

**T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORCA AYKIRILIĞININ
ÖNCEDEN BELLİ OLMASI**

DOKTORA TEZİ

GÜLER GÜMÜŞSOY KARAKURT

1310053003

Anabilim Dalı: Hukuk-Özel Hukuk

Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. İlhan ULUSAN

Nisan 2016

**T.C İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORCA AYKIRILIĞININ
ÖNCEDEDEN BELLİ OLMASI**

DOKTORA TEZİ

GÜLER GÜMÜŞSOY KARAKURT

1310053003

**Anabilim Dalı: Hukuk-Özel Hukuk
Programı: Özel Hukuk**

Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. İlhan ULUSAN

**Tez Savunma Jürisi: Prof. Dr. M. İlhan ULUSAN
Prof. Dr. M. Turgut ÖZ
Prof. Dr. Atilla ALTOP
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ
Doç. Dr. Cem AKBIYIK**

Nisan 2016

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	II
KISALTMALAR.....	XI
GİRİŞ.....	1

Birinci Bölüm

ESER SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

I. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI VE BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI	3
A. Eser sözleşmesinin Tanımı	3
B- Eser Sözleşmesinin Tarafları	5
1. İş Sahibi Kavramı	5
2. Yüklenici Kavramı	6
C. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	8
1. Eser Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir	8
2. Eser Sözleşmesi Ani Edimli Bir Sözleşmedir	9
3. Eser Sözleşmesi Rızai Bir Sözleşmedir	12
4. Eser Sözleşmesi İvazlı Bir Sözleşmedir	12
D. Eser Sözleşmesinin Unsurları	13
1.Genel Olarak	13
2. Bir Eser Meydana Getirme ve Teslim	13
3. Bedel Ödeme.....	15
4. Taraflar Arasında Anlaşma	16
a. Genel Olarak.....	16
b. Sözleşmenin Şekli.....	16
II. ESER SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI	19
A. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI	19
1. Eseri Meydana Getirme ve Teslim Borcu	19
a. Eseri Meydana Getirme.....	19

(1) Eseri Şahsen Meydana Getirme Borcu	19
(2) Yardımcı Kişi Kullanılmış Olması	20
(3) İşin Alt Yükleniciye Bırakılması.....	21
b. Teslim Borcu.....	24
(1) Genel Olarak	24
(2) Teslim Borcuna Aykırılığın Sonuçları.....	26
2. Yüklenicinin Zamanında İşe Başlama ve Devam Etme Borcu.....	29
3. Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu.....	30
a. Genel Olarak.....	30
b. Sorumluluğun Şartları	30
(1) Eser Teslim Edilmiş Olmalıdır	30
(2) Eser Ayıplı Olmalıdır.....	31
(3) Eserin Ayıplı Olması İş Sahibinden Kaynaklanmamalıdır	32
(4) İş Sahibi Eseri Kabul Etmemiş Olmalıdır	33
(5) İş Sahibi Eseri Gözden Geçirmeli ve Ayıbı Bildirmelidir	34
c. İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları.....	37
(1) Genel Olarak	37
(2) Sözleşmeden Dönme Hakkı	38
(3) Bedelde İndirim İsteme Hakkı.....	39
(4) Eserin Onarılmasını İsteme Hakkı	39
(5) İş Sahibinin Tazminat İsteme Hakkı	40
d. Ayıptan Doğan Sorumlulukta Zamanaşımı Süreleri	41
4. Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu	42
5. Eserin Yapımında Kullanılacak Araç, Gereç ve Malzemeyi Temin Borcu	43
a. Araç ve Gerecin Sağlanması	43
b. Malzemenin Sağlanması	44
(1) Genel Olarak	44
(2) Malzemenin Yüklenici Tarafından Karşlanması	44
(3) Malzemenin İş Sahibi Tarafından Karşlanması	45
B. İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI.....	46
1. İş Sahibinin Genel Olarak Borçları.....	46
2. Bedel Ödeme Borcu	46
a. Genel Olarak.....	46
b. Bedel Türleri.....	48

(1) Götürü Bedel.....	48
(2) Yaklaşık Bedel	50
c. Bedel Ödeme Zamanı ve Yeri	52
d. Bedel Alacağıın Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi	52
III. ESER SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI.....	52
A. Genel Olarak	52
B. Hizmet Sözleşmesinden Farkları	53
C. Vekalet Sözleşmesinden Farkları	55
D. Satış Sözleşmesi ile Farkları	57

İkinci Bölüm

TBK 473/f.1 HÜKMÜ GEREĞİNCE İŞ SAHİBİNİN VADEDEN ÖNCE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK BORCA AYKIRILIĞININ ÖNCEDEDEN BELLİ OLMASI KAVRAMI VE TBK'DAKİ DÜZENLEMESİ	60
A. Genel Olarak	60
B. Kavram Sorunu.....	62
C. TBK mad. 473 Hükmünün Uygulamada Taşdığı Önem	65
D. TBK'da Yer Alan Vade Tarihinden Evvel Sözleşmeyi Sona Erdirmeye İlişkin Hükümler. 66	
1. Aciz Defi (TBK mad. 98)	66
2. Kiracının İflası (TBK mad. 332).....	68
3. Ödünç Alanın Aczi (TBK mad. 390).....	69
4. Hizmet Sözleşmelerinde İşverenin Aczi (TBK mad. 436)	69
5. Yayımcının İflası (TBK mad. 500/f.2)	70
E. BORCUN İFA EDİLMEYECEĞİNİN ÖNCEDEDEN BELLİ OLMASINA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ GÖRÜŞLER	70
1. Genel olarak	70
2. Borçlu Temerrüdü Görüşü	70
3. İfa İmkansızlığı Görüşü	72
4. Borca Olumlu Aykırılık Görüşü	73
5. TBK mad. 473 Hükmünü Kıyasen Uygulayan Görüş.....	74

F. İŞ SAHİBİNİN VADEDEN EVVEL SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ DAYANAĞI “Sadakat ve Özen Yükümlülüğü”	74
1. Konunun Önemi	74
2. Sadakat Yükümlülüğü	75
3. Özen Yükümlülüğü	76
a. Genel Olarak.....	76
b. Özen Yükümlülüğünün Sınırı	77
c. Özen Yükümlülüğünün Eser Sözleşmesindeki Görünümleri.....	79
(1) Eserin Meydana Getirilmesinden Önce Özen Borcu.....	79
(2) Eserin Meydana Getirilmesi Sırasında Özen Yükümlülüğü	80
(3) Eserin Meydana Getirilmesinden Sonra Özen Yükümlülüğü	81
d. Özen Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları.....	81
(1) Tazminat İsteme Hakkı	81
(2) Sözleşmeden Dönme Hakkı	81
(3) İkame Yükleniciye Başvurma Hakkı	82
II. TBK MAD. 473/f.1 GEREĞİNCE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI, MADDENİN KAPSAMI, NİTELİĞİ, UYGULAMA ALANI VE KOŞULLARI	82
A. Genel Olarak	82
B. Kapsamı.....	83
C. Hukuki Niteliği.....	86
D. TBK mad. 473/f.1 Hükmünün Uygulama Zamanının Tespiti.....	87
E. TBK mad.473/f.1 Hükmüne Göre Sözleşmeden Dönme Hakkının Doğmasında Yüklenicinin Kusurunun Aranmaması ve Gecikmenin İş Sahibine Yüklenememesi.....	88
1. Yüklenicinin Kusurunun Aranmaması	88
2. Dönme Sebepleri ile Sözleşmeye Aykırı Davranış Arasında Uygun Nedensellik Bağının Aranması	88
3. Gecikmenin İş Sahibine Yüklenememesi.....	90
4. Yüklenicinin Gecikmesini Haklı Kılan Sebeplerin Varlığı Halinde Sorunun Çözümü ve Özellikle Süre Uzatımı	91
a. Genel Olarak.....	91
b. Yüklenicinin Def’i ileri Sürme Hakkı	91
(1) Ödemezlik Def’i.....	91
(2) Aciz Def’i	94
c. İş Sahibinin Gerekli Hazırlık Faaliyetlerini Yerine Getirmemesi.....	94
d. Özellikle İş Değişikliği veya Ek İş Talebi	96

(1) Genel Olarak	96
(2) İş Değişikliği ve Ek İşin Hukuki Kaynağı ve Sonuçları.....	96
e. Yükleniciye Ek Süre Verilmesi Gereği	98
(1) Ek Süre Verilmesinin Çalışmamız Bakımından Önemi	98
(2) Ek Süre Verilmesi Gereken Haller	99
(a) Tarafların Bu Hususta Anlaşmış Olması	99
(b) Sözleşmede Ek Süreye İlişkin Hükme Yer Verilmemiş Olması	100
(3) BİGŞ'deki Özel Düzenlemeler	103
III. TBK MAD. 473/F.1 GEREĞİNCE İFA ZAMANINDAN ÖNCE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI DOĞURAN DURUMLAR	104
A. Genel Olarak	104
B. İşe Başlamakta Gecikme	105
1. "İşe Başlama" Kavramı	105
2. İşe Başlama Zamanının Tayini	106
a. Sözleşmede İşe Başlama Tarihi Belirtilmişse	106
b. Sözleşmede İşe Başlama Tarihi Belirtilmemişse.....	107
3. İşe Başlamakta Gecikme Sebebiyle Sözleşmeden Dönme	108
a. Genel Olarak.....	108
b. Teslim Tarihinin Kararlaştırıldığı Hallerde	109
c. Teslim Tarihi Kararlaştırılmamışsa.....	113
C. İş Görme Faaliyetlerinin Yavaş Yürümesi ve Ertelenmesi	115
1. Genel Olarak.....	115
2. Şartları.....	116
a. İşin İcrasında Gecikmiş Olma.....	116
b. Teslim Tarihi Belli Olan İşlerde Gecikme	116
c. Teslim Tarihi Belli Olmayan İşlerde Gecikme	119
D. İşin Tamamlanmasının Kararlaştırılan Vadeye Yetişmeyeceğinin Anlaşılması	120
1. Genel Olarak.....	120
2. İşin Tamamlanması İmkansız Olmamalıdır.....	123
E. Ayıbın Giderilmesinde Gecikilmiş Olması.....	125
F. Yargıtay'ın Görüşü.....	126
IV. TBK MADDE 473/F.1'İN SONUÇLARI	129
A. Genel Olarak Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	129
1. Sözleşmeden Dönme Kavramı	129

2. Sözleşmeden Dönmenin Fesih Farkları.....	131
B. Sözleşmeden Dönme Beyanının Hukuki Niteliği	133
C. Sözleşmeden Dönme Beyanının Şekli	134
D. Sözleşmeden Dönme Üzerine İş Sahibinin Genel Olarak Borçları	136
1. Genel Olarak.....	136
2. Tarafların İade Yükümlülükleri	136
a. Klasik Dönme Görüşü	136
b. Yasal Borç İlişkisi Görüşü.....	139
c. Yeni Dönme Görüşü.....	140
d. Yargıtay'ın Görüşü.....	141
3. TBK mad. 473/f.1 Gereğince İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Üzerine Sözleşmenin Tasfiyesi.....	144
a. İş Sahibinin İade Borcu	145
b. Yüklenicinin İade Borcu.....	147
4. Sözleşmeden Dönme Üzerine İş Sahibinin Olumsuz (Menfi) Zararının Tazmini Talebi	147
5. Sözleşmeden Dönmenin 3. Kişilere Etkileri.....	149
a. Kazanılan Aynı Haklara Etkisi.....	149
b. Kazanılan Şahsi Haklara Etkisi	152
6. Sözleşmeden Dönmenin Teminatlara Etkisi.....	153
7. Sözleşmeden Dönmenin Ceza Koşuluna Etkisi.....	154
8. TBK mad. 473/f.1 Hükmü Gereğince Sözleşmeden Dönmenin Alt Yüklenicilik Sözleşmesine Etkisi	155
E. TBK mad. 473/f.1 Gereğince Sözleşmeden Dönme Hakkının Sınırlandırılması.....	155
F. TBK mad. 473 Gereğince Sözleşmenin Feshine İlişkin Görüşler.....	156
G. TBK Mad. 473/f.1 Hükmünün Borçlu Temerrüdü Hükümleri İle Tamamlanması Gerektiği Yönünde Baskın Görüş ve Değerlendirilmesi	158
1. Genel Olarak.....	158
2. Baskın Görüşe Göre İş Sahibinin Sahip Olduğu Haklar, Kullanılma Koşulları ve Sonuçları.....	160
a. İş Sahibinin Seçimlik Hakları	160
b. Hakların Kullanılmasının Koşulları	160
c. Sonuçları	161
3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz	162
H. BİGŞ'deki Özel Düzenleme.....	164

V. TAM TAZMİNAT KARŞILIĞI FESHE İLİŞKİN TBK MAD. 484'ÜN UYGULANABİLECEĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER.....	166
A. Genel olarak.....	166
B. Tam Tazminat Karşılığı Fesih (TBK mad. 484)	166
1. Genel Olarak TBK mad. 484 Hükümü ve TBK mad. 473/f.1 Hükümü ile Birlikte Değerlendirilmesi	166
2. Şartları.....	168
a. Eser Henüz Tamamlanmamış Olmalıdır	168
b. İş Sahibinin Fesih Beyanı	169
3. Sonuçları.....	170
C. TBK Mad. 484'ün Uygulanabileceğine İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	170
VI. İSPAT YÜKÜ	172

Üçüncü Bölüm

İŞİN BİTMEDEN AYIPLI VEYA SÖZLEŞMEYE AYKIRI OLACAĞININ ÖNCEDEN ANLAŞILMASI DURUMUNDA İŞ SAHİBİNİN HAKLARI

I. GENEL AÇIKLAMALAR.....	174
A. Kavram ve Bu Alandaki Olgulara Genel Bir Bakış.....	174
B. Maddenin Hukuki Niteliği	177
C. Maddenin Konuluş Amacı	178
D. Genel Olarak Ayıplı İfaya İlişkin Hükümlerle Olan İlişkisi.....	179
II. MADDENİN UYGULANABİLME ŞARTLARI	181
A. Yüklenicinin İşi “Ayıplı” veya “Sözleşmeye Aykırı” Yapacağıının Belli Olması.....	181
1. Genel Olarak.....	181
2. Ayıplı Yapılacağıının Belli Olması.....	182
a. Genel Olarak.....	182
b. Ayıplı Eser Kavramı.....	183
c. Ayıp Türleri	185
(1) Maddi Ayıp- Hukuki Ayıp	185
(2) Açık Ayıp- Gizli Ayıp	186
d. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerindeki Özel Durum	187

3. Sözleşmeye Aykırı Yapılacağıınin Belli Olması.....	189
B. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Yapılacağıınin “Kesin” Olması.....	191
C.İşin “Meydana Getirilmesi Esnasında” Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Olacağıınin Anlaşılması	191
D.Yüklenicinin Ayıba veya Sözleşmeye Aykırılığa Yol Açan Davranışlarında “Kusurlu” Olması	194
1.Genel Olarak	194
2.Kusurun İspatı	197
3.İş Sahibinin de Kusurlu Olması “Ortak Kusur”	197
E.İş Sahibinin Yükleniciye Ayıp Tehlikesini Ortadan Kaldırması İçin “Uygun Bir Süre” Vermesi ve İşin Üçüncü Kişiyeye Yaptırılacağıınin “İhtar” ı.....	198
1.Yükleniciye Uygun Bir Süre Verilmesi	198
a.Genel Olarak.....	198
b.Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller.....	201
c.Süre Verilmeden Ayıbın veya Sözleşmeye Aykırılığın Giderilmesinin Sonuçları ...	202
2.İşin Üçüncü Kişiyeye Yaptırılacağıınin İhtarı	203
F.İhtara ve Verilen Süreye Rağmen Eserdeki Ayıbın veya Sözleşmeye Aykırılığın Giderilmemiş Olması.....	205
G.Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunmaması	205
III.TBK. MAD. 473/II’NİN SONUÇLARI.....	207
A.İş Sahibinin İş 3. Kişiyeye Yaptırma Hakkı.....	207
1.Genel Olarak	207
2.İşin Bizzat İş Sahibi Tarafından Yapılması Sorunu	207
3.Ayıbın veya Sözleşmeye Aykırılığın Giderilmesinin ya da İşin Devamının Üçüncü Kişiyeye Bırakılması.....	208
a.Genel Olarak.....	208
b.Yüklenicinin Şahsının Önem Arz Ettiği Sözleşmelerdeki Özel Durum	209
4.Hakim İznine Gerek Olmayışı ve Özellikle TBK mad. 113 ile Arasındaki Farklar	210
a.Genel Olarak.....	210
b.TBK mad. 473/f.2’yi Kıyasen Uygulayan Görüş	212
5.İş Sahibi ile Üçüncü Kişi Arasında Akdedilen Sözleşmenin Niteliği ve Tarafların Borçları	213
a. Sözleşmenin Niteliği	213
b. Tarafların Borçları.....	214
6. İşin 3. Kişiyeye Yaptırılmasınınin Masrafları	214
a.Genel Olarak.....	214

b. Masraf Miktarının Belirlenmesi	215
c. Masraflara İlişkin Ön Ödeme (Avans) Talebi	216
7. 3. Kişinin İfası Sırasında Meydana Gelen Hasardan Sorumluluk	218
8. İş Sahibinin Uğradığı Zararı Tazmin Yükümlülüğü	219
B. İş Sahibinin TBK mad. 125'deki Seçimlik Haklardan Yaralanabileceğine ve Özellikle Sözleşmeden Dönebileceğine İlişkin Görüşler ve Görüşlerin Değerlendirilmesi	221
1. Genel Olarak.....	221
2. Özellikle Sözleşmeden Dönme Hakkı	221
3.Yargıtay'ın Görüşü.....	223
4. Görüşlerin Değerlendirilmesi	224
C. BiGŞ'ndeki Özel Düzenleme.....	226
VI. İSPAT YÜKÜ	227
SONUÇ.....	229
KAYNAKÇA.....	239

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Abs.	: Absatz (Fıkra)
Aufl	: Auflage (Bası)
b.	: Bent
Bkz.	: Bakınız
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları)
BİGŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
C.	: Cilt
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK	: Devlet İhale Kanunu
dp:	: Dipnot
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Eski BK	: Eski Borçlar Kanunu
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KİB	: Kazancı İçtihat Bankası

KİK	: Kamu İhale Kanunu
Mad.	: Madde
N.	: Nummer (Kenar Numarası)
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
T.	: Tarih
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SİB	: Sinerji İçtihat Bankası
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YİBGKK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı
YİĞŞ	: Yapı İşleri Genel Şartnamesi

GİRİŞ

Tezimizin konusunu, eser sözleşmesinin sona erme hallerinden biri olan ve genel kuraldan ayrılarak vadeden önce iş sahibine sözleşmeye müdahale imkânı tanıyan “*yüklenicinin borca aykırılığının önceden belli olması*” oluşturmaktadır.

Eğer borç bir vadeye bağlanmışsa kural olarak alacaklının vadeden evvel borcun ifasını talep etmesi mümkün değildir. Alacaklı ancak vade tarihini bekleyecek eğer vade tarihi geldiğinde yani borç muaccel olduğunda borçlu borcunu ifa etmezse genel borca aykırılık hükümlerine başvuracaktır. Temel prensip bu olmakla birlikte TBK’da bazı durumlarda vadeden evvel alacağı tehlikeye düşen alacaklıyı koruyan hükümlere yer verilmiştir. Bunların başında TBK mad. 98. düzenlemesinde yer alan aciz defî gelir. Bu hükmün yanı sıra bazı özel sözleşmelerde aciz halinde borç muaccel olmadan evvel alacaklıya sözleşme ilişkisini sona erdirme yetkisi tanınmıştır. Bunlara örnek olarak TBK mad. 332 hükmü uyarınca kiracının iflası halinde teminat verilmediği takdirde kiralayanın sözleşmeyi fesih hakkı veya hizmet sözleşmesinde işverenin ödeme güçsüzlüğü halinde işçinin sözleşmeyi fesih hakkı gösterilebilir.

Yukarıda bahsi geçen borcun muaccel olmasından evvel sözleşmeyi sona erdirme hallerinin tamamı ödeme güçsüzlüğüne ilişkindir. Ödeme güçsüzlüğü dışında borcun vadesi henüz gelmeden hakkı tehlikeye düşen alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanıyan hüküm TBK 473 hükmüdür. Çalışmamızın konusunu teşkil eden ve İki fıkradan oluşan TBK 473 hükmünün ilk fıkrasında iş sahibine yüklenicinin işe zamanında başlamaması, işi anlaşmaya aykırı olarak geciktirmesi veya yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceğinin anlaşılması durumlarında vade tarihinden evvel sözleşmeden dönme imkânı verilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, yüklenicinin işi sözleşmeye aykırı veya ayıplı yapacağıının anlaşılması durumunda, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesinin ya da işin devamının üçüncü kişiye bırakılması düzenlenmiştir.

Çalışmada eser sözleşmesine ilişkin açıklamalar yapılırken Türk Borçlar Kanunu hükümlerine dayanılmıştır. Ancak eser sözleşmesinin tarafının idare olduğu durumlara uygulamada sıklıkla rastlandığından Devlet İhale Kanunu ve eki olan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ile Kamu İhale Kanunu ve eki Yapım İşleri Genel Şartnamesi’nin konuya ilişkin hükümlerine de yer verilmiştir.

Çalışma, giriş bölümü ve kısaca değinilen sonuç bölümü dışında üç bölümden oluşmaktadır. Her konuda teorik açıklamalardan sonra, konuya ilişkin Yargıtay kararlarının metinlerine yer verilmiştir. Ancak uygulamada eser sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklar genel olarak inşaat sözleşmelerine ve özellikle de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin olduğundan Yargıtay kararlarının çoğunluğu bu tür eser sözleşmelerine ilişkindir.

Çalışmanın ilk bölümünde, genel olarak eser sözleşmesi açıklanmaya çalışılmıştır. Bu bölümde eser sözleşmesi tanımlandıktan sonra sözleşmenin hukuki niteliği, unsurları, tarafların hak ve borçları ve eser sözleşmesinin benzer diğer sözleşmelerden ayırt edilmesi için kısa açıklamalar yapılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünün konusunu ise, genel olarak borca aykırılığın önceden belli olması durumu, kavram sorunu ve bu konuya ilişkin doktrindeki görüşler ve TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibinin vade tarihinden evvel sözleşmeden dönme hakkı oluşturmaktadır.

Nihayet çalışmanın son bölümünde TBK mad. 473/f.2 gereğince eser henüz tamamlanmadan ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağı kesin olarak belli ise yükleniciye yapacağı ihtarla vereceği uygun sürede ayıbı gidermesini aksi halde işi üçüncü kişiye yaptıracağını bildirme imkânı veren hüküm açıklanmaya çalışılmıştır.

Birinci Bölüm

ESER SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

I. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, TARAFLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI VE BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI

A. Eser sözleşmesinin Tanımı

818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda istisna sözleşmesi olarak adlandırılan ve Kanun'un 355 ile 371. maddeleri arasında düzenlenmiş olan eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 7. bölümünde 470 ile 486. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu'nda istisna akdi¹ kavramı kullanılmasına karşın TBK'da eser sözleşmesi kavramı tercih edilmiştir².

TBK'nın eser sözleşmesinin tanımını içeren 470. maddesine göre; “*eser sözleşmesi yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Eser sözleşmesi ile yüklenici, bağımsız bir eser meydana getirmeyi ve bunu teslimi borçlanırken; iş sahibi bunun karşılığında bir bedel ödemeyi borçlanmaktadır. 818 sayılı Eski BK'nın 355. maddesinde ise; “*İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeğe taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.*” şeklinde bir tanım yapılmıştı. Görülüyor ki, 6098 sayılı kanunla eski tanım muhafaza edilerek dilde birtakım sadeleştirmeler yapılmıştır. Böylece, eser sözleşmesi, “iş

¹ İstisna kelimesinin genel olarak ayrı tutma anlamına gelen anlamıyla karıştırıldığına ilişkin bkz. HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 347; SELİMOĞLU Y. Engin; Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Yayın No: 8, s. 685.

² Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da eser kavramı kullanıldığından bu iki terimin kullanımının birbirine karıştırılması mümkündür. TANDOĞAN Haluk, Borçlar hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2010, s. 2. (Bundan sonra “TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri” şeklinde anılacaktır). Böyle bir karışıklığın meydana gelebileceği ancak yeni kanun ile tercih edilen ifadenin uygunluğuna ilişkin bkz. GÖKYAYLA Emre; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s.578 dp. 2. (Bundan sonra “GÖKYAYLA, Değerlendirme” şeklinde anılacaktır).

sahibinin ödeyeceği bir bedel karşılığında, yüklenicinin bağımsız bir eseri meydana getirmeyi ve bunu teslim etmeyi borçlandığı sözleşme” olarak tanımlanabilir³.

İş görme sözleşmelerinin başında gelen eser sözleşmesinde yüklenici bağımsız bir eseri meydana getirme ve teslim, iş sahibi ise bunun karşılığında bedel ödeme borcu altına girmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici, eseri meydana getirip teslim ettiğini; bunun karşısında da iş sahibi, bedeli ödediğini ispat etmelidir

Uygulamada eser sözleşmelerinin en fazla başvuru türü inşaat özellikle de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleridir. İnşaat sözleşmelerine bu denli fazla başvurulması bu konudaki hukuki uyumsuzlukları da artırmaktadır. Bu nedenle doktrinde eser sözleşmelerine ilişkin verilen çoğu örnek ve özellikle Yargıtay kararları inşaat ve özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin olmaktadır. Uygulamada sıklıkla başvuru ve eser-taşınmaz satışı karması bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, hem doktrinde hem de yargı kararlarında birçok bakımdan tipik eser sözleşmelerinden ayrık tutulmaktadır. Yeri

³ Çeşitli tanımlar için bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 1; EREN Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 579. (Bundan sonra “EREN Özel Hükümler” şeklinde anılacaktır); AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalan; Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s.747; GÜMÜŞ Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C II, İstanbul 2014, s. 1; OLGAC Senai; İstisna Akdi, 1977, s. 1; SELİMOĞLU Yaşar Engin; İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara 2010, s. 1. (Bundan sonra “SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi” olarak anılacaktır); ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s. 333; BÜYÜKAY Yusuf; Eser Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 31. (Bundan sonra “BÜYÜKAY, Eser” şeklinde anılacaktır); UÇAR Ayhan; İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003, s. 23. (Bundan sonra “UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül” şeklinde anılacaktır); YAVUZ Cevdet; Borçlar Hukuku Dersleri (özel hükümler), İstanbul 2013, s. 507 (bundan sonra “YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri” şeklinde anılacaktır); ZEVLİLER Aydın/GÖKYAYLA Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014, s. 473; YAKUPPUR Sendi; Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2009, s. 3; ŞENOCAK Zarife; Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 5. (bundan sonra “ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi” şeklinde anılacaktır); TEKİL Fehiman; Borçlar Hukuku, İstanbul 1981, s.308; USTA Songül; Eser Sözleşmesinin Konusu Özellikleri ve Tarafları, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 2010, s. 1; ARTUKMAÇ Sadık; İnşaat Hukuku, İnşaat İşlerinde İş Sahibi Müteahhit İşçi Arasındaki Hukuki İlişkiler, Ankara 1975, s. 12; DUMAN Hasan İlker; Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2005, s. 28. (Bundan sonra “DUMAN, Kat Karşılığı” şeklinde anılacaktır); BAYGIN Cem; Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 4-5; ERMAN Hasan; İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK 365/2), İstanbul 1979, s. 9-10. (Bundan sonra “ERMAN, Beklenilmeyen Hal” şeklinde anılacaktır); DAYINLARLI Kemal; İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2008, s. 4-5; RIEZLER Erwin; Der Werkvertrag In Rechtsvergleichender Darstellung, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 1952, band 17, s. 522. GAUCH Peter; Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts (Art. 184-1186), Zürich 1993, s.205; GAUCH Peter; Der Werkvertrag, Zürich-Basel-Genf 2011, N.6. s.3 vd. (Bundan sonra “GAUCH, Werkvertrag” şeklinde anılacaktır); HUGUENIN Claire; Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zurich- Basel- Genf 2014, N.3121 s. 929; HONSELL Heinrich; Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 2010, s.280; KOLLER Alfred; Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich- St. Gallen 2015, N.35, s.14.(bundan sonra “KOLLER, Werkvertrag” şeklinde anılacaktır).

geldiğinde özellikle üzerinde duracağımız üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, gerek şekil yönünden gerekse de sona ermesi bakımından uygulamada tipik eser sözleşmelerinden farklı değerlendirilmektedir. Bu nedenle bizce, yasada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ayrı olarak düzenlenmesi uygulama bakımından yerinde olurdu⁴.

Özel hukuk kişileri arasında yapılan inşaat sözleşmeleri kuşkusuz eser sözleşmesi niteliğinde olduğundan TBK'nın eser sözleşmelerine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur. Çoğu kez uygulamada yüklenicinin karşısında bir kamu kurumu iş sahibi olarak bulunmaktadır. Bu durum da sözleşmenin niteliğinin eser sözleşmesi olduğunu ortadan kaldırırsa da burada Devlet ihale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu hükümleri öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır⁵.

Eser sözleşmeleri, ister özel hukuk kişileri arasında isterse de bir özel hukuk kişisi ile kamu kurumu arasında yapılsın, çoğu kez yalnızca taraflardan biri tarafından hazırlandığından TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin mad. 20-25 hükümleri uygulanacaktır.

Son olarak belirtelim ki, iş sahibinin tüketici olduğu ve konusu da tüketim malı veya hizmeti olan eser sözleşmeleri, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine tabi olacak; TBK hükümleri ancak oradaki boşlukları doldurmak bakımından önem taşıyacaktır.

B- Eser Sözleşmesinin Tarafları

1. İş Sahibi Kavramı

Eser sözleşmesinin taraflarından birini iş sahibi, diğerini yüklenici oluşturur. İş sahibi belirli bir bedel karşılığında bir eserin meydana getirilmesini yükleniciden talep edebilme yetkisi olan gerçek veya tüzel kişidir. Hem 818 sayılı BK'da hem de

⁴ Bu sözleşme türü "arsa payı karşılığı inşaat" adıyla ve sadece şerh verme imkânı bakımından TMK mad. 1009/1 hükmünde geçmektedir.

⁵ Bkz. KARACA Mehmet; Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi, Ankara 2009, s. 31. (Bundan sonra "KARACA, İnşaat Sözleşmeleri "olarak anılacaktır); KAPLAN İbrahim; İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, Yönetici- İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 120 vd.(Bundan sonra "KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu" şeklinde anılacaktır). Devlet İhale Kanunu, kural olarak genel bütçeye dahil idareler ile katma bütçeli idareler, belediyeler ve özel idarelerin yapacakları inşaatlarda uygulanır. Ayrıntılı açıklama için bkz. ŞİMŞEK Edip; Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 180.

6098 Sayılı TBK’da, yükleniciden eserin yapılmasını ve teslimini talep edecek kişiyi ifade etmek üzere “iş sahibi” terimi kullanılmıştır.

İş sahibi bir gerçek kişi olabileceği gibi bir tüzel kişi de olabilir. Söz konusu iş sahibi tüzel kişi, bir özel hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi kamu hukuku tüzel kişisi de olabilir⁶. Örneğin köprüler, yollar inşa ettiren Karayolları Genel Müdürlüğü kamu hukuku tüzel kişisidir. İş sahibinin kamu tüzel kişisi olması durumunda da sözleşme eser sözleşmesi olmakla birlikte burada Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinin yanı sıra Devlet İhale Kanunu⁷ veya Kamu İhale Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur.

2. Yüklenici Kavramı

Eser sözleşmesinde iş sahibinin karşısında yüklenici bulunmaktadır⁸. 818 sayılı Eski BK’da bu terimi ifade etmek amacıyla “müteahhit” terimi kullanılmaktaydı. Biz 6098 sayılı Kanun’un ifadesine uygun olarak yüklenici terimini kullanacağız.

Yüklenici sözleşme konusu şeyi meydana getirme borcu altına girer. Sözleşme konusu eseri meydana getirirken iş sahibine bağımlı olarak çalışmaz. Bu da eser sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayırır. Böylece yüklenici, bir bedel karşılığında eseri meydana getirme ve teslim etme yükümlülüğü altında olan gerçek veya tüzel kişidir. Yüklenici bir özel hukuk gerçek kişisi olabileceği gibi kamu veya özel hukuk tüzel kişi de olabilir. Yüklenicinin bir anonim şirket veya limited şirket şeklinde olmasına uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır.

Yüklenicinin gerçek kişi olduğu durumlara daha çok, bir terziye elbise diktirilmesi, marangoza iş yaptırılması gibi küçük işlerde başvurulmaktadır. Bu durumlarda, yani yüklenicinin gerçek kişi olması halinde genel hükümler uygulama alanı bulur. Böylece örneğin, gerçek kişi yüklenicinin hukuki işlem ehliyetine sahip olması gerekir. Yüklenicinin gerçek kişi olduğu durumlarda TBK mad. 486 gereğince, eğer sözleşme yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak

⁶ YAVUZ Cevdet; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 985 (bundan sonra “YAVUZ, Özel Hükümler” şeklinde anılacaktır); BAYGIN, s. 6; OETKER Hartmut/MAULTZSCH Felix; Vertragliche Schuldverhältnisse, Berlin-Heidelberg 2007, N.5, s.446.

⁷ 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nun kapsamı Kanununun 1. maddesinde belirtilmiştir. Zira Kapsam başlıklı birinci maddesine göre; “Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür.”

⁸ Uygulamada eser sözleşmesinin en çok başvurulan türü olan inşaat sözleşmelerinde “yüklenici” terimi yerine çoğunlukla bir mesleği de ifade edecek şekilde “müteahhit” terimi kullanılmaktadır.

yapılmış ise, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Böylece yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi her durumda eser sözleşmesini sona erdirmeyecek; sözleşmenin sona ermesi için, eser sözleşmesinin yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılmış olması gerekecektir⁹.

Devlet İhale Kanunu'na dayanılarak çıkartılan ve 9.10.1984 tarihli, 18540 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nde¹⁰ yüklenicinin ölümü, iflası ile ağır hastalığı, hükümlülüğü veya tutukluluğuna ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. BİGŞ'nin 49. maddesine göre, müteahhidin ölümü halinde iş tasfiye edilir. Yapılmış olan işlerin kesin hesabı çıkarılarak müteahhidin kesin teminatı ve varsa diğer alacakları mirasçılara verilir. İdare, istekli olan mirasçılardan yeterli gördüklerine, ölüm tarihinden başlamak üzere otuz gün içinde kesin teminat vermeleri şartı ile sözleşmeyi devredebilir. Yüklenicinin iflas etmesi halinde ise Şartnamenin 50. maddesi gereğince 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 68. maddesine göre sözleşme bozulur. Yüklenicinin ağır hastalığı, tutukluluğu, hükümlülüğü hallerinde ise Şartnamenin 51. maddesi uygulama alanı bulur¹¹.

Yüklenicinin TTK'da yer alan limited, anonim, kollektif, komandit şirket veya kooperatif olması mümkündür. Bu durumlarda şirket ortaklarından birinin ölümü sözleşmeyi sona erdirmeyecektir¹².

Birden fazla yüklenici bir araya gelip bir konsorsiyum¹³ oluşturarak bir eserin meydana getirilmesini borçlanmış olabilir. Kaldı ki büyük ölçekli eser

⁹ Bkz. Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 232.

¹⁰ Şartnamenin "amaç" başlıklı 1. maddesine göre; bu Şartname, "2886 sayılı Devlet İhale Kanununun (8). maddesine dayanılarak hazırlanmış olan bu Genel Şartname, iş sahibi idareler tarafından kanunda yazılı usullerden biri ile yaptırılan ve tanımları aynı kanunun (4). maddesinde yapılmış olan her türlü yapım ve hizmet işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasları tespit eder."

¹¹ İlgili hükme göre; "Müteahhit, sözleşmenin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır hastalık, tutukluluk veya hürriyeti bağlayıcı bir ceza nedeniyle taahhüdünü yapamayacak duruma girerse, bu hallerin oluşundan başlamak üzere otuz gün içinde İdarenin kabul edeceği birini vekil tayin etmek şartı ile taahhüdüne devam edebilir. (f.1)Eğer Müteahhit kendi serbest iradesi ile vekil tayin etmek imkanından mahrum ise, yerine ilgililerce aynı süre içinde genel hükümlere göre bir kayyum tayin edilmesi istenebilir.(f.2)Yukarıdaki hükümlerin uygulanmaması halinde sözleşme bozulur (47). madde esaslarına göre kesin hesap tasfiyesi yapılır. Bundan dolayı İdare bir zarara uğrarsa 2886 sayılı kanunun (62). maddesine göre işlem yapılır. (f.3)"

¹²Sözleşmenin yalnızca o ortağın kişisel özellikleri dikkate alınarak yapıldığı durumlarda kıyas yoluyla 486. madde uygulanmalıdır. Böylece, ölen ortak, iş sahibi bakımından eser sözleşmesi yapılırken kişisel özellikleri dikkate alınan ortak ise, onun ölümü sözleşmeyi sona erdirmelidir. Bkz.Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 232; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1010.

sözleşmelerinde yalnızca bir yüklenicinin bu işi tamamlayacak yeterli donanımı olmayabilir. İşte bu durumda gerçek veya tüzel kişiler, çoğu kez şirketler, bir araya gelerek, yani güçlerini birleştirerek, bir ortaklık kurmaktadır. Bu ortaklığın niteliğinin adi ortaklık olduğu kabul edilmektedir. Böylece, TBK'nın adi ortaklığa ilişkin hükümleri burada da uygulama alanı bulur¹⁴. Yargıtay uygulamasında da konsorsiyumun niteliğinin adi ortaklık olduğu kabul edilmektedir¹⁵. Yine Yargıtay konsorsiyumun bu niteliğinden hareketle, konsorsiyumun davacı veya davalı olduğu durumlarda açılacak davalarda ortaklardan her birinin davacı veya davalı olarak gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁶.

BİGS'nin 52. maddesine göre ise, birden fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından birlikte yapılan taahhütlerde, müteahhitlerden(yüklenicilerden) birinin ölümü, iflası, tutuklanması veya hüküm giymesi gibi durumlar sözleşmenin devamına engel olmaz.

C. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

1. Eser Sözleşmesi Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşmedir

Eser sözleşmesi ile hem yüklenici hem de iş sahibi borç altına girdiğinden, niteliği bakımından tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir¹⁷. Yüklenicinin borcu eseri

¹³ Konsorsiyumda her kişi kendi kısmının ifasından sorumludur. Yine konsorsiyumdan farklı olarak birden fazla gerçek veya tüzel kişi işin tamamını birlikte yapmayı üstlenmiş ve sorumlulukları da müteselsil ise Joint Venture ortaya çıkar. Bkz. BAHTİYAR Mehmet; Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2015, s. 27. Ayrıntılı açıklama için bkz. AKYOL Şener; Know-How- Management Joint Venture ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) II. Fasikül, İstanbul 1997, s. 57 vd. Joint Venture ve konsorsiyum arasındaki farklar için bkz. KAPLAN İbrahim; İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı – Joint Venture- Ankara 2013, s. 37. Ancak doktrinde çoğu zaman konsorsiyum ve joint venture aynı anlamda kullanılmaktadır. Bkz. KARADAŞ İzzet; Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Kurulması, Uygulanması, Sona Ermesi, Sona Ermesinin Sonuçları, Ankara 2013, s. 111.

¹⁴ Konsorsiyumun niteliğinin adi ortaklık olduğuna ilişkin bkz. EREN Fikret; Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 50. YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 520; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 25; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 96; UYGUR, C.II, s. 2151.

¹⁵ “Konsorsiyum ortakları arasında BK'nın 520 ve devamı maddelerinde düzenlenen adi şirket hükümleri caridir. Adi şirketin yani konsorsiyumun, hükmi şahsiyeti bulunmadığından, konsorsiyum tarafından açılacak davalarda bütün ortakların yer alması veya aleyhine açılan davada da ortakların tümünün davalı olarak gösterilmesi zorunludur.” Yargıtay 15 HD, E. 2004/5384, K. 2005/866, T. 18.2.2005. Aynı yönde; E. 2006/2404, K. 2006/4411, T. 13.6.2006; Yargıtay 3 HD, E. 2012/11789, K. 2012/16355, T. 28.6.2012; Yargıtay 15 HD, E. 1996/942, K. 1996/1014, T. 29.2.1996. (KİB, 24.04.2015)

¹⁶ Yarg. 15 HD. E.2005/7020, K. 2006/1352, T. 10.03.2006. (KİB, 03.12.15)

¹⁷ Yargıtay bir kararında eser sözleşmesinin bu niteliğini şu şekilde ifade etmiştir: “Eser sözleşmesi taraflara karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme akdidir. Yüklenici yapımını üstlendiği eseri sözleşmeye, teknik ve sanatsal ilkelere ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de kararlaştırılan iş bedelini ödemekle yükümlüdürler.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E.2011/3395, K. 2011/5238, T. 21.9.2011. (KİB, 30.03.2015)

meydana getirmek ve teslim iken, iş sahibinin borcu bunun karşılığında bir bedel ödemektir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin borcu diğerinin borcunun karşılığını oluşturur. Eser sözleşmesinde de eseri meydan getirme ve teslim borcunun karşılığını bedel ödeme borcu oluşturur¹⁸.

Eser sözleşmesinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme olması birtakım hukuki sonuçlar yaratır. Örneğin, eğer tarafların birinin daha önce ifa yükümlülüğü yok ise, borçlarını aynı anda ifa etmeleri gerekir. Aksi halde taraflar TBK mad. 97'ye dayanarak ödemezlik def'i ileri sürebilirler. Ödemezlik def'i kendisinden ifa talep edilen borçluya, karşı taraf borcunu ifa edene kadar veya en azından ifasını teklif edene kadar ifadan kaçınma imkanı verir. Yoksa sözleşmesel ilişki sona ermez, varlığını sürdürür¹⁹. Bunun dışında taraflardan birinin borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda diğer taraf koşulları yerine getirmek kaydıyla TBK mad. 125'de düzenlenen seçimlik haklardan yararlanabilecektir.

2. Eser Sözleşmesi Ani Edimli Bir Sözleşmedir

Çalışmamızın konusunu oluşturan ve sonraki bölümlerde ele alacağımız TBK 473/f.1 hükmü iş sahibine vadeden evvel sözleşmeden dönme imkanı vermektedir²⁰. Bu nedenle daha sonraki açıklamalara ışık tutması bakımından, eser sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi bir sözleşme olduğunu TBK 473/f.1 hükmünün sonuçları bakımından tespit etmemiz gerekir. Zira, eser sözleşmesinin ani edimli

¹⁸ İki taraflı hukuki işlemler için Bkz. von TUHR Andreas; Borçlar Hukuku, C.I-II, Ankara 1983, (Çeviren Cevat EDEGE), s. 134; TEKİNAY Selahattin Sulhi/ AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ ALTOP Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 53-54; OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2014, s. 46 (bundan sonra "OĞUZMAN/ÖZ, C.I" şeklinde anılacaktır); KILIÇOĞLU Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015, s. 48.(Bundan sonra "KILIÇOĞLU, Genel Hükümler" olarak anılacaktır); REİSOĞLU Safa; Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014, s. 52.(bundan sonra "REİSOĞLU, Genel Hükümler" şeklinde anılacaktır); İNAN Ali Naim/YÜCEL Özge; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 137. "*eser sözleşmeleri ani edimli sözleşme türündendir. Bu sözleşmelerde yüklenicinin temel borcu, yapımını taahhüt ettiği bir eseri sözleşmesine, amacına, fen ve sanat kurallarına uygun meydana getirmek ve bu haliyle ifa olarak arsa sahibine sunmaktır (teslim etmektir). Kural olarak da, aksine sözleşme hükmü yoksa BK m.364 gereği eser bedeli (somut olayda devri taahhüt edilen arsa payı) ancak eserin teslimi halinde mümkündür.*" Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2012/7721, K. 2012/8429, T. 14.6.2012. (KİB, 30.03.2015)

¹⁹ FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1977, s. 138. (bundan sonra "FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, C.I" şeklinde anılacaktır); OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 346 vd.; TUNÇOMAĞ Kenan; Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, İstanbul 1976, s. 746 vd. (bundan sonra "TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler" şeklinde anılacaktır); NOMER Haluk N; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2013, s. 247; EREN Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 986. (Bundan sonra "EREN, Genel Hükümler" şeklinde anılacaktır); KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 614.

²⁰ İleride değineceğimiz üzere TBK'nın 473. maddesinin 2. fıkrasına yani eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak yapılacağına anlaşıldığı bazı durumlarda da doktrinde sözleşmeden dönme kabul edilmektedir.

olduğu kabul edilirse TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde sözleşme, baştan itibaren geçersiz hale gelirken, eğer sürekli edimli olduğu kabul edilirse ileriye etkili sona erer.

Bir sözleşmenin ani veya sürekli edimli olduğunun tespitinde alacaklının ifaya olan çıkarının bir anda veya zamana yayılarak gerçekleşmesine göre ayırım yapılmaktadır. İfaya olan çıkar bir anda gerçekleştiği hallerde ani edimli, zamana yayılarak gerçekleştiği hallerde ise sürekli edimli bir sözleşmenin varlığından söz edilir. Başka bir deyişle, alacaklının ifaya olan çıkarının bir anda gerçekleştiği sözleşmeler ani edimlidir. Alacaklının edime olan çıkarının zamana yayılarak gerçekleştiği sözleşmeler ise sürekli edimlidir²¹. Örneğin kira sözleşmesinde kiracının kiralananı faydalanması sürekli dir. Bu sebeple kira sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşmedir. Satış sözleşmesinde ise, alıcının ifaya olan çıkarı satım konusu şeyin alıcıya teslim ile gerçekleştiğinden satış sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir.

Eser sözleşmesinin sürekli bir ilişki özelliği taşıyıp taşımadığı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi uzun bir zamana yayıldığından eser sözleşmesi sürekli niteliktedir²². Bazı yazarlara göre ise, yüklenicinin borcu eseri meydana getirme ve teslim ile sona erdiğinden eser sözleşmesi ani niteliktedir. Daha önceki aşamalar hazırlık aşamasıdır²³. Bu iki

²¹ SELİÇİ Özer; Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkisinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 5 vd. (Bundan sonra “SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri” olarak anılacaktır). Ancak Öğretide, Altınok Ormancı'ya göre, sürekli borç ilişkisinin tespitinde duruma alacaklı veya borçlu bakımından bakılmamalı, doğrudan karakteristik edim dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Böylece borç ilişkisinin sürekliliğinin tespitinde, karakteristik edimin kapsamının zamandan bağımsız olarak belirlenip belirlenemediğine bakılmalıdır. Bkz. ALTINOK/ORMANCI Pınar; Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, s. 13.

²² ERMAN Hasan; Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 50, Sayı 1-4 (1984), s. 516. Müteahhidin borcu edimi meydana getiren ifa hazırlıklarından bağımsız değildir. Esere ödenecek ücret hazırlık işlemlerinin de karşılığıdır. Bkz. ÖZYÖRÜK Sezer; İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi Borçlar Kanunu'nun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Kazancı Hukuk Yayınları No:63, 1988, s. 59.

²³ EREN, Özel Hükümler, s. 852; YAVUZ, Özel Hükümler, 994; ARAL/AYRANCI, s. 334; YAKUPPUR, s. 5; SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 29; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s.511; GÜMÜŞ, s. 2; YÜCEL Özge; Borçlar Kanunu 358/I Hükümüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2008, s. 781; USTA, s. 8; AYAN Serkan; İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 46; DİRİCAN Gökhan; Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007, s. 5; UYGUR Turgut; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.II, 2012, s. 2123. (bundan sonra “UYGUR, C.II” şeklinde anılacaktır); SELİÇİ., Sürekli Borç İlişkileri, s. 26. İstisna sözleşmesi ani nitelikli bir sözleşme olmakla birlikte ani sözleşmelere ilişkin kuralların burada uygulanmasının dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğuracağı durumlarda sürekli borç ilişkisine ilişkin kurallar eser sözleşmelerine de uygulanmalıdır. Bkz. BAYGIN, s. 21.

görüşün yanında karma görüşe göre ise, eser sözleşmesi sürekli- ani sözleşme birleşimidir²⁴. Baskın görüş ise, eser sözleşmesinin ani edimli sözleşme olduğu yönündedir²⁵.

Eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme mi yoksa sürekli edimli bir sözleşme mi olduğunun tespiti hukuki ilişkinin sona ermesinde uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde kendini gösterir. Zira, açıklamalarımızın başında belirttiğimiz gibi, ani edimli sözleşmeler sözleşmeden dönme ile birlikte baştan itibaren geçersiz hale gelirken, sürekli edimli sözleşmeler kural olarak ileriye etkili olarak sona erer. TBK sisteminde genel olarak ani edimli sözleşmelere ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna karşın 6098 sayılı TBK'da Eski BK'dan farklı olarak 126. maddesinde sürekli borç ilişkilerinde borçlu temerrüdünün sonuçları bakımından özel bir hükme yer verilmiştir²⁶.

Biz de baskın görüşe katılıyoruz. Eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu kabul etmek gerekir. Kuşkusuz bir eser meydana getirmeyi borçlanan yüklenicinin eseri meydana getirmesi uzun bir zamana yayılacaktır. Ancak bu durum eser sözleşmesinin ani edimli olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Zira, iş sahibinin ifa menfaati eser teslim edildiğinde gerçekleşmiş sayılır.

Eser sözleşmeleri arasında inşaat sözleşmeleri kuşkusuz büyük öneme sahiptir. 25.1.1984 tarih ve 3/1 sayılı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında inşaat sözleşmesinin sürekli- geçici karmaşığı bir özellik taşıdığı belirtilmiştir. İnşaat sözleşmelerinin niteliği İçtihadı Birleştirme Kararında, *"İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süresi içinde yapılmış olmasından dolayı ve*

²⁴ BÜYÜKAY, Eser, s. 46. Eser sözleşmesinin bazı yönleriyle ani edimli, bazı yönleriyle sürekli borç doğuran sözleşme olduğu yönünde bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 491. Eser sözleşmelerinin sürekli sözleşme benzeri bir borç ilişkisi olduğuna ilişkin bkz. ALTINOK ORMANCI, s. 42.

²⁵ Yargıtay da genellikle eser sözleşmesinin kural olarak ani edimli bir sözleşme olduğunu kabul etmektedir. *"...eser sözleşmeleri iki tarafa hak ve borçlar yükleyen ani edimli sözleşmelerdendir. Bir sözleşmenin iki tarafa hak ve borçlar yüklüyor olması demek, iki tarafın da o sözleşmeden dolayı hem alacaklı ve hem de borçlu olması demektir. Ani edimli sözleşmelerde, eserin tesliminden önceki bütün çalışmalar eseri meydana getirme çalışmalarıdır."* Yargıtay 14 HD, E. 2009/1786, K. 2009/2803, T. 5.3.2009. (KİB, 24.04.2015).

²⁶ TBK'nın 126. maddesine göre; *"İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir."*

edim borcunun bu özelliği yönünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi inşaat sözleşmeleri "geçici sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır." şeklinde ifade etmiştir²⁷.

3. Eser Sözleşmesi Rızai Bir Sözleşmedir

Eser sözleşmesi, tarafların esaslı unsurlar üzerinde karşılıklı irade beyanlarının uygunluğu ile kurulmuş olur. Eseri teslim ve bedel ödeme tarafların karşılıklı asli borçlarını oluşturur. TBK 481 hükmüne göre, tarafların işin yapılması için anlaşmalarına rağmen bedel belirlenmemişse, sözleşme gene de geçerli şekilde kurulmuş sayılacak, bedel işin yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine göre belirlenecektir.

4. Eser Sözleşmesi İvazlı Bir Sözleşmedir

Yüklenici, bir bedel karşılığında bağımsız bir eseri meydana getirme ve teslim borcu altına girmektedir. İş sahibinin bedel ödeme borcu için TBK'nın 470. maddesinde "bedel ödeme" kavramı kullanılmıştır. İvazsız bir eser sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Bu özelliği eser sözleşmesini vekalet sözleşmesinden ayırmaktadır. Zira vekalet sözleşmesi ücretli veya ücretsiz yapılabilir. İş sahibinin bedel ödeme borcu ise eser sözleşmesinin zorunlu unsurunu oluşturur.

Eser sözleşmesinin özel bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibi genellikle bedel yerine arsa payını yükleniciye devretmeyi borçlandığından, bu sözleşmelerin karma nitelikte olduğu kabul edilmektedir²⁸. Çünkü arsa payı

²⁷ "Yargıtay Büyük Genel Kurul, E. 1983 / 3, K. 1984 / 1, T. 25.01.1984. SİB (27.03.2015). İnşaat sözleşmelerinin ani edimli sözleşmeler olduğuna ilişkin bkz. ÖZ Turgut; İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013, s. 181 (bundan sonra "ÖZ, İnşaat Sözleşmesi" şeklinde anılacaktır). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani-sürekli edim karmaşığı bir nitelik taşıdığına ilişkin bkz. Yargıtay 15.Hukuk Dairesi E. 1996 / 6770, K. 1997 / 1356, T. 13.03.1997.(SİB, 27.03.15). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani nitelikte olduğuna ilişkin bkz. SOMER Pervin; Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Yaklaşım Dergisi, S. 9, s. 122; AKKAYAN Yıldırım Ayça; Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Sonuçları, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, Ekim 2014, s. 61-62.

²⁸ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici eseri meydana getirme iş sahibi ise sözleşme konusu arsa paylarını yükleniciye devretmeyi borçlanmaktadır. Bu nedenle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi karma bir sözleşmedir. Bkz. SOMER, s. 122; UYGUR, C.II, s. 1216; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 18; BÜYÜKAY, Eser, s. 37; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s.557; ERGEZEN, s. 56; COŞKUN Gürkan; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan 3. Kişinin Hukuki Durumu, Ankara 2010, s. 26. Karma sözleşmeler de kendi içerisinde bazı çeşitlere ayrılmakla birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin çifte tipli karma sözleşmeler oldukları

karşılığı inşaat sözleşmelerinde taşınmaz satışı veya taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri ile eser sözleşmesine ait unsurlar bir arada bulunmaktadır²⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin bedel yerine arsa payını yükleniciye devretmeyi borçlanması sözleşmenin ivazlı olma niteliğini değiştirmemektedir. Burada ivaz para değil, arsa payıdır.

D. Eser Sözleşmesinin Unsurları

1.Genel Olarak

Eser sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, yüklenici eseri meydana getirme ve teslim, iş sahibi ise bedel ödeme borcu altına girer. Böylece eser sözleşmesinin unsurlarını bir eser meydana getirme ve bunun teslimi³⁰, bedel ödeme ve tarafların bu konuda anlaşması oluşturur.

2. Bir Eser Meydana Getirme ve Teslim

Eser sözleşmesi ile yüklenici bağımsız bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Bu da eser sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırmaya yarayan temel unsurdur. TBK'nın 470. maddesinde yüklenicinin bir eser meydana getirmesinden söz edilmektedir³¹. Eser meydana getirme kavramı yalnızca yeni bir eser meydana

kabul edilmektedir. Bkz. YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 12; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 18; DURAK, s. 211; YENER Mehmet Deniz; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul 2011, s. 4-5. (bundan sonra "YENER, Arsa Payı" şeklinde anılacaktır.)

²⁹ Karma sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde çeşitli yöntemler mevcuttur. Bunlar soğurma, bertaraf etme, birleştirme ve kıyas teorileridir. Ayrıntılı açıklama için bkz. KUNTALP Erden; Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s. 121 vd; FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin; Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C.I, İstanbul 1980, s. 60; AKYOL Şener; Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), İstanbul 1984, s. 10; SEROZAN Rona; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002, s. 69-70. ARAL/AYRANCI, s. 63-64; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 12-13. Türk hukukunda baskın olan görüş, kıyas görüşüdür. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 20; YENER, Arsa Payı, s. 5-6. Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine her edime alındığı sözleşmeye ait kuralların doğrudan uygulanmasını kabul etmektedir. Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 18; KUNTALP, s. 138. Yarg. HGK T.09.06.1982, E.79/15-1613, K.1982/565.

³⁰ "Genel olarak eser sözleşmelerinde yüklenici, belli bir sonucu meydana çıkararak onu iş sahibine teslim etmeyi taahhüt eder. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin "eseri meydana getirme borcu" dayanağını Borçlar Kanununun 355. maddesinden alır. Anılan hükme göre; "istisna bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibinin) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder." Yasada "şey" olarak ifade edilen "eser"dir. Bir iş görerek eseri meydana getirmek ve meydana getirilen eseri iş sahibine teslim etmek (arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, binayı sözleşmeye, amacına ve fen ve sanat kurallarına uygun imal ederek arsa sahibine teslim etmek) yüklenicinin ana borcudur." Yargıtay, 14. Hukuk Dairesi, E. 2014 / 988, K. 2014 / 5221, T. 18.04.2014. (SİB, 27.03.15)

³¹ Bu hükme karşılık gelen Eski BK'nın 355. maddesinde ise "bir şey imali"nden söz edilmektedir. "meydana getirme" ifadesinin gayrı maddi sonuçların da eser sözleşmesi sayılması gerektiği yönündeki görüşleri desteklediğine ilişkin bkz. ÖZ Turgut; Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği

getirme şeklinde dar yorumlanmamalıdır. Bu kavram daha geniş yorumlanmalı ve yeni bir eser meydana getirme kadar zaten var olan bir eserde değişiklik yapma, var olan bir esere ilave yapma, var olan bir yapıyı onarma veya mevcut yapıyı tamamen ortadan kaldırma da bu kapsamda değerlendirilmelidir³². Burada önem arz eden çalışma sonucunda ortaya çıkan eserin eskisinden farklı olmasıdır.

Acaba sadece maddi varlığı olan eserler mi eser sözleşmesinin konusu olacaktır? Örneğin bir bina inşa edilmesi, otomobil tamir edilmesi maddi bir varlığı olduğundan eser sözleşmesinin konusu olabileceken; maddi varlığı olmayan örneğin konser verilmesi eser sözleşmesinin konusu olabilecek midir? Eser kavramına nelerin gireceği doktrindeki tartışmalı konulardan bir tanesidir. Genel olarak kendi içinde bütünlüğe sahip ve bağımsız nitelik taşıyan maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesinin eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir³³. Böylece, eser sözleşmesinde önemli olan belirli bir sonucun meydana getirilmiş olmasıdır³⁴. Yargıtay kararlarında da maddi bir varlığa sahip olmayan edimlerin eser sözleşmesinin konusu olabileceği kabul edilmektedir³⁵. Belirtelim ki,

Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2012, s. 109. (Bundan sonra “ÖZ, Yenilikler” şeklinde anılacaktır).

³² EREN, Özel Hükümler s.559; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 509; BÜYÜKAY, Eser, s. 35; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.748; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 23; ARTUKMAÇ, s. 13; SELİÇİ Özer; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, 1978, s. 6 (Bundan sonra “SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu” şeklinde anılacaktır). BAYGIN, s. 13.; ERMAN, Beklenilmeyen Hal s. 16; BECKER Herman; İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, (çeviren A. Suat Dura), Bern 1934, s. 590; KOLLER, Werkvertrag, N. 59, s. 23; ALTAŞ Hüseyin; Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002, s. 45.(bundan sonra “ALTAŞ, Telef Olma” şeklinde anılacaktır) Hatta, bir şeyi ortadan kaldırma, yok etme de eser sözleşmesinin konusu olabilir. Bkz. AYDEMİR, s. 26.

³³ TUNÇOMAĞ Kenan; Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 952-953. (bundan sonra “TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri” şeklinde anılacaktır); YAVUZ, Özel hükümler, s. 987; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.747; DİRİCAN, s. 7; BÜYÜKAY, Eser, s. 32; EREN, Özel Hükümler, s.588.; USTA, s.3; BAYGIN, s. 8; ERMAN, Beklenilmeyen Hal, s. 14; UYGUR, C.II, s. 2126; ALTAŞ, Telef Olma, s. 56; AYDEMİR, s. 25. Tandoğan’a göre, iş görmenin maddi olmayan sonucunun ancak bazı sınırlamalarla eser sözleşmesinin konusu olabilir. Bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 21. Yapı daima maddi bir varlık olduğundan inşaat sözleşmelerinde bu tartışmaya gerek olmadığına ilişkin bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 6; BECKER, s. 590. Maddi olmayan şeylerin eser sözleşmesinin konusu olmayacağına ilişkin bkz. KOLLER, Werkvertrag, N.36, s. 14.

³⁴ KOLLER, Werkvertrag, N.38, s. 15. “*Borçlar Yasası'nın 355. maddesi hükmünde tanımlandığı üzere; eser sözleşmesinde yüklenici iş sahibinin ödemeyi üstlendiği ücret karşılığında bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Eser (istisna) sözleşmesinin konusu, bir sonuç ve herhangi bir biçim altında çalışma ile bütünleşmiş bir üründür. Bu kapsamda, genellikle emek unsuru ağır basan bir çalışma ürünü olup bütünlük arzeden ve ekonomik değeri olan her hukuksal varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın bir eser sayılmaktadır.*” Yarg. 15. HD. , 2012/6827, K. 2012/7647, T. 5.12.2012. (KİB, 30.03.2015). Aynı yönde Yarg. 15. HD., E. 2003/2922, K. 2003/3957, T. 16.9.2003. (KİB, 30.03.2015)

³⁵ “*Somut olayda, sözleşmenin 2 ve 3. maddelerinde yüklenici şirketin üstlendiği edimler sayılmıştır. Buna göre, yapımcı yüklenici şirketin edimi, iş sahibi şirketin çekimlerinin ve montajının yapılması ile yayına hazır hale getirilmesi ve ...□ isimli programın içinde yayınlanmasını sağlamaktan ibarettir.*”

maddi varlığı olmayan edimler eser sözleşmesine konu sayılmadıkları takdirde, vekalet sözleşmesi sayılarak kanunun buna ilişkin hükümlerine (TBK mad.502-514) konu olacaklardır. Bu takdirde, borcun konusu bir sonuç taahhüdü değil, sadece işin özenle görülmesinden ibaret olacaktır. Genel olarak diyebiliriz ki, eser sözleşmesinin varlığı işi yaptıran için, vekalet sözleşmesinin varlığı işi yapan için daha elverişli olacaktır.

İnşaat sözleşmeleri bakımından ise, bu sözleşmelerin konusunu yapılar teşkil eder. İnşaat sözleşmelerinde yapı ise daima maddi bir varlığa sahiptir³⁶. Diğer eser sözleşmelerinde de sözleşme konusu genellikle maddi bir sonuçtur. Buna karşın tüm çerçevesiyle eser sözleşmesinin konusu maddi eserlerden daha geniştir. Zira yukarıda da değindiğimiz gibi maddi varlığı olmayan şeyler de eser sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir. Bir projenin, bir raporun hazırlanması böyledir.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin asli borcu yalnızca eseri meydana getirme değil aynı zamanda eseri teslim borcudur. Her ne kadar TBK'nın 470. maddesinde yalnızca eserin meydana getirilmesinden bahsedilmiş olsa da³⁷, yüklenicinin borcu bununla sınırlı değildir. İş sahibinin ifaya olan menfaati ancak eserin teslimi ile gerçekleşmektedir.

3. Bedel Ödeme

İş sahibinin temel borcu bedel ödeme borcudur. Yüklenicinin eseri tamamlayıp teslimi ile birlikte iş sahibinin bedel ödeme borcu muaccel hale gelir. İş sahibinin bedel ödeme borcu ve bedel türleri daha sonra eser sözleşmesinde iş sahibinin borçları anlatılırken ayrıntılı olarak inceleneceğinden burada yalnızca atıf yapmakla yetiniyoruz³⁸.

Yüklenici şirketin edimi, ana ve tekrar programların yayınlanması ve iş sahibi şirket için yapılan çekime ilişkin video kasedinin iş sahibi şirkete teslimi ile son bulunmaktadır." 15.HD., E: 2014 / 4893, K. 2015 / 2172 , T. 27.04.2015. (SİB, 02.01.16)

³⁶ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise bir eser meydana getirme unsurunun karşılığını bağımsız bölüm inşa etme borcu oluşturur. DURAK, 209.

³⁷ Eski BK'nun 355. maddesinde TBK'nın 470. maddesindeki metne benzer şekilde eksik olarak teslimden söz edilmemiştir.

³⁸ Bkz. "İş Sahibinin Genel Olarak Borçları" başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

4. Taraflar Arasında Anlaşma

a. Genel Olarak

Eser sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Sözleşmenin tarafları, eser meydana getirmeyi borçlanan yüklenici ve bunun karşılığında bedel ödemekle yükümlü olan iş sahibidir. Sözleşmenin kurulabilmesi için yüklenici ve iş sahibinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığı gerekir. Karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarıyla sözleşme kurulmuş olur. Tarafların sözleşme yapma ehliyetine sahip olmaları gerekir. Bu nedenle küçük veya kısıtlının bu sözleşmeyi geçerli bir şekilde yapabilmeleri için TMK mad.16 uyarınca kanuni temsilcilerinin rızası aranır.

b. Sözleşmenin Şekli

Eser sözleşmeleri kural olarak herhangi bir şekle tabi kılınmamıştır³⁹. Bu durumda taraflar açık veya zımni birbirine uygun irade beyanlarıyla sözleşmeyi meydana getirebilirler. Her ne kadar eser sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı kılınmamış olsa da sözleşmenin varlığının ispatında birtakım sorunlarla karşılaşılabilir. Zira HMK mad. 200 gereğince bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekecektir. Uygulamada eser sözleşmesi niteliğinde olan inşaat sözleşmeleri çok yüksek meblağlar içeren sözleşmelerdir. Bu nedenle sözleşmelerin irade ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar göz önüne alınarak yazılı şekilde yapılması yerinde olur⁴⁰.

Kanun koyucu tarafından şekle tabi kılınmamış olan eser sözleşmesinin, şekle tabi olarak yapılması hususunda taraflar anlaşmış olabilir. Zira TBK mad. 17 gereğince, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz. Eğer taraflar sözleşmenin yalnızca yazılı olarak yapılacağını kararlaştırmışlarsa aynı maddenin 2. fıkrası gereğince yasal yazılı şekle ilişkin hükümler uygulanacaktır.

³⁹ Bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2001/4537, K. 2002/56, T. 14.1.2002. (KİB 30.03.2015). Bkz.; UYGUR, C.II, s. 2131.

⁴⁰ Bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 14. "...yukarıda vurgulandığı üzere eser sözleşmesinin geçerliliği için bir şekil şartı aranmamasına rağmen 6100 sayılı HMK 200 ve 201. maddeleri uyarınca alacak miktarı da nazara alındığında akdi ilişkinin varlığının ve teslim olgusunun ispeti yönünden yazılı belge aranmaktadır." YHGK, 28.11.2012, 2012/15-569-900. (KIRMIZI, s. 413).

Taraflarca akdedilen eser sözleşmesinde yapılacak değişikliklerin hangi şekilde yapılacağı ise yine genel hükümlerle çözümlenecektir. Zira kanunkoyucu eser sözleşmesini herhangi bir şekle tabi kılmadığından sözleşmede yapılacak değişiklikler de TBK mad. 13/f.1 gereğince herhangi bir şekle tabi olmayacaktır. Taraflar anlaşarak eser sözleşmesini şekle tabi kılmışlarsa bu sözleşmelerde yapılacak değişikliklerde de yine aynı şekle uyulması gerekecek midir? Konuya ilişkin TBK'nın 13. maddesine göre, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Maddede yalnızca kanunen şekle tabi kılınmış sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin aynı şekle tabi olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle iradi şekilde, bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Taraflarca şekle tabi kılınmış bir eser sözleşmesinde yapılacak değişiklikler herhangi bir şekle tabi değildir. Fakat tarafların sözleşme değişikliklerinin de ancak yazılı olarak yapılırsa geçerli olacağını ayrıca kararlaştırmaları mümkündür.

Önemle belirtmek gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri hem eser hem de taşınmaz satımı veya satış vaadi sözleşmesinin unsurlarını taşıdığından karma sözleşmedir. Bu sözleşmede bir taşınmazın devri veya devrine dair sözleşme yapma vaadi söz konusu olduğundan şekle tabidir⁴¹. Bu sözleşmeler resmi şekilde yapılır. Resmi şekli ise, noterler verir⁴². Fakat tarafların tapu sicilinde resmi senetle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yapmalarına teorik olarak bir engel yoktur. Kuşkusuz ki bu sözleşmelerde yapılan değişikliklerin de aynı şekle uyularak yapılması gerekir. Meğerki sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler olsun.

Bir tarafını kamu kuruluşlarının teşkil ettiği inşaat sözleşmelerinde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun uygulamasına giren durumlarda bu sözleşmelerin geçerliliği özel bir şekle tabi kılınmıştır. DİK'e tabi sözleşmelerin noterde imzaların

⁴¹ "Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bir yandan hiçbir şekle tabi olmayan inşaat yapımına ilişkin hükümler bulunmakta iken diğer yandan arsa sahibinin karşı edimi olan arsadaki bir bölüm mülkiyeti yükleniciye geçirme borcu da bulunur. Mülkiyet nakline ilişkin sözleşmelerin Türk Medeni Kanunu'nun 706 ve Borçlar Kanunu'nun 213. maddeleri hükmünce resmi biçim koşuluna uyularak yapılması zorunlu olduğundan iki tipli karma sözleşme özelliği gösteren arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin geçerliliği kuşkusuz şekil şartına bağlıdır." Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2007/247, K. 2007/4636, T. 20.4.2007. (KİB 30.03.2015). Benzer şekilde, Yargıtay 15. HD., E. 2002/6353, K. 2003/2228, T. 28.4.2003 (KİB 30.03.2015)

⁴² (Tapu Kanunu mad. 26, Noterlik Kanunu mad. 60). Bkz. ÖZ, İnşaat s. 6; ATAMULU İsmail; Kat Karşılığı İnşaat sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014, s.41. HALİS Gizem; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekil ve Şekle Aykırılık, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.9, S.100, Aralık 2014, s. 214.

onaylanması şeklinde yapılması gerekir. Sadece taraflarca imzalanmış yazılı sözleşme yeterli değildir. Böylece bu sözleşmelerin noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekmez. Yalnızca noterde imzaların onaylanması sözleşmenin geçerliliği için yeterlidir⁴³.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamına giren sözleşmelerde Kanununun 46. maddesinde 2003 yılında yapılan değişiklikten evvel sözleşmelerin geçerliliği idarece hazırlanan yazılı metnin yüklenici tarafından imzalandıktan sonra noter onayına bağlı tutulmuştu⁴⁴. Oysa 2003 yılında yapılan değişiklik ile bu zorunluluk ortadan kaldırılmıştır. Zira 4734 Sayılı kanununun 46. maddesine göre, “*yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylattırılması zorunlu değildir.*” Görülüyor ki, yüklenicinin ortak bir girişim olduğu durumlarda sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için tüm ortakların imzası gerekecektir⁴⁵.

Şekle aykırılığın sonucu kural olarak kesin hükümsüzdür. Yapılan sözleşme geçersiz olur. Şekle aykırı sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü her zaman ileri sürülebilir ve hakim de resen dikkate alır⁴⁶. Ancak bazı durumlarda şekle aykırılığı ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması sayılarak dürüstlük kuralına aykırı olabilir. Hakim, olayın tüm şartlarını değerlendirerek şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmeyeceğini takdir edecektir⁴⁷.

⁴³ DİK mad. 57’de sözleşmenin şekli ; “*Sözleşme yapılması gerekli olan hallerde müteahhit veya müşteri 31 inci maddeye göre onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığının vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi, idareye vermek zorundadır.*” şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁴ Bkz. Öz, İnşaat, s. 5.

