazminidir. İş sahibi fesihten sonra işi üzerine almış sayılarak bu yüzden inşaatın geç bitmesinden doğacak zararlarını (yapıyı geç kullanmaya başlayacak olmasından ve geç kiraya verecek olmasından doğan zararları) ve gecikme yüzünden uğrayacağı masraf fazlasını (inşaat maliyetleri, malzeme, işçilik gecikme sebebiyle artmışsa bu artış miktarını) fesihle birlikte veya fesihten sonra tazminat olarak isteyebilecektir. Ancak bu taleplerin 5 yıllık (müteahhit ağır kusurlu ise 10 yıllık) zamanaşımı, fesih gününden başlayacaktır. ÖZ (İnşaat), s.157.

hükümlerinde düzenlenmiş, özel bir sorumluluk düzenidir<sup>429</sup>. Dolayısıyla Borçlar Kanununun ilgili maddelerinden de anlaşılacağı üzere, iş sahibi, kendisine teslim edilen eserde bir ayıbın varlığının tespiti halinde, üzerine düşen külfetleri yerine getirmek şartıyla, kendisine tanınan hakların yanında, müteahhidin kusurunun bulunması halinde, ayıplı eser nedeniyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilir. Buradan da anlaşılacağı üzere, eserde ayıp olarak beliren bu eksiklikler, kendine has bir görünümü olan özel bir sorumluluk düzeni ve özel bir yaptırım sistemine tabi tutulmaktadır. BK. m. 359 vd.'nda düzenlenmiş olan bu sorumluluk düzenine eserin sadece ayıplı olması halinde başvurulmalıdır.

### **2.5.1.2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Hukuki Niteliği**

Sözleşmeden ya da kanunun bir hükmünden doğan borcun hiç ifa edilmemesi veyahut kötü ifa edilmesi, borcun ihlali anlamına gelir. Borcun hiç ifa edilmemesi, edimin imkânsızlaşmasından (BK. m. 117) doğabileceği gibi, borçlunun veya alacaklının temerrüdünden de doğabilir. Bu imkânsızlık ve temerrüt dışındaki borca aykırılık halleri, borcun kötü ifası olarak nitelendirilmektedir. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, borcun kötü ifası olarak adlandırılan borca aykırılık halleri arasında yer almaktadır. Müteahhidin iş sahibine teslim ettiği eserdeki nitelikler, sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşııyorsa, edimin ayıplı ifası söz konusudur. Bu durumda müteahhit, ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna ilişkin BK. m. 360 vd. madde hükümlerine göre sorumlu tutulur<sup>430</sup>. Borçlar Kanununun genel hükümleri kısmında, haklarında özel bir hüküm olmadığı için, sadece BK. m. 96 çerçevesinde değerlendirilebilecek borca aykırılık halleri, çeşitli özel borç ilişkilerinde kendilerine has bir biçimde düzenlenmiş ve özel bir sorumluluk düzenine konu olmuştur<sup>431</sup>. İşte istisna sözleşmesinde de, ayıplı bir eserin teslimi halinde, BK. m. 359 vd. maddelerinde düzenlenmiş müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, özel bir sorumluluk düzeni olarak öngörülmüştür.

---

<sup>429</sup> SELİÇİ, s.128.

<sup>430</sup> UÇAR, (Tekeffül Borcu), s. 37.

<sup>431</sup> ÖZ (Dönme), s. 42.

Borçlar Kanununun müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerinin temel amacı, ayıplı eserin teslimi nedeniyle bozulan edimler dengesini yeniden sağlamaya yöneliktir. Bu nedenle, BK. m. 96'daki borca aykırılık hali tazminata dönüşürken, ayıba karşı tekeffül borcunda, edimler dengesini yeniden sağlamaya yönelik özel bir yapıya dönüşmektedir<sup>432</sup>.

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu, onun esas edimi olan eseri teslim borcunun bir tamamlayıcısıdır<sup>433</sup>. Çünkü müteahhit, sözleşme ile üzerine aldığı borçlardan ancak, eseri eksiksiz teslim ederek kurtulmaktadır. Buna karşılık olarak, eserin teslimine bağlı olarak ileri sürülmesi nedeniyle, ayıba karşı tekeffül borcunun bir yan edim olduğu da ileri sürülmüştür<sup>434</sup>.

Kanımızca, müteahhidin asli edimi olan eserin teslimine bağlı olarak çıkan ve teslim edilen eserin ayıplı olması halinde sonuçlarını meydana getiren ayıba karşı tekeffül borcu, bir yan edim borcu değil, asıl edim borcu olmalıdır. Ayıba karşı tekeffül borcu konusunda tartışmalı olan bir konu da, ayıplı bir eserin teslimi halinde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffül ile ilgili hükümler yanında, ayrıca BK. m. 96'daki genel sorumluluk düzenine başvurup başvuramayacağıdır. Ayıplı bir eserin teslimi halinde, iş sahibinin, ayıba karşı tekeffülle ilgili hükümler yanında BK. m. 96'daki genel sorumluluk düzenine de başvurabileceğini savunan görüşe göre<sup>435</sup>, somut olayda iş sahibi, menfaatleri gerektiriyorsa, eseri muayene ve ayıpları ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeden BK. m. 96'ya göre tazminat isteyebilmelidir. Diğer taraftan bu durumun kabulü halinde aynen ifanın da sağlanabileceği savunulmaktadır. Bu durumun tersini, yani ayıplı bir eserin teslimi halinde sadece ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen madde hükümlerine başvurulabileceğini savunan ve bizim de katıldığımız görüşe göre<sup>436</sup>, ayıplı eser teslimi halinde getirilen ve iş sahibi için en elverişli durumun mevcut olduğu bu sorumluluk düzeninin kendisine has bir yapısı vardır. Bu nedenle başka bir sorumluluk düzenine başvurmaya gerek yoktur. Diğer taraftan özel hüküm-genel hüküm sıralamasında, uygulamada özel hükümlerin genel hükümlerden önce uygulanması

---

<sup>432</sup> SELİÇİ, s. 129.

<sup>433</sup> TANDOĞAN, s. 160.

<sup>434</sup> SEROZAN, s. 303.

<sup>435</sup> SEROZAN, s. 332.

<sup>436</sup> SELİÇİ, s. 130, ÖZ (Dönme), s. 155.

gerektiği ilkesi uyarınca, ayıba karşı tekeffül ile ilgili hükümlerin, genel hüküm olan BK. m. 96'dan önce uygulanması gerekir. Son olarak, muayene ve ihbar yükümlülüklerinin yerine getirilmesi koşuluyla oldukça ağır bir sorumluluğa tabi tutulan müteahhidin, ayrıca bu yükümlülükler yerine getirilmeden, hem de BK. m. 96'ya göre sorumlu tutulması, müteahhit açısından hiç de adil olmayan hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkarır. Sonuç olarak, istisna sözleşmesindeki müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen madde hükümleri, Borçlar Kanunundaki genel hükümlerden ayrı ve özel bir sorumluluk sistemi içerisinde düzenlenmiştir<sup>437</sup>.

### **2.5.1.3. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Özellikleri**

#### **2.5.1.3.1. Kusura Dayanmaması**

Ayıba karşı tekeffül borcunun ortaya çıkması halinde, iş sahibinin BK. m. 360/f.1-2 gereğince kullanabileceği sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve ayıplı eserin onarılmasını isteme hakları, müteahhidin kusurlu olması şartına bağlanmamıştır. Bunun istisnası ise, ayıplı eser nedeniyle uğranılan zararların tazmininde, müteahhidin kusurunun aranmasıdır. İş sahibi, BK. m. 360'a dayanarak ayıp sonucu uğradığı zararının tazminini, diğer talepleriyle birlikte isteyebileceği gibi, yalnız başına da böyle bir tazminat talebinde bulunabilir<sup>438</sup>. Kusura dayalı olarak talep edilebilecek böyle bir tazminat talebinde, müteahhit ancak kusursuz olduğunu ispat ettiği takdirde zararı tazminden sorumlu tutulamaz. Aksi halde, müteahhit iş sahibinin uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır.

#### **2.5.1.3.2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcuyla İlgili Kuralların Emredici Nitelikte Olmaması**

Ayıba karşı tekeffül borcuyla getirilmiş sorumluluk düzeni, emredici nitelikte değildir<sup>439</sup>. Dolayısıyla müteahhidin yükümlülükleri sözleşme ile sınırlandırılabilir. Eserin ayıplı olarak teslim edilmesi halinde, iş sahibine seçimlik haklar tanıyan BK. m.

---

<sup>437</sup> UÇAR, (Tekeffül Borcu), s. 39.

<sup>438</sup> YAVUZ, s. 522.

<sup>439</sup> SELİÇİ, s. 160.

360, tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. İş sahibine tanınan bu haklar, BK. m. 99'a aykırı düşmemek kaydıyla, bir anlaşma ile önceden sınırlandırılabilirdiği gibi, kaldırılması da mümkündür<sup>440</sup>. Örneğin; taraflar, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak zamanaşımı, muayene ve ihbar sürelerinin ne olacağını sözleşmede önceden tespit edebilecekleri gibi, eserin ayıplı teslim edilmesi halinde iş sahibine tanınan hakları da önceden açık veya örtülü bir şekilde daraltabilecekler ya da ortadan kaldıracabileceklerdir<sup>441</sup>. İş sahibinin, sözleşmede başka türlü kararlaştırılmış olmadıkça, kullanmaya elverişli, normal yapıdaki bir eserin kalitesini taşıyan bir eserin kendisine teslim edilmesini beklemeye hakkı vardır<sup>442</sup>. Ancak sözleşme ile bu durumun aksini kararlaştırılabilir. Sözleşmede, iş sahibi ile müteahhit arasında somut eseri belirlemeye yarayan genel ve özel nitelikler (şekil, renk, ölçü gibi) üzerinde daha önceden anlaşma yapılması da mümkündür. Ancak bu durumda sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden birinin eksikliği, eseri ayıplı kılar ve müteahhidin sözleşmeden doğan sorumluluğuna yol açar<sup>443</sup>.

#### **2.5.1.3.3. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Kanunî Bir Borç Olması**

Sözleşmede kararlaştırılmamış olan ve eserde bulunması şart olan niteliklerde ayıp halinde, ortaya çıkan ayıba karşı tekeffül borcu, kanunî bir borçtur. Çünkü müteahhit, sözleşme ile açıkça üstlenmediği niteliklerde meydana gelen ayıp dolayısıyla, kanun gereği sorumlu olmaktadır. Sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde ayıp olması halinde, müteahhidin sorumluluğunun hukukî niteliği tartışmalıdır. Bu tür nitelik vaatleri, bir tasavvur açıklaması olarak kabul edilip, sorumluluğun buna göre belirlenmesi gerektiği kabul edildiği gibi<sup>444</sup>, bu vaatlerin, müteahhidin edim borcuna dahil bir irade beyanı olduğu da kabul edilmektedir<sup>445</sup>. Kanımızca, bu tür vaatler, sözleşmesel bir nitelik taşımaktadır. Başka bir ifadeyle, bu vaatlerden müteahhidin sorumlu tutulabilmesi için, iş sahibinin en azından örtülü kabulü aranmalıdır. Dolayısıyla bu durumda iş sahibinin kabulü olmadan ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin hükümlere gitmemelidir.

<sup>440</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1028.

<sup>441</sup> TANDOĞAN, s.174, TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s. 1029, YAVUZ, s. 522.

<sup>442</sup> YAVUZ (Borçlar), s. 523, TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s. 1016.

<sup>443</sup> YAVUZ (Borçlar), s. 523.

<sup>444</sup> SELİÇİ, s. 137, dn. 37'de anılan yazarlar.

<sup>445</sup> SELİÇİ, s. 137-138.



## **2.5.2. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcundan Sorumlu Tutulmasının Şartları**

### **2.5.2.1. Genel Olarak**

İş sahibinin ayıba karşı tekeffül borcundan doğan hakları, genel olarak, BK. m. 360'da sözleşmeden dönme, ücret indirimi ve eserdeki ayıbın giderilmesi olarak düzenlenmiştir. Ancak bu hakların kullanılması belirli şartlara bağlanmış ve bu şartlar da BK. m. 360'da düzenlenmiş bulunmaktadır.

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu doğduktan sonra iş sahibinin, kendisine tanınan bu hakları kullanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması ve teslim edilen bu eserin de ayıplı olması gerekir. Bunun yanında, iş sahibinin eserdeki bu ayıbı kabul etmemesi gerekir. İş sahibinin ayrıca, ayıplı eseri muayene ve durumu müteahhide ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi de gerekmektedir. Bu şartlardan birinin gerçekleşmemesi halinde iş sahibi, kendisine tanınan bu hakları kullanamayacaktır. Örneğın, eser ayıplı bile olsa, henüz teslim edilmemişse, iş sahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerinden değıl temerrüde ilişkin hükümlerden yararlanılabilecektir. Ayıplı eser teslim edilmiş olmasına rağmen iş sahibi tarafından yerine getirilmesi gereken yükümlülükler ifa edilmemişse de yine BK. m. 360'dan yararlanma imkanı olmayacaktır.

### **2.5.2.2. Eseri İş Sahibine Teslim Edilmiş Olması**

İş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmesi için öncelikle, müteahhidin sözleşme konusu eseri tamamlayarak iş sahibine teslim etmiş olması gerekir. İstisna sözleşmesi ile müteahhit, sözleşme ile amaçlanan niteliklere uygun bir eser oluşturup, bunu iş sahibine teslim etmeyi borçlanmıştır. Müteahhidin eseri teslim borcu Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmemekle birlikte, birçok kanun maddesinde

teslimden söz edilmektedir<sup>446</sup>. Dolayısıyla teslim borcu, kanunda açıkça belirtilmiş olmasa da, örtülü olarak kabul edilmiştir.

Eserin tamamlanmış olmasından bahsedilebilmesi için, müteahhidin, sözleşme gereği yerine getirmek zorunda olduğu tüm işleri ifa etmiş olması gerekir. Bir eserin tamamlanmış olması, eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanmasıyla mümkündür<sup>447</sup>. Özetle, müteahhit, sözleşme gereği yerine getirmek zorunda olduğu bütün işleri ifa etmiş ise eser tamamlanmış demektir<sup>448</sup>. Müteahhit tamamlanmayan veya kısmen tamamlanan bir şeyi eser olarak teslim edemeyeceği gibi, iş sahibi de bu şeyi teslim almaya zorlanamaz<sup>449</sup>. Ancak eser tamamlanmasına rağmen örneğin bir çekmece kollarından birinin takılması gibi tamamen önemsiz ve tâli nitelikteki işler eksik kalmışsa ve bunların iş sahibi tarafından ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa bu durumda eser tamamlanmış kabul edilmelidir<sup>450</sup>.

Eserin tamamlanmış olması ile eserin ayıpsız olması doğuracağı hukuki sonuçlar bakımından birbirinden tamamen farklıdır. Tamamlanmış bir eser ayıplı olabilir ancak bu durum eserin teslimine engel teşkil etmez<sup>451</sup>. Başka bir ifadeyle eserin ayıplı olmaması, teslim şartı değildir. Eğer eserin ayıplı olmaması, eserin teslim şartı olarak kanunda kabul edilmiş olsa idi, zaten ayıba karşı tekeffül hükümlerine de gerek kalmazdı. Özetle eserin tamamlanmaması ile ayıplı olması birbirinden farklı iki durumdur.

Teslim, müteahhidin sözleşmedeki taahhüdü yerine getirilmek maksadıyla eseri, iş sahibinin zilyetliğine bırakması ile gerçekleşir<sup>452</sup>. Dolayısıyla müteahhit sadece eseri meydana getirmekle taahhüdünü yerine getirmiş, borcunu ifa etmiş sayılmaz, onun

---

<sup>446</sup> Örneğin, BK'nın 358/1. maddesi, "...teslim için tayin edilen zaman..."; BK'nın 360/1. maddesi, "...imal olunan şeyin tesliminden sonra..."; BK'nın 360/1. maddesi "...iş sahibi o şeyi kabulden..."; BK'nın 362. maddesi, "...sarahaten veya zımnen kabulü..."; BK'nın 363/2. maddesi, "...tesellüm zamanından..." hükümlerindeki ifadelerde müteahhidin teslim borcunun varlığı kabul edilmektedir.

<sup>447</sup> UÇAR, s. 103.

<sup>448</sup> OLGAÇ, Senai, Türk Borçlar Kanunu Akdin Muhtelif Nev'ileri, C.2, 2. Bası, Ankara 1970 s.1079.

<sup>449</sup> SELİÇİ, s.37, TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s. 1012.

<sup>450</sup> TANDOĞAN, s.126, UÇAR, (Tekeffül Borcu), s. 103.

<sup>451</sup> TANDOĞAN, s.126, SELİÇİ, s.35, ARAL, s.345.

<sup>452</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s. 1012.

ayrıca bu eseri iş sahibine teslim etmesi gerekir<sup>453</sup>. Ancak teslim, eserin niteliğine göre değişik şekillerde gerçekleşmektedir<sup>454</sup>.

Meydana getirilecek eserin taşınmaz olması ve İmar Kanunu'na tabi olması halinde, ancak belediyeden alınacak iskân izni ile eser tamamlanmış olarak kabul edilecektir. Belediye tarafından verilen iskân izni, yapının mevzuata uygun olduğunu ve belediye hizmetlerinden yararlanılabileceğini göstermektedir<sup>455</sup>.

Eserin tesliminin ne zaman yapılacağı konusunda ilk olarak sözleşme hükümlerine başvurulacaktır. Eğer sözleşmede bir ifa zamanı kararlaştırılmış ise bu, ifa zamanıdır<sup>456</sup>. Sözleşmede ifa zamanı ile ilgili bir hüküm yok ise, o zaman bu boşluk tarafların farazi iradelerine, işin niteliğine ve örf ve âdete göre doldurulur<sup>457</sup>. Bu yapılırken de bir uzmanın, zamanda başladığı işi bitirebilmek için harcayacağı zaman göz önünde tutulur. Ancak, istisna sözleşmelerinde özellikle de inşaat sözleşmelerinde, eserin meydana getirilmesi belirli bir süre aldığından BK. m. 74'de yer alan “hemen ifa” ilkesi uygulanmamalı, müteahhide eseri meydana getirmesi ve teslim etmesi için uygun bir süre bırakılmalıdır<sup>458</sup>.

Teslim borcu zamanında ifa edilmediği takdirde müteahhit temerrüde düşer ve kendisi hakkında borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanır. Buna karşılık teslim borcunun zamanında ifa edilmesine rağmen teslim edilen eserin ayıplı olması halinde, temerrüt değil, müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olur ve kendisi hakkında BK. m. 360 vd. hükümleri uygulanır.

---

<sup>453</sup> DAYINLARLI (Temerrüt), s. 27, TANDOĞAN, s. 124, ZEVLİLER, s. 333; Yarg. 15. HD.nin 13.11.1984 tarihli, 1984/1074 E., 1984/3475 K. sayılı ilâmı; “..... Demek oluyor ki, eserin teslim koşulu, her şeyden önce onun tamamlanmış olması ile gerçekleştirilebilir. Tamamlanmış olmak olgusu ise, eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanması ile ortaya çıkar. Bundan sonraki aşamada eserin zilyetliğinin işverene geçirilmesi, yani, işverenin eser üzerinde fiili hakimiyetinin sağlandığının belirlenmesi gelir ki, bu da hukuki teslim anlamına gelir. Yüklenici bu iki unsuru yerine getirmek suretiyle eserin teslimi gerçekleşmediği sürece işverenin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmasından söz edilemez....”. MEŞE (erişim, 11.10.2009)

<sup>454</sup> Detaylı bilgi için bkz. s.63-65.

<sup>455</sup> KARAHASAN, s.130; İnşaat sözleşmelerinde inşaatın teslimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. SELİÇİ, s.37 vd.

<sup>456</sup> Teslim tarihi bu şekilde kesin olarak tespit edilirse, BK ‘nın 110/2.maddesi anlamında borcun ifa edileceği gün “müttefikane tayin edilmiş” kabul edilir ve iş sahibinin herhangi bir ihtarına gerek kalmaksızın müteahhidin temerrüdü gerçekleşmiş olur. Bkz. SELİÇİ, s.70; ARAL, s. 346.

<sup>457</sup> YAVUZ, s.524; KARAHASAN, s. 133.

<sup>458</sup> UÇAR, s. 113.

İstisna sözleşmelerinde BK. m. 368/f.1'e göre, hasar teslim ile birlikte sözleşmenin karşı tarafına geçmektedir<sup>459</sup>. Oysa satım sözleşmelerinde durum farklıdır<sup>460</sup>. İki istisnai halde müteahhit hasardan sorumlu olmayıp, hasar iş sahibine geçmektedir. Bunlardan birincisi, iş sahibinin eseri kabulden kaçarak temerrüde düşmesi, diğeri ise verilen malzemenin iş sahibince tedarik edilmesi durumudur. Bu iki halde, eser imâl aşamasında iken bile hasar iş sahibine ait olmaktadır<sup>461</sup>.

Teslimi ile birlikte ortaya çıkan sonuçlardan birisi de zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlamasıdır. BK. m. 363/f.1'den çıkan sonuca göre<sup>462</sup>, iş sahibinin ayıptan doğan hakları, genellikle teslimden itibaren bir yıl, tacirler arasındaki ticari istisna sözleşmelerinde altı ay ve taşınmaz inşaatında beş yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır.

Eserin teslim zamanı, muayene ve ihbar sürelerinin başlangıcı olduğundan çalışmamız açısından üzerinde durulması gereken bir noktadır. BK. m. 359/f.1'e göre, iş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan gidişine göre imkân bulur bulmaz eseri muayene etmek ve tespit ettiği ayıpları müteahhide bildirmekle yükümlüdür.

BİĞŞ.'de yer alan "geçici kabul" ve "kesin kabul" kavramlarının da üzerinde durulmalıdır. Borçlar Hukuku anlamında teslim kavramı bunlardan geçici kabule denk gelmektedir. Bu BİĞŞ. m. 41 ve 44'de geçici kabul ve kesin kabul başlığı altında teslim, teslim alma ve kabul hakkında ayrıntılı hükümler bulunmaktadır<sup>463</sup>.

BİĞŞ. m. 41'de yer alan geçici kabul, inşaatın idare tarafından teslim alınmış olduğu anlamına gelir. Burada inşaat tamamlanmıştır ve inşaatın teslim alınması için müteahhit,

---

<sup>459</sup> BK. m. 368/f.1-2 : "Yapılan şey tesliminden evvel kazara telef olmuş ise sahibi onu teslim almada temerrüt etmiş olmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masrafların tediyesini isteyemez. Bu takdirde telef olan malzeme kime ait idi ise hasarı da ona aittir."

<sup>460</sup> Bkz. BK'nın 183/1.maddesi: "Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren müşteriye intikal eder".

<sup>461</sup> UÇAR, s. 118-119.

<sup>462</sup> BK. m. 363: "Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir. Fakat gayrimenkul inşaatı müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaatı iştirak eyliyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir."