⁴⁵ Aynı yönde düzenleme 46. maddede 2003 yılında yapılan değişiklik öncesinde de mevcuttu. Zira maddenin eski metni şu şekilde kaleme alınmıştı: “*Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanarak notere onaylattırılır ve tescil ettirilir. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır*”

⁴⁶ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 102; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 236; OĞUZMAN/ÖZ, C. II, s. 157. EREN, Genel Hükümler, s. 289 vd.; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 151; İNAN/YÜCEL, s. 225.

⁴⁷ Bkz. AKYOL Şener; Dürüstlük Kuralı ve Hakkın kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006, s. s.80. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E. 1987/2, K. 1988/2, T. 30.9.1988. (KİB, 24.04.2015). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından Yarg. 15 HD., E.1990/513, K. 1990/3703, T. 1.10.1990. (KOSTAKOĞLU, s. 106)

II. ESER SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

A. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

1. Eseri Meydana Getirme ve Teslim Borcu

Eser sözleşmesinde yüklenicinin temel borcu eseri meydana getirme ve teslim borcudur. Yüklenici ancak teslimle birlikte bedel almaya hak kazanır. Yüklenicinin eseri meydana getirme borcu açıkça TBK mad. 470 hükmünde belirtilmişken, teslim borcu özel olarak düzenlenmemiştir. Buna karşın eser sözleşmesine ilişkin bazı hükümlerde – örneğin TBK mad. 474 hükmü- teslim borcundan söz edilmiştir.

a. Eseri Meydana Getirme

Yüklenicinin bağımsız bir eseri meydana getirme borcundan eser sözleşmesinin tanımına ilişkin 470. maddesinde açıkça söz edilmiştir. Devamı maddelerde ise, bazı durumlarda işin başkası tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. İfa yardımcılarının ve alt yüklenicilerin borca aykırı davranışlarından ve dolayısıyla TBK mad. 473 hükmüne aykırı davranışlarından esas yüklenici sorumlu tutulacağından, çalışmamız bakımından kısaca yüklenicinin bağımsız bir eseri meydana getirme borcunun ifasında yardımcı şahıslardan ve özel olarak da alt yüklenicilerden yararlanma imkanına ve bunun sonuçlarına değinmekte yarar görüyoruz.

(1) Eseri Şahsen Meydana Getirme Borcu

Kural olarak yüklenici eseri bizzat meydana getirmekle yükümlüdür. Zira, TBK'nın 471. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesine göre yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Kanunkoyucu bu temel prensibi yalnızca yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz ettiği eser sözleşmeleri açısından kabul etmiştir. Örneğin bir ressam, sözleşmeye konu resmi bizzat yapmakla yükümlüdür. Bu temel kuralın istisnasına ise aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer verilmiştir. Böylece yüklenici, eserin meydana getirilmesinde kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir. Bu noktada uygulamada inşaat sözleşmelerinde yüklenici bazı iş kısımlarını bu alanda daha uzman alt yüklenicilere yaptırmaktadır.

TBK'nın eser sözleşmesinin ifasına ilişkin 471. maddesinin TBK'nın 83. maddesinin istisnasını teşkil ettiği kabul edilmelidir. Çünkü TBK mad. 83 gereğince borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça

borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Buna karşın TBK mad. 471’de kural olarak borçlu tarafından ifa zorunluluğu kabul edilmiştir⁴⁸.

TBK’nın 471. maddesi emredici nitelikte değildir. Böylece bir eser sözleşmesinde taraflar, eserin meydana getirilmesinde her ne kadar yüklenicinin kişisel özellikleri önem arz ediyor olsa da, başkası tarafından da ifa edilebileceğini kararlaştırabilirler⁴⁹. Yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı bir durumda tersinin (eserin bizzat yüklenici tarafında hazırlanmasının) kararlaştırılması da mümkündür. Yüklenicinin işi bizzat yapma ve kontrolü altında başkasına yaptırma yükümlüğü bulunmasına rağmen buna aykırı davranması borca aykırılık teşkil eder. Bu durumda, imkânsızlık söz konusu değilse, iş sahibinin başvuracağı hukuki yol yükleniciyi temerrüde düşürmektir⁵⁰. Bu durumda iş sahibi, aynen ifa ve gecikme tazminatını isteyebileceği gibi mehil tayin ederek karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü hükümlerine dayanarak diğer iki seçimlik hakkını da kullanabilir. Bunlar, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini veya sözleşmeden dönmedir⁵¹.

(2) Yardımcı Kişi Kullanılmış Olması

Eserin bizzat meydana getirilmesinden yardımcı kişiye başvurulamayacağı sonucu çıkarılmamalıdır⁵². TBK 471 hükmünde yer alan “ *kendi yönetimi altında yaptırmak*” ifadesinden bu sonuç rahatlıkla ortaya çıkmaktadır. Kaldı ki uygulamada özellikle inşaat sözleşmelerinde borcun ifasında yardımcı kişi kullanılması zorunludur. Eserin inşası çok sayıda yardımcı kişi vasıtasıyla yerine getirilmektedir. Bu durumda yardımcı kişilerin sebep oldukları borç ihlallerinden yüklenici sorumludur. Yardımcı kişilerin sebep olduğu borç ihlallerinden ve iş sahibine verdiği zararlardan yüklenicinin sorumluluğu TBK’nın 116. maddesine göre tayin edilir.

⁴⁸ Bkz. HUGUENIN, N. 3139, s. 935; HONSELL, s. 285; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 72; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 258; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 25; BAYGIN, s. 22; KILIÇOĞLU Ahmet M, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHF, 1976, Sayı: 1-4; C: 32, s. 188. (bundan sonra “KILIÇOĞLU, Müteahhit” şeklinde anılacaktır); DOĞANOĞLU Ali Erden/UZUNKAYA Mehmet Celal; Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Bizzat Meydana Getirme Veya Kendi İdaresi altında Yaptırma Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, Ankara 2008, s.345; YAVUZ Nihat; Ayıplı İfa, Ankara 2012, s. 459. (Bundan sonra “YAVUZ, Ayıplı İfa” şeklinde anılacaktır).

⁴⁹ ERGEZEN, s. 39; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 521; EREN, Özel Hükümler, s.604; YAKUPPUR, s.27.

⁵⁰ Bu durumu vadeden evvel tespit eden iş sahibi ise, TBK mad. 473/f.2’ye dayanarak ikame yükleniciye başvuru hakkını kullanabilir.

⁵¹ YAKUPPUR, s. 28; KILIÇOĞLU, Müteahhit, s. 191.

⁵² KILIÇOĞLU, Müteahhit, s. 189; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 24; KOLLER, Werkvertrag, N. 40, s.15.

Ancak sözleşmede yardımcı kişi kullanılması yasaklanmış olabilir⁵³. Buna rağmen yardımcı kişiye başvuran yüklenici, sırf bu fiili ile borca aykırı davranmış olur.

Yardımcı şahısların verdiği zararlardan yüklenici ancak işi kendisi yapmış olsaydı dahi gene aynı zararın doğacağını ve kendisinin de kusurlu sayılmayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁵⁴. Bu durumda yardımcı kişi kullanmakla zarar arasında nedensellik bağı yok demektir. Ancak yardımcı kişilerin verdiği zararlardan sorumluluğu TBK mad. 116/f.3'e dayanarak sınırlandırılan veya kaldıran anlaşmalar yapılmış olabilir.

(3) İşin Alt Yükleniciye Bırakılması

Yüklenicinin edimi bizzat yerine getirme yükümlülüğü yok ise, başka bir ifadeyle eser sözleşmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli değil ise, eserin meydana getirilmesini bir başka yükleniciye bırakabilir⁵⁵. Bu şekilde alt yüklenicilik ilişkisi söz konusu olur⁵⁶. İşin alt yükleniciye bırakılmış olması birtakım hukuki sonuçları da beraberinde getirir.

İlk olarak iş sahibi, alt yüklenici ile asıl yüklenici arasında yapılan sözleşmenin tarafı değildir⁵⁷. Esasen alt yüklenicilik sözleşmesi de bir eser sözleşmesidir. Alt yüklenicilik sözleşmesiyle işin tamamı veya bir kısmı alt yükleniciye bırakılabilir. Özellikle inşaat işlerinde bu yola daha çok başvurulmaktadır. Bir bina inşası borcu

⁵³ Borçlunun ifa yardımcılarının verdiği zararlardan sorumluluğa ilişkin geniş bilgi için bkz. ŞENOCAK Zarife; Borçlunun İfa Yardımcılarından Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 57 vd. (bundan sonra "ŞENOCAK, İfa Yardımcıları" şeklinde anılacaktır); KILIÇOĞLU, Müteahhit, s. 192; İNAN/YÜCEL, s. 614.

⁵⁴ Doktrinde bu durumu ifade etmek amacıyla "farazi kusur" ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. ŞENOCAK, İfa Yardımcıları, s. 210. Yüklenicinin tüzel kişi olduğu durumlarda da tüzel kişinin organlarının davranışı tüzel kişinin davranışı sayılacağından organının olaydaki yardımcı kişi gibi davranması durumunda kusurlu sayılmayacağı sonucuna varıyorsa tüzel kişi sorumlulukta kurtulabilir. Bkz TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 76.

⁵⁵ Böylece eserin başkası tarafından yapılabileceği durumu pratikte çok karşılaşıldığı için eserin bizzat yapılması sanki istisna haline gelmiştir. HUGUENIN, N. 3140, s. 935. Yüklenicinin borçlandığı edim çeşitli işlerden oluşuyorsa ve bunların sadece bir bölümü için yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa kalan bölümü başka bir kişiye yaptırabilir. Bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 72; YAVUZ, Ayıplı İfa, s. 466; TANDOĞAN Haluk; Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu(Joint Venture), Prof. Dr. Hikmet Belbez'in Anısına Armağan, BATİDER, Aralık 1986, C. XIII, S.3-4, s. 58-59.(Bundan sonra "TANDOĞAN, Yardımcı Kişi" şeklinde anılacaktır)

⁵⁶ AKKANAT Halil; Taşeronluk(Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 69 vd. (Bundan sonra "AKKANAT, Taşeronluk" şeklinde anılacaktır); ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 10; EREN, Özel Hükümler, s. 604; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 521; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 77; ERİŞEN Muhammet; Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Ankara 2011, s. 6. Doktrinde alt yüklenicilik yerine taşeron kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. KARADAŞ, s. 111.

⁵⁷ ERMAN Hasan; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2010, s. 45. (Bundan sonra "ERMAN, Arsa Payı" şeklinde anılacaktır); ERŞEN, s. 21; TANDOĞAN, Yardımcı Kişi, s. 71.

altına giren yüklenici, inşaatın doğrama işini, boyama işini, döşeme işini başka başka yüklenicilere bırakmaktadır.

Alt yüklenicilik sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsızdır⁵⁸. Bu özelliği gereği, iş sahibi ile alt yüklenici arasında sözleşmesel ilişki bulunmadığından iş sahibinin bu sözleşmeden kaynaklanan bir borcunun bulunduğundan söz edilemez. Örneğin, inşaatın doğrama işini yapan alt yüklenici bundan doğan bedel alacağını iş sahibinden talep edemez⁵⁹. Zira o yalnızca bu bedeli aralarındaki alt yüklenicilik sözleşmesine dayanarak asıl yükleniciden talep edebilecektir⁶⁰.

Alt yüklenici bedel alacağını asıl yükleniciden talep edecek olsa da, bazı durumlarda asıl yükleniciye bedel alacağını ödemiş olan iş sahibi gene de alt yükleniciye karşı belli sınırlarla sorumlu olabilir. Çünkü alt yüklenicinin tescile tabi kanundan doğan bir ipotek hakkı mevcuttur. Zira TMK'nın 893/b.3'e göre, bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkârlar kanuni ipotek haklarının tescilini isteyebilirler. Hatta alt yüklenicilerin ipotek hakkı asıl yüklenicinininkinden bağımsızdır⁶¹. TMK mad. 893 gereğince yalnızca asıl yükleniciler değil alt yükleniciler de alacakları için ipotek tesis ettirebilirler⁶². Böylece esas yüklenici kendi alacağı için taşınmaz üzerinde ipotek tesis ettirmiş olsa bile alt yüklenici de alacağı için ipotek tesis ettirebilir. Görülüyor ki alt yükleniciye karşı borçlu olmayan

⁵⁸ EREN, Özel Hükümler, s. 606.; YAKUPPUR, s. 33; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 10; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 84; BAYGIN, s. 22. Bu iki sözleşmenin birbirinden bağımsız oluşunun yarattığı dezavantajlardan korunmak amacıyla alt istisna sözleşmesinin asıl sözleşmeye bağlanması gerektiğine ilişkin bkz. YALÇINDURAN Türker; Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s. 57; YAVUZ, Ayıplı İfa, s. 466.

⁵⁹ Ancak iş sahibi müteselsil borçlu sıfatıyla borçlu olmayı kabul etmiş veya bedeli ödemeyi garanti etmiş olabilir.

⁶⁰ Alt yüklenicilik ilişkisi ile iş sahibinin eserin bir bölümünü ayrı ayrı yüklenicilere yaptırmasından farklı olduğuna ilişkin bkz. ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 11.

⁶¹ İnşaatçı ipoteği için bkz. REİSOĞLU Safa; Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara 1961, s. 29 vd.; SÜMER N. Binnur; Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanuni İpotek Hakkı, Prof. Dr. Halit Cin'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 603 vd.; UYUMAZ Alper; Yapı (İnşaatçı) İpoteği, EÜHFD, C. XII, S. 1-2 (2008), s. 225 vd.; TEKİNAY, s. 80; OĞUZMAN Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe; Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 964; ESENER Turhan/GÜVEN Kudret; Eşya Hukuku, Ankara 2012, s. 535; YALÇINDURAN, Taşeronluk, s. 207; ERŞEN, s. 120 vd.; YAVUZ, Ayıplı İfa, s. 466; DUMAN Hasan İlker; İnşaatçı İpoteği, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.9, S.100, Aralık 2014, s. 191. (Bundan sonra "DUMAN, İpotek" şeklinde anılacaktır).

⁶² "Bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yükleniciler kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilir". Yargıtay 15 HD, E. 2006/6606, K. 2008/960, T. 18.2.2008. aynı yönde Yargıtay 15 HD. E.2012/6837, K. 2012/7621, T. 4.12.2012 (KİB, 24.04.2015)

iş sahibi buna karşın teminat yükümlüsüdür⁶³. İş sahibi ipotek yönünden sorumluluğu tescil edilen taşınmazla sınırlıdır⁶⁴.

Alt yüklenicinin eseri sözleşmeye göre meydana getirme borcu iş sahibine değil asıl yükleniciye karşıdır. Bu nedenle iş sahibinin bu konuda talep yetkisi yoktur⁶⁵. Alt yükleniciden ancak asıl yüklenici borcun ifasını talep edebilir.

Yüklenicinin işi başkasına yaptırma yetkisinin bulunduğu durumlarda alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zarardan esas yüklenici TBK mad. 116 gereğince sorumlu olacaktır. Zira burada asıl yüklenicinin sorumluluğu yardımcı şahısların verdiği zararlardan sorumluluğa ilişkin kurallara tabidir⁶⁶.

BİGS'nin 17. maddesinde yüklenicinin bizzat işinin başında bulunması gerektiği belirtilmiştir⁶⁷. Müteahhit veya vekilinin, istenildiği zaman işlerle ilgili denetimler ve çalışmalar sırasında kontrol teşkilatı ile birlikte bulunmaları gereklidir. Yine, Şartnamelerinin 46. maddesine göre, işin başkasına yaptırılması iş sahibinin onayına bağlı tutulmuştur⁶⁸.

⁶³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY/ÖZDEMİR, s. 964; DUMAN, İpotek, s. 191.

⁶⁴ İnşaatçı ipoteği sebebiyle ikinci ödeme tehlikesinden korunmak isteyen iş sahibi, asıl yüklenici ile yaptığı sözleşmeye alt yükleniciye ödemeyi kendisinin yapacağına ilişkin hüküm koyabileceği gibi, alt yüklenicinin ücret borcunun ödendiğinin kanıtlanması halinde ödeme yapacağına ilişkin kayıt da koyabilir. Bkz. EREN, Müteahhidin Borçları, s. 67.

⁶⁵ Ancak iş sahibi alt yükleniciye bazı durumlarda doğrudan başvurabilir. Bu duruma örnek olarak, alt yüklenicilik sözleşmesinin iş sahibi lehine tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde yapılması verilebilir. Bkz. KOCAĞA Köksal; İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 77. (bundan sonra "KOCAĞA, İnşaat" şeklinde anılacaktır); ERİŞEN, s. 23. Alt yüklenicilik sözleşmesinde alacaklılar arası teselsülün mümkün olmadığına ilişkin bkz. ACAR Faruk; Türk- İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara 2003, s. 208.

⁶⁶ YAKUPPUR, s. 33.

⁶⁷ BİGS, mad. 17'de yüklenicinin işi bizzat ifa yükümlülüğü, "Müteahhit üstlenmiş olduğu işin devamı süresince, iş yerinden ayrılamaz. Ancak, İdare tarafından kendi yerine kabul edilecek birisini, işlerin gecikmesini ve durmasına hiç bir şekilde yol açmamak şartı ile vekil bırakarak iş başından ayrılabilir. Müteahhit veya vekili işyerinden ayrılmalarını gerektiren zorunlu hallerde, kontrol teşkilatından izin almak zorundadırlar." şeklinde ifade edilmiştir.

⁶⁸ BİGS'nin 46. maddesine göre, " Müteahhit üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez. Devredilebilmesi için birinci derece veya yetkili kılınan ikinci derece ita amirlerinin 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. Maddesi hükümleri uygulanır." Ayrıntılı açıklama için bkz. KULUÇLU Erdal; Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda Sözleşmelerin Devri, Sayıştay Dergisi, Sayı. 49, s. 102.

b. Teslim Borcu

(1) Genel Olarak

Eser sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli özelliğinin bağımsız bir eser meydana getirme borcu olduğuna daha önce değinmiştik. Yüklenici ancak eseri meydana getirip teslim ettiğinde yani iş sahibinin ifaya olan menfaati gerçekleştiğinde borcunu ifa etmiş sayılır. Eserin meydana getirilmesi yüklenicinin temel borcu olmakla birlikte yalnızca meydana getirilmekle borcu sona ermemektedir. Borcun sona ermesi için teslim gerekir. Yüklenici, eseri teslim ile borcunu ifa etmiş sayılacak olsa da TBK’da açıkça teslim borcundan söz edilmemiştir. Zira TBK mad. 470’de yüklenicinin yalnızca bir eser meydana getirmeyi borçlandığı belirtilmiştir.

Her ne kadar TBK’nın 470. maddesinde teslim kavramından söz edilmemiş olsa da TBK’nın eser sözleşmesine ilişkin diğer hükümleri arasında teslimden söz edildiğini görmekteyiz⁶⁹. Zira, TBK’nın eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin 474. maddesinde iş sahibinin eseri teslimden sonra gözden geçirme ve bildirim külfeti düzenlenmiştir. Kanun koyucunun yüklenicinin teslim borcunu belirtmesi sadece bu hükümle sınırlı değildir. Diğer bazı hükümlerde de yüklenicinin bu borcundan söz edilmiştir. Örneğin, tezimizin konusunu teşkil eden TBK’nın 473. maddesinde, iş sahibine teslim için belirlenen günü beklemeden sözleşmeden dönme imkanı veren bir hükme yer verilmiştir. Yine TBK’nın 479. maddesine göre, iş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur⁷⁰.

Eserin ne zaman teslim edildiğinin belirlenmesi hukuki açıdan önemli sonuçlar doğurmaktadır. Zira iş sahibinin bedel ödeme borcu TBK mad. 479 gereğince teslimle birlikte muaccel olur, TBK mad. 474/f.1 gereğince iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim süreleri teslimle birlikte başlar, TBK mad. 483 gereğince yarar ve hasar teslimle geçer, TBK mad. 478 gereğince ayıptan doğan sorumlulukta

⁶⁹ HUGUENIN, N. 3138, s. 935.

⁷⁰ Yüklenicinin teslim borcunu kabul eden hükümleri çoğaltmak mümkündür. Zira, TBK mad. 478’e göre, “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”

açılacak davalarda zamanaşımı süreleri teslimle birlikte başlar⁷¹. Yine çalışmamızın konusunu teşkil eden TBK 473 hükmü niteliği gereği teslimden önce uygulama alanı bulur.

Eserin teslim zamanı konusunda ise taraflar sözleşmede bir hükme yer vermiş olabilirler. Ancak böyle bir hükme yer verilmemişse yedek hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır. Zira TBK mad. 90'a göre, ifa zamanının taraflarca kararlaştırılmadığı veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadığı durumlarda her borç, doğumu anında muaccel olur. Hükümde doğumu anında ifadesinin kullanılmış olması tarafların sözleşme kurulduğu anda ifa ile yükümlü oldukları anlamına gelmemektedir. Bu ifade dürüstlük kuralı çerçevesinde yorumlanmalı ve borçluya borcun ifası için uygun süre verilmelidir⁷². Uygulamada bu durumlara en çok iş görme sözleşmeleri olan eser sözleşmelerinde karşılaşılmaktadır. Bir bina yapım borcunu üstlenen yüklenicinin kuşkusuz binayı tamamlayabilmesi için makul bir süreye ihtiyacı vardır. Böylece eser sözleşmesinde eserin tamamlanması ile teslim borcu da muaccel olacaktır. Zira sözleşme kurulduğunda anda teslim borcunun da ifasının istenebilir hale geldiğini kabul mümkün değildir. Yüklenicinin eserin tamamlanabilmesi için uygun bir süreye ihtiyacı vardır⁷³.

Eserin teslim edildiğinden söz edilebilmesi için, eser tamamlanmış olmalı ve iş sahibine arz edilmelidir⁷⁴. Bunun sonunda iş sahibinin eseri kabul etmesi gerekir. Aksi halde alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilir⁷⁵. Eserin teslim edildiğini kural olarak yüklenici ispat etmekte yükümlüdür⁷⁶.

Teslimin nerede yapılacağı ise sözleşmede kararlaştırılmış olabilir. Eğer sözleşmede kararlaştırılmamışsa eserin niteliğine bakılarak ifa yeri belirlenecektir. Eğer bir taşınır söz konusu ise TBK mad. 89 gereğince ifa yeri tayin edilir. İnşaat

⁷¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 503.

⁷² FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, C.II, s. 112; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 690; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 324; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 502; İNAN/YÜCEL, s. 592; YENER, Arsa Payı, s. 48.

⁷³ Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, S. 502; BAYGIN, s. 75.

⁷⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 497; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 35.

⁷⁵ Yarg. 15. HD, E. 2014/594, K. 2014/6018, T. 23.10.2014. (KİB, 16.04.2015)

⁷⁶ “Eser sözleşmelerinde yüklenicinin temel borcu bir eser meydana getirmek (somut olayda arsa payı devir karşılığı inşaat yapmak) ve meydana getirilen eseri sözleşmede kararlaştırılan zamanda sözleşme şartlarına uygun olarak arsa sahibine teslim etmektir. Kural olarak, eserin arsa sahibine teslim edildiğini ispat yükleniciye düşer. Maddi bir olay olması bakımından teslim taraflar arasında düzenlenecek bir teslim tutanağı ile ispatlanabileceği gibi diğer yazılı deliller veya tanık sözleri ile de ispatlanabilir.” Yargıtay 15 HD, E. 2003/6321, K. 2004/3464, T. 21.6.2004. Aynı yönde, Yargıtay 15 HD, E. 2002/1758, K.2002/1989, T. 24.4.2002. (KİB, 16.04.2015).

sözleşmelerinde teslimin gerçekleştiğinin kabul edilmesi için ikili bir ayırım yapılması gerekir. Eğer inşaat arsa sahibinin arazisi üzerinde yapılmışsa, yüklenicinin işi tamamlaması ve taşınmazdan tamamen çekilmesi teslim için yeterlidir. Bununla birlikte bazı durumlarda eserin bitmiş olduğunun iş sahibine bildirilmesi teslim için gereklidir⁷⁷. Yapılacak tadilat için evini terk etmiş iş sahibinin, işi bitirip sessizce çekip giden yüklenici kendisine haber vermedikçe, iş devam ediyor kabul edip eve girmemekte haklıdır.

Bu noktada eserin teslim edilmiş olması ile kabulü birbirinden farklı kavramlardır. Kabul ancak eserin tesliminden sonra söz konusu olur. Kabul ile iş sahibi, eserin sözleşmeye uygun olduğunu, ayıptan doğan haklarını kullanmayacağını belirtmiş olur⁷⁸. Kabul, açık olabileceği gibi zımni bir irade beyanıyla da olabilir. Örneğin eserin kullanılması zımni kabul anlamına gelebilir⁷⁹. Eseri kabul eden iş sahibi artık ayıba karşı sorumluluğa ilişkin haklardan yararlanamaz. Yine, eseri teslim alan iş sahibi eseri gözden geçirme ve ayıp varsa yükleniciye bildirme külfetini yerine getirmese eseri bu haliyle kabul etmiş olur.

(2) Teslim Borcuna Aykırılığın Sonuçları

Eserin zamanında teslim edilmemesi halinde yüklenicinin temerrüdü söz konusu olur. Eser sözleşmesinde temerrüt halinde uygulanacak özel hükümlere yer verilmediğinden temerrüde ilişkin TBK'nın genel hükümleri uygulama alanı bulur⁸⁰. Eserin henüz vade tarihi gelmeden zamanında teslim edilemeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda ise TBK mad. 473/f.1 hükmü uygulanır.

Böylece, eseri zamanında tamamlayıp teslim etmeyen yüklenici, iş sahibinin ihtarı ile temerrüde düşer. TBK mad. 117 gereğince, borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse iş sahibinin ihtarına gerek yoktur. Yüklenicinin temerrüde düşmede kusurunun varlığı aranmaz⁸¹.

⁷⁷ ÖZ, İnşaat, s. 146; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 500.

⁷⁸ ŞAHİN Turan; Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara 2012, s. 53. (Bundan sonra "ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu" şeklinde anılacaktır).

⁷⁹ ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 54.

⁸⁰ Benzer şekilde, İsviçre Borçlar Kanunu'nda da özel hüküm bulunmadığından genel hükümler uygulanmaktadır. Bkz. KAİSER Stefan; Vertragsstörungen im werkvertragsrecht, Münster, 2007, N.37; HUGUENIN, N. 3148, s. 938; KOLLER, Werkvertrag, N. 307, s.120.

⁸¹ Yüklenicinin temerrüdüne ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s.139 vd.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 503 vd. BÜYÜKAY, Eser, s. 200 vd.; GÜMÜŞ, s. 36; ARAL/AYRANCI, s.369 vd.; SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s.215 vd.; KURT Leyla Müjde;

Temerrüdün kusura bağlı olan ve olmayan sonuçları bakımından TBK mad. 117 vd. burada uygulama alanı bulacaktır⁸².

Böylece teslimde temerrüde düşen yüklenici, TBK mad. 118 uyarınca gecikmeden dolayı ortaya çıkan zararı gidermekle yükümlü olur. Zira temerrüde düşen borçlu temerrüde düşmede kusuru olmadığını ispat etmedikçe alacaklının uğradığı zararları tazminle yükümlüdür. Yüklenicinin temerrüde düşmede kusurunun varlığı aranmazken, gecikme tazminatında yüklenicinin kusurunun varlığı kabul edilmektedir. Yüklenici ancak temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığını ispat ederek bu zararı tazminden kurtulabilir⁸³. Talep edilecek zarar olumlu zarardır⁸⁴. Olumlu zarar borcun ifa edilmemesinden doğan zararlardır. Yani yüklenicinin eseri teslimde temerrüde düşmese idi iş sahibinin içinde bulunacağı durum ile, geç ifa sebebiyle içinde bulunduğu durum arasındaki farktır⁸⁵.

Eseri zamanında teslim etmeyen yüklenici beklenmedik halden de TBK mad. 119 gereğince sorumlu olacaktır. Böylece temerrüde düşen yüklenici beklenmedik hal dolayısıyla meydana gelen zararlardan da iş sahibine karşı sorumlu olacaktır. Yüklenici, TBK mad. 119/f.2 uyarınca, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu esere zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.

Eser sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olduğundan burada tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Böylece iş sahibi yükleniciye TBK mad. 123 gereğince uygun bir süre vererek, TBK mad. 124'te belirtilen durumlardan birinin varlığı halinde süre vermeksizin, aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

Mehil sonunda iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile kural olarak sözleşme başından itibaren geçersiz hale gelir ve olumsuz zararın tazmini talep edilir. Bu

Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 89 vd.; YAKUPPUR, s. 72 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 760 vd.; OZANOĞLU Hasan Seçkin, İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenecek Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1-2, Yıl: 1999 Haziran- Aralık, s. 71.

⁸² ZEVKİLİLER/GÖKYAYLA, s. 504.; ARAL/AYRANCI, s. 369.

⁸³ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 498; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 715.

⁸⁴ ZEVKİLİLER/GÖKYAYLA, s. 504; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 497; OZANOĞLU, s. 75.

⁸⁵ Olumlu- olumsuz zarar için bkz. ERGÜNE Mehmet Serkan; Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 55 vd.'nda yer alan açıklamalar.

durumda iş sahibi işin tamamlanmasını isteyemeyeceği gibi, yüklenicinin de bedel isteme hakkı ortadan kalkar. Ancak bazı durumlarda sözleşmeden dönme ile sözleşmenin başından itibaren geçersiz olması adaletsiz sonuçlara sebep olacağından sözleşmenin geleceğe etkili olarak sona erdirilmesi yani feshinin söz konusu olması doktrinde ve yargı kararlarında kabul edilmiştir. Bu sonuca çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı bir biçimde değinildiğinden tekrardan kaçınmak maksadıyla ilgili bölüme yollama yapmakla yetiniyoruz⁸⁶.

Uygulamada sıklıkla özellikle büyük inşaat işlerinde ifanın zamanında yapılmaması durumları için ceza koşulu öngörülmektedir⁸⁷. Gecikme nedeniyle zararlarını ispat etmek zorunda olan iş sahipleri bundan kurtulmak amacıyla sözleşmeye ceza koşuluna ilişkin hükümler koymaktadırlar⁸⁸. Sözleşmenin belirlenen zamanda ifa edilmemesi halinde istenecek ceza, ifa ile birlikte talep edilebilir⁸⁹. Yüklenicinin hiç zararı bulunmasa dahi cezayı talep edebilir⁹⁰. TBK mad. 182 hükmü taraflara ceza koşulu miktarını serbestçe belirleme imkanı verdiği için uygulamada sözleşmelere genellikle yükleniciler aleyhine aşırı yüksek ceza koşulu hükümlerine yer verildiği görülmektedir. Bu durumda hakimin aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince talep halinde veya resen aşırı gördüğü ceza koşulunu indirebileceği akla gelirse de, TTK mad. 22 uyarınca tacirler aleyhine ceza indirimi istenemeyeceği unutulmamalıdır. Zira, özellikle inşaat sözleşmelerinde yükleniciler hemen daima tacir olacaklardır. Bununla birlikte, Yargıtay ceza koşulunun tacirin ekonomik olarak

⁸⁶ Bkz. “TBK mad. 473 Gereğince Sözleşmenin Feshine İlişkin Görüşler” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁸⁷ Ancak sözleşmede yer alan ceza koşuluna ilişkin hükümleri dönme cezasından ayırmak gerekir. Dönme cezası taraflardan herhangi birine veya ikisine dilediği zaman belirli bir bedel ödeyerek sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi verir. Böylece eser sözleşmesinde iş sahibine veya yükleniciye veya her ikisine de bu hak tanınmış olabilir. Bu iki kurum nitelik olarak birbirinden tamamen farklıdır. Bu nedenle sözleşmede yer alan hükmün ceza koşulu mu yoksa dönme cezası mı olduğunun tespitinde kanunkoyucu bir karine kabul etmiştir. Böylece böyle durumlarda TBK mad. 179/f.3 gereğince ceza koşulunun var olduğu kabul edilecektir. Zira TBK mad. 179/f.3’e göre; borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi, dönme veya fesih suretiyle sona erdirmeye yetkili olduğunu ispat etme hakkı saklıdır. Dönme cezasına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 352; FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, C.II, s. 395; TUNÇOMAĞ, Genel hükümler, s. 898; OĞUZMAN Kemal /ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 2013, s. 530 vd. (bundan sonra “OĞUZMAN/ÖZ, C.II” şeklinde anılacaktır); GÜNAY Cevdet İlhan; Cezai Şart, (BK m.158-161), Ankara 2002, s. 85. (Bundan sonra “GÜNAY, Cezai Şart” şeklinde anılacaktır); DİRİCAN, s. 31-32; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.800; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 460; İNAN/YÜCEL, s. 568.

⁸⁸ Yükleniciyi temerrüde düşürmek için ihtar çekilmesi aranırken ceza koşulunun talebinde aranmaz. Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 504.

⁸⁹ Ayrıntılı açıklama için bkz. OZANOĞLU, s. 76 vd.’nda yer alan açıklamalar.

⁹⁰ Ceza koşulu burada olduğu gibi ifanın belirlenen zamanda ifa edilmemesi hallerinde kararlaştırılabileceği gibi, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmediği hallerde yükleniciyi ifaya zorlamak için de kararlaştırılabilir. Bkz. SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 273.

mahvına sebep olacak yükseklikte olması halinde Dürüstlük Kuralı uyarınca indirilmesini kabul etmektedir⁹¹ .

Ceza koşulu talep etmek için zararını ispat etmek zorunda olmayan iş sahibi, eğer ceza koşulunu aşan bir zararı varsa bunu TBK mad. 180 gereğince ispat etmekle yükümlüdür. Ayrıca aşkın zararı için iş sahibi yüklenicinin kusurunu da ispat edecektir.

2. Yüklenicinin Zamanında İşe Başlama ve Devam Etme Borcu

Daha önce de belirtildiği gibi, eser sözleşmesine göre yüklenicinin borcu bağımsız bir eser meydana getirmektir. Yüklenicinin bu bağımsız eseri meydana getirebilmesi için kuşkusuz işe başlaması, sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmemesi ve işi zamanında bitirmesi gerekmektedir. İşte Türk Borçlar Kanunu'nun 473. maddesinin ilk fıkrasında yüklenicinin bu yükümlüğü düzenlenmiş ve yükümlülüğe aykırılığın sonuçlarına yer verilmiştir. TBK'nın 473. maddesi ile iş sahibine yüklenicinin işe zamanında başlamaması, işi anlaşmaya aykırı olarak geciktirmesi durumunda veya yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceğinin anlaşılması durumunda sözleşmeden dönme imkanı tanınmıştır.

Eserin tamamlanmasından önce ayıplı olacağını anlaşılması durumunda iş sahibinin sahip olduğu imkanlar ise TBK'nın 473. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre eser henüz tamamlanmadan ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağı kesin olarak belli ise, iş sahibi yükleniciye yapacağı ihtarla vereceği uygun sürede ayıbı gidermesini aksi halde işi üçüncü kişiye yaptıracağını ihtar eder.

Yüklenicinin borca aykırılığının önceden belli olması ve bu durumda iş sahibinin başvurabileceği imkânlar çalışmamızın konusunu oluşturduğundan konu daha

⁹¹Yargıtay kat karşılığı inşaat sözleşmesinde cezanın fahiş olup olmadığının anlaşılması için, sözleşmenin yerine getirilmemesinden dolayı davacının uğradığı zararın tespitinin zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bkz. Yargıtay 15 HD, E. 2008/7818, K. 2009/3871, T. 26.6.2009. (KİB, 24.04.2015) Hakim ceza koşulunu tamamen ortadan kaldıramayacağı gibi niteliğini de değiştiremez. Ayrıca eğer borçlu tacir sıfatını taşıyorsa TTK mad. 22 gereğince cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez. Bkz. ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 355 vd; GÜNAY, s. Cezai Şart, 216 vd. Tacir aleyhine ceza koşulunun indirilemeyeceği ilişkin bkz. Yargıtay 13 HD, E. 2013/5761, K. 2013/16085, T. 13.6.2013 (KİB, 24.04.2015)

sonraki bölümlerde ayrıntılı bir biçimde ele alınacaktır. Bu nedenle burada yalnızca bu genel açıklamaları yapmakla yetiniyoruz⁹².

3. Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu

a. Genel Olarak

TBK'nın 474 vd. hükümlerinde eserin ayıplı teslimi ve bunun hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Teslimden önce eserin ayıplı olacağına anlaşılması durumunda ise TBK mad. 473/f.2 hükmü uygulanacaktır. Vade tarihinden evvel iş sahibinin TBK mad. 473/f.2'ye göre işlem yapmaması vadede eserin ayıplı teslimi halinde TBK 474 vd. hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz.

Tüketici sözleşmesi niteliğindeki eser sözleşmelerinde, eserin yüklenicinin faaliyet alanında hazırlanıp teslim edilecek bir iş veya zaten iş sahibinin zilyetliğindeki bir mala veya organına yönelik bir iş görme (örneğin iş sahibinin evini boyama veya estetik ameliyat yapma) olmasına göre, TKHK mad. 8-12 (ayıplı mala dair) veya mad. 13-16 (ayıplı hizmete dair) hükümleri, TBK hükümlerinden önce uygulanacaktır.

Eserin vade tarihinden evvel ayıplı olacağına anlaşılmasına ilişkin TBK 473/f.2 hükmü açıklanırken, eser sözleşmesinde teslimden sonra ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere çeşitli bölümlerde yollamalar yapacağımızdan, eser sözleşmelerinde genel olarak ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin TBK mad. 474 vd. hükümlerine, bunlardan ayrılan TKHK hükümlerini de belirterek, kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

b. Sorumluluğun Şartları

(1) Eser Teslim Edilmiş Olmalıdır

Eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan sorumluluğu TBK'nın 474 ile 478. maddeleri arasında düzenlenmiştir Türk Borçlar Kanunu'nun 474. maddesinde "eserin tesliminden sonra" uygun bir süre içerisinde iş sahibinin yükleniciye ayıbı bildirmesi gerektiği belirtilmiştir. Böylece yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğunun doğabilmesi için eserin tamamlanarak teslim edilmiş olması gerekecektir. Bir eser ayıplı olmasına rağmen teslim edilmiş olabilir. Eserin teslim edilmiş olduğunun tespit edilmesi, ayıbı ihbar sürelerinin başlangıç tarihinin belirlenmesinde büyük

⁹² Bkz. aşağıda "TBK mad. 473/f.1 Gereğince İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme İmkânı Doğuran Durumlar" başlığı altında yapılan açıklamalar.

önem arz etmektedir. Henüz tamamlanıp teslim edilmemiş bir eserde TBK mad. 474 ve devamı hükümleri uygulanmaz⁹³.

(2) Eser Ayıplı Olmalıdır

Eserdeki ayıp kavramını açıklamadan önce kısaca önemli bir nokta üzerinde durmak gerekir. Eser sözleşmesi ile bağımsız eseri meydana getirme borcu altına giren yüklenicinin sözleşme ile kararlaştırılan eserden başka bir eser inşa edip bunu iş sahibine teslim etmiş olması ayıplı ifa niteliğinde değildir. Burada aliud bir ifanın varlığından söz edilir. Bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümleri değil hiç ifa etmemeye ilişkin genel borca aykırılık hükümleri uygulama alanı bulur⁹⁴.

Eserin eksik ifa edilmiş olması ayıplı ifa ile karıştırılmamalıdır. Bu durumda iş sahibi ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine değil, genel hükümlere dayanarak yüklenicinin sorumluluğuna gidebilir⁹⁵.

İş sahibinin ayıptan doğan hakları kullanılmasını sağlayan ayıp, yükleniciden kaynaklanabileceği gibi, onun yardımcı şahıslarının borca aykırı fiillerinden de doğmuş olabilir⁹⁶. Yüklenicinin sözleşmede belirttiği nitelikleri taşımayan veya dürüstlük kuralına göre var olması gereken nitelikleri taşımayan eser ayıplıdır⁹⁷. Eserde mevcut olan ayıp, satış sözleşmesinde olduğu gibi maddi, hukuki veya ekonomik olabilir⁹⁸. Ayrıca bu ayıbın açık ya da gizli olması da mümkündür⁹⁹. Öncelikli olarak teslim edilen eserin ayıplı olup olmadığının tespitinde eserin sözleşmede belirtilen nitelikleri taşıyıp taşımadığının belirlenmesi gerekmektedir. Taraflar kararlaştırılan vasıfları taşımayan eseri ayıplı olarak kabul edecektir. Taraflar, eserde hangi özelliklerin bulunacağını açık olarak kararlaştırabilecekleri

⁹³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 534. Ancak TBK mad. 473/f.2 deki durumlar saklıdır.

⁹⁴ TBK mad. 473/f.2 hükmünün uygulandığı hallerde vadeden evvel eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağından söz edildiğinden, vadeden evvel aliud ifa hallerinde de TBK mad. 473/f.2 hükmü uygulanır. Aliud ifa için bkz. BÜYÜKAY, Eser, s. 111; GÜMÜŞ, s. 55; ERGEZEN, s. 74; YAVUZ, Ayıplı İfa, s. 1034. Yargıtay bir kararında ayırımı şu şekilde açıklamaktadır: “Ayıplı mal teslimi ile sözleşme konusu şeyden başka bir şeyin teslimini birbirinden ayırmak gerekir. Bu ayırımın önemi uygulanacak olan kanun hükümleri ve meydana çıkacak hukuki sonuçlarında kendini gösterir. Doktrinde ve yerleşik yargı kararlarında satılan şeyin ayıplı olduğu bir başka anlatımla ifanın ayıplı olarak değerlendirildiği durumlarda BK.nun 194. madde hükmünün, aliud teslim söz konusu ise BK.nun 96. maddesi hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir.” Yarg. 19. HD, E. 2004/1917, K. 2004/11686, T. 26.11.2004. (KİB, 16.04.2015)

⁹⁵ Yarg. 13 HD, E. 2013/25184, K. 2013/16764, T. 19.6.2013. (KİB 16.04.2015)

⁹⁶ EREN, Özel Hükümler, s. 628.

⁹⁷ EREN, Özel Hükümler, s. 629; YAKUPPUR, s.53; ERGEZEN, s 70.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 760.; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 530-531; ARAL/AYRANCI, s. 374; BÜYÜKAY, Eser, s. 101.

⁹⁸ EREN, Özel Hükümler, s. 629.

⁹⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 534; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 528.

gibi zimni olarak da kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda sözleşmenin yorumu ile tarafların zimni noktalarda anlaşılabilir anlaşamadıkları tespit edilecektir¹⁰⁰.

Eserin ayıplı olup olmadığının tespitinde başvurulacak ikinci yol dürüstlük kuralıdır. Taraflar ne kadar sözleşmede kararlaştırmamış olsalar da söz konusu eserde dürüstlük kuralına göre var olması gereken nitelikler mevcut değilse eser ayıplıdır. Eser, kullanım amacını yerine getirmelidir¹⁰¹.

(3) Eserin Ayıplı Olması İş Sahibinden Kaynaklanmamalıdır

Eserin ayıplı olması iş sahibinden kaynaklanıyorsa, iş sahibi ayıptan doğan hakları kullanamayacaktır. Bu husus TBK'nın 476. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir; “*eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, işsahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilecek olursa işsahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.*” Böylece, TBK'nın 476. maddesi ile TBK'nın 52. maddesinin özel bir düzenlemesine yer verilmiştir. TBK'nın 52. maddesi de haksız fiilden doğan borçlarda mağdurun kusurunun varlığı halinde hakime tazminat miktarını indirme veya tamamen ortadan kaldırma yetkisi vermektedir¹⁰².

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğunu ortadan kaldıran tek hal bunun iş sahibinin talimatları neticesinde ortaya çıkmış olması değildir. TBK mad. 476'da yüklenicinin talimatları dışında “*herhangi bir şekilde*” ibaresiyle sorumluluğun sadece verilen talimatlar neticesinde değil başka sebeplerle de kalkabileceği belirtilmiştir¹⁰³. Örneğin iş sahibinin sağladığı malzemeler neticesinde eserin ayıplı olacağının iş sahibine bildirilmesi durumunda da TBK mad. 476 gereğince yüklenici ayıptan sorumlu olmayacaktır¹⁰⁴.

¹⁰⁰ ERGEZEN, s. 70.

¹⁰¹ Bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2011/14440, K. 2011/16176, T. 27.12.2011. (KİB, 16.04.2015)

¹⁰² Zira TBK mad. 52/f.1'e göre, “*Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.*”

¹⁰³ TBK mad. 476'nın karşılığını teşkil eden Eski BK mad. 361'de yalnızca iş sahibinin hatalı talimatlarının varlığı durumunda uyarı yükümlülüğü getirilmişti.

¹⁰⁴ BİGS'nin 15. maddesinde bu konuda şöyle bir düzenlemeye yer verilmiştir; “*Müteahhit kendisine verilen projelerin ve/veya teknik belgelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya teknik ve sanat kurallarına uymadığını ileri sürerse bu husustaki karşı görüşlerini teslim edildiği veya talimat aldığı tarihinden başlayarak onbeş gün içinde (nitelik ve özelliği bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, müteahhidin isteği halinde bu süre idarece arttırılabilir.) hem kontrol teşkilatına hem de idareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu süre aşılnca müteahhidin itiraz hakkı kalmaz.*”

TBK'nın 476. maddesinin uygulanabilmesi için ayıbın yalnızca iş sahibinin talimatları nedeniyle veya meydana gelecek eser için sağlamış olduğu malzeme sebebiyle ortaya çıkmış olması yeterli değildir¹⁰⁵. Yüklenicinin bu talimatlarla eserin meydana getirilmesi durumunda eserin ayıplı olacağını bildirmiş (iş sahibini uyarmış) olması gerekecektir¹⁰⁶.

Doktrinde uyarıda bulunulmamış olsa bile, iş sahibinin talimatında ısrar edeceğinin ve sonunda eserin ayıplı olacağını yüklenici tarafından ispat edildiği hallerde de yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluktan kurtulmuş olacağı savunulmaktadır¹⁰⁷. Özellikle büyük inşaat işlerinde iş sahibinin de, ancak işinin uzmanı olması durumunda, verdiği talimatların sonucunda eserin ayıplı olacağını bilmesi gerekir. Burada yüklenicinin sonucu öngörememesi dolayısıyla uyarıda bulunmaması onun ayıp sebebiyle sorumlu olması sonucunu doğurmamalıdır.

İş sahibinin talimatları neticesinde meydana gelmeyip, verilen talimatlar eserin meydana gelmesinde yalnızca biraz etkili olmuşsa yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu ortadan kalkmayacaktır. Bu durumda TBK mad. 52 uygulanmalı ve yüklenici ayıptan kısmen sorumlu olmalıdır¹⁰⁸.

(4) İş Sahibi Eseri Kabul Etmemiş Olmalıdır

TBK'nın 477. maddesine göre, iş sahibinin eseri kabul etmiş olması yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Zira TBK'nın "eserin kabulü" başlığını taşıyan 477. maddesinin ilk fıkrasında, "eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur" ifadesine yer verilmiştir. Gizli ayıplar açısından ise sorumluluk devam etmektedir. Eğer yüklenici ayıbın açık ayıp olduğunu iddia ediyorsa bunu ispat ile yükümlüdür.

Müteahhidin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde Müteahhit, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur."

¹⁰⁵ EREN, Özel Hükümler, s. 632.; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 536.

¹⁰⁶ "Davacı iş sahibi, davalı yüklenicinin yaptığı sıvanın dökülmesi nedeniyle eser sözleşmesine dayalı alacak talebinde bulunmuştur. Yüklenici eser sözleşmesinin teknik bilgi sahibi tarafı olduğundan iş sahibine yardımcı olmak, amaca aykırı istek ve talimatların uygunsuzluğu halinde onu uyarmak zorundadır. Aksi halde ayıplı ifadan sorumlu olur. Somut olayda, malzemeleri iş sahibine aldırıp, teknik yönden birlikte kullanılamayacak malzemeleri birlikte kullanarak zararlı sonucun doğmasına neden olmuştur. Bu durumda sorumluluk yükleniciye aittir." Yargıtay 15 HD, E. 2005/8093, K. 2006/558, T. 7.2.2006. Aynı yönde Yargıtay 15 HD, E. 2004/2426, K. 2004/6805, T. 28.12.2004 KİB, 16.04.2015)

¹⁰⁷ EREN, Özel Hükümler, s. 632; ARAL/AYRANCI, s. 376.

¹⁰⁸ Bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 634.

TBK mad. 477 gereğince eserin kabulü herhangi bir şekilde tabi tutulmamıştır. İş sahibi açık veya örtülü olarak eseri kabul edebilir. Ancak eserin teslim edilmiş olması kabul edildiği anlamına gelmemektedir¹⁰⁹. Ayrıca 477. maddesinin ikinci fıkrasına göre, iş sahibi eseri gözden geçirme ve bildirim külfetini ihmal ederse eseri kabul etmiş sayılacaktır. Burada kanuni bir faraziye bulunduğundan aksini ispat mümkün değildir¹¹⁰. Böylece eserin kabul edilmiş olmasının en önemli sonucu, yüklenicinin kabulü birlikte artık ayıptan sorumluluğunun ortadan kalkmasıdır. İş sahibinin açık veya örtülü olarak eseri kabulün dışında eseri gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmemesi de aynı sonucu meydana getirecektir.

(5) İş Sahibi Eseri Gözden Geçirmeli ve Ayıbı Bildirmelidir

Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunun varlığının son şartı iş sahibinin eseri gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğüdür¹¹¹. Aksi halde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu ortadan kalkacaktır. İş sahibinin eseri gözden geçirme yükümlülüğü TBK'nın 474. maddesinin ilk fıkrasında şu şekilde kaleme alınmıştır: “*İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.*” Görülüyor ki, bu yükümlülüğünün uygulanmasında öncelikle eser teslim edilmeli, teslim edilen eser iş sahibi tarafından gözden geçirilmeli ve son olarak eğer ayıp varsa bu yükleniciye bildirilmelidir. Ayıbı ispat yükümlülüğü iş sahibine aittir¹¹².

TBK'nın 474. maddesi gereğince iş sahibinin eseri gözden geçirme ve eğer varsa ayıbı bildirme yükümlülüğünün doğabilmesi için eserin teslim edilmiş olması gerekecektir. Gözden geçirme ile iş sahibi eserin sözleşmeye uygun olarak yapıлып yapılmadığını veya dürüstlük kuralına göre bulunması gereken niteliklere sahip olup olmadığını tespit edecektir. Eğer iş sahibi eserin sözleşmeye aykırı meydana

¹⁰⁹ “Yüklenicinin temel borçlarından olan teslimin sözleşmeye ve işin niteliğine uygun yapıldığını kanıtlama yükü ise yüklenicidedir. Teslim alma ve kabul ayrı ayrı hukuki kavramlar olup, eserin teslim alınması her zaman eserin kabul edildiği anlamına gelmemekte; teslim olgusunda yüklenicinin sorumluluğu devam etmektedir.” Yargıtay HGK, E. 2007/11-324, K. 2007/339, T. 13.6.2007. (KİB, 24.04.2015)

¹¹⁰ Bkz. GÜMÜŞ, s. 60; ERDEM, s. 635.

¹¹¹ Gözden geçirme ve eğer ayıp varsa bildirim yükümlülüğünün borç değil külfet olduğuna ilişkin bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 636.; ERGEZEN, s. 78; BÜYÜKAY, Eser, s. 116; GÜMÜŞ, s. 56; BURCUOĞLU Haluk; Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılması İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan Anısına Armağan (1925-1988), s. 306.

¹¹² Yargıtay 15 HD, E. 2007/3249, K. 2008/4000, T. 16.6.2008. (KİB, 16.04.2015)

getirildiğini veya dürüstlük kuralına göre taşınması gereken niteliklere haiz olmadığını tespit ederse bunu yükleniciye bildirmelidir.

TBK'nın 474. maddesinde eserin gözden geçirilmesinin ne zaman yapılacağına ilişkin kesin ifadeler yer verilmemiştir¹¹³. İş sahibi, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmekle yükümlüdür. Bu nedenle bu sürenin uygun olup olmadığına her somut olayın kendi koşullarına göre karar verilecektir.

Taraflar sözleşmede eserin gözden geçirilmesinin bilirkişi tarafından yapılacağını kararlaştırabilirler. Böyle bir durum söz konusu değilse iş sahibinin eserin gözden geçirilmesini bilirkişiye yaptırma yükümlülüğü yoktur. TBK'nın 474. maddesinin ikinci fıkrasına göre taraflardan herhangi biri, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilerek sonucun rapor haline getirilmesini isteyebilirler. Bilirkişi vasıtasıyla tespit isteyen taraf bundan doğan masraflara kendisi katlanacaktır.

Eserin gözden geçirileceği yer eserin teslim yeridir. Eğer taraflar sözleşmede bunu kararlaştırmamışlarsa teslim yeri TBK'nın 89. maddesine göre belirlenir. İş sahibi eseri gözden geçirdikten sonra eğer varsa hatayı yükleniciye bildirmelidir. TBK'da bu bildirim için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir¹¹⁴. O halde bildirim yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Kuşkusuz ispat problemiyle karşılaşmak istemeyen iş sahibinin bildirim yazılı olarak yapması gerekecektir¹¹⁵.

Bildirim açık olarak yapılması ve ayıbın ne olduğunun belirtilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bildirimde genel ifadeler kullanılması örneğin, "eser ayıplıdır" denmesi bildirim için yeterli değildir. Yüklenici yapılan bildirimden ayıbın niteliğini anlamalıdır¹¹⁶.

İş sahibinin bildirim zamanı ayıbın açık mı yoksa gizli mi olduğuna göre değişiklik arz eder. TBK'nın 474. maddesinin ilk fıkrasında, eseri gözden geçiren iş sahibinin bir ayıp tespit etmesi halinde bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmesi gerektiği belirtilmiştir. Burada bildirmesi gerekli ayıp açık ayıptır. Açık

¹¹³ EREN, Özel Hükümler, s. 638; ERGEZEN, s. 81; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 537.

¹¹⁴ EREN, Özel Hükümler, s. 639; YAKUPPUR, s. 57; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 538. Hatta ticari işlerde dahi ayıp bildirim şekle tabi olmayacaktır. Zira, ayıp bildirim TTK mad. 20'de sayılan hallere girmemektedir. YÜCER AKTÜRK İpek; Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012, s. 184. "Ayıp ihbarının bildirimini bir şekle tabi değildir. Kuşku yok ki yazılı bildirim ispat kolaylığı sağlar. Ayıp ihbarının süresinde yapıldığı tanık anlatımlarıyla da kanıtlanabilir." Yargıtay 15. HD, E. 2004/4170, K. 2005/746, T. 15.2.2005. (KİB, 16.04.2015)

¹¹⁵ YÜCER AKTÜRK, s. 185.

¹¹⁶ ARAL/AYRANCI, s. 378; ERGEZEN, s. 83; GÜMÜŞ, s. 59.

ayıp, eserin teslim alınmasıyla açıkça görülebilen ya da uygun bir muayeneyle görülebilen ayıpken bunun dışında kalan diğer ayıplar ise gizli ayıptır¹¹⁷. Gizli ayıplar zaman içerisinde eser kullanıldıkça ortaya çıkan ayıplardır¹¹⁸. Konuya ilişkin TBK'nın 477. maddesinde ayıbın gizli olması durumunda bildirim yükümlülüğüne yer verilmiştir. TBK'nın 477. maddesinin son fıkrasına göre, eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin¹¹⁹ durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır. Buradaki “gecikmeksizin”den kasıt makul bir süredir¹²⁰. Eseri muayene ve bildirim yükümlülüğünün hiç veya süresinde yerine getirilmemesinin sonucu TBK mad. 477/f.2 gereğince eserin kabul edilmiş sayılmasıdır. Bu durumda iş sahibi yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna gidemeyecek, yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

BİGŞ'nin 41. maddesinde geçici kabul, 44. maddesinde ise kesin kabul düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu kavramlarıyla ifade edersek, geçici kabul eserin teslim alınmasını, kesin kabul ise ayıpsız olduğunun kabulünü ifade eder. Geçici kabul ve kesin kabulde bir komisyon oluşturulur ve eserin ayıplı olup olmadığı tespit edilir¹²¹.

Son olarak belirtelim ki, tüketici sözleşmesi niteliğindeki eser sözleşmelerinde, TKHK mad. 8 vd. hükümlerinde iş sahibi tüketicinin eseri muayene ve ayıbı bildirim yükümü tamamen kaldırılmıştır.(4077 sayılı Eski TKHK mad.4/2 hükmünde ise, teslimden itibaren otuz günlük bildirim süresi vardı). Ayıp açık olsun gizli olsun,

¹¹⁷ BÜYÜKAY, Eser, s. 101; GÜMÜŞ, s. 54. Bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2003/6321, K. 2004/3464, T. 21.6.2004. (KİB, 16.04.2015)

¹¹⁸ Yargıtay, bir binanın çatı yapım işinde çatının imalat hatası sonucu çökmesi durumunda gizli ayıbın söz konusu olacağını kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay 15 HD, E. 2004/1212, K. 2004/5231, T. 19.10.2004. (KİB, 16.04.2015)

¹¹⁹ Burada örtülü kanun boşluğu bulunduğu, TBK mad. 477/f. III'de yer alan gecikmeksizin ifadesinin TBK mad. 474/f.II'deki gibi “uygun bir süre içerisinde” bildirim olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. GÜMÜŞ, s. 58.

¹²⁰ EREN, Özel Hükümler, s. 640. Önemle belirtmek gerekir ki eğer yüklenicinin meydana getirip teslim ettiği esere ilişkin bir garanti söz konusu ise garanti süresi içerisinde bildirim yapılmasına ihtiyaç yoktur. Bkz. KURSCHER Irene; Die Gewährleistung beim Werkvertrag, Wien 1989, s.105 vd. “...yanlar arasında imzalanan sözleşmede, imalatı yapılan makinaların imalat hatalarına karşı 1 yıl garanti kapsamında olduğu kararlaştırılmış bulunmaktadır. Garanti koşulu getirilen bu tür sözleşmelerde ise garanti kapsamındaki işler için -garanti süresi içinde kalmak şartıyla- ayrıca süresinde ayıp ihbarında bulunma şartının aranmasına gerek yoktur.” Yargıtay 15 HD, E. 2009/7049, K. 2011/2396, T. 20.4.2011. (KİB, 16.04.2015)

¹²¹ BİGŞ mad. 44/f.5'e göre; “ İşin kesin kabulüne engel herhangi bir durum görüldüğü takdirde, kabulü engelleyen kusur ve eksiklikler kabul heyeti tarafından bir tutanakla tespit edilir ve kesin kabul işlemi yapılmaksızın kusur ve eksikliklerin giderilmesi için bir süre belirlenerek durum idareye bildirilir. İdare bu kusur ve eksikliklerin tutanakta belirlenen süre içerisinde giderilmesi hususunu müteahhide tebliğ eder. Kusur ve eksikliklerin Müteahhit tarafından giderildiği idarece tespit edildiğinde kabul işlemi sonuçlandırılır”

ayıptan kaynaklanan hakların zamanaşımı süresi boyunca iş sahibi tüketici bu hakları sorunsuz şekilde ileri sürebilir. Sadece, teslimden itibaren altı ay geçtikten sonra ortaya çıkan ayıplarda, ayıbın teslim sırasında var olduğunu ispat yükü tüketici iş sahibine ait olacaktır (TKHK mad. 10).

c. İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları

(1) Genel Olarak

İş sahibinin ayıptan doğan hakları TBK'nın 475. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre eserin ayıplı olması durumunda iş sahibi, sözleşmeden dönebilir, ücretsiz onarım isteyebilir ve bedelde indirim talep edebilir. Bu üç seçimlik hakla birlikte veya onlardan ayrı olarak da genel hükümlere göre zararının tazminini talep edebilir¹²². Tüketici sözleşmesi niteliğindeki eser sözleşmelerinde bunlara dördüncü bir seçenek olarak, duruma göre, “eserin ayıpsız misli ile değiştirilmesi” veya “işin tekrar görülmesi” hakkı da eklenmiştir (TKHK mad. 11/1, mad. 15/1). Ancak aşağıda sadece TBK'da tanınan haklar kısaca açıklanacaktır¹²³.

Yükleniciden genel hükümlere göre tazminat istenebilmesi için onun kusurlu olması aranırken, ayıp sebebiyle diğer seçimlik hakların kullanılmasında yüklenicinin kusuru aranmaz. Burada yüklenicinin kusursuz sorumluluğu söz konusudur¹²⁴.

İş sahibinin bu seçimlik hakları kullanabilmesi için dava açması gerekmez¹²⁵. Bu haklar -genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı dışında- yenilik doğuran haklardır. Yenilik doğuran haklar, karşı tarafa yöneltilecek tek taraflı bir irade beyanıyla kullanıldığından, yükleniciye ulaşması gerekli tek taraflı bildirimle kullanılabilir. Yenilik doğuran haklar bir defa kullanılmakla sona erdiğinden,

¹²² Satış sözleşmesinde TBK mad. 227 gereğince ayıp halinde alıcıya tanınan, imkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkı eser sözleşmesinde iş sahibine tanınmamıştır.

¹²³ Ayrıca uluslararası inşaat sözleşmelerinde yerli hukuka yabancı olan yüklenici veya iş sahipleri sıklıkla standart sözleşmelere başvurmakta olup, bunların başında da FIDIC kuralları yer alır. Bu kurallar Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu tarafından hazırlanmıştır. FIDIC kurallarına göre, yüklenici öncelikle ayıba gidermekle yükümlüdür. Eğer gidermez ise ancak o zaman diğer seçimlik haklara başvurulabilir. Ayrıntılı açıklama için bkz. KAHRAMAN Zafer; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırılmalı Olarak 1999 Fıdıc Kırmızı Kitap Kurallarının Kabul Edildiği İnşaat Sözleşmelerinde İşin Kabulü ve Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan, C.II, s. 2576.

¹²⁴ ERGEZEN, s. 84; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 541; ARAL/AYRANCI, s. 379.

¹²⁵ Ücretsiz onarım isteme hakkı ve ayıptan doğan zararın tazmini talebinin alacağın devri yoluyla devredilebileceği ancak sözleşmeden dönme ve bedelde indirim isteme hakkının devrinin mümkün olmadığına ilişkin bkz. GÜMÜŞ, s. 63.

ayıpla ifa sonucunda seçimlik haklardan herhangi birini kullanan iş sahibi bundan vazgeçerek diğer seçimlik haklara başvuramaz. Yenilik doğuran hak kullanıldıktan sonra bundan vazgeçilemez. Yine iş sahibi seçimlik haklarından herhangi birini şarta bağlı olarak kullanamaz¹²⁶.

(2) Sözleşmeden Dönme Hakkı

Eserin ayıplı olması durumunda iş sahibinin ilk imkanı sözleşmeden dönmedir. Sözleşmeden dönme ile birlikte eser sözleşmesi başından itibaren ortadan kalkar. Tarafların borçları sona erer. İş sahibi ve yüklenici o güne kadar elde ettikleri edimleri iade ile yükümlü olurlar. Sözleşmeden dönmenin bu ağır sonuçları karşısında kanunkoyucu iş sahibinin her durumda sözleşmeden dönmesine izin vermemiştir. İş sahibinin ayıp dolayısıyla sözleşmeden dönme hakkına TBK'nın 475. maddesinde birtakım sınırlamalar getirilmiştir¹²⁷.

TBK'nın 475. maddesine göre iş sahibi ayıp halinde ancak eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönebilecektir¹²⁸. Eserdeki ayıbın sözleşmeden dönmeye izin verecek nitelikte bir ayıp olup olmadığını hakim hakkaniyete göre takdir eder¹²⁹.

Tüketici sözleşmesi niteliğindeki eser sözleşmelerinde, TKHK mad. 11/1,a hükmünde, iş sahibi tüketiciye ayıp özel bir ağırlığa sahip olmasa da sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır.

İş sahibinin arsası üzerinde yapılan eserlerde ise sözleşmeden dönme bakımından özel bir düzenlemeye yer verilerek, eserin iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapıldığı durumlarda sözleşmeden dönme birtakım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Zira TBK'nın 475. maddesinin son fıkrasına göre eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Böylece iş sahibi kendi arsası üzerinde yapılan eserlerin

¹²⁶ Yenilik doğuran haklar için bkz. von TUHR, s. 135-136; OĞUZMAN Kemal/BARLAS Nami, Medeni Hukuk, İstanbul 2013, s. 164; BUZ Vedat; Medeni Hukukta Yenilik doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 250 vd. (Bundan sonra "BUZ, Yenilik doğuran Haklar" şeklinde anılacaktır); İNAN/YÜCEL, s. 106.

¹²⁷ Bkz. BURCUOĞLU, s. 291.

¹²⁸ Eser iş sahibine yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya iş sahibi onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse satış sözleşmesine ilişkin TBK mad. 228/f.II kıyasen eser sözleşmelerinde uygulanmalı ve iş sahibi, sözleşmeden dönmemelidir ancak bedelde indirim talep etmelidir. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 762.

¹²⁹ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.541; ARAL/AYRANCI, s. 380.

ayıplı olması durumunda ancak eserin söküp kaldırılmasının aşırı zarara yol açmayacağı hallerde sözleşmeden dönebilir. Eğer eserin sökülüp kaldırılması aşırı zarara yol açacaksa iş sahibi bedelde indirim veya ücretsiz onarım taleplerinden birine başvurabilir¹³⁰.

Sözleşmeden dönme yöneltmesi gerekli tek taraflı irade beyanıyla mümkündür. Eser sözleşmesinde sözleşmeden dönmenin sonuçlarına göre iadenin hangi hukuki temele dayanacağı tespit edilecektir. Bu konuda doktrinde üç görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşler ileride sözleşmeden dönme bölümünde ayrıntı biçimde ele alınacağından tekrardan kaçınmak amacıyla burada ilgili bölüme atıfta bulunmakla yetiniyoruz¹³¹.

(3) Bedelde İndirim İsteme Hakkı

İş sahibi meydana gelen eseri alıkoymakla bedelden indirim talep edebilir. Bedel indirimi talep edilmesinin koşulu, ayıbın eserin değerini düşürmesidir. Bu durumda eserdeki ayıp oranında bedelde indirim yapılır.

Bedelde yapılacak indirim belirlenirken satış sözleşmesindeki nispi metod kullanılacaktır¹³². Bu durumda indirim tutarı, eserin ayıplı değeri ile sözleşmede kararlaştırılan miktarın çarpımının, eserin ayıpsız değerine bölünmesiyle belirlenir¹³³.

(4) Eserin Onarılmasını İsteme Hakkı

İş sahibinin eserin onarılması hakkını kullanabilmesi için eserin onarılmasının aşırı bir masrafı gerektirmemesi gerekir. Bu şart TBK mad. 475/b.3 hükmü yanında, tüketici sözleşmeleri bakımından da aranmaktadır (TKHK mad. 11/1,c). Böylece,

¹³⁰ İş sahibinin taşınmazına yapılan taşınmazların ayıplı olması durumunda sözleşmeden dönmeye ilişkin bu hükmü geniş yorumlamak gerekir. Zira, yalnızca bir bina inşa etmek değil, mevcut bir binanın yalnızca çatısını yapan bir yüklenicinin çatıyı ayıplı olarak ifa etmesi durumunda da TBK mad. 475/f.3 uygulanmalıdır. Bkz. ERGEZEN, s. 94.

¹³¹ Bkz. aşağıda “TBK mad. 473’f.1 Gereğince Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹³² TBK’da mad. 475 fıkra I’de ayıp oranında ifadesi ile nispi metodun yasal hesaplama yöntemi olarak kabul edildiğine ilişkin bkz. GÜMÜŞ, s. 67.

¹³³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 543; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 763.; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 535; ARAL/AYRANCI, s. 381; BURCUOĞLU, s. 295. Bkz. Yargıtay 13 HD, E. 2012/29295, K. 2013/11031, T. 2.5.2013.; Yargıtay 13. HD E. 2012/21639, K. 2013/17758, T. 27.6.2013, Yargıtay 13 HD, E. 2012/28409, K. 2013/23011, T. 26.9.2013, Yargıtay 13 HD, E. 2013/8150, K. 2014/7244, T. 13.4.2014 (KİB, 16.04.2015)

örneğin eserin bedelini aşan bir onarım bedelinin söz konusu olduğu durumlarda bu hak kullanılamamalıdır¹³⁴. Eserin onarılmasından doğan giderler yükleniciye aittir.

Eserin onarılmasını isteme hakkı, sözleşmeden dönme, bedelden indirim talep etme hakları gibi yenilik doğuran haktır. Yöneltilmesi gerekli tek taraflı irade beyanıyla kullanılır.

İş sahibi eserin onarılmasını istediğinde, yüklenici işe başlamalı ve uygun bir sürede eserin onarımını yapmalıdır.¹³⁵ Tüketici sözleşmesi niteliğindeki eser sözleşmelerinde, onarım azami otuz gün, konut ve tatil amaçlı taşınmaz inşasında altmış gün içinde tamamlanmalıdır (TKHK mad.11/4). Aksi halde, iş sahibinin ihtarı ile temerrüde düşer. Temerrüde düşen yükleniciye iş sahibi uygun bir süre vererek diğer seçimlik hakları da kullanabilir¹³⁶. Aynen ifayla birlikte gecikme tazminatını her zaman talep edebilen iş sahibi, verdiği uygun süre sonunda aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini isteyebileceği gibi sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini de talep edebilir.

Eserin onarımını yapmak zorunda olan yüklenicinin eseri tekrar ayıplı ifa etmesi durumunda ise, iş sahibi tekrar ayıptan doğan sorumluluktaki seçimlik hakları kullanabilir¹³⁷.

(5) İş Sahibinin Tazminat İsteme Hakkı

İş sahibi eserin ayıplı olması durumunda diğer seçimlik haklarının yanı sıra genel hükümlere dayanarak tazminat da talep edebilir. Nitekim, TBK mad. 475/III'de iş sahibinin genel hükümlere göre uğramış olduğu zararın tazmini hakkının saklı olduğu hükme bağlanmıştır¹³⁸.

¹³⁴ YAKUPPUR, s. 61.

¹³⁵ Yüklenicinin ayıba gidermek için zamanında işe başlaması, işi geciktirmesi nedeniyle işin zamanında bitmeyeceğinin anlaşılması durumunda TBK mad. 473'un uygulanacağı yönünde bkz. ARAL/AYRANCI, s. 383.

¹³⁶ ERGEZEN, s. 86.; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 544.; ARAL/AYRANCI, s. 383; BÜYÜKAY, Eser, s. 142; GÜMÜŞ, s. 68; BURCUOĞLU, s. 298.

¹³⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 544; ARAL/AYRANCI, s. 383.

¹³⁸ Bu hakkın üç seçimlik hakla beraber mi kullanılabileceği yoksa onlardan bağımsız mı olduğu doktrinde tartışılmaktadır. Bkz. GÜMÜŞ, s. 69'da yer alan açıklamalar. Gökyayla'ya göre ise, TBK mad. 475 hükmü ile doktrinindeki tartışmalara son verilmiş ve tazminat talep etme hakkının diğer seçimlik haklardan bağımsız olduğu kabul edilmiştir. GÖKYAYLA, Değerlendirme, s. 584; aynı yönde, ÖZ, Yenilikler, s. 110-111. Ayıp sonucu tazminat talebi diğer haklarla beraber veya onlardan ayrı olarak kullanılabilir. UYGUR, C.II, s. 2179; GÜNEL Mustafa Cahit; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeniyle Sahip Olduğu Haklar, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, Ekim 2014, s. 414. Bizce, maddenin düzenleniş biçimine bakıldığında bu hakkın

İş sahibinin ayıp sebebiyle tazminat talep edebilmesi için, eser ayıplı olmalı, yüklenicinin kusuru bulunmalı, iş sahibinin zararı olmalı ve ayıpla zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır¹³⁹. Zararın miktarını iş sahibi ispat etmekle yükümlüdür. İş sahibin tazminat talep hakkı genel hükümlere göre belirlenir(TBK mad. 112). Böylece, iş sahibinin diğer seçimlik haklarını kullanmada yüklenicinin kusuru aranmazken, tazminat talep edebilmek için yüklenicinin kusuru gerekir. Buna karşın yüklenici kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Burada tazmin edilecek zarar, iş sahibinin diğer seçimlik haklardan birine rağmen giderilmeyen zararlardır¹⁴⁰. Örneğin, bir inşaatın ayıplı yapılması sonucu zeminden su alması ve bu arada orada bulunan eşyaların zarar görmesi durumunda iş sahibi, yüklenicinin kusuru bulunduğu durumlarda bu zararının tazminini talep edebilecektir.

d. Ayıptan Doğan Sorumlulukta Zamanaşımı Süreleri

Ayıptan doğan davalarda zamanaşımı süresi ise TBK'nın 478. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili hükümde olağan ve olağanüstü sürelerle yer verilmiştir. TBK'nın 478. maddesinde düzenlenen süreler hak düşürücü süreler değil, zamanaşımı süreleridir. Bu nedenle zamanaşımının durması ve kesilmesi mümkündür. Olağan sürenin başlangıcında eserin taşınır veya taşınmaz olmasına göre iki ayrı süre öngörülmüştür. Bu süre taşınır yapılar için eserin tesliminden itibaren iki yıl¹⁴¹, taşınmaz eserlerde ise teslimden itibaren beş yıldır. Hükümde adi iş ve ticari iş ayrımı da yapılmamıştır. Tüketici sözleşmesi niteliğindeki eser sözleşmelerinde de zamanaşımı iki yıl iken, taşınmaz eserlerde beş yıl olacaktır.(TKHK mad. 12)

diğer üç seçimlik haktan bağımsız olduğu sonucuna varılmalıdır. Ancak sadece tüketici sözleşmesi olan eser sözleşmelerine uygulanacak 6502 Sayılı (yeni) TKHK mad.15/1'de açıkça bu hakkın diğer seçimlik haklarla beraber kullanılabilmesi belirtilmiştir.

¹³⁹ EREN, Özel Hükümler, s. 647; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 537; ARAL/AYRANCI, s. 384.

¹⁴⁰ YAVUZ' a göre, satış sözleşmesinde ayıptan sorumlulukta alıcının seçimlik hakları arasında bulunan müspet zararın tazminini isteme hakkına, iş sahibi de diğer seçimlik haklarından farklı olarak sahip olmalıdır. YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 536.

¹⁴¹ Bu düzenlemeye karşılık gelen eski BK mad. 363 hükmünde taşınır yapılar bakımından satıcının ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin eski BK mad. 207 hükmüne yollama yapılmakla yetinilmişti ve bu süre teslimden itibaren 1 sene idi. Bkz. AYAN Gürhan; Taşınır Şey İmaline İlişkin Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 195.

Yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle ayıptan doğan dava hakkı zamanaşımına uğrar. Örneğin, yüklenici kasten ayıbı gizlemişse sorumluluk yirmi yıllık olağanüstü zamanaşımı süresine tabidir¹⁴².

Eser sözleşmesinde ayıba karşı sorumlulukta zamanaşımına ilişkin hükümler emredici nitelikte değildir. Bu sürelerin uzatılması ya da kısaltılması mümkündür. Bu sürelerin kısaltılması durumunda iş sahibinin haklarını kullanması imkansız hale gelmemeli veya aşırı derecede güçleşmemelidir. Bu durumda sürenin uygunluğu dürüstlük kuralına göre belirlenecektir¹⁴³.

4. Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu

Eski Borçlar Kanunumuzda açıkça düzenlenmediği halde kabul edilen yüklenicinin sadakat borcu TBK'da düzenleme alanı bulmuştur¹⁴⁴. Zira TBK'nın 471. maddesinin ilk fıkrasına göre yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Yüklenici sadakat borcuna aykırı davranır ve iş sahibi bundan zarar görürse bunun tazminini borca aykırı davranan yükleniciden talep edebilecektir¹⁴⁵.

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan TBK mad. 473 gereğince yüklenicinin borca aykırılığının önceden belli olmasında iş sahibinin vade tarihinden evvel sözleşmeden dönmesinin hem de maddenin ikinci fıkrası gereğince vadeden evvel yeni bir yükleniciye¹⁴⁶ başvurma hakkının hukuki dayanağını da yüklenicinin sadakat ve özen borcu oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, yüklenici borcunu sadakat ve özenle yerine getirmekle yükümlüdür. Yüklenicinin bu borcuna daha sonra TBK mad. 473'in dayanağı anlatırken ayrıntılı bir biçimde değineceğimizden burada yollama yapmakla yetiniyoruz¹⁴⁷.

¹⁴² EREN, Özel Hükümler, s. 649.; özellikle deprem sebebiyle ortaya çıkan zararlarda zamanaşımı süresinin 20 yıl oluşunun yerindeliliğine ilişkin bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 775.

¹⁴³ YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 532.

¹⁴⁴ Eski BK'nın 356. maddesinin ilk fıkrasında yüklenicinin sorumluluğunda hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlere yollama yapılmakla yetinilmiştir. Zira ilgili hükme göre, "*Mütaahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir.*"

¹⁴⁵ Yüklenicinin borca aykırı bu davranışı sebebiyle bir kazanç elde etmesi durumunda kıyas yoluyla vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Bkz. YAKUPPUR, s 39.

¹⁴⁶ Çalışmamızın devamında "ikame yüklenici" ifadesi kullanılacaktır.

¹⁴⁷ Bkz. aşağıda "İş Sahibinin Vadeden Önce Sözleşmeden Dönme Hakkının Dayanağı "Sadakat ve Özen Yükümlülüğü" başlığı altında yapılan açıklamalar.

5. Eserin Yapımında Kullanılacak Araç, Gereç ve Malzemeyi Temin Borcu

a. Araç ve Gerecin Sağlanması

Eserin meydana getirilebilmesi için yüklenici birtakım araç ve gerece ihtiyaç duyar. TBK'nın 471. maddesinin son fıkrasında hizmet sözleşmesinden farklı olarak, kural olarak eseri meydana getirmeye yarayacak araç ve gereci yüklenicinin sağlayacağı düzenlenmiştir. Zira ilgili hükme göre, aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır. Görülüyor ki, eserin meydana getirilmesinde kullanılacak araç ve gerecin teminine ilişkin TBK'nın 471. maddesi emredici nitelikte değildir. Taraflar sözleşmede kullanılacak araç ve gereçlerin iş sahibi tarafından temin edileceğini kararlaştırabilirler.

Kural olarak yüklenici tarafından karşılanacak araç ve gereçler örneğin iş makineleri gibi daha sonra kullanılacak nitelikte olabileceği gibi ileride tekrar kullanılması mümkün olmayan araç gereçler de olabilir. İnşaat işlerinde işçilerin kalması için gerekli barakalar, taşınabilir ve böylece sonradan kullanılabilir olsun olmasın, bu anlamda araç gereç sayılabilir. Tekrar kullanımı mümkün olmayan araç gereçler sebebiyle uygulamada yükleniciler daha en başında bu giderlerin iş sahibine ait olacağına ilişkin hükümleri sözleşmeye koymakta ya da bedeli belirlerken bu kalemleri de dikkate alarak belirlemektedirler¹⁴⁸.

Devlet İhale Kanununun eki BİGS'nin 18. maddesi gereğince yüklenici işin yürütülmesi için gerekli araç ve personeli sağlamakla yükümlü tutulmuştur¹⁴⁹. Ayrıca yüklenici tarafından sağlanan işçilerle kullandığı makine araç ve malzemenin İdarece her an kontrol edilebileceği belirtilmiştir. Zira BİGS'nin 18. maddesinin son fıkrasına göre, yüklenici, çalıştırdığı işçilerle kullandığı makine araç ve malzemenin İdarece her an kontrol edilebilmesi için her gün bunların miktarlarını, türlerine göre ayrılmak ve çalıştırıldıklarını ve kullanıldıkları yerlerle işler ayrı ayrı belirtmek üzere, ayrıntılı şekilde gösteren cetvelleri kontrol teşkilatına vermek zorundadır¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. ARTUKMAÇ, s. 21.

¹⁴⁹ BİGS'nin 18. maddesine göre; “sözleşmenin imzasından sonra Müteahhit, üstlenmiş olduğu işin önemine ve iş programına uygun olarak, işlerin yapılması için gerekli her türlü makine, araç ve yardımcı tesisleri hazırlamak, her türlü malzemeyi ve işçileri sağlamak ve ihrazatla ilgili önlemleri almak zorundadır.”

¹⁵⁰ Benzer bir düzenlemeye Kamu İhale Kanunu'na istinaden çıkarılan Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 20. maddesinde de yer verilmiştir. Zira YİGS'nin 20. maddesinin ilk fıkrasına göre,

b. Malzemenin Sağlanması

(1) Genel Olarak

Eserin meydana getirilmesinde yüklenici birtakım malzemeye ihtiyaç duyar. Örneğin, bir inşaat yapımını üstlenen yüklenici, demir, çimento gibi malzemelere ihtiyaç duyacaktır. İşte inşaatın meydana getirilmesinde kullanılacak malzemenin kimin tarafından temin edileceğine ilişkin bir düzenleme TBK’da yer almamaktadır¹⁵¹. Böylece taraflar sözleşmede, malzemenin iş sahibi ya da yüklenici tarafından karşılanacağına ilişkin bir hüküm kararlaştırabilirler. Malzemeyi iş sahibi mi yoksa yüklenicinin mi sağlayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yasal karine olarak iş sahibi malzemeyi sağlamakla yükümlüdür¹⁵². Diğer bir görüşe göre ise, malzeme yüklenici tarafından sağlanmalıdır¹⁵³. Belirtelim ki sözleşmede bu hususta açık hüküm olmasa bile eserin niteliğine göre alışlagelmiş uygulama, bedelin miktarı gibi hususlar malzemeyi kimin temin edeceğini gösterecektir.

Sözleşmede aksine bir hüküm yok ise, sağlanacak malzemenin kalitesi bakımından TBK’ın 86. maddesi uygulanmalı ve seçilecek malzeme ortalama nitelikten daha düşük olmamalıdır¹⁵⁴.

(2) Malzemenin Yüklenici Tarafından Karşılanması

TBK’nın 472. maddesine göre malzemenin yüklenici tarafından karşılandığı durumlarda yüklenici bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumlu tutulmuştur. Öğretide TBK’nın 472. maddesinin lafzından yüklenici tarafından sağlanan malzemenin ayıplı olması durumunda eser sözleşmesinde ayıba karşı sorumluluğa ilişkin hükümlerin değil, satış sözleşmesindeki ayıptan

“Sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenici, üstlenmiş olduğu işin önemine ve iş programına uygun olarak, işlerin yapılması için gerekli her türlü makine, araç ve yardımcı tesisleri hazırlamak, her türlü malzemeyi ve işçileri temin etmek ve ihzaratla ilgili tedbirleri almak zorundadır.”

¹⁵¹ Eleştiri için bkz. YAKUPPUR, s.34.

¹⁵² GÜMÜŞ, s.16; EREN, Müteahhidin Borçları, s. 69; ARAL/AYRANCI, s.351; ARTUKMAÇ, s. 21.

¹⁵³ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 105; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 755.

¹⁵⁴ SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 97; BÜYÜKAY, Eser, s. 157; ARAL/AYRANCI, s. 353.

“Taraflar arasındaki uyumsuzluk BK.nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesine dayalıdır. Kural olarak eser sözleşmelerinde yüklenici kullanılan malzemenin iyi cinsten olmamasından sorumlu olduğu gibi imalatın anlaşmaya ve amacına uygun gerçekleşmesi için gerekli özen borcu ile de yükümlüdür” Yargıtay 15 HD, E. 2007/1130, K. 2008/443, T. 28.1.2008. aynı önde Yargıtay 15 HD, E. 2002/5769, K. 2003/3338, T. 19.6.2003 (KİB, 24.04.2015)

sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı sonucuna varılmıştır¹⁵⁵. Diğer görüşe göre ise burada yalnızca satış sözleşmesinde zapta karşı sorumluluk hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Ayıptan doğan sorumlulukta eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur¹⁵⁶.

Bizce TBK'nın 472. maddesindeki yüklenicinin sağladığı malzeme nedeniyle satıcı gibi sorumlu olduğuna ilişkin hüküm yalnızca zapta karşı sorumlulukta satış sözleşmesine ilişkin uygulama alanı bulacağı şeklinde yorumlanmalıdır. Eğer yüklenicinin temin ettiği malzeme ayıplı ise bu durumda eser sözleşmesinde ayıba karşı sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Zira, zapta karşı sorumlulukta ayıba karşı sorumluluktan farklı olarak eser sözleşmesine özgü hükümlere yer verilmemiştir.

(3) Malzemenin İş Sahibi Tarafından Karşılanması

Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı durumlarda ise yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür. Bu bağlamda malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı durumlarda yüklenicinin ilk yükümlülüğü malzemeyi özenle kullanmaktır. İkinci olarak yüklenici, iş sahibine malzemeye ilişkin hesap vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğünün sınırları sözleşme ile belirlenebilir¹⁵⁷.

Son olarak TBK'nın 472. maddesinin son fıkrasında yükleniciye bir bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, “*eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.*” TBK'nın 472. maddesinde düzenlenen bu bildirim herhangi bir şekle tabi kılınmamıştır. Bu bildirim sözlü veya yazılı olarak yapılabilir.

¹⁵⁵BÜYÜKAY, Eser, s. 157.; ÖZ' e göre, burada yapılan yollama satış sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin tüm hükümler değil yalnızca ayıp sebebiyle iş sahibinin uğradığı zararlar bakımındandır. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 220-221. Görüşler için bkz. TANGOĞAN Haluk; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 2010, s. 107.

¹⁵⁶ ARAL/AYRANCI, s. 353.

¹⁵⁷ Hesap verme hususunda vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı konusunda bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 111.

B. İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI

1. İş Sahibinin Genel Olarak Borçları

İş sahibinin temel borcu bedel ödeme borcu olmakla birlikte bunun yanında kanunda belirtilmemiş olsa dahi işin doğasından doğan birtakım borçları da bulunmaktadır. Örneğin iş sahibinin yüklenici ile birlikte hareket, yani işbirliği borcu bulunmaktadır. Örneğin, bir eve parke döşemeyi üstlenen yüklenicinin işe başlaması için döşeme yapılacak odanın boşaltılması borcu iş sahibi bakımından işi doğasından doğar. Bunun kanunda düzenlenmiş bulunmasına ihtiyaç yoktur¹⁵⁸.

2. Bedel Ödeme Borcu

a. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde bedel kurucu olmakla birlikte sözleşmede yalnızca bedel kararlaştırılmış olması yeterlidir. Bedelin belirli olması gerekmez¹⁵⁹. Bu durumda TBK'nın 481. maddesi uygulama alanı bulur. Zira TBK'nın 481. maddesine göre, *“Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.”*¹⁶⁰ Görülüyor ki bedel miktarının kararlaştırılmadığı durumlarda eserin yapıldığı zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderlerine göre belirlenecektir¹⁶¹. Uygulamada özellikle eser sözleşmesi niteliğine haiz büyük inşaat sözleşmelerinde bedelin kararlaştırılmadığı durumlara çok sık rastlanmamaktadır. Genelde taraflar yaklaşık ya da götürü olarak sözleşmede belirlemektedirler.

Bedel kural olarak bir miktar para olarak belirlenir. Para dışında bir şeyin bedel olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bedel

¹⁵⁸ RIEZLER, s. 554-555.

¹⁵⁹ KOLLER, Werkvertrag, N. 43, s.16.

¹⁶⁰ Eski BK mad. 366'da da benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Eski BK mad. 366'ya göre; *“Evvelce kararlaştırılmamış veya takribi bir surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan şeyin kıymetine ve mütaahhidin masrafına göre tayin edilir”*

¹⁶¹“*Dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 366 ncı maddesi hükmünce yanlar arasındaki eser sözleşmesi ilişkisi sözlü olarak kurulduğundan ve iş bedeli yönünden taraflar arasında uyumsuzluk bulunduğundan yapılan imalatın bedelinin işin yapıldığı tarihteki piyasa rayiç fiyatlarına göre hesaplanması gerekir. Dava dilekçesinde işin 2007 yılında yapıldığı belirtildiğinden hesaplamanın 2007 yılı serbest rayiçleriyle yapılması gerekirken, yapılan imalatın bedelinin dava tarihi itibarıyla ve bir kısmının Bayındırlık Bakanlığı birim fiyatlarına göre bir kısmının ise serbest piyasa rayiçlerine göre hesaplama yapmak suretiyle iş bedelini hesaplayan 05.12.2011 günlü bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması doğru olmamıştır”* Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2013/6693 K. 2014/232, T. 13.1.2014” (KİB, 30.03.2015).. Yargıtay 15. HD., E. 2013/6644 K. 2014/151 T. 9.1.2014, Yargıtay 15. HD. E. 2012/2339 K. 2012/3097 T. 4.5.2012; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2004/348, K. 2004/4838, T. 5.10.2004 (KİB, 30.03.2015)

ödeme borcunun para olarak kararlaştırılması zorunlu değildir¹⁶². Bunun yanı sıra doktrinde para dışında bir şeyin bedel olarak kararlaştırılmayacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır¹⁶³. Bizce de bedel ödeme borcunun para olarak kararlaştırılması zorunlu değildir¹⁶⁴. Uygulamada genellikle iş sahibinin bedel ödeme borcu bir miktar para olarak kararlaştırılmakta, para dışında başka bir şeyle ifaya daha az rastlanmaktadır¹⁶⁵.

Bedelsiz bir eser sözleşmesi yapılması durumunda yapılan sözleşmenin hukuki niteliği ne olacaktır? Zira, eser sözleşmesi daha önce de belirttiğimiz gibi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan bu sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Öğretide bir görüşe göre¹⁶⁶, TBK'nın 592. maddesinin ikinci fıkrasının "Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düşükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır" hükmünden yola çıkarak bu durumda bir vekalet sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir görüşe göre ise, burada isimsiz bir sözleşmenin var olduğu kabul edilmelidir¹⁶⁷. Üçüncü bir görüşe göre ise, bedelsiz bir eser meydana getirme bağışlama sözleşmesi niteliğindedir¹⁶⁸. Bizce de, bedel eser sözleşmesinin temel edim yükümlülüklerinden biridir. Bedel kararlaştırılmadan bir eser yapımına ilişkin sözleşme bir isimsiz sözleşmedir. İsimsiz sözleşmeler kanunda

¹⁶² TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 28; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 957; GÜMÜŞ, s. 7.; KIRMIZI, s. 78; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 508; ERMAN, Beklenilmeyen Hal, s. 21. Eser sözleşmesinde bedelin para olarak kararlaştırılması zorunlu değildir. Zira kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedel yerine yükleniciye arsa payı devri yapılmaktadır. Bkz. DURAK Yasemin; Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C.I, Y. 2015, s. 209.

¹⁶³ KOLLER, Werkvertrag, N. 45, s. 17; BÜYÜKAY, 36; ÖZ Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 2.(bundan sonra "ÖZ, Sözleşmeden Dönme" şeklinde anılacaktır).

¹⁶⁴ Yargıtay, para dışında bir şeyin bedel olarak kararlaştırılabileceğini kabul etmektedir. "Eser sözleşmesinde yüklenici imal ve teslim borcunu yerine getirdiğinde ücretin ödenmesi lazımdır (BK. md 364). Şüphesiz taraflar bu genel kuralı bir yana bırakabilirler. Ücretin her zaman para olması, miktarının başlangıçta belirlenmesi, defaten ödenmesi, teslimle muacceliyet kazanması gerekmez." Yargıtay 15. HD, E. 1990/4450, K. 1991/1798, T. 8.4.1991. (KİB, 03.04.2015)

¹⁶⁵ RIEZLER, s. 551. İş sahibinin bedel ödeme yerine bir şeyin yapılmasını borçlanması durumunda karma sözleşme söz konusu olur. KOLLER Werkvertrag, N. 45, s. 17.

¹⁶⁶ SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s.17; DUMAN, Kat Karşılığı, s. 29; TEKE AKBULUT Nebile; Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Bedel Ödeme Borcu, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.8, Haziran 2014, s. 141.

¹⁶⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 24; ARAL/AYRANCI, s. 340; BÜYÜKAY, Eser, s. 36; EREN, Özel Hükümler, s. 582; GÜMÜŞ, s. 6; BÜYÜKAY Yusuf; Götürü Ücretin Kararlaştırıldığı Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ücretin İndirilmesini Talep Etme Hakkı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s.664.(bundan sonra "BÜYÜKAY, Götürü Ücret" şeklinde anılacaktır).

¹⁶⁸ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 749.

düzenlenmemiş sözleşmelerdir¹⁶⁹. Bu sözleşmelerin kanunda düzenlenmemiş olma sebebi, bu sözleşmelerin kanunkoyucu tarafından düzenlenmesinin unutulması veya düzenleme ihtiyacı duyulmamasından ileri gelmiş olabilir. İsimli sözleşmelerin hukuki dayanağını sözleşme özgürlüğü ilkesi teşkil etmektedir. Bu ilke, sözleşme özgürlüğü içerisinde sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü, sözleşmenin karşı tarafını belirleme özgürlüğünü, sözleşmeyi değiştirme veya ortadan kaldırma özgürlüğünü, şekil özgürlüğünü ve sözleşme tipini belirleme özgürlüğünü ihtiva eder¹⁷⁰. Bu bağlamda, taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yapacakları sözleşmenin tipini ve içeriğini serbestçe belirleyebileceklerinden bedel içermeyen bir eser yapım sözleşmesini de serbestçe yapabilirler.

Eser sözleşmesinde bedel iki şekilde kararlaştırılabilir. Bunlardan ilki bedelin belirli olduğu götürü bedeldir. İkincisi ise yaklaşık bedeldir. Götürü bedelde, bedel önceden kesin olarak belirlendiği halde, yaklaşık bedelde, belirlenen bedel kesin değildir. Daha sonra yapılacak keşifle, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir. Kısaca bu iki bedel arasındaki farklara değineceğiz.

b. Bedel Türleri

(1) Götürü Bedel

İş sahibi tarafından yükleniciye baştan ve kesin olarak ödenecek miktarın belli olduğu durumlarda götürü bedelin bulunduğu kabul edilir¹⁷¹. Eğer sözleşmede götürü bedel kararlaştırılmışsa yüklenici daha çok giderde bulunmuş olsa bile kararlaştırılan bedelden daha fazlasını iş sahibinden talep edemeyecektir¹⁷². Zira TBK'nın 480. maddesinin ilk fıkrasındaki düzenlemeye göre, "*Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser,*

¹⁶⁹İsimli sözleşmelere ilişkin bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 17; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.11; ARAL/AYRANCI, s. 54; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s.11.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP,s.56.

¹⁷⁰ Bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 14; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.7; EREN, Özel Hükümler s.49; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 4.

¹⁷¹ Götürü bedelin toptan götürü bedel, global götürü bedel ve birim fiyatlı bedel olarak üçe ayrıldığına ilişkin açıklamalar için bkz. KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 129; BAYGIN, s. 30 vd.; GÜRPINAR Damla; Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006, s. 55 vd.

¹⁷² "*İş bedelinin sözleşmenin taraflarınca götürü şekilde kararlaştırılmış olması durumunda; iş, önceden tahmin edilenden daha çok çalışmayı ve masrafi gerektirmiş olsa bile yüklenici, işi götürü bedelle yapmak zorundadır ve bedelin artırılmasını isteyemez.*" Yargıtay 15. HD., E. 2012/5113, K. 2013/3721, T. 6.6.2013. Yargıtay 15. HD., E. 2014/2433, K. 2014/5046, T. 10.9.2014. (KİB, 03.04.2015).

öngörülenden fazla emek ve masrafi gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.” Kanunkoyucu yalnızca yüklenici açısından durumu düzenlememiş, aynı maddenin son fıkrasında iş sahibi açısından da durumu ele almıştır. Bu düzenlemeye göre, yapılan giderler kararlaştırılan bedelden düşük olsa bile iş sahibi bedelin indirilmesini isteyemeyecektir.

Götürü bedelde yapılan giderlerin daha fazla olması durumunda yükleniciye bedelin artırılmasını veya giderlerin daha az olması durumunda iş sahibine bedelin düşürülmesini isteme hakkı vermeyen TBK'nın 480. maddesi emredici nitelikte değildir. Yani taraflar sözleşmede aksini kararlaştırabilirler¹⁷³.

Görüldüğü üzere, götürü bedelde işin kararlaştırılan bedelden daha fazlaya mal olması durumunda bunun rizikosu yüklenici üzerinde bırakılmaktadır. Bu kuralın istisnasına TBK mad. 480/f.2'de yer verilmiştir. Zira TBK mad. 480/f.2 ile kanunkoyucu bazı durumlarda yükleniciye kararlaştırılan bedelden daha fazlasını talepte bulunma imkanını tanımıştır. TBK'nın 480. maddesinin ikinci fıkrasına göre, *“başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.”*¹⁷⁴ Görülüyor ki, götürü olarak kararlaştırılan bedelin rizikolarına katlanan yüklenicinin kararlaştırılan bedelden daha fazlasını isteyebilmesi ya da sözleşmeden dönmesi veya feshi zor şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bunlar; başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan bir durumun ortaya çıkması, bu durumun ortaya çıkmasında yüklenicinin kusuru bulunmaması, ortaya çıkan bu durumun işin yapılmasını engellemesi veya aşırı derece zorlaştırmasıdır¹⁷⁵. Bununla birlikte yüklenicinin TBK'nın 480. maddesine dayanabilmesi için henüz işin

¹⁷³ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 766; BÜYÜKAY, Götürü Ücret, s. 670.

¹⁷⁴ Eser sözleşmesine özgü bu hüküm dışında Eski BK'da bulunmamakla birlikte yeni TBK'nın 138. maddesinde aşırı ifa güçlüğüne ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

¹⁷⁵ YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 539; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 767; ARAL/AYRANCI, s. 389. EREN, Özel Hükümler, s. 654; GÜMÜŞ, s. 89; ERGEZEN, s. 129; SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 160; ARTUKMAÇ, s. 33; BÜYÜKAY, Götürü Ücret, s. 671.

bitmemiş olması gerekir¹⁷⁶. Yüklenici 480. maddesinin şartları gerçekleşmiş olmasına rağmen yine de işi tamamlamışsa TBK'nın 480. maddesinin sağladığı imkanlardan yararlanamayacaktır¹⁷⁷. Yargıtay, edimler arasındaki dengeyi aşırı derece bozan savaşların, ülkeyi sarsan ekonomik krizlerin, enflasyon grafiğindeki olağanüstü yükselmelerin, para değerinin önemli ölçüde düşmesinin sözleşmenin yeni koşullarına uyarlanmasına sebep teşkil edeceğini belirtmektedir¹⁷⁸.

TBK'nın 480. maddesinde açıkça sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasının hakimden istenmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁷⁹ Oysa sözleşmeden dönme açısından böyle bir zorunluluğun olup olmadığı açık değildir. Bizce sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme için dava açılması gerekmeyecektir.

(2) Yaklaşık Bedel

Yaklaşık bedelde taraflar iş için bir bedel kararlaştırmakla birlikte bu bedel götürü bedelde olduğu gibi kesin değildir. Sözleşmede tahmini bir bedel kararlaştırılmakta ancak daha sonra bu bedel yapıldığı yer ve zamanda eserin değeri ve yüklenicinin giderlerine bakılarak revize edilmektedir¹⁸⁰.

¹⁷⁶“Dava, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin uyarlanması, bunun mümkün olmaması halinde sözleşmenin feshi istemine ilişkindir. Somut olayda, sözleşmenin yapıldığı tarihte ruhsat alınması için Belediyeye ait ... m2'lik arsanın alınması zorunluluğu bulunmadığı gibi inşaat izni 7 kat iken sözleşmenin yapıldığı tarihten sonra 5 kata düşürülmüştür. Bu durumda mahkemece konusunda uzman bilirkişi kurulu marifetiyle gerekirse mahallinde keşif yapılmak ve aynı tarihlerde komşu parsellerle ilgili inceleme de yapılmak suretiyle sözleşme tarihinden sonra Belediyeye ait arsanın satın alınması zorunluluğunun ortaya çıkması ve imar değişikliği sonucu kat izninin düşürülmesinin sözleşmenin uyarlanmasını gerektiren BK'nın 365/II. maddesinde belirtilen hallerden olup olmadığı, uyarlanma yapılmasını gerektiren hallerden olması durumunda da emsaller de incelenerek paylaşımın ne şekilde yapılması ve sözleşmenin uyarlanması gerektiği hususlarında rapor alınıp değerlendirilmek suretiyle davanın sonuçlandırılması gerekir.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2009/4752, K. 2010/5757, T. 26.10.2010. (KİB, 03.04.2015)

¹⁷⁷ Bkz. ÖZ, İnşaat, s. 70; BÜYÜKAY, Götürü Ücret, s. 677. “Sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanmasını istenebilmesi için diğer koşulların yanında edimlerin henüz ifa edilmemiş olması da gerekir. Sözleşmenin tarafı değişen hal ve şartlara rağmen edimini ihtirazi kayıt koymaksızın ifa etmişse ifada bulunmakla onu yerine getirme gücü ve imkanına sahip olduğu ve değişen şartlara rağmen borcunu kabul etmiş bulunduğunu dolaylı olarak ortaya koymuş olduğundan kural olarak sözleşmenin uyarlanmasını talep edemez. Somut olayda davacı tarafça iş tamamlanarak davalı iş sahibine geçici kabul tutanağı yapılarak teslim edildiği ve teslim sırasında (geçici kabul tutanağında) uyarlama ile ilgili ihtirazi kaydı da bulunmadığından uyarlama istemesi mümkün değildir.” Yarg. 15. HD. E. 2015/1637, K. 2015/5752, T. 13.11.2015. (KİB, 03.03.2016)

¹⁷⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2001/15-402, K. 2001/459, T. 30.5.2001. (KİB, 03.04.2015)

¹⁷⁹ Maddede Eski BK mad. 365/f.2'den farklı olarak sözleşmeden dönme ve uyarlama bakımından bir sıra öngörülmüştür. Böylece yüklenici öncelikle hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep etmekle yükümlüdür. Bkz. ÖZ, Yenilikler, s. 112.

¹⁸⁰ Bkz. KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 139.; EREN, Özel Hükümler,, s. 665; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 768-769; GÜRPINAR, s. 75 vd.

Götürü bedelin aksine yaklaşık bedelde, bedelin aşırı şekilde yüksek olması durumunda riziko, iş sahibi üzerinde bırakılmıştır¹⁸¹. Yaklaşık bedelde yapılacak keşifle gerçek bedel tespit edilir¹⁸². Keşif sonunda, TBK'nın 482. maddesinin ilk fıkrası gereğince yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılabacağı anlaşılırsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir¹⁸³. İş sahibinin 482. maddeye dayanarak sözleşmeden dönebilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Bu şartların gerçekleştiğini iş sahibi ispatla yükümlüdür. Böylece iş sahibi, yaklaşık bedelin aşırı aşıldığını, bu bedel aşımında kendisinin kusuru olmadığını ispat etmelidir¹⁸⁴. Bu durumda iş sahibi eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir.

Keşif sonrasında belirlenen bedelin yaklaşık olarak belirlenen bedeli aşırı derecede aşmadığı durumlarda iş sahibi bu bedeli ödemekle yükümlü olacaktır. Bedelin yaklaşık olarak belirlendiği durumlarda yapılacak olan keşifle bedel, TBK mad. 481 gereğince, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenecektir.

İş sahibinin arazisinde yapılan yapılarda ise iş sahibi yaklaşık bedelin aşırı aşılması durumunda sözleşmeden dönemeyecek ancak tamamlanan kısım için hakkaniyete göre uygun bir bedel ödeyerek sözleşmeyi feshedebilecektir. Zira TBK mad. 482/f.2'ye göre, "*Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyorsa iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir*".

¹⁸¹ YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 543; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 769.

¹⁸² TBK mad. 482 hükmü Eski BK mad. 367 hükmüne karşılık gelmektedir. Eski BK mad. 367 kenar başlığında yer alan keşif bedeli ifadesi yerine TBK'da yaklaşık bedel ifadesi kullanılmıştır. Yaklaşık bedel ve keşif bedelinin birbirinden farklı olduğu, yükleniciye ödenecek bedelin takriben belirlendiği hallerde yaklaşık bedelin; işin bedeli değil de masrafların yaklaşık olarak tespit edildiği durumlarda keşif bedelinin söz konusu olduğuna ilişkin bkz. BİRİNCİ UZUN Tuba; Eser Sözleşmelerinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.9, S. 100, Aralık 2014, s. 87.

¹⁸³ "*Taraflar arasındaki eser sözleşmesinde iş bedeli götürü olmayıp yaklaşık olarak belirlenmiştir. Masraflar iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı artmış ise iş sahibi gerek yapım aşamasında ve gerekse daha sonra sözleşmeyi bozabilir. Eğer eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılıyorsa iş sahibi iş bedelinden indirim isteyebileceği gibi eser henüz bitmemiş ise tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir.*" Yargıtay 15. HD, E. 2004/6552, K. 2005/4281, T. 15.7.2005. (KİB, 03.04.2015)

¹⁸⁴ EREN, Özel Hükümler, s. 666-667; KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 141; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 769; GÜMÜŞ, s. 83.; ERGEZEN, s. 109; SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 167.

c. Bedel Ödeme Zamanı ve Yeri

TBK'nın 479. maddesinde bedel alacağının muacceliyeti düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre kural olarak bedel alacağı eserin teslimi ile muaccel olur.

Maddenin ikinci fıkrasında ise eserin parça parça teslim edilmesi durumunda bedel alacağının muacceliyet zamanı düzenlenmiştir. Bu durumda her parçanın bedel alacağı teslimi anında muaccel olur. TBK'nın bedel alacağının muacceliyetine ilişkin kuralları belirleyen 479. maddesi emredici nitelikte değildir. Böylece taraflar sözleşmede farklı bir muacceliyet anı kararlaştırabilirler. Özellikle uygulamada büyük inşaat işlerinde bedelin muacceliyet anına ilişkin hükümlere mutlaka yer verilmektedir¹⁸⁵.

Eğer sözleşmede aksine bir düzenleme yoksa bedel alacağı TBK mad. 89 gereğince alacaklının yani yüklenicinin ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ödenir. İş sahibinin bedel alacağını ödemekte temerrüde düşmesi halinde yüklenici, borçlu temerrüdünden doğan TBK mad. 125'teki seçimlik haklardan birini kullanabilir.

d. Bedel Alacağının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresi

TBK'nın 146. maddesine göre, kural olarak kanunda aksi belirtilmediği sürece her borç 10 yıllık zamanaşımına tabidir. Bu hükmün istisnasına hemen bir sonraki maddede yer verilmiş ve hangi alacakların 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu TBK mad. 147'de düzenlenmiştir. Yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan bedel alacağı beş yıl zamanaşımı süresine tabidir. Zira TBK'nın 147. maddesinin 6. bendine göre, yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar için beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.

III. ESER SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKLARI

A. Genel Olarak

İş görme sözleşmelerinin içinde yer alan eser sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt edilmesi gerekir. Eser sözleşmesinin diğer sözleşmelerden ayırt edilmesi somut olaya uygulanacak kanun maddelerinin belirlenmesinde önem

¹⁸⁵ KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 126.

arz etmektedir. Zira, TBK’da bazı özel sözleşmeler için düzenlenmiş olan hükümler yalnızca düzenlendiği sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulacak ve diğer sözleşmelerde kıyas yoluyla dahi uygulanamayacaktır. Zira, çalışmamamızın konusunu teşkil eden TBK mad. 473 hükmü yalnızca eser sözleşmelerinde vadeden evvel iş sahibine ilk fıkrası bakımından sözleşmeden dönme, ikinci fıkrası bakımından ise ikame yükleniciye başvuru imkanı veren istisnai bir düzenlemedir. Bu hüküm yalnızca eser sözleşmelerinde uygulanacağından, eser sözleşmelerinin diğer sözleşmelerden özellikle de diğer iş görme sözleşmeleri ve satım sözleşmesinden ayırt edilmesi gerekir. Böylece, eser sözleşmesinin diğer bazı sözleşmelerden farklarına kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

B. Hizmet Sözleşmesinden Farkları

Tıpkı eser sözleşmesinde olduğu gibi, iş görme sözleşmelerinden bir tanesi de hizmet sözleşmesidir. TBK mad. 393’e göre hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir¹⁸⁶. Görülüyor ki hizmet sözleşmesinin unsurları, iş görme, bağımlılık ve ücret olarak karşımıza çıkar¹⁸⁷.

Hizmet sözleşmesinin ilk önemli unsuru iş görme unsurudur. İşverene bağımlı olarak çalışan işçi fiziki veya fikri emeğiyle iş görmeyi borçlanır. İşçi yukarıda belirttiğimiz üzere eser sözleşmesinde olduğu gibi bağımsız bir edim sonucunu borçlanmaz. Sadece iş görme faaliyetini borçlanır¹⁸⁸.

Hizmet sözleşmesinin ikinci unsuru olan bağımlılık unsuru da hizmet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayırır. Hizmet sözleşmesinde işçi hiyerarşik bir ilişki içinde işverene bağımlı olarak iş görme faaliyetini sürdürür. İşçi işverene hem ekonomik hem de kişisel yönden bağımlıdır¹⁸⁹. İşçi, işverenin emir ve talimatları

¹⁸⁶ 818 sayılı Eski BK’da bağımlılık unsuruna sözleşmesinin tanımı yapılırken yer verilmemiş bu eksiklik TBK mad. 393 ile giderilmiştir. Zira Eski BK. mad. 313’de hizmet sözleşmesi, “*Hizmet akdi, bir mukaveledir ki onunla işçi, muayyen veya gayri muayyen bir zamanda hizmet görmeği ve iş sahibi dahi ona bir ücret vermeği taahhüt eder*” şeklinde tanımlanmıştır. Zira bu tanımda bağımlı olma unsuruna açıkça yer verilmemiştir.

¹⁸⁷ EREN, Özel Hükümler, s. 530; RIEZLER, s. 530; AKKURT Sinan Sami; Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.10, S.2, 2008, s. 15 vd.

¹⁸⁸ RIEZLER, s.527.

¹⁸⁹ EREN, Özel Hükümler, s. 530; GÜMÜŞ, s. 9; ERGEZEN, s. 54; RIEZLER, s.530; HUGUENIN, N. 3137, s. 934.

altında çalışır. Eser sözleşmesinde yüklenici her ne kadar işverenin talimatlarına uymak zorunda olsa da bağımlılık unsurunun varlığından söz edilemez¹⁹⁰. Eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibine bağımlı değildir. İşçi, çalıştığı zaman için ücret alırken, yüklenici bağımsız eseri meydana getirmekle bedele hak kazanmış olur¹⁹¹.

Hizmet sözleşmesi sürekli edimli bir sözleşme iken, eser sözleşmesi yukarıda da belirttiğimiz gibi bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ani edimli bir sözleşmedir. İş sahibinin menfaati eser teslim edildiğinde gerçekleşmektedir. Hizmet sözleşmesine işçi, işverene zamansal olarak bağlı iken; eser sözleşmesinde sonuç önem arz eder¹⁹².

Eser sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi taraflardan biri veya ikisinin tüzel kişi olup olmaması bakımından da birbirinden ayrılır. Hizmet sözleşmesinde işçi tüzel kişi olamaz. Oysa eser sözleşmesinde daha önce değindiğimiz gibi, hem yüklenici hem de iş sahibi tüzel kişi olabilir.

Hizmet sözleşmesi ile eser sözleşmesi ana hatlarıyla yukarıdaki gibi birbirinden farklı iki sözleşme olmakla birlikte diğer birçok yönden de birbirinden

¹⁹⁰ “Hizmet akdinin unsurları; 1-Hizmetin belirli veya belirli olmayan bir zaman içinde görülmesi, 2-Hizmet akdinin konusu olan edimin işverene ait işyerinde yerine getirilmesi 3-Edimin ifası sırasında işverenin denetim ve gözetimi altında bulunması 4-Edimin ücret karşılığında yapılması ve ücretin zaman esaslı üzerinden saptanmasıdır. Ücret zaman itibarıyla olmayıp yapılan işe göre verildiği takdirde dahi belirli ya da belirli olmayan bir zaman için alınmış veya çalışılmış oldukça hizmet akdi yine mevcuttur.İstisna akdinde ise: bir eserin ücret karşılığında yaratılması söz konusudur. İstisna akdinde ücretin tespitinde eser göz önünde tutulur. İş sahibinin talimat verme yetkisi ise, elde edilecek sonuç içindir. Halbuki hizmet akdinde emir ve talimat yetkisi işçinin çalışma yerinin, ise başlangıç ve sona eriş saatinin işverence tespiti biçimindedir.Hizmet akdinin belirleyici ve ayırıcı unsurları zaman ve bağımlılıktır. Zaman ve bağımlılık unsurlarını birlikte gerçekleştirecek biçimde çalışmanın varlığı halinde aradaki ilişkinin hizmet akdine dayalı olduğunun kabulü gerekir.” Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, E. 2013/5099, K. 2013/11582, T. 3.6.2013. (KİB, 30.03.2015)

¹⁹¹ “Hizmet akdi, çoğu kez 818 sayılı B.K.'nun 355. maddesinde tanımlanan istisna akdi (eser sözleşmesi) ile karıştırılabilmekte, ikisinin ayırt edilebilmesi bazı durumlarda güçleşmektedir. Çalışan, iş gücünü belirli veya belirsiz bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmamakla yükümlü olmayarak, işveren buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi istisna akdine dayanıyor demektir. Hizmet akdinde ise çalışan, emeğini iş sahibinin emrine hazır bulundurmaktadır ve ücret, faaliyetin meydana gelmesinin sonucu için değil, bizzat yapılan faaliyetin karşılığı olarak ödenmektedir. Öte yandan; 313. madde hükmünün açıklığı gereği, çalışanın kendi aletleri ile çalışması veya götürü hizmet sözleşmelerinde ücretin, yapılacak işe göre toptan kararlaştırılması olanaklı bulunduğundan, tarafların belli bir fiyat üzerinden anlaşmaları istisna akdinin varlığını göstermediği gibi, götürü sözleşmelerde, bir süre için hizmet etme borcunun mu, yoksa önceden belirlenmiş bir sonucun meydana getirilmesi borcunun mu yüklenildiğinin şüpheli bulunduğu durumlarda, araştırma yapılarak tarafların amacı, durumu ve yaşam deneyimleri gözetilip hukuki ilişki saptanmalıdır.” Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, E. 2010/15108, K. 2012/27362, T. 27.12.2012. (KİB, 30.03.2015)

¹⁹² Öğretide Bilgin Yüce, yüklenicinin iş sahibine zamansal olarak bağlı olmadığına değinirken TBK mad. 473/f.1 hükmünün bu kuralın istisnası olmadığını belirtmiştir. BİLGİN YÜCE Melek; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Pratik Çalışmaları, İstanbul 2015, s. 110, dp. 1’de yer alan açıklamalar.

ayrılmaktadırlar. Örneğin her iki sözleşmenin sona ermesi, tarafların sözleşmeden dönmesi veya feshi farklı kurallara tabi tutulmuştur. Örneğin, hizmet sözleşmesinde TBK mad. 440 gereğince işçinin ölümü halinde sözleşme kendiliğinden sona erer. Eser sözleşmesinde ise ancak yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümüyle kendiliğinden sona erecektir.

İşçi ve yüklenicinin vermiş oldukları zararlardan sorumlulukları da farklı kurallara tabi kılınmıştır. TBK'nın 400. maddesine göre; işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur. Görülüyor ki hizmet sözleşmesinde işçi ancak kusuruyla verdiği zararlardan sorumlu tutulmuştur. Eser sözleşmesinde ise yüklenici bağımsız bir eseri meydana getirmeyi borçlandığından kusursuz sorumluluk halleri de kanunda düzenlenmiştir. Örneğin, TBK mad. 474 vd. maddelerine göre, eserin ayıplı olması durumunda yüklenicinin sorumluluğunun tayininde kusurunun varlığı aranmaz. Yine çalışmamamız bakımından TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibinin vadeden evvel sözleşmeden dönmesi için yüklenicinin kusurunun varlığı aranmayacaktır.

C. Vekalet Sözleşmesinden Farkları

TBK'nın 502. maddesinde vekâlet sözleşmesi; vekilin, vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu madde ile verilen tanımda vekil bir hukuki işlemin yapılmasının yanı sıra bir maddi fiilin yapılmasını da borçlanabilir. Vekilin borçlandığı iş başkasına ait ve onun menfaatindedir¹⁹³.

Vekâlet sözleşmesi ile eser sözleşmesini birbirinden ayıran farklardan ilki ücret ödemede kendini göstermektedir. Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcunun karşılığını iş sahibinin bedel ödeme borcu oluşturur. Vekâlet sözleşmesi ise ücretli veya ücretsiz olarak yapılabilir¹⁹⁴. Yani vekalet sözleşmesi ivazsız olarak yapılabilir. İki halde

¹⁹³ EREN, Özel Hükümler, s. 409.

¹⁹⁴ ERGEZEN, s. 53; YALÇINDURAN Türker; Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007, s. 58. KURŞAT Zekeriya; Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, İÜHFİM, LXVII, İstanbul 2009, S.1-12, s.146.

vekalet sözleşmesinde ücret istenebilir. Bunlardan ilki sözleşme ile ücretin kararlaştırılmış olması ikincisi de teamül gereğidir¹⁹⁵.

Vekil, bir iş görme filini borçlanmaktadır. Yüklenici ise bağımsız bir eseri meydana getirme yani edim sonucunu yerine getirme yükümlülüğü altındadır. Vekil, özenle çalışmış olmasına rağmen istenen sonuç gerçekleşmemiş olsa bile sözleşmeye aykırı davranmamıştır¹⁹⁶. Bir avukatın dava takip etmesi, danışmanlık yapılması birer vekâlet sözleşmesinin varlığını gösterir. Bir doktorun hastayı tedavi etmesi kural olarak bir vekalet sözleşmesi iken; Yargıtay, örneğin estetik operasyonunda, eser sözleşmesinin varlığını kabul etmektedir¹⁹⁷.

Eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesini birbirinden ayıran özelliklerden biri de tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmeye kendini gösterir. TBK'nın 512. maddesine göre, vekalet veren veya vekil her zaman tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirebilecekken¹⁹⁸; eser sözleşmesinden dönme daha sıkı şartlara tabi kılınmıştır. İş sahibinin tek taraflı olarak sözleşmeyi hiçbir gerekçe ileri sürmeksizin sona erdirebilmesi TBK mad. 484 gereğince iş sahibinin ancak eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemesi ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermesi koşuluyla mümkündür.

İşin görülmesine ilişkin giderlerin kim tarafından karşılanacağı konusunda ise eser ve vekâlet sözleşmesi farklılık arz etmektedir. TBK'nın 471. maddesinin son fıkrasına göre; aksine bir anlaşma veya adet olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Vekâlet sözleşmesinde ise işin görülmesine ait giderler kural olarak müvekkile aittir¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Bazı kanunlarda açıkça vekilin ücret isteme hakkı düzenlenmiş olabilir. Örneğin Avukatlık Kanunu'nun " avukatlık ücreti" başlığını taşıyan 164. maddesinde vekalet ücretinin kararlaştırılmadığı hallere ilişkin özel bir düzenlemeye yer almaktadır.

¹⁹⁶ BÜYÜKAY, Eser, s. 48; EREN, Özel Hükümler, s.597; GÜRPINAR, s. 25.

¹⁹⁷ Örneğin, dövme izinin ortadan kaldırılması amaçlı cerrahi müdahalenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 1999/4007, K. 1999/3868, T. 3.11.1999. (KİB, 30.03.2015) Yine, estetik ameliyat yapılmak suretiyle karın bölgesinde doğumdan sonra oluşan bozulmasının giderilmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2005/7988, K. 2006/3417, T. 8.6.2006. (KİB, 30.03.2015).

¹⁹⁸ Ancak TBK mad. 512 c.2 gereğince "Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür."

¹⁹⁹ TBK mad. 510/f.1 gereğince; " Vekâlet veren, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderleri ve verdiği avansları faiziyle birlikte ödemek ve yüklediği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür. "

D. Satış Sözleşmesi ile Farkları

Satım sözleşmesi devir borcu doğuran sözleşmelerden biri iken; eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmasına rağmen bu iki sözleşmeyi birbirine benzer kılan her iki sözleşmede de bir şeyin tesliminin söz konusu olmasıdır²⁰⁰. Eser sözleşmesinde yüklenici iş sahibine meydana getireceği eseri teslim ile yükümlüken; satış sözleşmesinde satıcı alacaklıya satış konusu malı devretmekle yükümlüdür. Satış sözleşmesinde satım konusu şey mevcut iken, eser sözleşmesinde sözleşme anında mevcut değildir²⁰¹. Olayda satış sözleşmesi mi yoksa eser sözleşmesi olduğunun belirlenmesinde iş sahibinin talimat vermesi bakımından yapılacak değerlendirmede, iş sahibi eğer talimat verme imkânına sahipse eser sözleşmesinin; aksi halde satım sözleşmesinin varlığı kabul edilebilir²⁰².

Eser sözleşmesi ve satım sözleşmesini birbirinden ayırabilmek için Yargıtay kararlarında sözleşme konusu için monte edilmesi gereken hallerde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Eğer bu durumda malzeme unsuru ağır basıyorsa satış, emek unsuru ağır basıyorsa eser sözleşmesinin varlığı kabul edilmektedir²⁰³. Yargıtay, bir güneş enerjisi monteleme işinde taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir²⁰⁴.

Eser ve satım sözleşmesi arasındaki farkın belirlenmesi hukuki ilişkiye uygulanacak hükümlerin tespiti açısından önem arz etmektedir. Örneğin, eser sözleşmesi herhangi bir şekilde tabi değil iken; bir taşınmaz satışı söz konusu ise

²⁰⁰ YAKUPPUR, s.16; EREN, Özel Hükümler, s. 597; HUGUENIN, N. 3131, s. 932.

²⁰¹ RIEZLER, s. 534; BÜREN Bruno von; Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Zürich 1972, s.144-145; HUGUENIN, N. 3132, s. 932; RODORFF Christian; Die Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag, Baden-Baden 2011, s.48; GÜRPINAR, s. 22. Eğer eser sözleşmesinde yapılacak eserin malzemesinin yüklenici tarafından satın alınması kararlaştırılmışsa, eser ve satış sözleşmelerini ihtiva eden karma bir sözleşme söz konusu olur. Bkz. KOLLER, Werkvertrag, N. 67, s. 27.

²⁰² KIRMIZI, s. 100.

²⁰³ KIRMIZI, s.100; BÜYÜKAY, Eser, s. 79.

²⁰⁴ “Davalı firmanın güneş enerjisi kurma işini üstlenmesi, bir tarafın vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini üstlenmesi olup, eser sözleşmesinin unsurlarını taşımaktadır. Satım sözleşmesinden ayıran en önemli yan satımdaki montaj işleminin imalatı içermemesine karşın, güneş enerjisi sisteminin kurulmasının aynı zamanda imali de bünyesinde barındırıyor olmasıdır. Ayrıca satım da sözleşme anında satılan alınan şey mevcut ve kullanılabilir iken, eser sözleşmesinde sözleşme anında eser ortada olmayıp, sözleşmeden sonra imali söz konusudur. Güneş enerjisi sistemi sadece montajı yapılarak işleyecek halde satışı sunulmuş değildir. İşler hale gelebilmesi ve amacını gerçekleştirilmesi imalatı gerektirmekte, sistemi oluşturan parçaların ve ayrı ayrı işleve sahip bölümlerin bir araya getirilmesi ve imali ile oluşmaktadır. Açıklanan bu nitelikleri ile taraflar arasında eser sözleşmesi olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Mahkemenin aksine kabul tarzı yerinde değildir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2003/15-127, K. 2003/102, T. 26.2.2003. (KİB, 30.03.2015)

bunun TBK mad. 237 gereğince resmi şekilde yapılması gerekecektir. Bu iki sözleşme arasındaki fark sadece şekille sınırlı değildir. TBK’da yarar ve hasarın geçişi açısından da farklı hükümlere yer verilmiştir. Satış sözleşmesinde yarar ve hasar taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil ile geçecektir²⁰⁵. Eser sözleşmesinde ise, TBK mad. 477 gereğince, eserin açık veya zımni kabulünden sonra yüklenicinin sorumluluğu sona ermektedir.

Uygulamada eser sözleşmesi ve satış sözleşmesi arasındaki farkın belirlenmesi gereği, uygulanacak hükümlerin tespiti açısından özellikle ayıptan sorumlulukta kendini göstermektedir²⁰⁶. Özellikle olayda eğer bir ticari satışın söz konusu olduğu sonucuna varılırsa, ticari satımlarda ayıbı bildirim süresi normal satış sözleşmesine veya eser sözleşmesine göre daha kısadır. TTK mad. 23 bent c’ye göre²⁰⁷, ticari satışlarda malın ayıplı olduğu teslim sırasında anlaşılabilir nitelikte değilse, alıcı teslimden itibaren 8 gün içinde malı gözden geçirmeli eğer bir ayıp söz konusu ise bunu aynı süre içinde satıcıya bildirmelidir. Satılanın ayıplı olduğunun teslimi sırasında açıkça anlaşılabilir durumlarda ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya bildirmekle yükümlü kılınmıştır²⁰⁸. Bu nedenlerle uygulamada eser sözleşmesi ve satım sözleşmesinin birbirinden ayrılması son derece önemli sonuçlar doğuracaktır.

Yargıtay uygulamada, sıklıkta mahkemelere başvuru projelerden alınan inşaatlarda sosyal tesis niteliğindeki eksikleri ayıplı ifa değil eksik ifa olarak kabul etmektedir²⁰⁹. Bu durumda, projelerle bağımsız bölümlerin satışının yapılmasına eser değil satış vaadi sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Çünkü burada alıcılara özel

²⁰⁵ Zira, TBK mad. 208 gereğince satış sözleşmesinde “*kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir*”.

²⁰⁶ Ayrıntılı açıklama için bkz. UÇAR Ayhan; İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması, C.I, S. 1,1997, Atatürk Üniversitesi 40.Yıl Armağanı, s.38 vd.

²⁰⁷ Zira TTK mad. 23 bent c’ye göre; “Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı iki gün içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra sekiz gün içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür.”

²⁰⁸ “*Her ne kadar taraflar alıcı ve satıcı firma olarak belirtilmiş ise de, zincirli termoform ambalaj makinesinin teknik özellikleri gösterilerek bu koşullarda imal edileceği ve montajının da imalatçı tarafından fabrikada gerçekleştirileceği kabul edilmiştir. Bu haliyle bir eser taahhüdünde bulunduğu sözleşme, imza tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı mülga Borçlar Yasası'nın 355 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi niteliğindedir. Davacı yüklenici, davalı iş sahibidir. Kural olarak eser sözleşmelerinde ayıbın varlığı her türlü delille kanıtlanabilir. Dairemizin yerleşen uygulaması da bu yöndedir.*” Yargıtay 15. HD, E. 2014/3153, K. 2014/5472, T. 25.9.2014. (KİB, 03.04.2015)

²⁰⁹ Yarg. 13. HD. E. 2013 / 6189 , K. 2014 / 9008 ,T. 27.03.2014. (SİB, 30.11.15). Bu yönde eksikliklerin ayıplı ifa olarak kabul edilmesi gerekir. Bkz. Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 192.

inşaat yapılmamakta, sadece hali hazır projeden seçim yapma imkanı tanınmaktadır²¹⁰. Böylece eser sözleşmesine ilişkin hükümler burada uygulama alanı bulmayacaktır.



²¹⁰ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 192.

İkinci Bölüm

TBK 473/f.1 HÜKMÜ GEREĞİNCE İŞ SAHİBİNİN VADEDEN ÖNCE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI VE HUKUKİ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK BORCA AYKIRILIĞININ ÖNCEDEN BELLİ OLMASI KAVRAMI VE TBK'DAKİ DÜZENLEMESİ

A. Genel Olarak

Borcun ifa edilmemesinden, borcun hiç ifa edilmemiş olması veya gereği gibi ifa edilmemiş olması anlaşılmaktadır. Borcun hiç ifa edilmemiş olması ya borcun ifasının imkansızlaşması ya da ifası mümkün olmasına rağmen ifa edilmemesidir. Gereği gibi ifa etmeme ise, diğer ifanın borca uygun olmaması hallerini –örneğin miktar bakımından eksik olması- ifade eder. Kuşkusuz ki bu ayrımlardan söz edilebilmesi için borcun muaccel olması gerekecektir²¹¹.

İşte, TBK'nın 112 ve devamı maddelerinde borcuna aykırı davranan borçlunun sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere borcun muaccel olması dikkate alınarak yer verilmiştir. Zira, bu hükümler borcun vadesi geldikten sonra ifa edilmemesi hallerine ilişkindir ve alacaklının TBK mad. 112 vd. hükümlerine başvurabilmesi için borcun vadesinin gelmiş olması gerekir. Ancak borcun henüz vadesi gelmeden borçlunun borca aykırı davranacağına belli olması durumlarına ilişkin genel bir düzenlemeye TBK'da yer verilmemiştir. Bu durumda temel prensip gereği alacaklı, vade tarihini bekleyecek ancak bu durumda TBK mad. 112 vd. hükümlerine başvurabilecektir. Böylece, kural olarak borç henüz muaccel olmadan evvel alacaklının ileri sürebileceği herhangi bir talep söz konusu değildir.

TBK'da vade tarihinden evvel sözleşmeyi sona erdirmeye ilişkin genel bir hükme yer verilmemiş olmakla birlikte, bazı özel hükümlerde vade tarihinden evvel alacaklıya bazı şartlarla sözleşmeyi sona erdirme imkanı tanınmıştır. Aşağıda değineceğimiz üzere bu hallerin tamamı aciz haline ilişkindir. Eser sözleşmeleri

²¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 373.

bakımından acze ilişkin olmayan ve vade tarihinden evvel iş sahibine sözleşmeden dönme imkanı veren özel hükümler, yaklaşık bedelin aşırı aşılmasına ilişkin TBK mad. 482 ve TBK mad. 473/f.1²¹² hükümleridir. Yaklaşık bedelin aşılması dolayısıyla iş sahibinin vadeden evvel sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı ilk bölümde iş sahibinin bedel ödeme borcu başlığı altında değerlendirildiğinden bu bölümde tekrardan kaçınmak amacıyla ele alınmayacaktır²¹³.

TBK mad. 473/f.1 gereğince vadeden evvel borca aykırı davranışın belli olması, iş sahibini borcun vade tarihinde ifa edileceği beklentisinden kurtarmaktadır. Bu sayede iş sahibi, işi vade tarihinde bitirilmeyeceğini bilmekte ve buna göre hareket etmektedir. Böylece, düğün için elbise siparişi veren (A)'nın, üçüncü provaya gittiğinde düğün günü yaklaşmasına rağmen hala dikime başlamayan terziye karşı, bir inşaatın proje çizimini üstlenen mimarın uzun süre geçmesine rağmen hala çizime başlamadığını gören (A)'nın mimara karşı²¹⁴, 5 katlı bir bina yapımı işini üstlenen ancak teslim 2 ay kalmasına rağmen hala zemin katı tamamlamamış olan yükleniciye karşı, yeni evi için salon takımı siparişi veren teslim tarihine çok az bir

²¹² Hüküm, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 366. maddesinin aynen dilimize çevrilmesiyle kabul edilmiştir. TBK 473/f.1 hükmü Eski BK mad. 358. maddesine karşılık gelmektedir. Hükümde dilde sadeleşme dışında bir farklılık yapılmamıştır. Zira Eski BK mad. 358'in ilk fıkrasına göre;” *Mütaahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut işsahibinin kusuru olmaksızın vakıolan teahhür, bütün tahminlere nazaran mütaahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan, vermiyecek derecede olursa işsahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye, mecbur olmaksızın akdi feshedebilir.*”

²¹³ Bkz. yukarıda “Bedel Ödeme Borcu” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

²¹⁴ Önemle belirtmek gerekir ki, mimarlık sözleşmesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Genel olarak kabul edildiği üzere, mimarın yalnızca proje çizimini üstlendiği sözleşmelerin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. EREN, Özel Hükümler, s. 588; UYGUR, C.II, s. 2130; UYAN Göktürk; İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul 2006, s. 160. Mimarlık sözleşmesinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğuna ilişkin bkz. ÇAKALIR Yalçın; Mimarlık Sözleşmesi, Ankara 1976, s. 14-15. Buna karşın yazar, mimarın yalnızca proje çizimini değil, eserin yapılmasına ilişkin tüm işlemleri üstlendiği anahtar teslimli sözleşmelerin hukuki niteliğinin eser sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir. Bkz. ÇAKALIR, s. 22 . Yargıtay 2015 tarihinde verdiği kararında aynı sonuca varmıştır: “... *davalı savunmasında; davacı ile dava dilekçesinde iddia ettiği işlerin tasarım, dekoratif planlama ve mimarlık hizmeti konusunda anlaşmalarını, verilen bu hizmetlerin bedelinin ise ödendiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Taraflar arasında sözlü eser sözleşmesi ilişkisinin kurulduğu ve işin ifa ile sonuçlandığı konusunda bir ihtilaf yoktur. İhtilaf iş bedelinin miktarında ve ödenip ödenmediği noktasında toplanmaktadır. Taraflar arasında yazılı sözleşme bulunmadığından ve işin bedeli önceden kararlaştırılmadığından sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan mülga 818 sayılı BK'nın 366. maddesi uyarınca iş bedelinin yapıldığı yılın mahalli piyasa rayiçlerine göre belirlenmesi gerekir...*” (Yarg. 15. HD. E. 2014/4607, K. 2015/3116, T. 4.6.2015. Aynı yönde, Yarg. 15. HD. E. 2010/4542, K. 2011/3578, T. 15.6.2011, KİB, 10.03.2016). Ancak mimarın yalnızca proje çizimini değil, projenin yönetim ve denetim işini de yürütmeyi üstlendiği hallerde eser sözleşmesi ve vekalet sözleşmesinin unsurlarını içeren karma bir sözleşmenin varlığı kabul edilmektedir. Bkz. EREN, Özel Hükümler,, s. 588. Mimarın aynı zamanda işin yürütülmesini üstlendiği sözleşmelerin istisna ve hizmet sözleşmelerinden oluşan bileşik sözleşme olduğuna ilişkin bkz. YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 508-509.

süre kalmasına rağmen hala tamamlanmadığını gören (B)' nin mobilyacıya karşı vade tarihini beklemeksizin TBK mad. 473/f.1 hükmüne dayanarak sözleşmeden dönmesi mümkündür.

B. Kavram Sorunu

Doktrinde henüz vade tarihi gelmeden borçlunun borca aykırı davranacağından önceden belli olmasına ilişkin pek fazla görüş ileri sürülmemiştir. Bunun altında yatan, TBK sistemimizin kural olarak vade tarihinden önceki borca aykırı davranış ve bunun sonuçlarını düzenleyen hükümlere yer vermemiş olmasıdır. Yalnızca doktrinde değil Yargıtay kararlarında da bu kurumu ifade eden herhangi bir kavrama yer verilmediğini görmekteyiz²¹⁵. Doktrinde bu kurumu ifade etmek amacıyla aşağıda değineceğimiz üzere birtakım ifadeler kullanılmış olsa da bunların dayanağını daha çok borçlunun vade tarihinden önce borcu ifa etmeyeceğini sözle ya da davranışlarıyla bildirmesi teşkil etmektedir. Oysa TBK 473/f.1 hükmü sadece borcun ifa edilmeyeceğinin bildirilmesi ile sınırlı olmayan daha kapsamlı bir düzenlemelidir.

Yalnız doktrin ve yargı kararlarında değil, borçlunun daha vade tarihi gelmeden borcunu ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunu ifade etmek üzere TBK mad. 473 düzenlemesinde de herhangi bir ifadeye yer verilmediğini görmekteyiz. Zira, eser sözleşmelerine ilişkin TBK 473 hükmünün başlığında “*İşe Başlama ve Yürütme*” ifadesine yer verilmiştir. Böylece madde başlığı da kavram bakımından yol gösterici nitelikte değildir²¹⁶.

Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğini söylemesi durumu için doktrinde kullanılan ilk ifade “*öncelenmiş borca aykırılık*” ifadesidir. Öncelenmiş borca aykırılığın, sözleşmenin müspet ihlali niteliğinde olduğunu belirten Serozan'a göre, bu durumda kullanılacak olan sözleşmeden erken dönme hakkının temellendiği husus, alacaklı ve borçlu arasındaki güven ilişkisinin sarsılmasıdır.²¹⁷

²¹⁵ Bkz. Yarg. 15. HD., E. 1997/4967, K. 1998/637, T. 23.2.1998. Aynı yönde, Yarg. 15 HD, E. 1997/1967 K. 1997/2324, T. 1.5.1997; Yargıtay 15 HD. E. 1992/3812, K. 1993/1871, T. 21.4.1993. Yarg. 15. HD., E. 1992/3285, K. 1993/1196, T. 11.3.1993. (KİB, 11.11.15).

²¹⁶ Aynı şekilde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 366. maddesinin başlığında yer alan “*Rechtzeitige Vornahme und vertragsgemässe Ausführung der Arbeit*” ifadesi de benzer şekilde yol gösterici nitelikte değildir.

²¹⁷ SEROZAN Rona (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/HATEMİ Hüseyin/ARPACI Abdülkadir) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa- İfa engelleri- Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014, s. 250-251.

Başıoğlu da aynı şekilde bu durumu ifade etmek amacıyla ”*öncelenmiş borca aykırılık*” ifadesini kullanmaktadır²¹⁸. Başoğlu’na göre, incelemek kavramı, tam anlamıyla, borçlunun vadeden önce borcu ifa etmeyeceğini bildirmesi veya bunun anlaşılması durumlarını ifade etmektedir. Yazarın bu ifadeyi kullanılmasının dayanağını “*Uluslararası Taşınır Satımına İlişkin Anlaşma*”’ya ilişkin kanun teklifinin ekinde sunulan Türkçe tercüme oluşturmaktadır. Yazara göre, Türkçe tercümede yer alan “öne alınmış sözleşmeye aykırılık” ifadesine yerine, öncelenmiş borca aykırılık ifadesinin kullanılması daha yerinde olacaktır²¹⁹. Daha sonra resmi gazetede yayınlanan anlaşmanın metninde de aynı ifade korunmuştur. Ancak Uluslararası Taşınır Satımına İlişkin Anlaşma’nın²²⁰ uygulama alanı sınırlıdır. Yalnızca milletlerarası unsurlu taşınır satışlarında uygulanır²²¹. Anlaşma 1 Ağustos 2011 tarihinde Türkiye’de de yürürlüğe girmiştir²²².

Anlaşmanın Resmi Gazetede yayınlanan metninde de “Öne alınmış sözleşmeye aykırılık” ifadesi kullanılmıştır. Gerçekten Uluslararası Taşınır Satımına İlişkin Anlaşma’nın 5. bölümünün ilk ayrımında “*Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılıklar ve Art Arda Teslimli Sözleşmeler*” başlıklı 71 vd. maddelerinde bu konuda bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili hükümde borcun ifa edilmeyeceğinin önceden

²¹⁸ BAŞOĞLU Başak; Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.66, sayı: 2, 2008, s. 287.

²¹⁹ Viyana Satım sözleşmesi ile devletlerin milletlerarası mal satımlarında uygulanacak maddi hukuk kurallarının belirlenmesi amaçlanmıştır. Zira, bu anlaşma ile ülkelerin satım sözleşmelerine ilişkin hukuk kuralları birbirinden farklı olduğundan milletlerarası mal satımından doğan uyuşmazlıklara hangi hukuk kurallarının uygulanacağı yönündeki sorunların ortadan kaldırması sözleşmenin asıl amacını oluşturur. TBMM’ye sunulan kanun teklifinin ekinde yer verilen tercüme metinde İngilizce “Anticipatory Breach” olan terim Türkçeye “öne alınmış sözleşmeye aykırılık” olarak çevrilmiştir. (çeviri metni için Bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0338.pdf>). Bkz. BAŞOĞLU, s. 288’de yer alan açıklamalar.

²²⁰ Sözleşmenin açık adı “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”dır. Sözleşmeye, uygulamada Viyana’da imzalanmış olması sebebiyle kısaca “Viyana Satım Anlaşması” olarak anılmaktadır.

²²¹ Uygulama alanına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. TARMAN, s. 173; YILMAZ İlhan; Uluslararası Menkul Satışı Sözleşmelerine Dair Viyana Konvansiyonu ve Türk Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ocak 2002, Y.1, S.1, s. 574 vd. ATAMER Yeşim; Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması, İstanbul 2012, s. 7 vd. ÖZ Turgut; Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) İle Türk Borçlar Kanunu’nun İlgili Hükümlerinin Karşılaştırılması, İstanbul 2016, s. 1. (Bundan sonra “ÖZ, Milletlerarası Mal Satımı” şeklinde anılacaktır); GÜNDOĞDU Fatih; Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Viyana Konvansiyonuna Göre İmkansızlık ve Hukuki Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2011, C.10, S.2, s. 332.

²²² 11 Nisan 1980 tarihinde Viyana’da imzaya açılan “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”na katılmamız 5570 sayılı kanunla uygun görülmüştür. Kanun, 14 Nisan 2009 tarihli ve 27200 sayılı gazetede yayınlanmıştır. Anlaşmanın tam metnine ise 7. Nisan 2010 tarih 27545 sayılı resmi gazetede yer verilmiştir.

anlaşılması durumunda alacaklıların kendi yükümlüklerinin ifasını askıya alabilecekleri hükme bağlanmıştır. Ayrıca yükümlüklerini askıya alan tarafın, bunun sebebini derhal karşı tarafa bildirmesi gerektiği de düzenlenmiştir. Ayrıca askıya alan taraf, karşı tarafın sözleşmeyi ifa edeceğine dair yeterli teminat göstermesi durumunda ifaya devam etmek zorundadır²²³. Yine Anlaşmanın 72. maddesine göre, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmesi ve bunun da ifa tarihinden önce olması durumunda diğer tarafın sözleşmeyi ortadan kaldırma yönünde beyanda bulunabileceği düzenlenmiştir²²⁴. TBK’da hem genel hükümler arasında hem de satış sözleşmesine ilişkin hükümlerde benzer bir düzenleme yer almamaktadır²²⁵.

Bu durumu ifade etmek amacıyla Uluslararası Taşınır Satımına İlişkin Anlaşma’dan yola çıkarak öncelenmiş borca aykırılık ifadesinin kullanılmasını eleştiren Sert ve Cihan tarafından, borçlunun vadeden önce borcu ifade etmeyeceğini bildirmesi veya bunun anlaşılması durumlarını ifade etmek için “*borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi*” terimin kullanılmasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir²²⁶. Yazarlara göre “öncelenmek” kelimesi Türkçeye pek uygun değildir.

Belirtilen bu iki ifade dışında bu kurumu ifade etmek amacıyla kullanılan başka bir ifadeyle karşılaşılmamıştır. Yukarı da değindiğimiz üzere, doktrinde kullanılan ifadelerin dayanağını borçlunun vade tarihinden evvel borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi oluşturmaktadır. Buradaki amaç, TBK’da genel bir düzenlemesi bulunmayan vadeden evvel ifa etmeme bildirimini açıklığa kavuşturmadır. Oysa,

²²³ Zira Anlaşmanın 71. maddesine göre; “(1) Taraflardan biri, sözleşmenin kurulmasından sonra, karşı tarafın; (a) ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle, veya (b) sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir. (2) Satıcı, 1. fıkradaki nedenlerin ortaya çıkmasından önce, malları göndermiş olduğu takdirde, malların alıcıya verilmesini, alıcının elinde kendisine bu malları edinme hakkı veren bir belge bulursa dahi engelleyebilir. Bu fıkra hükümleri, sadece alıcı ve satıcı arasında mallar üzerindeki haklara ilişkindir. (3) Malların gönderilmesinden önce veya sonra sözleşmenin ifasını askıya alan taraf, askıya alma keyfiyetini derhal karşı tarafa bildirmek ve karşı tarafın sözleşmeyi ifa edeceğine dair yeterli teminat göstermesi durumunda ifaya devam etmek zorundadır.”