<sup>463</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. SELİÇİ, s. 37-40.

idareye çağrıda bulunmaktadır. İdarece oluşturulan bir komisyon, tamamlanan inşaatı kontrol edip eksiklikleri tespit ettikten sonra geçici kabul zabıtnamesi hazırlayarak, tespit edilen eksikliklerin tamamlanması için müteahhide bir süre tanır. Geçici kabul, inşaatın müteahhit tarafından tamamlanıp, teslim edildiğini ve idare tarafından da teslim alındığını ifade eder. Bunun dışında müteahhidin ayıplardan dolayı sorumluluğu üzerine bir etkisi bulunmamaktadır. BİGŞ. m. 44’de düzenlenen kesin kabul ise, işin ifa olarak kabulü anlamındadır. Buna göre kesin kabul ile müteahhidin ayıplardan dolayı sorumluluğu sona erecektir. Geçici kabul ile kesin kabul arasındaki süreye teminat süresi denir ve kural olarak bu süre on iki aydır.

### 2.5.2.3. Eserin Ayıplı Olması

#### 2.5.2.3.1. Ayıp Kavramı

Ayıp kavramının neyi ifade ettiğini, ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen BK. md. 360’dan çıkarabiliriz. Anılan madde hükmüne göre; teslim konusu eser, “*iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği, derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı*” ise ayıplıdır. Bu hükümden yola çıkılarak, eserdeki ayıp kavramı, meydana getirilen eserin, sözleşmede üzerinde anlaşılan nitelikleri taşımaması veya sözleşmeyle kararlaştırılmamış olsa bile, eserde bulunması gereken niteliklerin bulunmaması şeklinde tanımlanabilir<sup>464</sup>. *Ergezen’in*<sup>465</sup> de belirttiği gibi özetle ayıp “*teslim edilenle, teslim edilmesi gereken arasındaki farktır*”.

Bir eserin ayıplı olup olmadığının tespiti için, her somut sözleşme ilişkisinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Çünkü belirli eser türleri için geçerli belirli bir ayıptan söz edilemez. Yani eserin ayıplı olması nispi bir kavram olup, her somut olaya göre değerlendirilmelidir<sup>466</sup>. Bu değerlendirme yapılırken doğal olarak, sözleşmede aranılan niteliklerle, eserin fiilen taşıdığı nitelikler sözleşmenin içeriği ve iyiniyet kuralları esas alınarak karşılaştırılacaktır<sup>467</sup>.

<sup>464</sup> TANDOĞAN, s.161; SELİÇİ, s.136; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s. 1015; ÖZ (Dönme), s.92, DAYINLARLI (Temerrüt), s. 40, YAVUZ, s.522

<sup>465</sup> ERGEZEN, s.69.

<sup>466</sup> ÖZ (Dönme), s.92; YAVUZ, s. 522; TANDOĞAN, s. 162; ŞENOCAK, s. 93.

<sup>467</sup> ARAL, s.352; TANDOĞAN, s. 162; YAVUZ, s. 522

Yapılan tanımdan, eserdeki ayıp kavramının; “eserin sözleşmede kararlaştırılan vasıflarında eksiklik” ve “eserin lüzumlu vasıflarında eksiklik” olmak üzere iki ayrı anlam içerdiği söylenebilir.

#### **2.5.2.3.1.1. Sözleşmede Kararlaştırılan Vasıflarda Ayıp**

Eserin taşınması gereken nitelikler taraflar arasında yapılan sözleşmede belirtilmiş olabilir. Nitekim uygulamada taraflar, meydana getirilecek eserin rengi, ölçüsü, şekli gibi hususlarda önceden anlaşmaktadırlar. Bu nedenle, müteahhidin, eseri sözleşmede belirtilen bütün bu özellikleri taşıyacak biçimde yaparak teslim etme borcu vardır. Sözleşme şartlarında belirtilen özellikleri az veya çok taşımayan veya sözleşmede belirtilenler dışında özelliklere sahip bir eserin yapılıp teslim edilmesi ayıplı ifa sayılacak ve müteahhidin sorumluluğuna gidilmesi gerekecektir<sup>468</sup>. Müteahhidin bina cephesine süreceği boyanın güneş ve yağmura karşı dayanıklılığını garanti etmesi, çatının su geçirmemesi sorumluluğunu yüklenmesi<sup>469</sup>, güvenlik sistemi kurulumunu üstlenmesi, sözleşme ile kararlaştırılan vasıflara örnek teşkil eder.

Müteahhidin meydana getirilecek eserle ilgili yapacağı beyanların bağlayıcı bir irade beyanı olduğu kabul edilmektedir<sup>470</sup>. Dolayısıyla müteahhit, eserin, nitelik ve özelliklerini belirtirken, ayrıca bu konuda sorumluluk yüklendiğini bildirirse de bildirmese de, BK. m. 359 vd. hükümlerine göre sorumlu olur. Örneğin sözleşmede belirtilmemiş olsa bile müteahhit meydana getireceği bahçe mobilyalarının yağmur ve güneşe karşı dayanıklı olacağını belirtmişse, artık bu beyanı ile bağlı olacaktır.

Sözleşmede taahhüt edilen bir özelliğin noksanlığına rağmen, eserin, teknik olarak kurallara uygun yapılarak teslim edilmesi ve eserin, kararlaştırılan eserle aynı derecede kullanılabilir olması ve aynı değerde olması onun ayıplı durumunu ortadan kaldırmaz<sup>471</sup>. Örneğin, sözleşmede dairenin zemininin birinci sınıf laminant parke

---

<sup>468</sup> SELİÇİ, s.136.

<sup>469</sup> SELİÇİ, s.137.

<sup>470</sup> SELİÇİ, s.137-138.

<sup>471</sup> UÇAR, s. 127.

yapılacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen, müteahhidin lamine parke yapması halinde, sözleşmede kararlaştırılan vasıflarda eksiklik söz konusu olmaktadır.

Sözleşmede kararlaştırılan özellikteki eserden objektif olarak daha kullanışlı ve daha değerli bir eser meydana getirmiş olsa dahi eserin ayıplı olduğu kabul etmek gerekir<sup>472</sup>. Ancak bu durumda iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyacaksa, eser sözleşmeye aykırı bir nitelik kazanmış olsa da, müteahhidin sorumluluğuna gidilememesi gerekir<sup>473</sup>. Örneğin sözleşmeyle, binanın kapılarının çam ağacıyla yapılması kararlaştırılmış, ancak bu şarta rağmen müteahhit, kapıları ceviz ağacından yapmışsa böyle bir durum söz konusudur<sup>474</sup>.

İstisna sözleşmesinin tarafları bazen de, özellikleri kararlaştırırken, eserde bulunması gereken asgarî standardı belirleyebilirler veya bu konuda belli ölçüde bir tolerans tanıyabilirler. İşte bu durumda kararlaştırılan standardın altında bir eserin meydana getirilmesi halinde, bu durum, sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Ancak bu standart düzeyinde veya üzerinde bir eser meydana getirilmesi halinde sözleşmeye aykırı bir durum oluşmayacaktır<sup>475</sup>. Örneğin sözleşme ile inşaatta kullanılacak demirin asgari standartları kararlaştırılmışsa müteahhit bu standartların altında demir kullanamayacaktır, aksi halde sözleşmeye aykırı davranmış olur.

Eserdeki fizikî eksiklikler bir yana, hukukî niteliklerdeki eksikliğin de fizikî eksiklikler gibi muamele görüp görmeyeceği konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>476</sup>, hukukî bazı sonuçların vaat edilmesi ve bunların yokluğu halinde ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamaz. Buna karşılık diğer bir görüşe göre<sup>477</sup> ise, kural olarak esere ilişkin hukukî özelliklerin eser kapsamında sayılamayacağı kabul edilmeli, ancak eserin dışı

---

<sup>472</sup> SELİÇİ, s. 137; TANDOĞAN, s. 163.

<sup>473</sup> TANDOĞAN, s. 163-164; SELİÇİ, s. 137.

<sup>474</sup> Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir durum vardır ki o da şudur: Müteahhidin, sözleşmelerde kararlaştırılanlardan daha iyi nitelikte eser yapmasını ayıpsız ifa sayarken dikkatli olmak gerekir. Özellikler bu fazladan eklenen nitelik, eserin kullanılmasını etkiliyorsa, ortaya böyle bir durum çıkacaktır. Sözleşme ile, inşaatın duvarlarının normal sıva ile kaplamayı üstlenen müteahhidin sonradan sıva yerine mermer yapması ve mermerin ağırlığının binanın dayanıklılığını azaltması ortaya çıkacaksa, böyle bir durum söz konusudur. Burada, sonuçta yapılan iş ayıplı sayılacaktır. Bkz. SELİÇİ, s.139.

<sup>475</sup> YAVUZ, s.526, TANDOĞAN, s.164; UÇAR, s.127.

<sup>476</sup> TANDOĞAN, s.163.

<sup>477</sup> SELİÇİ, s.138.

akseden ve özelliği icabı kullanılması ve değeri üzerine etki eden hukukî özellikler, eserin hukukî niteliği olarak kabul edilmeli, dolayısıyla bu nevi eksikliklerin varlığı halinde müteahhidin sorumluluğuna gidilebilmelidir.

**Öz** ise<sup>478</sup>, kanunun istisna sözleşmesini yalnızca maddî ayıpları göz önüne alarak düzenlediğini, bu nedenle iş sahibinin hukukî ayıplar için genel hükümlere başvurması gerektiğini ileri sürmektedir. Bununla birlikte, ayıp hükümlerinin uygulanmasını, yalnızca binaya oturma izni alınamamasının, inşaattaki maddî bir ayıptan kaynaklanmasında olduğu gibi hukukî ayıbın, eserdeki maddî bir ayıbın sonucu olduğu hallerde kabul edilmelidir<sup>479</sup>.

Kanaatimizce, eser, yapılış bakımından kullanılacağı yerdeki belirli bazı kamu hukuku kurallarına uymadığı için kısmen veya tamamen kullanılmıyor ise ve iş sahibi, müteahhidin bu kurallara uymasını beklemekte haklı ise, eser ayıplı sayılacaktır. Buna en güzel örnek, müteahhidin iskan izni almayı üstlenmesidir. İmar Kanunu'na tâbi inşaatlarda müteahhidin iskan iznini almaya elverişli bir bina yapma mecburiyeti vardır. Bu durumdaki bir bina, mevzuata uygun olmama nedeniyle oturulamıyor ise, ortada ayıplı bir eser var demektir. Fakat burada bir ayırım yapmak gerekir. Yapı kullanma izninin alınmaması, yapı tekniğine ve belediyelerce öngörülen şartlara uygun olmayan bir eser meydana getirilmeden kaynaklanıyor ise, eserin ayıplı sayılması mümkündür. Ancak yapı kullanma izninin alınmaması bu sebeplerden değil de bürokratik engellerden veya teslim aşamasında ya da teslimden sonraya rastlayan bir mevzuat değişikliğinden kaynaklanıyor ise, ayıptan söz edilemeyecektir.

---

<sup>478</sup> ÖZ (Dönme), s. 93.

<sup>479</sup> Yargıtay da iskan raporunun alınmamasını, hukuki ayıp saymıştır: Yarg. 15. HD. 29.09.1977 tarihli ve 1977/1658 E., 1979/1746 K. sayılı ilâmı: “İskan raporunun alınmaması hukuki ayıp sayılır davacının ruhsatı olmadan eseri teslim alması ile teslim gerçekleşmiş olur.” Ayrıca Yarg. 15. HD. 15.06.1992 tarih ve 199/3006 E., 1996/K. sayılı ilâmı: “İnşaat, belediyece projeye aykırı olduğu için mühürlenmiş ve bir kısım eklentileri yıkılmıştır. Bu durumda sözleşmeye ve projeye aykırı olarak yapıldığı, iskana müsait olmadığı sabit olan ve kamu düzenine aykırılığı saptanmış binanın davacı arsa maliki tarafından kabulü istenemeyeceğinden davacı, sözleşmenin feshini istemekte haklıdır.” MEŞE (erişim, 02.09.2009).



### 2.5.2.3.1.2. Lüzumlu Vasıflarda Ayıp

Taraflar sözleşmede eserin niteliğine ilişkin olarak herhangi bir hüküm getirmemiş olabilirler. Bu durumda eserde bulunması gereken lüzumlu niteliklerin varlığına bakılacaktır. Eserin lüzumlu vasıflarında eksiklik olması halinde de ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır<sup>480</sup>. Eserin lüzumlu vasıflarındaki ayıp, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile, eserin dürüstlük kuralı ve ticarî doğruluk kuralları gereği taşınması gereken nitelikleri taşınamaması veya kendisinden beklenen yararı gerçekleştirilmeye elverişsiz olması biçiminde tanımlanabilir<sup>481</sup>.

Eserde bulunması gereken lüzumlu vasıflar, eserin kullanılma amacına, çeşidine ve kullanılma yönüne göre belirlenecektir. Müteahhidin en az orta kalitede bir eser teslim etmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>482</sup>.

Eğer sözleşme ile özel bir kullanım amacının varlığı kabul edilmişse, eserin bu amaca elverişli olması gerekir. Eserin kullanılmaya elverişli olmasından, herhangi bir elverişlilik değil, akdedilen sözleşmeden anlaşılabilen kullanma amacına uygun elverişlilik anlaşılır. Sözleşmeden, özel bir kullanım amacının kararlaştırıldığı anlaşılamiyorsa, eserin normal, olağan kullanmaya elverişli olması gerekli ve yeterlidir<sup>483</sup>. Böyle bir durumda müteahhit, sözleşmenin amacını dikkate alarak, iyiniyet kurallarına göre iş sahibinin kullanım ve değerle ilgili olarak haklı beklentilerine, menfaatlerine cevap verebilecek normal nitelikte bir eseri imal etmekle yükümlüdür.

Eserdeki ayıbı ifade eden BK. m. 360 hükmü, lüzumlu niteliklerdeki ayıbı belirleme konusunda somut bir kriter getirmemiştir. Bu nedenle, bu konuda somut bir kriter getirmek için, satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu düzenleyen BK. m. 194'e başvurulmaktadır. Buna göre ayıp, eserin kullanma elverişliliğini veya değerini önemli

---

<sup>480</sup> YAVUZ, s.523.

<sup>481</sup> ÖZ (Dönme), s. 145.

<sup>482</sup> TANDOĞAN, s. 164.

<sup>483</sup> SELİÇİ, s.140; TANDOĞAN, s. 164. Ayrıca Yarg. HGK nun bir kararına göre “ eserde bulunması gerekli vasıflar sözleşmede gösterilmemiş ve bu konuda bir numune de verilmemiş ise, müteahhit, MK'nın 2. maddesi uyarınca sözleşmeyi yorumlayarak, şeyin kullanılacağı yeri göz önünde tutmak suretiyle imalatta bulunmalıdır. Bu nedenle eski bir anıtta kullanılmak üzere çini ısmarlanmış fakat numune verilmemiş ise, müteahhit alelade bir çini değil, dayanıklı nitelikte çini hazırlayıp teslim etmek zorundadır. Bkz. TANDOĞAN, s.164, dn. 182.

ölçüde azaltacak veya kaldıracak nitelikte ise, lüzumlu niteliklerde ayıp sayılmaktadır<sup>484</sup>. Böylece, eserde ortaya çıkan herhangi bir ayıbın, müteahhidin sorumluluğuna yol açabilecek lüzumlu niteliklerde ayıp sayılabilmesi için, tek başına varlığı yeterli olmamakta, ayrıca ayıp nedeniyle eserin değerinin veya kullanma elverişliliğinin kalkması ya da önemli ölçüde azalması aranmaktadır.

Müteahhidin imâl ettiği eser, sözleşmede nitelikleri belirtilen eserden tamamen farklı ise, *aliud*<sup>485</sup> söz konusudur. Bu durumda iş sahibi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını değil, borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerden doğan haklarını kullanabilecektir. Örneğin, sözleşmede binanın 5 kat yapılması kararlaştırılmış olmasına rağmen 4 kat yapılmış olması, terzinin bir palto dikmesi için kendisine verilen kumaş ile bir pantolon dikmesi halinde, eser ayıplı olarak nitelendirilemez. Bu hallerde borç ifa edilmemiştir ve bu nedenle iş sahibi genel hükümlere göre müteahhidi sorumlu tutabilir<sup>486</sup>.

#### 2.5.2.3.2. Ayıbın Çeşitleri ve Bunlara Bağlanan Hukukî Sonuçlar

Doktrinde ayıp çeşitleri birçok yazar tarafından farklı şekillerde tasnif edilmektedir. Örneğin, (tam) önemli - (daha az önemli) önemsiz ayıplar, açık-gizli ayıplar, asli-ikincil ayıplar, maddi-hukukî<sup>487</sup> ayıplar, malzemeye bağlı ayıplar, işletme ayıpları ve tasarım ayıpları bunlar arasında yer almaktadır<sup>488</sup>. Ancak Borçlar Kanunu'nda ve mahkeme

---

<sup>484</sup> SELİÇİ, s. 140.

<sup>485</sup> *Aliud*, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları eserden tamamen farklı bir şeyin imâl ve teslim edilmesidir. Bu durumda basit anlamda bir ifa dahi kabul edilmediğinden ayıplı ifa da söz konusu olmaz. Bu halde müteahhit hiçbir şey teslim etmemiş sayılır. Dolayısıyla bu durumda iş sahibi sözleşmenin ifa edilmemesine bağlanan BK'nın 96 vd. madde hükümlerine dayanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERGEZEN, s. 74, ŞENOCAK, s. 105.

<sup>486</sup> TANDOĞAN, s.166.

<sup>487</sup> Hukuki ayıp için Yarg. 15. HD. E:1989/2731 K:1989/4015 T:04.10.1989 tarihli kararı; "Taraflar arasındaki sözleşmede iskan ruhsatının alınması davalıya yükletilmiş olup, bunun alınmadığı sürece sözleşmenin devam edeceği belirtilmiştir. Ne var ki davalı yüklenici, inşaatı ikmal ettiğini ve davacıya teslim ettiği zaman herhangi bir itiraz ileri sürülmediğini ileri sürmüştür. İkmal ve davacıya teslim edildiği hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur.

Öte yandan, oturma izninin alınmaması açık bir hukuki ayıp teşkil eder. Borçlar Kanunu madde 362 hükmü gereğince iş sahibi eseri teslim alırken bunun kusur ve ayıplarını yükleniciye derhal ihbar etmesi gerekir. Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Somut olayda davacının eseri teslim alırken oturma izninin sözleşme gereğince alınmadığını, buna dair haklarını saklı tuttuğunu davalıya bildirdiğini ispatla yükümlü olduğu halde, bu hususta herhangi bir kanıt göstermemiştir. O halde davalı yükümlünün sorumluluğundan söz edilemez." MEŞE (erişim, 12.10.2009)

<sup>488</sup> TANDOĞAN, s.166; SELİÇİ, s.142 vd.

kararlarında üzerinde durulan ayıp türleri açık-gizli ayıplar ve önemli-önemsiz ayıplardır. Yine 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4'üncü maddesinde<sup>489</sup> de hukukî ve ekonomik ayıp şeklinde bir ayırım yapılmıştır. Ayıpların bu şekilde sınıflandırılması, sonuçları itibariyle birçok bakımdan önem taşımaktadır.

#### 2.5.2.3.2.1. Açık Ayıp-Gizli Ayıp Ayrımı

Açık ayıplar, ilk bakışta veya eserin teslim edildiği anda kolaylıkla fark edilebilen veya özenli bir inceleme sonucu bütün kapsamı ve önemi ile anlaşılabilen ayıplardır. Diğer bir ifade ile açık ayıp, eserin teslim alındığı anda iş sahibinin özenli muayene ile fark edebildiği ayıplardır<sup>490</sup>. Açık ayıba bağlanan en önemli hukuki sonuç, iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden doğan haklarını kullanabilmesi için, eseri teslim alınca, işlerin normal akışına göre imkan bulur bulmaz, muayene etmek ve varsa ayıpları yükleniciye derhal ihbar etmek zorundadır<sup>491</sup>. Aksi halde, iş sahibi, eserdeki ayıpları

<sup>489</sup> 4077 sayılı Kanununun 4/1. maddesi: “Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilanlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir”.

<sup>490</sup> SELİÇİ, s. 143; UÇAR, s. 130.

<sup>491</sup> Yargıtay bir kararında şu şekilde hüküm vermiştir; “...Asıl dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca davacı arsa sahiplerine verilen bağımsız bölümlerdeki ayıplı imalatlar nedeniyle tazminat istemine, karşı dava ise sözleşme dışı ilave iş bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece asıl davanın kısmen kabulüne, karşı davanın reddine dair verilen karar, davalı-karşı davacı vekilince temyiz edilmiştir. 1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalı-karşı davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde görülmemiş, reddi gerekmiştir. 2- Davacı arsa sahipleri kendilerine verilen bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan nitelikte olmadığını ileri sürerek 11.186.345.800 TL tazminat isteminde bulunmuşlardır. Eksik iş bedeli talep edilmemiştir. BK. nun 360. maddesinde ayıp, işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması şeklinde ifade edilmiş olup yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borçlarının ayıplara karşı tekeffül borcunu da kapsadığı kabul edilmektedir. Buna göre davacıların istemi eserin ayıplı olarak meydana getirilmiş olması hukuksal nedenine dayanmaktadır. BK. nun 359/1. maddesi hükmü gereğince eseri teslim alan iş sahibinin işlerin mutad cereyan tarzına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayene ederek açık ayıpları yükleniciye makul süre içinde bildirmesi ve yine BK. nun 362/son fıkrası uyarınca da, eserdeki kusur sonradan ortaya çıkarsa, yine iş sahibinin gizli ayıbı öğrenir öğrenmez durumu yükleniciye bildirmesi gerekir. Aksi halde BK. nun 362. maddesinin 1. fıkrası hükmü uyarınca yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. Somut olayda, davacıların kendilerine ait bağımsız bölümleri ocak 2000 tarihinde teslim aldıkları, Daire 'mizin 2005/3014 esasında temyiz incelemesi yapılan E. 1. A. Hukuk Mahkemesi 'nin 2003/562 Esas sayılı dosyasındaki davacıların beyanları ile sabittir. Mahkemece ayıpların gizli veya açık olup olmadığı araştırılmadığı gibi, ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığı üzerinde de durulmamıştır. Açık ayıplı imalatlar için makul sürede muayene ve ihbar mükellefiyetinin yerine getirilmemesi halinde ayıplı iş bedeli istenemeyeceğinden, davacılar ayıp ihbarı ile ilgili delilleri sorulup toplandıktan sonra ayıp ihbarı süresinde değilse bilirkişilerden açık ve gizli ayıplı imalatlar yönünden ek rapor alınarak açık ayıplı imalatlarla ilgili davanın reddi gerekirken, mahkemece eksik inceleme ve yanlış değerlendirme

örtülü bir şekilde kabul etmiş sayılacak ve artık ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan yararlanamayacaktır<sup>492</sup>.

Gizli ayıp ise, özenli bir muayenenin bile ortaya koyamayacağı ayıplardır. Eser teslim alındığında ayıbın varlığını belli edecek belirtiler henüz ortada yoktur. Bu nedenle gizli ayıplar, genellikle eserin kullanılma sürecinde karşımıza çıkmaktadır<sup>493</sup>. Bu tür ayıplara bağlanan en önemli hukukî sonuç, yine iş sahibinin ihbar ve muayene külfetinde ortaya çıkmaktadır<sup>494</sup>. İş sahibinin gizli ayıplar bakımından muayene külfeti bulunmamaktadır. Açık ayıplardan farklı olarak, gizli ayıplar ne zaman ortaya çıkar ve iş sahibi de bunlara ne zaman vâkıf olursa vakit geçirmeden, BK. m. 362/f.3'e göre derhal müteahhide bildirmelidir. Çünkü müteahhidin bu açık ve gizli ayıplardan sorumluluğu, BK. m. 363'de belirtilen zamanaşımı süreleri ile sınırlıdır.