²²⁴ Anlaşmanın 72. maddesinde, “(1) Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir. (2) Sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmek niyetinde olan taraf, süre elverdiği takdirde karşı tarafa, yükümlülüklerinin ifasına dair yeterli teminat göstermesine olanak tanımak amacıyla, keyfiyete ilişkin makul bir bildirimde bulunmalıdır. (3) Karşı taraf yükümlülüklerini ifa etmeyeceğini beyan ettiği takdirde 2. fıkra hükümleri uygulanmaz.”

²²⁵ ÖZ, Milletlerarası Mal Satımı, s. 18.

²²⁶ SERT Selin/CİHAN Ali Hulki; Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden Bildirilmesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, Sayı:2, Aralık 2013, s. 905.

TBK mad. 473 hükmü vadeden evvel ifa etmeme bildirimini de içine almakla birlikte yalnızca bununla sınırlı bir düzenleme değildir.

Biz çalışmamızda eser sözleşmesinde iş sahibinin vade tarihini beklemeksizin sözleşmeden dönme hakkını -maddenin ikinci fıkrasını da karşılayacak şekilde ifade etmek üzere “borca aykırılığın önceden belli olması” ifadesini kullanacağız. Bizce bu durumu ifade etmek amacıyla “borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi” ifadesi yerinde değildir. Zira bu terimden sanki alacaklının vadeden önce sözleşmeden dönebilmesi için borçlu tarafından bir bildirim yapılması gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Özellikle iş sahibinin eser sözleşmesinden dönebilmesi için böyle bir bildirim varlığından söz edilmemektedir. Burada bir bildirim şartı aranmaksızın borca aykırılığın belli olmasından doğan haklar söz konusu olacağından, tercih ettiğimiz ifadenin uygun olduğu kanısındayız.

C. TBK mad. 473 Hükmünün Uygulamada Taşındığı Önem

TBK mad. 473 hükmünün hem ilk fıkrası hem de çalışmamızın son bölümünde ele alınacak olan ikinci fıkrasının uygulamada sıkça başvuru alan düzenlemeler olduğunu söylemek son derece güçtür.

Bizce, bunun ilk nedeni hükmün fazla bilinen bir hüküm niteliğinde olmayışıdır. Özellikle hukukçu olmayan iş sahiplerinin bu hükmü bilmeleri de kendilerinden beklenemeyecektir²²⁷.

Hükme başvurulmamasının ikinci sebebi ise, maddenin varlığı bilinse dahi iş sahiplerinin vade tarihini bekleme istekleridir. Zira, maddenin ilk fıkrası bakımından vade tarihinden evvel sözleşmeden dönme veya ikinci fıkrası bakımından vadeden evvel ikame yükleniciye başvuru yoluna gidilmemiş olması, vade tarihinden sonra borçlu temerrüdü hükümlerine veya ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlere dayanılmasına engel teşkil etmez.

²²⁷ Hatta Yargıtay, 1999 tarihli bir kararında ilk derece mahkemesince verilen, teslim süresi ve ek süre bitmeden fesih davası açılmayacağına ilişkin kararı, eski BK mad. 358/f.1(TBK mad. 473/f.1) hükmüne yollama yaparak bozma yoluna gitmiştir. “... Mahkemece sözleşmede belirtilen teslim süresi ve davalıya tanınan cezalı ek süre bitmeden dava açılmayacağı görüşüyle davanın reddine karar verilmiştir.Oysa, B.K.nun 358/I. maddesi ile 107.nci maddede vaktinden evvel feshin caiz olduğu durumlar açıklanmıştır. Bu nedenle mahkemenin vadenin bitiminden önce fesih davası açılmayacağına dair görüşünde isabet bulunmadığından mahkemece inşaat sözleşmesi ve ekleriyle ilgili plan, proje vs. belgeler celbedildikten sonra bilirkişilerden ek rapor alınıp, buna göre durum yeniden değerlendirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir...” Yarg. 15. HD. E. 1999/1572, K. 1999/2448, T. 10.6.1999. (KİB, 24.01.2016)

Uygulamada geç ifaya karşı sözleşme özgürlüğü çerçevesinde birtakım önlemler alınmaktadır. TBK mad. 473/f.1 hükmünün uygulamasını azaltan durumlardan bir tanesi de sözleşmelere konulan ceza koşulu hükümleridir. İş sahipleri bu yönde hükümleri kendi çıkarlarına daha uygun görmektedirler. Bu yola başvuru bakımından, ceza koşulunu talep için zarar şartının aranmaması, ceza koşulunu ödemek istemeyen yüklenicinin kusursuzluğunu ispat etmesi gereği gibi gerekçeleri sürülebilir. Ayrıca, geciktiği her ay için %5 tazminat ödemekle yükümlü olduğunu bilen yüklenici bakımından, böyle bir hüküm işi vadeye yetiştirmek bakımından bir baskı unsuru da oluşturabilir. Çünkü eğer iş sahibi TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönerse ceza koşulunu talep edemeyecektir. Bu durum ceza koşulunun feri niteliğinin bir sonucudur.

TBK mad. 473 hükmünün gerek sözleşmelere koyulan ceza koşulu hükümleri, gerek iş sahipleri tarafından yeterince bilinmemesi, gerekse de iş sahiplerinin vade tarihini bekleme istekleri karşısında TBK mad. 473 hükmüne ilişkin Yargıtay tarafından verilen karar sayısı da oldukça azdır. Yeri geldiğinde değindiğimiz üzere maddenin ilk fıkrası bakımından nispeten daha fazla olan karar sayısı ikinci fıkra bakımından son derece azdır.

D. TBK’da Yer Alan Vade Tarihinden Evvel Sözleşmeyi Sona Erdirmeye İlişkin Hükümler

1. Aciz Defi (TBK mad. 98)

TBK mad. 98’de “ifa güçsüzlüğü” başlığı altında düzenlenmiş olan aciz defi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi durumunda önce ifa ile yükümlü tarafın alacağına kavuşmasının tehlikeye düştüğü durumlarda, alacağı tehlikeye düşen tarafa bazı şartların gerçekleşmesi halinde borcun muaccel olacağı zamanı beklemeden sözleşmeden dönme imkanı vermektedir. Aciz defi ve buna eklenen sözleşmeden dönme hakkı, TBK mad. 98’de “*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınuncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.*

Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir.” şeklinde ifade edilmiştir.

TBK mad. 98 hükmü ile, taraflardan birinin borcunu ödeme güçsüzlüğüne düştüğü durumlarda diğer tarafa doğrudan sözleşmeden dönme hakkı tanınmamıştır. Zira TBK mad. 98’de ifa güçlüğü durumunda diğer tarafın başvurabileceği imkanlar açısından bir sıralama öngörülmüştür. Hakkı tehlikeye düşen taraf uygun bir süre içinde alacağının teminat altına alınmasını isteyecek ve bu süre zarfında ifadan kaçınabilecek, eğer istediği teminat verilmezse o zaman sözleşmeden dönebilecektir²²⁸.

Alacağı tehlikeye giren tarafın aciz def’ine dayanabilmesi için karşı tarafın aciz haline düşmüş olması²²⁹ ve borçlunun ödeme güçsüzlüğünün alacaklının alacağına kavuşmasını tehlikeye düşürmüş olması gerekir. Bu durumda alacağı tehlikeye düşen tarafın karşı tarafın acizini ispat etmesi gerekecektir. Kuşkusuz ilk olarak borçlunun iflası aciz haline düştüğünün göstergesidir. Ayrıca TBK mad. 98’de borçlu hakkında yapılan haciz işleminin sonuçsuz kalmasının da aciz halinin ispatı için yeterli olduğunu kabul etmektedir. Yani borçlu adına yapılan takip sonucunda aciz vesikası alınmış olması ispat için yeterlidir²³⁰. Bu nedenle, aciz hali geçici nitelikte ise TBK mad. 98’e dayanılmamalıdır²³¹.

Karşı tarafın ödeme güçsüzlüğüne düşmesi üzerine sözleşmeden dönülmesi halinde, sözleşmenin sona ermesinin sonuçları açısından aşağıdaki farklı görüşlere yollama yapmakla yetiniyoruz²³². Ayrıca ödeme güçsüzlüğü sebebiyle dönülen sözleşmenin sürekli borç yükleyen sözleşme olması durumunda sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilmiş olması dürüstlük kuralı gereği kabul edilmektedir²³³. Aynı sonuca TBK mad.126’ya kıyasen de varılabilir.

²²⁸ von TUHR, s. 529 vd.; FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, C.II, s.131; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 754; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 357; NOMER, s. 249; ÇUKADAR Neslihan; Borç İlişkilerinde Def’i Hakkı ve İtirazlar, Ankara 2014 s. 67-68; UYGUR Turgut; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.I, İstanbul 2012, s. 630. (bundan sonra “UYGUR, C. I” şeklinde anılacaktır); KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 618; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 335.

²²⁹ Borçlu sözleşme kurulduktan sonra ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olmalıdır. Borçlu daha sözleşme yapılırken aciz halinde ise, bunu bilmeyen karşı taraf irade bozukluğu hallerinden yanılma veya aldatmaya başvurabilir. Bkz. TUNÇOMAĞ, Genel hükümler, s. 752; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 358. Aksi yönde, daha önce ifa ile yükümlü taraf karşı tarafın ödeme güçsüzlüğünü bilmediği sürece aciz hali sözleşmenin yapılmasından önce mevcut olsa bile TBK mad. 98 (Eski BK mad. 82) uygulanır. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 835.

²³⁰ Borçlunun konkordato talebi de ödeme güçsüzlüğüne ilişkin ikrar teşkil eder. Bkz. NOMER, s. 250.

²³¹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 835; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 359.

²³² Bkz. aşağıda “İş Sahibinin Genel Olarak Borçları” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

²³³ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 360.

Aciz haline ilişkin TBK'daki bu genel düzenlemenin yanı sıra az sonra değineceğimiz gibi bazı sözleşme türlerinde de birtakım özel düzenlemelere TBK'da yer verilmiştir. Bu durumlarda özel hükümler öncelikli olarak uygulanacaktır.

Aciz def'i'ne ilişkin bu genel hüküm eser sözleşmelerinde de uygulama alanı bulur. Bu hükmün varlığı TBK 473/f.1 hükmünün uygulamasını engellemez. Zira iki hüküm uygulanma alanları bakımından birbirinden farklıdır. TBK 98 hükmü yalnızca aciz haline ilişkin, TBK mad. 473'de aşağıda da ayrıntılı bir biçimde ele alacağımız üzere, yüklenicinin işe geç başlaması, işin icrasının gecikmesi, işin vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması durumlarında uygulama alanı bulur²³⁴.

2. Kiracının İflası (TBK mad. 332)

TBK'nın 332. maddesinde kiracının iflas etmesi halinde kiraya vereni güvence altına alan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Zira, kiracının iflası halinde kiraya veren, kiracının kiralananı kullanımına engel olamayacak ancak kira bedelini alamama tehlikesiyle karşı karşıya gelecektir²³⁵. TBK mad. 332 hükmü kiralananın tesliminden sonra kiracının iflas etmesi halinde uygulama alanı bulur²³⁶. TBK mad. 332'de kiracının iflası halinde sözleşmenin feshi, "*Kiracı, kiralananın tesliminden sonra iflas ederse kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesini isteyebilir.*"

Kiraya veren, güvence verilmesi için kiracı ve iflas masasına yazılı olarak uygun bir süre verir. Bu süre içinde kendisine güvence verilmezse kiraya veren, sözleşmeyi herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın hemen feshedebilir." şeklinde ifade edilmiştir²³⁷.

²³⁴ Bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 138.

²³⁵ URAL ÇINAR Nihal; Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 135.

²³⁶ Sözleşmenin kurulmasından sonra her iki taraf da sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmemişse, TBK mad. 332 hükmünün açık ifadesi karşısında, bu hüküm uygulanmayacak ve genel hüküm olan TBK mad. 98 uygulama alanı bulacaktır. Böylece kiraya veren, kira bedeli ödenmedikçe kiralananın kullanımını kiracıya bırakmaktan kaçınabilecektir Bkz. URAL ÇINAR, s. 139.

²³⁷ TBK'nın bu hükmü ürün kiralaları dışındaki kira sözleşmelerinde uygulama alanı bulur. Zira ürün kiralaları bakımından TBK mad. 370'de özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. TBK mad. 370'e göre; "*Kiracının iflası hâlinde sözleşme, iflasın açıldığı anda, kendiliğinden sona erer. Ancak, kiraya veren, işlemekte olan kira ve tutanağa geçirilen eşya için yeterli güvence verildiği takdirde, sözleşmeyi kira yılının sonuna kadar sürdürmekle yükümlüdür.*" Bu düzenleme ile ürün kiralalarında kiracının iflası üzerine, iflasın açıklanması ile sözleşme kendiliğinden sona erer. Ayrıntılı açıklama için Bkz. URAL ÇINAR, s. 146-147.

TBK mad. 332’de de genel aciz halinde sözleşmeden dönmeye ilişkin TBK mad. 98’e paralel bir düzenlemeye kira sözleşmeleri açısından yer verilmiştir. Bu düzenlemeyle yalnızca işleyecek kira bedelleri girmektedir²³⁸. TBK mad. 332 hükmü gereğince kiraya veren, tıpkı TBK mad. 98 hükmünde olduğu gibi, doğrudan sözleşmeyi sona erdirmeye imkânına sahip değildir. Öncelikle kiraya veren, bu işlemi kira bedelleri için²³⁹ iflas masasına ve kiracıya güvence verilmesi için süre verecek, bu süre içerisinde kendisine güvence verilmezse sözleşmeyi feshedebilecektir²⁴⁰.

3. Ödünç Alanın Aczi (TBK mad. 390)

Tüketim ödünç sözleşmesinde ödünç alanın borç ödemediği aczi halinde ödünç veren korunmuştur. Ödünç alanın aczi halinde ödünç verene ödünç konusu şeyi teslimden kaçınma imkanı tanınmıştır. Zira TBK mad. 390’a göre, “*Ödünç alan, ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşerse ödünç veren, ödünç konusunun tesliminden kaçınabilir.*

Ödünç veren, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu daha sonra öğrenmişse, aynı hakka sahiptir.”

Aciz defii’ne ilişkin genel hüküm olan TBK mad. 98’de borçlunun aczinin sözleşme öncesinde var olup olmaması gerektiğine ilişkin bir açıklık yokken, ödünç alanın aczi sebebiyle teslimden kaçınmada aczin sözleşmenin kurulmasından önce de mevcut olabileceği kabul edilmiştir. Bu durumun sözleşme kurulduktan sonra ödünç veren tarafından öğrenilmiş olması gerekecektir.

4. Hizmet Sözleşmelerinde İşverenin Aczi (TBK mad. 436)

TBK mad. 436 hükmü ile işverenin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde işçiye, sözleşmeden doğan hakları uygun bir süre içinde işveren tarafından güvenceye bağlanmazsa, sözleşmeyi feshetme imkânı verilmiştir. TBK mad. 436 ile yalnızca işverenin aczi durumunda sözleşmeyi haklı fesih düzenlenmiştir. Bu kapsamda işçinin aczi hizmet sözleşmesini haklı sebeple feshi sebebi değildir.

²³⁸ URAL ÇINAR, s. 140; RUHİ Ahmet Cemal; Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Kira Hukuku, Ankara 2011, C.I, s. 662; UYGUR, C.II, s. 1788.

²³⁹ TBK’nın 332. maddesini karşılayan eski BK mad. 261’de işlemiş kira bedelleri için de teminat istenebileceği düzenlenmişti. Buna karşın TBK mad. 332 hükmü ile işlemiş kira bedelleri bu hükmün kapsamı dışında tutulmuştur. TBK mad. 332 hükmünün madde gerekçesinde birikmiş kira bedellerinin genel hükümlere tabi olduğu gerekçesiyle kapsam dışı bırakıldığı belirtilmiştir. Bkz. GÜNAY Cevdet İlhan; Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1074; UYGUR, C.II, s. 1788.

²⁴⁰ Ayrıntılı açıklama için bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 333-334; EREN, Özel Hükümler s.409; ARAL/AYRANCI s. 298; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 645; URAL ÇINAR, s. 142 vd. UYGUR, C. II, s. 1788.

İşverenin ödeme güçsüzlüğünün ispatı işçiye aittir²⁴¹. Hükümde işverenin hangi durumlarda ödeme güçsüzlüğü içinde bulunacağına ilişkin bir açıklık getirilmemiştir. Ödeme güçsüzlüğünün varlığının tespitinde işveren hakkında iflas ya da konkordato kararı alınmış olması gerekmeyecektir²⁴².

5. Yayımcının İflası (TBK mad. 500/f.2)

TBK mad. 500/f.2 gereğince, yayımcı iflas ederse yayımlatan, eseri başka bir yayımcıya verebilir. Her durumda yayımlatan bu hakka sahip değildir. Eğer iflas anında henüz muaccel olmamış borcun yerine getirileceği konusunda güvence gösterilmişse, yayımlatan eseri başka bir yayımcıya veremez. Böylece yazara güvence verilmesi halinde sözleşme varlığını sürdürmeye devam edecektir²⁴³.

E. BORCUN İFA EDİLMEMEYECİĞİNİN ÖNCEDEDEN BELLİ OLMASINA İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ GÖRÜŞLER

1. Genel olarak

Alacaklının vade tarihinden evvel borçlunun borcu ifa etmeyeceğini öğrenmesi durumunda başvurabileceği genel bir düzenlemenin TBK’da yer almadığını ve vade tarihinden evvel alacaklının başvurabileceği hukuki yoları gösteren tek hükmün eser sözleşmelerine özgü olan TBK 473 hükmü olduğunu belirtmiştik. Böylece doktrinde diğer sözleşme ilişkilerine bu aşamada hangi hükümlerin uygulaması gerektiği yönünde birtakım görüşler ileri sürüldüğünü görmekteyiz. Önemle belirtmek gerekir ki, doktrinde yer alan ve görüşler, borçlu tarafından ifa edilmeyeceğinin vadeden evvel bildirilmesi dikkate alınarak ileri sürülmüştür. Şimdi kısaca bu görüşlere değineceğiz.

2. Borçlu Temerrüdü Görüşü

TBK sisteminde yukarıda belirttiğimiz istisnai düzenlemeler dışında prensip olarak vade tarihi gelmeden alacaklının başvurabileceği bir imkan yoktur. Alacak hakkı tehlikeye girmiş olsa dahi alacaklı, vade tarihini beklemeli ve ancak o zaman ifa gerçekleşmediğinde borçluya dava açmalı veya takipte bulunmalıdır.

Borcunu zamanında ifa etmeyen borçlu, kural olarak alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer. Eğer taraflar arasındaki sözleşme karşılıklı borç yükleyen bir

²⁴¹ EREN, Özel Hükümler, s. 561.

²⁴² EREN, Özel Hükümler, s.561.

²⁴³ Bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 610; UYGUR, C.II, s. 2283.

sözleşme ise alacaklının kural olarak bir de mehil tayin etmesi gerekecektir. Böylece bu mehilin sonunda alacaklı seçimlik haklarına başvurabilir. Doktrinde, borçlunun vade tarihinde borcunu ifa etmemesine ve bunun sonuçlarına ilişkin prensibin, borçlunun vade tarihinden evvel borcunu ifa etmeyeceğinin belli olduğu hallerde de uygulanması gerektiği savunulmaktadır²⁴⁴. Bu durumda henüz vade tarihi gelmemiş olsa dahi borçlunun borcunu vade tarihinde ifa etmeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda alacaklının ihtarıyla borçlu temerrüde düşebilecektir. Böylece borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle ihtar gereksiz borçlu temerrüde düşmüş sayılacaktır. Eğer karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme söz konusu ise, alacaklı borçluya uygun bir süre verecek veya TBK mad. 124'de sayılan hallerin varlığı halinde süre dahi vermeden seçimlik haklarını kullanabilecektir. Bu durumda aynen ifa ve gecikme tazminatını isteyebileceği gibi aynen ifadan vazgeçerek müspet zararını isteyebilir veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilir.

Henüz vade gelmeden borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması Borçlar Kanunu sistemine uygun olmadığından doktrinde eleştirilmektedir²⁴⁵. Borçlu temerrüdünün temelinde ifada gecikme yer almaktadır. Böylece henüz vade tarihi gelmeden borcun ifa edilmeyeceğinin anlaşılması durumlarında ifada gecikme bulunmadığından gecikme tazminatından da söz edilemeyecektir²⁴⁶. Ayrıca, aynen ifadan vazgeçilip müspet zararın tazmininin talep edilmesi durumunda bu zararın hesaplanmasında birtakım sorunlarla karşılaşılacaktır²⁴⁷.

Bu görüşe paralel olarak biraz ileride ele alacağımız üzere, doktrinde çoğu yazar tarafından TBK mad. 473 hükmünün temerrüt hükümleriyle tamamlanarak iş sahibine ilk fıkra bakımından sözleşmeden dönmenin yanı sıra diğer seçimlik hakların verilmesi gerektiği, ikinci fıkra bakımından ise ikame yükleniciye başvuru

²⁴⁴ EREN, Genel Hükümler, s. 1051. Aynı yönde, SERT/CİHAN, s. 915.

²⁴⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, C.I, s. 414. Böylece Öz, konumuz bakımından eser sözleşmesinde TBK mad. 473 gereğince bir erken temerrüdün mevcut olmadığını kabul etmektedir. Bkz. Öz, Sona Erme, s. 48 vd.

²⁴⁶ BAŞOĞLU, s. 291.

²⁴⁷ BAŞOĞLU, s. 292.

yanında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt halinde sahip olunan hakların tanınması gerektiği savunulmaktadır²⁴⁸.

3. İfa İmkansızlığı Görüşü

Borcun ifasına engel durumlardan biri imkansızlıktır. Borç konusunun imkansız olması açısından hukukumuzda ikili bir ayırım mevcuttur. Eğer borç konusu henüz sözleşme kurulmadan evvel objektif olarak imkansız ise sözleşme geçersiz olacak²⁴⁹; sözleşme kurulduktan sonra imkansızlık ortaya çıkmış ise farklı hukuki sonuca tabi olacaktır. TBK’da imkansızlığın tanımı yapılmamıştır. Bu noktada doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, ifa imkansızlığı, ifanın alacaklı tarafından cebri icra yoluyla sağlanamadığı hallerde söz konusu olur²⁵⁰. Diğer görüşe göre ise, ifa imkansızlığının var olup olmadığının tespitinde alacaklı değil borçlu esas alınmaktadır. Şöyle ki, eğer alacaklı ifayı sağlayamayacak olsa bile, borçlu ifayı yerine getirebilecek durumda ise, ifa imkansızlığının varlığı kabul edilemez. Yani, cebri icra mümkün olmasa bile borçlu dilerse ifada bulunabilecekse ifa imkansızlığı söz konusu olmaz²⁵¹.

Yukarıda değindiğimiz bu iki görüş dışında, imkansızlığın borç ilişkisine etkisi bakımından da iki farklı görüş mevcuttur. Baskın olan görüşe göre, ifa imkansızlığının meydana gelmesinden borçlunun sorumlu olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapılmaktadır. Eğer imkansızlıktan borçlu sorumlu tutulamıyorsa yani kusursuz ise TBK mad. 136 gereğince borç sona erecektir. Eğer ifa imkansızlığından borçlu sorumlu ise bu durumda TBK mad. 112 gereğince borçlunun ifa borcu şekil değiştirerek alacaklının zararını tazmin borcuna dönüşerek devam etmektedir²⁵².

²⁴⁸ Bkz. ileride, “TBK 473/f.1 hükmünün Borçlu Temerrüdü Hükümleri ile Tamamlanması Gerektiğine İlişkin Görüşler ve Değerlendirilmesi” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

²⁴⁹ Başlangıçtaki imkansızlık için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 907; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 789; ALTUNKAYA Mehmet; Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005, s. 101 vd.; DURAL Mustafa; Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976, s. 15 vd.; GÜNDOĞDU Fatih; Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 91 (bundan sonra “GÜNDOĞDU, İmkansızlık” şeklinde anılacaktır); KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 105-106; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 348-349.

²⁵⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 389.

²⁵¹ Bkz. ARIKAN Mustafa; Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı ve Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S.2, Y.2008, s. 269’da yer alan açıklamalar. (Bundan sonra “ARIKAN, İmkansızlık” şeklinde anılacaktır).

²⁵² Ayrıntılı açıklama için bkz. GÜNDOĞDU, İfa İmkansızlığı, s. 195 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 904; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 395; DURAL, s. 109 vd.; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 349-350; İNAN/YÜCEL, s. 640.

Öğretide Oğuzman/Öz'un savunduğu diğer görüşe göre ise, borçlu ister kusurlu ister kusursuz olsun, ifa imkansızlaşır ise borç sona erer. Eğer imkansızlıktan borçlu sorumlu ise sona eren ifa borcu yerine alacaklının uğradığı zararı tazmin borcu doğar²⁵³.

Yukarıda yansıttığımız ilk görüş ayrılığındaki alacaklının cebri icraya başvuramayacağı borçlarda borçlunun ifa etmeme beyanını imkansızlık sayan görüş, iş görme sözleşmelerinde borçlunun vade tarihinden evvel borcu ifa etmeyeceğini söylemesini imkansızlık olarak kabul etmektedir. Zira iş görme borcunun cebri icrası mümkün değildir. Böylece bu görüş çerçevesinde borçlunun ifa etmeme beyanı üzerine imkânsızlık hükümleri uygulanmalıdır²⁵⁴. Oysa, borçlunun ifa etmeme beyanının imkansız sayılmayacağı kabul edildiği takdirde ileride de değineceğimiz üzere²⁵⁵, iş görme sözleşmelerinin başında gelen eser sözleşmelerinde TBK mad. 473/f.1 hükmü uygulanacak ve iş sahibi vadeden evvel sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

İkinci görüş ayrılığındaki “imkansızlaşan borcun tazminat borcuna mı dönüştüğü yoksa sona erip yerine tazminat borcu mu doğduğu” tartışması ise, konumuz bakımından aynı önemi taşımamaktadır.

4. Borca Olumlu Aykırılık Görüşü

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, borcun ifa edilmeyeceğinin önceden bildirilmesi borca olumlu aykırılık oluşturur²⁵⁶. “Kötü İfa” da denilen bu durumda alacaklı TBK mad. 112 (Eski BK mad.96) gereğince tazminat talep edebilir.

Borca olumlu aykırılık, borçlu temerrüdü ve imkansızlık dışındaki halleri ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır²⁵⁷. Zira, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği hallerde, borç geç ifa edilmişse borçlu temerrüdü hükümleri uygulanırken eğer ayıplı bir ifa söz konusu ise ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanabilir. Söz konusu hallerin dışındaki kötü ifa hallerinin varlığı halinde de sözleşmeye olumlu aykırılık söz konusu olur ve karşı taraf TBK mad. 112 gereğince tazminat talep edebilir. İşte bu hallerden biri de borcun ihlal edileceğinin önceden belli olmasıdır.

²⁵³ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 570.

²⁵⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 395. Bu görüşün eleştirisi için bkz. SERT/ÇİHAN, s. 913.

²⁵⁵ Bkz. aşağıda “İşin Tamamlanmasının Kararlaştırılan Vadeye Yetişmeyeceğinin Anlaşılması” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

²⁵⁶ Bkz. SERT/ÇİHAN, s. 914’de yer alan açıklamalar.

²⁵⁷ Borca olumlu aykırılık için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 404; SERT/ÇİHAN, s. 910-911.

Doktrinde bu görüş, borca aykırılığın önceden belli olmasında henüz borç muaccel olmadığından eleştirilmektedir²⁵⁸. Zira borca olumlu aykırılığın varlığının tespiti ancak borç muaccel olduğunda mümkündür.

5. TBK mad. 473 Hükümünü Kıyasen Uygulayan Görüş

Doktrinde savunulan bir görüşe göre, eser sözleşmesinde borcun zamanında ifa edilemeyeceğinin önceden anlaşılması durumunda iş sahibine vadeden evvel sözleşmeden dönme hakkı veren TBK'nın 473. maddesi kıyasen diğer borç ilişkilerinde de eğer borca aykırılık vade tarihinden evvel belli ise uygulanabilecektir²⁵⁹. Bu görüşün temelini vadeden evvel borca aykırılığın belli olması halinde uygulanacak genel bir düzenlemenin olmayışı oluşturur. Bu noktada mevcut boşluk eser sözleşmelerine ilişkin TBK mad. 473 hükmünün uygulama alanının kıyas yoluyla genişletilmesiyle doldurulmaya çalışılmaktadır.

Bizce, kıyas yoluyla özel bir hükmün uygulama alanının bu denli genişletilmesi yerinde değildir. Çalışmamızın konusunu da teşkil eden bu özel hüküm yalnızca eser sözleşmelerinde uygulama alanı bulur. Öncelikle eser sözleşmelerine ilişkin TBK'nın 473. maddesinde yalnızca bu sözleşmedeki üç halde vade tarihinden evvel sözleşmeden dönme imkanı düzenlenmiştir. Böylece ancak, yüklenicinin işe zamanında başlamaz veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirir ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi vade tarihinden evvel sözleşmeden dönebilir. Böylelikle yalnız tarafların iş sahibi ve yüklenici olduğu eser sözleşmesindeki bu üç hal için sözleşmeden dönme imkanı veren bir hüküm, kıyas yoluyla genişletilerek vade tarihinden evvel mevcut tüm borca aykırılık halleri için uygulanmamalıdır²⁶⁰.

F. İŞ SAHİBİNİN VADEDEN EVVEL SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ DAYANAĞI “Sadakat ve Özen Yükümlülüğü”

1. Konunun Önemi

Kanaatimizce, yüklenicinin işe zamanında başlama ve gerekli tempoda yürütme yükümlülüğünün dayanağını yüklenicinin sadakat ve özen borcu oluşturduğundan,

²⁵⁸ SERT/CİHAN, s. 914.

²⁵⁹ Bkz. BAŞOĞLU, s. 310'da yer alan açıklamalar.

²⁶⁰ Bu hükmün yalnızca diğer iş görme sözleşmelerinde kıyasen uygulanabileceğine ilişkin bkz. SERT/CİHAN, s. 916.

başka bir ifadeyle yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam etme yükümlülüğü onun sadakat ve özen borcunun sonucu olduğundan, yüklenicinin bu yükümlülüğüne kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

2. Sadakat Yükümlülüğü

818 sayılı Eski BK'nın eser sözleşmelerine ilişkin hükümlerinde yüklenicinin özen yükümlülüğü düzenlenmiş olmakla birlikte, sadakat yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Buna rağmen yüklenicinin sadakat borcunun varlığı doktrinde kabul edilmekteydi²⁶¹.

TBK'nın 471. maddesine göre ise yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Böylece yüklenicinin sadakat sorumluluğu kanunda yerini almıştır. Sadakat borcu da özen borcu da dayanağını dürüstlük kuralından almaktadır²⁶². Sadakat borcu sadece sözleşmenin ifasında değil, sözleşme yapılmadan veya sözleşme sona erdikten sonra da devam etmektedir²⁶³. Sözleşmenin kurulmasından önceki sadakat sorumluluğu Culpa in contrahendo sorumluluğuna²⁶⁴ dayandırılmaktadır²⁶⁵.

²⁶¹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 86; İPEK Eyüp; Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Özen Borcu, İstanbul Barosu Dergisi, C.81, S.2, Y.2007, s. 542; ERMAN, Arsa Payı, s. 36. İsviçre Borçlar Kanunu'nda da bu konuda düzenleme olmamasına karşın genel hükümlere dayanılarak yüklenicinin sadakat borcunun varlığı kabul edilmektedir. Bkz. HUGUENIN, N. 3147, s. 938; HONSELL, s. 286-287.

²⁶² SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 86. “Eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri niteliği itibariyle güven esasına dayanır. Aslolan karşılıklı güven duygusu ve iyiniyetin varlığıdır ve taraflar arasındaki hukuki ilişkide tarafların dürüstlük kuralları çerçevesinde davranışlarına da bakılmalıdır. Yüklenici üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Buna aykırı eylem ve işlemler sözleşmenin sona ermesine neden olabilecektir.” Yargıtay 23.. HD. E. 2013/3597, K. 2013/5596, T. 20.9.2013. (KİB, 04.11.2015)

²⁶³ Bkz. GÖKYAYLA, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ocak 2002, Yıl:1, Sayı:1, s. 786. (Bundan sonra “GÖKYAYLA, Sadakat ve Özen” şeklinde anılacaktır).

²⁶⁴ Culpa in contrahendo sorumluluğu, sözleşme görüşmeleri sırasında kusur anlamına gelmektedir. Culpa in contrahendo sorumluluğundan doğan zararın tazmini bakımından hangi esasa göre sorumlu tutulacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, burada iki sorumluluk haksız fiil esasına dayanmalıdır. Diğer bir görüşe göre ise burada borca aykırılık esasına dayanan bir sorumluluk söz konusudur. Baskın olan ve Yargıtay'ın da kabul ettiği ikinci görüştür. Culpa in contrahendo sorumluluğu için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 410-411; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 975 vd.; ULUSAN İlhan; Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'a Armağan, İstanbul 1982, s. 284 vd.; GEZDER Ümit; Türk/İsviçre Hukukunda Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul 2009, s. 64 vd.; İNAN/YÜCEL, s. 626-627.

²⁶⁵ GÖKYAYLA, Sadakat ve Özen, s. 786; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 86.

Doktrinde genellikle yüklenicinin sadakat borcunun özen borcunu da içine alan daha geniş bir borç olduğu kabul edilmektedir²⁶⁶. Sadakatın sözlük anlamı “bağlılık”tır²⁶⁷. Bu içten bağlılık duygusu, sadakat borcuna çift yönlülük kazandırmaktadır. Bu borç, hem iş sahibinin yararına hareket etmeyi hem de yine iş sahibinin zararına olan davranışlardan kaçınmayı içine alır²⁶⁸.

3. Özen Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

İş görme sözleşmelerinde taraflar arasında güven ilişkisi büyük öneme sahiptir. Bu sebeple de yüklenici üstlendiği işi büyük bir özenle yapmakla yükümlüdür²⁶⁹. İşte yüklenicinin özen yükümlülüğü TBK'nın 471. maddesinde bu şekliyle ve açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre, yüklenici üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır²⁷⁰. “Özen” ifadesinin sözlük anlamı “İhtinam, dikkat, itina”²⁷¹ dır. Yüklenici de eserin sözleşmeye uygun bir biçimde tamamlanıp teslim edilmesinde elinden gelen tüm özeni göstermelidir²⁷². Bunun yanında, iş sahibi sözleşme konusu eser bakımından

²⁶⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 49; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 754.; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 507. Sadakat ve özen borcunun iki ayrı borç olduğu ve ikisinin tek bir borç olarak kabulünün mümkün olmadığına ilişkin bkz. AVCI Ali; Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, TBB Dergisi, 2015(119), s. 370. Yargıtay kararlarında sadakat ve özen yükümlülüğü genellikle bir arada zikredilmekle birlikte (Bkz. Yarg. 15. HD. E. 2014/6559, K. 2015/5004, T. 14.10.2015; Yarg. 15. HD, E. 2014/7214, K. 2015/2487, T. 11.5.2015; Yarg. 15. HD. E. 2010/589, K. 2011/263, T. 25.1.2011) iki ayrı borç olarak incelendiği kararlar da mevcuttur. “...Yüklenicilerin, iş sahibine karşı Borçlar Kanunu'nun 357. maddesi hükmünden kaynaklanan sadakat borcu ve aynı Kanun'un 356. maddesi hükmüne dayalı özen borcu söz konusudur...”Yarg. 15. HD., E. 2015/3732, K. 2015/5866, T. 19.11.2015. (KİB, 08.02.2016)

²⁶⁷YILMAZ Ejder; Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005, s. 1054.

²⁶⁸GÖKYAYLA, Sadakat ve Özen, s. 787; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 86-87.

²⁶⁹ Sadakat ve özen yükümlülükleri yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcundan bağımsız borçlardır. Böylece asıl edimden bağımsız olarak ihlal edilmeleri mümkündür. AVCI, s. 370.

²⁷⁰ BİGŞ'nin 13. maddesinin 3. fıkrasında da yüklenicinin sorumlu bir meslek adamı olduğundan ve bunun sonuçlarından söz edilmiştir. BİGŞ mad. 13/f.3'e göre; “Müteahhit üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak teknik ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla ve bu projenin ve/veya teknik belgenin iş yerinin gereklerine teknik ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yeri, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır. “ Yine YİGŞ'nin 14. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddenin 3. fıkrasına göre; “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.”

²⁷¹YILMAZ, Hukuk Sözlüğü, s. 964.

²⁷² “...biri eser sözleşmesi olan ve davaya dayanak alınan sözleşme ve ekleri gereğince, yüklenicinin yapımını yüklediği işleri, sözleşme ve yasa hükümlerine, fen ve sanat kurallarına uygun şekilde

uzman olmadığından söz konusu esere ilişkin yüklenici tarafından bilgilendirilmelidir²⁷³.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, TBK mad. 472 hükmünün gereği olarak, bazı durumlarda iş sahibinin yüklenici tarafından uyarılması gerektiği aksi halde yüklenicinin özen yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılacağını kabul edilmektedir. Örneğin Yargıtay, iş sahibi tarafından verilen projelerin incelenmesi ve iş sahibinin uyarılmasının²⁷⁴, inşaat yapılacak yerin incelenmesi ve ayıp olması halinde bunun iş sahibine bildirilmesinin²⁷⁵ veya kalorifer tesisatı döşenmesi işinde kapasitesi belli olan kazanla binanın ısınmayacağını iş sahibine bildirilmesinin²⁷⁶ özen yükümlülüğü gereği olduğunu belirtmektedir.

TBK'nın özen yükümlülüğüne ilişkin 471. maddesi emredici nitelikte değildir. Böylece taraflar kendi aralarında aksini kararlaştırabilirler²⁷⁷. Bu durumda sözleşme hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Yüklenicinin özen yükümünü azaltan sözleşme hükmü bir tür "sorumsuzluk anlaşması" sayılacağından, TBK mad. 115 çerçevesinde geçerli olur²⁷⁸. Böylece örneğin, yüklenicinin özen yükümünü ağır kusuruyla ihlali halinde, sorumluluğu kaldırılamaz veya azaltılamaz.

b. Özen Yükümlülüğünün Sınırı

Yüklenicinin bu yükümlülüğünün belirlenmesinde hangi kriterlerin esas alınacağı ise aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Böylece yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun

yapması ve tamamlanmış olarak iş sahibine teslim etmesi, onun, iş sahibine karşı olan "Özen Borcu" gereğidir..." Yargıtay 15. HD. E. 2008/3498, K. 2008/5125, T. 24.7.2008 (KİB, 04.11.2015)

²⁷³ HUGUENIN, N. 3142, s. 936; HONSELL, s. 286.

²⁷⁴ Yarg. 15. HD. E. 1988/4668, K. 1989/3242, T. 04.07.1989. (KOSTAKOĞLU, s. 424)

²⁷⁵ Yarg. 15. HD. E. 1990/597, K. 1991/2285, T. 06.05.1991. (KOSTAKOĞLU, s. 418-419)

²⁷⁶ "... davacı yüklenici sıfatıyla işin fen ve teknik kurallarını bilen kişidir. Yapılacak eserin amacına uygun olmasını teminle yükümlüdür. Sözleşmede nitelik ve kapasitesi belli edilen kazanla binanın ısınmayacağını, iin amacına uygun olmayacağını bilip iş sahibini uyarması gerekir..." Yarg. 15. HD. 14.5.2001 T., 590-2568 K. (KARADAŞ, s. 133)

²⁷⁷ BÜYÜKAY, Eser, s. 147; s. 75. EREN Fikret; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmesinin Sonuçları, Yönetici, İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, (Ankara 18-29 Mart 1996), s. 75. (Bundan sonra "EREN, Müteahhidin Borçları" şeklinde anılacaktır)

²⁷⁸ Sorumsuzluk anlaşmalarının sınırlandırılmasına ilişkin Bkz. BAŞALP Nilgün; Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011, s. 176 vd.

davranış esas alınacaktır²⁷⁹. Böylece ortalama bir yüklenicinin göstereceği özenden daha fazlası aranacak²⁸⁰, basiretli bir yükleniciden beklenen özen ölçüsü esas alınacaktır. Bu özen borcu objektifleşmiş bir özen borcudur²⁸¹. Yüklenicinin tacir olduğu durumlarda ise yüklenicinin basiretli bir tacir olması (TTK mad.18/f.1) aranır²⁸².

TBK'nın 471. maddesini karşılayan Eski BK mad. 356/f.1'de bu kadar açık bir düzenlemeye yer verilmemiş, yalnızca yüklenicinin özen borcunun belirlenmesinde hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere yollama yapılmakla yetinilmişti. Bu durumda niteliğine uygun düştüğü ölçüde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcunda da uygulanabilir. İş görme sözleşmelerinden olan bu iki sözleşme nitelik itibarıyla birbirinden ayrılmaktadır. Zira en temel farklılığı hizmet sözleşmesinde işçinin iş sahibine bağımlı olarak çalışması yaratmaktadır. Oysa eser sözleşmesinde yüklenici bağımsızdır ve bu alanda uzmandır. Bu nedenle yüklenicinin sorumluluğu işçiye nazaran daha ağır olmalıdır²⁸³. Kaldı ki, iş hukukunun işçiyi işveren karşısında

²⁷⁹ Burada örtülü bir kanun boşluğu bulunmaktadır. TBK mad. 471/f. 2 hükmü yalnızca eser meydana getirme işini mesleki olarak sürdürüldüğü ve kazanç elde edildiği hallerde uygulanmalıdır. Eğer yüklenici işi sürekli kazanç sağlamak amacıyla mesleki bir faaliyet olarak icra etmiyorsa özen ölçütü bu denli ağır olmamalı, ortalama yüklenici ve onun ortalama davranışı esas alınmalıdır. GÜMÜŞ, s. 47. Basiretli bir yüklenicinin esas alınması yönündeki düzenlemenin uygunluğu fakat kanunkoyucunun basiretli yüklenici ifadesini kanun yapma tekniği bakımından açıklamamış olması sonucu, bu kavramın zamanla doktrin ve uygulama ile somutlaşacaktır. Bkz. GÖKYAYLA, Değerlendirme, s. 579.

²⁸⁰ Yargıtay, protez tedavisi yapan bir diş hekiminin özeninin ölçüsünün üst düzeyde olması gerektiğini belirtmiştir: "... *aslolan deneyimli ve uzman kişiden beklenen bir özenle taahhüt edilen eseri fen ve sanat kurallarına uygun olarak ortaya çıkartmaktadır. Uygulamada kısaca "özen borcu" olarak anılan bu husus yasal dayanağını BK'nın 356. maddesinden alır. Somut olayda, sözleşmenin konusu diş tedavisi işidir. İnsan vücuduna yönelik bu tür uygulamalarda yükleniciden beklenen özeninde en üst derecede olması olağandır. ...*" Yarg. 15 HD., E. 2003/2044, K. 2003/4910, T. 22.10.2003. (KIRMIZI, s. 123).

²⁸¹ EREN, Özel Hükümler s. 618; GÜMÜŞ, s. 45-46; BÜYÜKAY, Eser, s. 147-148. BEDİR Cemre; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Özen ve Sadakat Borcu, İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S. 3, s.158. Kocağa'ya göre özen borcunun ölçütü genel olarak objektif olmakla birlikte bazı eser sözleşmelerinde subjektif nitelikte olabilir. Örneğin ressamın çizeceği portrede kişisel yeteneği ön plandadır. Bkz. KOCAAĞA Köksal; Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Yapacağı Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK mad. 358/f.II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD, 2004/1, s. 179. (bundan sonra "KOCAAĞA, Özen Yükümü" şeklinde anılacaktır).

²⁸² GÖKYAYLA, Sadakat ve Özen, s. 791. "*Davacıların murisi olan yüklenici, davalı şirketin (iş sahibi) telefonla yaptığı çağrıyla kabul etmekle; tamir etmek suretiyle bir faaliyette bulunmayı ve sonuçta elektrik sistemini çalışır hale getirmeyi (eser) taahhüt etmiş sayılır. Elektrik arızasının giderilmesi, Türk Ticaret Kanunu'nun 12/3. maddesindeki imal kavramına dahil olup, ticari bir iştir. Yüklenici genelde tacir sıfatını haiz olup, basiretli bir işadamı gibi davranmak zorundadır.*" Yargıtay 15 HD. E. 2006/7028, K. 2007/1669, T. 15.3.2007. (KİB, 04.11.2015)

²⁸³ Bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 92-93; EREN, Müteahhidin Borçları, s. 74; GÖKYAYLA Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Galatasaray Üniversitesi

koruyucu niteliğine karşın, eser sözleşmesindeki yüklenicinin iş sahibine karşı özel olarak korunması söz konusu değildir. Nitekim, Eski BK mad. 356'nın yollamasına rağmen Yargıtay, Eski BK'nın yürürlükte olduğu zamanlarda işinin ehli olan yüklenicinin sorumluluğunun işçinkinden daha ağır bir sorumluluk olduğuna hükmetmekte idi²⁸⁴. Bu sebeple TBK mad. 471 ile getirilen düzenleme son derece yerindedir²⁸⁵.

Kuşkusuz eser sözleşmelerinin en fazla uygulaması olan inşaat sözleşmeleri açısından duruma bakıldığında, yüklenicinin özen yükümlülüğü büyük önem arz etmektedir. Yüklenici bilgi ve uzmanlık gerektiren bir işi icra etmektedir. İnşaat işi teknik bir iştir. Bu konuda uzman olmayı gerektirir. Bu işin tekniğini bilen, mesleği yeteneği olan yüklenici, bağımlı çalışan olan işçiden daha ağır bir sorumluluğa sahip olmalıdır²⁸⁶.

c. Özen Yükümlülüğünün Eser Sözleşmesindeki Görünümleri

(1) Eserin Meydana Getirilmesinden Önce Özen Borcu

Yüklenicinin özen yükümlülüğü eser sözleşmesinin her aşamasında mevcuttur. Bu yükümlülük eserin meydana getirilmesi aşamasından daha önce başlar ve eserin meydana getirilmesi aşamasında da devam eder²⁸⁷. Örneğin yüklenici, bir eseri meydana getirme borcu altına girmeden evvel o eseri meydana getirmeye elverişli

Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ocak 2002, Yıl:1, Sayı:1, s.785-803, s. 789 vd; GÖKYAYLA, Değerlendirme, s. 579-580.

²⁸⁴ “Kural olarak iş sahibine karşı, işçinin hizmet akdindeki sorumlu olduğu özene eş değerdeki özenle sorumlu görülen yükleniciden işinin ehli ve basiretli tacir olması sebebiyle daha da üst derecede özen beklenir.” Yargıtay 15 HD. E. 2003/2929, K. 2004/762, T. 16.2.2004. KİB, 04.11.2015)

²⁸⁵ Benzer bir durum eski BK mad. 390 gereğince vekilin özen borcu bakımından söz konusu idi. Bu hükümde de işinin sorumluluğuna gönderme yapılmakla yetinilmişti. TBK mad. 506 ile bu yollama kaldırılmış, vekilin özen borcundan sorumluluğunun belirlenmesinde eser sözleşmesinde yüklenicinin sorumluluğuna benzer bir düzenleme getirilmiştir. Böylece TBK mad. 506/f.3 gereğince vekilin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınacaktır. Bkz. ALTOP Atilla; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Yer Alan Bazı Önemli Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, Aralık 2005, s. 27.

²⁸⁶ Bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 93.

²⁸⁷ “Yüklenici, üstlendiği işi "özen"le yapmak zorundadır. BK.nun 356. maddesinde ifadesini bulan bu özen borcu, sözleşmenin yapıldığı andan başlar, işin, eksiksiz ve ayıpsız tamamlanmasına kadar sürer. Aksine davranış, yüklenicinin kusurunu oluşturur. İşin, zamanında ve eksiksiz yapılması, iş sahibine atfı kabil bir davranışa bağlı olarak mümkün olamıyor veya zorlaşıyorsa, yüklenicinin BK.nun 357/III. maddesi uyarınca iş sahibini derhal uyarması gerekir.” Yargıtay 15 . Hukuk Dairesi, E. 1996/1531, K. 1996/1892 T. 3.4.1996. (KİB, 12.10.2015)

mesleki bilgiye, ekonomik güce sahip olup olmadığını iyi araştırmalıdır²⁸⁸. Daha işin başından birtakım önlemler almalı ve kendi bilgi ve tecrübesinin üzerinde deneyim gerektiren işleri almaktan kaçınmalıdır²⁸⁹. Örneğin daha önce hiç köprü inşaatı yapmamış bir yüklenicinin böyle bir işi almak istemesi durumunda, mali gücünü, gerekli ekipmanı temin edip edemeyeceğini, mesleki deneyimlerinin bu işe uygun olup olmadığını özenle değerlendirmekle yükümlüdür. Araştırmalar sonucunda bu iş için yeterli güce sahip olmadığını anlayan yüklenicinin bu işi üstlenmekten kaçınması gerekir.

(2) Eserin Meydana Getirilmesi Sırasında Özen Yükümlülüğü

Yüklenicinin özen yükümlülüğüne ilişkin temel prensibe TBK mad. 471’de yer verilmiş olmakla birlikte çalışmamızın konusunu teşkil eden TBK mad. 473 hükmü dışında eser sözleşmesine ilişkin bazı diğer hükümlerde de bu sorumluluk somutlaştırılmıştır. Bu hükümler, eserin meydana gelmesi aşamasında özen yükümlülüğüne ilişkin kurallar içermektedir. Örneğin, malzemenin teminine ilişkin TBK’nın 472. maddesinin ikinci fıkrasına göre, malzeme iş sahibi tarafından karşılanmışsa yüklenici bunları özenle kullanmakla yükümlüdür²⁹⁰.

Yüklenicinin özen yükümlülüğünün somutlaştığı diğer hal ise iş sahibini bilgilendirme yükümlülüğüdür.²⁹¹ Bu husus TBK’nın 472. maddesinde düzenlenmiştir. Böylece yüklenici, malzemedeki ayıpları, eserin yapıldığı arazideki ayıpları ve bunların dışında eserin gereği gibi veya zamanında ifasını engelleyecek herhangi bir durumu hemen iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Aksi halde, bu yükümlülüğe aykırı davranırsa bundan doğan zararları gidermekle yükümlü olacaktır. Buna karşın yüklenicinin bu uyarısına rağmen işin bu şekilde yapılması karşısında iş sahibinin

²⁸⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. HIZIR Fatma; Eser (İstisna) Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslimden Önceki Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2011, s. 24 vd.; AVCI, s. 380.

²⁸⁹ GÖKYAYLA, Sadakat ve Özen, s. 791.

²⁹⁰ ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 29.

²⁹¹ GÖKYAYLA, Sadakat ve Özen, s. 796. “Dava, davacıya ait iki katlı evin damına, davalı tarafından yapılan izolasyon imalatının ayıplı olmasından kaynaklanmıştır. Davacı yüklenici, yapılacak işin uzmanı olup, yüklenilen işi amacına, tekniğine ve sözleşmesine uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır. Kullanılan malzemenin veya iş sahibine ait yerin kusurlu olduğunun anlaşılması halinde, yüklenici BK’nın 357. maddesi uyarınca durumu derhal iş sahibine haberdar etmelidir. Aksi takdirde bunların neticelerine tahammül etmekle mükelleftir.” Yargıtay 15 HD. E. 2007/4709, K. 2007/7534, T. 26.11.2007. (KİB, 04.11.2015)

ısrar etmesi durumunda iş sahibi bundan doğacak zararları üstlenmek durumunda kalacaktır²⁹².

(3) Eserin Meydana Getirilmesinden Sonra Özen Yükümlülüğü

Yüklenicinin özen yükümlülüğü eserin meydana getirilmesinden sonra da devam edecektir. Böylece eseri tamamlayan yüklenici onu teslim edene kadar korunması ve muhafazası için her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Aksi halde ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

Eserin tamamlanması ile yüklenicinin özen yükümlülüğü devam etmekte ise de eğer eser teslim edilmişse, artık iş görme faaliyeti sona erdiğinden, bunun yerine ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur²⁹³.

d. Özen Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

Sadakat ve özen yükümlülüğüne aykırılık halinde iş sahibinin hakları, tazminat isteme, sözleşmeden dönme ve ikame yükleniciye başvurma bakımından üç şekilde karşımıza çıkmaktadır. Şimdi kısaca iş sahibinin bu haklarını açıklayacağız.

(1) Tazminat İsteme Hakkı

Özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle bir zarar meydana gelmişse yüklenici TBK mad. 112 gereğince iş sahibinin zararını gidermekle yükümlüdür. Böylece genel kural uygulama alanı bulur. Yüklenici kusursuzluğunu ispat ederek zararı tazminden kurtulabilir²⁹⁴. Zarara uğradığını ve bu zararın kapsamını ise iş sahibi ispat edecektir²⁹⁵.

(2) Sözleşmeden Dönme Hakkı

TBK mad. 473 hükmünün dayanağını yüklenicinin özen borcu oluşturmaktadır. Bu borca aykırılık TBK mad. 473/f.1'in şartlarının gerçekleştiği durumlarda iş

²⁹² Bkz. Yarg. 15 HD, E.1990/4761, K. 1991/1956, T. 22.04.1991. (KOSTAKOĞLU, s. 419,420)

²⁹³ GÖKYAYLA, Sadakat ve Özen, s. 798; AVCI, s. 375. Bu durumda özen yükümlülüğü artık sonuç sorumluluğu içinde erimiş olur. Bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 110; TEKİL, s. 312.

²⁹⁴ TUNÇOMAÇ, Özel Borç İlişkileri, s. 991; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 110.

²⁹⁵ “ İş sahibinin zarar gördüğü hallerde yüklenicinin sorumluluğu BK.nun 356/ilk maddesinden kaynaklanır. Yüklenicinin sorumluluğu aynı Kanunun 321. maddesinde belirtilen işçinin hizmet aktindeki sorumluluğu gibidir. İş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınması yüklenicinin "özen borcu" gereğidir. Bu itibarla, aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını ve miktarını ispatlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti ise yükleniciye aittir.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1994/15-265, K. 1994/600, T. 12.10.1994. (KİB, 12.10.2015)

sahibine sözleşmeden dönme imkanı verir. Özen borcuna aykırılık eserin teslimini veya icrasını geciktirecekse, TBK mad. 473/f.1 uyarınca iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir. Bu maddeye başvuru koşullarını ve sonuçları daha sonra ele alacağımızdan tekrardan kaçınmak maksadıyla burada yalnızca yollama yapmakla yetiniyoruz²⁹⁶.

(3) İkame Yükleniciye Başvurma Hakkı

TBK 473 hükmünün ikinci fıkrasında özen yükümlülüğüne aykırılığın bir başka sonucu düzenlenmiştir. Eğer özen yükümlülüğüne aykırılık eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılmasına yol açacaksa çalışmamızın son bölümünde değineceğimiz gibi, iş sahibi ayıbın veya borca aykırılığın giderilmesini ya da işin devamını bazı şartlarla TBK mad. 473/f.2 gereğince ikame bir yükleniciye bırakabilecektir²⁹⁷.

II. TBK MAD. 473/f.1 GEREĞİNCE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI, MADDENİN KAPSAMI, NİTELİĞİ, UYGULAMA ALANI VE KOŞULLARI

A. Genel Olarak

Yüklenicinin temel borcunun bir eseri meydana getirme ve onu teslim olduğunu yani burada temelde bir sonuç sorumluluğunun söz konusu olduğunu yukarıda belirtmiştik. Fakat buradaki sonuç tek başına borcun konusunu oluşturmamakta, yüklenicinin bu sonucu işgörme faaliyeti ile hazırlama yükümü bulunmaktadır. İşte yüklenicinin bu borcunu yerine getirebilmesi için eseri meydana getirmek için zamanında işe başlamalı, bu işi gerekli tempoda sürdürmeli ve zamanında teslim etmelidir. Eğer yüklenici zamanında işe başlamaz veya gerekli tempoda devam etmez ise iş sahibi TBK mad. 473/f.1 hükmünün kendisine tanıdığı vadeden evvel sözleşmeden dönme imkanından yararlanabilir²⁹⁸. Esasen TBK mad. 473 hükmü, iş sahibinin zamanında (TBK mad. 473/f.1) ve ayıpsız (473/f.2) teslim alma hakkı

²⁹⁶ Bkz. aşağıda “TBK mad. 473/f.2 Gereğince İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı Doğuran Durumlar” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

²⁹⁷ Bkz. SELİÇİ, Müteahhidinin Sorumluluğu, s. 110-111.

²⁹⁸ İş sahibi Eski BK mad. 358 (TBK mad. 473) hükmü ile hizmet sözleşmesinde olduğu gibi, iş sahibin iş üzerinde denetleme imkanı sağlanmıştır. TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 1004.

varken²⁹⁹, yüklenicinin zamanında ve ayıpsız teslim etmesi gereğinden doğmaktadır³⁰⁰.

İş sahibi işe zamanında başlamayan ya da sürdürmeyen yükleniciye karşı TBK mad. 473/f.1 gereğince işlem yapmak zorunda değildir. İş sahibi dilerse vade tarihini bekleyerek eser henüz teslim edilmediğinden borçlu temerrüdü hükümlerine başvurarak temel prensibin dışına çıkmayabilir³⁰¹. Bu noktada vade tarihinden evvel işlem yapıp yapmamak hususunda iş sahibi tamamen serbesttir³⁰². Zira, aksi yönde bir görüş, iş sahibi lehine bir düzenleme içeren TBK mad. 473 hükmünün amacına aykırı olacaktır³⁰³.

B. Kapsamı

TBK mad. 473/f.1 hükmü ile yalnızca iş sahibinin haklarını koruyan bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu noktada hüküm, iş sahibini vade tarihinde eserine kavuşmaması ihtimaline karşı korumaya yöneliktir. Böylece bu madde kapsamına yüklenicinin hakları ve bunların korunması girmez³⁰⁴.

Maddede yer alan “kararlaştırılan zaman” veya “belirlenen gün” ifadeleri ile kastedilen yüklenicinin borcunun vadesidir. Vade burada tamamlanmış eserin teslim edileceği tarihi ifade eder³⁰⁵.

²⁹⁹ TBK mad. 473 hükmünün hukuki probleme, ilk fıkrası bakımından zamansal müdehale; ikinci fıkrası bakımından niteliksel bakımdan müdehale imkanı vermektedir. BİLGİN YÜCE, s. 123.

³⁰⁰ GAUTSCHI Georg; Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Bern 1967, N. 1b, s. 245.

³⁰¹ Doktrinde, TBK mad. 117’ye dayanan temerrüde teslim temerrüdü, Art. 366/f.1 OR (TBK mad. 473/f.1) için ise yapım aşamasında temerrüt ifadesi kullanılmıştır. KOLLER, Werkvertrag, N.308, s. 121.

³⁰² GÜMÜŞ, s. 21; ZİNDEL Gaudenz G./PULVER Urs/SCHOTT Bertrand G.; Basler Kommentar, Obligationenrecht 1, Art. 1-529, OR 6.Aufl., (Herausgeber: Heinrich HONSELL/Nedim Peter VOGT, Wolfgang WIEGAND), Basel 2015, N.2, s. 2311; AYAN, s. 355; KARTAL Bilal; Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s. 142.

³⁰³ Yargıtay, TBK mad. 473 hükmünün ikinci fıkrası bakımından, isabetsiz bir biçimde, vadeden evvel ayıplı veya borca aykırı yapılan işleri görmesine ve ihtarlarda bulunmasına rağmen sözleşmeyi sona erdirmeyen iş sahibinin eseri kabulden kaçınamayacağına hükmetmiştir.”...*Öte yandan somut olayda ayrıca, davalı arsa malikleri; inşaatın devamı sırasında yapılan işleri gördükleri ve ihtarnameler çektikleri halde, sözleşmeyi feshetmeyerek, inşaatın bitirilip iskan ruhsatı alınmasına karşı çıkmadıkları için bu aşamadan sonra eseri kabul etmekten kaçınamazlar (BK. m. 358)...*” Yarg. 15. HD. E. 1994/5728, K. 1994/4463, T. 30.6.1994. (KİB, 24.01.2016)

³⁰⁴ TBK’nın eser sözleşmesine ilişkin düzenlemelerine bakıldığında çoğu zaman tacir niteliğinde olan yüklenici karşısında iş sahibine daha fazla durumda – örneğin TBK mad. 484 hükmü- sözleşmeyi sona erdirme imkanı verilmiştir. Gerçekten de kanunkoyucu yükleniciye sözleşmeyi sona erdirme imkanı sınırlı olarak tanımaktadır.

³⁰⁵ BÜHLER, Art. 366, N.5, s. 148; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 684. İfa zamanı hem alacaklının borçludan ifayı talep edebileceği hem de borçlunun borcu ifa yetkisine haiz olduğu zamanı

TBK 473/f.1 hükmü parça parça teslimli işlerde de uygulama alanı bulur. Parçalardan herhangi birinde gecikme halinde iş sahibi vadesi gelecek parçalar için TBK mad. 473/f.1 hükmünün şartları gerçekleşmiş ise sözleşmeden dönebilir. Zira parçalardan herhangi birinin teslim edilmemiş olması işin tamamının teslimini de geciktirebilir veya engelleyebilir³⁰⁶. Böylece, iş sahibi zamanında teslim edilmemiş parça için TBK mad. 117 vd. hükümlerine göre kısmî temerrütten doğan haklarını kullanabilirken; bu gecikme vadesi gelmemiş parçaların artık zamanında teslim edilemeyeceğini ortaya koyuyorsa, onlar bakımından TBK mad.473/1 hükmüne başvurabilir³⁰⁷.

TBK mad. 473/f.1 hükmü her türlü eser sözleşmesinde uygulama alanı bulur³⁰⁸. Yalnızca eser sözleşmesinde erken dönmeyi düzenleyen bu hüküm bizce diğer sözleşmelerde de kıyasen uygulanarak vade tarihinden evvel sözleşmeden dönme imkanı vermez. İşin niteliği gereği de aksini iddia etmek son derece güçtür.

Doktrinde bir görüşe göre³⁰⁹, yüklenicinin kendi araç gereciyle ve malzemesiyle kendi yerinde meydana getirmeyi üstlendiği taşınır eser teslimine ilişkin eser sözleşmelerinde TBK mad. 473/f.1 hükmü uygulama alanı bulmaz. Bunun nedeni ise, bu sözleşmelerde iş sahibinin işi denetleme ve talimat verme yetkisinin olmayışıdır.

ifade eder. İfa zamanı çeşitli şekillerde belirlenir. İfa zamanı sözleşmede açıkça belirtilmiş olabileceği gibi yapılacak bir ihbara bağlanmış olabilir. Bunların dışında kanunda ifa zamanının belirtilmiş olduğu haller de vardır. Örneğin işçi ücretlerinin ödenmesine ilişkin özel bir düzenlemeye TBK 406 (eski BK mad. 326) hükmünde yer verilmiştir. Sözleşmede ifa zamanının kararlaştırılmadığı veya özel bir kanun hükmünün bulunmadığı hallerde ise ifa zamanı TBK 90 hükmüne göre belirlenir. Ayrıntılı açıklama için bkz. von TUHR, s. 506; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler s. 684 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 800; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 315 vd; KILIÇOĞLU, s. 328; İNAN/YÜCEL, s. 591 vd.

³⁰⁶ YAKUPPUR, s. 52; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.7, s. 2312. GAUCH, Werkvertrag, N. 691, s. 276. Viyana Satım Sözleşmesinin öne alınmış sözleşmeye aykırılık hükümleri arasında olan 73. maddesinin ikinci fıkrasında da bu konuya ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükme göre, taraflardan birinin münferit teslimatlardan birini ihlal etmesinin gelecekte sözleşmeyi ihlal edeceğine ciddi kanıt oluşturursa karşı taraf, sözleşmeyi ileriye etkili olarak ortadan kaldıracaktır.

³⁰⁷ BGE 52 II 137 E.2, 78 II32, E. 1b. Karara ilişkin bkz. KOLLER, Werkvertrag, N.340, s. 132.

³⁰⁸ ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.6, s. 2312; KARAHASAN Mustafa Reşit; Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, İstanbul 2002, s. 246.(Bundan sonra "KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri" şeklinde anılacaktır).

³⁰⁹ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 120. Bu durumda iş sahibi vade tarihini beklemeli ve yükleniciyi temerrüde düşürerek, seçimlik haklarını kullanmalıdır. Aynı görüş için bkz. DAYINLARLI, s. 122; UYGUR, C.II, s. 2160; KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 246-247. Ancak bu görüş doktrinde eleştirilmektedir. Zira, eski BK mad. 358/f.1 (TBK mad. 473/f.1) hükmünün uygulanması için iş sahibinin yükleniciyi denetleyecek veya talimat verecek durumda olması aranmaz. ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 55.

TBK 473/f.1 hükmü eser sözleşmelerine ilişkin hükümlerin uygulandığı karma sözleşmeler olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacaktır³¹⁰. Zira bu sözleşmelerdeki yüklenicinin edim borcuna kanunun eser sözleşmesi hükümleri uygulanır³¹¹.

TKHK kapsamına giren eser sözleşmelerinde TBK mad. 473/f.1 hükmüne karşılık gelecek bir düzenlemeye TKHK'da yer verilmemiştir. Böylece TBK mad.

³¹⁰ Uygulamada son zamanlarda sıklıkla başvuru inşaat sözleşmelerinden biri de gelir paylaşımli inşaat sözleşmeleridir. Bu sözleşmelerde tipik arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden farklı olarak yüklenici, eseri meydana getirme borcunun karşılığı olarak arsa payı değil; bağımsız bölümlerin satışından gelir almaktadır. Bu nedenle gelir paylaşımına dayalı inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu sözleşmelerin sadece yüklenicinin gelirden pay aldığı uygulamada yaygın olarak başvuru halinin adi ortaklık niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmeleri, s. 51-52. Diğer bir görüşe göre ise, gelir paylaşımli inşaat sözleşmeleri karma sözleşmelerdir. Bkz. YENİOCAK Umut, Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmeleri, Ankara 2014, s. 34-35; İNAL Emrehan; Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin Genel Esasları, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, İstanbul 2015, s. 87. Diğer bir görüşe göre ise bu sözleşmeler arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin özel bir türü olarak kabul edilmeli ve başka bir adla anılmaları onların bu niteliğini değiştirmemelidir. Bkz. ÖZMEN Ethem Saba/AKKURA KARAMAN Tuğba; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87 , Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 51-52. Yargıtay, 2013 yılında vermiş olduğu bir kararında sözleşmenin niteliğinin adi ortaklık olduğu görüşünde iken; (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/13-798, K. 2013/568, T. 24.4.2013. KİB, 23.02.2016) 2014 tarihinde vermiş olduğu kararında niteliğinin adi ortaklık olmadığına hükmetmiştir. (Yarg. 3. HD. E. 2014/10780, K. 2014/10005, T. 23.6.2014, Kazancı İçtihat Bankası, 26.02.2016) Yeniocak'a göre, gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerine TBK'daki eser sözleşmelerine ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü sürece kıyasen uygulanacağından TBK mad. 473/f.1 hükmü bu sözleşmeler bakımından da kıyasen uygulanacaktır. Bkz. YENİOCAK, s. 125. Ancak yazar gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinin sürekli nitelikte olduklarını kabul ettiğinden burada sözleşmeden dönme değil, sözleşmenin feshi söz konusu olacaktır. İnal 'a göre ise, gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinin ani-sürekli karmaşığı bir nitelik taşıdığı kabul edilmelidir. Yazara göre gelir paylaşımli inşaat sözleşmeleri kural olarak ileriye etkili sona ermeli ancak TMK. 2 gereğince, olayın özelliklerinin gerektirdiği durumlarda geçmişe etkili sona ermelidir. Bkz. İNAL Emrehan; Sonuca Katılmalı Sözleşme Kavramı ve Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2011, s. 170). Kanaatimizce, gelir paylaşımli inşaat sözleşmelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi bakımından önceden genel bir kural getirilmesi güçtür. Her sözleşmenin koşullarının aynı ayrı değerlendirilerek sonuca varılması gerekir. Özellikle, yüklenicinin yalnızca gelirden pay alacağına kararlaştırıldığı sözleşmelerde adi ortaklık ilişkisinin ortak amaç ve bu amaca ulaşmak amacıyla birlikte hareket unsurlarının dikkatlice değerlendirilmesi gerekir.

³¹¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde işin vade tarihine yetişmemesinden etkilenecek kişiler yalnızca yüklenici ve iş sahibi değildir. Yükleniciden bağımsız bölüm satın alan 3. kişiler de bundan etkilenecektir. Bu sebeple Yargıtay, söz konusu 3. kişiler bakımından TBK mad. 473/f.1'de belirtilen durumların taşınmaz satış vaadi sözleşmesini haklı olarak sona erdirmeye sebebi teşkil ettiğini kabul etmektedir. “ Davacı, davalı müteahhidin dava dışı arsa sahibi ile yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşa ettiği binadan bir adet daireyi 1.3.2002 tarihinde noterde düzenlenen gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi ile 12.000.000.000 TL ödeyerek satın aldığı, sözleşmede teslim süresi öngörülmemiş ise de 23.10.2004 tarihinde çektiği ihtara rağmen davalının inşaata dahi başlamadığını ileri sürerek edim yerine geçmek üzere aynı nitelikte başka bir dairenin kendisine verilmesini veya satıma konu dairenin rayiç değerinin tahsilini istemiştir. Davalı, belediyenin bu bölgede inşaat izni vermemesi nedeniyle inşaata başlayamadığını, kusuru bulunmadığını, davacının durumu bilerek daire satın aldığı savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, belirlenen rayiç bedel olarak 23.287,00 YTL'nin davalıdan tahsiline karar verilmiş; hüküm, davalı tarafından temyiz edilmiştir. 1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerekçeleri nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir” Yarg. 13. HD., E: 2007/6320, K: 2007/9244, T. 28.6.2007.

473/f.1 düzenlemesi, tüketicilerin taraf olduğu eser sözleşmeleri bakımından genel hüküm niteliğinde olduğundan burada da uygulama alanı bulacaktır.³¹²

Son olarak, yüklenicinin ölümü veya kusuru olmadan eseri yapma yeteneğini yitirmesi nedeniyle işin icrasında gecikme yaşanacağı ortaya çıkarsa, iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 gereğince dönme beyanında bulunmasına ihtiyaç yoktur. Zira bu durumda sözleşme TBK mad. 486 hükmü gereğince kendiliğinden kanun gereği sona erecektir. Eğer iş sahibi tamamlanan kısımdan yararlanabilecekse, bu kısma ilişkin bedeli ödemekle de yükümlüdür³¹³.

C. Hukuki Niteliği

Yalnızca eser sözleşmelerinde özgü bir hüküm olan TBK mad. 473/f.1 hükmü temel kuraldan ayrılarak vade tarihinden evvel sözleşmeyi sona erdirme yetkisi veren bir hükümdür. Önemle belirtmek gerekir ki, TBK'nın eser sözleşmelerine ilişkin hükümleri arasında TBK mad. 473/f.1 hükmü ve yaklaşık bedelin aşırı derece aşıldığı durumlarda eser henüz tamamlanmadan sözleşmeden dönmeye ilişkin TBK mad. 482 hükmü³¹⁴ dışında vade tarihinden evvel iş sahibine sözleşmeden dönme imkanı tanıyan başka özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum da maddenin önemini daha da artırmaktadır. Kuşkusuz ki, TBK mad. 484'te tam tazminat karşılığı iş sahibinin sözleşmeyi fesih hakkı bulunmaktadır. Ancak bu hükme göre sözleşmenin sona erdiği hallerde sözleşme TBK mad. 473/f.1'den farklı olarak ileriye etkili olarak sona erecektir ve iş sahibi yüklenicinin tüm zararını ödemekle yükümlüdür³¹⁵.

³¹² TKHK'da ön ödemeli konut satışı konut satışı sözleşmelerinde tüketicinin gerekçe göstermeksizin sözleşmeden dönebileceği kanunun 45. maddesinde düzenlenmiştir. Sadece ön ödemeli konut satışı sözleşmelerine ilişkin bu hükmün ilk fıkrasına göre; “*Ön ödemeli konut satışında, devir veya teslim tarihine kadar tüketicinin herhangi bir gerekçe göstermeden sözleşmeden dönme hakkı vardır. Sözleşmeden dönülmesi durumunda satıcı; konutun satışı veya satış vaadi sözleşmesi nedeniyle oluşan vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülüklerden doğan masraflar ile sözleşme bedelinin yüzde ikisine kadar tazminatın ödenmesini isteyebilir.*” Bu hüküm, hem uygulama alanı bakımından hem de vadeden evvel herhangi bir borca aykırılık olmadan her zaman sözleşmeden dönme imkanı verdiğinden TBK mad. 473 hükmünden ayrılmaktadır. Satıcının borca aykırı davranışının varlığı yalnızca satıcının tüketiciden herhangi bir bedel talep edebilmesi bakımından önemlidir. Zira, hükmün ikinci fıkrasının ilk cümlesine göre satıcı, yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmezse tüketiciden herhangi bir bedel talep edemez.

³¹³ GAUTSCHI, Art. 366, N. 4d, , s. 255-256.

³¹⁴ Bkz. yukarıda “İş Sahibinin Borçları” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

³¹⁵ İki hüküm arasındaki farklar için bkz. GAUCH, Werkvertrag, N. 687, s. 275; KOLLER, Werkvertrag, N. 207, s.85; BUZ Vedat; İş Sahibinin BK. mad. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATIDER 2001, C. XXI, S. 2, s. 222 vd. (Bundan sonra “BUZ, Sözleşmenin Feshi” şeklinde

TBK mad. 473/f.1 hükmünün iş sahibine, yüklenicinin zamanında işe başlamaması, işin icrasını geciktirmesi veya tüm tahminlere göre işin vade tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılması durumlarında -maddenin yalnızca lafzı dikkate alınarak- sadece sözleşmeden dönme imkânı mı tanıdığı yoksa maddenin açık ifadesi dışına çıkılarak borçlu temerrüdünden doğan diğer hakların da kullanımına imkan mı verdiği doktrinde tartışmalıdır. Bu konu, ileride maddenin sonuçları incelenirken ayrıntılı bir biçimde ele alındığından burada yalnızca yollama yapmakla yetiniyoruz³¹⁶.

TBK'nın yükleniciye vadeden evvel sözleşmeden dönme imkânı veren 473/f.1 hükmü emredici nitelikte değildir. Böylece taraflar sözleşmede veya sonradan anlaşarak bu hakkın kullanılmayacağını kararlaştırabilirler³¹⁷.

D. TBK mad. 473/f.1 Hükmünün Uygulama Zamanının Tespiti

TBK mad. 473/f.1 hükmü eser sözleşmesinin kurulduğu tarihten başlayarak ifa tarihine kadar olan sürede uygulama alanı bulur. Zira vade tarihinde ancak temerrüt hükümleri uygulama alanı bulacaktır³¹⁸.

TBK mad. 473 /f.1 hükmü sözleşme görüşmeleri sırasında da uygulanacak bir düzenleme değildir. Zira bu dönem sözleşmenin kuruluşundan önceki bir dönemi ifade eder. Yine kamu ihalelerinde, ihaleyi kazanmış olmasına rağmen, yüklenicinin sözleşmeyi imzalamaması halinde TBK mad. 473/f.1 hükmü uygulanmaz³¹⁹.

anılacaktır). Ayrıca bkz. “Genel Olarak TBK mad. 484 Hükmü ve TBK mad. 473/f.1 Hükmü ile Birlikte Değerlendirilmesi” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

³¹⁶Bkz. aşağıda “TBK Mad. 473/f.1 Hükmünün Borçlu Temerrüdü Hükümleri İle Tamamlanması Gerektiği Yönünde Baskın Görüş ve Değerlendirilmesi” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

³¹⁷ BÜYÜKAY, Eser, s. 89.

³¹⁸ Yargıtay, 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararında da bunu açıkça belirtmektedir. Yargıtay yüklenicinin kendi kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda iş sahibinin eski BK mad. 106-108 hükümlerine dayanabileceğini belirterek, TBK mad 473 hükmünün iş sahibinin sözleşmeden erken dönmeye yönelik olduğundan hareketle içtihadı birleştirmede konu olayda uygulanmayacağına hükmetmiştir. YİBGKK, T.25.01.1984, E. 1983/3, K. 1984/1. (KİB, 12.01.2016)

³¹⁹ “ihale üzerinde kalan taraf sözleşme yapmaya yanaşmadığı takdirde, diğer taraf ancak teminatı gelir kaydedip, ilam ihale ve benzeri masraflarını isteyebilir” Yarg. 3. HD. T.25.02.1986, E.85/7764, K. 86/1498. (AYDEMİR, dp. 211, s. 361)

E. TBK mad.473/f.1 Hükümüne Göre Sözleşmeden Dönme Hakkının Doğmasında Yüklenicinin Kusurunun Aranmaması ve Gecikmenin İş Sahibine Yüklenememesi

1. Yüklenicinin Kusurunun Aranmaması

TBK mad. 473/f.1 düzenlemesinde iş sahibinin vadeden evvel sözleşmeden dönebilmesi bakımından yüklenicinin kusurlu bulunması gerektiğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Böylece, eser sözleşmelerinde iş sahibinin maddede belirtilen üç durumdan herhangi birinin varlığı halinde sözleşmeden dönebilmesi için yüklenicinin kusuru olması gerekmez³²⁰. Böylece maddede belirtilen bu üç durum yüklenicinin kusuru olmadan ortaya çıkmış olsa dahi iş sahibi TBK 473’f.1 hükmüne dayanarak vade tarihinden evvel sözleşmeden dönebilir³²¹.

Bu noktada eğer yüklenici işin icrası için alt yüklenicilere başvurmuşsa, onların işe başlamalarında veya işin icrasında gecikmesinde ya da işin belirlenen vadeye yetişmemesinden kendisi sorumlu tutulacak ve iş sahibi TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönebilecektir.

2. Dönme Sebepleri ile Sözleşmeye Aykırı Davranış Arasında Uygun Nedensellik Bağının Aranması

Eser sözleşmesinde TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için yüklenicinin kusuru bulunması gerekme de dönme sebepleri ile yüklenicinin borca aykırı davranışı arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir³²². Aksi halde her türlü gecikmede iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmiş olacaktır.

Uygun nedensellik bağının aranması sonucu, TBK mad. 473/f.1’de belirtilen üç halden herhangi biri yüklenicinin borca aykırılığı davrandığının kabul edilemeyeceği bir durumdan, yükleniciden tamamen bağımsız olarak ortaya çıkıyorsa iş sahibi

³²⁰ Oysa maddenin ikinci fıkrası bakımından, yani işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağının anlaşıldığı durumlarda ikame yükleniciye başvuru bakımından kusur şartının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır.

³²¹ GAUTSCHI, Art. 366, N. 4d, s. 254; GAUCH, Werkvertrag, N. 676, s. 270; BÜHLER, Art. 366, N.13, s. 151; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 357; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 129; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 531; ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 207; ARTUKMAÇ, s. 31; ALTAŞ Hüseyin; İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006,, s. 98.(Bundan sonra “ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme” şeklinde anılacaktır.); BECKER, s. 608; KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, 242.

³²² ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme, s. 98.

sözleşmeden dönemeyecektir³²³. Böylece örneğin olağanüstü bir hal sebebiyle yüklenici işe başlayamıyor, işi erteliyor ya da işin iş sahibine yüklenemeyen bir sebeple sözleşmede öngörülen tarihe yetişmeyeceği anlaşılıyorsa iş sahibi eser sözleşmesinden dönemez³²⁴.

Doktrinde, yükleniciden tamamen bağımsız bir durumdan dolayı ortaya çıkabilecek gecikmelere örnek olarak inşasına başlanan inşaatın zemininden kaya çıkması verilmektedir³²⁵. Sıklıkla verilen diğer örnek ise, işlerin birbirine bağlı oluşunun yüklenicinin borca aykırı davranışını engellemiş olmasıdır. Örneğin bir inşaat işinde duvarlar tamamlanmadığı için boya yapmaya başlayamayan yüklenicinin borca aykırı davranışından söz edilemez³²⁶. Zira böyle bir durumda işlerin birbirine bağlı oluşu, bir sonraki işin icrasını engellemektedir. Bu noktada çözümlenmesi gereken husus, bu şekilde bağlı işlerde ikinci yüklenicinin işe başlama tarihinin nasıl saptanacağıdır. Örneğin, yukarıdaki örnekte, badana işini yüklenen yüklenicinin 1 Haziran 2016 'da işe başlaması gerekirken önceki müteahhidin duvarı 1 Eylül 2016'da bitirmesi üzerine 1 Eylül 2016 ikinci yüklenici bakımından işe başlama tarihi olarak kabul edilebilecek midir? Başka bir deyişle iş sahibi, 1 Eylül 2016'da ikinci yükleniciden doğrudan işe başlamasını isteyebilecek midir? Bizce işe başlayamamada kusuru bulunmayan yüklenicinin derhal işe başlamasını beklemek çoğu zaman mümkün değildir. Olayda 1 Haziran 2016 tarihinde işe başlayarak, bu işi 2 ay içinde tamamlayacağını düşünen yüklenici, 1 Eylül 2016'da başlayacak yeni bir iş almış olabilir. Böylece, birbirine bağlı işlerde ilk işte gecikme olması üzerine bu sürenin doğrudan vade tarihine ekleneceğini kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda işe başlama tarihi TBK mad. 90'a göre belirlenmelidir³²⁷. Böylece TBK

³²³ “Yüklenici, sözleşmeyle her türlü koşulu dikkate alarak işin teslim süresini belirlemesine rağmen sözleşmeden sonra ortaya çıkan imardaki değişiklikten ötürü ruhsatın alınmaması nedeniyle geçen süre yüklenicinin kusuru olmaksızın işe başlamasına engel sayılacağından bu sürenin gecikilen süreden mahsup edilmesi gerekir.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E. 2002/1031, K. 2002/3313, T. 19.6.2002. (KİB, 03.09.2015).

³²⁴ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 129; HIZIR, s. 35; ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme, s. 99. “... İşe başlamada gecikilmesi ve bu gecikmenin iş sahibine isnadı mümkün nedenlerden ya da yüklenicinin iradesi dışında gerçekleşen ve öngörülmesi mümkün olmayan nedenlerden kaynaklanmaması halinde iş sahibi sözleşmede kararlaştırılan teslim süresini beklemeden akdi feshedebilir.” Yarg. 15. HD. E. 2012/3776, K. 2012/7357, T. 22.11.2012. (KİB, 24.01.2016)

³²⁵ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 129; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 82.

³²⁶ GAUTSCHI, Art. 366, N. 4d, s. 255; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 82; BÜHLER, Art. 366, N.16, s. 151; KOLLER, Werkvertrag, N. 330, s. 128; KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 243.

³²⁷ Bu durumda iş sahibinin doğrudan işe başlanmasını isteyemeyeceği, işe başlama tarihinin Art. 75 OR (TBK mad. 90)'a göre belirlenmesi gerektiğine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. KOLLER, Werkvertrag, N.321, s. 125.

mad. 90 gereğince hukuki ilişkinin özelliği de dikkate alınarak işe başlama zamanı tayin edilmelidir³²⁸.

3. Gecikmenin İş Sahibine Yüklenememesi

Yüklenicinin esere zamanında başlama ve devam yükümlülüğü iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle ihlal ediliyorsa iş sahibinin, yüklenicinin zamanında işe başlamaması, işi geciktirmesi veya işin öngörülen vadeye yetişmemesi sebebiyle sözleşmeden dönmesi mümkün değildir. Eski BK'nın TBK mad. 473'ü karşılıyan 358. maddesinde “ *iş sahibinin kusuru olmaksızın*” ifadesi kullanılmıştı. Oysa TBK'da doğru bir biçimde kusur ibaresi kaldırılmış “ *iş sahibine yüklenemeyecek sebep*” ifadesine yer verilmiştir³²⁹.

TBK 473/f.1 hükmü, üç halde iş sahibine vadeden evvel sözleşmeden dönme imkanı verirken, madde metninde yalnızca son halde yani işin belirlenen vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması durumunda, gecikmenin iş sahibine yüklenememesi sonucunun çıkabileceği bir ifadeye yer verilmiştir. Zira maddede “*iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden*” işin belirlenen vadeye yetişmemesinden söz edilmektedir. Sanki bu ifadeyle maddede belirtilen ilk iki halde bu koşulun aranmayacağı gibi bir sonuç çıkarılabilir. Oysaki her üç halde de iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için bu durumların doğumunda kendisinin sorumlu tutulamaması gerekir. Böylece yüklenicinin işe zamanında başlamamasına veya işi geciktirmesine iş sahibi sebep olmuşsa artık TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönememelidir. Zira bu şartın varlığının üç halde de aranması gerektiği doktrinde³³⁰ ve Yargıtay kararlarında da³³¹ kabul edilmektedir.

³²⁸ Bkz. ileride “İşe Başlama Zamanının Tayini” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

³²⁹ Eski BK mad. 358 hükmünde yer alan “iş sahibinin kusuru olmaksızın” ifadesi kanunun yürürlükte olduğu dönemde de doktrinde TBK mad. 473'e uygun olarak “iş sahibine isnadı kabul olmayan gecikme “ olarak ifade edilmekteydi. Bkz. ERMAN, Arsa Payı, s. 58.

³³⁰ ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.12, s. 2314; GAUTSCHI, Art. 366, N. 4c, s. 254; KOLLER, Werkvertrag, N. 315, s. 123; KOSTKIEWICZ Jolanta Kren/NOBEL Peter/SCHWANDER İvo/WOLF Stephan; OR Schweizerisches Obligationenrecht, Ulm, 2009, N.6, s. 879; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 129; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 532; EREN, Özel Hükümler s. 625; GÜMÜŞ, s. 24; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 81.; ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme, s. 99

³³¹ Yargıtay zamanında işe başlamama sebebiyle değerlendirme yaptığı olayda iş sahibinin kusurundan söz etmiştir: “ *İş sahibinin kusuru olmaksızın yüklenici işe başlamakta gecikmiş olsa dahi, eserin vadede bitirilmesi olanağı varsa iş sahibi sözleşmenin bozulmasını isteyemez.*” Yarg. 15. HD. E. 1992/3285, K. 1993/1196, T. 11.3.1993. (KİB, 11.12.15).

4. Yüklenicinin Gecikmesini Haklı Kılan Sebeplerin Varlığı Halinde Sorunun Çözümü ve Özellikle Süre Uzatımı

a. Genel Olarak

Yüklenicinin işi ifada gecikmeye ilişkin her davranışının mutlak suretle borca aykırılık teşkil ettiğini her zaman söylemek mümkün değildir. Bazı durumlarda yüklenicinin işi ifada gecikmesi haklı bir sebebe dayanabilir. Eğer somut olayda yüklenicinin işe başlamakta, işi sürdürmede veya öngörülen tarihte teslim etmekte gecikmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa iş sahibi erken dönme hakkını kullanamayacaktır. Bu sebepler özellikle yüklenicinin bir def'i ileri sürebileceği hallerdir. Bunun yanında iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle işin gecikeceğinin anlaşılması durumlarında da iş sahibi sözleşmeden dönememelidir³³². Yüklenicinin gecikmesini haklı kılan sebeplerin önem attığımız bazılarına aşağıda değinmekte yarar görüyoruz.

Aşağıda değineceğimiz bu haller iş sahibinin vadeden evvel sözleşmeden dönmesini engellemekle birlikte, eğer vade tarihi gelmişse bu defa da iş sahibinin borçlu temerrüdünden doğan haklarını kullanmasına da engel olacaktır. Zira az ileride değineceğimiz üzere bu hallerde yükleniciye ek süre verilmesi gerektiği hem doktrinde hem de yargı kararlarında kabul edilmektedir.

b. Yüklenicinin Def'i ileri Sürme Hakkı

(1) Ödemezlik Def'i

Ödemezlik def'i TBK'nın 97. maddesinde düzenlenmiştir. TBK'nın 97. maddesine göre, "*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.*" Ödemezlik def'i kendisinden ifa talep borçluya, karşı taraf borcu ifa edene kadar veya en azında ifasını teklif edene kadar ifadan kaçınma imkânı verir.

³³² Hem iş sahibinden hem de yükleniciden kaynaklanmayan sebeplerle, tamamen onlardan bağımsız olarak işin vade tarihine yetişmeyeceği anlaşılıyorsa iş sahibi vade tarihinden evvel sözleşmeden dönememelidir. GAUCH, Werkvertrag, N. 680, s. 271-272.

Ödemezlik def'inin söz konusu olabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir³³³. Öncelikli olarak ödemezlik defi ancak karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olur³³⁴. Yine karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde her türlü borç için değil karşılıklı borçlar için ödemezlik def'i ileri sürülebilir. Borçlar sona ermemiş olmalı ve taraflardan herhangi biri önce ifa ile yükümlü olmamalıdır. Karşılıklı alacaklar muaccel hale gelmiş olmalıdır. İşte tüm bu şartlarla birlikte madde metninde de açıkça belirtilmiş olduğu gibi, ifa talebinde bulunulan tarafın borcunu ifa etmemiş veya ifasını teklif dahi etmemiş olması gerekir.

Eser sözleşmesi de tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa sırasına ilişkin TBK mad. 97'yi tekrar eder nitelikte eser sözleşmelerinde ifaya ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Zira TBK mad. 479'a göre; "*İşsahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur.*" Bu açık hüküm gereğince eseri teslimden evvel yüklenici iş sahibinden herhangi bir bedel talep edemeyecektir.

Temel prensip, bedelin eserin teslimi anında ödenmesi ise de, taraflar bunun aksini kararlaştırmış olabilirler. Özellikle büyük inşaat işlerinde bedelin ne zaman ödeneceğine ilişkin kayıtlara sözleşmede mutlaka yer verilmektedir. Ayrıca bu nitelikte çoğu inşaat sözleşmesinde işin tamamlanmasından evvel iş sahibinin bedeli ödeyeceğine ilişkin kayıtlar yer almaktadır.

Eserin bitirilmesinden ve tesliminden önce bedelin ara hakedişlerle ödeneceğine ilişkin bir kayda sözleşmede yer verilmiş olabilir. Böylece eser sözleşmelerinde eserin teslimi beklenmeden iş sahibinin ara ödemeler yapması gerekir. İşte böyle durumlarda bu ara ödemeler için belirlenen tarihlerde ödeme yapılmaması halinde yüklenici işi sürdürmeyi yavaşlatabilir veya durdurabilir³³⁵. Bu ara ödemeler tüm

³³³ Ödemezlik def'i için bkz. KANİTİ Salamon; Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962, s. 46 vd; FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, C.II, s. 132 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 827; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 341; ÇUKADAR, s. 65 vd. ; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 614; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 332.

³³⁴ Eksik iki taraflı bazı sözleşmelerde veya sözleşme dışı borç ilişkilerinde de bu hükmün uygulanabileceğine ilişkin bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 343; FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, C.II, s.137.

³³⁵ KURT, s. 154; ÖZ, Sona Erme, s. 171.; KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 157; BİLGİN YÜCE, s. 132; GAUCH, Werkvertrag, N. 677, s. 270; YENER, Arsa Payı, s. 31-32.

inşaat bedeline mahsuben yapılmaktadır ve genellikle uygulamada aylık olarak kararlaştırılırlar³³⁶.

Yine, TBK'nın 479. maddesinin ikinci fıkrasında parça parça teslimi kararlaştırılmış eser sözleşmelerinde bedelin ödenmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. TBK mad. 479/f.2'ye göre, “Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur.” Böylece eğer eserin belirlenen parçalarından biri teslim edilmişse iş sahibi buna ilişkin ödemeyi yapmakla yükümlüdür. Aksi halde yüklenici, diğer parçaları yapmayı geciktirebilir³³⁷. Ara hakediş ödemelerinden farklı olarak burada teslim edilen kısmın bedeli ödenmektedir³³⁸.

Bedelin ne zaman ödeneceğine ilişkin sözleşmeye koyulan hükümlerden bir tanesi de henüz işe başlanmadan evvel veya başlandığında yükleniciye avans ödeme yapılması usulüdür. Bu avans ödemeler ara hakediş ödemelerinden farklı olarak henüz iş yapılmadan önce ödenmektedir. Bu ödemeler daha sonra yapılan hakedişlerden indirilir³³⁹.

Görülüyor ki, eser sözleşmelerinde ödemezlik def'i daha çok eser sözleşmelerinde ifaya ilişkin 479. maddenin aksinin kararlaştırıldığı durumlarda söz konusu olur. Aksi halde iş sahibinin bedel ödeme borcu ancak eserin teslimi ile birlikte muaccel olacaktır³⁴⁰.

Kuşkusuz iş sahibinin yapmadığı ara ödemeler ile eserin icrasının durdurulması arasında bir dengenin bulunması gerekir. İş sahibi, ara ödemelerden çok önemli olmayan sadece çok az bir miktarını ödemekte gecikmişse ve bu durumda yüklenicinin dürüstlük kuralı gereği işe devam etmesi gerektiği kabul ediliyorsa yüklenicinin işi durdurması hakkaniyete uygun düşmeyecektir³⁴¹.

³³⁶ Ayrıntılı açıklama için bkz. KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 157.

³³⁷ ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 171.

³³⁸ KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 162.

³³⁹ KAPLAN, Ücret Ödeme Borcu, s. 127.

³⁴⁰ Ancak her iki alacağın da muaccel hale geldiği hallerde iki taraf da ödemezlik def'i'ye dayanabilir. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 350. Yüklenicinin ödemezlik def'i ileri sürme hakkının kötüye kullanmaması gerektiği yönünde bkz. KURT, s. 155.

³⁴¹ DUMAN Hasan İlker; İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralının Önemi, Ankara 2014, s. 221. (Bundan sonra “DUMAN, Dürüstlük Kuralı” şeklinde anılacaktır)

(2) Aciz Def'i

Ödemezlik def'ide olduğu gibi yine karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifadan kaçınma imkânı aciz def'i ile de verilmiştir. Yukarıda vadeden evvel sözleşmeden dönme imkanı veren TBK'daki benzer hükümleri açıklarken aciz definin şartlarına değindiğimizden burada tekrardan kaçınmak amacıyla üzerinde durmuyoruz.³⁴² Kısaca belirtmek gerekirse, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde önce ifa ile yükümlü taraf TBK mad. 98 hükmünün şartlarının gerçekleşmesi ile ifadan kaçınabilir. Böylece TBK mad. 98 ile önce ifa ile yükümlü tarafa her durumda ifadan kaçınma imkanı verilmemiştir. Karşı tarafın aczi halinde önce ifa ile yükümlü olan taraf kendi edim alacağına güvence altına alınmasını talep edebilir. Eğer belirlenen sürede gerekli güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir³⁴³.

Böylece iş sahibinin borç ödemedi aciz halinde olması durumunda yüklenici, yeterli teminat gösterilinceye kadar işi ifadan kaçınabilecektir³⁴⁴. Aynı durumla henüz yüklenicinin eseri teslim zamanı gelmeden de karşılaşılabilir. Bu durumda iş sahibi, TBK mad. 98 hükmü gereğince teminat gösterilinceye kadar ifadan kaçınma hakkı olan yükleniciye karşı, TBK mad. 473/f.1 gereğince erken dönme hakkını kullanamaz. İş sahibinin ne zaman acze düştüğünün kabul edilmesi gerektiğine ilişkin TBK mad. 98'de yol gösterici nitelikte iki halden bahsedilmiştir. Zira madde metninde "özellikle" ifadesi kullanılarak borçlunun iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması örnekleri gösterilmiştir. Bu nedenle aciz halinin varlığı başka durumlarda da kabul edilmelidir³⁴⁵. Aciz halinin varlığını ispat ise buna dayanarak ifadan kaçınan yükleniciye düşmektedir.

c. İş Sahibinin Gerekli Hazırlık Faaliyetlerini Yerine Getirmemesi

Çoğu eser sözleşmesinde işe başlanabilmesi veya işin sürdürülebilmesi için iş sahibi tarafından yerine getirilmesi gerekli yükümlülükler yer verilmektedir. Eğer iş sahibi söz konusu yükümlülüklerini yerine getirmez ise, yüklenici ya hiç işe

³⁴² Bkz. yukarıda "TBK'da Yer Alan Vade Tarihinden Evvel Sözleşmeyi Sona Erdirmeye İlişkin Hükümler" başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

³⁴³ Aciz def'i için bkz. von TUHR, s. 529; FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, C.II, s. 131; TUNÇOMAĞ, Genel hükümler, s. s. 750; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 833; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 353; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.617; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 334.

³⁴⁴ KURT, s. 156.

³⁴⁵ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 335; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.752; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 354; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s.618; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 335.

başlayamamakta ya da başladığı işi sürdürememektedir. İşte bu sonuçlardan yüklenici sorumlu tutulamayacağından onun sözleşmeyi ihlal ettiğinden söz edilemeyecektir³⁴⁶. Bu durumların varlığı halinde riziko iş sahibi üzerindedir. Bu şekilde gecikmeye yol açan iş sahibi bu gecikmeler için iş sahibine ek süre vermek durumunda kalır³⁴⁷. Örneğin, düğün için elbise sipariş veren kişinin ölçüler için terziye gelmemesi ve bunun neticesinde terzinin işe başlayamaması durumunda onun borca aykırı davranışından söz edilemeyecektir.

İş sahibinin eser sözleşmesinden doğan asıl borcu bedel ödemektir. Bununla birlikte iş sahibinin bazı yan yükümlülükleri de sözleşme ile belirlenmiş olabilir. İş sahibine yüklenen yükümlülükler örnek olarak iş sahasının teslim edilmesi gösterilebilir³⁴⁸. Uygulamada ileride çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek amacıyla inşaat sözleşmelerinde yer teslim tutanağı düzenlenmektedir³⁴⁹. Bununla birlikte özellikle inşaat işlerinde işyeri şantiyesinin kurulması iş sahibine bırakılmış olabilir. Bu hazırlık işlemlerin iş sahibi tarafından yapılmadıkça yüklenici işe başlayamayacaktır. İş sahibine yüklenebilecek yükümlülüklerle ilişkin örnekler, yine inşaat işlerinde ilgili inşaat ruhsatının alınması, projelerin hazırlanması ve teslimi, eserin inşasında kullanılacak malzemenin temin edilmesi, eserin inşası süresince

³⁴⁶ “*Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine, davalıya devredilen tapu kaydının iptaline karar verilmesi istemiyle açılmıştır. Borçlar Yasası'nın ilgili maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimler içerip, kendi edimini yerine getirmeyen taraf, karşı taraftan ediminin ifasını isteyemez. Somut olayda, arsaya komşu parselin tecavüzü sebebiyle inşaat yapımına uygun bulunmadığı görülmüştür. Arsadaki bu ayıp giderilmeden yüklenicinin inşaatı başlaması beklenemeyeceği gibi yasal olarak da mümkün olmadığından gecikmede kusurun varlığından söz edilemez. İnşaat yapım süresi ancak arsadaki kusurun giderilmesiyle başlar. Nitekim, komşu parsel tecavüzü önlendikten sonra makul sürede ruhsat alınarak inşaatı başlanmış ve yargılama aşamasında inşaat büyük oranda tamamlanmıştır. Kaldı ki, fesih davası devam ettiği sürece yüklenicinin inşaatı devam zorunluluğu da yoktur. Buna rağmen inşaatı devam edilmiş bulunması ve inşaatın yasaya aykırılığı da iddia edilmediğine göre, yüklenicinin kusurlu olduğu kabul edilemez. O halde açıklanan sebeplerle davanın reddine karar verilmelidir.*” Yargıtay 15 HD. E. 2013 / 2750 , K. 2013 / 3905 , T. 17.06.2013. (SİB, 08.11.2015)

³⁴⁷ İş sahibi tarafından yerine getirilmesi gerekli yükümlülüklerin zamanında yerine getirilmemiş olması sonucunda süre uzatımı verilmesi dışında yüklenici gecikme nedeniyle birtakım maddi kayıplar da yaşamış olabilir. Bu durumda bunların tazmini iş sahibi tarafından yapılacaktır. Bkz. KAPLAN, İbrahim; İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayın No:8., s. 384. (Bundan sonra “KAPLAN, Süre Uzatımı” şeklinde anılacaktır)

³⁴⁸ “... davalı yüklenici plan ve projeleri tesdik ettirmesine ve noterden keşide ettirdiği ihtarnamesi ile talep etmesine rağmen, elektirik ve su aboneliklerini iptal ettirip gecekonduyu yıkmayarak ya da yıkıma hazır hale getirmeyerek davacı arsa sahibi arsaya inşaatı elverişli ve boş olarak teslim şeklindeki öncelikli edimini yerine getirmediğinden, BK 90. Maddesi gereğince temerüde düştüğü ve bu suretle ruhsat alınıp inşaatı başlanamamasında arsa sahibi kusurlu olduğundan birleşen fesih davasının reddi gerekirken...” Yarg. 15. HD. 22.04.2008, 2007/3118, 2008/2682. (KIRMIZI, s. 1081).

³⁴⁹ Bkz. AYDEMİR Efrail; Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Nisan 2012, s. 144.

kullanılacak elektrik enerjisi veya su ihtiyacının temin edilmesi şeklinde çoğaltılabilir³⁵⁰.

Yargıtay uygulamasında iş sahibinin gecikmeden sorumlu olduğu durumlara yukarıda belirttiğimiz doktrindeki örneklere paralel olarak; sözleşmede öncelikle arsa payını yükleniciye devretmekle yükümlü olan arsa sahibinin bu borcunu ifa etmekten kaçınması³⁵¹, iş sahibinin talebi üzerine projede değişiklik yapılması³⁵², iş sahibinin talebi üzerine inşaatın büyütülmesi³⁵³, inşaat yapılacak arazi üzerinde yıkılması gereken binadan kiracının tahliyesindeki gecikme³⁵⁴ gibi örnekler gösterilmektedir. Ayrıca iş sahibinin sorumlu tutulabileceği bu haller az ileride değineceğimiz üzere yükleniciye işin ifası için ek süre verilmesini gerektirir.

d. Özellikle İş Değişikliği veya Ek İş Talebi

(1) Genel Olarak

Uygulamada eser sözleşmelerinde sıklıkla iş değişikliği ve ilave işlere ilişkin uyuşmazlıklara rastlanmaktadır. Bu uyuşmazlıklar ağırlıkla iki noktada toplanmaktadır. Bunlardan ilki, yapılan ek işlerin ispatında ikincisi de bunlara karşılık gelen bedelin tayininde yaşanmaktadır. TBK 473/f.1 hükmü bakımından önem arz eden, ek iş veya iş değişikliğinin kaynağı ve bunların işin süresini uzatması üzerinde kısaca durmakta yarar görüyoruz.

(2) İş Değişikliği ve Ek İşin Hukuki Kaynağı ve Sonuçları

İş sahibinin de yüklenicinin de tek taraflı olarak eser sözleşmesinde değişiklik yapması mümkün değildir³⁵⁵. Böyle bir durumda, karşı tarafça kabul edilmedikçe, hukuken geçersiz değişikliğe göre davranılmakla borca aykırı davranılmış olur ve borca aykırı davranan taraf aykırılığın sonuçlarına katlanır. Böylece eser sözleşmesinde iş değişikliği yapılabilmesi için tarafların bu konuda anlaşmış olmaları

³⁵⁰ Örnekler için bkz. GAUCH, Werkvertrag, N. 678, s.271; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.12, s. 2314; KAPLAN, Süre Uzatımı, s. 383; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 130; ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme, s. 99; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 532; EREN, Özel Hükümler s. 624; ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 208; ERGEZEN, s. 60.

³⁵¹ Yarg. 15. HD., E. 1987/3088, K. 1987/3590, T. 19.10.1987. (KOSTAKOĞLU, s. 375-376)

³⁵² Yarg. 15. HD., E. 1991/3103, K. 1992/1729, T. 02.04.1992. (KOSTAKOĞLU, s. 386)

³⁵³ Yarg. 15. HD., E. 1990/849, K. 1990/4096, T. 16.10.1990. (KOSTAKOĞLU, s. 391)

³⁵⁴ Yarg. 15. HD., E. 1986/504, K. 1986/3843, T. 17.11.1986. (KOSTAKOĞLU, s. 395-396)

³⁵⁵ Ne TBK'nın genel hükümleri arasında ne de eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında iş sahibine ek iş veya iş değişikliği yapma yönünde yetki veren bir düzenleme yer almamaktadır. Bkz. GÖKYAYLA, Ek iş, s. 43.

gerekir. Bu noktada iş sahibi ve yüklenici yapacakları ek bir anlaşma ile bunu sağlayabilirler.

Tarafların daha önce akdettikleri sözleşmede değişiklik yaparak ilave iş eklemeleri durumunda veya diğer iş değişikliği hallerinde yüklenici işin tamamlanmasında hiç kuşkusuz gecikecektir. Bu nedenle yapılan değişiklik veya ilave işle orantılı bir sürenin de yükleniciye verilmesi gerekir. İşte bu halde iş sahibinin TBK mad. 473/f.1'e dayanarak sözleşmeden dönme imkanının varlığı ek süre dikkate alınarak tespit edilecektir. Böylece ek iş, iş değişikliği ve bunun sonucunda süre uzatımı çalışmamız bakımından önem arz etmektedir.

Yapılacak ek sözleşmenin geçerliliği ise genel hükümlere tabidir. Yapılan ek sözleşme ana sözleşmede değişiklik anlamına geldiğinden TBK mad. 12 gereğince eğer yapılan sözleşme şekle tabi bir sözleşme ise yapılacak değişikliklerde de aynı şekle uyulması gerekir. Ayrıca sözleşme metniyle çelişmeyen sadece tamamlayıcı değişiklikler ve ilaveler bu hükmün dışındadır. TBK mad. 12 hükmü yalnızca kanunen şekle tabi kılınmış sözleşmelerde uygulanır. Taraflar kanunen şekle tabi olmayan bir sözleşmede yapılan değişikliklerin şekle tabi olacağını kararlaştırabilirler³⁵⁶. Şu halde, taraflar kural olarak şekle tabi olmayan bir eser sözleşmesinin şekle tabi olması yönünde anlaşmışlarsa daha sonra bu sözleşmede yapılacak değişikliklerde aynı şekle uymak zorunda kalmayacaklardır. Meğerki yapılacak değişikliklerin şekle tabi olacağı yönünde bir anlaşma mevcut olsun. Eser sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekle tabi olmadığından değişiklik bakımından da herhangi bir şekil şartı aranmayacaktır. Bunun istisnasını ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri oluşturur. Arsa karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği resme şekle tabidir. Bu sebeple yapılacak değişikliklerin de bu şekle uyularak yapılması gerekecektir.

Uygulamada tarafların bu konuda anlaşma yapmadıkları sözleşme dışı işlerin yüklenici tarafından yapıldığı görülmektedir. Bu durum çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Örneğin sözleşmede iş sahibine ek iş talebi vermeyen bir eser sözleşmesinde, iş sahibinin talebi üzerine ve yüklenicinin kabulü ile ek işler yapılabilir. Kuşkusuz ki böyle bir durumda iş sahibi bu işler için bedel ödemekle yükümlüdür. Bir de, iş sahibinin hiçbir talebi olmamasına karşın yüklenici tarafından

³⁵⁶ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 161.

yapılan ek işler olabilir. Eğer bu işler iş sahibi tarafından kabul edilirse, iş sahibi bedeli ödemekle de yükümlü olur. İş sahibi tarafından yapılan fazla işlerin kabul edilmemesi halinde yapılan bu fazla işlerin bedeli ancak vekaletsiz iş görme veya şartları mevcutsa sebepsiz zenginleşme hükümleri ile talep edilebilir³⁵⁷. Son halde, yani iş sahibinin onayı olmadan yapılan ve daha sonra da kabul edilmeyen işlerde yüklenici ek süre de talep edemeyecektir.

e. Yükleniciye Ek Süre Verilmesi Gereği

(1) Ek Süre Verilmesinin Çalışmamız Bakımından Önemi

Yukarıda değindiğimiz yüklenicinin gecikmesinin haklı olduğu hallerde yükleniciye eseri tamamlaması için ek süre verilmesi gerekir³⁵⁸. Çünkü yukarıda belirttiğimiz durumlarda yüklenicinin gecikmeden sorumlu olması söz konusu değildir. Bu hallerde iş sahibinin sebep olduğu bir gecikme olduğundan riziko iş sahibi üzerinde bırakılacaktır. Böyle bir durumda yüklenicinin gecikmesi haklı bir gecikme teşkil eder³⁵⁹. Eğer gecikme yüklenicinin sorumlu olduğu bir durumdan dolayı meydana gelecekse yüklenici bundan sorumlu olacak ve süre uzatımı söz konusu olmayacaktır³⁶⁰.

Doktrinde³⁶¹, gecikmeden hem yüklenicinin hem de iş sahibinin sorumlu olduğu hallerde yine de yükleniciye süre verilmesi gerektiği ancak tarafların kusur oranlarının sürenin tayini bakımından dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır.

³⁵⁷ Bkz. KOCAAĞA Köksal; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu, TBB Dergisi, S.85, 2009, s.92. (Bundan sonra “KOCAAĞA, Ek İş” şeklinde anılacaktır); ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 60 vd. “... sözleşme dışı olduğu iddia edilen imalatların iş sahibi yararına olması halinde 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 413 vd. maddelerince tanımlanan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre bedelinin iş sahibinden istenmesi mümkündür. Yarg. 15. HD., 25.01.2013, 2012/5215, 2013/377. (KIRMIZI, s. 444).

³⁵⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. KAPLAN, Süre Uzatımı, s. 377 vd; KOLLER, Werkvertrag, N. 330, s. 128.

³⁵⁹ “Davalı ve karşı davacı yüklenici, savunmasında tevhit ve idari işlemler nedeniyle inşaat ruhsatının 1987 yılında alındığını, arsa sahibine ait 13 nolu dairede yapılan lüks işlerin süreyi uzattığını ileri sürerek, gecikmede kusurlu bulunmadığını belirtmiştir. Bilirkişiler bu konu üzerinde inceleme yapmamışlar, gecikmeyi sözleşmeye göre hesaplamışlardır. Gerçekten yüklenicinin bir kusuru olmadan, başvurusuna makul bir sürede idari işlemler nedeniyle ruhsat verilmemiş ise ve 13 nolu daireye yapılan lüks ve sözleşme dışı işler süre uzatımını gerektiriyor ise, bu gecikmelerden yüklenici sorumlu tutulamaz.” Yarg. 15. HD. 27.01.1992 T., 3263/215. (KARADAŞ, s. 140-141)

³⁶⁰ Yargıtay, işe geç başlayan ve bu süre içerisinde imar mevzuatında oluşan değişiklikten yükleniciyi sorumlu tutmuştur. Bkz. Yargıtay 15 HD.,E. 1990/3888, K. 1991/945, T. 26.02.1991. (KOSTAKOĞLU Cengiz; İċtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2000, s. 373).

³⁶¹ KOSTAKOĞLU, s. 372.

Yükleniciye ek süre verilmesi çalışmamız bakımından büyük öneme sahiptir. Çünkü süre verilmesiyle birlikte artık işin sözleşmede kararlaştırılan tarihe yetişip yetişmeyeceğine değil, ek süre ile belirlenen tarihe yetişip yetişmeyeceğine bakılarak iş sahibinin dönme hakkının var olup olmadığı tespit edilecektir. Başka bir deyişle süre uzatımı ile oluşan yeni vade tarihine göre yüklenicinin işi zamanında tamamlayıp tamamlayamayacağına bakılacaktır³⁶².

Yükleniciye süre verilmesi bakımından yüklenicinin bir talebinin bulunmasının gerekmediği doktrinde kabul edilmektedir. Böylece süre uzatımı sebeplerinin varlığı halinde teslim süresi kendiliğinden uzayacaktır³⁶³. Kuşkusuz ki, yüklenici eğer ispat problemiyle karşılaşmak istemiyorsa, süre uzatımı talebini iş sahibine yöneltebileceği gibi, hakimden de talep edebilir. Uygulamada süre uzatımı sebebiyle tespit davaları açılmaktadır. Yargıtay'a göre³⁶⁴, süre uzatımı tek başına tespit davası konusunu teşkil etmez. Böylece süre uzatımına hak kazanmanın tespitine ilişkin davaların eda davası ile birlikte açılmaları gerekir³⁶⁵.

(2) Ek Süre Verilmesi Gereken Haller

(a) Tarafların Bu Hususta Anlaşmış Olması

Taraflar arasında anlaşma ilk olarak daha sözleşme yapılırken sözleşmeye bu yönde bir hüküm koyma şeklinde olabilir. Böylece taraflar yukarıda saydığımız hallerin varlığı halinde yükleniciye ek süre verileceğine ilişkin bir hükme sözleşmede yer vermiş olabilirler³⁶⁶.

³⁶² "...ilk raporda 17 Ağustos depremi nedeniyle beton atımı işinin 18.9.1999 tarihine kadar durdurulduğu davalının maruf olan bu vaka nedeniyle de yaklaşık bir aylık ek süre daha kazandığı görülmektedir. Bu durumda, davalı yüklenicinin inşaatı forse bir çalışma ile ve kazandığı ek sürelerle kararlaştırılan sürede tamamlayıp tamamlamayacağı yönü üzerinde durulmalıdır (BK. madde 358)..." Yarg. 15.HD. E. 2002/574, K. 2002/2266, T. 2.5.2002. (KİB, 24.01.2016).

³⁶³ GÖKYAYLA, Ek İş, s. 341-342. Eğer gecikme nedeni işin tamamını etkiliyorsa işin tamamı bakımından süre uzatımı söz konusu olacakken, bu sebep yalnızca işin bir bölümünü etkiliyorsa işin o bölümü bakımından süre uzatımı kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. AYDEMİR, s. 151.

³⁶⁴ Yarg. 15 HD., T. 10.10.1991, 1991/1597-4710. (KOSTAKOĞLU, s. 390-391).

³⁶⁵ AYDEMİR, s. 147.

³⁶⁶ "Davacı arsa sahipleri, teslimde gecikme nedeniyle yoksun kaldıkları kira alacağının tahsilini talep etmişlerdir. Dosya kapsamından inşaatın yapım süresi içinde, 17.08.1999 tarihinde deprem meydana geldiği anlaşılmaktadır. Deprem nedeniyle idari mercilerce ek tedbirler ve kararlar alındığı, inşaat faaliyetlerinin bir süre durdurulduğu bilinen bir gerçektir. Deprem nedeniyle inşaatların durdurulduğuna ilişkin dosyaya belge sunulmamış olsa bile davalının depremden etkileneyeceği ortadadır. Taraflar arasındaki sözleşmede, mücbir sebep hallerinde süre uzatımı verileceği kararlaştırılmıştır. Bu halde deprem mücbir sebep kapsamında değerlendirilerek, depremin inşaatın yapım süresini ne oranda etkilediğinin tespit edilmesi, bu sürenin yapım süresine eklenmesi gerekirken deprem nedeniyle herhangi bir ilave süre verilmemesi sözleşmeye aykırılık teşkil eder." Yargıtay 15. HD. E. 2007/5385, K. 2007/7545, T. 26.11.2007. (KİB, 13.10.2015)

Bunun dışında taraflar, sözleşme yapılırken bu yönde bir hüküm koymak yerine daha sonra sözleşme ilişkisi devam ederken bu konuda anlaşabilirler. Tarafların serbestçe tasarruf edecekleri bu husus, tarafların sözleşmenin vade tarihine ilişkin hükmünde değişiklik anlamına gelir. Sözleşme değişikliğinin hangi şekilde yapılacağına eser sözleşmesinin şeklini incelerken değindiğimizden burada yalnızca yollama yapmakla yetiniyoruz³⁶⁷.

(b) Sözleşmede Ek Süreye İlişkin Hükme Yer Verilmemiş Olması

Sözleşmede yükleniciye ek süre verileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemişse, bazı durumların varlığı halinde yine de yükleniciye süre verilmesi gerekir. Sözleşmede bu yönde bir hüküm olmasa dahi, bu durumlarda sözleşme süresi kendiliğinden uzayacaktır. Zira, iş sahibinden kaynaklanan bu sebeplerin varlığı halinde, yüklenici işi vadeye yetiştirmek amacıyla gereğinden fazla çaba sarf etmesi beklenemez³⁶⁸.

Yükleniciye süre verilmesine ilişkin durumları iki kategoride ele almak mümkündür. Böylece yükleniciye ek süre verilmesi gereken halleri, iş sahibinden kaynaklanan nedenler ve iş sahibi ve yüklenicinin iradesi dışında gelişen olaylar neticesinde süre uzatımı olarak ikiye ayırarak inceleyebiliriz.

İş sahibinden kaynaklanan sebeplerle işin vadesinin uzaması aslında yukarıda az önce belirttiğimiz sebeplerin varlığı halleridir. Bunlara; yüklenicinin def'i ileri sürme hakkının varlığı, iş sahibinin iş değişikliği ve ek iş talebi³⁶⁹, yine iş sahibinin işin icrası için gerekli fiilleri yapmaktan kaçınması örnek olarak gösterilebilir.

Doktrinde genel olarak³⁷⁰, hem yüklenicinin hem de iş sahibinin sorumlu tutulamayacağı bir durumdan dolayı da işin teslim süresinin uzaması gerektiği kabul edilmektedir. Böylece, eserin tesliminde gecikmeye bir beklenmeyen hal sebep oluyorsa yükleniciye ek süre verilmesi gerekir. Aksi görüşteki yazarlara göre ise³⁷¹

³⁶⁷ Bkz. yukarıda "Sözleşmenin Şekli" başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

³⁶⁸ KURT, s. 103.

³⁶⁹ Bkz. GÖKYAYLA, Ek İş., s. 324.

³⁷⁰ GAUTSCHI, Art. 366, N. 4d, s. 255; ERMAN, Arsa Payı, s. 80; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 117; KARAHASAN, Özel borç ilişkileri, s. 243; YENER, Arsa Payı, s.30; Yüklenici, sadakat ve özen yükümlülüğü gereği kendisinden kaynaklanmayan bu durumları iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Bkz. GAUTCSHI, Art. 366, N.d, s. 255.

³⁷¹ Kurt'a göre, böyle durumlarda gecikme iş sahibinin şahsı ve faaliyet alanı dışında gerçekleştiğinden süre uzatımı söz konusu olmamalıdır. Böyle bir durum haklı gecikme teşkil etmez. Bkz. KURT, s. 108 vd.'da yer alan açıklamalar.

böyle bir durum hakkı bir gecikme sayılmayacağından süre uzatımı verilmesi gerekmez.

Kanaatimizce, hem iş sahibi hem de yükleniciden kaynaklanmayan sebeplerle yüklenicinin işe başlayamadığı veya işi sürdüremediği hallerde yükleniciye ek süre verilmesi gerekir. Esasen, TBK mad. 473/f.1 hükmünden yola çıkarak böyle hallerde iş sahibine yüklenemeyecek bir durum ortaya çıktığından ve yüklenicinin de TBK mad. 473/f.1 gereğince kusurlu olması şartı aranmadığından süre uzatımı verilmemesi gerektiği ve iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönebileceği sonucu kabul edilebilir ancak hükmün sadece lafzi dikkate alınarak varılan bu sonuca menfaatler dengesi bakımından kuşkuyla yaklaşmak gerekir. Ayrıca varılan bu sonuç uygulamaya da pek uygun görünmemektedir.³⁷² Buna karşın, Yükleniciden ve iş sahibinden tamamen bağımsız olarak ortaya çıkan bu hallerde yüklenicinin iş sahibini TBK mad. 472/f.3 gereğince uyarması gerekir. Nitekim, TBK mad. 472/f.3 gereğince eserin gereği gibi veya zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek bir durum ortaya çıktığında yüklenicinin bu durumu hemen iş sahibine bildirmekle yükümlü olduğu aksi taktirde doğacak sonuçlardan sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

Süre uzatımı verilmesi gereken hallere uygulamada özellikle inşaat sözleşmelerinde alınan ruhsatlar bakımından bir dönem geçici bir imkansızlık yaşanması gösterilebilir³⁷³. Örneğin, başlangıçta imar mevzuatına göre 10 kat bina yapılabilecek bir yerde sözleşme imzalandıktan sonra ruhsat için idareye başvuru durumunda 6 kat için izin verilmesi sonucu idare aleyhine açılan davanın davacılar lehine sonuçlanması ve kararın kesinleşmesi durumunda arada geçen zamanda iş sahibi ve yüklenici dışında bir sebeple geçici bir imkansızlık yaşanmıştır³⁷⁴. Bu

³⁷² Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda hem iş sahibine hem de yükleniciye atfedilemeyen sebeplerle eserin teslim süresinin uzayacağını kabul etmektedir. Bkz. Yarg. 15 HD. 11.12.2007, E. 2006/7442, K. 2007/7996, T. 11.12.2007.

³⁷³ Bu durum TBK'da düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde ve Yargıtay kararlarında "geçici imkansızlık" kavramı kullanılmaktadır. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 909; DURAL, s. 100; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 351; DELİPİNAR Yusuf Can; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Geçici İmkansızlık Kavramı, İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S.1, 2015, s. 177; GÜNDOĞDU, İfa İmkansızlığı, s. 103. Yarg. 23. HD., E. 2013/5730, K. 2013/5647, T. 23.9.2013. Aynı yönde, Yarg. 15. HD. E. 2002/1412, K. 2002/2969, T. 3.6.2002. Yarg. 3. HD. E. 2012/18832, K. 2013/1562, T. 5.2.2013 (KİB, 11.02.2016).

³⁷⁴ DAYINLARLI, s. 110; GAUCH, Werkvertrag, N. 681, s. 272. İfanın mutlaka belli bir zamanda yapılması gerekli olup, geçici imkansızlık sebebiyle bu zamanda ifası mümkün olamıyorsa devamlı imkansızlık kabul edilmelidir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 909. Geçici imkansızlıkta, imkansızlığın ne zaman ortadan kalkacağını öngörülemediği veya öngörülmesine

imkansızlık kararın kesinleşmesi ile ortadan kalktığından bu süreçte kaybedilen zamanın vade tarihine eklenmesi gerekecektir³⁷⁵.

Son olarak süre uzatımı, TBK mad. 480/f.2 gereğince sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması durumunda da söz konusu olabilir. Zira daha önce eser sözleşmesinde iş sahibinin bedel ödeme borcunu anlatırken değindiğimiz üzere, kural olarak yüklenici götürü bedelli işlerde karşılaştırılan bedelden daha fazlasını isteyemeyecekken³⁷⁶; başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilen de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep edebilecektir. TBK 480/f.2 hükmüne karşılık gelen Eski BK 365/f.2 hükmünde yalnızca bedelin yeni koşullara uyarlanmasından söz edilmişken TBK’da bu ifade kaldırılmış daha genel bir ifadeyle sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasından söz edilmiştir. Böylece hakimin sözleşmeye müdahalesi bedel artırma yönünde olabileceği gibi yükleniciye ek süre verilmesi yani süre uzatımı şeklinde de olabilir.³⁷⁷

Yukarıda yapılan açıklamalara paralel olarak Yargıtay uygulamasında; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde imar mevzuatı dolayısıyla yaşanan gecikmelerde³⁷⁸, projeyi ve inşaat ruhsatını yükleniciye vermekle yükümlü iş sahibinin

rağmen alacaklıdan bu belirsiz süre boyunca sabretmesinin beklenemeyeceği hallerde imkansızlık hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin bkz. GÜNDOĞDU, İfa İmkansızlığı, s. 110.

³⁷⁵ Doktrinde ve Yargıtay kararlarında geçici imkansızlık halinde beklenilmesi gerekli süreye” tahammül süresi” adı verilmektedir. “...geçici imkansızlık halinde tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine "akde tahammül süresi" denilmektedir. Bu sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğini de her somut olaya göre ve onun çerçevesinde değerlendirmek gerekir.” Yarg. HGK E. 2010/15-193, K. 2010/235, T. 28.4.2010. Geçici imkansızlık halinde sözleşmedeki süre donar. Bkz. DELİPİNAR, s. 180.

³⁷⁶ “Taraflar arasında düzenlendiği ihtilafsız olan bu sözleşme, sözleşmenin imzalandığı ve davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan ve zaman bakımından uygulanması gereken 818 Sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 365. maddesinde düzenlenen götürü bedelli eser sözleşmesi olup, yüklenici sözleşme kapsamında kalan işleri sözleşmede karşılaştırılan bedelle yapmak zorundadır. Sözleşme kapsamında kalmayan, fazla işler yönünden ise iş bedelinin, aynı Kanununun 413. maddesi hükmü gereğince yapıldığı yıl piyasa rayıçlarına göre belirlenmesi gerekir. Açıklanan kurala ve Dairemizin yerleşik içtihatlarına uygun düzenlenmeyen, yetersiz bilirkişi raporuna göre karar verilmesi doğru olmamıştır.” Yarg. 15. HD., E. 2015/377, K. 2015/1161, T. 4.3.2015. (KİB, 24.03.2016)

³⁷⁷ Götürü bedelin karşılaştırılmadığı eser sözleşmelerinde de TBK’nın aşırı ifa gücüne ilişkin 138. maddesinin uygulanmasıyla aynı sonuca varılabilir. Zira TBK 138 hükmünde de benzer biçimde hatta daha da geniş bir düzenlemeyle sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkı hem alacaklı hem de borçluya tanınmıştır. Ayrıntılı açıklama için bkz. BAYSAL Başak; Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s. 143 vd.

³⁷⁸ Yarg. 15. HD., E. 1985/2821, K. 1986/282, T. 04.02.1986. (KOSTAKOĞLU, s. 398).

gecikmesinde³⁷⁹ gecikmelere resmi mercilerdeki gecikmelerin neden olduğu durumlarda³⁸⁰ süre uzatımı verilmesi kabul edilmektedir.

(3) BİGŞ'deki Özel Düzenlemeler

BİGŞ'nin 27. maddesinde "işin süresi ve uzatılması" başlığını taşıyan özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, yüklenicinin ihale ile aldığı işi zamanında tamamlamasının sözleşmenin en önemli şartı olduğu belirtildikten sonra devamı fıkralarında hangi durumlarda ve hangi koşullarla sözleşme süresinin uzayacağı hükme bağlanmıştır³⁸¹.

BİGŞ'nin 27. maddesinin ikinci fıkrasına göre, sözleşmeyle belirtilen ve müteahhidin sorumlu olmadığı zorunlu bir gecikme nedeni söz konusu ise durumun idarece incelenmesi sonucu süre uzatımı verilebileceği hükme bağlanmıştır³⁸². Süre uzatımının verilebilmesi için yüklenicinin süre uzatımını gerektiren sebebi idareye nedenleri ile birlikte bildirmesi gerekir. Bildirim süresi ise, sebebin ortaya çıktığı tarihten itibaren on gündür. Ancak idare süre uzatımına kendisi sebep olmuşsa on günlük sürenin uygulanmayacağı da hükümde belirtilmiştir.

BİGŞ'nin süre uzatımına ilişkin düzenlemesi bu maddeyle sınırlı değildir. çeşitli hükümlerinde de süre uzatımına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin, 4.

³⁷⁹ Yarg. 15. HD., E.1984/4081, K. 1985/1487 T. 03.05.1985. (KOSTAKOĞLU, s. 400).

³⁸⁰ Yarg. 15. HD., E. 1992/607, K. 1992/712, T. 19.02.1992; Yarg. 15. HD., E. 1991/1791, K. 1991/5338, T. 07. 11. 1991. (KOSTAKOĞLU, s. 386)

³⁸¹ BİGŞ mad. 27'ye göre; "İhale edilen işin, sözleşmesi ile belirlenen zamanda tamamlanıp geçici kabule elverişli bir durumda teslim edilmesi sözleşmenin en önemli şartlarından. Müteahhit bu önemli şarta herhangi bir şekilde uymazsa «Yapım, hizmet ve taşıma işleri ihalelerinde uygulanacak genel ve ortak esasları belirleyen tip şartname » nin (8). maddesi gereğince sözleşmede gösterilen cezalar uygulanır.(f.1)Sözleşmesinde belirtilen ve sorumluluğu müteahhide ait olmayan zorunlu gecikme nedenlerinin doğuşunda, durum idarece incelenerek işi engelleyici nedenlere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır.(f.2)Müteahhit, sürenin uzatılmasını gerektiren nedenlerin ortaya çıkışından başlamak üzere on gün içinde, olayların ayrıntılarını ve sonuçlarını ve iş süresinin ne kadar uzatılması gerektiğini, uzatılacak sürenin belirlenmesi o anda mümkün değilse nedenlerini belirten bir yazı ile idareye başvuracak ve durumun açıklık kazanmasından sonra istediği süre uzatımını da ayrı bir yazı ile derhal bildirecektir. Ancak idarenin neden olduğu, süre uzatımını gerektiren gecikmelerde müteahhidin başvurusunun on gün içinde yapılması şartı aranmaz.(f.3)Zamanında yapılmayan başvurular dikkate alınmaz ve müteahhit başvuru süresini geçirdikten sonra süre uzatımı isteğinde bulunamaz. Zorunlu nedenlerin devamı sırasında yapılacak başvuru, on gün öncesinden geçerli olmak üzere dikkate alınabilir.(f.3)Sözleşmesinde işin tamamlanması için sözleşme tarihinden başlayarak belli bir tarih ve süre belirlenen ve başkaca kayıt bulunmayan işlerde, işin yapılması için tesbit olunan döneme rastlayan kış aylarının ve resmi tatil günlerinin etkisi de gözönünde tutulmuş sayılacağından müteahhit, çalışmadığı bu gibi günleri öne sürerek süre uzatılması isteğinde bulunamaz. Ancak süre uzatımlarında, çalışılmayacak günler de dikkate alınarak verilecek sürenin belirlenmesi gerekir. "

³⁸² Yargıtay 1999 tarihinde vermiş olduğu kararında idarenin tutanaklarıyla da sabit olan olağanüstü doğa olaylarını mücbir sebep olarak kabul etmiş ve idarenin süre uzatımı vermesi gerektiğine hükmetmiştir. Yarg. 15 HD., E. 1999/557, K. 1999/1435, T. 15.4.1999. (KİB, 11.11.2015)

maddesinin 6 ve 7. fıkralarında³⁸³ işin yapılacağı yerin tesliminde veya teslim edilmiş olan yerin değiştirilmesi halinde işin süresinin uzayacağı kabul edilmiştir. Yine, Şartnamenin 10. maddesinin 6. fıkrasına göre³⁸⁴, idareye verilen projelerin bir aylık süre içerisinde onaylanmış olarak müteahhide geri verilmemesi halinde işin süresi uzayacaktır. Şartnamenin 11. maddesinin 7. fıkrasına göre ise³⁸⁵, idarenin yaptığı proje değişiklikleri işin süresini etkileyecekse müteahhide ek süre verilebilecektir.

III. TBK MAD. 473/F.1 GEREĞİNCE İFA ZAMANINDAN ÖNCE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI DOĞURAN DURUMLAR

A. Genel Olarak

TBK mad. 473/f.1 hükmü ile her durumda değil maddede belirtilen üç halden herhangi birinin bulunması halinde vade tarihinden evvel sözleşmeden dönme imkanı düzenlenmiştir. Erken dönme hakkının kapsamı bu üç hal ile sınırlıdır. Kuşkusuz bir iş görme yani bir eseri meydana getirme borcunu üstelenen yüklenici edimini ifa edebilmek için işe zamanında başlamalı ve bu çalışması devamlı nitelikte olmalıdır.

TBK mad. 473/f.1 gereğince eğer yüklenici işe zamanında başlamaz, işin icrasını geciktirir veya iş sahibinin sorumlu tutulmayacağı sebeplerle işin vade tarihine yetişmeyeceği açıkça ortaya çıkarsa, vade tarihini beklemezsizin iş sahibinin sözleşmeden dönme imkanı doğacaktır³⁸⁶. Bu dönme hakkı yüklenicinin iş görme borcunun sonucudur.

³⁸³Şartnamenin 4. maddesinin ilgili fıkralarına göre; “...İşlerin yapılacağı yerlerin müteahhide tesliminde gecikme olması halinde bu gecikme işin bir kısmının veya hepsinin zamanında bitirilmesini etkilerse sözleşmede belirlenmiş olan iş süresi, işin bir kısmı veya hepsi için gereği kadar uzatılır. Müteahhit bunun dışında hiç bir İstekte bulunamaz.

Müteahhide teslim edilmiş olan işyerlerinde değişiklik yapılması gerektiğinde, İş başına getirilmiş olan malzeme, araç ve makinaların yeni iş yerine taşınması giderleri ile eski iş yerinde (kurulmuş ise) şantiye bina ve tesislerinin yeni iş yerine taşınma ve kurulma giderleri ayrıca müteahhide ödenir. Bu durumda da iş süresi, işin bir kısmı veya hepsi için gereği kadar uzatılır.”

³⁸⁴Düzenleme şu şekildedir: “Sözleşme veya eklerinde başkaca bir hüküm bulunmadığı takdirde, idareye verilen projeler ve ilgili raporlar, verildikleri tarihten başlamak üzere bir aylık süre içinde aynen onaylanmış veya gerekli görülen değişiklikler yapılmış olarak veya eksikliklerinin tamamlanması kaydı ile müteahhide geri verilir. B u konuda gecikme olursa müteahhit, iş süresinin bu gecikme süresi kadar uzatılması hususunda hak kazanmış olur.”

³⁸⁵Hüküm şu şekildedir: “Proje değişiklikleri iş süresini etkileyecek nitelikte ise müteahhidin bu husustaki süre isteği de idare tarafından ayrıca dikkate alınır.”

³⁸⁶Bu üç koşulun tek bir koşul olarak “inşaatın seviyesinin belli bir tarihte olması gerekenin gerisinde kalması” şeklinde tek bir koşul olarak ifade edilebileceğine ve TBK mad. 473/f.1’e dayanılabilmesi

B. İşe Başlamakta Gecikme

1. “İşe Başlama” Kavramı

Yüklenicinin işe başlama ve devam borcuna ilişkin olan TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince işe başlamada gecikmeden dolayı iş sahibinin sözleşmeden dönme imkânını açıklamadan evvel yüklenicinin ne zaman işe başlamış sayılacağıın tespit edilmiş olması gerekir. Örneğin, bir bina yapma borcu altında olan yüklenicinin eserin inşasında kullanacağı kum veya çimentoyu almış olması işe başlamış sayılması için yeterli kabul edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Eser sözleşmelerinde kuşkusuz yüklenicinin işe başlamadan önce birtakım hazırlıklar yapması gerekebilir. İşte bu hazırlık faaliyetlerine başlanmış olması, işe başlama olarak değerlendirilecek midir?

Öğretide bir görüşe göre³⁸⁷, doğrudan işe başlama faaliyetleri dışında dolaylı faaliyetlerin de işe başlamış sayılma bakımından yeterli olduğunu kabul etmek gerekir. İşe başlamış sayılma bakımından her somut olay kendi şartları içinde değerlendirilmelidir. İşe başlamış sayılma bakımından yapılan faaliyetlerden ziyade, geriye kalan sürede işin tamamlanıp tamamlanmayacağına bakılması gerektiği, böylece hazırlık çalışmalarının da bu süre dürüstlük kuralına aykırı olmadığı sürece işe başlamış sayılma için yeterli sayılacağı belirtilmektedir.

Doktrinde savunulan aksi yöndeki görüşe göre ise, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi yüklenicinin yalnızca hazırlık faaliyetlerine başlamış olmasının işe başlama olarak kabul edilmemesi gerekir³⁸⁸. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, yüklenicinin işe başlamış sayılabilmesi için doğrudan iş görme faaliyetine başlamış olması gerekir. Böylece örneğin bir inşaat işi üstlenen yüklenicinin temel kazısı için gerekli iş makinasını inşaat sahasına getirmesi işe başlamış sayılma bakımından yeterli kabul edilemeyecekken³⁸⁹, iş makinasının kazıya başlaması ile işe başlamış sayılacaktır. Bu nedenle biz fiilen işe başlanmadıkça sadece hazırlık faaliyetlerinin işe başlanmış sayılma bakımından yeterli olmadığı görüşündeyiz.

için asıl kıstasın inşaatın seviyesi olduğu ve yüklenicinin aktif durumunun kıstas olarak alınmaması gerektiğine ilişkin bkz. AYAN, 328-329.

³⁸⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme, s. 101.

³⁸⁸ Bkz. GÜMÜŞ, s. 22-23. Temel olanın yüklenicinin işe başlamış sayılabilmesi için yaptıkları değil, kalan sürede eserin tamamlanıp tamamlanmayacağı olduğuna ilişkin bkz. HIZIR, s. 34.

³⁸⁹ GAUCH, Werkvertrag, N. 663, s. 268.

Hazırlık faaliyetlerinin yapılmasının işe başlanmış sayılması için yeterli olmadığını kabul etsek de, işe başlamak için dolaylı birtakım iş görme faaliyetleri olan hazırlık işlemleri için yükleniciye uygun bir sürenin verilmesi gerektiği görüşündeyiz. Aksi halde işe başlamak için hazırlık faaliyetlerini sürdüren yüklenicinin bu dönemde iş sahibinin dönme beyanı ile karşılaşması dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğuracaktır³⁹⁰. Bu sonuca TBK mad. 90 hükmüne kıyasen de varılabilir. Yükleniciye tanınması gerekli bu süre hazırlık faaliyetleri bakımından uygun bir süre olmalıdır. Kuşkusuz ki, yüklenicinin hazırlık faaliyetleri aşamasında işe başlamayacağını gösteren davranışlarının, bu süreyi çok uzun tutma çabalarının tespiti halinde bu süre bitmeden dahi iş sahibinin dönme hakkının varlığı kabul edilmelidir.

2. İşe Başlama Zamanının Tayini

Yüklenicinin işe başlama zamanının tayini, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düştüğü tarihin tespiti bakımından büyük önem arz eder. Bu da, hem işin vade tarihine yetişip yetişmeyeceği bakımından, hem yükleniciye süre uzatımı verilmesinin gerekli olduğu bir durumun varlığının tespiti bakımından önemlidir. İşin tamamlanacağı tarihin başlama tarihinden itibaren belirli bir süre sonra olarak öngörüldüğü hallerde bu önem daha da artmaktadır. İşe başlama tarihini sözleşmede bu yönde hüküm olup olmasına göre değerlendireceğiz.

a. Sözleşmede İşe Başlama Tarihi Belirtilmişse

Öncelikli olarak taraflar yaptıkları sözleşmede yüklenicinin işe başlayacağı tarihi belirtmiş olabilirler. Örneğin, terzi ile elbise dikimine ait 22.11.2015 tarihli bir sözleşmeye 22.12.2015 tarihinde işe başlanacağına ilişkin bir hüküm yer alabilir. Böyle durumlarda işe başlama tarihi sözleşmede açıkça düzenlenmiştir.

Sözleşmede işe başlama tarihi belirtilmiş olmakla birlikte bir olaya da bağlanmış olabilir. Bu duruma uygulamada daha çok inşaat ruhsatı alımlarında rastlanmaktadır. Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde inşaat, ruhsat alınmasından itibaren 1 ay sonra başlanacağı kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda da yüklenicinin işe başlama tarihi belirlidir. İşe başlanabilmesi için ruhsat alınması hususu uygulamada birtakım sorunlara sebep olmuş ve uyuşmazlıklar yargıya taşınmıştır. Yargıtay'ın kararlılık

³⁹⁰ BÜYÜKAY, Eser, s. 93; ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme, s. 101; KOCAAĞA, İnşaat, s. 92.

kazanmış uygulamasına göre³⁹¹, inşaat süresi ruhsat alımı tarihinden itibaren başlayacaktır. Yüklenicinin ruhsat alma hususunda gecikme dolayısıyla kusursuz olduğu hallerde gecikmeden sorumlu tutulmayacaktır. Yine Yargıtay³⁹², inşaat süresinin ruhsat alım tarihinden başlayacağı hallerde eğer ruhsat sözleşme tarihinden önce alınmışsa, inşaat süresinin sözleşme tarihinden itibaren başlayacağını kabul etmektedir.

Unutulmamalıdır ki imar mevzuatına göre inşaat ruhsatı alma arsa sahibinin (çoğu kez iş sahibidir) yükümüdür. İnşaat sözleşmesinde arsa/iş sahibi ancak bu yükümünün yerine getirilmesi için yükleniciye vekalet vermiş (onu temsilci tayin etmiş) ve bu yetkisini gecikmeden ve uygun şekilde kullanarak ruhsat almasını yan ve ön bir borç olarak ona yüklemiş olabilir. Yüklenicinin ancak bu durumda ruhsatı – temsilci sıfatıyla- almada gecikmesi, bu özel yükümünü ihlal teşkil edebilir.

İşe başlama zamanının tespitinde kamu uygulaması bakımından da konunun değerlendirilmesi gerekecektir. İhale sonucu verilen işlerde; ihalenin yapıldığı tarih, sözleşmenin imzalandığı tarih, yer teslim tutanağının imzalandığı tarih gibi birden fazla tarihle karşılaşılmaktadır. Örneğin, Karayolları Genel Müdürlüğü'nün 25.02.2016 tarihinde yaptığı ihalede, ihaleyi kazanan (A) firması ile sözleşme imzalandıktan sonra yer teslimi 2 ay sonra yapılmış olabilir. Bu noktada, (A) firmasının işe başlama tarihi yer teslim tutanağının imzalandığı tarihtir. Böylece işin teslim süresi eğer işin başlama tarihinden itibaren 400 gün ise süre, yerin tesliminden ve buna ilişkin tutanağın hazırlanmasından itibaren başlayacaktır³⁹³.

b. Sözleşmede İşe Başlama Tarihi Belirtilmemişse

Eser sözleşmesinde işe başlama tarihinin yer almadığı hallerde sözleşmedeki bu boşluk o yedek hukuk kuralıyla doldurulacaktır³⁹⁴. Eser sözleşmelerinde başlama tarihinin belirlenmediği hallerde, sözleşmedeki boşluğu doldurmak amacıyla uygulanması gerekli hüküm TBK'nın 90 hükmüdür. Böylece TBK mad. 90 gereğince her borç doğumu anında muaccel olacağından, yüklenicinin sözleşmenin

³⁹¹ Bkz. Yarg. 15. Hukuk Dairesinin E. 1990/5458, K. 1991/1795, T. 08.04.1991; E.1990/858, K. 1990/2076, T. 08.05.1990; E.1988/2231, K. 1989/1061; T. 07.03.1989, E.1987/4322, K. 1998/2523, T. 05.07.1988. (KOSTAKOĞLU, s. 381 vd.'de yer alan kararlar.

³⁹² Yarg. 15 HD. E. 1989/3626, K. 1990/726, T. 22.02.1990. (KOSTAKOĞLU, s. 373-374)

³⁹³ Zira hem BİĞŞ'nin 4. maddesinde hem de YİĞŞ'nin 6. maddesinde, sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenicinin sözleşmede yazılı süre içerisinde işe başlayabilmesi için işyeri tesliminin yapılacağı ve bu konuda tutanak düzenleneceği açıkça belirtilmiştir.

³⁹⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 197.

kurulduğu anda işe başlamakla yükümlü olduğunu kabul etmek gerekecektir³⁹⁵. Ancak bu hükmün burada kıyasen boşluğu doldurduğu söylenebilir. Zira, eser sözleşmesinde işe başlama ve sürdürme ifa değil, ifaya hazırlık faaliyetleridir. İş sahibi bu sözleşmelerde TBK mad.473/f.1 özel hükmü bir yana bırakılırsa, teslim zamanı gelmeden yükleniciden ifa isteyemez ve ifa etmemeden kaynaklanan haklarını kullanamaz³⁹⁶.