Açık ayıp ve gizli ayıbın ihbarları noktasında da şu şekilde bir ayırım bulunmaktadır; iş sahibi açık ayıpları için teslimi anında bildirmeli, gizli ayıpları ise ortaya çıktığında öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirmelidir, aksi takdirde ayıptan dolayı başvuru hakkı düşer. Bu şekilde bir ayırımın mevcut olmasının sebebiyse açık ayıbın iş sahibinin eseri teslim aldıktan sonra, yapacağı özenli bir muayene sonucu bütün kapsamı ve önemi ile anlayabileceği nitelikte olmasına rağmen, gizli ayıbın kullanımla ortaya çıkmasıdır.

---

*sonucu, asıl davanın yazılı şekilde kısmen kabulü doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur...*", Yarg. 15. HD. 18.7.2005 tarihli ve 2004/5786 E., 2005/4319 K. sayılı ilamı, bkz. MEŞE (erişim, 12.10.2009).

<sup>492</sup> "...BK. 360 ve 362. maddeleri uyarınca, iş sahibince eserin teslim alınmasından sonra uygun bir zaman içerisinde muayenesinin yapıp varsa kusurlarının karşı taraf bildirilmesi gerekir. Sonradan çıkan gizli ayıpların da vakit geçirilmeden ihbar olunması icap eder. Aksi takdirde eserin eksik işler dışında kalan kusurlarından dolayı müteahhidin sorumluluğu kalmaz..." Yarg. 15. HD. 12.12.2001 tarihli, 2001/3619 E., 2001/5773 K. sayılı ilamı, bkz. MEŞE (erişim, 12.10.2009).

<sup>493</sup> ERGEZEN, s. 75.

<sup>494</sup> Yarg. 15. HD. 12.10.1992 tarihli ve 19912/1182 E., 1992/4671 K. sayılı ilâmı: "Tazminata konu edilen açık ayıplar teslimden sonra istemde bulunulmamış ise dava edilemez. Sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar, yüklenici haberdar edilmek kaydıyla zamanaşımı süresi içinde dava edilebilir". bkz. MEŞE (erişim, 12.10.2009).

### 2.5.2.3.2.2. Önemli Ayıp-Önemsiz Ayıp Ayrımı

BK. m. 360'da ayıplar, önemli ve önemsiz ayıplar olarak ayırma tabi tutulmuştur<sup>495</sup>. Buna göre, önemli ayıplar, eserin, iş sahibinin kullanım amacı içerisinde kullanamayacağı ve dürüstlük kuralları sonucu da eseri kabul etmesinin beklenemeyeceği ayıplardır. Bir başka deyişle önemli ayıplar, eseri, iş sahibi için tamamen ve kesin olarak kullanılamaz veya kabule zorlanamaz kılan ayıplardır. BK. m. 360/f.1 hükmü, önemli ayıpları bu şekilde belirtmesine karşın, önemsiz ayıpları tarif etmemiş, yalnız ikinci fıkrasında, eserdeki ayıbın birinci fıkradaki ağırlıkta olmaması halinde, sözleşmeden dönülemeyip ancak ücret indirimi ve eserdeki ayıbın giderilmesini isteme haklarının kullanılabilmesini ifade etmiştir. Buna göre önemsiz ayıplar, önemli ayıplar kadar ağır olmayan, eseri kullanılamaz kılmayan ve kısa sürede ortadan kaldırılabilen ayıplardır. Bir başka deyişle, eserin kullanılabilme ve kabul edilebilme yeterliliğini kaldırmayan, kısa sürede kolaylıkla giderilebilecek ayıpları, önemsiz ayıplar olarak nitelendirmek mümkündür.

Kanunda yapılan bu ayırım, iş sahibinin yararlanacağı hakların türünü belirlediği için önemlidir. Önemli ayıplar, iş sahibince sözleşmeden dönmenin bir koşulu olmasına karşılık, daha az önemli ayıpların varlığı halinde iş sahibi sözleşmeden dönme yetkisine sahip olmayıp, bu tür ayıplardan dolayı, iş sahibi, eserdeki ayıbın büyüklüğüne göre, ücretten indirim veya aşırı masraf gerektirmemek kaydıyla eserdeki ayıbın giderilmesini ve müteahhidin kusurunun bulunması durumunda da uğradığı zararın tazmini talep edecektir<sup>496</sup>. İş sahibinin önemsiz ayıp dolayısıyla sahip olduğu bu haklarının sınırını dürüstlük kuralı belirler. Önemsiz bir ayıp durumunda, iş sahibinin kendisine tanınan hakları kullanması, dürüstlük kuralına aykırı ise, iş sahibinin bu hakları kullanmasına engel olunur.

Bir eserdeki ayıbın önemli veya önemsiz olduğunun tespiti mümkün olmakla birlikte her zaman kolay olmayabilir. Ayıbın niteliğinin ortaya çıkarılması için sözleşmenin

---

<sup>495</sup> İstisna ve satım sözleşmelerindeki ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerden farklı olarak, 4077 sayılı kanunda ayıp kavramı genişletilerek önemli ve önemsiz ayıp ayırımına yer verilmemiş, hizmet arz eden müteahhit, her türlü ayıptan sorumlu tutulmuştur. Bkz. TKHK'nın 4. maddesi.

<sup>496</sup> UÇAR, s. 131, ŞENOCAK, s. 105.

hükümleri ve özellikleri, tarafların beklentileri, ayıbın, eserin kullanımını nasıl etkileyeceği her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.

Eserin eksik kalmış olması ile ayıplı olması halleri farklı durumlardır. Çünkü eserin eksik kalması durumunda sorumluluk genel hükümlere göre belirlenir. Aynı şekilde müteahhidin, kararlaştırılandan tamamen başka bir eser imâl ve teslim etmesi halinde de, ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil, borcun ifa edilmesine ilişkin genel hükümlere gidilir<sup>497</sup>.

### **2.5.2.3.2.3. Maddî Ayıp-Hukukî Ayıp Ayrımı**

Maddî ayıp, doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmakla<sup>498</sup> birlikte, bu tanımlamalar göz önüne alındığında, maddî ayıbı, iş sahibinin ifa menfaatini karşılamaya yönelik olarak sözleşmeyle kararlaştırılan ya da dürüstlük kuralınca taşınması gereken fiziksel niteliklerin eserde bulunmaması şeklinde tanımlamak mümkündür. Başka bir ifade ile maddi ayıplar, aynı cinsten eşyanın, işlerin olağan akışına göre taşınması gereken niteliklerden daha az nitelik taşınması veya eşyanın fiziki yapısındaki noksanlıkları ifade eder. Örneğin, sözleşme konusu malın yırtık, bozuk, kırık, lekeli olması gibi durumlar maddî ayıpları ifade eder<sup>499</sup>. Eserin taşınması gereken nitelikler, öncelikle sözleşmeye göre, bu hususta sözleşmede açık bir hüküm yok ise, sözleşmenin yorumlanması suretiyle tespit edilir<sup>500</sup>.

Hukuki ayıplar ise kanunlardan kaynaklanan bina, makine, araç ve imal olunan şeyin kullanılması veya işletilmesi için güvenlik veya başka açılardan hukukun koyduğu kurallara ve sınırlamalara uyulmamasından kaynaklanır<sup>501</sup>. Başka bir ifadeyle, eserin kullanılmasında hukuki bir engel varsa ve bu sebeple eserin öngörüldüğü amaca uygun olarak kullanılması mümkün değilse hukuki ayıptan söz edilir. Binanın yapılmasında imar ve inşaat mevzuatından doğan sınırlamalar, iskân izni verilmesi için gerekli vasıfları taşımaması, arsanın kamulaştırılması, ihracat ve ithalat konusundaki

<sup>497</sup> ÖZ (Dönme), s. 94 vd.; TANDOĞAN, s. 166; UÇAR, s. 132.

<sup>498</sup> EDİS, Seyfullah, Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963, s.13; KILIÇOĞLU, s. 17.

<sup>499</sup> CANBOLAT, s.41.

<sup>500</sup> UÇAR, s.133.

<sup>501</sup> TANDOĞAN, s. 167; ÖZ (Dönme), s. 93; SELİÇİ, s. 138, UÇAR, s. 133.

sınırlamalar hukukî ayıba örnek olarak verilebilir. Eksikliğin hukuki ayıp kabul edilebilmesi için kamu veya özel hukuktan doğması arasında herhangi bir fark yoktur<sup>502</sup>.

Hukukî ayıplar bakımından en önemli sorun, bunların varlığı halinde iş sahibinin, ayıba karşı tekeffül borcundan kaynaklı Borçlar Kanununun kendisine tanıdığı hakları kullanıp kullanamayacağına ilişkindir. Kanaatimizce, eser belirli bazı kamu hukuku kurallarına uymadığı için kısmen ve tamamen kullanılamıyorsa ve iş sahibi, müteahhidin bu kurallara uymasını beklemekte haklı ise, eser ayıplı sayılacaktır.

#### **2.5.2.4. Eserin Kabul Edilmemiş Olması**

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için gerekli şartlardan birisi de kendisine teslim edilen ayıplı eseri kabul etmemiş olmasıdır. BK. m. 362/f.1 hükmüne göre, eserin, iş sahibi tarafından kabulü halinde, gizli olan veya kasten saklanan ayıplardan doğan sorumluluk hariç, müteahhidin her türlü sorumluluğu sona ermektedir. Burada bahsedilen kabul kavramı, “teslim” kavramından farklıdır<sup>503</sup>.

İş sahibinin eseri kabul etmesi, müteahhidin yaptığı eserin, sözleşmeye uygun olduğunu ve ayıp hükümlerine başvurmayacağını bildirmesi demektir. Dolayısıyla iş sahibinin kabul beyanı ile eser ayıplı bile olsa, müteahhidin, borcunu tam olarak yerine getirdiği kabul edilmektedir<sup>504</sup>.

Kabul beyanı, müteahhide yöneltilmiş tek taraflı bir irade açıklaması niteliğindedir ve hukukî sonucunu doğurması için müteahhidin bu beyanı kabul etmesi gerekmez. Diğer taraftan tek taraflı bir irade beyanı olması münasebetiyle, iş sahibinin gönderdiği kabul beyanından dönmesi mümkün değildir<sup>505</sup>. Eseri kabul eden iş sahibinin, kabulden dönüp

<sup>502</sup> EDİS, s.14-15; CANBOLAT, s.43.

<sup>503</sup> 15. HD. 29.04.1998 tarihli ve 1998/1217 E., 1998/1716 K. sayılı ilâm: “BK 362. maddesinde belirtilen “kabul” aynı yasanın 359. maddesinde yer alan “teslim” ile eş anlamlı değildir. Malın teslim alınması onun kabulü anlamını taşımaz. Yeter ki işin mutad cereyanlığına göre imkan bulur bulmaz muayene edilmemiş veya edilip karşı tarafa durumu iletilmemiş olsun.” MEŞE (erişim, 11.12.2009)

<sup>504</sup> SELİÇİ, s. 199.

<sup>505</sup> ÖZ (Dönme) s. 119; SELİÇİ, s.199; TANDOĞAN, s.217.

ayıba karşı tekeffülden doğan haklar kullanabilmesi için, müteahhidin muvafakati aranır.

Kabul beyanı açık bir şekilde yapılabileceği gibi, BK. m. 362/f.2’de de belirtildiği üzere, iş sahibinin, üzerine düşen muayene ve ihbar külfetini yerine getirmemesi halinde, eser örtülü olarak kabul edilmiş sayılır. İş sahibi tarafından yapılacak kabul, eserin teslim alınmasında, muayene ve ihbar sürelerinde ve hatta bu süreler geçtikten sonra da yapılabilir<sup>506</sup>.

Müteahhit tarafından kasten saklanan ayıplar ile gizli ayıpların varlığı halinde, eserin kabulü farklı bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Gizli ayıplar, nitelikleri gereği iş sahibinin yapacağı özenli bir muayene ile belirlenmeye elverişli olmayan ayıplardır. BK. m. 362/f.3’e göre, gizli ayıpların ortaya çıkar çıkmaz derhal ihbar edilmesi gerekmekte olup, aksi halde eser örtülü bir şekilde kabul edilmiş sayılır. Müteahhit tarafından kasten saklanan ayıpların ise, kasten saklanması yeterli olup, ayrıca ayıbın özenli bir muayene ile ortaya çıkarılmaya elverişli olmamaları aranmaz. Açık ayıp niteliğinde olan ayıplar, iş sahibinin ihmali yüzünden ortaya çıkarılmamış bile olsalar, müteahhit tarafından kasten saklanmaları şartıyla, yine BK. m. 362/f.3’deki düzenlemeye tabi olurlar<sup>507</sup>.

Yargıtay kasten saklanan ayıplarla, gizli ayıpları aynı biçimde değerlendirmekte, her iki ayıp şeklinin de örtülü olarak kabul edilmediklerinin varsayılması için, bu iki ayıp türünün ortaya çıkar çıkmaz derhal müteahhide ihbarının yapılması şartını aramaktadır<sup>508</sup>.

---

<sup>506</sup> ÖZ (Dönme) s. 120.

<sup>507</sup> TANDOĞAN, s.219.

<sup>508</sup> 15. HD.22.09.1975 tarihli, 1975/1681 E., 1975/3786 K. sayılı ilâm: “BK.nun 362 maddesine göre, yapılan şeyin serahaten veya zımnen kabulünü müteahhit her türlü mesuliyetten beri olur. Ancak, müteahhidin kasten sakladığı ve usulü veçhile muayenesinde müşahade edilemeyecek olan ayıplar hakkındaki mesuliyeti baki bulunmaktadır. Eğer iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal etse o işi zımnen kabul etmiş sayılır.Yapılan şeydeki ayıplar sonradan meydana çıkarsa, iş sahibi buna vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermeye mecburdur. Aksi takdirde, işi kabul etmiş sayılır”. MEŞE (erişim, 12.10.2009)



## 2.5.2.5. Teslim Alınan Eserin Muayene Edilmesi ve Belirlenen Ayıpların İhbar Edilmiş Olması

### 2.5.2.5.1. Genel Olarak

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan yararlanabilmesi için, BK. m. 359/f.1'de de belirtildiği üzere, teslim edilen eseri muayene ettirmeli ve bu muayene sonucu eserde tespit edilen ayıpları müteahhide ihbar etmelidir.

İş sahibinin üzerine düşen bu yükümlülükler, satım sözleşmesinde olduğu gibi, iş sahibi için gerçek anlamda bir borç oluşturmamakta<sup>509</sup>, sadece iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının ön koşulunu oluşturmaktadır<sup>510</sup>. Başka bir ifade ile iş sahibinin esere ilişkin olarak gerekli muayeneyi yapması ve tespit ettiği ayıpları müteahhide bildirmesi, hukukî anlamda bir borç olmayıp külfet niteliğindedir. Bu nedenle, müteahhidin, iş sahibinden eseri muayene etmesini ve varsa ayıpları kendisine ihbar etmesini istemesi mümkün değildir.

İş sahibinin bu yükümlülüklerini ifa etmemesi halinde, karşılaşılabilecek en önemli yaptırım, teslim aldığı eserdeki açık ayıpları örtülü olarak kabul etmiş sayılması ve artık bu ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğuna gidememesidir.

İş sahibinin eseri muayene ve tespit ettiği ayıpları ihbar yükümlülüğü, eserin tamamlanarak iş sahibine teslimi anında başlamaktadır. Dolayısıyla eserin iş sahibinin egemenliği alanına girmesi ile bu yükümlülükleri yerine getirmesi mümkün olacaktır. Bu yüzden, iş sahibi eser henüz kendisine teslim edilmeden, eserdeki mevcut ayıplar hakkında bilgi sahibi olsa bile, müteahhidin, bu ayıpların zamanında ihbar edilmediği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

---

<sup>509</sup> Satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması için gerekli muayene ve ayıp ihbar yükümlülüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, Cevdet, Satıcının Satılanın(Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s.54 vd.

<sup>510</sup> ÖZ (Dönme), s. 11; TANDOĞAN, s.168, KAPLAN (Mimarlık), s. 139; UÇAR, s. 137.

İş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü düzenleyen kanun hükmü emredici nitelikte olmadığından, taraflar sözleşme ile bu yükümlülüklerin kapsamını istedikleri gibi düzenleyebilirler.

#### **2.5.2.5.2. Eserin Muayene Edilmesi**

##### **2.5.2.5.2.1. Muayenenin Zamanında Yapılması**

Muayenesi işleminin başlangıcı, BK. m. 359/1'deki "*imal olunan şeyin tesliminden sonra....*" biçimindeki ifadesinden de anlaşılacağı üzere, en erken eserin teslim tarihidir. Dolayısıyla muayene yükümlülüğü, eserin tam olarak teslimi anından itibaren ortaya çıkmaktadır. Örneğin, ev inşasını konu alan bir istisna sözleşmesinde bütün işler tamamlanmadan iş sahibi eve taşınmış ise henüz teslim gerçekleşmiş sayılmayacağından muayene süresi de işlemeye başlamaz. Aynı şekilde bir müteahhit, bir evin inşasını tamamlayıp anahtar teslimini taahhüt etmiş ve sonra inşaata ait çeşitli işleri bazı alt müteahhitlere yaptırmışsa, eseri muayene ve ayıbı ihbar süresi, bu işlerin her biri için ayrı ayrı onların tamamlanmasından itibaren değil evin bütün işleri tamamlanıp teslim edilmesinden sonra işler<sup>511</sup>. Eserin iş sahibine teslim edilmediği hallerde, iş sahibinin muayene yükümlülüğünün de başladığından söz edilmez.

BK. m. 359<sup>512</sup> muayenenin eserin teslim alınmasından sonra imkân bulunur bulunmaz yapılması gerektiğini belirtmesine rağmen, hangi sürede muayene edilmesi gerektiği konusunda herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir. Muayene için BK. m. 359'da yer alan "imkân bulur bulmaz" ifadesi ile belirtilen ölçüt, sadece muayenenin başlangıç anına ilişkin olmayıp, başlayan muayenenin bitim zamanının belirlenmesinde de kullanılır<sup>513</sup>. Doktrinde, iş sahibinin dahil olduğu iş çevresindeki düzenli bir işletmenin örnek alınması, eserin nitelik ve amacı ile muayene için alınacak tedbirlerin göz önünde tutulması<sup>514</sup>, işlerin olağan akışı ve dürüstlük kuralı gibi kriterler getirilmektedir<sup>515</sup>.

---

<sup>511</sup> YAVUZ, s.525.

<sup>512</sup> Kanun koyucu, BK'nın 359/1 'inci maddesinde sözü edilen, "işlerin olağan akışı" tabiriyle, teamüle yollamada bulunmakta; "imkân bulur bulmaz" unsuru ile ise ilgili branşta bir teamülün olmadığı durumlarda uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Bkz. ŞENOCAK, s. 110, ERGEZEN, s. 81.

<sup>513</sup> ARAL, s.356; UÇAR, s. 142.

<sup>514</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s. 1019; ARAL, s. 369; SELİÇİ, s. 150.

Ayrıca iş sahibinin niteliği de sürenin belirlenmesinde bir ölçüt olarak değerlendirilebilir. Örneğin, iş sahibinin tacir olmaması halinde, muayene süresi farklı şekilde belirlenmelidir<sup>516</sup>. Bu ölçütlerle birlikte, muayene süresinin belirlenmesinde, tarafların menfaati de göz önünde bulundurulacak, böylece muayene süresi, somut olayın şartlarına göre uzun veya kısa olabilecektir. Sonuç olarak iş sahibi, eseri teslim aldıktan sonra imkân bulur bulmaz derhal muayene etmek mecburiyetindedir<sup>517</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, BK. m. 359/f.1’de belirtilen ayıp kavramından anlaşılması gereken, açık ayıp hallerinin muayenesidir. Zira sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar bakımından, iş sahibinin muayene yükümlülüğü bulunmayıp, “vâkıf olur olmaz” ayıbı ihbar yükümlülüğü bulunmaktadır. Çünkü iş sahibinin ihbar yükümlülüğü, sadece ayıbı öğrendiği takdirde söz konusu olur. Aynı şekilde müteahhit tarafından kasten gizlenen ve muayene ile dahi anlaşılmayacak ayıplar bakımından ise, hem muayene, hem de ihbar yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hatta özenli bir muayene ile ortaya çıkartılmaya elverişli olup da, iş sahibinin ihmali sonucu fark edilmeyen ayıplar bile, müteahhit tarafından kasten saklanmak koşuluyla BK. m. 360 hükmünden yararlanır.

Sözleşme ile muayene ve ihbar süreleri önceden tespit edilebilir. Eğer taraflar kendi aralarında sözleşmeyle bir muayene süresi kararlaştırmışlarsa, bu süre işin niteliğine göre yapılacak olağan bir muayeneyi imkânsız kılacak derecede kısa olmamalıdır<sup>518</sup>. Böyle bir durumda, kararlaştırılan sürenin, ayıbın belirlenmesi için gereken makul bir süreye kadar uzayacağı kabul edilmektedir<sup>519</sup>.

İş sahibinin, eseri muayene ettikten sonra tespit ettiği ayıpları müteahhide ihbar edebilmesi için, bu ayıpların mutlaka bir muayene sonucunda tespit edilmesi şart değildir. Eğer iş sahibi, eseri muayene etmeden, ayıbı başka bir şekilde öğrenmiş ve bu ayıbı yine müteahhide ihbar etmişse, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılabilmesi için aranan bu şart gerçekleşmiş demektir<sup>520</sup>.

---

<sup>515</sup> TANDOĞAN, s. 169.

<sup>516</sup> TANDOĞAN, s.170.

<sup>517</sup> 15. HD. 26.06.1988 tarihli, 1988/1178 E., 1988/1638 K. sayılı karar, MEŞE (erişim, 02.02.2010)

<sup>518</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1019; YAVUZ, s.525.

<sup>519</sup> YAVUZ, s.525; ÖZ (Dönme), s.115, KAPLAN (Mimarlık), s.140, UÇAR, s.144.

<sup>520</sup> SELİÇİ, s.145.

#### 2.5.2.5.2.2. Muayenenin Özenle Yapılması

İş sahibinin yaptığı muayene eserin, sözleşmede kararlaştırılmış niteliklere uygun olup olmadığını anlamaya yöneliktir. Dolayısıyla muayenenin, bu amacı gerçekleştirmeye elverişli bir biçimde yani, eserdeki ayıpları ortaya çıkartabilecek bir özen dahilinde yapılması gerekecektir. İş sahibi ancak bu halde, üzerine düşen yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır.

Özenli muayenenin önemi, eserdeki ayıpları nitelendirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Zira, özenli bir muayene sonucunda tespit edilen ayıplar açık ayıp sayılacak, buna karşın böyle bir muayene yapılmasına rağmen tespit edilemeyen ise ayıplar gizli ayıp kabul edilecektir. Bununla birlikte iş sahibi, yapacağı muayene sonucunda eserde bulunan açık ayıpları müteahhide bildirmek zorundadır. Aksi takdirde sahip olacağı hakları kullanamayacaktır. Eğer eserde bulunan bir ayıp, açık ayıp olmasına rağmen muayene sonucu belirlenemeyip ihbar edilememişse, artık bu ayıplardan dolayı müteahhidin sorumluluğu sona erecektir. Bu ayıplar sonradan fark edilse bile, BK. m. 362/f.3 burada uygulanmayacaktır. Çünkü iş sahibi, açık ayıpları kabul etmiş sayılmaktadır<sup>521</sup>.