Eser sözleşmesinin niteliği dikkate alındığında, yüklenicinin her zaman sözleşme yapılıp yapılmaz işe başlamasını beklemek mümkün değildir. Yukarıda işe başlama zamanının sözleşmede kararlaştırılmış olduğu durumlarda kabul ettiğimiz gibi, eğer yüklenicinin işe başlamak için bazı hazırlık çalışmaları yapması gerekiyorsa bunların yapılması için gerekli zaman da dikkate alınmalı ve yükleniciye işe başlaması için uygun bir süre tanınmalıdır³⁹⁷. Bu zaman tanınmadan yüklenicinin derhal işe başlamasını beklemek dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz³⁹⁸.

3. İşe Başlamakta Gecikme Sebebiyle Sözleşmeden Dönme

a. Genel Olarak

Zamanında işe başlamayan yüklenici karşısında iş sahibinin vade tarihinden evvel sözleşmeden dönme imkanı vardır. Aşağıda belirtilen tüm hallerde yüklenicinin zamanında işe başlayamadada sorumlu tutulamayacağı bir durum

³⁹⁵KARTAL, s. 142; KOCAAĞA, İnşaat, s. 92; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 758; YENER, Arsa Payı, s. 48. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmede belirtilmemiş olması durumunda işe başlama tarihinin üzerinde inşaat yapılacak arsanın teslim edildiği tarih olduğuna ilişkin bkz. AYDEMİR, s. 144.

³⁹⁶ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 132 özellikle dp. 52'de yer alan açıklamalar.

³⁹⁷ EREN, Özel Hükümler s. 624; ARAL/AYRANCI, s. 365; ATAMULU, s. 56; KOCAAĞA, İnşaat, s. 92; GAUCH, Werkvertrag, N. 674, s. 268; KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 257; YENER, Arsa Payı, s. 48. İş sahibinin TBK mad. 473/f.1 hükmüne dayanarak sözleşmeyi sona erdirmesinin makul bekleme süresi sonunda mümkün olduğunu kabul eden Yargıtay, aynı zamanda bu durumun iş sahibinin güvenini sarsıcı nitelikte olduğunu kabul etmiştir: "...Sözleşme konusu yapının büyüklüğü dikkate alındığında yapı ruhsatlarının durdurulduğu tarihten önce yaklaşık bir yıl, yapı izinlerinin verilmeye başlanmasından sonra yaklaşık bir buçuk yıl boyunca yüklenicinin sözleşmenin ifası yönünde bir işlem yapmaması sebebiyle makul bekleme süresi aşıldığından ve ayrıca bu tür bir davranış arsa sahiplerinin güvenini sarsıcı nitelikte bulunduğu davalı arsa maliklerinin feshi dava ve hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanun'unun 356. ve 358. maddeleri anlamında haklı bir fesihdir. Haklı fesih halinde yüklenici uğradığı kar kaybını isteyemez..." Yarg. 23. HD., E. 2012/1915, K. 2012/4581, T. 3.7.2012. (KİB, 24.01.2016)

³⁹⁸ "... inşaatın süresi "işe başlanılmasından itibaren" 30 ay ise de; bu husus davacının işe başlamak için dilediği kadar süresi olduğu anlamında yorumlanamaz. O halde davacı geçen süre içerisinde işe başlamamasını makul nedene dayandıramazsa, 9 katlı bina yapılamasının olanıklı bulunduğunu ispatlayamazsa kendisine bir mehil tanınmazsa gerek kalmaksızın davalı Ş.'nin arsa mülkiyetini diğer davalıya devretmek suretiyle örtülü bir biçimde sözleşmeden vazgeçmiş olmasında haklı olduğunun kabulü gerekir.." Yarg. 15. HD. 11.11.2002 T. 3551/5068. (KARADAŞ, s. 136)

ortaya çıkmışsa veya işe başlayamamasına iş sahibinin kendisine düşen hazırlık fiillerini yapmaması sebep olmuşsa, iş sahibi erken dönme hakkını kullanamaz.

Bu başlık altında yalnızca yüklenicinin eserin yapımına hiç başlamaması nedeniyle sözleşmeden erken dönme imkânından söz edilmiştir. Yüklenici, zamanında veya verilen uygun sürede işe başlar ancak işi yavaş yürütürse bu durumda ancak işin icrasında gecikme nedeniyle sözleşmeden dönülebilir³⁹⁹. Başka bir deyişle eğer yüklenici bir defaya mahsus olarak işe başlamış ve hemen çalışmayı bırakmış bile olsa artık işin icrasında gecikme ya da işin vadeye yetişmeyeceğinin kesin olduğu sebebiyle sözleşmeden dönülebilecektir.

İş sahibinin TBK 473/f.1 hükmüne dayanarak sözleşmeden dönebilmesi bakımından sözleşmede vade tarihinin belirli olup olmayışına göre farklı hukuki sonuçlar doğacağından; iş sahibinin, yüklenicinin işe zamanında başlamaması sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını iki ayrı başlık altında inceleyeceğiz⁴⁰⁰.

b. Teslim Tarihinin Kararlaştırıldığı Hallerde

Uygulamada taraflar genellikle işin teslim tarihini kararlaştırmakla yetinmekte ve işe başlama tarihini belirlememektedirler. Öğretide kabul edilen baskın görüşe göre⁴⁰¹, eğer sözleşmede eserin teslim tarihi kararlaştırılmış ise işe zamanında başlamama sebebiyle sözleşmeden dönülemez. Burada önemli olan işe başlama zamanı değil eserin teslim zamanıdır. Eğer yüklenici işe geç başlarsa dahi eseri zamanında teslim edebilecekse iş sahibinin TBK mad. 473/f.1'e dayanarak sözleşmeden dönmesi kabul edilmemektedir. Bu görüşün temelinde yatan düşünce ani edimli bir sözleşme olan eser sözleşmesinde iş sahibinin ifaya olan menfaatinin teslim ile gerçekleşmesidir.

Uygulamada özellikle büyük eser sözleşmelerinde teslim tarihi genellikle taraflarca kararlaştırılır. Bu görüşün savunulması durumunda, sözleşmede vade

³⁹⁹ Bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 133.

⁴⁰⁰ TBK mad. 473/f.1 hükmünün işe başlama ve teslim tarihinin belli olduğu sözleşmelerde uygulanacağı, işe başlama ve teslim tarihi belli olmayan sözleşmelerde ancak kıyasen uygulanabileceğine ilişkin bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 757-758.

⁴⁰¹ SOMER, s. 125; ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme, s. 100; GÜMÜŞ, s. 22.; KOCAAĞA, İnşaat, s. 92; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.9, s. 2313; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 55; AYAN, s. 333; GÜMÜŞ, s. 22; KARADAŞ, s. 138-139; YENER, Arsa Payı, s. 49; BİLGİN YÜCE, s. 124 ve ayrıca s.100, dp. 1'de yer alan açıklamalar. Eserin teslimi için tarih belirlendiği durumlarda işe ne zaman başlayacağına, tüm koşulları dikkate alarak ne kadar sürede inşaatı tamamlayacağına yüklenici kendisi karar vermelidir. Bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 83.

tarahinin kararlaştırıldığı hallerde, s3zleşmeden d3nme hakkının doğumu bakımından işin vadeye yetişmeyeceğin anlaşılması koşulu aranacağından, işe başlamama sebebiyle s3zleşmeden d3nmenin uygulama alanı oldukça daraltılmış olacaktır.

Yukarıda yer verilen açıklamalar işığında bizce, teslim tarihi belli olan s3zleşmelerde, eğer işe başlama tarihine yer verilmemişe iş sahibinin yalnızca işin zamanında bitirilemeyeceğinin anlaşılması halinde s3zleşmeden d3nebileceğinin kabul3 yerinde ise de, teslim tarihi belli olan işlerde ayrıca bir de işe başlama tarihi kararlaştırılmışsa bu kuralın doğrudan uygulanması bazen menfaatler dengesine aykırı olacaktır. Zira bu g3r3ř3 savunan yazarların bazıları işe başlama tarihinin s3zleşmede belirlenmiş olması ile işe başlama tarihinin s3zleşmede belirli olmadığı ve TBK mad. 90 h3km3ne g3re belirlendiği durumlar bakımından bir ayırım yapmamaktadır.⁴⁰²

3đretide ileri s3r3len bir g3r3ř3 g3re ise⁴⁰³, s3zleşmede sadece teslim tarihinin değil işe başlama tarihinin kesin olarak kararlaştırılmış olduğu durumlarda y3klenicinin işe belirlenen bu tarihte başlamaması halinde iş sahibinin s3zleşmeden d3nebileceği kabul edilmektedir. B3ylece hem işe başlama hem de teslim tarihinin belirlenmiş olduğu hallerde işe zamanında başlamayan y3klenici karşısında iş sahibinin s3zleşmeden d3nebilmesi için işin vadeye yetişip yetişmeyeceği koşulu aranmayacaktır.

3đretide yukarıdaki iki g3r3ř3 birleştiren karma g3r3ř3 g3re ise⁴⁰⁴, hem işe başlama tarihi hem de teslim tarihi s3zleşmede kararlaştırılmışsa; kural olarak, y3klenici zamanında işe başlanmasa bile iş teslim tarihine yetişecekse iş sahibinin s3zleşmeden erken d3nme hakkı bulunmamalıdır. B3yle durumlarda, s3zleşmedeki işe başlama tarihi sadece eğer y3klenici bu tarihte işe başlanmazsa işin belirlenen vadede tamamlanamayacağı karinesi yaratır. Iř sahibinin erken d3nme hakkını kullanmak için artık işin vadeye yetişmeyeceğini ispat etmesi gerekmeyecektir. Tersine, y3klenicinin işe s3zleşmede belirlenen tarihte başlamamasına rağmen işi s3zleşmede belirlenen tarihe yetiştirebileceğini ispatlaması gerekir. B3ylece erken d3nmeyi engellemiş olur. Bu sonuca istisna olarak da, a- işe başlama tarihinin belirlenmesi yanında bu tarihte başlanmaz ise s3zleşmeden d3n3lebileceğinin de

⁴⁰² KOCAAĞA, İnaaat, s. 92.; G3M3ŐŐ, s. 22-23; ALTAŞ, İfadan 3nce S3zleşmeden D3nme, s. 100.

⁴⁰³ AYAN, s. 340; B3Y3KAY, s.92; SELİMOĞLU, İstisna S3zleşmesi, s. 104.

⁴⁰⁴ 3Z, İnaaat S3zleşmesi, s. 135.

kararlaştırılmış olması; b- iş teslim tarihine yetişebilecek olsa bile somut olayda yüklenicinin işe kararlaştırılan tarihte başlamamasının iş sahibi bakımından zamanında ifa ile telafi edilemeyecek bir zarara yol açması; c- işe zamanında başlamamanın somut olayda taraflar arasında güven duygusunu ağır şekilde sarsması, halleri kabul edilmiştir. Bu istisnai hallerde, vadede iş yetişecek olsa bile sadece belirlenen tarihte başlanmaması erken dönme nedeni olabilir⁴⁰⁵.

Öğretide, vade tarihinin belirli olduğu eser sözleşmelerinde zamanında işe başlamamanın sözleşmeden dönmeye izin vermediği, işin vade tarihine yetişip yetişmeyeceğinin tespit edilmesi gerektiği yönündeki baskın görüş, vade tarihi belli olan eser sözleşmelerinde, işe başlama tarihi belli olan sözleşmeler ile olmayan sözleşmeler arasındaki farkı tamamen ortadan kaldırmaktadır⁴⁰⁶. Bunun karşısında olan diğer görüş ise, işe başlama ve vade tarihinin birlikte yer aldığı eser sözleşmelerinde işe zamanında başlamayan yükleniciye karşı iş sahibinin her zaman sözleşmeden döneceğini kabul ettiğinden uygulaması g sorunlar yaratacaktır. Zira bu görüş kabul edilirse, sözleşmeye göre 01.01.2015 tarihinde işe başlaması gereken yüklenicinin işe bir gün gecikmeyle yani 02.01.2015 tarihinde başlaması üzerine iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönebilmesi gerekir.

Bizce, yukarıda belirtilenler ışığında karma görüş dışındaki diğer iki görüşten herhangi birinin kesin çizgilerle uygulanması menfaatler dengesine aykırı sonuçlar doğacaktır. Böylece biz, bu iki görüşün sakıncalı yanlarını gideren karma görüşün menfaatler dengesine daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Vade tarihi ve işe başlama tarihinin birlikte kararlaştırıldığı sözleşmelerde kural olarak zamanında işe başlamayan yükleniciye karşı iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönme hakkı olmamalıdır. Vade tarihinin belirli olduğu sözleşmelerde aynı zamanda işe başlama tarihi de belirtilmişse zamanında işe başlamamanın sadece aşağıda değineceğimiz bazı durumlarda sözleşmeden dönmeye imkan vermesi gerektiği kanaatindeyiz

⁴⁰⁵ Z, İnaşat Sözleşmesi, s. 135.

⁴⁰⁶ ğretide Ayan'a göre, işin vade tarihinin belirtildiği sözleşmelerde ayrıca işe başlama tarihinin de belirlenmiş olduğu hallerde geriye kalan sürenin işi tamamlamaya yetecek nitelikte olması durumunda iş sahibinin sözleşmeden dönme imkanının olmadığının her zaman kabul edilmemesi gerekir. Böyle bir durumda tarafların hem başlangıç hem de bitiş tarihini kararlaştırmış olmalarının bir anlamı olmalıdır. Böylece her iki tarihin de sözleşmede kararlaştırıldığı hallerde yüklenicinin gerekli bir tempoda çalışması gerektiği kabul edilmeli bu tempoda çalışmama sebebiyle iş, bulunması gerektiği seviyenin çok gerisinde kalırsa iş sahibi sözleşmeden dönebilmelidir. AYAN, s. 348.

Öncelikle, vade tarihi belirli olan eser sözleşmelerinde işe zamanında başlamama sebebiyle sözleşmeden dönme, tarafların akdettikleri sözleşmede vade tarihiyle birlikte belirli bir işe başlama tarihi de belirttikten sonra, yüklenicinin belirlenen zamanda işe başlamaması halinde iş sahibinin vadeden evvel sözleşmeden dönebileceğini sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olduğu hallerde mümkün olur. Bu durum, iş sahibinin işe başlama tarihine verdiği önemi gösterir. Bu halde işin zamanında bitirip bitirilemeyeceğine bakılmayacaktır.

İkinci olarak, iş sahibinin vade tarihi belli sözleşmelerde kararlaştırılan zamanda işe başlamayan yüklenici karşısında TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönmesi, yüklenici ile iş sahibi arasındaki güven ilişkisinin yüklenicinin işe zamanında başlanmaması sebebiyle sarsıldığı hallerde söz konusu olur. Zira eser sözleşmesinde iş sahibi ile yüklenici arasındaki ilişki bir güven ilişkisidir. Bu değerlendirme yapılırken tarafların işe başlama tarihine verdikleri önemin iyi tespit edilmesi gerekir. Örneğin, 01.06.2013 tarihinde imzalanan bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin 01.07.2013 tarihinde işe başlayacağı ve 3 yıl sonunda inşaatı teslim edeceği kararlaştırılmışsa, inşaatı 01.07.2015 tarihine gelindiğinde hala başlamamış olan yükleniciye karşı gelişen teknoloji ile işin 1 yılda tamamlanması mümkün olsa dahi iş sahibinin işe zamanında başlamama sebebiyle sözleşmeden dönebilmesi gerekir. Zira, bu denli uzun süreye rağmen işe başlamayan yükleniciye karşı artık iş sahibinin mevcut güveninden söz edilemez. Zira bunun aksini kabul etmek maddenin açık ifadesine de aykırı olacaktır.

İşe zamanında başlamama sebebiyle TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönme, -yine işe başlama zamanına verilen önem gereğince- işe zamanında başlamamanın iş sahibi bakımından tazmini güç zararlar meydana getirmesi halinde mümkündür. Bu durumda işin vade tarihine yetişmesinin yanında işe belirlen zamanda başlama da iş sahibi bakımından büyük önem arz eder. Örneğin, 4 bloktan oluşan bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin kararlaştırılan başlama tarihinde işe başlamaması halinde işin bir kısmının yapılması ile iş sahibinin tamamlanan bölümleri -daha inşaat devam ederken- üçüncü kişilere mevcut yapıları göstererek ve onlarda gerekli güven duygusunu oluşturarak satmayı planladığı durumlarda, iş vade tarihine yetişecek olsa da zamanında işe başlamama sebebiyle iş sahibi bu satışları yapamayarak zor duruma düşmüşse/düşecekse yine vade tarihi beklenmeden iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi gerekir.

Yargıtay da, sadece vade tarihinin kararlaştırılmış olduğu eser sözleşmelerinde, işin süresi içerisinde yüklenicinin hareket serbestisine sahip olduğu böylece işe geç başlasa dahi vade tarihine yetiştirebilecekse iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunmadığını kabul etmektedir⁴⁰⁷.

Vade tarihinin belirli olduğu sözleşmelerde sözleşmeden dönmeden önce iş sahibi, yükleniciye bir süre vermekle yükümlü olacak mıdır? Bizce bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira savunduğumuz görüşe göre, vade tarihinin belli olduğu sözleşmelerde kural olarak derhal sözleşmeden dönme imkânı verilmediği, sözleşmeden dönebilmek için işin vade tarihine yetişemeyeceğinin de kesin olarak anlaşılması gerektiğinden, işi vade tarihine kesin olarak yetiştiremeyeceği anlaşılan yükleniciye ayrıca bir süre verilmesine gerek olmadığı kanaatindeyiz.⁴⁰⁸

c. Teslim Tarihi Kararlaştırılmamışsa

Yüklenicinin işe zamanında başlamamış olmasının iş sahibine sözleşmeden dönme imkânı vermesi yukarıda da belirttiğimiz baskın görüşe göre, yalnızca teslim tarihinin kararlaştırılmadığı durumlarda uygulama alanı bulacaktır. Böylece eser sözleşmesinde taraflarca herhangi bir teslim tarihi kararlaştırılmamışsa ve yüklenici işe zamanında başlamaz ise iş sahibi TBK mad. 473/f.1'e dayanarak sözleşmeden dönebilecektir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁷ "...eser sözleşmesinde yüklenici genelde ifa süresi içinde hareket serbestisine sahip olduğundan işe başlamak ve onu yapmak hususundaki gecikmeye rağmen, işin tayin edilen sürede bitirilmesi olanağı olup olmadığının araştırılması lazımdır. İşe zamanında başlanmasa da vadede eserin bitirilmesi olanağı varsa sözleşmenin bozulması istenemez..." Yarg. 15. HD. E. 1992/3285, K. 1993/1196, T. 11.3.1993. (KİB, 11.12.15)

⁴⁰⁸ Aynı yönde; SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 105. Yargıtay, teslim tarihi belli olan işlerde ihtar ve süre verilmesi bakımından farklı nitelikte kararlar vermektedir. Yargıtay bir kararında zamanında tamamlanması mümkün olmayan inşaat sözleşmeden dönme için ihtar çekilmesine veya süre verilmesine ihtiyaç olmadığına hükmetmiştir. "... tüm inşaatın %73'ü geriye aktılmış demektir. Üstencinin fesih tarihine kadarki çalışma kapasitesi ile geri kalan işleri 30 günlük cezalı sürede yapmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda dayananın fesih nedeninin niteliğinden dolayı davalı idare ihtar göndermeden ve uygun bir süre vermeksizin sözleşmeden dönebilir." Yarg. 15. HD, E.2063, K. 3223, T. 21.10.1976.(KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 249). Yargıtay teslim tarihinin belli olduğu başka bir olayda ise ihtar gönderilmesinin gerekip gerekmediğinin tespit edilmesini gerektiğini belirtmektedir. "ifanın süresinin bitimine 2 ay kalmış olmasına rağmen davalı yüklenicinin tüm işlerin ancak yarısına yakınını yapmış olması, ihtara rağmen çalışması, çok kısa sürede taahhüdünün bitirilemeyeceğinin anlaşılması karşısında, davacı idarenin Borçlar Kanunu'nun 107/f.1 maddesi gereğince ihtar göndermeye gerek olup olmadığının incelenmesi lazımdır." Yarg. 15. HD. E.362, K. 360, T. 13.12.1973.(KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 249)

⁴⁰⁹ GÜMÜŞ, s. 22; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 55; ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme, s. 100; DÜRR Karl; Der Werkvertarg, Bern 1966, s.54; BİLGİN YÜCE, s. 125.

Teslim tarihi belli olan sözleşmeler ile olmayan sözleşmeler arasındaki farkı belirlemek için uygulamada eser sözleşmelerinde teslim tarihinin nasıl düzenlendiğine kısaca değinmekte yarar görüyoruz. Öncelikle, sözleşmede eserin teslim tarihinin açıkça kararlaştırıldığı durumlarda vade tarihi kesin olarak bellidir. Örneğin, bir terzinin 06.03.2016 tarihinde dikimi borcunu üstendiği gelinliği 06.05.2016 tarihinde teslim edeceği kararlaştırılmış olabilir. Bazı durumlarda teslim tarihi açık olarak kararlaştırılmayarak belli bir olayın gerçekleşmesine bağlı olarak belirleneceği kararlaştırılmış olabilir. Örneğin, yukarıdaki örnekte terzinin gelinliği, işe başladığı tarihten itibaren 60 gün içinde bitirip teslim edeceği kararlaştırılmışsa, gelinliğin tam olarak teslim tarihi belirli olmadığından iş sahibi sırf işe başlamakta gecikme sebebiyle sözleşmeden dönebilmelidir⁴¹⁰.

Sözleşmede teslim tarihinin kararlaştırılmamış olması yüklenicinin eserin tamamlanması ve teslimi için sınırsız bir zamana sahip olduğu sonucunu doğurmaz. Yüklenici, işin niteliği, eserin büyüklüğüne göre makul bir sürede eseri tamamlamalı ve teslim etmelidir. Bu noktada sürenin uygunluğunun tespitinde TBK mad. 90 ve TMK mad. 2 uygulama alanı bulacaktır⁴¹¹.

Sözleşmede teslim tarihinin kararlaştırılmamış olduğu durumlarda yine ikili bir ayırım yapmak gerekir. Teslim tarihi belli olmamasına karşın eğer işe başlama tarihi kesin olarak belirli ise yüklenici zamanında işe başlamaz ise iş sahibi sözleşmeden dönebilmelidir.

Daha az rastlanılacak olmakla birlikte sözleşmede hem işe başlama tarihi hem de teslim tarihi belirli değil ise, işe derhal başlaması gereken yüklenici karşısında iş sahibi, işe zamanında başlamama dolayısıyla hemen sözleşmeden dönememelidir. En azından yükleniciye işe başlaması için uygun bir süre verilmeli ancak bu süre sonuçsuz kalırsa sözleşmeden dönülebilmelidir.⁴¹² Buna karşın TBK mad. 124'teki

⁴¹⁰ Bazı eser sözleşmelerinde başlangıçtan itibaren belirli bir süre geçtikten sonra eserin teslim edileceğine ilişkin hükümlere yer verilmiş olabilir. Esasen burada teslim tarihi eserin icrasına başlama tarihine bağlı kılınmıştır. Bu durumda vade tarihi belirli değildir. Böyle bir durumun varlığı halinde artık yüklenicinin zamanında işe başlamaması durumunda iş sahibinin dönme hakkının varlığını kabul etmek gerekir. Bkz. ÖZ, *sözleşmeden Dönme*, s. 55

⁴¹¹ BİLGİN YÜCE, s. 125. "... taraflar arasında mevcut kat karşılığı inşaat sözleşmesinde eserin ikmal ve teslim tarihi kararlaştırılmamıştır. Bu durumda davalı iş sahipleri makul bir süre tanıyarak, eserin tamamlanmaması halinde akdin feshi yoluna gidebilirler..." Yar. 15. HD. 12.10.1989 T. 4856/4183 say. Kararı. (KARADAŞ, s. 141-142)

⁴¹² Teslim tarihi belli olmayan işlerde işe başlama tarihi belli olsun veya olmasın süresinde veya verilen uygun sürede işe başlamayan yüklenici karşısında, vade tarihi belirli olmadığından bir kere işe

durumlardan birinin varlığı halinde süre verilmesinde gerek yoktur. Zira TBK mad. 124 gereğince; borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa, borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa, borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa süre verilmesine gerek yoktur. Bu durumda sürenin uygunluğunun tayini de işe başlama koşulları dikkate alınarak belirlenecektir. Verilecek olan süre, yüklenicinin işe başlaması için gerekli süredir. Eğer iş sahibi işin tamamlanması için bir süre vermişse artık işe başlamama sebebiyle değil ancak işin icrasında gecikme veya vade tarihine yetişememe sebebiyle sözleşmeden dönülebilir⁴¹³.

Yargıtay uygulamasında⁴¹⁴, işe başlama ve teslim tarihinin kararlaştırılmamış olduğu durumlarda, yükleniciye uygun bir süre verilmesi ve ihtar çekilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴¹⁵.

C. İş Görme Faaliyetlerinin Yavaş Yürümesi ve Ertelenmesi

1. Genel Olarak

Zamanında işe başlayan yüklenici, işi gereken tempoda yürütmekle de yükümlüdür. İş sahibinin vade tarihinden önce sözleşmeden dönmesine imkân veren ikinci hal de yüklenicinin borca aykırı davranışı ile işin icrasında gecikmesidir. Bu nedenle işi gereksiz yere durduran, kesintiye uğratan yüklenici borca aykırı davranmış olur ve bu sebeple iş sahibi belli koşullarla eser sözleşmesinden erken dönme hakkını kullanabilir. Zira yüklenici işlerinin süreklilik içinde yerine getirmekle yükümlüdür. Bu nedenle işin icrasına ara vermemelidir.

İşin gerekli tempoda yürümemesi halinde iş sahibi erken dönme hakkını kullanmak zorunda değildir. Dilerse vade tarihini bekleyerek yükleniciyi temerrüde düşürebilir.

başlanıp devam edilmediği hallerde ancak işin yavaş yürümesi dolayısıyla sözleşmeden vade tarihinden evvel dönülebileceğine ilişkin bkz. SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 106,107.

⁴¹³ Burada işin tamamlanması için süre verilmesi halinde bunun işe başlamama sebebiyle sözleşmeden dönmeden vazgeçme olduğuna ilişkin bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 132.

⁴¹⁴ Bkz. Yarg. 15. HD'nin E. 1988/4856, K. 1989/4183, T. 12.10.1989; E. 1935/2349, K. 1985/4159, T. 10.12.1985. (KOSTAKOĞLU, s. 374 vd.'de yer alan kararlar)

⁴¹⁵ Yüklenici işe zamanında başlamaz veya sözleşmeye aykırı olarak işi ertelerse sözleşmeden dönmek için kural olarak yükleniciye ihtarda bulunmalıdır. Buna karşın, arsa sahibinin kusuru olmaksızın bütün tahminlere göre işi zamanında bitirilemeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda ihtar gerek yoktur. Bkz. ATAMULU, s. 113 özellikle dp. 134'de yer alan açıklamalar.

2. Şartları

a. İşin İcrasında Gecikmiş Olma

TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönülebilmesi için yüklenicinin işin icrasında gecikmiş olması gerekir. Bu nedenle de yüklenicinin hangi durumlarda işin icrasında gecikmiş olacağını saptamak gerekecektir. Genel olarak doktrinde, yüklenicinin işin icrası için gerekli araç ve gereci temin etmemiş olması, işe ara vermesi gibi hallerde işin icrasını geciktirmiş olduğu kabul edilmektedir⁴¹⁶. Örneğin, bir inşaat yapacak olan yüklenicinin işi yapacak adamlarının veya işi bizzat yapacaksa kendisinin bazı günler işe hiç gelmemesi veya gelse dahi çoğu günler yarım gün çalışarak erkenden işi bırakması hallerinde inşaat zamanında yetişemeyecekse, yüklenicinin işin icrasında gecikeceğinden başka bir deyişle işi gerekli tempoda yürütmediğinden söz edilebilir⁴¹⁷.

Yüklenicinin benzer işlere göre işi yavaş yürütmesi ve onların gerisinde kalmış olması her zaman iş sahibinin sözleşmeden dönmesine imkan vermemelidir. Diğerlerinin gerisinde kalan bir yüklenicinin işi belirlenen vadeye yetiştirmesi mümkün olabilir. Örneğin söz konusu yüklenici diğerlerinden daha fazla iş deneyim veya daha fazla donanım sahibi olabilir⁴¹⁸.

Eserin gerekli tempoda yapılması parça parça teslimli işlerde daha büyük öneme sahiptir. Zira, yüklenicinin bu işlerde herhangi bir bölümü teslimde gecikmesi eserin tamamında gecikeceğinin bir göstergesi olabilir⁴¹⁹.

b. Teslim Tarihi Belli Olan İşlerde Gecikme

Yukarıda işe zamanında başlamama bakımından yaptığımız ayrımı burada işin icrasında gecikme halinde de yapıyoruz. Teslim tarihi belli olan işlerde yüklenicinin işi geciktirmesi durumunun varlığı kural olarak tek başına iş sahibine sözleşmeden dönme imkânı vermemelidir. Aşağıda belirteceğimiz istisnalar dışında, bu durumda

⁴¹⁶ Örnekler için bkz. BÜHLER, Art. 366, N.27, s. 153; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.10, s. 2313; GAUCH, Werkvertrag, N.670, s. 267; ARAL/AYRANCI, s. 365; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 759; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s.84; GÜMÜŞ, s. 23; ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme, s. 102.

⁴¹⁷ ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme,, s. 102.

⁴¹⁸ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 133; HIZIR, s. 51; ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme, s. 102.

⁴¹⁹ YAKUPPUR, s. 52.

gecikmenin varlığı yanında yüklenicinin işin icrasında gecikmesine rağmen işin vade tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılması gerekir⁴²⁰.

Böylece sözleşmede teslim tarihinin belirli olduğu işlerde, yukarıda işin icrasında gecikmeye ilişkin doktrinde verilen örnekler de yalnızca teoride kalmaktadır. Esasen yüklenici işe bazı zamanlarda ara vermiş olsa dahi eserin tamamlandığı seviye itibariyle vade tarihine yetişebileceği söylenebiliyorsa iş sahibi vadeden evvel sözleşmeden dönememelidir. Böylece yüklenici, bazı günler işe hiç gelmese, çift vardiya yerine tek vardiya çalışmaya başlasa veya benzer yüklenicilere göre daha yavaş çalışsa dahi, işin geldiği seviye dikkate alındığında eğer eserin geriye kalan kısmının vade tarihine yetişebileceği söylenebiliyorsa iş sahibi sözleşmeden dönememelidir. Zira vade tarihinin belirli olduğu sözleşmelerde vadeden evvel sözleşmeden dönme için işin geriye kalan kısmının vade tarihine yetişmeyecek olmasını arayan Yargıtay kararları karşısında aksini iddia etmek güçtür. Yargıtay, vade tarihinin belirli olduğu sözleşmelerde yüklenicinin sözleşme süresi boyunca hareket serbestisine sahip olduğunu, böylece iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının tespitinde işin vadeye yetişip yetişmeyeceğinin araştırılması gerektiğini kabul etmektedir⁴²¹.

Böylece bu görüşü kabul etmemiz, tıpkı iş sahibinin işe zamanında başlamamada olduğu gibi, işin icrasında gecikmede de sözleşmeden dönme bakımından hakkın uygulama alanını daraltmaktadır.

Vade tarihinin belirli olduğu sözleşmelerde bir de yüklenici için bir iş programı kararlaştırılmışsa yüklenicinin bu iş programına uymaması halinde işin icrasında geciktiği kabul edilecek midir? Doktrinde kural olarak iş planlarının bağlayıcı olmadıkları kabul edilmektedir⁴²². Ancak taraflar söz konusu iş planının bağlayıcı olacağı konusunda anlaşmış olabilirler. Böylece yüklenicinin bağlayıcı olduğu kabul edilen iş programına uygun davranmaması doktrinde işin icrasında gecikme olarak nitelendirilmektedir⁴²³.

⁴²⁰ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 85; HIZIR, s.50; UYGUR Turgut; Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.7, Ankara 2003, s. 7717. (bundan sonra "UYGUR, C. 7" şeklinde anılacaktır); BİLGİN YÜCE, s. 125.

⁴²¹ Yarg. 15. HD. E. 1992/3285, K. 1993/1196, T. 11.3.1993. (KİB, 11.12.15)

⁴²² AYAN, s. 346.

⁴²³ ARAL/AYRANCI, s. 365; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.10, s. 2313; GAUCH, Werkvertrag, s. N.671, s. 267; KOLLER, Werkvertrag, N. 334, s. 129.

Bir de uygulamada işin belirli aşamalara gelmesine ilişkin ara vadeler kararlaştırıldığı görülmektedir. Örneğin bir bina inşaatında kaba inşaatın 9 ay sonra, döşemelerin bundan 3 ay sonra bitirileceği kararlaştırılmış olabilir. İşin belirli aşamaların gelmesine ilişkin bu ara vadelerin doktrinde kural olarak bağlayıcı olmadıkları kabul edilmektedir.⁴²⁴ Tarafların bu ara vadelerin bağlayıcı olacağı yönünde anlaşmış olmaları durumunda ise belirlenen ara vadelerde eğer iş öngörülen seviyeye gelmemişse iş sahibinin işin geriye kalan kısmının vade tarihine yetişmeyeceğinin belirli olması koşulu aranmaksızın sözleşmeden dönebilmesi gerekir⁴²⁵.

İş sahibinin idare olduğu durumlarda iş planlarının bağlayıcı nitelikte olduğu hem YİĞŞ'nin 18. maddesinde hem de BİŞG'nin 16. maddesinde kabul edilmiştir. “iş programı” başlığını taşıyan her iki maddede de müteahhidin idarece onaylanmış iş planına aynen uymakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Böylece eğer ara vadelerin veya iş planlarının bağlayıcı olduğuna ilişkin bir açıklık söz konusu değilse vade tarihinin belirli olduğu sözleşmelerde, sırf bu ara vadelere veya iş planına uyulmaması iş sahibine vadeden evvel sözleşmeden dönme imkanı vermeyecek, işin vade tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılması koşulu da aranacaktır. Bu kurala somut olayın şartları değerlendirilerek birtakım istisnalar getirilebilir. Zira, sözleşmede kararlaştırılan ara vadelerin veya iş planlarının bağlayıcı olduğu belirtilmemiş olmasına karşın, eğer bu vadelere uymama taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyecekse veya iş vade tarihine yetişecek olsa dahi ara vadelere veya iş planına uyulmamış olması iş sahibi bakımından aşırı zarara yol açacak ise iş sahibi, iş vadeye yetişebilecek olsa bile sözleşmeden dönebilmelidir⁴²⁶. İş sahibinin ancak işin plana uygun ilerlemesi koşuluyla kullanabileceği bir kredi almış olması hali ikinci duruma örnek gösterilebilir. Bu iki hale bir de sözleşmede ara vadelere veya iş planına uyulmaması durumunda sözleşmeden dönüleceği açıkça kararlaştırılmış olması yani yukarıda belirttiğimiz gibi bunların bağlayıcı olması eklenebilir. Ancak uygulamada daha çok ara vadelere veya planlara uyulmaması

⁴²⁴ Bkz. AYAN, s. 346 dp. 80'de yer alan açıklamalar.

⁴²⁵ AYAN, s. 347; ERMAN, s.78, dp. 42'de yer alan açıklamalar. Ayrıca, YİĞŞ'nin 18. maddesi gereğince iş programı şartname bakımından bağlayıcıdır. Zira, şartnamenin 18. maddesinde idarece onaylanan iş programına yüklenicinin uymakla yükümlü olduğu ancak idarenin uygun görüşü alınarak zorunlu durumlarda programda değişiklik yapılabileceği düzenlenmiştir.

⁴²⁶ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 135. Böyle bir durumda ispat yükünün ters döneceği ve ara vadeleri ihlal eden yüklenicinin işin vade tarihine yetişeceğini ispat etmesi gerektiğine ilişkin bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 135.

halinde sözleşmeden dönüleceğine ilişkin değil, söz konusu gecikmelere istinaden belirli oranlarda ceza uygulanacağı kararlaştırılmaktadır⁴²⁷.

İşe zamanında başlamama sebebiyle sözleşmeden dönmeye ilişkin açıklamalara paralel olarak teslim tarihi belli olan işlerde, işin gerekli tempoda sürdürülmemesi halinde yükleniciye ayrıca bir süre verilmeksizin iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Zira, işin icrasında gecikme sebebiyle sözleşmeden dönülebilmesi için, işin icrasında gecikmenin işin vade tarihini de yetişmesini engellemesi gerekir. İşin vade tarihine yetişmeyeceği kesin olduğundan, süre verilmesi faydasız olacaktır.

c. Teslim Tarihi Belli Olmayan İşlerde Gecikme

TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince işin icrasında gecikme dolayısıyla sözleşmeden dönme açısından esasen teslim tarihi belli olmayan işlerde uygulama alanı bulacaktır⁴²⁸. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi teslim tarihi belli olan işlerde gecikmenin yanı sıra işin vade tarihine yetişmesinin mümkün olmadığının da anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Teslim tarihi belli olmayan işlerde de kural olarak iş sahibi yükleniciye işi normal bir tempoya getirebilmesi için uygun bir süre (TBK mad. 124 ‘teki ayrık durumlar saklı kalmak üzere) vermelidir. Eğer bu süre içerisinde yüklenici işi normal bir tempoya taşıyamazsa iş sahibi sözleşmeden dönebilir⁴²⁹. Öğretide bir görüşe göre⁴³⁰, burada verilecek olan sürenin eserin tamamlanmasına ilişkin olması ve bunun da belirtilmesi gerekir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise⁴³¹, bu nedenle verilen sürenin işin icrasını normal bir tempoya taşımaya yönelik olması gerekir. Zira eğer iş sahibi işin gerekli tempoya taşınması için değil de işin tamamlanması için bir süre tanırsa artık işin gerekli tempoya getirilmemesi sebebiyle sözleşmeden dönemez. O artık ancak sözleşmeden erken dönmeye imkan veren yüklenicinin işi kararlaştırılan tarihte bitiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması halinde sözleşmeden dönebilir.

⁴²⁷ Yargıtay, iş planına uymama sebebiyle kararlaştırılan %1’lik ceza uygulamasının niteliği itibariyle ifaya etkili ceza niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Yarg. 15. HD. 04.05.2012, 2011/6066, 2012/3113. (KIRMIZI, s. 1241).

⁴²⁸ GÜMÜŞ, s. 23; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 57; BİLGİN YÜCE, s. 124.

⁴²⁹ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 84; GÜMÜŞ, s. 24.

⁴³⁰ TANDOĞAN, s. 124.

⁴³¹ Ayrıntılı açıklama için bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 84; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi s. 134.

D. İşin Tamamlanmasının Kararlaştırılan Vadeye Yetişmeyeceğinin Anlaşılması

1. Genel Olarak

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi uygulamada özellikle büyük eser sözleşmelerinde vade tarihinin belirlenmediği hallere neredeyse hiç rastlanmamaktadır. Taraflar akdettikleri sözleşmelerde mutlaka bir teslim tarihi kararlaştırmaktadırlar. Bu da TBK mad. 473/f.1 bakımından uygulanması bakımından en fazla rastlanacak durumun vade tarihine yetişememe sebebiyle sözleşmeden dönme olduğunu göstermektedir.

TBK mad. 473/f.1 gereğince vadeden önce sözleşmeden dönme imkânı veren son hal işin tamamlanmasının belirlenen vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılmasıdır. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, diğer iki halde yani işe başlamakta gecikme ve işin icrasında gecikme sebebiyle sözleşmeden dönülebilmesi için vade tarihinin sözleşmede kararlaştırılmamış olması gerekir. Eğer sözleşmede bir vade tarihi kararlaştırılmışsa diğer iki halin yani işe zamanında başlamama veya işin icrasında gecikmenin sözleşmeden dönmeye imkan verebilmesi için -yukarıda belirttiğimiz istisnai haller dışında- kural olarak işin belirlenen vadeye yetiştirilemeyeceğinin anlaşılması gerekir. Bu nedenle tüm bu açıklamalar ışığında uygulamada en fazla rastlanacak erken dönme halinin bu üçüncü durum olan işin belirlenen vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması olacağını kabul etmek gerekir.

Daha önce işe zamanında başlamama bahsinde de belirtmiş olduğumuz gibi, iş sahibinin işin zamanında tamamlanamayacağını anlaşıldığı durumlarda sözleşmeden dönebilmek için yükleniciye süre vermesine gerek yoktur. Zira, vade tarihinin belli olduğu işlerde yalnızca işin belirlenen vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması durumlarında sözleşmeden dönmek mümkün olduğunu kabul ettiğimizden esasen burada süre verilmesine ihtiyaç da yoktur. Zira işin zamanında bitirilemeyeceği açık olduğundan, süre verilmesi iş sahibi bakımından yalnızca zaman kaybı olur.

İşin zamanında tamamlanamayacağını anlaşılması durumunda sözleşmeden dönebilmek için eserin tamamlanma oranı büyük önem arz etmektedir. Zira, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için işin tamamlanan kısmı dikkate alınarak geriye kalan kısmın vade tarihine yetişip yetişmeyeceği tespit edilecektir. Bu noktada

uygulamada bilirkişiye başvurarak, keşif yapılarak sonuca ulaşılmaya çalışılmaktadır⁴³².

İşin geriye kalan kısmının vade tarihine yetişip yetişmeyeceğinin tespitinde aynı işleri yapan ortalama bir yüklenicinin kalan sürede işi tamamlayıp tamamlayamayacağı dikkate alınmalıdır⁴³³. Örneğin, yüklenici sözleşme tarihinden itibaren 9 ay sonra yapmayı üstlendiği inşaatı teslim etme borcu altında olmasına rağmen 7. ayın sonuna gelindiğinde yalnızca inşaatın temelini tamamlamışsa, geriye kalan 3 aylık sürede ortalama bir yüklenici işin geriye kalan kısmını tamamlayamaz denilebiliyorsa iş sahibi sözleşmeden vade tarihinden evvel dönebilmelidir.

Yüklenicinin işin belirlenen vadeye yetişip yetişmeyeceğinde ortalama bir yüklenici esas alınsa da somut olayın şartlarına göre sübjektif bazı değerlendirmeler de yapılabilir. Böylece, yüklenicinin iş görme hızı ve sahip olduğu ekipman ve iş deneyimi de önem arz edecektir. Hakimin işin vadeye yetişip yetişmeyeceğinin belirlenmesinde bu hususları da dikkate alması gerekir⁴³⁴.

Bir de daha işin başında sözleşme görüşmeleri sırasında işin kararlaştırılan vadeye yetişmeyeceğinin yüklenici tarafından fark edildiği durumlarla karşılaşılabilir. Daha önce de sıklıkla değindiğimiz üzere yüklenicinin işinin ehli olması gerektiğinden hatta yüklenicinin tacir olması durumunda basiretli bir tacir olması aranacağından, daha işin başında yüklenicinin işin vadeye yetişmeyeceğini anlaması ve bu hususta iş sahibini uarması gerekir⁴³⁵. Zira yüklenicinin iş sahibini uarma yükümlülüğüne TBK mad. 472/f.3'de yer verilmiştir. Yüklenicinin bu bildirim yapmaması durumunda sonuçlarından kendisinin sorumlu tutulacağı da aynı maddede açıkça hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla işinin ehli olan yüklenici, iş sahibinin işin vadeye yetişmeyeceğini en başından bilmesi gerektiğini iddia ederek iş sahibinin sözleşmeden dönemeyeceğini ileri süremez⁴³⁶.

⁴³² Yarg. 15. HD. E. 1997/4967, K. 1998/637, T. 23.2.1998. (KİB, 13.11.2015)

⁴³³ AYAN, s. 336.

⁴³⁴ ACAR Faruk; Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Aralık 2013-Sayı 134, s. 14.(Bundan sonra "ACAR, Tamamlama Oranı" şeklinde anılacaktır). Bütün bu koşullar bir bütün olarak değerlendirildiğinde yüklenicinin çalışma temposunu artırarak işi zamanında yetiştirebileceği söylenebiliyorsa iş sahibi sözleşmeden dönemez. Meğerki yüklenicinin tutum ve davranışlarından aksi anlaşılabilir olsun. ACAR, Tamamlama Oranı, s. 15.

⁴³⁵ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 137.

⁴³⁶ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 137, ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 61.

Yüklenicinin işi ifa etmeyeceğini açıkça –ciddi ve kesin bir biçimde- belirtmesi hatta iş sahasını terk etmesi durumunda ise iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı bakımından işin geriye kalan kısmının vadeye yetişmeyeceğinin aranmaması gerekir.⁴³⁷ Bu durumda iş sahibi bu husus dikkate alınmadan sözleşmeden TBK mad. 473/f.1 gereğince dönebilmelidir. Doktrinde Oğuzman/Öz tarafından savunulan bir görüşe göre ise, iş görme edimi borçlusunun ifada bulunmayacağını kesinlikle ortaya koyması hali kusurlu ifa imkânsızlığı sayıldığından; bu görüş çerçevesinde yüklenicinin işe devam etmeyeceğini açık olarak belirtmesi durumunda kusurlu imkansızlık hükümleri uygulanmalıdır.⁴³⁸ Bu takdirde, esasen yüklenicinin ifa borcu ve iş sahibinin bedel borcu sona ererek yerine yüklenicinin iş sahibinin olumlu zararını tazmin borcu geçtiğinden, ortada TBK mad.473/f.1 hükmüne göre dönülecek bir sözleşme ilişkisi kalmamış olur. Fakat bu durumları ifa imkânsızlığı saymayan baskın görüş çerçevesinde, iş sahibinin TBK mad.473/f.1 hükmüne göre sözleşmeden vadeden önce dönme hakkı doğacaktır⁴³⁹.

Peki, işinin ehli olan yüklenicinin işin vadeye yetişmeyeceği konusunda iş sahibini uyarması ve buna rağmen iş sahibinin ısrarı neticesinde, eserin tamamlanmasının mümkün olmayacağı bir tarihin sözleşmede vade tarihi olarak kararlaştırılması durumunda nasıl bir sonuç doğacaktır? Bu konuda eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin açıklamalarda bulunurken değindiğimiz üzere TBK mad. 476 hükmünde açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Zira, yüklenicinin işin ayıplı olacağı uyarısına rağmen iş sahibinin ısrarı üzerine eserin yapılmasından yüklenicinin sorumlu olmayacağı düzenlenmiştir⁴⁴⁰. Yüklenicinin iş sahibinin vade tarihine ilişkin uyarmasına rağmen iş sahibinin ısrarı üzerine bu kısa vade ile sözleşmenin yapıldığı durumlarda da TBK mad. 476 hükmüne kıyasen yüklenicinin gecikmeden sorumlu olmayacağı, başka bir ifadeyle

⁴³⁷ AYAN, s. 337 dp.46'da belirtilen yazarlar; ERMAN, Arsa Payı, s.81. ancak Dayınlarlı'ya göre böyle durumlarda doğrudan BK mad. 106 vd. (TBK mad. 125 vd) uygulama alanı bulur. Bkz. DAYINLARLI, s. 114. Yargıtay 2012 tarihli bir kararında, "... gerek yüklenicinin borçları nedeniyle uygulanan haciz ve ipotekler gerek işin terk edilmesi karşısında davacı arsa sahiplerinin teslim zamanının beklemeksizin akdi feshetme hakkı doğduğundan mahkemece sözleşmenin feshine, davalıya verilen tapu kaydının iptali ile davacıların hisseleri nispetinde adlarına tesciline karar verilmeli, tazminat ile ilgili istemin de esası incelenerek sonuçlandırılmalıdır." sonucuna varmıştır. Yarg. 15. HD. 10.07.2012, 2011/3843, 2012/5268. (KIRMIZI, s. 973).

⁴³⁸ ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 51.

⁴³⁹ Tandoğan'a göre, müteahhit ciddi ve kati bir biçimde işe başlamayı veya sürdürmeyi reddederse TBK mad. 473/f.1 hükmünün şartları gerçekleşmemiş olsa dahi, genel temerrüt hükümleri uygulanabilir. TANDOĞAN, s. 115.

⁴⁴⁰ EREN, Özel Hükümler, s. 632; ARAL/AYRANCI, s. 376.

iş sahibinin sözleşme süresinin uzamasına katlanmakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir⁴⁴¹. Ancak itiraf etmek gerekir ki, yüklenicinin iş sahibini önceden açıkça uyarmasına rağmen işin yetişmeyeceği bir vade içeren sözleşmeyi imzalaması, uygulamada nadir rastlanacak ve ispatı çok zor bir husustur.

2. İşin Tamamlanması İmkansız Olmamalıdır

Bazı durumlarda işin yalnız vade tarihine kadar tamamlanması değil, işin her zaman için ifası imkansız hale gelmiş olabilir. İşin ifasının imkansız olması durumunda artık iş sahibinin TBK mad. 473/f.1'e dayanarak sözleşmeden dönmesinden söz edilemez. Böyle bir durumda TBK mad. 473 hükmü değil, imkansızlığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur⁴⁴². Eğer eser geç de olsa teslim edilebilecekse bu durumda vadeden önce TBK mad.473/f.1, vadeden sonra borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Esasen yalnızca eserin vade tarihine yetişip yetişmeyeceğinde değil, diğer iki halde de – işe başlamama veya gerekli tempoda sürdürmemede de-TBK mad.473 hükümlerinin uygulanabilmesi için işin ifasının geç de olsa mümkün olması gerekir⁴⁴³.

İmkânsızlık, baştaki ve sonraki imkânsızlık olarak da ikiye ayrılır. Baştaki imkânsızlık objektif ise, sözleşmenin TBK mad. 27 gereğince sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne neden olur. Burada söz konusu olan borcun ihlali nedeniyle ortaya çıkan imkânsızlık ise sonraki imkânsızlıktır. Sonraki imkânsızlıkta, eğer borçlu imkânsızlıktan sorumlu tutulamıyorsa TBK mad. 136 gereğince borç sona erer⁴⁴⁴. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, taraflar edindiklerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmekle yükümlüdür. Yine TBK mad. 136/f.3 gereğince ifanın imkansızlaştığını borçlu alacaklıya bildirmeli zararı azaltmaya yarayacak tedbirleri almalıdır. Ancak borçlu imkânsızlıktan sorumlu ise TBK mad. 112 gereğince alacaklının zararını tazminle yükümlüdür⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 137.

⁴⁴² Bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 135 not 55.

⁴⁴³ Zira borcun ifası imkansızsa temerrüt hükümleri değil, imkansızlık hükümleri uygulanacaktır. WASMER Karl; Die Unmöglichkeit der Leistung beim Werkvertrag, Konstanz 1938, s.9.

⁴⁴⁴ OĞUZMAN/ÖZ'e göre, borçlu kusurlu olsun veya olmasın eğer ifa imkansızlaşmışsa borç sona erer. Kusursuz imkansızlıkta borçlu alacaklının zararını tazminle yükümlü değilken, kusurlu imkansızlıkta bu zarar tazminle yükümlü olacaktır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 462.

⁴⁴⁵ Genel olarak imkansızlık için bkz. TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 787 vd.; GÜNDOĞDU, İfa İmkânsızlığı, s. 78 vd.; EREN, Genel Hükümler, s. 1036 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 568 vd.; NOMER, s. 255 vd.; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 348 vd; İNAN/YÜCEL, s. 639-640.

TBK’da eser sözleşmesinde imkansızlık bakımından özel düzenlemelere de yer verilmiştir. TBK mad. 486 gereğince yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan bir sözleşme, yüklenicinin ölümü⁴⁴⁶ veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erecektir. Bu hüküm yalnızca yüklenicinin kişisel özellikleri dikkate alınarak yapılmış eser sözleşmelerinde uygulama alanı bulacaktır. Zira, eğer yüklenicinin kişisel özellikleri önemli değil ise yüklenicinin ölümü üzerine eseri meydana getirme ve teslim borcu mirasçıları tarafından yerine getirilecektir⁴⁴⁷. Gerçi bu şıktaki yüklenicinin ölümü ifa imkânsızlığının ötesinde bir özel sona erme sebebidir. Fakat ikinci şıktaki “yüklenicinin eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi” gerçek anlamda bir ifa imkânsızlığıdır. Ne var ki bu maddede her iki duruma da aynı sonuçlar bağlanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise böyle bir durumda iş sahibinin, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek olması halinde onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Görülüyor ki burada temel prensibin aksine sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmayacaktır⁴⁴⁸. Böylece eserin tamamlanan kısmı iş sahibi tarafından kullanılabilir nitelikte ise sözleşme ileriye etkili olarak sona erecektir⁴⁴⁹. İmkansızlığa ilişkin genel hüküm olan TBK mad. 136/f.3’de borçlunun bildirim yükümlülüğüne yer verilmiştir. Bu hükme göre, eğer borçlu ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gereken önlemleri almazsa, bu durumun meydana getireceği zararları gidermekle yükümlüdür. Bu yönde bir düzenlemeye eser sözleşmesinde imkansızlık halinde öncelikle uygulanacak özel hükümler arasında yer verilmemiştir. Bu genel hüküm eser sözleşmelerinde de uygulama alanı bulacaktır. Aynı sonuca TBK mad. 472/f.3 ve mad.483/f.2 hükümlerindeki yüklenicinin uyarı yükümüne kıyasen de varılabilir. Böylece yüklenici işin imkansızlaştığını fark ettiğinde derhal gerekli önlemleri almalı ve durumu iş sahibine bildirmelidir. Aksi halde doğan zararları gidermekle yükümlü olacaktır⁴⁵⁰. Yüklenicinin ölümü üzerine elbette onun bakımından böyle bir uyarı yükümü söz konusu olamaz. Fakat edimin kişisel özelliği

⁴⁴⁶ Yüklenicinin ölümünün ancak gerçek kişi yükleniciler için sözleşmeyi sona erdirdiğine daha önce değinmiştik. Bkz. yukarıda “Yüklenici Kavramı” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

⁴⁴⁷ İmkansızlık yüklenicinin bedensel bir özründen dolayı meydana gelmiş olabilir. Ancak yüklenicinin ekonomik bakımından aczi bu madde kapsamında değerlendirilemez. ARIKAN, İmkansızlık, s. 281.

⁴⁴⁸ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 184; ARIKAN, İmkansızlık, s. 282.

⁴⁴⁹ Bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 227; GÜMÜŞ, s. 112; KURŞAT Zekeriyâ; İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 771. (Bundan sonra “KURŞAT, İmkansızlık” şeklinde anılacaktır).

⁴⁵⁰ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 229.

sebebiyle sözleşmenin böylece sona erdiğini mirasçılarını iş sahibine bildirmekle yükümlü sayılabilecekler midir? Kanımızca bu şıkta ölümle sözleşme sona erdiğinden mirasçılara geçen bir hukuki ilişki bulunmayacağından, onların böyle bir uyarı yükümü bulunduğu da kabul edilemez.

İşin ifasının iş sahibi ile ilgili beklenmedik bir olay sebebiyle imkânsızlaşması halinde ise TBK mad. 485'te özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşır iş sahibi yükleniciye yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini ödeyecektir⁴⁵¹. Görülüyor ki, genel hükümlere göre, imkansızlıktan sorumlu tutulamayan borçlunun borcu sona ererken, TBK mad. 485 ile, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla eserin tamamlanması imkansızlaşır iş yüklenici yaptığı işin değerini ve değere girmeyen giderlerini talep edebilecektir⁴⁵². Eğer iş sahibi imkânsızlığın ortaya çıkmasında kusurlu ise maddenin ikinci fıkrası gereğince yükleniciye tazminat ödemekle yükümlüdür.

Yüklenicinin vade tarihine kadar işin icrasını tamamlayamayacağını beyan etmesi durumunda, artık TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibi sözleşmeden dönebilmelidir. Şayet yüklenici işi sadece vade tarihine kadar değil hiç yapmayacağını/yapamayacağını beyan etmişse; doktrinde Oğuzman/Öz, tarafından savunulan daha önce değindiğimiz görüşe göre ise, bu durumda kusurlu ifa imkansızlığının varlığı kabul edilerek, iş sahibi TBK mad. 112 gereğince zararının tazmininin talep edebilmelidir⁴⁵³. Baskın görüşe göre ise burada da iş sahibi TBK mad.473/f.1 uyarınca sözleşmeden dönebilecektir⁴⁵⁴.

E. Ayıbın Giderilmesinde Gecikilmiş Olması

Öğretide bu üç sebebin dışında TBK mad. 475 hükmü gereğince ayıbı gidermeye ilişkin iş görme borcunda da TBK mad. 473/f.1 hükmünün uygulanabileceği ileri

⁴⁵¹ Bkz. GÜMÜŞ, s. 108; EREN, Özel Hükümler, s. 690. GAUCH Peter; Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag- Gedanken zu art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts, Festschrift für HORSTLOCHER, Düsseldorf 1990, s.43; KURŞAT, İmkânsızlık, 767. Bu hükmün uygulanabilmesi için yapımına başlanmış bir eserin tamamlanmasının veya yapımına henüz başlanmamış eserin yapımının imkansızlaşması gerekir. Bkz. BUZ Vedat; Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İlhan Öztürk'a Armağan, 1994, C.49, s. 26.

⁴⁵² Bkz. Yargıtay 15. HD., E. 2014 / 6696 , K. 2015 / 3002 , T. 02.06.2015. (SİB, 16.11.2015)

⁴⁵³ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 230.

⁴⁵⁴ Bkz. yukarıda dp. 421'de belirtilen yazarlar.

sürülmektedir⁴⁵⁵. Zira, ayıptan doğan sorumlulukta iş sahibi eğer eserin onarılmasını talep etmişse, yüklenici ayıbı giderme işine zamanında başlamaz, ayıbı giderme işinin icrasını geciktirir veya ayıbı giderme borcunu zamanında tamamlanamayacağı anlaşılırsa bizce de TBK mad. 473/f.1 hükmü kıyasen uygulanarak iş sahibi sözleşmeden dönebilmelidir.

TBK'da ayıbın ne kadar sürede giderilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu noktada ayıbın giderilmesi için gerekli sürenin makul bir süre olması gerekir. Ancak TKHK'nın ayıplı hizmet bakımından 15. maddesinde, ayıplı mal bakımından ise 11. maddesinde ayıbın giderilmesi bakımından gerekli süreler belirtilmiştir⁴⁵⁶.

F. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay'ın 15. Hukuk dairesinin yıllara göre kararlarına bakıldığında verilen kararların büyük çoğunluğunun vade tarihinden sonra sözleşmeden dönmeye ilişkin olduğu görülmektedir. Vadeden evvel sözleşmeden dönme imkanı veren TBK mad. 473/f.1 hükmüne ilişkin karar sayısı, vade tarihinden sonra sözleşmeden dönmeye ilişkin kararlara nazaran son derece azdır. Yargıtay'ın aşağıda değineceğimiz kararlarına bakıldığında, vade tarihinin belli olduğu sözleşmelerde doktrindeki baskın görüşe de paralel olarak sözleşmeden erken dönmeyi doğrudan kabul etmediği, işin vadeye yetişip yetişmeyeceğini de aradığı görülmektedir⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ Bkz. ŞENOCAK, s. 208 vd.; ŞAHİNİZ, s. 200; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.7, s. 2312; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 131.

⁴⁵⁶ Ayıplı mal halinde TKHK mad. 11/4 gereğince; “*Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, bu Kanunun 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde yerine getirilir. Aksi hâlde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir.*” Ayıplı hizmet halinde TKHK mad. 15/4 gereğince, “*Ücretsiz onarım veya hizmetin yeniden görülmesinin seçildiği hâllerde, hizmetin niteliği ve tüketicinin bu hizmetten yararlanma amacı dikkate alındığında, makul sayılabilecek bir süre içinde ve tüketici için ciddi sorunlar doğurmayacak şekilde bu talep sağlayıcı tarafından yerine getirilir. Her hâlikârda bu süre talebin sağlayıcıya yöneltilmesinden itibaren otuz iş gününü geçemez. Aksi takdirde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir.*”

⁴⁵⁷ “*Sözleşmeye uygun olarak davalı yükleniciye satış yetkisi verilmiş olduğu halde, davalı hakkında güven sarsıcı şekilde icra takipleri yapılması, gönderilen ihtarla rağmen teminatın verilmemesi tesbit edilen inşaat seviyesine göre, işin kalan sürede tamamlanamayacak bulunması karşısında, iş sahibi davacılar yönünden sözleşmenin fesih koşullarının oluştuğunun kabulü gerekir.*” Yarg. 15. HD., E. 1997/4967, K. 1998/637, T. 23.2.1998. Aynı yönde, Yarg. 15 HD, E. 1997/1967 K. 1997/2324, T. 1.5.1997; Yargıtay 15 HD. E. 1992/3812, K. 1993/1871, T. 21.4.1993. Yarg. 15. HD., E. 1992/3285, K. 1993/1196, T. 11.3.1993. (KİB, 11.11.15).

Böylece, Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasının da⁴⁵⁸, vade tarihinin belli olduğu durumlarda ancak işe başlamakta gecikmenin işin zamanında tamamlanmasının mümkün olmaması durumunda sözleşmeden dönmeye imkan vereceği yönünde olduğu söylenebilir.

Uygulamada genellikle inşaat işlerinde işe başlama tarihinin ruhsat alınmasından sonra belirli bir süre olarak karşılaştırıldığını, vade tarihinin de ruhsat alındığı tarihten başlayarak belirli bir tarih olarak belirlendiğini belirtmiştik. Yargıtay, vade tarihinin bu şekilde karşılaştırıldığı sözleşmede, kusuruyla işe zamanında başlamayan ve anılan ruhsatın üzerinden iki yıl geçmesine rağmen işe başlanmaması sebebiyle ruhsatın hükümsüz olduğu bir olayda bir yükleniciye karşı iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğini kabul etmiştir⁴⁵⁹. Nitekim İmar Kanunu'nun 29. maddesinde alınan ruhsat alınından itibaren yapıya başlamak bakımından 2 yıllık bir süre öngörülmüştür. İlgili hükme göre, eğer ruhsat alındıktan sonra 2 yıl içerisinde yapıya başlanmaz ise ruhsat hükümsüz hale gelecek, yeniden ruhsat alınması gerekecektir⁴⁶⁰. Böylece denebilir ki Yargıtay, ruhsatın zamanında alınmamasında yüklenicinin kusurlu olmadığı durumlarda onun bundan sorumlu olmayacağına hükmetmektedir. Örneğin Yargıtay, imar planında yapılan değişiklik sebebiyle ruhsat

⁴⁵⁸ Yarg. 1973 tarihli bir kararında; “ işe başlama ve bitirme tarihlerinin açıkça belli olduğu bir sözleşmede, müteahhidin işe geç başlamış olması, tayin edilen tarihte işi bitirmek imkanı olduğu sürece, iş sahibine sözleşmeyi fesih hakkı vermez.; borçluya taahhüdünü ifa etmesi için iyiniyet kurallarına göre muhtaç olduğu zamanı bırakmak gerekir” sonucuna varmıştır. Yarg. 15. HD., E.15, K.54, T. 18.09.1973. (KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 247) Yargıtay özellikle 1999 depremi sonrası vermiş olduğu kararlarda depremin işin icrasını ne yönde etkilediğinin tespit edilmesi gerektiğinden hareketle kararlar vermiştir.. “Deprem olmasa bile inşaatın zamanında teslim edilemeyeceği aşikar olduğu, yüklenicinin inşaatı terk ettiği, davacı arsa sahiplerinin vadeden önce bile sözleşmeden dönme haklarının doğduğu anlaşıldığına göre, kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı fesih isteminin kabulü gerekir.” Yarg. 15 HD., E. 2007/161, K. 2007/3059, T. 7.5.2007. (KİB, 11.11.15). Benzer şekilde, Yarg. 15 HD., 2002/4739, K. 2003/1044.

⁴⁵⁹ “Dava kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi (dönme) istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki 12.06.1998 tarihli sözleşme uyarınca, 3 ay içinde inşaat ruhsatı alınmak suretiyle inşaat 30 ay içerisinde bitirilecektir.Dosya içerisinde bulunan Oba Belediyesince verilen 30.06.1998 tarihli inşaat ruhsatına rağmen 2 yıl içerisinde inşaata başlanılmaması nedeniyle ruhsatın hükümsüz hale geldiği, daha sonra Tasmur Belediye Başkanlığı'nca 27.08.2001 tarihinde ruhsatın yenilendiği, aradan geçen bunca zamana karşın haklı bir sebep olmaksızın inşaata halen başlanılmadığı anlaşılmıştır.İnşaata başlanılmamasında davalı yüklenici kusurlu görüldüğünden, davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.” Yarg. 15 HD. E. 2006/4320, K. 2007/5351, T. 17.9.2007. (KİB, 11.11.15)

⁴⁶⁰ İmar Kanunu'nun 29. maddesine göre; “Yapıya başlama müddeti ruhsat tarihinden itibaren iki yıldır. Bu müddet zarfında yapıya başlanmadığı veya yapıya başlanıp da her ne sebeple olursa olsun, başlama müddetiyle birlikte beş yıl içinde bitirilmediği takdirde verilen ruhsat hükümsüz sayılır. Bu durumda yeniden ruhsat alınması mecburidir. Başlanmış inşaatlarda müktesep haklar saklıdır.(f.1) Ruhsat yenilenmesi ve plan tadili sırasında ayrıca harç alınmaz. Ancak inşaat sahasında artış, bağımsız bölümlerin brüt alanında veya niteliğinde değişme olması halinde yeniden hesaplanacak harçtan evvelce ödenen harç tutarı, tenzil edilir. Yeni durumda hesaplanan harç tutarında azalma olması halinde iade yapılmaz. Diğer kanunlardaki muafiyet hükümleri saklıdır. (f.2)”

alımında gecikme yaşanması sebebiyle yüklenicinin işe zamanında başlamamada kusuru olmadığı sonucuna varmıştır⁴⁶¹.

Yine Yargıtay'ın kararlılık kazanmış uygulamasında yükleniciye ruhsat alımı için uygun bir süre tanıdığını görmekteyiz⁴⁶². Elbette bu, daha önce belirttiğimiz üzere, yükleniciye verilen vekalet çerçevesinde iş sahibi adına ruhsat alma borcunun yüklendiği durumlarda söz konusu olabilir. (uygulamada bu çok sık rastlanan bir durumdur). Bu uygun sürenin ne kadar olması gerektiği belirli değildir. Ayrıca yükleniciye ruhsat alması için tanınan bu uygun süre daha sonra vade tarihine eklenmelidir⁴⁶³.

Yargıtay hem işe başlama hem de teslim tarihi kararlaştırılmamış olan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin belirsiz süreli eser sözleşmesi olduğunu kabul etmiş ve durumda iş sahibinin, işe hemen başlamamış olmasına rağmen, makul bir süre beklemesi gerektiği, bu makul süre dolmadan sözleşmeden dönemeyeceği kabul edilmiştir⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ “Yüklenici, sözleşmeyle her türlü koşulu dikkate alarak işin teslim süresini belirlemesine rağmen sözleşmeden sonra ortaya çıkan imardaki değişiklikten ötürü ruhsatın alınmaması nedeniyle geçen süre yüklenicinin kusuru olmaksızın işe başlamasına engel sayılacağından bu sürenin gecikilen süreden mahsup edilmesi gerekir.” Yargıtay 15. HD., E. 2002/1031, K. 2002/3313, T. 19.6.2002. (KİB, 11.11.15)

⁴⁶² “... sözleşmede inşaat ruhsatının ne kadarlık sürede alınacağı konusunda düzenleme bulunmayan durumlarda Dairemizce yapım ruhsatının ne kadarlık sürede alılabileceğinin tespit edilip teslimi gereken tarihin buna göre saptanması gerektiği kabul edilmektedir.” Yarg. 15. HD. 03.07.2012, 2012/700-5042. (KIRMIZI, s. 969-970. Yargıtay, ruhsat alımı için 3,5 aylık sürenin ruhsat alımı için geç sayılamayacağına karar vermiştir. Yarg. 15. HD., E. 2002/2632, K. 2002/3410, T. 24.6.2002. İmar planının onay tarihinden itibaren bir yıl süre geçmesine rağmen inşaat ruhsatı başvurusunda bulunmayan yüklenici bakımından ruhsat alınması için makul sürenin geçmiş olduğunu kabul etmiştir. E. 2012/4371, K. 2012/7358, T. 23.11.2012. Yine Yargıtay, sözleşme tarihinden dava tarihine kadar 5 yıldan fazla sürenin ruhsatının alınması için gerekli makul süreyi çoktan geçmiş olduğunun kabul etmiştir. Yarg. 15. HD., E., 2009/2773, K. 2010/3065, T. 31.5.2010 (KİB, 20.11.2015).

⁴⁶³ Yarg. 15 HD. E. 2010 / 419 , K. 2011 / 1495 , T. 14.03.2011. (SİB, 15.11.2015)

⁴⁶⁴ “...yanlar arasındaki sözleşmede inşaat başlama tarihi ve bitirme süresi kararlaştırılmadığından sözleşme belirsiz süreli sözleşmedir. Bu halde iş sahibinden süresiz olarak sözleşmenin ifasını beklemesi istenemeyeceğinden doktrin ve Yargıtay İçtihatlarında makul bir süre geçtikten sonra sözleşmenin feshini talep edebileceği kabul edilmektedir. Somut olayda sözleşme 6.12.2007 tarihli olup bu tarih itibarıyla inşaat yapılacak arsada arsa sahibinin müsteciri tarafından buğday mahsulü ekili olduğu, davacının 10.7.2008 tarihli ihtarı üzerine davalının Tarım İl Müdürlüğü'nde yaptırdığı tespite göre davacının kiracısının ektiği mahsulün henüz kaldırılmadığı ve ilgili belediye yazı cevabına göre taşmazın bulunduğu yerde imar ve revizyon çalışmalarına başlanmış olduğu buğday mahsulünün kaldırıldığı 2008 yılı Temmuz ayından sonra sözleşmenin feshi ve dava tarihine kadar proje ve ruhsat işlemlerinin tamamlanıp inşaat başlanması için beklenmesi gereken tahammül süresinin geçmediği anlaşıldığından yüklenici hakkında erken açılan davanın da reddi yerine kabulü isabetsiz olmuştur..” Yarg. 15 HD., E. 2010/2618, K. 2011/2549, T. 26.4.2011. (KİB, 11.11.2015)

IV. TBK MADDE 473/F.1'İN SONUÇLARI

A. Genel Olarak Sözleşmeden Dönme Hakkı

TBK mad. 473/f.1 gereğince yüklenici, işe zamanında başlamaz veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirir ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir. TBK'nın 473. maddesine karşılık gelen Eski BK mad. 358 hükmünde, maddede sayılan üç halden birinin varlığı halinde iş sahibinin hakkı “*akdi feshedebilir*” ifadesi ile belirtilmişti. Maddede fesih ifadesi kullanılmış olmasına karşın burada sözü edilenin sözleşmeden dönme olduğu haklı olarak kabul edilmekteydi⁴⁶⁵.

TBK mad. 473/f.1'de iş sahibinin yalnızca sözleşmeden dönme hakkının varlığından söz edilmiştir. Oysa doktrinde iş sahibinin TBK mad. 125'te sayılan seçimlik haklardan da yararlanabileceğinden söz edilmektedir. Biz öncelikle genel olarak iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ve uygulamada yanlışlıkla biri diğeri yerine kullanılan, benzer kavram olan fesih ile arasındaki farklara ve bunun sonuçlarına değindikten sonra doktrinde savunulan diğer görüşlere değineceğiz.

1. Sözleşmeden Dönme Kavramı

TBK'nın 473 hükmünün ilk fıkrasında genel olarak ifanın zamanında yapılamayacağına anlaşılması durumunda iş sahibine vade tarihini beklemeksizin sözleşmeden dönme imkanı verilmiştir. Bu nedenle genel olarak dönme kavramı ve kavramın fesihten farkları ve dönmenin sonuçlarını kısaca açıklamakta yarar görüyoruz. Bu sebeple öncelikle kısaca dönme kavramından bahsettikten sonra dönmenin hukuki sonuçları üzerinde duracağız.