Muayenede gösterilecek özenin nasıl yapılacağı konusunda Borçlar Kanununda herhangi bir ölçüt belirlenmemiş sadece, BK. m. 362’de “usulü veçhile muayenede belirlenemeyen ayıpların gizli ayıp olduğu” hükmü getirilmiştir. Gösterilecek özenin belirlenmesinde doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre<sup>522</sup> eseri teslim alan iş sahibi, o tipteki eserler için orta nitelikte bir uzmanın yapması gereken muayeneyi yapmakla yükümlüdür. Buradan da anlaşılacağı üzere bu görüş, objektif bir ölçüt koymuştur.

Özenin belirlenmesinde kullanılacak ölçütler konusunda ileriye sürülen diğer bir görüşe göre<sup>523</sup> iş sahibinin, içinde bulunduğu duruma göre, kendisinden beklenebilecek bir

---

<sup>521</sup> ARAL, s. 356.

<sup>522</sup> Bu görüş yanlıları için bkz. ÖZ (Dönme), s.180, dn. 138 de anılan yazarlar, ARAL, s.356, ŞENOCAK, s.115-116.

<sup>523</sup> SELİÇİ, s.147-148, TANDOĞAN, s. 170, ERGEZEN, s.80.

muayeneyi yapması yeterli olacaktır. Sübjektif bir ölçüt getiren bu ikinci görüş, iş sahibini koruyucu nitelik taşımaktadır.

Kanaatimizce, hangi kıstasların kullanılacağına somut olaya bakılarak karar verilmelidir. Çünkü objektif kriterin kabul edilmesi, uzman kişi niteliğinde olmayan iş sahibinin, ya uzman bir kişi tutup eseri muayene ettirerek masrafının artmasına, ya da eseri kendisi muayene ederek uzman olmadığı için tespit edemediği ayıplardan dolayı sahip olacağı hakları kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalmasına neden olacaktır. Eğer sübjektif kıstas kabul edilecek olursa, çoğu zaman uzman kişiler tarafından yapılması halinde ortaya çıkartılabilecek ve müteahhide erken bildirilmesi suretiyle az bir masraf ile giderilebilecek ayıpların, tespit edilememesi nedeniyle gizli ayıp kapsamına alınmasına, dolayısıyla, hem daha fazla masraf çıkmasına, hem de daha uzun sürelerde bu gizli ayıbın giderilmesine neden olacak neticeler meydana gelecektir. Bu durumda esas olarak, iş sahibinin, içinde bulunduğu duruma göre kendisinden beklenebilecek bir muayeneyi yapması yeterli sayılmalı, fakat bunun yanında, kişisel özellikleri ve muayene edilecek eserin nitelikleri, iş sahibinin, eseri bir uzmana muayene ettirmesini gerektiriyorsa ve bunu yapmaması, ticari doğruluk ve dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisi için bir kusur oluşturabiliyorsa, artık özenli muayene yükümlülüğünün yerine getirildiğinden söz edilmemelidir<sup>524</sup>.

Muayenenin özenle yapılmasına ilişkin diğer bir özellik, BK. m. 359/f.2'de belirtilmiştir. İş sahibi kural olarak, muayeneyi, bir uzmana veya bilirkişiye yaptırmak zorunda değildir<sup>525</sup>. Durum bu olmakla birlikte, BK. m. 359/f.2'de, istisna sözleşmesinin taraflarına, masrafları kendilerine ait olmak üzere, eserin muayenesini bilirkişiye yaptırma ve muayene sonucunu bir raporla tespit ettirme imkânı getirmiştir. Bu durum, taraflara tanınmış bir haktır ve tarafların yararınadır. Çünkü, bu hüküm ile müteahhit, teslim ettiği eserde ayıp olmadığını tespit ettirerek sorumluluktan

---

<sup>524</sup> Nitekim BK. m. 359/f.1 görüşümüzü teyit eder mahiyettedir. “Madde 359 - İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutat cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecburdur. İki taraftan her birinin, imal olunan şeyi masrafı kendisinden olmak üzere ehli hibreye muayene ettirilmesini ve muayene neticesinin bir raporla tesbitini istemeğe hakkı vardır.”

<sup>525</sup> YAVUZ, s.525, TANDOĞAN, s.170, ÖZ (Dönme), s.115, KAPLAN (Mimarlık), s.140.

kurtulabilecek, iş sahibi ise, teslim aldığı eserdeki ayıpların varlığını gösteren bir belgeye sahip olarak müteahhidin sorumluluğuna daha rahat gidebilecektir<sup>526</sup>.

Türk Hukukunda delil tespiti çerçevesinde, bir kimsenin mahkemeden, bilirkişi tayin edilmesini isteme olanağı bulunmaktadır. Bu durum, HUMK. m. 369'da<sup>527</sup> düzenlenmiştir. Bu maddeye göre delil tespitini isteyebilmek için, zamanında tespit yapılmaması halinde delillerin ileride kaybolması veya mahkemeye getirilmesinde aşırı güçlük çıkmasının muhtemel olması gibi bir koşul aranırken, BK. m. 359/f.2'de böyle bir özellik veya şart yoktur. Dolayısıyla BK. m. 359/f.2 hükmü, bu şart gerçekleşmeden de mahkemeden bilirkişi tayini istenmesini mümkün kılmaktadır<sup>528</sup>. Uygulamada, özellikle inşaat işlerinde, iş sahibi tarafından müteahhit aleyhine asıl dava açılmadan önce, yapının gereken şekilde yapılıp yapılmadığını, eksik işlerin nelerden ibaret olduğunu tespit için mahkemeden bilirkişi tayini istenmekte, tayin edilen bu bilirkişinin düzenlediği rapor da esas davaya temel teşkil etmektedir<sup>529</sup>.

Taraflar, muayene için, resmi bilirkişiye başvurabilecekleri gibi, kendilerinin tayin ettikleri özel bir bilirkişiye de başvurabilirler. Ancak, mahkemeden taleple atanan bilirkişilerin vereceği raporun, tarafların, tamamen kendiliğinden belirleyeceği bilirkişilerin vereceği rapordan bazı farklılıkları vardır. Öncelikle resmi bilirkişinin hazırlayacağı rapor, ileride mahkemede taraflar arasında yapılan yargılamada HUMK.'nun aradığı nitelikleri haiz bir delil olurken, tarafların tayin ettikleri özel bilirkişinin hazırladığı rapor ise, eserdeki ayıpları ortaya koymaktan ve taraflara ayıplar hakkında bilgi vermektense öteye bir sonuç doğurmaz<sup>530</sup>.

İş sahibi tarafından özel bir bilirkişi tayin edilmiş ve bu bilirkişi de raporunu vermede gecikmiş ve bu arada muayene süresi geçirilmiş ise, iş sahibi bu durumda ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybetme durumuyla karşı karşıya kalmaktadır ve bu duruma katlanmalıdır. Ancak iş sahibinin talebiyle mahkeme tarafından atanan

---

<sup>526</sup> SELİÇİ, s.148, KAPLAN (Mimarlık), s.140, TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1020.

<sup>527</sup> HUMK. m. 369 “Kanunu Medeni hükmü mahfuz kalmak şartıyla ancak şimdiden zabıt ve tesbit olunmazsa ileride zayı olacağı veya ikamesinde çok müşkülât çıkacağı melhuz olan deliller bu fasıl hükmüne tevfikân tesbit olunabilir”.

<sup>528</sup> ÖZ (Dönme), s.143; SELİÇİ, s.148-149; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1020.

<sup>529</sup> SELİÇİ, s.148.

<sup>530</sup> SELİÇİ, s.148; TANDOĞAN, s.171.

bilirkişinin raporunu vermekte gecikmesi durumunda, bunun sorumluluğu iş sahibine yüklenemez. Çünkü bu durumda iş sahibinin, mahkemeye bilirkişi tayin etmek için müracaat etmesi ile, üzerine düşen özenli muayene yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilmelidir<sup>531</sup>. Dolayısıyla resmî bilirkişinin özensiz muayenesi sonucu ortaya çıkmayan açık ayıplar, gizli ayıplar niteliğinde sayılarak ileride bunların ihbarı koşuluyla, müteahhidin sorumluluğuna gidilebilecektir. Ancak bu durumda da dürüstlük kuralına aykırılık olup olmadığına dikkat etmek gerekir. Eserdeki ayıbın çok kolay tespit edilebilmesi halinde, sırf muayenenin bilirkişiye yaptırıldığı ve bu ayıbın da bilirkişinin muayenesi ile ortaya çıkartılmadığı gerekçesiyle, iş sahibinin, özenli muayenesini yerine getirdiğini ileri sürmesi, dürüstlük kuralına aykırıdır.

### **2.5.2.5.3. Ayıpları Müteahhide İhbar Yükümlülüğü**

#### **2.5.2.5.3.1. Genel Olarak**

İhbar yükümlülüğünü belirten BK. m. 359/f.1'e göre “..... *muayene ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecburdur*”. Burada kullanılan “mecburdur” ifadesi “bildirmelidir” olarak anlaşılmalıdır. Zira mecbur olma ibaresi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmak isteyen iş sahibi için kullanılabilir bir ifadedir. İş sahibi bu hakları kullanmak istiyorsa, ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeye mecburdur. Ayrıca ihbar, hukuki işlem benzeri bir fiil olarak nitelendirilmektedir<sup>532</sup>.

Kanun koyucu, istisna sözleşmesinde iş sahibine gizli ayıpları tespit ederek ihbar etme yükümlülüğü getirmediğinden, burada iş sahibinden bildirmesi istenen ayıplar, açık ayıplardır.

İhbar yükümlülüğü gerçek anlamda iş sahibinin bir borcunu oluşturmaz. Dolayısıyla, iş sahibinden bu yükümün yerine getirilmesi talep edilemez. Ancak, istisna sözleşmesinde kural olarak bu yükümlülük, muayene yükümlülüğü ile birlikte, iş sahibince ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanımının bir ön şartını oluşturmaktadır. Bundan dolayı,

<sup>531</sup> TANDOĞAN, s.171; ÖZ (Dönme), s. 115; SELİÇİ, s.149; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s. 1020, UÇAR, s.140.

<sup>532</sup> SELİÇİ, s.152.

ihbar yükümlülüğü, haklarını kullanmak isteyen iş sahibi bakımından zorunlu olarak yerine getirilmesi gereken bir külfet niteliğindedir<sup>533</sup>.

İhbar süresini düzenleyen kanun maddesi, emredici bir hukuk kuralı olmadığından, tarafların anlaşmaları ile değiştirilebilir. Dolayısıyla taraflar, muayene süresinde olduğu gibi, ihbar süresini de önceden tespit edebilirler.

İş sahibi ayıp ihbarında bulunurken yaptığı ihbarın sonuçlarını öngöremeyeceği için, ihbarla birlikte ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan hangisini kullanacağını bildirmesi de gerekmeyecektir.

#### **2.5.2.5.3.2. Ayıpların İhbar Biçimi**

İş sahibi tarafından yapılacak ayıp ihbarı herhangi bir şekle tabi değildir<sup>534</sup>. Mektupla, telgrafla, faks ve e-mail ile yapılabileceği gibi telefonla<sup>535</sup> da yapılabilir. Yeter ki müteahhit ayıbın varlığından haberdar edilmiş olsun. Bu sebeple taraflar, ayıpların ihbar şeklini aralarında serbestçe kararlaştırabilirler. Ancak ispat sorunu ile karşılaşılması için, ayıp ihbarının yazılı şekilde yapılması, iş sahibinin yararına olacaktır<sup>536</sup>. Aynı şekilde, iş sahibinin istemi üzerine mahkemenin tayin ettiği bilirkişinin hazırlayacağı raporun müteahhide tebliğ edilmesi veya eserin ayıplı olması nedeniyle açılan davanın müteahhide bildirilmesi de ayıp ihbarı olarak kabul edilecektir<sup>537</sup>. Ayıp ihbarının hukukî

<sup>533</sup> KARAHASAN, s.261, UÇAR, s.145.

<sup>534</sup> ÖZ (Dönme), s.116; TANDOĞAN, s.173; YAVUZ, s.525, dn.112c; ARAL, s.357, Yarg. 15. HD. 24.11.1989 tarihli ve 1989/3847E., 1989/4937 K. sayılı ilâmı; “Ayıp ihbarının subutu her hangi bir şekle bağlı değildir.”; Yarg. 15. HD. 04.10.1993 tarihli ve 1993/2582E., 1993/3769K. sayılı ilâmı: “Yasada öngörülen haber verme yükümlülüğü herhangi bir şekle bağlı olmadığından, ayıbın telefonla veya karşılıklı sözle bildirilmesinde usule aykırılık yoktur.”; Yarg. 15. HD. 15.01.1996 tarihli ve 1995/7272E., 1996/74K. sayılı ilâmı “Dosya arasında bulunan malların ayıplı olduğu açıkça görülmektedir. Eser sözleşmesinde ayıp ihbarı - tacirler arasında olsa da - bir şekle tabi değildir. Davalı yanca, açık ayıptan ötürü vakit geçirilmeden ihbar yapıldığı ileri sürüldüğüne ve bu iddia tamkla ispatlanmak istenildiğine göre mahkemece gösterilecek tanıkların dinlenilmesi gerekirken, noksan incelemeyle hükme varılması doğru olmamıştır.” MEŞE (Erişim, 10.01.2010)

<sup>535</sup> “Ayıp ihbarının telefonla yapılmasında bir şekil noksanı yoktur. İhbarın yapıldığı şahitle dahi ispatlanabilir.” Yarg. 15. HD. 28.03.1991 tarihli ve 1490 E., 1583 K. sayılı ilâmı, bkz. KARAHASAN, s. 278.

<sup>536</sup> Zaten BİĞŞ nin 41. maddesinde, ayıpların yazılı şekilde müteahhide bildirilmesi düzenlenmiştir.

<sup>537</sup> 15. HD. 03.11.1977 tarihli ve 1977/1849E., 1977/2033K. sayılı ilâmı için bkz., SELİÇİ, s.151, dn. 92, ŞENOCAK, s.125, UÇAR, s.153-154.



sonuçları, ihbarın müteahhide ulaştığı anda değil, iş sahibi tarafından gönderildiği anda doğurmaktadır<sup>538</sup>.

### 2.5.2.5.3.3. Ayıpların İhbar Süresi

İş sahibinin muayene ile ayıpları tespit ettikten sonra, tespit ettiği ayıpları ne zaman ve hangi süre içerisinde müteahhide bildirmesi gerektiği konusunda Borçlar Kanununda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül durumunda, ayıp ihbarının “derhal” yapılması zorunluluğu getirilmiştir<sup>539</sup>. BK. m. 359/f.1’de yer alan “işlerin mutata cereyanına göre imkan bulur bulmaz” ifadesi ile, satım sözleşmesinde belirlenen “örf ve âdete göre imkân hâsıl olur olmaz” ifadesinin özdeş olması gibi benzer diğer ortak noktalar nedeniyle satım sözleşmesinde olduğu gibi ihbarın, muayeneden sonra “derhal” yapılması zorunluluğunun, istisna sözleşmesinde de kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>540</sup>. İleri sürülen başka bir görüşe göre<sup>541</sup> ise, istisna sözleşmesindeki ihbar süresi, satım sözleşmesindeki ihbar süresinden biraz daha geniş tutulmalıdır. Bu görüşe göre, eserin, satılık maldan daha karmaşık olması ve satılan malın tüketiciye ulaşana kadar bir çok el değiştirmesi ve her defasında muayene edilmesi nedenleriyle buradaki ihbar süresi, satım sözleşmesindeki ihbar süresinden daha uzun olarak kabul edilmelidir.

Kanaatimizce, her somut olayın koşulları dikkate alınmak suretiyle iş sahibinin tespit ettiği ayıpları, dürüstlük kuralına uygun olabilecek bir süre içerisinde, en kısa zamanda müteahhide bildirmesi gerekmektedir.

İş sahibi, teslim sırasında açıkça belli olan ayıplar bakımından muayene ve ihbarda bulunmalıdır. Dolayısıyla, BK. m. 359/f.1’e göre, iş sahibince bildirilmesi gereken ayıp, açık ayıplardır.

---

<sup>538</sup> “Ancak daha elverişli bir yol varken bildirim kusurlu olarak gecikmeye yol açacak şekilde gönderen iş sahibi, dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda bunun sonuçlarına katlanmalıdır.” ÖZ (Dönme), s.116, TANDOĞAN, s.173.

<sup>539</sup> BK’nın 198/1. maddesi: “Alıcı kabz ettiği satılmanın halini örf ve adete göre imkan hasıl olur olmaz muayene etmek borcu ile mükellef olup satılana satıcının tekeffülü altında olan bir ayıp gördüğü zaman bunu derhal satıcıya ihbar etmesi lazım gelir”.

<sup>540</sup> SELİÇİ, s.152-153; UÇAR, s.151; ERGEZEN, s.83.

<sup>541</sup> TANDOĞAN, s.173-174.

Gizli ayıplar bakımından, müteahhit eğer bu gizli ayıbı kasten saklamış ise, iş sahibinin eseri muayene ve ihbar yükümlülüğü yoktur. Çünkü bilinen bir şeyi tekrar bildirmek, mantıklı değildir. Ancak bu gizli ayıplar kasten değil de, bilmeyerek meydana gelmiş, bu ayıp sonradan iş sahibi tarafından anlaşılmışsa, bu gizli ayıp, öğrenildiği anda müteahhide bildirilmelidir. Aksi halde gizli ayıplara vâkıf olan iş sahibi, bu ayıpları müteahhide bildirmese, BK. m. 362/f.2'ye göre, gizli ayıpları içeren eseri örtülü olarak kabul etmiş ve kendisine tanınan yasal haklarını da kaybetmiş sayılır.

Eseri muayene ve ayıpları ihbara ilişkin düzenleme emredici nitelikte olmadığından, taraflarca önceden sözleşmeyle tespit edilebilir. Garanti süresinin kabul edilmesi, bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda doktrinde, garanti süresinin, muayene ve ihbar sürelerini değiştirebileceği belirtilmektedir<sup>542</sup>. İhbarın, posta gecikmelerinde olduğu gibi geç ulaşması halinde, riziko müteahhide aittir. Ancak, ihbarın gönderilmesinde iş sahibinin kullandığı metotlar nedeniyle eser, müteahhide geç ulaşmışsa ve bu durum iş sahibi açısından bir kusur oluşturuyorsa, bu halde ihbarın süresinde yapılmadığı kabul edilmelidir<sup>543</sup>.

Ayıp ihbarının vaktinde yapılmadığı iddiası, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaz bu hususu ileri sürmek müteahhide düşer<sup>544</sup>.

#### **2.5.2.5.3.4. İhbarının İçeriği**

İş sahibi, açık ayıplardan bazılarını ihbar etmiş, bazılarını ihbar etmemişse, ihbar etmediği ayıpları, BK. m. 362/f.2 gereğince örtülü olarak kabul etmiş sayılacak ve iş sahibi, ihbar etmediği ayıplardan doğan haklarını kaybetmiş olacaktır.

İhbar, müteahhidin, ayıpların niteliğini ve önemini anlayabilmesine imkân verecek içerikte yapılmalıdır. Bu nedenle, iş sahibinin, “eser ayıplıdır”, “eseri beğenmedim”, “eser sözleşmeye aykırıdır”, şeklindeki genel açıklamaları ayıp ihbarı olarak kabul

<sup>542</sup> TANDOĞAN, s.175; YAVUZ, s. 529; SELİÇİ, s.155-156.

<sup>543</sup> ÖZ (Dönme), s.116.

<sup>544</sup> TANDOĞAN, s.176.

edilmemektedir<sup>545</sup>. İş sahibi, eserin hangi kısımlarının ayıplı olduğunu ve ayıpların neler olduğunu açıkça belirterek ihbar etmelidir. Örneğin, “çatı akıyor”, “makine gürültülü çalışıyor”, “pencerelerden su sızıyor”, “kapı tam kapanmıyor” gibi beyanlar, ihbar için yeterli olacaktır. Ancak iş sahibinin, eserdeki ayıbın neden kaynaklandığını, ne gibi sonuçlara yol açabileceğini müteahhide bildirmesi gerekli değildir<sup>546</sup>.

İş sahibinin ayıp ihbarıyla birlikte, ayıba karşı tekeffülden doğan haklardan hangisini seçtiğini veya hangisine başvuracağını bildirmesine gerek yoktur. İş sahibinin bu haklardan birisini sonradan seçmesi ve bildirmesi de mümkündür<sup>547</sup>. Bununla birlikte iş sahibi, hiç zaman kaybetmeyip, ihbarda bulunurken, aynı anda seçimlik hakkını da kullanabilir. Örneğin, “tespit ettiğim ayıplar nedeniyle sözleşmeden dönüyorum demesi gibi<sup>548</sup>.

### **2.5.3. İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları**

#### **2.5.3.1. Genel Olarak**

BK. m. 360 ile ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kullanması için üzerine düşen yükümlülükleri yerine getiren iş sahibine, sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesini isteme ya da ayıbın giderilmesini isteme seçimlik hakları tanınmıştır. Borçlar Kanununda bu üç hak yanında ayrıca iş sahibine, müteahhidin kusurlu olması halinde, eserdeki ayıpların neden olduğu zararların tazminini isteme hakkı da tanınmıştır<sup>549</sup>. İş sahibi, gerekli şartlar gerçekleştiğinde bu haklardan dilediğini kullanabilecektir<sup>550</sup>. Hangi hakları kullanacağını belirleme yetkisi tamamen iş sahibine ait olduğu için,

<sup>545</sup> TANDOĞAN, s.172-173; ÖZ, s.116; SELİÇİ, s.151-152; ERGEZEN, s.83.

<sup>546</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1021; SELİÇİ, s.152; ÖZ (Dönme), s.116.

<sup>547</sup> TANDOĞAN, s.173; SELİÇİ, s. 152.

<sup>548</sup> ÖZ, s.118.

<sup>549</sup> BK'nın 360. maddesi hükmü, eseri muayene ve ayıpları ihbar etme yükümlülüğünü yerine getiren iş sahibine, satım sözleşmesindeki alıcıdan daha geniş bir seçimlik hak yelpazesi tanımıştır. Çünkü, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerini düzenleyen BK'nın 202. maddesi alıcıya sözleşmeden dönme veya satış bedelinin indirilmesi yetkilerini tanıırken, BK'nın istisna akdini düzenleyen maddelerinde iş sahibine, eserin onarılmasını isteme, sözleşmeden dönme ve ücretin indirilmesini isteme hakları yanında, bir de müteahhidin kusurlu olması şartıyla, eserdeki ayıpların sebep olduğu zararların tazminini talep etme hakkı da verilmiştir.

<sup>550</sup> Doktrinde bu hakların yanı sıra, sözleşme konusu eserin, bir misli şey olması halinde, ayıplı eserin ayıpsız misliyle değiştirilmesini isteme hakkının da tanınması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1029.

sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça, müteahhidin seçimlik hakların kullanılmasına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır<sup>551</sup>.

Borçlar Kanununda, şartların oluşması halinde tanınan seçimlik hakların kullanılması için müteahhidin kusurlu olması aranmaz, ayıbın varlığı yeterlidir. Ancak eserdeki ayıbın varlığını ispat külfeti iş sahibine düşmektedir<sup>552</sup>. Bununla birlikte iş sahibine tanınan zararların tazminini isteme hakkının doğumu için müteahhidin kusurunun doğmasına ihtiyaç vardır. Kusura dayanan bu tazminat talebinin kabul edilmesindeki amaç, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmasına rağmen, eserdeki ayıbın neden olduğu zararın giderilememesi halinde, doğan zarara müteahhidin katlanmasını sağlamaktır<sup>553</sup>. Bundan da anlaşılacağı üzere, bu tazminat talebi, diğer seçimlik hakları tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır. İş sahibi diğer seçimlik haklardan birini kullanması ve buna rağmen zararlarını karşılayamaması halinde, bu tazminat talebinde bulunacaktır. Söz konusu zararlara ilişkin tazminat talebi, seçilen diğer haklarla birlikte ileri sürülebilir<sup>554</sup>. Zararın tazminini talep ederken, iş sahibinin ayıbı ve bundan doğan zararı ispat etmesi yeterli iken, kusursuz olduğunu ispat yükü müteahhide düşmektedir<sup>555</sup>.

İş sahibine tanınan bu seçimlik hakları düzenleyen BK. m. 360, emredici değil, tamamlayıcı nitelikte bir kanun maddesidir. Dolayısıyla iş sahibi ve müteahhit, bu seçimlik haklarla ilgili olarak aralarında serbestçe bir düzenleme yapabilirler. Bu düzenleme, iş sahibinin haklarını kullanmasına ilişkin bir kısıtlama olabileceği gibi, iş sahibine bu haklar yanında yeni seçimlik hakların tanınması ya da hangi hakkın kullanılacağı konusundaki seçiminin müteahhide ya da başka bir üçüncü kişiye bırakılması şeklinde de olabilir<sup>556</sup>.

BK. m. 360 ile iş sahibine tanınan seçimlik haklar, yenilik doğuran haklardandır. Bu hak, tek taraflı ve müteahhide yöneltilmesi gereken bir irade beyanı ile kullanılır. Bu

---

<sup>551</sup> SELİÇİ, s.157.

<sup>552</sup> HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.357; SELİÇİ, s.157.

<sup>553</sup> SELİÇİ, s.157; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.363.

<sup>554</sup> ARAL, s.362; UÇAR, s.165.

<sup>555</sup> KAPLAN (Mimarlık), s.142; SELİÇİ, s.185; UÇAR, s.170.

<sup>556</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1029; SELİÇİ, s.160.

beyan, hukukî sonucunu müteahhide vardığı anda doğurmaktadır<sup>557</sup>. Seçim hakkını kullanan iş sahibi, müteahhidin muvafakati olmadıkça bu seçiminden geri dönemez. Çünkü yenilik doğuran haklar nitelikleri gereği, kullanılmakla birlikte tükenir ve geri alınmaz.

İş sahibi, seçeceği hakkı gecikmeden müteahhide bildirmelidir. İş sahibi, seçeceği hakları, ayıp ihbarında bulunurken müteahhide bildirebileceği gibi, sonradan ayrı bir bildirimle de hangi hakkı seçtiğini müteahhide bildirebilir. İş sahibi kendi menfaatine uygun hakkı seçmesi için gerekli inceleme ve araştırmaları yapmaya elverişli bir süre içerisinde, seçmiş olduğu hakkı müteahhide bildirmelidir.

İş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar birbirleriyle eşdeğer değildir. Yasal sınırlamalar nedeniyle iş sahibinin, seçimlik hakları serbestçe kullanması kısıtlanmıştır<sup>558</sup>. Örneğin, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılabilmesi için, eserdeki ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın önemli olması şartı getirilmiştir. Eserdeki ayıp, önemli değilse, iş sahibi, ya ayıbın giderilmesini ya da ücretin indirilmesini isteyebilecektir. Yine bu kabilden, BK. m. 360/f.3'e göre, iş sahibinin arsası üzerine yapılan şeyin, niteliği bakımından kaldırılması (ref'i) ve yıkılıp sökülmesi (kal'i) aşırı bir zarara sebep oluyorsa, bu durumda, iş sahibinin hakları ayıbın giderilmesi ve ücretten indirim hakları ile sınırlı olmaktadır. Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı gibi inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanarak sözleşmeden dönebileceği durumlara rastlamak oldukça güçtür.

Üzerinde durulması gereken bir husus da, iş sahibinin, BK. m. 360'daki seçimlik haklar yanında genel hükümlere de başvurup başvuramayacağı konusudur. Bir görüşe göre<sup>559</sup>, somut olayın özellikleri dikkate alındığında taraflar arasındaki çıkar dengesi, iş sahibinin BK. m. 96 uyarınca tazminat istemesini gerektirebilir. Çünkü iş sahibi mutlaka ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmak zorunda değildir.

---

<sup>557</sup> Yenilik doğuran hakların hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için, muhatabına ulaşması gerekliliği hakkında bkz. EREN (Genel), s.62-63, UÇAR, s.166.

<sup>558</sup> SELİÇİ, s.157.

<sup>559</sup> UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması, EÜHFD., Erzincan 1997, s. 38.

İstisna sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümleriyle, genel hükümlerin uygulanmasının da mümkün olup olmayacağı konusunda ileri sürülen ve bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre<sup>560</sup>, “özel hüküm genel hükümden önce gelir” ilkesi gereğince, iş sahibi, ayıba karşı tekeffül hükümleri karşısında genel hükümlere gidemez. Bu görüşe göre, istisna sözleşmesinin getirdiği düzenleme, BK. m. 96’daki düzenlemeden daha elverişli bir düzenlemedir. Böylesine elverişli bir düzenleme, iş sahibi açısından yararlı, müteahhit açısından ise, getirdiği sonuçlar itibariyle ağırdır. Bu nitelikteki düzenlemenin yanında, müteahhidi, bir de genel hükümlere göre sorumlu tutmak adil olmaz.

### **2.5.3.2. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı (Kabulden Kaçınma) ve Sonuçları**

#### **2.5.3.2.1. Sözleşmeden Dönme Hakkının Hukukî Niteliği ve Dönmenin Şekli**

Sözleşmeden dönme, müteahhide varması gerekli bir irade açıklaması ile kullanılan ve sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldıran<sup>561</sup>, yenilik doğurucu bir haktır.

İş sahibi, müteahhide yönelteceği tek taraflı irade açıklaması ile bu hakkını kullanabilir<sup>562</sup>. Bu hakkın kullanılması herhangi bir şekle tâbi olmadığı gibi, sözleşmeden dönme hakkının seçilebilmesi için bir dava açılmasına da gerek yoktur. Bu hak sözlü veya yazılı olarak beyanda bulunmak suretiyle kullanılabilir. Dolayısıyla Borçlar Hukukundaki “*şekil serbestisi*” ilkesi burada da uygulanacak ve iş sahibi herhangi bir şekle bağlı olmadan dönme iradesini müteahhide ulaştırabilecektir<sup>563</sup>. Ancak bu hakkın yazılı olarak seçildiğinin beyan edilmesi doğal olarak ispat kolaylığı açısından iş sahibine fayda sağlar.

<sup>560</sup> ÖZ (Dönme), s.98; SELİÇİ, s.131.

<sup>561</sup> SELİÇİ, s.160; YAVUZ, s.530; TANDOĞAN, s.177; Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD. 01.05.2006 tarihli ve 2006/756 E., 2006/2546 K. sayılı ilâmı: “...karşısında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 gün 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca arsa sahipleri vekilinin 02.03.2004 tarihli celsede zapta geçen beyanları da nazara alınarak sözleşmenin geriye dönük olarak feshi yerine, dahili davalılar hakkında hüküm kurulamayacağı da gözetilmeyerek ve MK'nın 2. maddesinden söz edilerek sözleşmenin ileriye dönük olarak feshine karar verilmesi dahili davalılar hakkında da hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir...”. MEŞE (erişim, 23.12.2009).

<sup>562</sup> YAVUZ, s.531.

<sup>563</sup> UÇAR, s.180, ERGEZEN, s. 95.

Dönme beyanı, “sözleşmeyi feshettim”, “sözleşmeden döndüm” şeklinde açık bir ifade ile yapılabileceği gibi, iş sahibinin müteahhitten, aldığı ücreti geri vermesini istemesi veya eserin kullanılamaz olduğunu bildirerek geri yollanmasını sağlamasında olduğu gibi örtülü bir şekilde de yapılabilir.

#### **2.5.3.2.2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılmasının Şartları**

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklar içerisinde sonuçları itibariyle en ağır olanı sözleşmeden dönmedir. Bu nedenle yasa koyucu, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yukarıda belirttiğimiz genel şartların yanında bazı özel şartlar da öngörmüştür. Bu şartlar, genel olarak BK. m. 360/f.1’in ile, “eserin kullanılmayacak durumda olması” ve “eserin, iş sahibi tarafından kabulünün beklenemeyecek durumda olması” şeklinde belirtilebilir.

Eserdeki ayıp, BK. m. 360/f.1’de belirtilen nitelikte ise, ayıp önemli bir ayıptır ve bu durumda iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Eğer ayıp bu nitelikte değilse, iş sahibi sözleşmeden dönemez. Bu halde iş sahibi, ya ücretin indirimini, ya da ayıbın giderilmesini isteyebilir<sup>564</sup>. Eserdeki ayıp BK. m. 360/f.1’de belirtilen nitelikte olsa bile, iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanmak mecburiyetinde değildir<sup>565</sup>.

##### **2.5.3.2.2.1. Eserin Kullanılmayacak Durumda Olması**

Sözleşme konusu eserdeki ayıp, eseri, iş sahibi açısından kullanılmayacak bir hale sokmuşsa, iş sahibinin eseri kabul etmekten kaçınabileceği, BK. m. 360/f.1’de açıkça belirtilmiştir. Teslim edilen eser, iş sahibi için kullanılmamaz ise, ondan işine yaramayacak bu eseri kabul etmesi beklenemez<sup>566</sup>.

BK. m. 360/f.1’de asıl ifade edilmek istenen, ayıbın ağır olmasıdır. Ayıbın sözleşmeden dönmeyi haklı gösterebilecek ağırlıkta olabilmesi için, iş sahibi açısından tamamen ve kesin bir biçimde kullanılmayacak şekilde olması gerekir. Eserdeki ayıbın,

---

<sup>564</sup> SELİÇİ, s.157.

<sup>565</sup> SELİÇİ, s.158; UÇAR, s.178.

<sup>566</sup> ERGEZEN, s.91.

sözleşmeden dönmeyi haklı gösterebilecek ağırlıkta olması, her somut olaya, tarafların menfaatlerine ve diğer koşullara göre değişmekte ve durum hakkaniyet esaslarına göre belirlenmektedir<sup>567</sup>.

Teslim edilen eserin kullanılamayacak nitelikte olması için, kullanılamazlık olgusunun eserin tümünü etkilemiş olması gerekir. Sadece bir bölümde ortaya çıkan kullanılamazlık durumu, dönme için yeterli olmayacaktır<sup>568</sup>. Ancak eserin kullanım amacını ve işleyişini etkileyen bir bölümdeki ayıp, o bölümün tamir edilmesi veya parça değiştirilmesiyle giderilemiyorsa, bu halde de sözleşmeden dönmeye bu şartı gerçekleşmiş demektir. Ayıbın, eserin değerini tümü ile yok etmesi halinde de, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmalıdır<sup>569</sup>.

#### **2.5.3.2.2.2. Eserin İş Sahibi Tarafından Kabulü Beklenemeyecek Durumda Olması**

Sözleşme konusu eserdeki ayıp nedeniyle eser, iş sahibi tarafından kullanılabilir durumda olmasına rağmen, kabulünün beklenemeyeceği hallerde de sözleşmeden dönme imkânının bulunması gerekir. Eserdeki ayıp, onarım ile giderilebiliyor olsa dahi, iş sahibinden, bu onarıma razı olması beklenemeyecek ise iş sahibi, dönme hakkını kullanabilir<sup>570</sup>. Bu durumdaki ayıbın iş sahibi tarafından kabul edilemeyecek kadar büyük olup olmadığı hâkim tarafından dürüstlük kuralı ışığında belirlenecektir<sup>571</sup>. Sözleşme kurulurken, bir kullanma amacı belirlenmişse, eserin kabule elverişli olup

<sup>567</sup> SELİÇİ, s.163; TANDOĞAN, s.181; ÖZ (Dönme), s.108; YAVUZ, s.531.

<sup>568</sup> Örneğin küçük ve kolayca monte edilebilir bir parçası olmayan su motorunun durumu bu şekildedir. Burada küçük bir müdahaleyle giderilebilecek basit ayıplar, iyiniyet ilkesi çerçevesinde, dönmeye imkân vermemelidir. Bkz. ERGEZEN, s.91.

<sup>569</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1033-1034; TANDOĞAN, s.182.

<sup>570</sup> Yarg. 15. HD. 07.10.1977 tarihli ve 1204 E., 1833 K. sayılı ilâm: “Teslim edilen makinedeki bu bozukluğun sorumluluğu imâl eden davalıya aittir. Ne var ki rapordan ve mahkemece yapılan sair soruşturmada soğutma sistemindeki yetersizliğin makineyi kabulden imtina etmeyi haklı kılacak önemde olup olmadığı anlaşılmamaktadır. Davacının sözleşmeyi feshedebilmesi için, soğutma sistemindeki ayıp dolayısıyla makine kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği durumda olmalıdır. Soğutma sisteminin onarılması ve değiştirilmesi mümkün olup bu suretle makinenin kabulü gerekiyorsa davacı makinedeki değer noksanı kadar fiyatı indirebilir. Ayrıca her iki halde davacı davalının kurusu varsa uğradığı zararın giderilmesini de talep hakkına sahiptir”. MEŞE (erişim, 12.02.2010).

<sup>571</sup> ARAL, s.358, KAPLAN (Mimarlık), s.141, TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1031, SELİÇİ, s.162-163.



olmadığı buna göre belirlenmelidir<sup>572</sup>. Ancak eserin kullanma amacı belirlenmemiş ise, bu durumda iş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek ayıpların tespiti yapılırken, eserin olağan kullanma amacı göz önünde bulundurulmalıdır<sup>573</sup>.

Eser, iş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek durumda olsa dahi, iş sahibinin kullanacağı seçimlik hak kendisi açısından bir farklılık oluşturmayacak ve sözleşmeden dönme hakkının seçilmesi halinde müteahhit büyük oranda zarara uğrayacak ise, bu halde diğer seçimlik hakların kullanılması gerekecektir. Çünkü yasa koyucunun amacı, tarafların çıkarlarını karşılıklı olarak en iyi şekilde dengelemektir<sup>574</sup>.

### **2.5.3.2.2.3. Eserin Sözleşmede Açıkça Belirtilmiş Bazı Özellikleri Taşımaması**

BK. m. 360/f.1 “...veya mukavele şartlarına muhalif olursa iş sahibi o şeyi kabulden imtina edebilir” hükmünü getirmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, eser, tarafların sözleşmede kararlaştırdığı bazı nitelikleri taşımaması halinde eser ayıplı kabul edilecek ve iş sahibi bu sözleşmeden dönebilecektir. Madde metninde ilk bakışta her türlü sözleşmeye aykırılığın sözleşmeden dönme için yeterli olacağı anlaşılmakta ise de, bu durum kanunun öngördüğü ayıba karşı tekeffül hükümlerinin genel düzenine, tarafların çıkarlarını karşılıklı olarak dengelemek fikrine, dürüstlük kuralı ve hakkaniyete ters düşmektedir<sup>575</sup>. Bu nedenle eserde, sözleşmede belirtilen her niteliğin bulunmaması tek başına sözleşmeden dönme nedeni sayılmamalı, dürüstlük kuralınca, iş sahibinin eseri kabul edip edemeyeceği belirlenmelidir<sup>576</sup>. Bir başka ifadeyle, sözleşme şartlarına aykırılık dolayısıyla sözleşmeden dönebilmek için, yine, ayıbın belirli bir ağırlıkta olması aranmalıdır.

---

<sup>572</sup> ÖZ, s.107.

<sup>573</sup> Bu hale, bir buhar kazanının gerekenden çok daha fazla su harcaması veya bir gazete ilanının kararlaştırılan yerden bir başka yerde yayınlanması örnek gösterilmektedir. Bkz. TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s. 1031-1032.

<sup>574</sup> ÖZ (Dönme), s.109; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1032; ERGEZEN, s.90.

<sup>575</sup> ÖZ (Dönme), s.109.

<sup>576</sup> TANDOĞAN, s.182.

#### 2.5.3.2.2.4. İş Sahibinin Arsasında Yapılan İşlerde Eserin Yıkılması ve Kaldırılmasının Aşırı Bir Zarara Yol Açmaması

BK. m. 360/f.3<sup>577</sup>, iş sahibinin arsası üzerine yapılan bazı eserlerde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını sınırlandırmaktadır. Buna göre, iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olan eserin kaldırılması veya yıkılması fazlaca bir zarar oluşturacak ise, iş sahibi sözleşmeden dönebilecek, ücretin indirilmesi veya ayıbın giderilmesi seçimlik haklarından birini<sup>578</sup> kullanacaktır. Böylece, eserin bir inşaat olması halinde, sözleşmeden dönme için iki koşul gerekmektedir. Bunlar; ayıbın, BK. m. 360/f.1'e göre yeterli ağırlıkta olması ve inşaatın kaldırılmasının müteahhit için aşırı zarara yol açmamasıdır. Bu hükmün amacı, ekonomik açıdan değerli malların ve meydana getirilmiş bir değer için imkân ölçüsünde korunmasıdır<sup>579</sup>.

BK. m. 360/f.3'ün kapsamına, iş sahibinin arsasında yapılan inşaat işleri girmektedir. Bu anlamda inşaat işleri, sadece binalardan ibaret olmayıp, arsa ile bütünleyici bir parça oluşturan ve bu yüzden sökülüp aynen iadesi imkânsız veya aşırı derecede zarar verecek olan her türlü eserdir<sup>580</sup>.

BK. m. 360/f.3'deki "ref'in ve kal'in fazla bir zararı mucip olması"nın belirlenmesi için, somut olayın koşulları, özellikle eserin arsaya bağlı olarak arz ettiği kıymetle, arsadan

<sup>577</sup> BK. m. 360/f.3: "Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibariyle ref'i ve kal'i fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar".

<sup>578</sup> Yarg. 15. HD., 08.04.1977 tarihli, 470 E., 837 K. sayılı ilâmı: "Olayda müteahhit akdi borcunu yerine getirmeyip inşaatı yarım bırakmakla temerrüde düşmüştür. Davacı yarım kaldığının tespiti için mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, sözleşmenin 8'inci maddesinde sözleşme hükümlerini yerine getirmeme halinde, müspet ve menfi zararların tazmini öngörüldüğünden fesih isteğini reddetmiştir. Taraflar arasında kararlaştırılan sözleşmenin 8'inci maddesi yasal şartların gerçekleşmesi halinde tarafların fesih hakkını ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Davacının iddiası, davalının inşaatı tamamlanmadan işi terk ettiği şeklindedir. Bu iddianın gerçekleşmesi halinde, davalının temerrüt nedeniyle davacının haklı olup olmadığı, BK'nın 360'uncü maddesinin olaya uygulanmasıyla çözümlenmelidir. Bunun için öncelikle davalının davacıya karşı hangi oranda yerine getirmiş olduğunun belirlenmesi gerekir. Davalının yapmış olduğu bölümler davacının kullanamayacağı ve nispet kaidelerine göre kabulü icbar edemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına aykırı değilse veya aykırılık kabulden çekilmeyi haklı kılacak derecede önemli olsa bile davacının arsası üzerine yapılmış bir bina söz konusu olduğundan, yapılmış bir inşaatın ref'i ve kal'i aşırı zarara neden olacağına sözleşmenin feshi yerine davacıya verilecek dairelerin karşılığını teşkil eden bedelin indirilmesi gerekir. Ancak yapılacak inşaat türü, miktarı ve değeri itibariyle kaldırılması davalıya aşırı bir zarar vermeyecekse sözleşmenin feshi gerekir". Bkz. MEŞE (erişim, 24.01.2010)

<sup>579</sup> ÖZ (Dönme), s.126, TANDOĞAN, s.183, ERGEZEN, s.93, UÇAR, s.179.

<sup>580</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1039; ÖZ (Dönme), s.109; ERGEZEN, s.93.

kaldırıldığında uğrayacağı değer düşüklüğü göz önünde bulundurulmalıdır<sup>581</sup>. Ancak bunun yanında başka ölçütler de getirilmiştir. Örneğin, bedel indiriminin müteahhide vereceği zararın, sözleşmeden dönmenin vereceği zarardan daha fazla olması, inşaat temelinin sağlam olmaması nedeni ile yapı tekniği kurallarına göre yıkılmasının gerekmesi gibi hallerde, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmalıdır<sup>582</sup>. Sözleşme konusu inşaat eserinin, BK. m. 360/f.3 hükmüne girdiğini ve bu nedenle sözleşmeden dönülemeyeceğini ispat yükü müteahhide aittir<sup>583</sup>.

### 2.5.3.2.3. Sözleşmeden Dönme Hakkını Kullanmanın Sonuçları

İş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullandığında dönme beyanının müteahhide varmasıyla, istisna sözleşmesinin geriye etkili olarak sona ereceği kabul edilmektedir<sup>584</sup>. Dönme hakkı, yenilik doğuran bir beyanın kullanılması olduğu için, hakkın kullanılması ile hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Dolayısıyla, bu hakkın sonuçlarının doğumu için, müteahhidin kabulü aranmaz. Dönme beyanı ile sözleşme geriye etkili olarak sona ermekle birlikte, “geriye etki”den ne anlaşılması gerektiği ve sözleşmeden doğan borçlara etkisinin ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda “klasik kuramı” kabul eden yazarlara göre<sup>585</sup>, sözleşmeden dönme hakkı, satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül dolayısıyla alıcıya tanınan fesih hakkının karşıtı gibidir. Dolayısıyla, yenilik doğurucu muamele, borçlandırıcı sözleşmeyi hiç kurulmamışçasına başlangıçtan itibaren sona erdirir. Bu haliyle dönme, bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu kurama göre, dönme sonrası tasfiye ilişkisi de sözleşme dışı bir olgudan ibarettir. Bu sebeple taahhüt edilen, ancak ifa edilmeyen borçlar, kendiliğinden sona erecek, bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi istendiğinde, hakkın sona erdiği itirazı ileri sürülebilecektir. Dönme anına kadar yerine getirilmiş edimler, dönme ile hukuki

<sup>581</sup> TANDOĞAN, s.183; SELİÇİ, s.163-164; ERGEZEN, s.94.

<sup>582</sup> ÖZ (Dönme), s.126; SELİÇİ, s.164; Yarg. 15. HD. 25.01.1999 tarihli ve 1999/4289 E., 1999/115 K. sayılı ilâmı: “İşin imar mevzuatına fen ve teknik kurallara uygunluğu kamu düzeninden olup, mahkemece doğrudan gözetilecek hususlardandır. Sözleşme kurallarına uyulması hukukta temel ilke olan ahde vefa ilkesi gereğidir. Gerek imar kurallarına, gerekse sözleşmeye uymadığı saptanan yüklenicinin, kusuru nedeniyle sözleşmenin feshi gerektiği gibi binanın kal'ine de karar verilmelidir”. MEŞE (erişim, 23.01.2010)

<sup>583</sup> ÖZ, s.126; SELİÇİ, s.164; ERGEZEN, s.95.