⁴⁶⁵ ERMAN, Arsa Payı, s. 84; ERİŞEN, s. 81. Maddede doktrinde de belirtildiği gibi fesih yerine dönme ifadesine yer verilmiş olmasına karşın, sözleşmenin feshi yoluna gidilebilecek yani sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirileceği hallerin ortaya çıkabileceğine ilişkin bkz. GÖKYAYLA, Değerlendirme, s. 581; TANDOĞAN Haluk; Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XI, S.1, Haziran 1981, s. 28 vd. (Bundan sonra “TANDOĞAN, Orantılı Ücret” şeklinde anılacaktır).

Kural olarak borç ilişkisi edimlerin ifası ile sona erer. Bazı durumlarda ise taraflar anlaşarak hukuki ilişkiyi sona erdirirler⁴⁶⁶. Bunların dışında kanunkoyucu bazı durumlarda tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirme yetkisi tanımış olabilir.

Sözleşmeden dönme, ani edimli borç ilişkilerinde tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi başından itibaren geçersiz hale getirmektedir⁴⁶⁷. Sözleşmeden dönme Borçlar Kanunumuzun bazı hükümlerinde düzenlenmiştir. Kuşkusuz temel düzenlemeye, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde alacaklıya sözleşmeden dönme imkanı veren TBK mad. 125'te yer verilmiştir. Sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümlere TBK'nın hem genel bölümünde⁴⁶⁸ hem de özel borç ilişkileri bölümünde⁴⁶⁹ yer verilmiştir.

Sözleşmeden dönme, eser sözleşmesi bakımından yalnızca vadeden evvel sözleşmeye dönmeye ilişkin TBK mad. 473/f.1'de değil, hem iş sahibi⁴⁷⁰ hem de yüklenici⁴⁷¹ bakımından, bazı özel şartların varlığı halinde farklı hükümlerde de kabul edilmiştir.

⁴⁶⁶ Buna "ikale" adı verilmektedir. Bu durumda eser sözleşmesinin anlaşma ile sona erdirilmesini sonuçlarını düzenleyebilirler. Eğer taraflar arasında bu konuda anlaşma yoksa dürüstlük kuralına göre sözleşme tamamlanacaktır. Bkz. YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 546.

⁴⁶⁷ Kavram için bkz. von TUHR, s. 627; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 951; SEROZAN Rona; Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 40 vd.; ANIK Gülgün; Borçlunun Temerrüdünden Dolayı Sözleşmeden Dönme, TBB Dergisi, Sayı:59, Y. 2005, s. 223; BAŞ Ece; Fesih ve Dönme Hakkı ve Bu Hakların İş Hukukundaki Görünümleri, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 2009, s. 6; ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 273; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 24 vd.; KURT, s. 283; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 528. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 962; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 172; BUZ Vedat; Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1988, s. 65. (Bunda sonra "BUZ, Sözleşmeden Dönme" şeklinde anılacaktır); KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 751.

⁴⁶⁸ Örneğin aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK mad. 98'de, alacaklı temerrüdüne ilişkin TBK mad.110'da yine ifa engellerine ilişkin 111. maddede sözleşmeden dönmeye yer verilmiştir.

⁴⁶⁹ Örneğin satış sözleşmesinde zapta karşı sorumluluğa ilişkin TBK'nın 218. maddesinde, satılanın ayıplı olması halinde TBK'nın 227. maddesinde, eser sözleşmesine ilişkin 473. , 475., 480. maddelerde sözleşmeden dönmeye yer verilmiştir.

⁴⁷⁰ İş sahibinin sözleşmeden dönmeye ilişkin ilk düzenlemelere örnek olarak, eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin seçimlik haklarından biri olan sözleşmeden dönme hakkı verilebilir. Ancak iş sahibinin ayıp sebebiyle sözleşmeden dönebilmesi için TBK'nın 475. maddesine göre eserin, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması gerekmektedir.

Eser sözleşmesinde bedel ödeme borcunu açıklarken ele aldığımız üzere iş sahibi, yaklaşık bedelin aşırı aşıldığı durumlarda bazı şartlarla sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. TBK'nın 482. maddesinin ilk fıkrası gereğince yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılabacağı anlaşılırsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir.

Bu özel düzenlemelerin yanı sıra, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi durumunda da iş sahibi genel hükümlerce ve TBK mad. 125 gereğince sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.

⁴⁷¹Yüklenicinin sözleşmeden dönmeye ilişkin özel hükme yüklenicinin götürü bedelli işlerde beklenmedik masrafların götürü bedeli çok aşması ve sözleşmenin uyarlanamaması sebebiyle TBK

Sözleşmeden dönmenin iki önemli sonucu bulunur. Bunlardan ilki tarafların sözleşmeden dönmeyle birlikte artık ifa edilmeyen edimlerin ifasından kurtulmuş olmalarıdır. Bu durum hukuki problemlere yol açmasa da sözleşmeden dönmenin ikinci sonucu olan daha önce ifa edilen edimlerin iadesi konusu hem doktrini hem uygulamayı meşgul etmektedir. İşte iş sahibinin TBK 473/f.1 hükmü gereğince eser sözleşmesinden dönme durumunda da, ifa edilmemiş edimlerin ifası talep edilemeyecektir yani iş sahibi eserin meydana getirilmemesini isteyemeyeceği gibi, yüklenici de yapılan kısım için bedel talep edemeyecektir.

2. Sözleşmeden Dönmenin Fesihden Farkları

Sözleşmeden dönme yukarıda da belirtildiği ve baskın görüş ile Yargıtay'ın yerleşik içtihadında kabul edildiği gibi, ani edimli sözleşmelerde tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeyi başından itibaren (ex tunc) geçersiz hale getiren yenilik doğuran hak iken; fesih sürekli bir sözleşme ilişkisini ileriye etkili olarak sona erdiren (ex nunc) yenilik doğuran hak⁴⁷².

Uygulamada dönme ve fesih terimleri birbirinden ayıramamakta biri diğerinin yerine kullanılmaktadır. Çoğu kez dönme yerine fesih kavramı kullanılmakta, gerçekte kastedilenin dönme olduğu sözleşmenin niteliğinden ve bağlanan sonuçtan anlaşılmaktadır. Yargıtay kararlarının büyük çoğunluğunda da bu ki terimin birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir⁴⁷³. Aynı şekilde, yerinde olmayarak Eski BK'nın

mad. 480 gereğince, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Yüklenicinin sözleşmenin yeni koşullara uyarlanamaması sebebiyle sözleşmeden dönme hakkı iş sahibinin ücret ödeme borcu üzerinde, iş sahibinin bedel ödeme borcu anlatılırken durulduğundan burada yalnızca yollama yapmakla yetiniyoruz. (Bkz. "İş Sahibinin Genel Olarak Borçları" başlığı altında yaptığımız açıklamalar) Bu özel hükmün yanı sıra yüklenicinin genel hükümlere göre, iş sahibinin borçlu temerrüdüne düşmesi üzerine sözleşmeden dönme ve iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde sözleşmeden dönmesi de mümkündür.

⁴⁷²Bkz. SELİÇİ, Sürekli Borç İlişkileri, s. 119; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s. 81.; AKKAYAN YILDIRIM, s. 51. Yargıtay dönme ile fesih arasındaki farkları şu şekilde ifade etmiştir: "Sözleşmeden dönme hakkı, sözleşme ilişkisini tek taraflı irade bildirim ile çözüme ilişkisine dönüştüren yenilik doğurucu haktır. Dönme, sözleşme ilişkisini çözer; fesih ise sözleşme ilişkisini sona erdirir. Dönme, sözleşmeye göre ifa edilen edimleri geri verme yükümü doğurur. Fesih ise, geri verme yükümü doğurmaz. Sözleşmeyi ileriye etkili ortadan kaldıran fesih işlemi, sözleşmeye aykırılıktan ötürü akdi zarar-giderim istemine olanak verir. 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." Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1999/13-967, K. 1999/990, T. 24.11.1999. (KİB, 09.06.2015).

⁴⁷³ Hatta Yargıtay kararlarında "geriye etkili fesih" ibaresi kullanılmaktadır. Bkz. Yarg. 15 HD., E., 2004 / 5492 , K. 2005 / 3361 , T. 01.06.2005.Yarg. 15 HD., E. 2014 / 6400 , K., 2015 / 220 , T. 19.01.2015. Yarg. 15 HD., E. 2010 / 5131 , K. 2011 / 6028 , T. 18.10.2011 (SİB, 16.11.15)

106, 107, 108. maddelerinde de dönme yerine fesih kavramı kullanılmıştır. Bu karışıklığın sebebi, 818 sayılı Eski BK hükümlerinde sadece fesih terimine yer verilmiş olması, dönme teriminin kullanılmamış olmasıdır. 6098 Sayılı TBK ise, her iki terimi doğru yerlerde kullandığından, artık bu terim karışıklığına yer kalmamış olmalıdır.

Dönme ve fesih kavramlarının ne anlama geldiğinin belirlenmesi olaya uygulanacak yasa hükmünün belirlenmesinde önem taşır. Çalışmamız bakımından eser sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli bir sözleşme mi olduğu tartışmaları ışığında sorun çözümlenmeye çalışılacaktır.

Türk Borçlar Kanunu sisteminde ani edimli sözleşmeler temel alınarak sona erme halleri düzenlenmiştir. Sürekli edimli sözleşmelere bu hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Bunun bilincinde olan kanunkoyucu sürekli borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirileceğine yani sözleşmenin feshine ilişkin bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu hüküm karşılayan bir hükme, 818 sayılı Eski BK'da yer verilmemişti. TBK'nın "sürekli sözleşmelerde" başlığını taşıyan 126. maddesine göre; "*İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.*" Yeni TBK mad. 126 ile bu hüküm getirilmeden önce de sürekli sözleşmelerde temerrüt halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği kabul edilmekteydi⁴⁷⁴.

Böylece, sürekli borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı mad. 126'ya dayanan fesih hakkını kullandığında fesih anına kadarki borçlar var olmaya devam edecek, fesih anından sonraki borçlar sona erecektir⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ Bkz. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 28.

⁴⁷⁵ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 538; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s. 82; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 753. " ... ileriye etkili fesih sonucu tasfiye işleminin gerçekleştirilmesi için yüklenici tarafından %30 seviyede yapılan işin karşılığı olacak yüklenicinin ne kadar bağımsız bölüme hak kazandığının belirlenmesi, verildiği ihtilafsız olan iki adet bağımsız bölüm dışında yüklenicinin ayın olarak bağımsız bölüm istemekte hakkı olup olmadığı, ayın olarak bağımsız bölüm verilmesinin mümkün olmadığı hallerde yapılan iş ve bağımsız bölümlerin saptanacak değerlerine göre ivaz ilavesi suretiyle tasvijenin gerçekleştirilmesi ve yuşmazlığın giderilmesi gerekirken..." Yarg. 15. HD. 28.03.2011, 2010/6065, 2011/1878. (KIRMIZI, s. 993).

Sözleşmeden dönme halinde alacaklının talep edeceği zarar, baskın ve Yargıtay'ca kabul gören görüşe göre olumsuz zarar iken, sözleşmesinin feshi ile istenecek zarar olumlu zarardır⁴⁷⁶.

Sürekli borç yükleyen sözleşmelerde henüz ifaya başlanmamışsa TBK mad. 126 uygulama alanı bulmaz. Bu durumda alacaklı sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönebilir ve ayrıca olumsuz zararının tazminini talep edebilir.

B. Sözleşmeden Dönme Beyanının Hukuki Niteliği

Sözleşmeden dönme yenilik doğuran bir haktır. Böylece tek taraflı olarak kullanılan, karşı tarafa varması gereken irade beyanıdır. Sözleşmeden dönme için karşı tarafın kabulü gerekmez⁴⁷⁷. Böylece TBK mad. 473/f.1'in şartlarının gerçekleşmesi üzerine iş sahibinin tek taraflı irade beyanıyla sözleşme sona ermiş olacaktır.

Yenilik doğuran hak, bozucu, kurucu, değiştirici nitelikte olabilir. Sözleşmeden dönme bizim de katıldığımız klasik dönme teorisine göre mevcut bir sözleşmeyi başından itibaren geçersiz hale getirdiğinden bozucu yenilik doğuran bir haktır⁴⁷⁸. Ancak yeni dönme teorisini savunan bazı yazarlara göre sözleşmeden dönme değiştirici yenilik doğuran bir hak olarak kabul edilmektedir⁴⁷⁹.

Yenilik doğuran hak olan sözleşmeden dönme kural olarak koşula(şarta) bağlı olarak yapılmaz. Kural bu olmakla birlikte yenilik doğuran hakların bazı durumlarda koşula bağlı olarak kullanılabilmesi kabul edilmektedir⁴⁸⁰. Böyle bir durumun mümkün olabilmesi için koşul karşı tarafın zararına olmamalıdır⁴⁸¹.

⁴⁷⁶ Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 539; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s. 84; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 751. Bkz. Yarg. 14. HD, E. 2012/4621, K. 2012/5773, T. 19.4.2012. Yargıtay 3 HD, E. 1999/8869, K. 1999/9296, T. 20.9.1999. (KİB, 09.06.2015)

⁴⁷⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 16; OĞUZMAN/BARLAS, s. 164; KURT, s.285; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 182.; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 50; ATAMULU, s. 137.

⁴⁷⁸ Ayrıntılı açıklama için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 964; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 49; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s. 74.

⁴⁷⁹ Bkz. ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 49.

⁴⁸⁰ OĞUZMAN/BARLAS, s. 164.

⁴⁸¹ Doktrinde bu duruma örnek olarak, bir ayda bir hafta boyunca işe gelmeyen işçiye karşı işverenin bir gün daha gelmemesi halinde sözleşmeyi sona erdireceğine ilişkin beyanı verilmektedir. OĞUZMAN/BARLAS, s. 164.

Önemle belirtmek gerekir ki sözleşmeden dönme yenilik doğuran bir hak olduğundan kullanıldıktan sonra geri alınması mümkün değildir⁴⁸². Pişman olan tarafların yapabileceği şey, tekrar aynı şartlarla bir sözleşme yapmaktır. Dönmenin geri alındığı hususunda iş sahibi ve yüklenici arasındaki bir anlaşma, sona erenle aynı şartlarla yeni bir sözleşme yapıldığı şeklinde yorumlanacaktır.

C. Sözleşmeden Dönme Beyanının Şekli

İş sahibi sözleşmeden dönme hakkını yöneltmesi gerekli tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilir⁴⁸³. Bu beyan yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. İspat sorunu ile karşılaşılması için beyanın yazılı olarak yapılması yerinde olacaktır.

Tarafların tacir olduğu eser sözleşmelerinde ise dönme beyanı şekle tabi kılınmıştır. Zira burada TTK 18/f.3 hükmü uygulama alanı bulacaktır. İlgili hükme göre, tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır. Böylece, tacir iş sahibi tarafından öngörülen şekle uyulmadan dönme beyanında bulunulması halinde bu beyan şekle aykırılıktan dolayı hüküm doğurmayacaktır⁴⁸⁴.

Sözleşmeden dönme için kural olarak dava açılmasına da gerek yoktur. Böylece hakimin kararına gerek kalmadan tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönme mümkündür⁴⁸⁵. Kural olarak TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için dava açmasına ihtiyaç olmayacaktır. Ancak Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından farklı bir sonuca varmaktadır. Yargıtay'a göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri şekle tabi olarak noterde düzenleme şeklinde yapıldığından karşı taraf kabul etmedikçe sözleşmeden tek taraflı irade beyanıyla dönülemeyecektir. Bu durumda sözleşmeden dönme ancak hakimin

⁴⁸² Von TUHR, s. 137; BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 256.

⁴⁸³ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s. 467 vd.

⁴⁸⁴ BUZ, Yenilik Doğuran Haklar, s. 253-254. Ancak tacirlerin akdettiği her sözleşmeden dönmenin şekle tabi olduğu söylenemez. Eğer tacir ticari işletmesi için değil kendi özel kullanımı için –örneğin yazın kullandığı evinin çatısının yapımı için- eser sözleşmesi addetmişse bu sözleşmeden dönme şekle tabi değildir. ÖZ, İnşaat, s. 170.

⁴⁸⁵ Uyuşmazlık halinde hakimin hakkın kullanılma şartlarının oluşup oluşmadığına ilişkin vereceği kararın tespit hükmü niteliğinde olacağına ilişkin bkz. ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 49.

vereceği kararla mümkün olacaktır⁴⁸⁶. Böylece, karşı tarafça dönmenin kabul edilmediği hallerde ancak dava yoluyla kat karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmek mümkün olacaktır. Nitekim, Yargıtay'ın bu yöndeki içtihadı karşısında, yüklenicinin işe zamanında başlamadığını işin ifasında geciktiğini gören iş sahibi ancak dava açarak TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince vadeden evvel sözleşmeden dönebilecektir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁸⁷. Burada dönme beyanını mahkemeye başvurularak kullanma mecburiyetinin yasal temeli yoktur. Yenilik doğuran bir hakkın, dava açmaya, hakimden karar almaya gerek olmaksızın kullanılabilmesi gerektiği belirtilmektedir.

Kuşkusuz ki taraflar, akdettikleri sözleşmede sözleşmeden dönmeyi şekle tabi kılabilir. Örneğin, taraflar akdettikleri eser sözleşmesinde sözleşmeden dönmenin ancak noter tarafından resen hazırlanmış veya onaylanmış bir belgeyle yapılabileceğini kararlaştırabilirler. Böylece, söz konusu eser sözleşmesinde, yüklenicinin TBK mad. 473/f.1 hükmüne aykırı davranışından dolayı dönmek isteyen iş sahibinin, kararlaştırılan şekil şartına uyması gerekir⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri de, Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde tanımlanan eser sözleşmesinin bir türü olup, karşılıklı haklar sağlayan ve borçlar yükleyen iki taraflı sözleşmelerdendir. Tarafların anlaşmaları gereğince veya mahkeme kararı ile fesih olunmadıkça ya da sözleşmenin bir tarafça devri hususunda taraf iradeleri birleşmedikçe veyahut da sözleşme batıl olmadıkça, edimlerin ifasında objektif yani kusursuz imkansızlık bulunmadıkça arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ve dolayısıyla yanlar arasındaki akti ilişki, tarafların tek yanlı irade bildirimleriyle sona ermez. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde “düzenleme” şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakimin kararına ihtiyacı vardır. O halde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla, dönme iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir.” Yargıtay 14. HD, E. 2010/5177, K. 2010/7104, T. 15.6.2010. (KİB, 13.10.2015). Aynı yönde; Yargıtay 15 HD, 28.05.2003, 722/2796, DUMAN, Kat Karşılığı, s.104. Kurt'a göre, Bu durumda sözleşmeden dönme anı mahkemece dönmenin koşullarının tespit edildiği an olacaktır. Oysa, sözleşmeden dönme anı dönme beyanının karşı tarafa ulaştığı andır. Dönme anının tespiti dönmenin hukuki sonuçları bakımından büyük öneme sahiptir. Örneğin, tarafların elde ettiklerini iade borcunun doğduğu an sözleşmeden dönme andır. Bkz. KURT, s. 286-287.

⁴⁸⁷GÜMÜŞ, s. 40; KURT, s. 286; ATAMULU, s. 138.

⁴⁸⁸ Sözleşmeden dönmenin serbestçe kullanılmasının gerekli olduğu durumlarda, sözleşmeden dönmeyi şekle tabi kılan anlaşmanın geçerli olmayacağına ilişkin bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.473.

D. Sözleşmeden Dönme Üzerine İş Sahibinin Genel Olarak Borçları

1. Genel Olarak

TBK 473/f.1 hükmü ile iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı düzenlenmiş ancak sözleşmeden dönmenin sonuçlarına değinilmemiştir⁴⁸⁹. Bu nedenle genel olarak sözleşmeden dönmenin sonuçları ele alınmalıdır. Sözleşmeden dönmenin ilk sonucu dönme ile birlikte tarafların her ikisinin de edimlerini ifa borçlarından kurtulmalarıdır. Sözleşmeden dönmenin bu sonucuna doktrinde, sözleşmeden dönmenin geleceğe ilişkin sonucu denilmektedir⁴⁹⁰. Böylece iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönmesi üzerine, henüz taraflar hiçbir ifada bulunmamışlarsa – örneğin yüklenicinin işe zamanında başlamaması sebebiyle sözleşmeden dönülmüşse- her iki taraf da dönme ile birlikte ifadan kurtulmuş olur.

Sözleşmeden dönmenin ikinci sonucu ise daha önce ifa edilen edimlerin iadesidir. Buna da doktrinde sözleşmeden dönmenin geçmişe yönelik sonucu denilmektedir⁴⁹¹. Böylece eğer iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönmesi anında ifa edilmiş borçlar varsa bunların iade talepleri söz konusu olacaktır.

2. Tarafların İade Yükümlülükleri

Tarafların sözleşmeden dönmesi üzerine daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesinde aşağıda değineceğimiz ve kabul edilen görüşe göre farklı hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu konudaki görüşlerin ayrıntılı incelemesi konumuz dışında olduğundan aşağıda bu görüşleri kısaca açıklamaya çalışacağız.

a. Klasik Dönme Görüşü

Sözleşmeden dönme, yöneltilmesi gerekli tek taraflı irade beyanıyla mümkündür. Eser sözleşmesinde sözleşmeden dönmenin sonuçlarına göre iadenin hangi hukuki temele dayanağı tespit edilecektir. Bu konuda doktrinde üç görüş ileri sürülmektedir.

⁴⁸⁹ Oysa eser sözleşmesinin sona ermesine ilişkin hükümler arasında bunun sonuçlarına yer veren düzenlemeler yar almaktadır. Zira TBK mad. 484 gereğince sözleşmeyi keyfi olarak sona erdiren iş sahibi tam tazminat ödemekle yükümlüdür. Yine TBK mad. 486 gereğince yüklenicinin ölümü veya kusuru bulunmadan eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda, yüklenicinin kişisel yetenekleri dikkate alınarak yapılan eser sözleşmesi kendiliğinden sona ererken; eserin tamamlanan kısmını kullanabilecek olan iş sahibinin bunun karşılığını ödemekle yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir.

⁴⁹⁰ KURT, s. 291.

⁴⁹¹ KURT, s. 291; GAUCH, Werkvertrag, N. 684, s. 273.

Doktrinde yapılan bu tartışmalar ani edimli sözleşmelere ilişkindir. Zira sürekli edimli sözleşmelerde sözleşme geçmişe dönük değil; ileriye etkili olarak sona erer.

Sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin ilk görüş, baskın görüş olan klasik görüştür⁴⁹². Klasik görüşe göre eser sözleşmesinden dönme ile birlikte sözleşme başından itibaren geçersiz hale gelir ve taraflar artık ifa talep edemezler.

Sözleşmeden dönme ile esas çözümlenmesi gereken daha önce yapılan ifaların iadesi sorunudur. Sözleşmeden dönme ile taraflar önceden yapılan ifaların iadesi ile yükümlü olurlar. Klasik görüş kabul edilirse, burada önceden ifası yapılmış edimler artık hukuki sebepten yoksun olduğundan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadeleri gerekir⁴⁹³. Bu durumda sözleşmesel ilişki başından itibaren sona erdiğinden TBK'nın sebepsiz zenginleşmeye ilişkin 77 vd. hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Sebepsiz zenginleşmeler ifa sonucu sebepsiz zenginleşmeler ve ifa dışı sebepsiz zenginleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁹⁴. İfa sonucu sebepsiz zenginleşmeler ise, geçerli olmayan veya gerçekleşmemiş ya da sona ermiş bir sebebe dayanan zenginleşmeler olarak ortaya çıkarlar. Sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisi başından itibaren sona ereceğinden burada sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan bir sebepsiz zenginleşme olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁵.

Klasik görüş yanlıları⁴⁹⁶ sözleşmeden dönme ile sözleşmenin başından itibaren sona ereceği ve daha önce yapılmış ifaların artık sebepsiz kalacağı görüşünden bir noktada ayrılmaktadırlar. Getirilen bu istisna dönülen sözleşmeye dayanarak daha önce aynı hak kazanmış olanların kazanımlarıdır. Böylece sözleşmeden dönme ile

⁴⁹² Bu görüşe ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Bkz. ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 39; NOMER, s. 208; ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 28; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 175; ÖZ Turgut; Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.13, Sayı:16, s.134.; DAYINLARLI, s. 103; KARACA, İnşaat Sözleşmesi, s. 138.

⁴⁹³ Bkz. ÖZ Turgut; Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, İstanbul 1990, s. 101. (Bundan sonra "ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme" şeklinde anılacaktır); OĞUZMAN/ÖZ, C.I s. 530; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 34; ANIK, s. 225; KURT, s. 292; YAKUPPUR, s. 115; NOMER, s. 305; ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 277; COŞKUN, s. 127.

⁴⁹⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 736; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 608 vd; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.321; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 79 vd.; NOMER, s.204; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 277 vd; İNAN/YÜCEL, s. 492 vd.

⁴⁹⁵TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 621; KURT, s. 292; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 35; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 530; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 536.

⁴⁹⁶ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. von TUHR, s. 627; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 39; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 520.

söz konusu aynı hak kazanımları doğrudan önceki hak sahibine geri dönmeyecek, sebepsiz zenginleşme talebiyle geri istenebilecektir⁴⁹⁷. Ancak klasik görüşü savunan bazı yazarlara göre, sözleşmeden dönme ile birlikte sebebe bağlı(illî) aynı hak kazanımları bakımından farklı bir sonuç kabul edilmektedir. Böylece klasik görüşü savunan yazarlar bu konuda birbirinden ayrılmaktadır. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme ile birlikte taşınmazlar bakımından daha önce yapılan tesciller yolsuz hale geldiğinden “tapu kaydının düzeltilmesi davası” ile tescil düzeltilir⁴⁹⁸. Çünkü taşınmazlar bakımından yapılan tesciller sebebe bağlıdır⁴⁹⁹. Böylece sebepsiz zenginleşmede iade bakımından kısa olan iki yıllık süre sebebiyle iade alacaklısı korunmak istenmiştir. Zira, tapu kaydının düzeltilmesi davası her zaman açılabilir⁵⁰⁰. Bu görüş farkı, çalışmamız bakımından, kat (arsa payı) karşılığı inşaat sözleşmeleri uyarınca devredilmiş arsa paylarının iadesinde önem taşıyacaktır.

İfa edilen edimlerin iadesinde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacağından TBK mad. 82 gereğince iade borcunda zamanaşımı süresi hak sahibinin geri isteme hakkının varlığını öğrendiği tarihten itibaren iki yıl olacaktır. Bu süre sözleşmeden dönmeye dönme bildirimini ulaştığı andır⁵⁰¹. Her halükarda zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle de iade istemi zamanaşımına uğrayacaktır⁵⁰².

Sözleşmeden dönme ile ifa edilmiş edimlerin iade borcunun kapsamının tayininde TBK'nın 79- 81 maddeleri uygulama alanı bulacak, zenginleşenin iyiniyet veya kötü niyetine göre iade borcunun kapsamı tayin edilecektir⁵⁰³. Sözleşmeden

⁴⁹⁷ Bkz. ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 352'da yer alan açıklamalar. KURT, s. 292.

⁴⁹⁸ Bu görüşe doktrinde aynı etkili dönme teorisi adı verilmektedir. Bkz. BUZ, Sözleşmeden Dönme, s. 121; KURT, s. 293.

⁴⁹⁹ Taşınır bakımından ise bunların tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı olduğu kabul edilirse aynı tartışma söz konusu olacaktır. Eğer sebebe bağlı olduğu kabul edilmezse -zira bu konuya ilişkin bir düzenleme MK'da mevcut değildir- aynı hak doğrudan eski sahibine dönmeyecek ve sebepsiz zenginleşme hükümleriyle talep edilebilecektir. ÖZ, Klasik Dönme Kuramı, s. 140. Taşınır devrinin sebebe bağlı olup olmadığına ilişkin tartışmalara ilişkin bkz. ESENER/GÜVEN, s. 300-301; ERTAŞ Şeref; Eşya Hukuku, İzmir 2014, s. 485-486. Taşınır devrinin, alışveriş hayatının istikrarı gereği soyutluk görüşünün kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. ARIKAN Mustafa; Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık Sorunu, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, Y. 2008, s. 88. Taşınmazlar ve taşınır arasında fark yaratılmaması için sebebe bağlılık görüşünün kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. TEKİNAY, s. 4.

⁵⁰⁰ KURT, s. 294; Ayrıntılı açıklama için bkz. ÖZ, Klasik Dönme Kuramı, s. 140.

⁵⁰¹ ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 35; KURT, s. 292; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 530; YAKUPPUR, s. 116; NOMER, s. 305.

⁵⁰² Bkz. ANIK, s. 225; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 35.

⁵⁰³ Sebepsiz zenginleşmede iade borcunun kapsamı açısından bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 729 vd; ÖZ, Sebepsiz Zenginleşme, s. 145 vd.; TUNÇOMAĞ, Genel hükümler, s. 636 vd; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s.337 vd. ; NOMER, s. 212.;

dönme ile borçlunun ödeyeceği tazminat katıldığımız baskın ve Yargıtay'ca kabul edilen görüşe göre olumsuz (menfi) zarardır⁵⁰⁴.

TBK'nın 125. maddesinin son fıkrasında, “Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.” ifadesine yer verilmiştir. TBK sisteminde de sözleşmeden dönme halinde ifa yükümlülüğünün sona ermesi ve önceki ifaların geri istenebileceğine ilişkin düzenleme klasik görüşü destekler niteliktedir. Bizce de sözleşmeden dönme halinde sözleşme başından itibaren geçersizdir ve taraflar daha önce ifa ettikleri edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri talep edebilirler. Böylece, TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönülmesi durumunda daha önce ifa edilen edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşecektir.

b. Yasal Borç İlişkisi Görüşü

Sözleşmeden dönmenin borç ilişkisine etkisi bakımından ikinci görüş yasal borç ilişkisi teorisidir. Bu görüşü savunan yazarlara göre⁵⁰⁵ burada gerçek anlamda bir sebepsiz zenginleşme bulunmamaktadır. İfa edilen edimlerin iadesinin temelini karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt halinde uygulanan TBK'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrası oluşturmaktadır⁵⁰⁶.

Eğer yasal borç ilişkisi teorisi kabul edilirse eser sözleşmesinden dönülmesi durumunda borç ilişkisi ortadan kalkar ancak başından itibaren hükümsüz hale

KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 540 vd.; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 285; YÜCEL/İNAN, s. 498. Özellikle iyiniyetli sebepsiz zenginleşen bakımından bkz. ULUSAN, Sebepsiz Zenginleşme, s. 129 vd.

⁵⁰⁴ Bkz. ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 35; ANIK, s. 225. Burada sözleşmelere ilişkin bazı hükümlerin uygulama alanı bulacağı örneğin zamanaşımı süresinin 10 yıl olacağına ilişkin bkz. ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 35.

⁵⁰⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 968; ALTOP Atilla; Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990, s. 277.

⁵⁰⁶ ANIK, s. 225; OĞUZMAN/ÖZ, s. 532.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 968; YAKUPPUR, s. 116; ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 280; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 175-176; ÇOŞKUN, s. 128. Yasal borç ilişkisi görüşünün kabul edilmesinin temelinde Eski BK mad. 66 (TBK mad. 82) hükmündeki kısa zamanaşımı süresinden kurtulmaktır. ULUSAN İlhan; Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.5, S.7 (1971), s. 163.

gelmez. Eser sözleşmesinde daha önce yüklenicinin veya iş sahibinin ifa ettiği edimlerin iadesi tamamen TBK mad. 125/f.3'e dayanır⁵⁰⁷.

Yasal borç ilişkisi teorisine göre sözleşmeden dönme tam anlamıyla bir sebepsiz zenginleşme teşkil etmediğinden edimlerin iadesinde sebepsiz zenginleşme zamanaşımı değil, genel zamanaşımı olan 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.

Yasal borç ilişkisi görüşüne göre her ne kadar iade isteminde sebepsiz zenginleşme zamanaşımı süresi uygulanmasa da, iadenin kapsamını belirlemede sebepsiz zenginleşmede iadeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmektedir⁵⁰⁸. Bu kabulün sebebi, TBK mad. 125 hükmünde bu konuda bir açıklık olmamasıdır⁵⁰⁹.

c. Yeni Dönme Görüşü

Sözleşmeden dönmenin borç ilişkisine etkisine ilişkin son görüş ise yeni dönme teorisi olarak isimlendirilmektedir⁵¹⁰. Bu görüşe göre⁵¹¹, dönme ile birlikte sözleşmenin geçerliliğine etki edilmemektedir. Sözleşme ne başından itibaren geçmişe etkili olarak ne de ileriye etkili olarak sona ermemektedir. Dönme üzerine sadece tasfiye ilişkisi meydana gelir. Sözleşme tamamen ortadan kalkmamaktadır⁵¹².

Klasik dönme görüşünden farklı olarak yeni dönme görüşüne göre sözleşmeden dönme değiştirici yenilik doğuran bir haktır⁵¹³.

Yeni dönme teorisinde sözleşme sona ermediğinden ve tasfiye sürecine girildiğinden ifa edilen edimlerin iadesinde sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaz. İade borcu gene aynı sözleşmeden doğan bir borçtur⁵¹⁴.

⁵⁰⁷ UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 176; ÇOŞKUN, s. 128.

⁵⁰⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 968; OĞUZMAN/ÖZ, s. 532; YAKUPPUR, s. 116; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 176.

⁵⁰⁹ UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 176.

⁵¹⁰ Doktrinde bu görüş için "dönüşüm" terimi de kullanılmaktadır. Bkz. KURT, s. 302; ŞENOCAK, s. 49.

⁵¹¹ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s. 369; KURT, s. 302; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 49; SEROZAN, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s. 237.

⁵¹² OĞUZMAN/ÖZ, s. 533; BÜYÜKAY, Eser, s. 133; NOMER, s. 307; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 49; NOMER, s. 307; ANIK, s. 226; YAKUPPUR, s. 116-117; ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 281; UÇAR, s. 176; ÖZ, Klasik Dönme Kuramı, s. 134; ÇOŞKUN, s. 129.

⁵¹³ ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s.49; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 176; ÖZ, Klasik Dönme Kuramı, s. 134.

⁵¹⁴ KURT, s. 294-295; ANIK, s. 226; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 177; ÖZ, Klasik Dönme Kuramı, s. 134; ÇOŞKUN, s. 129.

Yeni dönme görüşüne göre ifa edilen edimlerin iadesinde zamanaşımı süresi TBK mad. 146 gereğince 10 yıldır⁵¹⁵.

Yeni dönme görüşüne göre sözleşme sona ermediği ve tasfiye sürecine girdiğinden olumlu (müspet) zararın tazmini talep edilebilir.

d. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay klasik görüşü kabul ederek sözleşmeden dönme halinde sözleşmenin baştan itibaren sona ereceğini belirtmektedir⁵¹⁶. Böylece Yargıtay iadenin sebepsiz zenginleşme kurallarına göre yapılacağını kabul etmektedir⁵¹⁷. Böylece kural olarak TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde ifa edilen edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanarak yapılacaktır. Ancak Yargıtay'ın iade zamanaşımı süresinin 10 yıl olduğuna ilişkin kararları bulunmaktadır⁵¹⁸. Yargıtay kararlarının hemen hemen tamamında yanlış olarak “geriye etkili fesih” ifadesine yer verilmiştir. Oysa burada kastedilen sözleşmeden dönmedir.

Çoğu bitmiş yapılar açısından Yargıtay 25.01.1984 tarihli içtihadı birleştirme kararında, çoğu tamamlanmış yapılarda sözleşmeden dönmenin geçmişe etkili olarak sözleşmeyi ortadan kaldırmasının her zaman adil sonuçlar yaratmayacağı sonucundan hareketle, bazı durumlarda sözleşmeden dönmenin fesih niteliğinde kabul edilerek ileriye etkili sona ereceğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁵¹⁹.

⁵¹⁵ ÖZ, Klasik Dönme Kuramı, s. 138; ÇOŞKUN, s. 128.

⁵¹⁶ Bkz. Yarg. 15 HD, E. 1981/1264, K. 1981/1579, T. 6.7.1981. (KİB, 09.06.2015)

⁵¹⁷ Yarg. 15. HD., E. 2014 / 3088 , K. 2015 / 1750 , T. 06.04.2015. Yargıtay, karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da aynı sonuca varmaktadır. Bkz. Yargıtay 15 HD., E. 2012 / 4545, K. 2013 / 4104 T. 24.06.2013 (SİB, 09.11.15)

⁵¹⁸ “Davacı işveren, aylığını peşin alan hizmetlinin işe gelmemesi sebebiyle BK'nın 107. maddesi gereğince akdi feshetmiş ve peşin aylığı geri istemektedir. Bu istek hukuki nitelikçe BK'nın 108. maddesinin 1. fıkrası hükmünce öngörülen bir ödeve dayanmaktadır. Bu özel hüküm sebepsiz mal edinmenin geri verilmesi hükmü olmayıp, ortadan kalkan akdin doğurduğu bir sonuçtur ve sebepsiz mal edinmeden ayrı olarak kanuna koyulmuştur. Bu yüzden geri alma alacağı akde dayanan bir alacaktır ve zamanaşımı süresi, 125. Madde uyarınca on yıldır” YGK, 17.10.1962, 14 E. 35 K. (KARAHASAN Mustafa Reşit; Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2003, s. 1137.

⁵¹⁹ “İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. Maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medenî Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğurur.” Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, E. No. : 1983/3 K. No. : 1984/1, RG 27.02.1984, Sayı:18325.

Yargıtay'ın bu içtihadı birleştirme kararı⁵²⁰ karşısında inşaat sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda ilk derece mahkemeleri öncelikle, gerek duyulursa yerinde yeniden keşif de yapılarak bilirkişiye inşaatın ne aşamada olduğu, getirildiği seviye ve eksiklikler varsa bunların ne olduğu ayrıntılı olarak incelettirmekte ve bu konuda rapor almaktadırlar. Daha sonra sözleşmenin feshi gerekip gerekmediği, gerekiyorsa feshin geriye veya ileriye etkili yapılacağı değerlendirmekte ve sonuca varmaktadırlar⁵²¹. Sözleşmeden dönme yerine feshin kabul edilmesi için eserin tamamlanma oranının ne kadar olması gerektiğine ilişkin kesin bir sınır getirilmemiştir. Buna karşın içtihadı birleştirme kararını takip eden yıllarda “işin yarısından fazlasının yapılmış olması ” yeterli sayılırken, Yargıtay kararlarında bu oran aradan geçen otuz yıl boyunca sürekli artarak, %60 , %70, %80 ve nihayet %90 ve üzerinde bir oran olması gerektiği yönünde bir içtihat oluşmuştur⁵²². Son haliyle bu içtihat, eksik ifayı neredeyse ayıplı ifa yakınına çekmiştir.

Yargıtay'ın bu içtihadı birleştirme kararının sonucunun doğru olduğunu belirtilmekle birlikte, ancak kararın dayanağının yerinde olmadığı gerekçesiyle öğretide Sungurbey tarafından eleştirilmektedir⁵²³. Yazara göre bu durumda kıyas

⁵²⁰ Kural olarak Borçlar Kanunu sisteminde ani edimli sözleşmeler esas alınarak sözleşmenin sona ermesine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Ancak Yargıtay'ın bu içtihadı birleştirme kararından yıllar sonra yürürlüğü giren 6098 Sayılı TBK'da sürekli edimli sözleşmelerin sona ermesine ilişkin hükümlere eser sözleşmesi bakımından aşırı ifa güçlüğünde sözleşmeden dönme bakımından TBK mad. 480/f.2 hükmünde dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda yüklenicinin ancak sözleşmeyi feshedebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Böylece Yargıtay'ın içtihadına paralel bir düzenleme yapılmıştır. Ayrıntılı açıklama için bkz. GÜMÜŞ, s. 44. Yine TBK mad. 126 hükmünde sürekli edimli sözleşmelerde temerrüdün sonuçları düzenlenmiştir. Eser sözleşmesinin ani edimli sözleşme olduğunu kabul ettiğimizden bu hüküm ancak dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda uygulanabilecektir.

⁵²¹ Uygulamada rapor alınmadığı durumlarda Yargıtay, bu gerekçeyle inşaatın hangi aşamaya geldiğinin tespit edilmesi için rapor alınması yönünde kararlar vererek ilk derece mahkemelerinin kararlarını bozma yoluna gitmektedir. Bkz. Yargıtay 15 HD. E. 2002/6192, K. 2003/2460, T. 6.5.2003.

⁵²² Yargıtay %74'lük bir tamamlanma oranının ileriye etkili feshin için yeterli olmadığı sonucuna varmıştır. Bkz. Yarg. 15. HD., E.2005/6210, K. 2006/397, T. 01.02.2006. (KIRMIZI, s. 184-185). Bkz. COŞKUN, s. 118 vd.'nda yer alan kararlar. Yargıtay 1997 tarihli bir kararında sözleşmenin ileriye etkili feshi bakımından genel bir oran getirilmesinin mümkün olmadığından hareketle %90 üzerinde bir oranın varlığın hainde ileriye etkili feshi kabul etmektedir: “Sözleşmeye göre, yüklenici, inşaatları tamamladığı takdirde, anılan parsellerin tapusuna hak kazanacaktır. Oysa sözleşmenin fesh edildiği tarih itibarıyla inşaatı tamamlama oranı % 67 veya % 68.67'dir. Kaldı ki, bu oran % 83 dahi olsa, feshin ileriye etkili sonuç doğurmasına engeldir. Gerçi, bu konuda, kıstas 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.” Yargıtay 15 HD. E. 1997 / 3723 , K. 1997 / 5352 , T. 12.12.1997. (SİB, 06.11.2015)

⁵²³ SUNGURBEY İsmet; Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlananın Kusuruyla İşi Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlayanca Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BK 106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği durumlarda MK. 2'deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki

yoluyla ayıplı ifa durumunda sözleşmeden dönmeye ilişkin TBK mad. 475 hükmünün eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlu temerrüdü halinde de bazı şartlarla uygulanabileceği, TMK mad. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralının ikincilliği ilkesinin ihlal edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir⁵²⁴. Böylece yasada örnekseme yoluyla uygulanabilecek bir düzenlemenin varlığı halinde öncelikli olarak o hüküm uygulanmalıdır.

Yargıtay’ın 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararı öğretide Öz tarafından da⁵²⁵ eleştirilmektedir. Yazara göre, inşaat sözleşmeleri içtihadta kabul edilenin aksine ani-sürekli karmaşığı değil, ani nitelikli sözleşmelerdir. Bu nedenle tamamlanma oranını ne olursa olsun sözleşmeden dönme geçmişe etkili olarak sonuç doğurmalıdır. Yazara göre ancak yüklenici temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat ederse sona erme ileriye etkili sayılabilir. Yukarıda değindiğimiz üzere, Yargıtay’ın ileriye etkili sona erme için aradığı oranı %90’lara çekmesi, içtihadı birleştirme kararının sonuçlarından utangaç bir vazgeçmeyi ifade etmektedir.

Çoğu tamamlanış yapılarla ilgili Yargıtay’ın bu içtihadının yanında, inşaatın çoğu bitmiş olsa dahi eğer inşaat projeye aykırı ve iskan izni alınamayacak durumda ise sözleşmenin ileriye etkili feshedilemeyeceğini kabul edilmektedir⁵²⁶. Bu durumda yapı yıkılmaya mahkum olduğundan, fiziki olarak ne ölçüde bitmiş olursa olsun, iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir. Fakat bu durumu, sadece yapının değil sözleşmenin de imar şartlarına aykırı olması ile karıştırmamalıdır. İkinci durumda, esasen sözleşme başlangıçtaki hukuki imkânsızlık sebebiyle hükümsüz olur. Ne dönme ne de feshe yer kalır.

Kural olarak TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönmenin geriye etkili sonuç doğuracağını kabul etmemiz karşısında TBK mad. 473/f.1 gereğince erken dönme bakımından da Yargıtay’ın 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararının

25.1.1984 Gün, 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Üstüne Birkaç Not, Medeni Hukuk Sorunları, İstanbul 1984, s. 589 vd.

⁵²⁴ SÜNGÜRBEY, s. 601.

⁵²⁵ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 181.

⁵²⁶ “Davacı arsa sahipleri, inşaatın kararlaştırılan süre içinde teslim edilmediği iddiasıyla kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshini talep etmişlerdir. Dosya kapsamından inşaatın büyük oranda tamamlandığı, projeye aykırılıkların bulunduğu, iskan ruhsatının alınmadığı, alınması için yapı denetim raporunun temininin gerektiği anlaşılmaktadır. Projeye aykırı ve iskan alınamayacak durumda olan inşaatla ilgili sözleşmenin geriye etkili feshi gerekirken delillerin takdirinde yanılıya düşülerek mahkemece sözleşmenin ileriye etkili feshi isabetsizdir.” Yargıtay 15 HD, E. 2005/6210, K. 2006/397, T. 1.2.2006. (KİB, 30.09.2015)

değerlendirilmesi gerekecektir. Başka bir deyişle, TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönme hallerinde de 1984 tarihli içtihat uygulanarak sözleşmeden dönme ileriye etkili sonuç doğuracak mıdır?

Yukarıdaki soruya dürüstlük kuralı çerçevesinde yanıt vermek gerekir. Böylelikle eğer henüz vade tarihi gelmeden, işin büyük bir çoğunluğunun bitirileceğinin anlaşılması durumunda iş sahibinin 1984 tarihli içtihadın uygulanması yoluyla daha en başından sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebileceğini veya vade tarihini beklemek zorunda olduğunu söylemek her zaman mümkün değildir. Bizce, henüz daha işin başında eserin büyük çoğunluğunun vade tarihine tamamlanacağı ve iş sahibi bakımından önemsiz olan az bir kısmının kalacağı hallerde dürüstlük kuralına göre sonuca varmak gerekir⁵²⁷. Dürüstlük kuralı gerektiriyorsa iş sahibinin sözleşmeden dönemeyeceği kabul edilebilir. Bu da ancak işin büyük çoğunluğunun tamamlanacağı ve geriye kalan kısmın iş sahibi bakımından çok önemsiz olacağı durumlarda söz konusu olabilir. Yoksa daha en başından işin vade tarihine yetişmeyeceğinin ancak büyük bir kısmının tamamlanacağını anlaşıldığı hallerde iş sahibinin sözleşmeden dönemeyeceği, sözleşmeyi ileriye etkili feshedebileceğini söylemek bizce doğru değildir. Çünkü burada gelecekteki bir olayın sonuçları çok önceden tespit edilmeye çalışılmaktadır ki bu son derede güçtür. Bu durum ancak eserin büyük çoğunluğunun tamamlandığı durumlarda geriye kalan kısmın vadeye tarihine yetişemeyeceğinin anlaşılması durumunda olur ki, ancak böyle bir durumda sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ereceği kabul edilebilir. Kuşkusuz ki, TBK mad. 473/f.1'in uygulandığı durumlarda daha henüz eserin icrasına hiç başlanmadığından ya da icrasında gecikme olduğundan eserin büyük kısmının tamamlandığı durumlara pek rastlanmayacaktır.

3. TBK mad. 473/f.1 Gereğince İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Üzerine Sözleşmenin Tasfiyesi

İş sahibinin TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönmesi üzerine daha önce ifa edilen edimler bakımından hem iş sahibinin hem de yüklenicinin iade yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Biz sözleşmeden dönme üzerine sözleşmenin tasfiyesi bakımından klasik görüşten hareketle aynı etkili dönme görüşünü kabul ettiğimizden açıklamalarımızı bu görüşten yola çıkarak yapmaya çalışacağız.

⁵²⁷ İchtihadın yorum yoluyla genişletilmemesi gerekir. Bkz. Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 136.

a. İş Sahibinin İade Borcu

İş sahibinin TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönmesi üzerine iade borcunu açıklarken sözleşme konusu eserin taşınır veya taşınmaz olmasına göre iadenin kapsamını ayrı ayrı belirlemek gerekir. İlk olarak, sözleşme konusu eğer bir taşınır eser yapımı ise ve bu eser yüklenicinin malzemesi ile yapılmaya başlanmış olmasına rağmen teslim tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılması ile iş sahibi sözleşmeden dönmüş ise, tamamlanmamış eser hala yüklenicide olduğundan ve iş sahibine teslim edilmediğinden iş sahibi açısından iadesi gereken bir şey bulunmamaktadır⁵²⁸.

Yüklenici tarafından yapılmaya başlanan taşınır eser için malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa, sözleşmeden dönülmesi üzerine sözleşme başından itibaren geçersiz hale geleceğinden artık yüklenici başkasının malını kullanarak bir taşınır eser meydana getirdiğinden burada TMK mad. 775 “işleme” hükümleri uygulama alanı bulabilir. Böylece henüz tamamlanmamış eserin mülkiyeti, malzemenin değerinin fazla olması halinde iş sahibine, emeğin değerinin, şeyin değerinden fazla olması halinde yükleniciye ait olacaktır⁵²⁹. Kuşkusuz ki, TBK mad. 473/f.1’e dayanarak sözleşmeden dönme durumlarında çoğu zaman işin ufak bir kısmının tamamlandığı durumlarla karşılaşılacağından emeğin değerinin eserin değerinden fazla olduğu durumlara pek rastlanmayacaktır.

Eğer eser sözleşmesinin konusu bir taşınmaz inşası ise iade bakımından farklı kurallar uygulama alanı bulacaktır. Uygulamada daha az karşılaşılabilecek olmakla birlikte, taşınmaz inşaatın yüklenicinin arazisi üzerine yapılmaya başlanmasından sonra iş sahibi, TBK mad. 473/f.1’in şartlarının gerçekleşmesi üzerine sözleşmeden vade tarihinden evvel dönerse, TMK mad. 718/f.2 gereğince yüklenicinin arazisi üzerindeki inşasına başlanan yapının mülkiyeti yükleniciye ait olacağından iş sahibi bakımından herhangi bir iade yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır⁵³⁰. İnşaatın bir üçüncü kişinin arazisinde yapılması halinde ise, ayrı bir iade taahhüdü yoksa gene iş

⁵²⁸ KURT, s. 305.

⁵²⁹ Bkz. ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 236-237. Ancak yeni dönme görüşünü savunan yazarlara göre, sözleşme başından itibaren geçersiz olmadığından ve sadece sözleşmenin içeriği değiştiğinden, malzeme iş sahibi tarafından sağlandığından eserin mülkiyeti henüz yapım aşamasında da iş sahibine ait olacaktır. Bkz. KURT, s. 306 ve dp. 522’de yer alan açıklamalar.

⁵³⁰ KURT, s. 308.

sahibinin değil, bu üçüncü kişinin sebepsiz hale gelen zenginleşmesini iade yükümü söz konusu olacaktır⁵³¹.

Yüklenici tarafından inşasına başlanan taşınmaz yapı iş sahibinin arazisi üzerinde yapılıyorsa –ki uygulamada çoğunlukla bu şekildedir- bu durumda acaba iade bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri değil, daha özel düzenleme olan TMK mad. 722-724 haksız inşaat hükümleri uygulama alanı bulabilecek midir? Zira burada yüklenici kendi malzemesi ile başkasının arazisi üzerine geçerli bir sebebe dayanmayan bir taşınmaz inşa etmeye başlamıştır⁵³². Doktrinde bu durumda sebepsiz zenginleşmenin özel bir düzenlemesi olan haksız inşaat hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁵³³. Böylece yüklenicinin iyiniyetli olması durumunda TBK 723/f.1 hükmü gereğince uygun bir tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir. Hatta, yapılan inşaat kısmının değeri arazinin değerinden fazla ise, yüklenici arazinin bir kısmının veya tamamının bir bedel karşılığında kendisine devrini talep edebilecektir⁵³⁴. Ancak TBK 473/f.1 hükmü gereğince vadeden evvel sözleşmeden dönme durumunda daha henüz eserin inşasına başlanmamış olduğundan veya henüz eserin sadece az bir kısmı yapılmış olduğundan yüklenicinin arazinin mülkiyetini talep edebileceği durumlara pek rastlanmayacaktır.

⁵³¹ Hukuki taşıyir (işleme) için bkz. TEKİNAY Selahattin Sulhi; Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1994, s. 20; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 751; ERTAŞ, s. 493.

⁵³² TMK'nın 722 ile 724. maddeleri arasında düzenlenmiş olan haksız inşaat, inşaatı yapan ile arsa sahibi arasında geçerli bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Bu da inşa edilen yapının haksız olması sonucunu doğurmaktadır. Haksız inşaat, bir kişinin hiçbir hukuki ilişkiye dayanmaksızın kendi malzemesi ile başkasının arazisinde, başkasına ait malzeme ile kendi arazisi üzerinde veya başkasına ait arazi üzerinde yine başkasına ait malzeme ile inşaat yapmasıdır. Bkz. ESENER/GÜVEN, s. 235; YÜCEL, Özge; Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği, AÜHFD 62 (2) 2013, s.543; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 486; ERTAŞ, s. 357 vd.; İNAL Emrehan; Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının Kaldırılması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 70, S. 1 (2012), s.245. (Bundan sonra “YÜCEL, Haksız Yapı” şeklinde anılacaktır); EDİS Seyfullah; Kendi Malzemesi İle Başkasının Taşınmazında İnşaat (Gecekondu Sorunu Dahil), Medeni Kanun'un 50. Yılı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 15-17 Nisan 1976, s. 294 vd.

⁵³³ YÜCEL, Haksız Yapı, s. 545; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 175; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 238 vd. Eski MK mad. 649 (TMK mad. 723) hükmünün ifa dışı sebepsiz zenginleşmenin özel bir görünümü olduğuna ilişkin bkz. ULUSAN İhan; İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlandırılması Sorunu, İstanbul 1984, s. 83 vd. Kamu ihale mevzuatına göre kamu arazisi üzerinde yapılan yapılar bakımından haksız inşaat hükümlerinin uygulanmaması gerekir. Zira, idare, yüklenicinin kullanacağı malzemenin bedelini ara hakedişlerle daha başından ödemektedir. Ayrıca, haksız inşaat hükümlerinin uygulanması sonucu yüklenicinin bedel sonucu arazisinin mülkiyetini kazanması çoğu zaman mümkün değildir. Çünkü kamu ihale mevzuatına tabi olarak yapılan yapıların büyük çoğunluğu kamu arazileri üzerine inşa edildiğinden bunların özel mülkiyete konu olması mümkün değildir. Bkz. KARACA, İnşaat Sözleşmeleri, s. 137-138.

⁵³⁴ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 176. Haksız yapıdan doğan istem hakkını cüzi halefler kullanmaz. Başka bir deyişle, yükleniciden adi yazılı şekilde alacak devralan üçüncü kişilerin TMK mad. 722-724'ten doğan herhangi bir takipleri mümkün değildir. Bkz. YÜCEL, Haksız Yapı, s. 555.

b. Yüklenicinin İade Borcu

İş sahibinin TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönmesi üzerine, yüklenicinin eseri inşa etmesinin karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt eden iş sahibi bu bedel ödeme borcunu teslimden evvel kısmen veya tamamen yerine getirmişse yüklenicinin bu bedeli faizi ile birlikte iş sahibine iade etmesi gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibi bedel ödeme borcu yerine üzerinde taşınmaz inşa edilecek olan arsadan yükleniciye pay devirleri yapmaktadır. Katıldığımız görüşe göre, sözleşmeden dönme ile birlikte sözleşme başından itibaren geçersiz hale geleceğinden yapılan bu pay devirlerine ilişkin tescillerin de yolsuz hale geldiğinin kabul edilmesi gerekir. Daha önce de belirttiğimiz gibi Yargıtay, işin devamı esnasında iş sahibi tarafından yükleniciye yapılan devirleri “avans” olarak nitelendirdiğinden⁵³⁵ yüklenicinin bu arsa paylarının mülkiyetini ancak edimlerini ifa ettikleri takdirde kazanabileceklerini kabul etmektedir. Bu nedenle iş sahibinin yolsuz tescilin düzeltilmesi davası ile arsa paylarının iadesini sağlayabileceği kabul edilmektedir⁵³⁶. Görüldüğü üzere Yargıtay, benimsediğimiz aynî etkili dönme ile aynı sonuca başka yoldan ulaşmakta; yüklenici adına yapılan tescil hukuki sebebini geçmişe etkili olarak kaybettiği için değil, esasen yüklenici borcunu ifa edinceye kadar bu tescilin ona mülkiyet sağlamadığı için, dönme üzerine iş sahibine yolsuz tescilin düzeltilmesini talep hakkı vermektedir. Kanımızca Yargıtay’ın konstrüksiyonu yasal gerekçeden yoksun olup, aynı etkili dönme görüşü aynı sonuca sağlam bir yasal temel sağlamaktadır.

4. Sözleşmeden Dönme Üzerine İş Sahibinin Olumsuz (Menfi) Zararının Tazmini Talebi

TBK’nın çoğu hükmünde sözleşmeden dönmeye ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlardan biri de TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden erken dönmedir. Farklı bir sonuç düzenlemesi bulunmadıkça genel olarak sözleşmeden dönmenin sonuçlarının özel dönme sebeplerinde de uygulanacağı kabul edildiğinden⁵³⁷, iş sahibi, TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden döndüğünde olumsuz zararının tazminini talep edebilmelidir. Katıldığımız baskın ve Yargıtay’ca

⁵³⁵ Bkz. aşağıda “Sözleşmeden Dönmenin 3. Kişilere Etkileri” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵³⁶ KURT, s. 316-317.

⁵³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 482.

benimsenen görüş çerçevesinde, sözleşmeden dönen iş sahibi olumlu (müsbet) zararının tazminini talep edemez⁵³⁸.

TBK mad. 473/f.1'deki koşullarının gerçekleşmesi üzerine sözleşmeden dönen iş sahibi eğer yüklenici kusurlu ise olumsuz zararlarının tazminini de talep edebilecektir⁵³⁹. Başka bir deyişle iş sahibinin olumsuz zararının tazminini talep hakkı yüklenicinin kusurlu olması koşuluna bağlıdır. Böylece iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönebilmesi için aranmayan yüklenicinin kusuru, olumsuz zararın tazmini bakımından aranacaktır. Nitekim eğer yüklenici kusursuz ise tazminat söz konusu olmayacak sadece yerine getirilen edimlerin iadesi ile yetinilecektir.

Yükleniciden tazmini istenen olumsuz zarar bakımından aranan kusur şartı, kusursuz sorumluluk hallerinin bulunduğu durumlarda aranmadığından⁵⁴⁰, örneğin, yüklenicinin ifada kullandığı alt yüklenicilerin (taşeronların) işe zamanında başlamaması, işi geciktirmesi, veya işin vade tarihine yetişmeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda TBK mad.116 uyarınca ne yüklenicinin ne de alt yüklenicilerin kusurları aranmayacaktır. Böylece yardımcı şahıs niteliğinde olan alt yükleniciler TBK mad. 473/f.1 hükmünde yer alan üç halden birinin doğmasında kusursuz olsalar dahi, iş sahibinin gene kusursuz yükleniciden olumsuz zararının tazminini talep etmesi mümkün olacaktır . Şu kadar ki, uygulamada bazen rastlandığı üzere, sözleşmede alt yüklenicileri seçme hakkı iş sahibine verilmiş ve yüklenici onun tayin ettiği alt yüklenicilerle anlaşmak zorunda bırakılmışsa, artık bunların fiillerinden dolayı yüklenicinin kusursuz sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir⁵⁴¹. Keza, yine öğretide kabul edildiği üzere⁵⁴², yüklenici alt yüklenici yerine aynı işi bizzat yapsaydı gene aynı sonuç doğacak ve yüklenici bundan sorumlu tutulamayacak idi ise, bu durumda ifa yardımcısı kullanmakla borca aykırılık arasında nedensellik bağı

⁵³⁸ Yarg. 15. HD. müsbet zarar ve menfi zarara ilişkin şu şekilde tanım yapmıştır: “Müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardır. Menfi zarar ise, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zararı ifade eder.” Yarg. 15. HD. E. 2012 / 5740, K. 2013 / 3550, T. 03.06.2013. (SİB, 28.11.15)

⁵³⁹ GÜMÜŞ, s. 25; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 50; BİLGİN YÜCE, s. 126. “...sözleşmenin geriye etkili feshi halinde sözleşme konusu bağımsız bölüm ya da bölümler için istenen gecikme tazminatı kapsamındaki kira tazminatı "olumlu zarardır ve sözleşmenin geriye etkili feshinde belirtilen olumlu zarar istenemez.” Yarg. 15. HD. E. 2009/4365, K. 2010/5071, T. 7.10.2010. (KİB, 29.11.15)

⁵⁴⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 526.

⁵⁴¹ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.48.

⁵⁴² ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.48.

bulunmadığı gerekçesi ile gene yüklenici sorumlu tutulamayacaktır. Örneğin, temel kazısı yapan alt yüklenici baş edilemeyecek bir kayaya veya bataklığa rastladığı için iş gecikecekse, durum böyledir.

Doktrinde⁵⁴³, olumsuz zararın, sözleşmeye olan güvenden doğan zarar olduğu kabul edilmektedir. Bu zararlara örnek olarak başkası ile sözleşme yapma şansını kaçırmaktan doğan zararlar⁵⁴⁴, dönülen sözleşmenin kurulması için yapılan masraflar gösterilmektedir⁵⁴⁵. Örneğin iş sahibi, yüklenicinin işe zamanında başlamaması sebebiyle döndüğü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulması için harcadığı noter masraflarını olumsuz zarar kalemi olarak kusurlu yükleniciden talep edebilecektir. Yine, evinin damlayan tavanını yenilemek amacıyla iki yükleniciden aynı zamanda fiyat teklifi alan iş sahibinin kendisine yapılan 20.000 TL ve 21.000 TL olan iki tekliften daha az olanı ile anlaşarak 20.000 TL bedel karşılığı bir eser sözleşmesi akdettiğini varsaydığımızda, bir süre sonra yüklenicinin işi gerekli tempoda yürütmeyerek zamanında tamamlayamayacağını anlaşılması sebebiyle iş sahibinin vadeden evvel sözleşmeden dönmesi durumunda eğer iş sahibi piyasa şartlarındaki değişiklik sebebiyle 22.000 TL karşılığında işin yapılması konusunda üçüncü bir yüklenici ile anlaşır ise iş sahibinin menfi zararı $22.000-21.000=1.000$ TL'dir.

5. Sözleşmeden Dönmenin 3. Kişilere Etkileri

Sözleşmeden dönme yalnızca sözleşme tarafları bakımından hukuki sonuçlar doğurmayıp, dönülen sözleşme uyarınca aynî veya şahsî hak kazanan kişiler bakımından veya dönülen sözleşme için verilen teminatlar bakımından da birtakım sonuçlar doğuracaktır. Kısaca bu konulara savunduğumuz görüş çerçevesinde değinmekte yarar görüyoruz.

a. Kazanılan Aynı Haklara Etkisi

Uygulamada sözleşmeden dönme ile birlikte özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine dayanarak hak kazanan üçüncü kişiler açısından önemli sonuçlar

⁵⁴³ Menfi zarar için bkz. FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, C.II, s. 264; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 955-956; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 527; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 855; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 284; KURT, s. 355.

⁵⁴⁴ Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu durum genellikle iş sahibi bakımından kendisine daha fazla bağımsız bölüm kalacak nitelikte bir sözleşme yapacakken daha az bağımsız bölüm kalacak nitelikte bir sözleşme yapması gösterilebilir. Bkz. ATAMULU, s. 139-140.

⁵⁴⁵ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 856; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 527; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 287.

meydana gelmektedir. Zira, arsa payı karşılığı inşaat yapımını üstlenen yükleniciler, finansman ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla iş sahibinin kendisine devrettiği taşınmaz paylarını üçüncü kişilere devretmektedirler. İş sahipleri de kendilerine düşecek bağımsız bölümlere ilişkin paylarını 3. kişilere devredebilirler. Daha sonra yüklenici ile iş sahibi arasındaki eser sözleşmesinin sona ermiş olması, üçüncü kişilere yapılan devirlere de etki edecektir. Bu etki, daha sık rastlanacak olan borçlu temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönme (TBK mad. 125) yanında, konumuza giren erken dönme durumlarında da söz konusu olabilecektir. İş sahibinin TBK mad. 473/f.1'in koşullarının gerçekleşmesi üzerine sözleşmeden dönmesinin 3. kişilere etkilerine özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

TMK'nın 1023. hükmüne göre tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle güvenerek mülkiyet veya diğer bir ayni hak kazanan kişinin iyiniyeti korunacaktır. Böylece, arsa payı karşılığı inşaat yapımını üstlenen yüklenicilerin iş sahibinden devraldıkları payları 3. kişilere devretmeleri halinde – daha sonra sözleşmeden dönülmüş olsa bile- eğer üçüncü kişiler iyiniyetli ise mülkiyeti kazanabilmelidirler. Zira, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesi ile birlikte sözleşme başından itibaren geçersiz hale geleceğinden yükleniciye devrilen paylara ilişkin devirler de yolsuz hale gelecektir. Yolsuz tescile güven TMK mad. 1023 gereğince korunur.

Yargıtay⁵⁴⁶, ayni hak devirlerinin geçerli bir sebebe sahip olması gerektiğinden hareketle, sözleşmeden dönmenin geriye etkili sonuç doğurması neticesinde yükleniciler tarafından 3. kişilere yapılan pay devirlerini geçersiz saymaktadır. Başka bir deyişle, dönme ile borç ilişkisi başından itibaren geçersiz hale geleceğinden

⁵⁴⁶ “Borçlar Kanunu'nun 162 ve izleyen maddeleri hükümleri gereğince; yükleniciler, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, yükledikleri edimlerini ifa ettikleri oranda elde edebilecekleri şahsi haklarını üçüncü şahıslara temlik edebilir ve edimin tamamen ifası sonunda da şahsi hakları <ayni> hakka dönüşür. Somut olayda, yükleniciler ile arsa sahibi arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, geriye etkili sonuç doğurur şekilde fesih olduğuna göre, yükleniciler tarafından diğer davalılara kayden yapılan pay temlikleri geçerli kabul edilemez. Çünkü ayni haklar illete bağlı bir işlem sonucu doğar, değişir veya son bulur. Sadece bir tescil işleminin yapılması, mülkiyet hakkının doğumu için geçerli olmayıp; ayrıca geçerli bir hukuksal nedenin de varlığı gereklidir. Türk Medeni Kanunu'nun 1023 maddesi uyarınca, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin, bu kazanımı korunur. Ancak, anılan Yasa'nın 1024. maddesi hükmü gereğince de, bir ayni hak yolsuz olarak tescil edilmiş ise, bunu bilen veya bilmesi gereken üçüncü kişi bu tescile dayanamaz. Bağlayıcı olmayan bir hukuki işleme dayanan veya hukuki sebepten yoksun bulunan tescil yolsuzdur. Bu hukuksal nedenlerle, inşaat halindeki bir yapıdan, ayni hak kazanmamış olan yükleniciden tapulu taşınmazın payını ya da bağımsız bölümünü satın alan üçüncü kişilerin kazanımları korunamaz.” Yarg. 15. HD. E. 2012 / 2706 , K. 2012 / 4360 ,T. 11.06.2012. (SİB, 16.11.15)

yükleniciye yapılan devirlerin de sebepten yoksun kalacağı Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Ayrıca Yargıtay⁵⁴⁷, taşınmaz mülkiyetinin iadesi hususunda tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilirliğini de kabul etmektedir. Böylece henüz dava açılmadan evvel yüklenici adına tapudaki tesciller yolsuz hale gelecektir. Böylece yükleniciye yapılan devirler yolsuz olacağından iyiniyetli 3. kişilerin bu tescillerle dayanarak aynı hak kazanmasının mümkün olması gerekir. Esasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden dönülmesi durumunda üçüncü kişilerin çalışma konumuz bakımından örneğin işin icrasında gecikildiğini ve bu nedenle iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı bulunduğunu bilmeleri çoğu zaman beklenemeyeceğinden, üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu durumlara sıklıkla karşılaşılabilecektir⁵⁴⁸. Ancak Yargıtay kararlarında tam tersi bir görüştedir. Yargıtay, sözleşmeden önce veya iş devam ederken yükleniciye devredilen arsa paylarını avans olarak nitelendirmekte ve bu payların arsa sahibinin talebi ile ona döneceğini kabul etmektedir⁵⁴⁹. Yargıtay söz konusu kararlarında, yükleniciye işin devamı esnasında devredilen arsa paylarının avans niteliğinde olduğundan hareketle⁵⁵⁰, yükleniciden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişileri de korumamaktadır⁵⁵¹. Kararlarında yükleniciden bağımsız bölüm satın alan kişilerin yüklenicinin işi tamamlamadan hak kazanamayacağını bilmesi gerektiğinden iyiniyetli kabul edilemeyecekleri belirtilmektedir⁵⁵².

⁵⁴⁷ "... arsa sahipleri ise; gerçekleşeceğine güvendikleri sözleşme ile yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse sözleşme ifa ile bitmediğinden, geriye etkili feshin doğal sonucu olarak bu tapuların iadesini (tapu sicilinin düzeltilmesi davası) talep edebilir..." Yarg. 15. HD. E. 2003/492, K. 2003/1252, T. 10.03.2003. (KİB, 01.03.2016)

⁵⁴⁸ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, 173.

⁵⁴⁹ "Yüklenicinin sözleşme gereği bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi inşaatı kusursuz ve eksiksiz tamamlayıp teslim etmesine bağlıdır. Sözleşmeden sonra ve inşaat süresince yükleniciye bir kısım payların devri avans niteliğindedir. Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde bu arsa payları talep halinde arsa sahibine geri döner." Yarg. 15. HD. E. 2009/6021, K. 2010/6481, T. 29.11.2010. (KİB, 29.11.15)

⁵⁵⁰ Bkz. ÇOŞKUN, s. 132.

⁵⁵¹ Ayrıca Yargıtay kararlarında yerinde olarak yükleniciden alacak devir alan veya taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdeden kişilerinde adlarına tescili talep edemeyeceklerine hükmetmektedir. "Gerek yüklenicinin ve gerekse onun şahsi hakkını temlik ettiği üçüncü kişinin bir bakıma eserin bedeli olan arsa payı devrini isteyebilmesi için kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmenin ayakta bulunması veya geriye etkili feshedilmemiş olması gerekir. Zira, yüklenici veya onun halefi durumundaki üçüncü kişi arsa payı devrini ancak ayakta bulunan sözleşmeye dayanarak isteyebilir." Yarg. 14. HD. , E. 2007/399; K. 2007/1393, T. 15.02.2007. (KİB, 01.03.2016)

⁵⁵² "Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ile bu sözleşme uyarınca davalılara intikal etmiş olan tapu kayıtlarının iptali ve davacılar adına hisseleri oranında tescili talebine ilişkindir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin geriye etkili feshinde talep halinde arsa payları arsa sahiplerine geri döner. İnşaat halindeki binada yükleniciden daire satın alan kişiler, ancak yüklenicinin inşaatı tamamlayıp teslim etmeleri halinde hak kazanabilirler. Üçüncü kişiler TMK'nın 1023. maddesindeki korumadan yararlanamazlar. Tamamlanmamış binada yükleniciden yer satın alan kişilerin tapuda

Yargıtay'ın yükleniciden pay satın alan 3. kişileri TMK mad. 1023 korumasından yararlandırmayan bu kararlara katılmıyoruz. Zira, sözleşmeden dönme ile sözleşme başından itibaren geçersiz hale geleceğinden sözleşmenin ifası esnasında yüklenici adına yapılan tescillerin de yolsuz hale gelmesi, yolsuz tescile güvenin korunmasına ilişkin TMK mad. 1023 hükmünün diğer uygulanma hallerinden farklı değildir. İş sahibinin TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden döndüğü durumlarda yükleniciden pay satın alan üçüncü kişilerin yüklenicinin işi vadeye yetiştirip yetiştiremeyeceğini çoğu zaman bilmeleri de mümkün değildir. Böylece çoğu durumda yükleniciden pay devralan 3. kişiler iyiniyetli olacaktır⁵⁵³. Yargıtay'ın “yükleniciye yapılan tescilleri avans sayarak” mülkiyetin geçmediği görüşü de üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunmamasının gerekçesi olamaz. Zira sonuç olarak, o görüşte de yolsuz tescile güvenerek mülkiyet iktisabı söz konusu olacaktır.