<sup>584</sup> SELİÇİ, s.161; TANDOĞAN, s.178; YAVUZ, s.506; KAPLAN (Mimarlık), s.141.

<sup>585</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.951; FEYZİOĞLU, Feyzi; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 1977, s. 415.

dayanaklarını kaybetmiş olacaklarından, yerine getirilen edimler, sebepsiz zenginleşme kurallarına göre iade edilecektir<sup>586</sup>.

Sözleşmenin geriye etkili olmasından ne anlaşılması gerektiği konusunda ileri sürülen görüşleri ve kanaatimizi daha önce belirtmiştik<sup>587</sup>. Katıldığımız aynı etkili dönme görüşüne göre dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve buna bağlı olarak yapılan tasarruf işlemleri geçersiz olur. Buna göre yerine getirilen maddi edimlerin iadesi istihkak davası ile istenecektir.

### **2.5.3.3. İş Sahibinin Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zararın Giderilmesini İsteme Hakkı ve Kapsamı**

İş sahibi, eserin ayıplı olması halinde isterse eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebileceği gibi, isterse de ücret indirimi ya da onarım hakkını kullanabilir. Bunların yanında iş sahibi, müteahhidin kusurlu olması koşuluyla her durumda ayıbın önemine bağlı olmaksızın ayıp sonucu uğradığı zararlarının tazminini de isteyebilir<sup>588</sup>. İş sahibi uğradığı zararlar sonucu zararlarının tazminini isteme hakkını, diğer haklardan birisi ile birlikte aynı zamanda kullanabileceği gibi, yalnız başına böyle bir talepte de bulunabilir.

#### **2.5.3.3.1. Zararın Tazminini İsteme Hakkının Şartları ve Özellikleri**

İş sahibinin ayıptan doğan zararının<sup>589</sup> giderilebilmesi için, öncelikle ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması için gereken eserin teslim edilmesi ve ayıplı olması şartlarının gerçekleşmiş olması, iş sahibinin, üzerine düşen muayene ve ihbar yükümlülüklerini yerine getirmiş olması gerekir. Tüm bunların yanında, sözleşmeden dönme, ücretten indirim ve ayıbın giderilmesi haklarının kullanılması için gerekmediği

---

<sup>586</sup> ERGEZEN, s.122.

<sup>587</sup> Bkz. s.92-94.

<sup>588</sup> BK'nın 360'ıncı maddesi sadece eserin ayıbından dolayı uğranılan zarar ziyanla alakalı olup, eserin meydana getirilmesi borcunun ifa edilmemesi halinde ise, BK'nın 96. maddesi hükmü uygulanır. Bkz. UÇAR, s.214.

<sup>589</sup> Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar müspet veya menfi zarar olabileceği gibi, aynı zamanda ayıbın doğrudan ya da dolaylı sonucu da olabilir. Örneğin; ayıp nedeniyle iş sahibinin yaralanması doğrudan ayıp, yaralanma nedeniyle uğranılan kazanç kaybı ise dolaylı zarardır. Bkz. ŞENOCAK, s. 67.

halde, iş sahibinin ayıp sonucu doğan zararının giderilmesinde müteahhidin kusurlu olması şartının da gerçekleşmiş olması gerekir<sup>590</sup>.

Buradaki tazminat talebi, diğer seçimlik haklara alternatif bir hak niteliğinde olmayıp, tek başına kullanılabilmesi gibi, diğer seçimlik haklar ile birlikte de kullanılabilir. Ancak bu tazminat talebi, diğer hakların yerini almak üzere veya onların da üstünde, hepsini kapsayacak bir şekilde kullanılamaz<sup>591</sup>.

Kusuru ispat yükünün kime düşeceği konusunda ileri sürülen görüşe göre<sup>592</sup>, sorumluluktan kurtulabilmek için borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir. Bu nedenle iş sahibinin tazminini istediği zararın varlığını ispat etmesi yeterli sayılmalı, tazminat talebinden kurtulmak isteyen müteahhit, kusursuzluğunu ispat etmelidir. Çünkü her iki durumu, yani hem zararı, hem de müteahhidin kusurunu ispat etme yükünü sözleşmenin uzman olmayan tarafını teşkil eden iş sahibine yüklemek, zaten durumu ağır olan iş sahibinin konumunu daha da zorlaştıracaktır.

Zararın tazmini için, müteahhidin kusurunun yanında, kusurunun derecesinin de belirlenmesi gerekir. Çünkü hâkim tazminat miktarını belirlerken, müteahhidin kusurunun derecesini de göz önünde bulundurur ve kusurunun hafifliği söz konusu ise, bunun derecesi oranında tazminattan indirim yapmalıdır. Ayrıca, iş sahibinin kusuru<sup>593</sup> var ise bu durum da dikkate alınmalıdır.

#### **2.5.3.3.2. Zararın Giderilmesini İsteme Hakkının Kapsamı**

Zararın giderilmesinin kapsamını tayin için öncelikle zarar kavramının belirlenmesinde fayda vardır. Ayıp sebebiyle uğranılan zarar, eserdeki ayıp nedeniyle ortaya çıkan, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan diğer hakları kullanmasına rağmen

---

<sup>590</sup> YAVUZ, s.548; ARAL, s.363; KAPLAN (Mimarlık), s.142; SELİÇİ, s. 185.

<sup>591</sup> TANDOĞAN, s.204, YAVUZ, s.548, UÇAR, s.209; ŞENOCAK, s.64.

<sup>592</sup> TANDOĞAN, s.205; KAPLAN (Mimarlık), s.142; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1035; UÇAR, s.221; ŞENOCAK, s.68.

<sup>593</sup> Nitekim, iş sahibinin, işin görülmesine yönelik talimatlarının yanlışlığı, eserin ayıplı olmasına neden olmuşsa, yanlış talimat, iş sahibi açısından mütefarik kusur sayılmalıdır. Aynı şekilde, iş sahibinin ifa yardımcılarının, örneğin, inşa edilen yapıyı projelendiren mimarın, projelendirmedeki yanlışlıkları, yapıda ayıba, dolayısıyla zarar neden olmuşsa, bu sonuç da, iş sahibi açısından mütefarik kusur sayılmalıdır.

karşılanamayan ve eserdeki ayıp ile uygun illiyet bağı içinde bulunan her türlü zarardır<sup>594</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken bir şey vardır ki, o da söz konusu olan zararların, sözleşme ilişkisi nedeniyle uğranılan zararlar olmayıp, sadece eserin ayıplı olmasından kaynaklanan zararlar olduğudur. Örneğin, müteahhidin sözleşmeye aykırı olarak teslimi geciktirmesi, özen borcuna aykırı davranması veya eserin kullanılma biçimi hakkında iş sahibini uyarmamasından kaynaklanan zararlar bu kapsamdaki zararlardan değildir. Bu tür zararların tazmini, ancak BK. m. 96'daki genel hükümlere göre istenebilir<sup>595</sup>.

Ayıp sebebiyle uğranılan zararın, kârdan mahrumiyet şeklinde meydana gelmesi mümkündür. Ayıplı bir bina teslim edilmesi halinde, iş sahibinin, ayıbın giderilmesi süresi içerisinde alacağı kira parasından mahrum kalması durumunda kaynaklanan zarar bu duruma örnek olarak verilebilir<sup>596</sup>. Ayıp sebebiyle meydana gelen zarar, aktifin azalması ve pasifin çoğalması şeklinde malvarlığında eksilme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, ayıbı takip eden zarar olarak da ortaya çıkabilir<sup>597</sup>.

BK. m. 360'da eserdeki ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararlar, herhangi bir ayrıma tabi tutulmamıştır. Sözleşmesel ilişki içerisinde ortaya çıkan zararlar pek çok ayrıma tabi tutulmakla birlikte, BK. ve doktrindeki en önemli ayırım, olumlu (müspet) ve olumsuz (menfi) zarar ayırımıdır<sup>598</sup>.

Müspet zarar, alacaklının borcun ifası ile meydana gelmesi beklenen menfaatinin gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zararı ifade etmektedir. Bir başka deyişle, borcun ifa edilmesi ile alacaklının malvarlığının alacağı hal ile, ifa edilmemeden dolayı aynı

---

<sup>594</sup> ÖZ (Dönme), s.292; TANDOĞAN, s.204; SELİÇİ, s.82.

<sup>595</sup> EREN, s.86; TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1035; TANDOĞAN, s.205. Örneğin, bir binanın dış cephesini boyayan müteahhit, bu boya işini yaparken camları kirletmiş ve camları temizlerken çiziklere yol açmışsa, iş sahibi uğradığı zararı, BK. m. 360'ya göre değil, BK. m. 96'ya göre tazmin edebilir. Çünkü camlarda meydana gelen çizilmeler ve kirlenmeler, eserdeki ayıptan kaynaklanan zararlar olmayıp, müteahhidin özen borcuna aykırı davranmasının bir sonucudur. SELİÇİ, s.182-183.

<sup>596</sup> TANDOĞAN, s.205. Aynı şekilde ayıplı makinenin tamiri esnasında işletmenin durması yüzünden üretimin azalmasından kaynaklanan zararlar da bu duruma örnektir.

<sup>597</sup> Bina sahibinin ayıp giderilinceye kadar binada oturamaması nedeniyle bir otelde kalmasından doğan masraflar, aktifin azalmasına, SELİÇİ, s.184; ayıplı tamir edilmiş tırmanma kayışından dolayı, iş sahibinin bacağının kırılması ve tedavi giderlerine neden olmasından kaynaklanan zararlar da ayıbı takip eden zarara örnek olarak gösterilebilir, TANDOĞAN, s.205.

<sup>598</sup> REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul 2006, s. 306-307, TUNÇOMAĞ, (Genel Hükümler), s.492.

malvarlığının arz ettiği durum arasındaki fark, müspet zararı ifade etmektedir<sup>599</sup>. Menfi zarar ise sözleşmenin kurulmaması veya hüküm doğurmaması nedeniyle malvarlığının aldığı durumla, sözleşme hiç kurulmasa idi alacağı durum arasındaki farkı ifade eder<sup>600</sup>.

Müspet ve menfi zarar ayrımı, ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik hakların kullanılmasına bağlı olarak, kullanılan hakla birlikte, hangi zararların da istenebileceğini belirleme bakımından önemlidir. Buna göre, olumlu zarar, öncelikle iş sahibinin ücret indirimi veya ayıbın giderilmesi haklarını kullanması halinde istenebilecektir. Bir başka deyişle, iş sahibi ücretin indirilmesi veya ayıbın giderilmesi haklarını kullanmasına rağmen, eserdeki ayıp dolayısıyla oluşan zararı, müspet zarar olarak tazminini isteme hakkına sahip olacaktır<sup>601</sup>.

Menfi zarar ise, sadece iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde istenebilmektedir<sup>602</sup>. Çünkü ayıbın giderilmesi veya ücretin indirilmesini isteme haklarının kullanılması halinde, sözleşme sona ermeyecek, sözleşme sona ermediği için de ancak geçersiz bir sözleşmenin bulunduğu hallerde istenebilen menfi zararın bu durumda istenebilmesi mümkün olmayacaktır<sup>603</sup>.

İş sahibinin doğan zararlarını karşılanırken, zararın belirlenmesine esas olacak parasal değerlerin hangi ana göre belirleneceği tartışmalıdır. Bu konudaki hâkim olan görüşe

---

<sup>599</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.323; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K., Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1996, s. 339; SELİMOĞLU, s.192.

<sup>600</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.340; SAYMEN/ELBİR, s.462; SELİMOĞLU, s.192.

<sup>601</sup> SELİMOĞLU, s.192; SELİÇİ, s. 184.

<sup>602</sup> Yarg. 15. HD. 12.05.1994 tarihli, 1994/545 E., 1994/3093 K. sayılı ilâmı: “Eser sözleşmelerinden doğan anlaşmazlıklarda, tazminat hesabı yapılırken, yapılmayan kısmın, tüm işe göre fiziki oranının bulunmasında, gayri melhuz işler hesaba katılmamalıdır. Sözleşmenin feshi nedeniyle menfi zararın tazmini davası açılmışsa, olumlu zarar kapsamındaki kâr mahrumiyeti talep edilemez. Menfi zarar, feshin kesinleştiği tarihten itibaren gerçekleşmemiş işler dolayısıyla istenebilir. Sözleşme dışı işlerin zaruri olması halinde yüklenicinin alacağı, vekâletsiz iş görme hükümlerine göre belirleneceğinden, işlerin yapıldığı tarihteki rayiç esas alınır.” MEŞE (erişim 05.03.2010); Aynı yönde Yarg. 15. HD. 01.02.1996 tarih ve 1996/310, 1996/535 K. sayılı ilâmı: “Eser sözleşmesi, yüklenicinin kusuru nedeniyle feshedilirse, yüklenicinin hak ettiği bedel; birim fiyatına göre değil, işin fiziki oranına göre belirlenmelidir. Menfi zarar, bir başkasıyla daha uygun koşullarda sözleşme yapma olanağı kaçırılmış ve işin yükleniciden başkasına yaptırılmış olması durumunda, aradaki farktır.” MEŞE, (erişim 05.03.2010).

<sup>603</sup> ÖZ, s.295; SELİMOĞLU, s.192.

göre<sup>604</sup>, parasal değerler belirlenirken, hüküm tarihi esas alınmalıdır. Yargıtay ise, uygulamada dava tarihindeki piyasa rayiç fiyatlarını esas almaktadır<sup>605</sup>.

## **2.5.4. Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcunu Sona Erdiren Nedenler**

### **2.5.4.1. Eserdeki Ayıbın İş Sahibine Yüklenebilir Olması**

Meydana gelen ayıp, iş sahibine yüklenebilecek bir durumdan meydana geldiyse, o halde sorumluluk iş sahibine ait olacaktır. Başka bir deyişle, iş sahibinin belirli davranışları, eserin ayıplı olmasına neden olursa, artık iş sahibi, ayıplı meydana getirilmiş eseri kabul etmek zorunda kalacak ve bu ayıp nedeniyle müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

İstisna sözleşmesi ile ilgili hükümlerde, eserin ayıplı olmasına iş sahibinin davranışlarının sebep olması ve müteahhidin sorumluluğunun kalkması hallerinden sadece iki tanesi belirtilmiştir. BK. m. 361’de belirtilen bu durumlardan ilki genel, diğeri özel niteliktedir. Genel olarak nitelendirilen durum, “herhangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa” cümlesiyle, özel durum ise “müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak iş sahibinin verdiği emirlerden neşet etmiş bulunur” cümlesiyle ifade edilmiştir. Buradan da anlaşılacağı üzere, bu iki durum dışında da, eserdeki ayıplar çeşitli nedenlerden dolayı iş sahibinden kaynaklanabilir. Somut olayın koşulları dikkate alınarak yapılacak bir değerlendirmeye eğer iş sahibinden kaynaklanan bir neden eserin ayıplı olmasına yol açmışsa ve bu neden ayıbın doğumuna yetecek ölçüde bir ağırlık taşıyorsa, artık ayıbın iş sahibi yüzünden doğduğu kabul edilecek ve müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkacaktır<sup>606</sup>.

<sup>604</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.351; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.602.

<sup>605</sup> Yarg. 15. HD. 9.5.1997 tarihli 1997/1426 E., 1997/2474 K. sayılı ilâmı: “İnşaatın projeye uygun hale getirilmesinin mümkün olmamasından dolayı bağımsız bölümlerdeki değer kaybının istenmesi halinde, davacının kayıtsız olarak, zararın artışına neden olmasından dolayı, dava tarihindeki fiyatlar değil, ayıp ve noksanlıkların öğrenildiği tarihi takip eden makul süre içerisindeki fiyatlar esas alınarak, bilirkişiler, projeye uygun ve noksansız yapılması halindeki değer ve mevcut halin değeri hesaplattırılmalıdır.” MEŞE, (erişim 05.03.2010).

<sup>606</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1037.



BK. m. 361'den de anlaşılacağı üzere, eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin kendisinden kaynaklanan durumun, müteahhidin sorumluluğunu kaldırabilmesi için, kendisinin kusurlu olması şart olmayıp, bu durumun kendi faaliyet alanına ilişkin bir nedenden kaynaklanması yeterlidir<sup>607</sup>. Burada iş sahibi, sorumlu tutulabileceği uygun bir nedenle eserdeki ayıbın doğumuna katkıda bulunmakta ve bu katkı, ayıbın doğmasında tek başına etkili görünecek derecede ağır basmaktadır<sup>608</sup>. Bu durum, ayıp nedeniyle sorumluluğuna gidilen müteahhidin, eserdeki ayıbın meydana gelmesinde bir kusurunun aranmaması ile benzerlik göstermektedir.

Ayıbın meydana gelmesinde müteahhidin de davranışları etkiliyse, müteahhit sorumluluktan kurtulamayacak, iş sahibinin de ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ortadan kalkmayacaktır<sup>609</sup>. İş sahibinin kusurunun müteahhidin kusuru ile ortak olması halinde, BK. m. 44 hükmü kıyasen uygulanarak, iş sahibinin kusuru, müterafik kusur olarak değerlendirilecek, ücret indirimi ve tazminat talebinde iş sahibinin bu kusuru, kendi aleyhinde değerlendirilecektir<sup>610</sup>.

#### **2.5.4.1.1. Eserin Ayıplı Olmasının İş Sahibinin Talimatından Doğması**

Eserde ortaya çıkan ayıbın, iş sahibine yüklendiği ilk neden, BK. m. 361'de belirtilen, eserdeki ayıbın iş sahibinin müteahhide yönelttiği talimatlardan doğması halidir. Meydana getirilen eserin iş sahibi, işin nasıl görüleceği, işlerin sırası, malzemenin niteliği ve cinsi gibi çeşitli konularda müteahhide talimat verebilir<sup>611</sup>. Bu talimatlar, iş sahibinin ifa yardımcıları tarafından da verilebilir<sup>612</sup>. Örneğin, bir bina yapımında, iş sahibine bağlı olarak çalışan mimar veya mühendislerin vereceği talimatlar bu niteliktedir<sup>613</sup>. Çünkü mimar ve mühendisler BK. m. 100 anlamında, iş sahibinin yardımcı şahsı durumundadırlar.

<sup>607</sup> ÖZ (Dönme) s.111; UÇAR, s.234.

<sup>608</sup> TANDOĞAN, s.209.

<sup>609</sup> SELİÇİ, s.190.

<sup>610</sup> TANDOĞAN, s.209; SELİÇİ, s.190, dn. 211; ÖZ (Dönme), s.111; EREN, s. 79.

<sup>611</sup> TANDOĞAN, s.210; EREN, s.79-80.

<sup>612</sup> SELİÇİ, s.192; EREN, s.79.

<sup>613</sup> UÇAR, s.235; SELİÇİ, s.192.

İş sahibi veya ifa yardımcılarının talimatları sözlü olabileceği gibi, yazılı da olabilir<sup>614</sup>. İş sahibi veya ifa yardımcılarını tarafından verilen talimatlar, eserin ayıplı olmasına neden olursa müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluktan kurtulması için yerine getirmesi gereken bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Eserin ayıplı olmasının iş sahibinin talimatından doğmasının yanında, müteahhide de uyarma yükümlülüğü getirilmiştir. Bir başka deyişle, BK. m. 361 hükmü, iş sahibinin talimatlarının eserin ayıplı olmasına neden olması durumunu, tek başına müteahhidin sorumluluktan kurtulması için yeterli saymamakta ayrıca, sorumluluktan kurtulmak isteyen müteahhidin, bu talimatların yanlışlığı konusunda, iş sahibini açıkça uarması gereğini de aramaktadır. Bu durum BK. m. 361’de, “...müteahhidin sarahaten beyan eylediği mütalaaya mugayir olarak...” şeklinde ifade edilmiştir.

Müteahhidin yaptığı bu açıklama bir irade açıklaması olmayıp, bilgi açıklaması niteliğindedir<sup>615</sup>. Bu uyarıyla, iş sahibinin talimatının yanlış olduğu, bu talimata uyulursa, eserde bir ayıp meydana geleceği iş sahibine bildirilmektedir<sup>616</sup>. Ancak burada talimatta ısrar edilmesi halinde, müteahhidin, sorumluluktan kurtulacağını ve iş sahibinin de ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacağını ayrıca bildirmeye gerek olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen bir görüş<sup>617</sup>, uzman olmayan iş sahibi karşısında müteahhidin sorumluluktan kurtulması durumu söz konusu olduğu için müteahhidin bu durumu ayrıca iş sahibine bildirmesi gerektiğini belirtmektedir. Aynı konudaki diğer bir görüşe göre ise<sup>618</sup> BK. m. 361’de böyle bir şart aranmadığı için, müteahhidin, sorumluluktan kurtulacağını ayrıca açıklamasına gerek olmadığını kabul etmektedir. Kanımızca, müteahhidin sorumluluktan kurtulacağını iş sahibine bildirmesi daha isabetli olacaktır. İstisna sözleşmesinde sözleşmenin taraflarından olan, bu işle sürekli meşgul olan, hatta bunu büyük ölçekli şirketler seviyesinde yapan müteahhit karşısında, belki de ilk ve son defa bir eser yaptırabilen ve bu konularda tecrübe sahibi olmayan iş sahibinin, müteahhit tarafından bu konuda bilgilendirilmesi, kanunun getirdiği ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk düzeninin mantığına daha uygun olacaktır.

---

<sup>614</sup> TANDOĞAN, s.210; EREN, s.79.

<sup>615</sup> TANDOĞAN, s.211.

<sup>616</sup> EREN, s. 80.

<sup>617</sup> SELİÇİ, s.194; EREN, s.81.

<sup>618</sup> UÇAR, s.240; TANDOĞAN, s.211.

Müteahhidin üzerine düşen uyarı yükümlülüğü, herhangi bir şekle bağlı tutulmamıştır. Bu uyarının sözlü veya yazılı şekilde yapılması mümkündür<sup>619</sup>. Ancak ispat kolaylığı açısından uyarının yazılı veya resmî şekilde yapılması yerinde olacaktır. Pek tabi ki bu konuda taraflar, aralarında belli bir şekil şartı konusunda anlaşma da yapabilirler. Fakat bu konuda, BİGŞ. m. 11 ve 13 hükümleriyle, bu şartnameye tabi işlerde şekil şartı konulmuştur. Buna göre müteahhit, kendisine verilen talimatın sözleşmeye veya tekniğe aykırı olduğu kanaatinde ise, talimat tarihinden itibaren on beş gün içinde idareye yazılı olarak bildirmek zorundadır.

İş sahibinin talimatı ile eserin ayıplı olabileceğini iş sahibine bildirerek uyarı yükümlülüğünü yerine getiren müteahhidin, iş sahibinden gelecek cevabı bir süre beklemesi gerekir. İş sahibi verdiği talimatta ısrar ederse müteahhit, eserin ayıplı olmasından dolayı sorumluluktan kurtulacaktır<sup>620</sup>. Müteahhidin, uzmanlığı gereği değerlendirme kapasitesinin dışında olan hallerde iş sahibinin talimatları için, kendisini uyarı yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle müteahhit, iş sahibinin talimatının yanlışlığını bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa, iş sahibini uyarıya dahi ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumlu olmayacaktır<sup>621</sup>. Aynı şekilde iş sahibi talimat verdiği konuda uzman ise, kural olarak müteahhidin talimat hakkında iş sahibini uyarı yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>622</sup>. Burada ispat yükü müteahhide ait bulunmaktadır. Müteahhit, ayıbın iş sahibine yüklenebilecek bir durumdan kaynaklandığını ve uyarı yükümlülüğünü yerine getirdiğini veya uyarı yükümlülüğü bulunmadığını ispat etmek zorundadır<sup>623</sup>.

#### **2.5.4.1.2. Eserin Ayıplı Olmasının İş Sahibinin Sağladığı Malzeme veya Arsanın Ayıbından Doğması**

Eserdeki ayıbın iş sahibine yüklenebildiği ve düzenlemesini BK. m. 357/f.3'de bulan, ayıbın, iş sahibi tarafından verilen malzemedan veya arsadan doğması hali de ayıplı eserden dolayı müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu sona erdirmektedir. Bu

---

<sup>619</sup> TANDOĞAN, s.221.

<sup>620</sup> UÇAR, s. 241.

<sup>621</sup> ÖZ, s.111; TANDOĞAN, s.213-214.

<sup>622</sup> UÇAR, s.241.

<sup>623</sup> SELİÇİ, s.198.

durumda eserdeki ayıp, iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsanın<sup>624</sup> ayıplı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak müteahhidin, meydana gelen ayıplı eserden dolayı ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için, ayıbın iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsadan kaynaklanması yeterli değildir. Bunun yanında ayrıca, müteahhidin arsayı ve malzemeleri kontrol ve bunların elverişsizliğini iş sahibine bildirmesi gerekir. Başka bir deyişle, burada da müteahhidin uyarma yükümlülüğü vardır<sup>625</sup>. Müteahhit bu uyarma yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluktan kurtulamayacaktır.

#### 2.5.4.2. İş Sahibinin Eseri Kabul Etmesi

BK. m. 362<sup>626</sup> ile, iş sahibinin ayıplı eseri açık veya örtülü bir şekilde kabul etmesi ile, müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğunun sona ereceği kabul edilmiştir.

Kabul beyanı, eserin teslimi ile karıştırılmamalıdır<sup>627</sup>. Çünkü eserin teslimi, sözleşmenin yerine getirilmesi amacıyla müteahhidin, eseri iş sahibinin emrine vermesi ve onun üzerinde dolaysız hâkimiyetini sağlayarak, kullanımına bırakmasıdır<sup>628</sup>. Buna karşılık kabul, iş sahibinin teslim edilmiş ayıplı eserin sözleşmeye uygun olduğunu beyan ederek, eser ayıplı olsa bile, müteahhidin hukuken borcunu ifa ettiğini açıklamasıdır<sup>629</sup>.

---

<sup>624</sup> Örneğin, iş sahibinin gösterdiği arsanın zemin olarak binanın yapımına elverişli olmaması, bunun sonucunda da binanın temel duvarlarının çökmesi, gösterilen arsanın esere elverişsiz olması gibi.

<sup>625</sup> TANDOĞAN, s.215; ÖZ (Dönme), s.111.

<sup>626</sup> BK. m. 362: “Yapılan şeyin sarahaten veya zımnen kabulünü müteakıp mütaahhit, her türlü mesuliyetten beri olur. Ancak mütaahhidin kasten sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahade edilemeyecek olan kusurlar hakkında, mesuliyeti bakidir.

*Eğer iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal ederse zımnen kabul etmiş sayılır. Yapılan şeydeki kusur, sonradan meydana çıkarsa iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti mütaahhide haber vermeğe mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi kabul etmiş sayılır.”*

<sup>627</sup> Yarg. 15. HD. 15.06.1992 tarihli ve 1992/3006 E., 1992/3087 K. sayılı ilâmı: “... Eserin niteliğine ve sayılan ayıplara göre davanın açılmasında geç kalındığı iddia edilemeyeceği gibi(BK. mad. 359) ‘eserin teslimi’ ile ‘eserin kabulü’ de eş anlamlı değildir.” MEŞE (erişim, 12.02.2010)

<sup>628</sup> TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1012.

<sup>629</sup> ÖZ, s. 119.

İş sahibi, kabul beyanından tek taraflı olarak geri dönemez<sup>630</sup>. Ancak iş sahibi önceden kabul beyanında bulunurken, ihtirazî kayıt koyarak, eserdeki ayıpların giderilmesi şartıyla eseri kabul edebilir<sup>631</sup>.

Açık ayıpların varlığı halinde, iş sahibi eseri kabul ederse, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder. Bu kabul açık veya örtülü<sup>632</sup> bir şekilde olabilir. BK. m. 362/f.2'ye göre, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için yerine getirmesi gereken muayene ve ihbar yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması hali de eserin örtülü olarak kabul edildiği anlamına gelmektedir.

İş sahibi açık nitelikte ayıplı olan eseri kabul etmekle, ayıp sonucu ortaya çıkan zararının giderilmesini isteme hakkını da kaybetmektedir. Ancak, teslimin gecikmesinden dolayı genel hükümlere göre tazminat isteme gibi ayıba ilişkin olmayan haklarının bu kabulden etkilenmeyeceği, bu hakların düşmemesi nedeniyle talep edilebileceği kabul edilmektedir<sup>633</sup>. Bununla birlikte iş sahibi, kendisine teslim edilen ayıplı eseri, ayıba ilişkin haklarını saklı tutmak suretiyle şartlı olarak kabul ederse, müteahhidin sorumluluğu devam edecektir. Bir inşaat sözleşmesinde, inşaat sahibinin, inşaatta belirttiği düzeltmelerin yapılması kaydıyla eseri kabul etmesi durumu buna örnek olarak gösterilebilir. Bu halde, düzeltmeler yapılmadığı sürece şart yerine getirilmiş olmayacağından, eser kabul edilmiş sayılmaz ve iş sahibinin hakları da bu şartlı kabulden etkilenmez.

Borçlar Kanunu, eserin kabulünün ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ortadan kaldırıcı etkisini sadece açık ayıplar için kabul etmiştir. Gizli ayıpların varlığı halinde eserin kabulü farklı düzenlenmiştir.

---

<sup>630</sup> TANDOĞAN, s. 217, ÖZ, s. 119.

<sup>631</sup> TANDOĞAN, s. 218, Ayrıca Yarg. 15. HD. 15.5.1980 tarihli 1980/780 E., 1980/1280 K. sayılı ilâmı: *“İstisna akdi kalorifer bacasına konması gereken kurum tutucu ile ilgilidir. Ayıplar gözle görülebilecek nitelikte ayıplar olup, davacı teslim sırasında bu yönden bir hak saklı tutmamıştır. Dava dilekçesine ileri sürüldüğü gibi davalının bu eksiklikleri tamamlayacağı sözleri üzerine teslim alındığı iddiası geçerli kanıtlarla ispat edilememiştir.”* MEŞE (erişim, 12.02.2010)

<sup>632</sup> Örneğin, iş sahibinin eserdeki ayıpları bilmesine rağmen, bu ayıplara ilişkin hakkını saklı tutmaksızın eseri kabul etmesi veya onu kullanması, eserin örtülü olarak kabulü anlamına gelir. TUNÇOMAĞ (Özel), s. 1021.

<sup>633</sup> ÖZ, s.119, dn. 172; TANDOĞAN, s.218; SELİÇİ, s.200-201.

Gizli ayıpların eserde mevcut olduğu tespit edilirse, bu durum derhal müteahhide bildirilmelidir. İş sahibi bu bildirim yapmazsa, kanun maddesinin açık anlatımı gereği eseri kabul etmiş sayılır ve ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder<sup>634</sup>. Hal böyle olmakla birlikte, BK. m. 362/f.1 hükmü, iş sahibinin kabulü ile ayıba karşı tekeffülden doğan hakların ortadan kalkmasına bir sınırlama getirmiştir. Buna göre, müteahhidin kasten sakladığı gizli ayıplar hakkında kendisinin sorumluluğu devam etmektedir.

Kasten saklanan ayıpların tespiti halinde bu durumun, iş sahibi tarafından müteahhide bildirilmesinin gerekip gerekmeyeceği konusunda Yargıtay, hem gizli ayıpları, hem de müteahhidin kasten saklamış olduğu ayıpları aynı biçimde değerlendirmekte, her iki durumun ortaya çıkması halinde, iş sahibinin müteahhide bildirimde bulunmadığı hallerin, eserin örtülü olarak kabul edilmiş sayılacağı sonucunu doğuracağını kabul etmektedir<sup>635</sup>.

#### 2.5.4.3. Ayıba İlişkin Sorumluluğun Zamanaşımına Uğraması

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresi BK. m. 363'de<sup>636</sup> düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, gayrimenkule ilişkin durumlar hariç, istisna sözleşmeleri için özel zamanaşımı süreleri öngörülmemiş, satım sözleşmesinde alıcının ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının tâbi olduğu zamanaşımı sürelerine atıfta bulunulmakla yetinilmiştir<sup>637</sup>. BK. m. 363, sadece satım sözleşmesi ile ilgili olarak BK. m. 207'ye atıf yapmakla kalmamakta, aynı zamanda

<sup>634</sup> Yarg. 15. HD. 29.1.1979 tarihli ve 1979/71 E., 1971/134 K. sayılı ilâmı: “Yapılan şeydeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi durumu öğrenir öğrenmez, ayıplı işi yükleniciye bildirmesi gerekir. Aksi halde iş sahibi eseri olduğu gibi kabul etmiş sayılır.” MEŞE (erişim, 12.02.2010).

<sup>635</sup> Yarg. 15. HD. 22.5.1980 tarihli ve 1980/871 E., 1980/1336 K. sayılı ilâmı: “Taraflar arasında bina yapımına ilişkin istisna akdi vardır. Davacı ayıplı işler dolayısıyla nesafet farkı istemektedir.... yapılan şeyin açıkça veya üstü kapalıca kabulünden sonra her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Ancak, yüklenicinin kasten sakladığı bozukluklarla, usulüne göre yapılacak gözden geçirmede görülemeyecek bozukluklar hakkında sorumluluğu devam eder. Yapılan şeydeki bozukluk sonradan meydana çıkarsa, iş sahibi bunu öğrenir öğrenmez durumu yükleniciye bildirmeye zorunlu olup, aksi halde eseri kabul etmiş sayılır”. MEŞE (erişim, 12.02.2010)

<sup>636</sup> BK'nın 363. maddesi: “Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir. Fakat gayrimenkul inşaat müteahhidi kusurlardan dolayı iş sahibinin müteahhide ve inşaatı iştirak eyliyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir.”

<sup>637</sup> Satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ (Satıcı), s. 155 vd.

tarafklar tacir ise TTK. m. 25/f.4’de de bu atfı genişletmekte, böylece, tarafları tacir olan istisna sözleşmelerinde, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı da teslimden itibaren altı ay olarak kabul edilmektedir<sup>638</sup>. Sonuç olarak, satım sözleşmesinden kaynaklanan ve taşınırlara uygulanması gereken bir yıl (BK. m. 207), taşınmazlara<sup>639</sup> ilişkin beş yıl<sup>640</sup> (BK. m. 363/f.2 ve. m. 215/f. son), ve tacirlere ilişkin altı ay (TTK. m. 25/f.4) olmak üzere üç farklı zamanaşımı ortaya çıkmaktadır<sup>641</sup>.

İş sahibinin nezdinde yapılan tamirlerde ve eserin maddî olmayan bir sonuçtan ibaret olduğu hallerde, fiilen bir teslim söz konusu olmadığından, zamanaşımı işin bitimi tarihinden hesaplanmalıdır. Eğer ayıp, müteahhit tarafından kasten gizlenir ise, bu halde bu üç zamanaşımından hiçbirisi göz önünde bulundurulmaz, BK. m. 207/f.3’e kıyasen, böyle bir durumda on yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmektedir<sup>642</sup>.

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin haklarını kullanmasının tâbi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin düzenleme sadece, BK. m. 363’de yer almamaktadır. Bu düzenlemenin yanında, farklı bir durum ortaya çıkaran BK. m. 126’e eklenen dördüncü bent<sup>643</sup>, istisna sözleşmesindeki zamanaşımı süresi konusunda tereddüt yaşanmasına yol açmıştır. Getirilen “*müteahhidin kasıd veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar*” bendi ile beş yıllık zamanaşımı süresi tayin edilmiştir. Bu bendin getirilmesi ile BK. m. 363’ün uygulanırlılığı ile ilgili doktrinde ve uygulamada tereddütler doğmuştur.

---

<sup>638</sup> TANDOĞAN, Haluk, İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı, Batider, 1982/3, s.2; AYAN, Ali, İstisna Akdinde Zamanaşımı, Adalet Dergisi, 1987/3, s.70.

<sup>639</sup> Öğretide yapılan tanıma göre BK. m. 363/f.2 anlamında eser, malzeme ve emek kullanılarak arza doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde bağlı olarak meydana getirilen taşınmaz şeylerdir. Bkz. ŞENOCAK, s.236; SELİÇİ, s.208-209.

<sup>640</sup> Taşınmazlar bakımından beş yıllık sürenin kabul edilmesinde, taşınmaz inşaatın gerekli dayanıklılığı taşıyıp taşımadığının anlaşılması için bir yıllık zamanaşımı süresinin yetmeyeceği düşüncesi etkili olmuştur. Bkz. UÇAR, s. 267.

<sup>641</sup> UÇAR, s.264; YAVUZ, s.527.

<sup>642</sup> TANDOĞAN (Zamanaşımı), s. 4; YAVUZ, s.527.

<sup>643</sup> Bkz. TTK’nın Mer’iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun’un 41. maddesi ile getirilen değişiklik.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre<sup>644</sup>, BK. m. 126/f.4'ün getirilmesiyle, m. 363'ün m. 207'ye yaptığı atıf artık ortadan kalkmıştır. Böylece, imâl edilen eserin taşınmaz eser olup olmadığıyla ilgilenilmeksizin ayıba karşı tekeffülden doğan haklar eserin tesliminden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutulmuş ve artık taşınmaz inşaat niteliğinde olmayan eserler bakımından da bir yıllık zamanaşımı süresinin bir önemi kalmamıştır. Buna göre, BK. m. 363'ün, BK. m. 207'ye yaptığı atıf nedeniyle ortaya çıkan bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanmayacak, BK. m. 126/f.4'deki beş yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. Bununla birlikte, BK. m. 126/f.4'de açıkça beş yıllık zamanaşımı süresi dışında kalacağı belirtilen “...müteahhidin kasıd veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar”, BK. m. 125'deki on yıllık genel zamanaşımı süresine tabi olacaktır.

BK. m. 126/f.4'ün, BK. m. 363/f.1 hükmünü ilga etmediğini savunan diğer bir görüşe göre<sup>645</sup>, BK. m. 363, BK. m. 126/f.4 karşısında özel bir hüküm niteliğinde olduğundan, öncelikle uygulanması gerekir. BK. m. 126/f.4, BK. m. 363'ü kaldırmamıştır, aksine onu saklı tutarak öncelikle uygulanmasını sağlamıştır. Bunun yanında, BK. m. 126/4'ün amacı, fazla uzun olan bazı zamanaşımı sürelerini kısaltmaktır. Böylece, ayıplı malzeme kullanma veya ayıplı iş meydana getirme ağır kusura dayansa bile, bu konuda özel hüküm olan BK. m. 363/1'in atfıyla, BK. m. 207/1 ve onun öngördüğü bir yıllık, müteahhidin ayıbı kasden gizlemesi durumunda ise BK. m. 125 değil, BK. m. 207/f.3 hükmü uyarınca on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. BK. m. 126/f.4'ün maddesinde öngörülen beş yıllık zamanaşımı süresi ise, ancak, müteahhidin iş sahibine karşı olan alacakları, özellikle ücret alacağı ve eserde ayıp şeklinde kendini göstermeyen sözleşmeye aykırı hafif kusurlu davranışlarından dolayı iş sahibinin ona karşı ileri süreceği tazminat alacakları için uygulanmalıdır.

---

<sup>644</sup> KARAHASAN, Mustafa R., Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1975, s. 1099-1100; TUTUMLU, Mehmet Akif, Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 2. Bası, Ankara 2001, s. 43; ÇELİK, Ahmet Çelik, Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, İstanbul 2004, s. 52.

<sup>645</sup> TANDOĞAN, s.229 vd.; SELİÇİ, s.205; ÖZ, s.133-134; YAVUZ, s.528; ARAL, s.364 vd.; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.363-364; UÇAR, s.271, ŞENOCAK, s.232.



Bu tartışmalı konuda, Yargıtay, birinci görüşü destekler mahiyette kararlar<sup>646</sup> vermiş ise de, Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararı ile<sup>647</sup>, açıkça BK. m. 126/f.4'ün BK. m. 363'ü ilga ettiğini kabul eden bir irade ortaya koymuştur.

<sup>646</sup> Yarg. 15. HD. 31.5.1988 tarihli ve 1988/3687E., 1988/2136K. sayılı ilâmı; Ayrıca Yarg. 15. HD. 18.4.1985 tarihli ve 1985/3740E., 1985/1315K. sayılı ilâmı için bkz. MEŞE (erişim, 14.12.2009)

<sup>647</sup> Yarg. HGK'nun 31.10.1995 tarihli ve 1995/12066E, 1995/14247K. sayılı ilâmı için bkz. YAVUZ, s.529: "Özel daire ile yerel mahkeme arasındaki uyumsuzluk, davada BK'nun 363/1. maddesi yollamasıyla aynı kanunun 207/1. maddesindeki bir yıllık ve TTK'nın 24/4. maddesinde altı aylık zamanaşımı süresinin mi, yoksa BK'nın 126/4. maddesindeki beş yıllık zamanaşımı süresinin mi uygulanacağı noktasında toplanmaktadır.BK'nın 363/1. maddesinde, yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu hakların, alıcının haklarının tabi olduğu zamanaşımına bağlı olduğu açıklanmış; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise gayrimenkul inşaatla ait kusurlardan dolayı iş sahibinin yükleniciye ve inşaatla iştirak eden mimar ve mühendise karşı açacağı davanın , teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımına tabi olduğu hükme bağlanmıştır. Bu madde, eser sözleşmelerinde yapılan şeyin kusurlu, diğer bir ifadeyle ayıplı olmasından dolayı iş sahibinin yükleniciye karşı açacağı davaların zamanaşımı süresini göstermektedir. Maddenin ikinci fıkrası taşınmaz inşaatla ilgili olduğundan birinci fıkrasının taşınır mallarla ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Birinci fıkranın gönderme yaptığı BK'nın 207/1. maddesinde taşınır malların satımında ayıba karşı tekeffülden dolayı açılacak her türlü davanın, teslim tarihinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacağı hükmü yer almıştır. Aynı maddenin son fıkrasında, satıcı, alıcıyı iğfal etmişse bir yıllık zamanaşımından yararlanamayacağı açıklanmıştır. TTK'nın 25/4. Maddesinde de, BK'nın 207. maddesindeki zamanaşımı süresinin tacirler arasındaki ticari satışlarda altı ay olduğu hükmüne yer verilmiştir.BK'nın 126. maddesine 4. fıkraya eklenmeden önce, eser sözleşmelerinde, yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin yükleniciye karşı açacağı davaların zamanaşımı hakkında BK'nın yukarıda açıklanan 363. Maddesi ve dolayısıyla BK'nın 207. maddesi ile TTK'nın 25/4. maddesi hükümleri, eser sözleşmelerinden dolayı açılacak diğer davaların zamanaşımı süresi hakkında da BK'nın 125. maddesi hükmü uygulanmakta idi.

1.1.1957 tarihinde yürürlüğe giren 29.6.1956 günlü ve 6763 sayılı "Türk Ticaret Kanununun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanunu"nun 41. maddesi ile BK'nın 126. Maddesine eklenen 4. fıkra ise, "...müteahhidin kasid veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar" beş yıllık zamanaşımı süresine bağlanmıştır. Bu fıkra "istisna akdinden doğan bütün davalar" denildiği için, artık BK'nın 363. maddesinin uygulanma olanağı kalmamıştır. Müteahhidin kast veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış yahut ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar bu fıkra hükmünden hariç tutulmakla, bu gibi davaların BK'nın 125. maddesindeki on yıllık zamanaşımına tabi tutulması istenmiştir.

Böylece eser sözleşmesinden dolayı açılacak davalar, yüklenicinin kasid veya ağır kusuru bulunması halinde on yıl, diğer hallerde beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. BK'nın 126/4. maddesi, ayıplı işlerden dolayı açılacak davaları da, kapsamına aldığından, 1.1.1957 tarihinden itibaren BK'nın 363 ve dolayısıyla BK'nın 207 ve TTK'nın 25/4. maddelerinin uygulanması mümkün değildir.

Kanun metninin, yorumu gerektirmeyecek bir şekilde açık olması halinde, yasama çalışmalarında geçen sözlere bakılarak, kanun metnine aykırı düşecek bir yoruma başvurulamaz. BK'nın 126. maddesine 4. fıkraya eklenmesi TBMM Adliye Encümeninde kabul edilmiştir. Adliye Encümeni raporunda; şirket, vekalet, komisyon, acentalık, tellallık ve eser sözleşmelerinden doğan davaların on yıllık uzun bir zamanaşımına tabi olmasının doğru olmadığı belirtilerek, bu gibi davaların beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmasının doğru olacağı benimsenmiştir. TBMM Genel Kurulunda da, bu madde, üzerinde müzakere açılmadan kabul edilmiştir.

Adliye Encümeni raporundaki sözlere bakılarak, eser sözleşmelerindeki on yıllık zamanaşımı süresinin beş yıla indirildiği, BK'nın 363. maddesindeki bir ve beş yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanmasına devam edilmesi gerektiği yolundaki bir görüş, BK'nın 126/4. maddesindeki "istisna akdinden doğan bütün davalar" şeklindeki açık kanun hükmüne aykırı olduğu gibi, bu fıkradan hariç tutulan kast veya ağır kusurla ayıplı eser meydana getirilmesi halinde on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasını öngören hüküm ile de bağdaşmaz.

Kanaatimizce, ikinci görüşü benimsemek, hakkaniyete ve iş hayatının gereklerine daha uygun düşmektedir. Aslında BK. m. 126'ya eklenen dördüncü bent, BK. m. 362'ü yürürlükten kaldırmamaktadır. Nitekim madde metninde bu husus, ayıptan doğan davaların hariç tutulmasıyla açıkça ifade edilmiştir. Madde hükmüne göre bu davalar ayrı tutulduğuna göre adı geçen davalar için getirilmiş olan hükümlerin özel ve öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. BK. m. 126/f.4'ün getirilmesindeki temel amaç, taşınmazlar dışında kalan eserler bakımından alacağın vaktinde istenmesini ve bunlara ilişkin davaların bir an önce görülmesini sağlamaktır. Kanun koyucu, BK. m. 126/f.4'ü getirerek, taşınır eserler bakımından zaten kısa olan bir yıllık ve altı aylık zamanaşımı sürelerini beş yıla çıkarmak değil, iş hayatının gereklerine uymayan ve oldukça uzun bulunan on yıllık zamanaşımı süresini beş yıla indirmek amacını yerine getirmeye çalışmıştır<sup>648</sup>. Bu sonuca göre, müteahhidin kast veya ağır kusuru bulunması halinde on yıl, diğer hallerde beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır<sup>649</sup>. Bu beş yıllık süre, müteahhide karşı olan alacakları, özellikle ücret alacağı için, sonra da eserde ayıp şeklinde kendini göstermeyen sözleşmeye aykırı hafif kusurlu davranışlardan dolayı iş sahibinin müteahhide karşı ileri sürebileceği tazminat alacakları için uygulanmalıdır.

Zamanaşımı süreleri, BK. m. 125 ve 126'daki beş ve on yıllık süreler olarak kabul edilmesi halinde, taraflar sözleşme ile zamanaşımı sürelerinde değişiklik yapamayacaklardır. Buna karşılık eğer BK. m. 363'deki bir yıl, altı ay ve beş yıllık süreler kabul edilecek olursa, bu halde taraflar anlaşma ile bu süreleri uzatma veya kısaltma imkânına sahiptirler<sup>650</sup>. Diğer taraftan birinci görüşün benimsenmesi halinde ortaya çıkan diğer bir sonuç, TTK. m. 25/f.4 hükmüne yer olmayacağıdır. Halbuki, BK. m. 363'ün yollamanın kalkmadığı görüşü benimsenirse, TTK. m. 25/f.4, uygulanmaya devam edecektir.

---

*Somut olayda, yüklenicinin kast veya ağır kusuru ileri sürülmediğinden BK'nın 126/4. maddesindeki beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Bu itibarla dava, teslim tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresi geçmeden açıldığı için esasının incelenmesi gereğine işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca benimsenen özel daire bozma ilamına uyulması gerekir."*

<sup>648</sup> UÇAR, s.271.

<sup>649</sup> Zaten, taşınır mal ve hizmet satımını konu edinen ve dolayısıyla tüketim amaçlı istisna sözleşmelerini de kapsayan 4077 sayılı kanunda da bu tür mallardaki ayıplar için 5 yıl değil, 2 yıl gibi kısa bir zaman süresi öngörülmüştür. Bkz. UÇAR, s.271-272.

<sup>650</sup> TANDOĞAN (ZAMANAŞIMI), s. 5.

Zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlayacağı anın başlangıcı, teslim ile belirlenir. Ancak buradaki teslim, eserin iş sahibi tarafından kabulü ile karıştırılmamalıdır<sup>651</sup>.

Zamanaşımı süresinin dolduktan sonra iş sahibi, ayıplı eserden doğan haklarını müteahhide karşı ileri sürerse, müteahhidin BK. m. 140 gereğince, zamanaşımı süresinin geçtiğini ileri sürmesi gerekecektir. Zira hâkim, zamanaşımı süresinin geçtiğini re'sen göz önünde tutamaz.

İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının tâbi olduğu sürelerin zamanaşımı mahiyetinde olduğu kabul edildiğinden, BK. zamanaşımı sürelerinin durmasına (BK. m. 132) ve kesilmesine (BK. m. 133) ilişkin hükümleri kıyasen bu süreler hakkında da uygulama alanı bulur<sup>652</sup>.

Konu Tasarının 478. maddesiyle ele alınmıştır. Buna göre, *"yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar"*

DİK. m. 87, kapsamına giren işlerde zamanaşımı süresini şu şekilde düzenlemiştir: *"Gayrimenkullerin yapım ve onarımlarında kesin kabul tarihinden itibaren beş yıl içinde malzemenin hileli olmasından veya yapım ve onarımın teknik icaplara uygun olarak yapılmamışından ortaya çıkan zarar ve ziyan, Borçlar Kanununun 360 inci maddesi gereğince ve 363 üncü maddesindeki sürede müteahhide ikmal ve tazmin ettirilir. İdareler beş yıllık sürede ortaya çıkacak zarar ve noksanları tespit ile gereğinin yapılması için durumu ilgili mercilere bildirmekle ödevlidirler. İşin nezareti kendisine tevdi edilen mühendis, mimar ve memurlar hakkında da ayrıca bu Kanunun 86 ncı maddesi (ceza koğuşturması ve zararın tazmin ettirilmesi) uygulanır"*.

---

<sup>651</sup> SELİÇİ, s. 203.

<sup>652</sup> ÖZ (Dönme), s. 119, TUNÇOMAĞ (ÖBİ), s.1038.

## 2.6. MÜTEAHHİDİN ŞAHSINDAN DOĞAN İMKÂNSIZLIK ÜZERİNE AKDİN FESHİ

### 2.6.1. Müteahhidin Ölümü

BK. m. 371 hükmüne göre müteahhidin şahsı nazara alınarak sözleşme yapılmışsa, müteahhidin ölümü ile sözleşme sona erer. Örneğin bir terzinin, ressamın, kuyumcunun şahsi becerileri, yetenekleri dolayısıyla sözleşme yapılmışsa, müteahhidin ölümü ile istisna sözleşmesi sona erecektir<sup>653</sup>.

Ancak, iş sahibinin ölümü inşaat sözleşmesini sona erdirmez, iş sahibinin mirasçıları sözleşmenin tarafı haline gelir ve iş sahibinin haklarına ve borçlarına halef olur<sup>654</sup>. Bu nedenle BK. m. 371 hükmünün inşaat sözleşmeleri bakımından uygulanması pek mümkün olmaz<sup>655</sup>.

İnşaat sözleşmeleri bakımından, ölüm sebebiyle sözleşmenin sona ermesi ancak gerçek kişi müteahhitler bakımından söz konusu olabilir.

Müteahhitlik şirketinin ortağının veya yöneticisinin ölümü ise, bu kişi inşaat sözleşmesine şahsen taraf olmadığından kural olarak sözleşmeyi sona erdirmez. İstisnai olarak, iş sahibi sözleşmeyi başlıca bu kişinin varlığını dikkate alarak yapmışsa ve bunu müteahhit de sözleşme yapılırken anlayacak durumda ise, kıyasen bu durumda da

---

<sup>653</sup> TANDOĞAN, s.332.

<sup>654</sup> KOSTAKOĞLU, s.742; ÖZ (İnşaat), s.196.

<sup>655</sup> YHGK. 1.11.1995 15-652/900 “Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacıların murisi ile davalı arasında yapılan 11.2.1993 tarihli arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. B.K. 371. maddesine göre, istisna sözleşmelerinde yüklenicinin ölümü halinde, sözleşme yüklenicinin kişiliği nazara alınmışsa sözleşme münfesi olur. Oysa somut olayda, yüklenici normal bir apartman inşaatı işini yüklenmiş olup bu işin yerine getirilmesi özel veya üstün bir beceriyi gerektirmediğinden, ölümü, sözleşmenin sona ermesini gerektirmez. Öte yandan, sözleşmede yüklenicinin ölümü halinde, sözleşmenin son bulacağı hususunda bir hüküm de yer almamıştır.”; Yarg.15.HD. 22.4.1993 1866/1907; “Öte yandan mahkemece davalılardan müteahhidin öldüğü, bu durumda BK.nun 371. maddesi uyarınca akdin sona erdiği gerekçesinde de isabet yoktur. Anılan maddeye göre inşaat sözleşmesinin sona ermesi, akdin müteahhidin şahsı ve özel yetenekleri dikkate alınarak yapılmış olmasına bağlıdır. Oysa, olay bir inşaat yapımından ibaret olup sözleşme yüklenicinin şahsı nazara alınarak akdedilmiş değildir. Yüklenicinin mirasçılarının bizzat ya da bir başkası eliyle inşaatı yapması da imkan dahilinde olduğundan olayda BK.nun 371. maddesinin tatbiki mümkün değildir.” Yarg. 15. HD. 12.11.1990 1503/4707, MEŞE (erişim, 23.09.2009)

sözleşmenin sona ereceği savunulabilir<sup>656</sup>. Örneğin müteahhit şirketin ortaklarından birinin işsahibine karşı şirkete şahsen kefil olması halinde ortağın kişisel niteliğinin ön planda olduğu sonucunu çıkarabiliriz. Hatta **ÖZ**, kişisel nitelikleri ön planda olan şirket ortağının ölmeyip de şirketten ayrılması durumunda bile ölüme kıyasen sözleşmenin sona ermesinin mümkün olduğunu belirtmektedir<sup>657</sup>.

Müteahhidin ölümü ile taraflar arasındaki istisna sözleşmesi kendiliğinden (kanun gereği) sona erer ve ayrıca fesih gerekmez. Bu gibi durumlarda, yapılan kısmın kullanılması mümkünse, sözleşmedeki bedel müteahhidin mirasçılara yaptığı kısım oranında ödenir.

DİK.'na tabi işlerde bu kanunun m.67-70 hükümleri ile ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. DİK. m. 67 ile *“Müteahhit veya müşterinin ölümü halinde, yapılmış olan işler tasfiye edilerek kesin teminatı ve varsa sair alacakları varislerine verilir. Ancak, idare varislerden istekli olanlara, ölüm tarihinden itibaren 30 gün içinde kesin teminat verilmesi şartıyla sözleşmeyi devredebilir.”* hükmü getirilmiştir. Görüldüğü üzere DİK. m. 67 varislere, teminat karşılığında işe devam etme imkanı sağlamaktadır.

KİK.'na tabi işlerde ise KİŞK. m.17-19 hükümleri ile DİK.'na paralel, gerek tek müteahhit gerekse ortak iş alan müteahhitler bakımından, ölüm, ehliyetsizlik ve benzer bazı durumlar için ayrıntılı ve özel düzenlemeler getirmiştir.

## **2.6.2. Müteahhidin Aczi**

BK. m. 82'ye göre: iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri borcunu ödemekten aciz kalır, özellikle iflas veya aleyhindeki haczin neticesiz kalması sebebi ile diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, bu taraf, lehindeki borcun ifası temin edilinceye kadar kendisine düşen borcun ifasından kaçınabilir ve talebi üzerine uygun bir süre içinde teminat verilmez ise sözleşmeyi feshedebilir.

---

<sup>656</sup> ÖZ (İnşaat), s.196.

<sup>657</sup> ÖZ (İnşaat), s.196. Adi ortaklıklar bakımından da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Nitekim DİK. m.70'e göre pilot firmanın iflası (gerçek kişi olması halinde ölümü) halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir. Ancak idarenin uygun görmesi halinde sözleşmenin yenilenip işe devam edilebileceği düzenlenmiştir.

BK. m. 371/1'de de müteahhidin aczi halinde sözleşmenin feshi söz konusudur. Ancak bu hüküm, metninden de anlaşılacağı üzere, müteahhidin kişisel niteliklerinin dikkate alındığı sözleşmeler bakımından uygulanacaktır. Oysa BK. m. 82 nin uygulanması için müteahhidin kişisel nitelikleri dikkate alınarak sözleşmenin yapılmış olması şart değildir. Ayrıca BK. m. 371/1 sadece ekonomik anlamda aczi değil, müteahhidin ehliyetini yitirmesi, akıl hastalığına tutulması gibi tüm acz hallerini kapsamaktadır. Müteahhidin iflası açıkça madde metninde yer almasa da, m. 371/1'deki acz hallerinden biri olduğu kabul edilmelidir. İİK. m. 224 hükmünce müflisin alacaklıları tarafından yapılan toplantıda, müflisin sözleşme ile yüklendiği işe devam etmemesi hususunda alınacak karar üzerine BK. m. 371/1'deki aciz hali ortaya çıkar.

BK. m. 371/1 açısından esas üzerinde durulması gereken nokta, bu madde ile müteahhidin geçici olarak aczi değil, hiçbir zaman işi yapamayacak hale gelmesinin düzenlenmiş olmasıdır, dolayısıyla artık sözleşme doğrudan fesholacaktır<sup>658</sup>.

### **2.6.3. Müteahhidin Ölümü Veya Aczi Halinde Feshin Hukuki Sonuçları**

BK. m. 371/1'e göre, işin bitirilmesi müteahhidin ölümü veya kusuru olmaksızın işi yapmaktan aciz kalması yüzünden mümkün olamazsa, müteahhidin kişisel nitelikleri göz önünde tutularak yapılan istisna akdi münfesihi olur.

Bu halde, eserin bitmiş kısmının kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur. Burada yapılan işin bedelinin ileriye etkili fesih hükümlerine göre belirlenmesi gerekir. Verilecek bedel de, eserin bitmiş kısmının değeriyle tamamlanmış olsaydı taşıyacağı değer arasındaki orantıya göre, böyle bir orantı kurmak kabil değilse BK. md. 366 uyarınca yapılan işin değerine ve masraflarına göre tayin edilmelidir<sup>659</sup>.

---

<sup>658</sup> ÖZ (İnşaat), s.123.

<sup>659</sup> TANDOĞAN, s.170.

## SONUÇ

İstisna sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği, tam iki tarafa borç yükleyen rızâî bir sözleşmedir.

Borçlar Kanununda tanımlanmayan eser kavramının içeriğine nelerin girdiği hususu, doktrin ve uygulamada tartışmalı olmakla birlikte, eser kavramının içeriğini, sadece eşyayı biçimlendiren ve değiştiren durumlara mahsus kılma ve yalnızca maddi varlığı olan şeylerle sınırlandırmak doğru değildir. Maddi olmayan varlıkların da, maddi bir varlıkta somutlaşmaları, bağımsız bir hukuki varlığa sahip olmaları ve iktisadi bir değer taşımaları koşuluyla eser olarak kabul edilmesi gerekir.

İstisna sözleşmesinin ifa anı, eserin müteahhit tarafından tamamlanması ve iş sahibine teslim anı olduğundan, kural olarak istisna sözleşmesinin, ani edimli bir borç ilişkisi doğurduğu kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay, bazı şartların varlığı halinde iş sahibinin BK. m. 106'nın kendisine sağladığı haklardan biri olan sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda, sözleşmenin ani edimli diğer sözleşmelerde olduğu gibi geriye etkili olarak değil de ileriye etkili olarak sona ermesi gerektiğine hükmetmiştir.

İstisna sözleşmesinin konusuna kamuya ait yapım işleri girebilmektedir. Yapım işlerinin kamu kurum ve kuruluşlarına ait olması durumunda, aradaki hukuksal ilişkinin dayanağı yine istisna sözleşmesi olmakla birlikte, kamu yararı söz konusu olduğundan özel yasalarda birtakım düzenleme yapılmıştır. Bu durumda sözleşme ilişkisi çerçevesinde özel yasalarda hüküm yoksa Borçlar Kanunu Hükümleri uygulanacaktır.

Müteahhit istisna sözleşmesi ile, sözleşmeye uygun olarak eseri meydana getirme ve meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etme borcu altına girer. Sözleşmeye uygun eser meydana getiren müteahhidin, yerine getirmesi gereken bazı yan borçları da mevcuttur. Müteahhidin yerine getirmesi gereken borçlardan en kapsamlısının özen borcu olduğunu söylemek mümkündür. Müteahhidin göstermekle yükümlü olduğu özen hizmet sözleşmesindeki işçinin göstermekle yükümlü olduğu özenden daha ağırdır.

İstisna sözleşmesinde, iş sahibine eser tamamlanmadan veya eserin tesliminden evvel sözleşmeden dönme hakkı verilmiştir. Nitekim istisna sözleşmesi ile müteahhit sadece tamamlanmış eserin teslimini değil onun imalini de borçlanmıştır. Buna göre iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için borcun muaccel olması gerekmez. İş sahibi, işe zamanında başlamaması, sözleşme şartlarına aykırı olarak işi ortada bırakması, işi geciktirmesi veya iş sahibinin kusuru olmaksızın meydana gelen gecikmenin her ihtimalde müteahhidin işi zamanında bitirmesine imkan vermemesi halinde, teslim için belirlenen zaman beklenmeksizin, istisna sözleşmesinden dönülebilir.

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için, öncelikle eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesi ve teslim edilen bu eserin de ayıplı olması gerekir. Eserdeki ayıp, eserin sözleşmede kararlaştırılan vasıflarında olabileceği gibi, eserin lüzumlu vasıflarındaki eksiklik de olabilir. Eserin ayıplı olmasının yanında, iş sahibinin de bu ayıplı eseri kabul etmemiş olması gerekir. Aksi halde müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğu sona erer.

Müteahhidin ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulabilmesi için aranılan şartların sonuncusu, iş sahibinin işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz, eserin tesliminden sonra, ayıplı eseri muayene ve bu durumu herhangi bir şekilde bağlı olmaksızın müteahhide ihbar yükümlülüğünü de yerine getirmesidir.

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılması için gerekli şartların gerçekleşmesi halinde, iş sahibine, sözleşmeden dönme hakları tanınmıştır. Bu hakkın yanında iş sahibine, müteahhidin kusurlu olması halinde, eserdeki ayıpların neden olduğu zararların tazminini isteme hakkı da tanınmıştır.

Sözleşmeden dönme hakkı, iş sahibinin kullanabileceği haklar arasında müteahhit bakımından en ağırı olduğundan, eserin kullanılmayacak veya iş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek durumda olması ya da sözleşmede açıkça belirtilen bazı önemli özellikleri taşınamaması gibi özel şartlar aranmaktadır.



Dönme beyanı ile sözleşme geriye etkili olarak sona erer. Geriye etkiden anlaşılması gereken, henüz yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri bakımından hakkın sona erdiği itirazı ile bu yükümlülükler kendiliğinden sona ermiş sayılacak, yerine getirilmiş sözleşme edimleri ise, istihkak davası ile talep edilecektir. Böylece tarafların karşılıklı alacakları sona erer, daha önce ifade bulunmuşlarsa, geri verme yükümlülükleri doğar.

## KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut Borçlar Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2009
- AKKANAT, Halil Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul 2000
- ALTAŞ, Hüseyin İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK mad. 358), Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006
- ARAL, Fahrettin Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Bası, Ankara 2007
- AYAN, Ali İstisna Akdinde Zamanaşımı, Adalet Dergisi, 1987/3
- AYAN, Serkan İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, İstanbul 2008
- BAYGIN, Cem Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, 1. Bası, İstanbul 1999
- BERKİ, Şakir Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1973
- BİLGE, Necip Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971
- BURCUOĞLU, Haluk Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990
- BUZ, Vedat Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998
- CANBOLAT, Ferhat İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009
- CELAL, Nasır Türk ve Irak Hukukunda Mukayeseli Olarak İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Teslimden Sonraki Ayıplardan Sorumluluğu, Ankara 2005
- ÇALIŞKAN, İbrahim Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 31. Cilt, Ankara 1991
- ÇELİK, Çelik Ahmet Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı, İstanbul 2004
- DAYINLARLI, Kemal İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Hüküm ve Sonuçları, 3. Bası, Ankara 2003 (Temerrüt)

DAYINLARLI, Kemal	Joint Venture Sözleşmesi (doktora tezi), Ankara 1989 (Joint Venture)
EDİS, Seyfullah	Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963
EREN, Fikret	Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, (Yönetici, İşletmeci, ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), Ankara 1996
EREN, Fikret	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008 (Genel)
ERGEZEN, Muaz	İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007
ERMAN, Hasan	Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2007
ERMAN, Hasan	İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. m. 365/2), İstanbul 1979 (Beklenilmeyen Haller)
FEYZİOĞLU, Feyzi	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 1977
GÖKTÜRK, Hüseyin Avni	Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nev'ileri, Ankara 1951
GÖKYAYLA, Emre	Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009
GÖKYAYLA, Emre	GÜHFD., Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, S.1, İstanbul 2002 (Armağan)
GÜMÜŞ, Mustafa Alper	Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.2, 1. Bası, İstanbul 2010
GÜRPINAR, Damla	Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006
HATEMİ, Hüseyin, SEROZAN, Rona, ARPACI, Abdulkadir	Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992
KAPLAN, İbrahim	Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983 (Mimarlık)
KAPLAN, İbrahim	İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, BATIDER, Ankara 1996

KARACA, Mehmet	Kamu İhalelerinde, İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi, 1. Bası, Ankara 2009
KARAHASAN, Mustafa R.	İnşaat İmar İhale Hukuku, İstanbul 1997
KARAHASAN, Mustafa R.	Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.3, İstanbul 2004 (ÖBİ)
KARAHASAN, Mustafa R.	Mülkiyet Hukuku, İstanbul 1975
KARATAŞ, İzzet	Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, 2. Bası, Ankara 2009
KARAYALÇIN, Yaşar	İstisna Akdinin Feshedilmesi, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara 1975
KILIÇOĞLU, M. Ahmet	İstisna Akdinde Eserin Ayıplı Olması, (Yayınlanmamış Seminer Çalışması), Ankara 1972
KILIÇOĞLU, M. Ahmet	Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD., 1975, C.32, Sayı 1-4 (Şahsen Yapma)
KOCAAĞA, Köksal	Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlâl Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Hâlinde İş Sahibinin Bk m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD., C.6, S.1, İzmir 2004
KOSTAKOĞLU, Cengiz	İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 6. Bası, İstanbul 2008
OĞUZMAN, Kemal /ÖZ, Turgut	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2009
OLGAÇ, Senai	İstisna Akdi, Ankara 1977
OLGAÇ, Senai	Türk Borçlar Kanunu Akdin Muhtelif Nev'ileri, C.2, 2. Bası, Ankara 1970
OZANOĞLU, H. Seçkin	İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart Kayıtları, GÜHFD., Sayı 1-2, C. 3, Ankara 1999
ÖZ, M. Turgut	İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin İlgili Hükümleriyle Birlikte), İstanbul 1989 (Dönme)

ÖZ, M. Turgut	İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006 (İnşaat)
ÖZYÖRÜK, Sezer	İnşaat Sözleşmesi-Yapısı-Feshi, Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Ankara 1988
REİSOĞLU, Safa	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul 2006
SAYMEN, Ferit H. / ELBİR, Halid K.	Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1996
SELİÇİ, Özer	İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978
SELİÇİ, Özer	Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, (Sürekli Borç İlişkileri)
SELİMOĞLU, Y. Engin	Eser Sözleşmesi ve Kavramları, Faruk Erem'e Armağan, TBB. Yayını, Ankara 1999
SEROZAN, Rona	Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007
SEROZAN, Rona	İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006 (İfa)
ŞENOCAK, Zarife	Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002
TANDOĞAN, Haluk	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, 2. Cilt, Ankara 1987 (ÖBİ)
TANDOĞAN, Haluk	İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970 (Armağan)
TANDOĞAN, Haluk	Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961 (Mesuliyet)
TANDOĞAN, Haluk	İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı, Batıder 1982/3 (Zamanaşımı)
TEKİNAY, Selahattin Sulhi/BURCUOĞLU, Haluk/AKMAN, Sermet/ALTOP, Atilla	Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993
TUNÇOMAĞ, Kenan	Borçlar Hukuku Cilt 1, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976 (Genel Hükümler)

TUNÇOMAĞ, Kenan	Borçlar Hukuku, 2. Cilt, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1977 (ÖBİ)
TUTUMLU, Mehmet Akif	Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 2. Baskı, Ankara 2001
UÇAR, Ayhan	İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003 (Tekeffül Borcu)
UÇAR, Ayhan	İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması, EÜHFD., Erzincan 1997 (Karşılaştırma)
UYGUR, Turgut	Açıklamalı – İhtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.6, Ankara 2003
YAKUPPUR, Sendi	Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, 1. Bası, İstanbul 2009
YAVUZ, Cevdet	Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2009
YAVUZ, Cevdet	Satıcının Satılanın(Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989 (Satıcı)
ZEVKLİLER, Aydın	Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2008

## **İNTERNET KAYNAKLARI**

Kazancı İhtihat Bankası (KAZANCI)

Meşe Yazılım İhtihat ve Mevzuat Bankası (MEŞE)

<http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/>

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>

<http://turk102.cankaya.edu.tr/uploads/files/Osman1%C4%B1ca%20S%C3%B6zl%C3%BCk.pdf> (KANAR, Mehmet Osmanlı Türkçesi Sözlüğü)