Yargıtay⁵⁵⁴, yüklenicinin yaptığı devirler bakımından 3. kişileri korumamakla birlikte; iş sahibi tarafından 3. kişilere yapılan devirlerde bu üçüncü kişilerin iktisabının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönülmesinden etkilenmeyeceğini kabul etmiştir. Üstelik iyi niyet kötü niyet tartışmasına girmeden. Yargıtay'ın bu ayırımı sağlam bir hukuki gerekçeden yoksun olup, iş/arsa sahibinin kendi yaptığı devirlere kendisinin itiraz etmesinin uygun görülmemesine dayanmaktadır.

b. Kazanılan Şahsi Haklara Etkisi

TMK mad. 1023 gereğince yalnızca yolsuz tescile dayanılarak kazanılan mülkiyet ve diğer aynı haklar korunduğundan, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine yüklenicinin arsa/iş sahibinden alan alacağını devralan veya yüklenicinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yaptığı üçüncü kişilerin kişisel hakları bu korumadan yararlanamayacaktır⁵⁵⁵. Uygulamada yükleniciler finansman ihtiyaçlarını karşılamak

gerçek malikin kim olduğunu ve yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde hak kazanamayacağını bilmemesi mümkün değildir.” Yarg. 15. HD. E. 2009/1989, K. 2010/3468, T. 17.6.2010. (KİB, 29.11.2015)

⁵⁵³ Aynı yönde bkz. ÇOŞKUN, s. 142. OLGAÇ Samet Can; Kademeli Devrin Kararlaştırıldığı Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yükleniciden Pay Devralan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.8, S. 86, Ekim 2013, s. 86.

⁵⁵⁴ “... arsa sahibi yüklenici ile olan kat karşılığı inşaat sözleşmesini yüklenicinin temerrüdü nedeniyle feshetse dahi bizzat kendisinin tapuya pay devrettiği kişiler adına olan tapu kayıtlarının iptalini isteyemez..” Yarg. 15. HD. 26.05.2005, 2868/3186. SÜTÇÜ Nezh; Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri İle Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, 2010, s. 1248.

⁵⁵⁵ ERMAN Arsa Payı, YENER, Arsa Payı, s. 137.

amacıyla iş sahibinden olan arsa payı alacağını üçüncü kişilere devretmektedirler⁵⁵⁶. Bu sözleşmelerden doğan haklar nispi niteliktedir. Üçüncü kişilerin arsa/iş sahibinden talepte bulunabilmeleri için yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmiş olmaları gerekir⁵⁵⁷.

Şerh edilmiş kişisel hakların ise, örneğin taşınmaz satış vaadinden doğan hakkın, Yargıtay'ın aynı hak kazanımının dahi mümkün olmayacağını belirten kararları karşısında korunmayacağı söylenebilir⁵⁵⁸.

6. Sözleşmeden Dönmenin Teminatlara Etkisi

İş sahibinin, yüklenicinin işe zamanında başlamaması, işin icrasını geciktirmesi veya işin belirlenen vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması durumlarında sözleşmeden dönmesi üzerine daha önce verilen teminatların durumunu da kısaca değerlendirmek gerekir. Sözleşmeden dönme halinde verilen teminatın niteliğine göre farklı sonuçlar kabul edilebilir. Çünkü iş sahibine, yüklenicinin eseri imal ve teslim etme borcunun teminatı olarak kefil gösterilmiş veya rehin verilmiş olabileceği gibi garanti (üçüncü kişinin fiilini taahhüt) sözleşmesi de yapılmış olabilir.

⁵⁵⁶ Bu konuda Yargıtay'ın çok sayıda kararı bulunmakla birlikte yakın tarihli bir kararında; “ arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri taraflarına karşılık hak ve borç yükler. Bu sözleşmelerde yüklenicinin temel borcu, eseri (binayı) sözleşmeye, fen kurallarına ve amacına uygun imal etmek bu nitelikte bir binayı meydana getirerek arsa sahibine teslim etmektir. Sözleşmedeki edimlerini yerine getiren yüklenici bir bakıma sözleşmenin bedeli olan arsa payı devrini doğrudan arsa sahiplerinden isteyebileceği gibi kazandığı şahsi hakkını Borçlar Kanunu'nun 162. maddesine (TBK mad. 183) dayanarak üçüncü kişilere de yazılı olmak koşulu ile devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişiler bu hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilir.” sonucuna varmıştır. Yarg. 14. HD, E. 2008/4589, K. 2008/8861, T. 4.7.2008. Aynı yönde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2010/14-290, K. 2010/328, T. 16.06.2010 (KİB, 05.07.2015)

⁵⁵⁷ Ayrıntılı açıklama için bkz. ARIKAN Mustafa/ ERDOĞAN Kemal; Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü dergisi, 2015 (34), s.164-165. “..Borçlunun onayı aranmaksızın, yazılı olması koşuluyla alacak üçüncü kişilere devredilebilir. Devredilen alacak, sözleşme anında mevcut olabileceği gibi ileride doğması muhtemel bir alacak ya da şarta bağlı bir alacak olabilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin alacağı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde doğacak olan bir alacaktır ve temlikli mümkündür. Yazılı sözleşme ile bu hakkı temellük eden kişi, yüklenicinin edimini yerine getirmesi halinde ona tapuyu devretmekle yükümlü borçlu arsa sahibine karşı temellük ettiği hakkı ileri sürebilir.” Yarg. 14. HD., E. 2002/276, K. 2002/549, T. 31.1.2002. (KİB, 26.07.2015)

⁵⁵⁸Sözleşmeden dönme halinde şerh edilmiş kişisel hakların TMK mad. 1023 kapsamında korunup korunmayacağına ilişkin tartışmalar için bkz. ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 262; YENER, Arsa Payı, s. 138. Kanunun tescile bağlı olarak getirdiği TMK mad. 1023'e dayanan korumanın kıyasen genişletilmesinin mümkün olmayacağına ilişkin bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 174. 3. kişinin taşınmaz satış vaadinden doğan mülkiyetin devredilmesine ilişkin kuvvetlendirilmiş şahsi hakkını arsa sahibine karşı da sürebileceğine ilişkin bkz. ERMAN, Arsa Payı, s. 186.

Sözleşmeden dönme ile birlikte savunduğumuz klasik görüşe göre, sözleşme başından itibaren ortadan kalktığından, ferî nitelikleri gereği asıl borcun geçerliliğine bağlı olan kefalet⁵⁵⁹ ve rehin de sona ermiş olacaktır⁵⁶⁰.

Kefalet ve rehinden farklı olarak garanti sözleşmesi bağımsız nitelikte olduğundan sözleşmeden dönme ile birlikte garanti verenin yükümlülüğü sona ermeyecektir⁵⁶¹.

7. Sözleşmeden Dönmenin Ceza Koşuluna Etkisi

Son olarak sözleşmeden dönmenin ceza koşulunun geçerliliğine etkisine kısaca değinmekte yarar görüyoruz. Bunun sebebi uygulamada eser sözleşmenin en büyük uygulaması olan inşaat sözleşmelerinin hemen hemen tamamında ceza koşuluna ilişkin hükümlere yer verildiğinin görülmesidir.

Taraflar sözleşmede iki türlü ceza koşulu kararlaştırabilirler. Ceza koşulu, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumları için kararlaştırılabileceği gibi, belirlenen zaman ve yerde ifa edilmemesi durumları için de kararlaştırılabilir. TBK mad. 179/f.1 gereğince borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumları için kararlaştırılan ceza koşulu ifa yerine talep edilebilen ceza koşuludur. Böylece alacaklı ya ifayı ya ceza koşulunu talep edebilir. Hem ifayı hem de ceza koşulunu talep edemez. İfanın belirlenen zaman ve yerde ifa edilmemesi halinde talep edilecek ceza koşulu ise asıl borçla birlikte talep edilebilen ve uygulama daha sık başvuru alan ceza koşuludur. Özellikle, eser sözleşmelerinde de en çok başvuru alan ceza koşulu TBK mad. 179/f.2 hükmünde düzenlenen ifayla birlikte talep edilebilen ve ifanın belirlenen zamanda yapılmayıp gecikmesine (yüklenicinin temerrüdüne) bağlanan ceza koşuludur⁵⁶².

Tıpkı yukarıda değindiğimiz kefalet veya rehin gibi ceza koşulu da ferî nitelikte olduğundan iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönmesi durumunda sona erecektir⁵⁶³. Bu durumda işlemiş bulunan ceza kısmına ilişkin

⁵⁵⁹ Kefalet sözleşmesinin ferî niteliği için bkz. ACAR Özlem; Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015, s. 11 vd.

⁵⁶⁰ Ancak bu teminatların iade yükümünü veya sözleşmeden dönme üzerine doğacak olumsuz zararın tazminini de kapsayacağı konusunda taraflar arasında bir anlaşma varsa teminatlar devam edecektir. KIRMIZI, s. 570.

⁵⁶¹ KIRMIZI, s. 570.

⁵⁶² Ceza koşulu için bkz. von TUHR, s.763 vd.; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 853 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s. 518; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 348; GÜNAY, Cezai Şart, s. 91 vd.; DİRİCAN, s. 15 vd.; REİSOĞU, Genel Hükümler, s. 457; İNAN/YÜCEL, s. 564.

⁵⁶³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 342; OĞUZMAN/ÖZ, C.II, s. 525.” Sözleşme hükmüne göre, teslimde gecikme olursa günde 100 lira ceza ödeneceği yazılıdır. Şu var ki, eserin belli

alacak da geçmişe etkili olarak sona erer. Meğerki ceza koşulunun sözleşmeden dönmede de istenebileceği ayrıca kararlaştırılmış olsun.

8. TBK mad. 473/f.1 Hükümü Gereğince Sözleşmeden Dönmenin Alt Yüklenicilik Sözleşmesine Etkisi

Eser sözleşmesinin özel türü olan eser sözleşmelerinde alt yüklenicilik uygulamasına sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu noktada, iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönmenin alt yüklenicilik sözleşmesine etkisine de kısaca değinmekte yarar görüyoruz. Öyle ki, TBK mad. 473/f.1 hükmüne dayanılarak sona erdirilen eser sözleşmesine rağmen alt yüklenicilik sözleşmesinin devam ediyor olması esas yüklenici bakımından birtakım sorunlar doğuracaktır.

Alt yüklenicilik sözleşmesi TBK’da özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme türü değildir. Alt yüklenicilik sözleşmesi de niteliği itibariyle bir eser sözleşmesi olduğundan eser sözleşmelerine ilişkin hükümler burada da uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlamda, TBK mad. 473/f.1 hükmünün şartlarının gerçekleşmesinden alt yüklenicinin sorumlu olup olmayacağına göre ikili bir ayırım yapılması gerekecektir. Eğer, TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibinin asıl sözleşmeden dönmesine alt yüklenicinin davranışları sebep olmuşsa, asıl yüklenici bakımından da TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönme imkanının doğacağı kabul edilmelidir. Eğer, iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönmesinden alt yüklenici sorumlu tutulamayıp; bu sonuca asıl yüklenicinin davranışları neden olmuşsa, asıl yüklenicinin TBK mad. 473/f.1’e dayanarak sözleşmeden dönmesi kabul edilemeyecektir⁵⁶⁴.

E. TBK mad. 473/f.1 Gereğince Sözleşmeden Dönme Hakkının Sınırlandırılması

Bazı durumlarda dürüstlük kuralı yoluyla iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin haksız olacağı sonucuna varılabilir. Zira TBK mad. 473/f.1 gereğince vade tarihinin belirli olduğu işlerde iş sahibinin ancak işin vade tarihine yetişmeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda sözleşmeden dönebileceğini kabul etmiştik. İşte, daha vade

günde teslim edilmesine bağlanan cezanın istenebilmesi için sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak seçimlik hakkın kullanılmaması gerekir. Başka deyişle eğer alacaklı sözleşmeden dönerse cezanın ödetilmesi artık söz konusu olmaz.” Yarg. 15. HD. E. 2192, K. 2329, T. 22.12.1977. (KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 249)

⁵⁶⁴ Böyle bir durumda asıl yüklenici ancak alt yüklenicinin tam zararlarını ödeyerek TBK mad. 484 gereğince sözleşmeden dönebilir. Bkz, AKKANAT, Taşeronluk, s. 317-318.

tarihi gelmeden işin vade tarihine yetişmeyecek olsa bile çok az bir gecikme ile tamamlanabileceği söylenebiliyorsa ve dürüstlük kuralı gereği bu gecikme iş sahibi açısından aşırı bir zarara yol açmayacaksa, doktrinde de kabul edildiği üzere iş sahibi vadeden evvel sözleşmeden dönme hakkını kullanamamalıdır.⁵⁶⁵ Örneğin inşaat süresi 12 ay olan bir binanın 5. ayında işin geriye kalan 7 ayda çok büyük bir yoğunluğunun tamamlanacağı ancak tamamı için yüklenicinin bir haftalık bir süreye daha ihtiyacı olduğunun tespit edilebiliyorsa iş sahibi TBK mad. 473/f.1'e dayanarak sözleşmeden dönememelidir. Ancak dürüstlük kuralı ile varılan bu sonucun uygulamada tespiti son derece güçtür.

F. TBK mad. 473 Gereğince Sözleşmenin Feshine İlişkin Görüşler

Doktrinde⁵⁶⁶, iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 hükmünün şartlarının gerçekleşmesi halinde bazı durumlarda sözleşmeden dönmenin yanı sıra sözleşmeyi feshetme imkanının da olduğu bu konuda seçim hakkının iş sahibinde olduğu ileri sürülmektedir Bu durumda iş sahibi sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirecek, yüklenicinin tamamladığı kısma el koyarak bunun bedelini karşı tarafa ödeyecektir.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ereceğini kabul etmenin altında yatan düşünce feshin yüklenici bakımından daha koruyucu nitelikte olmasıdır. Hatta, bir adım daha öteye gidilerek sözleşmeden dönmenin yüklenici bakımında aşırı zarara yol açması durumunda iş sahibinin seçimlik hakkı olmadığı yalnızca sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebileceği kabul edilmektedir⁵⁶⁷.

Kanaatimizce iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kural olarak geriye etkili olarak sözleşmeden dönme olarak değerlendirmek gerekir. Zira, maddenin açık ifadesinin yanında, TBK 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmenin başından itibaren sona ermesi menfaatler dengesine de uygun sonuçlar doğuracaktır. İşe zamanında başlamama ve gerekli tempoda sürdürmeme bakımından -hüküm her ne kadar yüklenicinin kusurunun varlığını aramasa da- çoğu

⁵⁶⁵ Bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.136; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 61; DUMAN, Dürüstlük Kuralı, s. 220.

⁵⁶⁶BÜHLER, Art. 366, N.44, s. 160; GAUCH, Art. 366, s. 213; GÜMÜŞ, s. 25-26; ACAR, Tamamlanma Oranı, s. 15; ARAL/AYRANCI, s. 366; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 532; ALTHERR Hans/BREM Ernst/BÜHLMANN Hubert; Schweizerisches Obligationenrecht, Bern, 1994, s.359.

⁵⁶⁷ GÜMÜŞ, s. 25-26; BÜHLER, Art. 366, s. 160; ACAR, Tamamlanma Oranı, s.15.

olay bakımından yüklenici kusurlu kabul edilecektir. Özellikle de işi gerekçesiz yarıda bırakıp giden yüklenici karşısında sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde sona erdirilebileceğini söylemek adalete uygun olmaz. Zira, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi yüklenicinin yaptığı kısım ile orantılı bedel ve yine aynı orantıda kar payı alması sonucunu doğurur⁵⁶⁸.

Yapılan bu açıklamalar ışığında biz, TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmenin kural olarak geçmişe etkili olarak sona ermesi gerektiği ancak sadece dürüstlük kuralının gerektirdiği bazı durumlarda sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Özellikle işin büyük çoğunluğunun tamamlandığı durumlarda TBK mad. 473/f.1 hükmüne dayanılarak sözleşmeden dönmenin dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğuracağı kabul edilebiliyorsa sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiğini kabul etmek gerekir⁵⁶⁹. Böyle bir sonucun kabulü, Yargıtay'ın çoğu tamamlanmış yapılarda borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmenin ileriye etkili olacağına ilişkin 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararında benimsenen görüş de uygun olacaktır⁵⁷⁰.

Bunun yanında eserin iş sahibinin arazisi üzerinde yapıldığı hallerde yine iş sahibinin sözleşmeyi sona erdiren beyanını bazı durumlarda fesih olarak algılamak gerekir. Kuşkusuz ki böyle hallerde sözleşmenin başından itibaren geçersiz olacağını kabul etmek her zaman dürüstlük kuralına uygun sonuçlar doğurmayacaktır. Eserin sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara yol açacağı hallerde bu sonucu kabul, hakkaniyet gereğidir. Ancak iş sahibinin arazisi üzerinde yapılacak olsa da henüz işe başlanmadığı için veya daha işin başında gerekli tempoda yürütülmediği için TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönmede sözleşmenin başından itibaren sona ereceğini kabul etmek gerekir. Zira bu durumda sözleşmeden dönme aşırı zarara yol açmayacaktır⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ Bu durum da uygulamada yükleniciler bakımından işi yarıda bırakıp gitmeyi karlı bir hale getirmiş olacaktır. TANDOĞAN, Orantılı Ücret, s. 37.

⁵⁶⁹ Ancak bu durumu daha önce Yargıtay'ın 1984 tarihli içtihadı birleştirme kararının TBK mad. 473/f.1 bakımından uygulamasını açıklarken belirttiğimiz durumdan ayırt etmemiz gerekir. Zira orada, henüz vade tarihi gelmeden ve henüz yapımına başlanmamış veya çok az bir kısmı tamamlanmış bir eserin vade tarihine büyük bir kısmının yetişmesinin mümkün olması bakımından yapılmıştı. Oysa burada, büyük çoğunluğu tamamlanmış bir eserin vade tarihine az bir kısmının yetişmeyeceği durumlarda uygulanması gereken sonuçlar değerlendirilmiştir.

⁵⁷⁰ Ancak Yargıtay'ın bu sonucun kabulü için inşaat seviyesinin %90'ların üzerinde olması gerektiğini kabul ettiğini daha önce belirtmiştik.

⁵⁷¹ Ayrıca eserin yüklenicinin sağlamış olduğu malzeme kullanılarak yapıldığı hallerde de sözleşmenin ileriye etkili sona erdiği kabul edilmelidir. Bkz. GÜMÜŞ, s. 26.

Eser sözleşmesinin TBK mad. 473/f.1 gereğince ileriye etkili sona erdiğinin kabul edildiği hallerde, sözleşmeden dönmeden farklı olarak o ana kadar yapılmış kısmın sözleşmeye uygun olduğu kabul edilecek, sözleşmedeki bedelin bu yapılan kısma karşılık gelen miktarı, fesihten sonra da yüklenici tarafından istenebilecek; sözleşmenin sona ermesinden sonra yüklenicinin yapma borcunun yerini ise tazminat borcu alacaktır⁵⁷². Elbette yüklenicinin kısmî bedel alacağı ile tazminat borcu, bir tarafın takas beyanı ile birbirine sayıştırılacaktır.

Bazı durumlarda, dürüstlük kuralı gereği TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmenin ileriye etkili sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiği görüşünde olsak da; uygulamada işe zamanında başlamama veya işin icrasında gecikme sebebiyle sözleşmeden dönme, çoğu zaman geçmişe etkili olacaktır. Zira, böyle durumlarda genellikle ya işin ifasına hiç başlanmamış ya da çok az bir kısmı tamamlanmış olacaktır.

G. TBK Mad. 473/f.1 Hükümünün Borçlu Temerrüdü Hükümleri İle Tamamlanması Gerektiği Yönünde Baskın Görüş ve Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

Öğretide TBK mad. 473/f.1 hükmünde her ne kadar vadeden evvel iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğinden söz edilmiş olsa da bu hükmün eksik olduğu ve TBK'nın borçlu temerrüdüne ilişkin hükümleri ile tamamlanması yönünde baskın bir görüş bulunmaktadır⁵⁷³. Bu görüşün kabul edilmesi halinde, eser sözleşmesi karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olduğundan verilecek mehilin sonunda iş sahibi sözleşmeden dönmenin yanı sıra TBK mad. 125'in tanıdığı seçimlik haklardan yararlanabilmelidir. Yine bu görüşe göre, TBK mad. 473/f.1 hükmünün açık

⁵⁷² ÇOŞKUN, s. 158.

⁵⁷³ GAUCH, Werkvertrag, N. 675, s. 269; KOLLER, Werkvertrag, N. 337, s. 130; BÜHLER, Art. 366, N.8, s. 150; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.13, s. 2314; HUGUENIN, N. 3151, s. 939; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 25; ACAR Tamamlanma Oranı, s. 13; ARAL/AYRANCI, s. 366; EREN, Özel Hükümler, s. 626; BÜYÜKAY, Eser, s.90; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.124; YÜCEL, İşe Zamanında Başlama, s.785; ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 204. ERMAN, Arsa Payı, s. 85; KOCAAĞA, İnşaat, s. 94; ÇOŞKUN, s. 125; BECKER, s. 608; AYAN, s. 327; KARTAL, s. 142; DURAK, s. 242; KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 244; YENER, Arsa Payı, s. 52. Doktrinde Tüzüner, TBK mad. 473 hükmünün teslim tarihinden evvel temerrüdü düzenlediğini belirtmiş ancak iş sahibinin yalnızca sözleşmeden dönme ve menfi zararının tazmininden söz etmiştir. bkz. TÜZÜNER Özlem; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 93- 94. İsviçre Federal Mahkemesi Art. 366 OR hükmünün bir temerrüt hükmü olduğunu kabul etmektedir. Bir okulun kuzey duvarına mozaik yapılması işinde yüklenicinin zamanında işe başlamaması üzerine mahkeme, sözleşmenin başından itibaren sona ereceğini kabul etmiştir. BGE 115 II 50. Karar için bkz. KOLLER, Werkvertrag, N. 350, s. 136.

ifadesine rağmen TBK mad. 125 hükmündeki seçimlik hakların burada da uygulanabileceğinin kabul edilmesi gerekir.

TBK mad. 473/f.1 hükmünün TBK'nın borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerle tamamlanması gerektiği görüşünün temelinde, İsviçre Borçlar Kanunu'nun, TBK mad. 473 hükmüne karşılık gelen 366. maddesinin, İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1911 yılında yapılan revizyondan önce bulunan 354 hükmünün gerekçesi yatmaktadır. Bu eski hükmün gerekçesinde açıkça hükmün borçlu temerrüdü hükümleri ile tamamlanması gerektiği belirtilmiştir. Eski İsviçre Borçlar Kanunu'nun 354. maddesini karşılayan Yeni 366. maddesine ait gerekçede bu ifade bulunmamasına karşın, maddenin eski hükümde değişiklik yapmak istemeyen gerekçesi ile bu sonuç desteklenmektedir⁵⁷⁴. Bu gerekçelerle TBK mad. 473/f.1 hükmünün yalnızca sözleşmeden dönme imkanı verdiği yönündeki görüş de eleştirilmektedir⁵⁷⁵.

Baskın görüşün aksine bizim de katıldığımız ve doktrinde ilk olarak Öz tarafından savunulan⁵⁷⁶ ve daha sonra da bazı yazarlar⁵⁷⁷ tarafından kabul edilen azınlık görüşüne göre ise, iş sahibi TBK mad. 473/f.1'e dayanarak sadece sözleşmeden dönebilir. Böylece iş sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı ya da aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını isteme imkanı yoktur.

Doktrinde Gautschi tarafından ise⁵⁷⁸, hem TBK mad. 473/f.1 hükmünün yalnızca vadeden evvel sözleşmeden dönme imkanı veren azınlık görüşün hem de bu hükmün borçlu temerrüdünün sonuçlarına ilişkin hükümlerle tamamlanması gerektiğini savunan baskın görüşün aksine, ikili bir ayrıma dayanan farklı bir görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, eğer yüklenici kendisine verilen süre zarfında işe hiç başlamamışsa yani yüklenicinin ifaya niyeti yoksa iş sahibi TBK mad. 125'teki seçimlik haklardan yararlanır. Ancak yüklenici işin icrasına başlamışsa bu durumda iş sahibi yalnızca TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönebilir.

⁵⁷⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. AYAN, s. 325; GAUTSCHI, Art. 366, N. 2a, s. 248.

⁵⁷⁵ Bkz. AYAN, s.325 dp. 9.

⁵⁷⁶ ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 48; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.128. Burada borçlu temerrüdü hükümlerinin uygulanması ancak eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğduğu kabul edilirse mümkündür. Bkz. ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 48.

⁵⁷⁷ GÜMÜŞ, s. 25; SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s.103; KARACA, İnşaat Sözleşmeleri, s. 69. Atamulu, iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden erken dönme hakkına değinmiş ancak doktrindeki baskın görüşe ilişkin değerlendirme yapmaktan kaçınmıştır. Bkz. ATAMULU, s. 100 vd.; Doktrinde Bilgin Yüce, TBK mad. 473 hükmünün hukuki sonuçlarına ilişkin farklı görüşlerin varlığına değinmiş ancak görüş beyan etmekten kaçınmıştır. Bkz. BİLGİN YÜCE, s. 125.

⁵⁷⁸ GAUTSCHI, Art. 366, N. 2a, s. 248-249. Bu görüş ve eleştirisi için bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 80-81.

2. Baskın Görüşe Göre İş Sahibinin Sahip Olduğu Haklar, Kullanılma Koşulları ve Sonuçları

a. İş Sahibinin Seçimlik Hakları

Baskın görüşe göre, TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince, eğer yüklenici işe başlamaz, işin ifasını geciktirir veya işi zamanında yetiştiremeyeceği anlaşılırsa iş sahibi sözleşmeden dönmenin yanı sıra aynen ifa ve gecikme tazminatını veya aynen ifadan vazgeçip olumlu zararının tazminini talep edebilir⁵⁷⁹. Ayrıca yüklenici bu görüş kabul edilirse, vadeden önce borçlu temerrüdüne düşmüş gibi TBK mad. 119 gereğince beklenmedik halden de sorumlu tutulacaktır⁵⁸⁰. Bu sorumluluktan ancak temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek kurtulabilir.

Doktrinde, Ayan tarafından TBK mad. 473/f.1 hükmünün borçlu temerrüdü hükümleri ile tamamlanması gerektiği görüşü kabul edilmiş olmasına karşın, yazar, TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibinin gecikme tazminatı isteyemeyeceğini⁵⁸¹ çünkü borcun muaccel olmasından evvel borçlu temerrüdünden söz edilemeyeceğini belirtmektedir. Böylece yazar, TBK mad. 473/f.1'in şartlarının gerçekleşmesi ile iş sahibine yalnızca sözleşmeden dönme ve aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini isteme hakkı tanımaktadır⁵⁸².

b. Hakların Kullanılmasının Koşulları

Baskın görüşe göre seçimlik hakların kullanılmasının koşullarını kısaca açıklamaya çalışacağız. Birincisi, TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibinin TBK mad. 125'teki seçimlik haklardan yararlanabilmesi için yüklenicinin temerrüde

⁵⁷⁹ Doktrinde, TBK mad. 473/f.1 hükmünün borçlu temerrüdü hükümleri ile tamamlanması gerektiğini savunan yazarlar tarafından, yüklenicinin verilen süre içerisinde işi tamamlama yönünde girişiminin bulunmaması veya işi yarıda bırakması ve devam etmekten kaçınması halinde iş sahibinin TBK mad. 113 gereğince hakimden izin alarak işin ifasını ikame bir yükleniciye bırakabileceği de ileri sürülmektedir. Bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 81; AYAN, s. 357. Yine bu iki halden birinin varlığı halinde iş sahibinin dilerse TBK mad. 113 dilerse de TBK mad. 473/f.2 hükmünün dayanarak ikame yükleniciye başvurabileceği doktrinde kabul edilmektedir. YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 526; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1020; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 120; YENER, Arsa Payı, s. 53. Buna karşın bu görüş doktrinde işi başkasına yaptırma masraflarını talep etmeyi bir tür olumlu zararın tazmini sayan Öz tarafından eleştirilmektedir. Zira, olumlu zarar ancak sözleşmeyi ileriye etkili sona erdiren fesih üzerine istenebilir. Geçmişe etkili olan dönme üzerine istenemez. ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 51-52.

⁵⁸⁰ GÜMÜŞ, s. 25; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 120. Aksi yönde AYAN, s. 357.

⁵⁸¹ Ancak yazar, iş sahibinin maddi zararını yüklenicinin kusurlu olması ve zarar ile gecikme arasında uygun nedensellik bağının bulunması gibi istisnai durumlarda, isteyebileceğini kabul etmektedir. AYAN, s. 356.

⁵⁸² AYAN, s. 356 vd.

düşürülmüş olması gerekir. Yüklenici iş sahibinin ihtarını ile temerrüde düşeceğinden, TBK mad. 117/f.2 gereğince yükleniciye yönelik bir temerrüt ihtarında bulunulması gerekir⁵⁸³. Buna karşın TBK mad. 117/f.2’de sayılan hallerden birinin varlığı halinde ihtarında bulunmaya gerek yoktur. Böylece, borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse temerrüt için ihtarında bulunmaya gerek olmaksızın temerrüt gerçekleşecektir.

Seçimlik hakların kullanılmasının ikinci koşulu, TBK mad. 123 gereğince yükleniciye uygun bir süre verilmesidir. Yine, TBK mad. 124’de sayılan durumlardan birinin varlığı halinde süre verilmesine de ihtiyaç yoktur. Böylece, borçlunun tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa, borcun ifası artık alacaklı için yararsız hale gelmişse veya borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa iş sahibinin seçimlik hakları kullanması bakımından yükleniciye süre vermesine ihtiyaç yoktur⁵⁸⁴.

c. Sonuçları

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını ve sonuçlarını daha önce belirttiğimizden, burada kısaca diğer iki seçimlik hakkın yani aynen ve gecikme tazminatı ve aynen ifada vazgeçerek olumlu zararın tazmini talebinin sonuçlarına değineceğiz.

Verilen sürenin sonunda veya süre verilmesine gerek olmayan hallerde iş sahibi, dilerse aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilir. İş sahibi, aynen ifayı talep edebilecek olsa da burada bir yapma borcu olduğundan⁵⁸⁵ gecikme tazminatı bakımında yüklenicinin kusuru olması aranacaktır. Eğer yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu değil ise gecikme tazminatı ödemekle de yükümlü olmayacaktır. Zira, gecikme tazminatı temerrüdün kusura bağlı sonucudur.

⁵⁸³ BGE 46 II 248, E.2. Bkz. KOLLER, Werkvertrag, N.348, s. 135.

⁵⁸⁴ Yukarıda da belirttiğimiz gibi, baskın görüşün aksine vade tarihinin belli olduğu durumlarda yalnız işin vade tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğini kabul ettiğimizden, iş sahibinin TBK mad. 473 gereğince sözleşmeden dönebilmesi için süre verilmesine gerek olmadığını kabul ediyoruz.

⁵⁸⁵ Para borçlarında temerrüt halinde ise, gecikme tazminatının yerini temerrüt faizi almakta ve faizin talebi açısından borçlunun kusuru aranmamaktadır.

İş sahibi, dilerse sözleşmeden dönme veya aynen ifa yerine aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini de talep edebilir. Olumlu zarar sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zarardır⁵⁸⁶. Tıpkı gecikme tazminatında olduğu gibi, olumlu zarar da temerrüdün kusura dayalı sonuçlarından olduğundan eğer yüklenici kusursuz ise iş sahibi olumlu zararını talep edemeyecektir. Böylece işe zamanında başlanmadığı, işin icrasında gecikildiği veya işi zamanında yetiştiremeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda yüklenici kusursuz ise iş sahibi, gecikme tazminatı veya olumlu zararının tazminini talep edemeyecektir. Böyle durumlarda o yalnız, sözleşmeden dönebilir veya aynen ifa talebinde bulunabilir. Elbette TBK mad.112 uyarınca yüklenicinin kusuru karine olarak kabul edilecek, tazminat borcundan kurtulmak için kusursuzluğunu ispatla yükümlü olacaktır.

3. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

TBK mad. 473 hükmünün ne madde başlığında ne de madde gerekçesinde yukarıda yer verilen tartışmaları sona erdirecek yol gösterici bir ifadeye yer verilmediğini görmekteyiz.

TBK mad. 473/f.1'in lafzına rağmen çoğunluk tarafından kabul edilen TBK 473/f.1 hükmünün borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerle tamamlanması gerektiği yönündeki görüş bizce yerinde değildir. TBK mad. 473/f.1 hükmü iş sahibine vadeden evvel yalnızca sözleşmeden dönme imkanı vermektedir. Maddenin açık ifadesine rağmen aksi sonucun kabul edilmesi mümkün değildir. Eğer kanunkoyucu iş sahibinin diğer seçimlik hakları kullanması gerektiğini düşünseydi sadece dönmeden bahsetmeyerek borçlu temerrüdü hükümlerine atıf yapar veya bu yönde açık bir düzenlemeye yer verirdi. Böylece, maddede sadece iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkından söz edilmesinin bir unutkanlık ürünü olduğu kanaatinde değiliz.

Kaldı ki yukarıda ilgili bölümlerde yer verdiğimiz Yargıtay'ın konuya ilişkin verdiği kararlarında da iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına, bu hakkın şartlarının oluşup oluşmadığına değinilmiş diğer seçimlik haklar bakımından yapılan

⁵⁸⁶ İş sahibinin müspet zararının tazminini talep edebileceğini kabul edilmesi halinde bu zararın tespiti bakımından genel borçlu temerrüdünden farklı sonuçlara varılması gerekir.. Böylece, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazmin etmesi durumunda bu zarar, işin ikinci kişiye yaptırılması masrafları ile teslim borcunun muaccel olmasından sonraki zamana ait gecikme tazminatıdır. Bkz. AYAN, s. 358; ERMAN, Arsa Payı s. 85.

bir incelemeye rastlanmamıştır⁵⁸⁷. Buna karşın Yargıtay'ın Eski BK mad. 358'f.1 (TBK mad. 473/f.1) hükmü kapsamında yaptığı incelemede temerrüdün şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin de ele aldığı kararları mevcuttur⁵⁸⁸.

TBK mad. 473 hükmü genel olarak Borçlar Hukuku sistematığına aykırı bir düzenleme içermektedir. Temel prensip vade tarihinin gelmesi ve borçlunun borcunu ifa etmemesi üzerine alacaklının birtakım imkanlardan yararlanması iken, bu madde ile iş sahibine öne çekilmiş bir müdahale imkanı tanınmıştır. Bizce, kanun sistematığında bir istisna teşkil eden bu hükmü genişleterek hükmün sağladığı imkanlardan daha fazlasını sağlamak kanunkoyucunun amacına ters düşecektir. Kaldı ki iş sahibine sözleşmeden dönme ile birlikte diğer seçimlik hakların da tanınması gerektiğini savunan yazarların büyük çoğunluğu vadeden evvel temerrüden doğan seçimlik hakların kullanılması üzerine çıkabilecek sorunlara çözüm önerisi de sunmamaktadırlar. Zira vadeden evvel henüz temerrüde düşmemiş borçlu bakımından gecikme tazminatı tayin edilmesi veya olumlu zararın tazmini nasıl mümkün olacaktır?

Öncelikli olarak iş sahibine sözleşmeden dönme yerine aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkı tanınması halinde gecikme tazminatının hesabı bakımından sorunlarla karşılaşılacaktır. Zira gecikme tazminatı borcun geç ifa edilmemesinden doğan zarardır. TBK mad. 473/f.1 hükmünün uygulandığı durumlarda ise, borç için henüz vade tarihi gelmemiştir. Henüz vade tarihi gelmeden yani henüz bir gecikme gerçekleşmeden gecikme tazminatı da söz konusu olmayacağından TBK mad. 473/f.1 gereğince gecikme tazminatının talebinin mümkün olmadığı görüşündeyiz. Kaldı ki Yargıtay yakın tarihte vermiş olduğu bir kararında yüklenicinin

⁵⁸⁷ Yargıtay'ın 2004 tarihli bir kararında BK mad. 358 kapsamında yapılan incelemede temerrüt ifadesine yer verilmiş olmasına karşın yalnızca sözleşmeden dönme kapsamında değerlendirme yapılmıştır. "... *Arsa sahiplerinin iddia biçimine göre sorunu B.K.nun 358.maddesi çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Zira, anılan maddede üç ayrı neden fesih sebebi olarak kabul edilmiştir. Bunlar; yüklenicinin işe zamanında başlamaması, sözleşme şartlarına aykırı olarak işi terki ve her türlü tahmine nazaran işi kararlaştırılan zamanda teslim edemeyeceğinin anlaşılmasıdır. Daha açığı yüklenici anılan hükümlere aykırı davranarak temerrüde düşmüş ise arsa sahipleri sözleşmenin feshini istemekte haklı olacaktır...*" Yarg. 15. HD. E. 2003/3940, K. 2004/1026, T. 26.2.2004. (KİB, 24.01.2016)

⁵⁸⁸ Yargıtay 15. HD. Eski BK mad. 358/f.1 (TBK mad. 473/f.1) hükmünün adeta bir erken temerrüt hükmü olduğuna yönelik 1993 tarihli bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır: "...*İşe zamanında başlanmasa da vadede eserin bitirilmesi olanağı varsa sözleşmenin bozulması istenemez. Ayrıca, maddede yer almamakla beraber yüklenicinin direngen duruma düşebilmesi için genel hükümlere göre iş sahibi tarafından yükleniciye işe başlaması için uygun bir mehil tanınarak ihtar yapılması da zorunludur...*" Yarg. 15. HD. E. 1992/3285, K. 1993/1196, T. 11.3.1993. (KİB, 12.03.2016)

temerrüdünden evvel olumlu zararın istenmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir.⁵⁸⁹

İş sahibinin TBK mad. 473/f.1'in şartlarının gerçekleşmesi üzerine borçlu temerrüdü hükümlerine dayanabileceğinin kabulü durumunda değerlendirilmesi gerekli ikinci husus da aynen ifadan vazgeçen iş sahibinin müspet zararının nasıl tespit edileceğidir.⁵⁹⁰ Zira olumlu zarar, borcun ifa edilmesi halinde malvarlığının alacağı durumla, ifa edilmemesi halinde almış olduğu durum arasındaki farkı ifade eder.⁵⁹¹ Kuşkusuz ki iş sahibinin olumlu zararını talep edebilmesini olumlu değerlendirmemek gerekirse⁵⁹² de henüz vade tarihi gelmeden borcun vade tarihinde ifa edilmemesi halinde malvarlığının alacağı durumu tespit etmek güçtür.⁵⁹³

TBK 473/f.1 hükmünün borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerle tamamlanması gerektiğini savunan görüş çerçevesinde, yüklenicinin son derece kararlı ve katı biçimde ifayı reddettiği durumlarda aynen ifa ve gecikme tazminatının talep edilmesinin sonuçsuz kalacağı ortadır. Bu noktada, baskın görüş kabul edilirse dahi iş sahibi ancak sözleşmeden dönebilir veya olumlu zararını talep edebilir⁵⁹⁴.

H. BİĞŞ'deki Özel Düzenleme

BİĞŞ'nin 47. maddesinde şartnameye bağlı işlerde idarenin hangi hallerde vade tarihini beklemeksizin sözleşmeyi sona erdirebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer

⁵⁸⁹ "...Yine 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 106/II. fıkrasındaki sözleşmenin ifasını talep ve gecikme nedeniyle tazminat (olumlu zarar) isteme hakkı, borçlu yüklenicinin temerrüdü halinde uygulanacak bir hüküm olup, kural olarak sözleşmenin feshi halinde ya da yüklenicinin temerrüdünden önce BK'nun 106/II. fıkrasında ifade edilen olumlu zararların istenmesi mümkün değildir...." Yarg. 15. HD. E. 2015/519, K. 2015/5751, T. 13.11.2015. (KİB, 24.01.2016)

⁵⁹⁰ İş sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmininin talep edilmesi istemesi halinde kendi edimini ifa edip etmeyeceği mübadele veya fark teorisinin uygulanmasına göre tayin edilecektir. Mübadele teorisi uygulanırsa iş sahibi kendi edimini ifa etmekle yükümlü olacak eğer fark teorisi uygulanırsa kendi edimini ifa etmekle yükümlü olmayacaktır. Mübadele ve fark teorisine ilişkin açıklamalar için bkz. FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, C.II, s. 186; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 950; ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 268; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 869; ERMAN, Arsa Payı, s. 101. Esasen mübadele ve fark teorilerinin uygulanması yüklenici bakımından önem arz edecektir. Zira iş sahibinin borcu eser sözleşmesinde kural olarak bedel ödeme borcudur. Bkz. ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 270. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde fark teorisinin uygulanması gerektiğine ilişkin bkz. ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 270; ERMAN, Arsa Payı, s. 101.

⁵⁹¹ Bkz. TUNÇOMAĞ, Genel hükümler, s. 949; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 429. "Olumlu (müspet) zarar; borçlu edimi (edayı) gereği gibi ve süresinde yerine getirseydi alacaklının malvarlığı ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki fark olumlu (müspet) zarardır." Yarg. HGK. E: 2004/13-208, K: 2004/211 T: 7.4.2004. Yargıtay Kararları Dergisi, C.30, S.10, Ekim 2004, s.1498.

⁵⁹² Aynı görüşte, BAŞOĞLU, s. 292.

⁵⁹³ BAŞOĞLU, s. 292.

⁵⁹⁴ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 81; YAKUPPUR, s. 51.

verilmiştir. Maddede, yüklenicinin hem taahhüdünden vazgeçmesi hem de taahhüdünü sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirmemesi hallerinde idarenin sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi ele alınmıştır. Esasen bu hüküm bizce TBK mad. 473 hükmünün hem ilk fıkrasını hem de ikinci fıkrasını karşılar niteliktedir. Biz burada yalnızca ilk fıkra bakımında benzerlikler ve farklılıklar üzerinde duracağız. Zira, ikinci fıkra bakımından açıklamalara çalışmamızın üçüncü bölümünde yer vereceğiz.

Öncelikli olarak Şartnamenin 47. maddesinde yüklenicinin taahhüdünden vazgeçmesi veya sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirmemesi halinde idarenin yükleniciye, eserin teslimi için vade tarihinin belli olup olmaması bakımından bir ayırım yapılmaksızın, bir süre vermesi gerektiği ve bu sürenin on günden az olamayacağı kabul edilmiştir.⁵⁹⁵ Oysa, TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönme bakımından vade tarihinin belirli olduğu işlerde kural olarak yükleniciye süre verilmesi gerekmediği kanaatinde olduğumuzu belirtmiştik.

Ayrıca vade tarihinin belli olmadığı işlerde TBK mad. 473/f.1 gereğince yalnızca işe başlama için veya işin icrasında gecikme bakımından işin gerekli tempoya çıkarılabilmesi için yükleniciye süre verilmesi gerektiğini belirtmiş ve burada verilecek sürenin uygun bir süre olması gerektiğine değinmiştik. Oysa şartnamede herhangi bir ayırım yapılmadan, yüklenicinin taahhüdünden vazgeçmesi veya sözleşme ve şartname hükümlerine göre yerine getirmemesi hallerinde 10 günden az olmayan bir süre verileceği ve bu sürenin sözleşme süresine eklenmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Biz de, bu düzenlemeye paralel olarak, TBK mad. 473/f.1 gereğince vade tarihinin belirli olmadığı işlerde yükleniciye işe başlaması için veya işi gerekli tempoya çıkarması için verilen uygun sürenin vade tarihine eklenmeyeceğini kabul ediyoruz.

⁵⁹⁵ Öz, Sözleşmeden Dönme,64.

V. TAM TAZMİNAT KARŞILIĞI FESHE İLİŞKİN TBK MAD. 484'ÜN UYGULANABİLECEĞİNE İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A. Genel olarak

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için kural olarak dava açmasına ihtiyaç yoktur. Sözleşmeden dönme, yöneltilmesi gerekli tek taraflı irade beyanıdır. Sözleşmeden dönmenin haksız olduğunu düşünen yüklenicinin dava açması durumunda dönmenin haklı ya da haksız oluşuna hakim kanaat getirecektir. İşte, açılan davada TBK mad. 473/f.1 gereğince eser sözleşmesinden dönmenin şartlarının gerçekleşmediği ve iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin haksız olduğu sonucuna varılırsa burada TBK mad. 484 hükmünde düzenlenmiş olan tam tazminat karşılığı feshin varlığının kabul edilmesi gerektiği yönünde doktrinde bir görüş ileri sürülmektedir.

Biz genel olarak tam tazminat karşılığı feshe ilişkin TBK mad. 484 hükmünü genel olarak açıkladıktan sonra, TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönmenin haksız olduğu durumlarda tam tazminat karşılığı feshin varlığını kabul eden görüşe değineceğiz.

B. Tam Tazminat Karşılığı Fesih (TBK mad. 484)

1. Genel Olarak TBK mad. 484 Hükmü ve TBK mad. 473/f.1 Hükmü ile Birlikte Değerlendirilmesi

Tazminat karşılığı fesih TBK'nın 484. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: *“İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.”* Bu madde ile iş sahibine dilediği zaman keyfi olarak sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirme imkanı tanınmıştır⁵⁹⁶. İş sahibinin bu şekilde sözleşmeyi sona

⁵⁹⁶ Benzer bir düzenlemeye TBK'nın 512. maddesinde müvekkilin vekili gerekçesiz azlinde yer verilmiştir. Bu hükme göre; *“Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir. Ancak, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”* İfasına henüz başlanmamış vekalet sözleşmelerinde sözleşmeyi sona erdirme hakkının sözleşmeden dönme, ifasına başlanmış vekalet sözleşmelerinde ise fesih niteliğinde olduğuna ilişkin bkz. SARI Suat; Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004, s. 83. TBK mad. 484 hükmü ile 512 hükmü arasında birtakım farklılıklar vardır. İki madde arasındaki temel farklılık, TBK 512 hükmünü 484. maddeden farklı kılan yalnızca vekalet verene değil vekile de aynı imkandan yararlanma hakkı tanınmış olmasıdır. Zira eser sözleşmesini keyfi fesih hakkı yalnızca iş sahibine tanınmıştır. Bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 619; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 788; ARAL/AYRANCI, s. 433;

erdirebilmesi için yüklenicinin tüm zararını tazmin etmesi ve yapılmış olan kısmın karşılığını ödemesi gerekir. Görülüyor ki maddedeki düzenleme ile yalnızca iş sahibine hiçbir gerekçe göstermeden sözleşmeyi keyfi fesih hakkı tanınmış olup, bu hak yükleniciye tanınmamıştır⁵⁹⁷. Böylece yalnızca eser sözleşmelerine ilişkin bu hüküm de, vadeden evvel sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisini sadece iş sahibine vermesi bakımından, TBK mad. 473/f.1 hükmü ile benzerlik taşımaktadır.

Bu iki hüküm arasındaki benzerliklerde biri de iki hükmün de yalnızca eser sözleşmelerine özgü oluşudur⁵⁹⁸. Ayrıca her iki hüküm de ancak eser tamamlanıncaya kadar kullanılabilir.

Kuşkusuz ki, iş sahibi sözleşmeyi vade tarihinden evvel sona erdirmeye ilişkin bu iki hükümden öncelikle TBK mad. 473/f.1'e dayanmayı tercih edecektir. TBK mad. 484 hükmü iş sahibine yüklenicinin tüm zararlarını tazmin yükümlülüğü getirdiğinden öncelikli olarak TBK mad. 473/f.1 hükmüne dayanmak istemesi ve TBK mad. 484 hükmünü alternatif olarak görmesi olağandır⁵⁹⁹.

TBK mad. 484 hükmünün emredici nitelikte olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁶⁰⁰, TBK mad. 484 hükmü emredici nitelikte olduğundan iş sahibi bu hakkından daha önce feragat edememelidir. Diğer bir görüşe göre ise⁶⁰¹, TBK mad. 484'ün getirdiği düzenleme emredici nitelikte olmadığından iş sahibinin önceden feragati (bu hakkını kaldıran veya kısıtlayan geçerli bir anlaşma yapması) da mümkün olmalıdır.

ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 646; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri,, s. 644; EREN, Özel Hükümler, s. 736.; GÜMÜŞ, s. 195.

⁵⁹⁷ Tarafların anlaşarak sözleşmesel ilişkiyi sona erdikleri hallerde TBK . 484 hükmü uygulama alanı bulmaz. Bkz. YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 551; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 591; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 351; EREN Fikret; İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yönetici, İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (Ankara, 18-29 Mart 1996), s. 91.

⁵⁹⁸ Tam tazminat karşılığı feshe ilişkin TBK mad. 484 hükmünün karma sözleşmeler olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulama alanı bulmayacağına ilişkin bkz. BUZ, Sözleşmenin Feshi, s. 223.Hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yararlar dengesine uygun olmadığına ilişkin bkz. DEMİRDÖVEN, Oğuzhan; İş Sahibinin Eser Sözleşmesini Tam Tazminatla Fesih Hakkı (BK. m. 369) , Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. I, İstanbul 2009, s. 627. TBK 484 hükmünün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulanabileceğine ilişkin bkz. YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1097; DURAK, s.237-238.

⁵⁹⁹ GAUTSCHI, Art. 366, N.4c, s. 246.

⁶⁰⁰ YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri , s. 550.

⁶⁰¹ ERGEZEN, s. 116; EREN, Özel Hükümler, s. 678; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 590; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 343-344; BUZ, Sözleşmenin Feshi, s. 222.

İş sahibinin sözleşmeyi TBK mad. 484'e dayanarak sona erdirmesi durumunda sözleşme, sözleşmeden dönmeden farklı olarak baştan itibaren değil ileriye etkili olarak (ex nunc) sona erecektir. Bu durum TBK mad. 484'de yapılmış olan kısmın karşılığının ödenmesi şeklinde somutlaştırılmıştır⁶⁰². Böylece doğru şekilde maddede dönme değil fesih ifadesine yer verilmiştir.

TBK'nın 484. maddesi ile iş sahibine dilediği zaman hiçbir gerekçe göstermeksizin sözleşmeyi sona erdirme yetkisinin tanınmasının özünde iş görme sözleşmelerinden olan eser sözleşmelerinin karşılıklı güven ilişkisine dayanıyor olması yatmaktadır. Böylece iş sahibi, artık güvenmediği yüklenici ile sözleşmesel ilişkiye devam zorlanmamış olur⁶⁰³.

2. Şartları

a.Eser Henüz Tamamlanmamış Olmalıdır

TBK mad. 484 hükmü ile yalnızca eserin tamamlanmasından önce sözleşmeyi sona erdirme imkanı verilmiştir. Bu durum madde metninde "*eserin tamamlanmasından önce*" ifadesine yer verilmiş olmasından anlaşılmaktadır. Böylece iş sahibi eser tamamlandıktan sonra TBK mad. 484'e dayanamayacaktır. Başka bir ifadeyle iş sahibi ancak yüklenici henüz eserin icrasına başlamadan veya başlayıp devam ederken eser henüz tamamlanmadan evvel TBK mad. 484'e dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilir⁶⁰⁴. Böylece hüküm, hakkın kullanılma zamanı bakımından TBK mad. 473/f.1 hükmü ile benzerlik taşımaktadır.

Acaba iş sahibinin sözleşmeyi feshedebilmesi için öncelikli olarak, eserin tamamlanan kısmın bedelini ve yüklenicinin zararını ödemekle yükümlü olacak mıdır? Baskın görüşte⁶⁰⁵ soruya olumsuz cevap verilmektedir. Buna göre iş sahibinin TBK mad. 484'e dayanarak sözleşmeyi feshetme hakkı bakımından zararı ve bedeli ödemesi ön koşul değildir. Aksine iş sahibinin bedel ödeme ve tazmin borcu sözleşmeyi feshinin sonuçlarıdır. Diğer bir görüşe göre ise, iş sahibinin tazminat

⁶⁰² Bkz. Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 233; HUGUENIN, N. 3213, s. 958.

⁶⁰³ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 233; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 550. Buz'a göre TBK mad. 484 hükmünün konuluş amacı sadece güven ilişkisi ile açıklanamaz. Bkz. BUZ, Sözleşmenin Feshi, s. 213.

⁶⁰⁴ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 234; BÜYÜKAY, Eser, s. 195; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 551; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 587; TADOĞAN, s. 344; BUZ, Sözleşmenin Feshi, s. 227; DEMİRDÖVEN, s. 628.

⁶⁰⁵ Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 234; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 551; EREN, Özel hükümler, s. 679; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 587.

ödeme yükümlülüğü fesih hakkının kullanılmasının ön şartı olarak kabul edilmelidir⁶⁰⁶.

Bizce de tazminat ödeme önerisinin sözleşmeyi fesih beyanında bulunması gerekmez. Tazminat ödeme TBK mad. 484'e dayanılabilmesi için bir ön koşul değil, aksine bu hükme dayanılarak sözleşmeyi feshin sonucudur⁶⁰⁷.

b. İş Sahibinin Fesih Beyanı

İş sahibinin TBK mad. 484 hükmüne dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilmesi için sözleşmeyi fesih iradesini yükleniciye bildirmesi gerekir⁶⁰⁸. İş sahibi bu fesih beyanının yükleniciye veya onun temsilcisine iletebilir. Fesih beyanı, varması gerekli, tek taraflı ve bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu hak kullanılmakla sona ereceğinden geri alınması mümkün değildir. Ayrıca fesih beyanının şarta bağlı olması da mümkün değildir. Kural olarak fesih beyanı herhangi bir şekle tabi olmasa da⁶⁰⁹ TTK mad. 18 gereğince, tacirler arasında sözleşmeyi feshe ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.

İş sahibi fesih beyanında bulunurken aslında hiçbir gerekçe göstermemelidir. Eğer bir gerekçe gösterilecekse bu TBK mad. 484'e dayanılarak sözleşmeyi fesih hakkını kullandığı yönünde olmalıdır⁶¹⁰. Aksi halde, Yargıtay uygulamasında,

⁶⁰⁶ BÜYÜKAY, Eser, s. 193; iş sahibi sadece sözleşmeyi sona erdirdiğini bildirmemeli tazminat ödemeyi de önermiş olmalıdır. TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 1090.

⁶⁰⁷ Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir. "Gerçekten iş sahibi, yüklenicinin daha işe başlamadan veya işin devamı sırasında BK. nun 369. maddeye dayanarak sözleşmeden dönebilir. Hatta işin tamamlanmasını iş sahibi engellemiş olsa bile eser sözleşmesine ilişkin özel hüküm niteliğini taşıyan BK. nun 369. maddeden yararlanarak ileriye etkili biçimde akdin feshini istemeye hakkı vardır. Bunun için yükleniciye tazminat teklif etmesi de gerekmez Kuşkusuz iş sahibinin akitten dönmesinin sonucu, yüklenicinin olumlu ve olumsuz tüm zararlarını en üst düzeyde, yasal deyimi ile "balıgan mabelağ" ödemekten ibarettir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları da bu doğrultudadır" Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 15.4.1986 tarih ve 3578/1260 sayılı kararı. (SİB, 06.11.2015)

⁶⁰⁸ ERGEZEN, s. 118; BÜYÜKAY, Eser, s. 193; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 551.

⁶⁰⁹ Kural olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin şekle tabi olarak sona erdirileceğini kabul eden Yargıtay TBK mad. 484'e dayanan durumlarda şekle tabi olmadığını kabul etmektedir. "...arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, tapuda pay devri edimi de içerdikleri için kural olarak ancak taraf iradelerinin birleşmesi ile ya da mahkeme kararı ile feshedilebilirlerse de BK'nun 369. maddesi uyarınca gerçekleştirilen fesih işlemlerinde, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla bozucu yenilik doğuran hak sonuçlarını doğurur ve sözleşme ilişkisi sona erer. Bu itibarla da yüklenicinin tazminat alacağı hesabı anılan tarihteki rayiçler üzerinden yapılır." Yargıtay 15 HD. E. 2010 / 7098, K. 2012 / 350 , T. 27.01.2012. (SİB, 06.11.2015) Aynı yönde, Yargıtay 15 HD., E. 2009 / 793 , K. 2010 / 1095 , T. 25.02.2010.

⁶¹⁰ GAUTSCHI, Art. 366, N. 4c, s. 246. Tunçomağ'a göre, iş sahibi kesinlikle sözleşmeyi neden sona erdirdiğini beyanında belirtmesi gerekir. Ancak bu halde yüklenici beyan karşısında kendisini savunma imkanına sahip olur. TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 1090.

gösterilen gerekçelerin yerinde olup olmadığının tartışılması gerektiği kabul edilmektedir⁶¹¹.

3. Sonuçları

İş sahibinin TBK mad. 484'e dayanarak sözleşmeyi keyfi sona erdirmesinin iki önemli sonucu vardır. Bunlardan ilki, iş sahibi eserin şimdiye kadar tamamlanan kısma ilişkin bedeli yükleniciye ödemekle yükümlü oluşudur. Bu nedenle iş sahibinin henüz daha eserin yapımına başlanmadan ya da başlandıktan hemen sonra bu hakkını kullanması onun yararına olacaktır. Zira aşamada yüklenici tarafından yapılan işe isabet eden bedel kısmı daha azdır⁶¹².

İkinci sonucu ise, keyfi sona erdirmeye hakkı olan iş sahibinin, yüklenicinin bu nedenle ortaya çıkan tüm zararlarını ödemekle yükümlü olmasıdır. Tazminat miktarı tayin edilirken yüklenicinin ifaya olan menfaati esas alınacaktır⁶¹³. Burada tazmini istenen zarar olumlu zarar olmalıdır⁶¹⁴.

C. TBK Mad. 484'ün Uygulanabileceğine İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

İşte yukarıda temel özelliklerine değindiğimiz tam tazminat karşılığı fesih hükmünün, iş sahibinin TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönmesinin haksız olduğu durumlarda uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Esasen bu hükmün uygulanmasına ilişkin tartışmalar yalnızca TBK mad. 473 hükmü çerçevesinde değildir. Diğer sözleşmeyi haksız fesih

⁶¹¹ "818 sayılı Kanunu'nun 369. maddesi hükmüne ve dolayısıyla □toplama metodu□na göre yüklenicinin kar kaybı ve zararının hesaplanabilmesi için iş-eser sahibinin, fesih bildiriminde bulunurken hiçbir neden göstermemesi gerekir. Çünkü, anılan Yasa hükmüne dayalı fesih nedensiz□ bir fesihtir. İş sahibi, fesih bildiriminde neden göstermişse, 818 sayılı Kanun'un 369. maddesi uygulanmaz, bu durumda fesih nedeninin haklı olup olmadığı araştırılır; neden haksız ise, kusurlu iş sahibinden yüklenici, olumlu zararını isteyebilir." Yargıtay 15. HD., E. 2013 / 4839 , K. 2014 / 4650 , T. 02.07.2014. Aynı yönde, Yargıtay 15 HD. E. 1998 / 2263 K. 1998 / 3752, T. 08.10.1998. (SİB, 06.11.2015).

⁶¹² ERGEZEN, s. 117.

⁶¹³ Tazminat miktarının hesabında iki ayrı yöntemin varlığı kabul edilmektedir. Bunlardan ilki kesinti yöntemi, ikincisi de toplama yöntemidir. Burada seçim hakkı yüklenicidedir. Yöntemler için bkz. ÖZ, İnşaat sözleşmesi, s. 235; ERGEZEN, s. 120; BÜYÜKAY, Eser, s. 198; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 552; EREN, Özel Hükümler, s. 682; ARAL/AYRANCI, s. 399; GÜMÜŞ, s. 104-105; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 347; DEMİRDÖVEN, s. 643. Yargıtay kararlarında toplama metodunun uygulanması kabul edilmektedir. Bkz. E. 2010 / 7098 , K. 2012 / 350 , T. 27.01.2012. Aynı yönde, 15.Hukuk Dairesi , E. 1998 / 833, K. 1998 / 1348 , T. 02.04.1998. (SİB, 06.11.2015).

⁶¹⁴ ERGEZEN, s. 120; BÜYÜKAY, Eser, s. 193; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 1091; ARAL/AYRANCI, s. 398; GÜMÜŞ, s. 104; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 348.

veya dönme sebeplerinde de-örneğin ayıplı ifaya dayandırılan fakat haksız olan dönme gibi- uygulanmasının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır.

Baskın olan görüşe göre⁶¹⁵, sözleşmeden dönmenin haksız olduğu durumlarda iş sahibi tam tazminat ödemekle yükümlüdür Öğretide Büyükay, baskın görüşe karşı çıkarak, sözleşmeden dönmenin haksız olduğunun anlaşıldığı durumlarda esas olarak sözleşmenin hala geçerli olduğu kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁶¹⁶.

Doktrinde Öz, her durumda iş sahibinin TBK mad. 484 gereğince tam tazminat ödemekle yükümlü olacağı uygun görmeyerek, iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirirken dayandığı gerekçelerin asılsız olduğunu bildiği durumlarda TBK mad. 484 hükmünün uygulanmasının mümkün olduğunu savunmaktadır⁶¹⁷. Böylece, iş sahibinin sözleşmeden dönme gerekçelerinin yerinde olduğunu varsaydığı yani iyiniyetli olduğu durumlarda, TBK mad. 484 hükmü uygulanmayacaktır.

Yine öğretilerde Buz tarafından savunulan benzer görüşe göre ise, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için gerekli koşulların gerçekleşmediği hallerde tahvil için gerekli şartlar mevcut olmadığından, yasal koşulları gerçekleşmeyen dönme beyanı TBK mad. 484 anlamında fesih olarak değerlendirilemez. Bu durumun istisnası ancak iş sahibinin sonuçları ne olursa olsun eser sözleşmesini sona erdirmeye isteğinin bulunduğu hallerde söz konusu olabilir⁶¹⁸.

Bizce de, iş sahibinin sözleşmeden dönme beyanının haksız olduğu doğrudan iş sahibinin tam tazminat karşılığı sözleşmeyi sona erdirdiği kural olarak kabul edilmemelidir. Çalışmamız bakımından TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönme beyanında bulunan iş sahibinin dönmede haksız olduğunun anlaşılması halinde TBK mad. 484 hükmünün uygulanacağını söylemek, iş sahibini ağır bir tazminat yükü altına sokacaktır. Başka bir deyişle, iş sahibinin lehine olan TBK mad. 473/f.1 hükmü, bir anda şartları gerçekleşmediğinden iş sahibi bakımından aleyhe bir düzenlemeye dönüşecektir. İş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye yönündeki iradesi bu yönde değildir.

⁶¹⁵ ARAL/AYRANCI, s. 366; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 533; KIRMIZI, s. 170; KOCAAĞA, İnşaat, s. 94.

⁶¹⁶ Yazara göre, o halde, iş sahibi yüklenicinin işe devam etmesini istemiyorsa, bu durum subjektif kusurlu imkansızlık sayılabilir veya yüklenici iş sahibini temerrüde düşürebilir. BÜYÜKAY, Eser, s. 198-199.

⁶¹⁷ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, 234.

⁶¹⁸ BUZ, Sözleşmenin Feshi, s. 217. Aynı yönde, DEMİRDÖVEN, s. 617-618.

Yukarıda iş sahibinin sözleşmeden dönme beyanının dayandığı gerekçenin haksız olduğunun anlaşılması durumunda “kural olarak” bunun TBK mad. 484 gereğince tam tazminat karşılı feshin söz olmayacağını kabul etmemiz yanında bunun bazı durumlarda istisnasının var olduğunu kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira, herkes hakkını kullanırken dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlü olduğundan eğer iş sahibi bakımından korunması gerekli bir menfaat yok ise TBK mad. 484 hükmünün sonuçlarının doğacağını kabul etmek gerekir. Zira, eğer iş sahibi kötünietli olarak, TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönmemin koşullarının gerçekleşmediğini bildiği halde dönme beyanında bulunmuşsa TBK mad. 484 hükmü uygulama alanı bulabilecektir. Hatta uygulamada iş sahibi daha da ileriye giderek eser sözleşmeleri bakımından büyük önem arz eden güven ilişkisinin ortadan kalkmasına bizzat sebep olacak davranışlarda bulunmuş olabilir. Bu durumda da TBK mad. 484’ün uygulanmasını kabul etmek gerekir.⁶¹⁹

Kural olarak, iş sahibinin sözleşmeden dönme beyanının haksız olduğu sonucuna varıldığında TBK mad. 484 hükmünün uygulanmayacağını kabul ettiğimizden, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının mevcut olup olmadığının tespiti sürecinde işin ifasında birtakım gecikmeler yaşanmış olacağından, bu gecikmelerden iş sahibinin sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz. İşte bu durumda işin icrasındaki gecikmeye iş sahibi kendi kusuruyla sebep olduğundan yükleniciye gecikmeyle orantılı olarak ek süre verilmesi gerekecektir.⁶²⁰

VI. İSPAT YÜKÜ

TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönme hakkının doğduğunu veya aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca işin ikame yükleniciye bırakılmasının şartlarının oluştuğunu ispat yükü iş sahibine aittir. İş sahibi özellikle yüklenicinin eseri zamanında tamamlayamayacağını ya da sözleşmeye uygun şekilde imal edemeyeceğini kanıtlamalıdır⁶²¹.

TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için dava açmasına kural olarak ihtiyaç yoktur. Bunun tek istisnasına yukarıda da belirttiğimiz üzere arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından Yargıtay

⁶¹⁹ ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 142.

⁶²⁰ Benzer yönde, KURT, s. 290.

⁶²¹ ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.43, s. 2320.

uygulanmasında yer verilmektedir. Zira Yargıtay, bu sözleşmelerde dönme beyanı karşı tarafça kabul edilmedikçe dava açılması gerektiğine hükmetmektedir. Böylece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri dışındaki eser sözleşmelerinde sözleşmeden dönme için dava açılmasına ihtiyaç yoktur. Tek taraflı irade açıklamasıyla bu hak kullanılabilir.

Böylece maddenin ilk fıkrası uyarınca hakim kararına ihtiyaç olmaksızın, kural olarak tek taraflı irade açıklamasıyla sözleşmeden dönen iş sahibi, kendisine karşı açılan bir davada sözleşmeden dönmeyişin şartlarının gerçekleşmemiş olması sebebiyle haksız olduğu itirazıyla karşı karşıya kalabilir⁶²². Böyle bir durumda TMK mad. 6 gereğince dayandığı olguları ispat etmekle yükümlü olacaktır. Ancak iş sahibi bakımından vade tarihinden evvel erken hak aramaya ilişkin TBK mad. 473 hükmünün uygulanma koşullarını ispat etmek her zaman kolay olmayacaktır⁶²³. İşte böyle bir durumda iş sahibinin daha önceden delil tespiti yaptırmış olmasının iş sahibi lehine olacağı kanaatindeyiz⁶²⁴. Geçici hukuki koruma tedbirlerinden olan delil tespiti açılmış veya daha sonra açılacak bir davaya ilişkin delilleri daha önceden güvence altına almak amacıyla başvuru bir yoldur⁶²⁵.

⁶²² Eser sözleşmelerinde görevli mahkeme genel mahkemelerdir. Yarg. 15. HD., 08.04.2013, 2012/7924, 2013/2386. (KIRMIZI, s. 445).

⁶²³ GAUTSCHI, Art. 366, N.b, s. 246.

⁶²⁴ Delil tespiti için bkz. KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014, 568 vd. PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 1050 vd; KURU Baki; Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2015, s. 513 vd.

⁶²⁵ Delil tespiti bakımından eğer dava açılmadan önce talep edilecekse, yetkili mahkeme esas davaya bakmaya yetkili olan mahkeme olacaktır. Ayrıca keşif ya da bilirkişi incelemesi yapılacak şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinletilecek kişinin oturduğu yer mahkemesinden de talep edilebilir. Dava açıldıktan sonra ise ancak davaya bakan mahkemeden talep edilebilir. KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 569; PEKCANITEZ/ARSLAN/ÖZEKES, s. 1053; KURU, s. 514.

Üçüncü Bölüm

İŞİN BİTMEYEN AYIPLI VEYA SÖZLEŞMEYE AYKIRI OLACAĞININ ÖNCEDEN ANLAŞILMASI DURUMUNDA İŞ SAHİBİNİN HAKLARI

I. GENEL AÇIKLAMALAR

A.Kavram ve Bu Alandaki Olgulara Genel Bir Bakış

İkinci bölümde TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibinin maddede sayılan üç halden birinin varlığı halinde vade tarihini beklemezsizin sözleşmeden dönebileceğine değinmiştik. Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi bu hüküm yalnızca eser sözleşmelerine özgü olup, diğer sözleşmelerde uygulama alanı bulmaz. Benzer şekilde TBK’da diğer sözleşmelerde olmayan bir düzenlemeye de aynı maddenin ikinci fıkrasında yer verilmiştir. Burada, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağına anlaşılması durumunda vade tarihini beklemezsizin iş sahibine harekete geçme imkanı veren özel bir düzenleme yer almaktadır. Şunu belirtelim ki, eser ve taşınmaz satışı sözleşmelerinin unsurlarından oluşmuş “çift tipli karma sözleşme” sayılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de, yapılacak inşaat eser sözleşmesindeki yüklenici edimi ile özdeş olduğundan, bu hükümler uygulama alanı bulacaktır⁶²⁶.

TBK’nın 473 maddesinin birinci ve ikinci fıkraları birbirinin tamamlayıcısı nitelikte iki fıkra değildir. Her iki fıkrada da farklı iki düzenlemeye yer verilmiştir. İki fıkranın da uygulama koşulları ve hukuki sonuçları birbirinden farklıdır. Maddenin ilk fıkrasında iş sahibinin bazı koşullarla sözleşmeden erken dönme imkanı düzenlenmiş iken, ikinci fıkrada işi başkasına yaptırabilme yetkisinden söz

⁶²⁶ İş sahibinin ikame yükleniciye başvuru imkanının arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından taşınmaz satışı ve eser sözleşmesi hükümlerinden (TBK mad. 123-125) ziyade TBK’nın genel hükümlerinden doğduğuna ilişkin isabetsiz değerlendirme için bkz. KOYUNCU Alper Çağlar; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Özellikleri ve Tarafların Yükümlülükleri, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.8, Haziran 2014, s. 127.

edilmiştir⁶²⁷. Bu iki fıkranın ortak yanı ise, iş sahibine vade tarihini beklemeden birtakım hukuki yollara başvuru imkanı sağlamalarıdır. Bu nedenle aynı maddede iki ayrı fıkra olarak düzenlenmiştir. Birinci ve ikinci fıkranın kullanım alanları birbirinden farklıdır. Böylece iş sahibi işe zamanında başlamama sebebiyle ikinci fıkraya dayanamaz. Yine bunun tersi de mümkün değildir. Buna karşın her iki fıkranın da koşullarının bir olayda gerçekleşmiş olması halinde iş sahibi, dilerse ilk fıkraya dayanarak sözleşmeden dönebilir. Dilerse de ikinci fıkra gereğince ikame yükleniciye başvurulabilir. Bu durumda dahi iki fıkranın birlikte uygulanması mümkün değildir⁶²⁸.

Kural olarak borçlunun ayıptan sorumlu tutulabilmesi için borcun ifa edilmiş olması ve ifa edilen edimin ayıplı olması gerekmektedir. İşte bu durumda, çalışmamızın ilk bölümünde de değindiğimiz gibi çeşitli koşulların gerçekleşmesi ile alacaklı ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanılabilir. TBK'nın ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin 474 ve devamı maddeleri ancak eser teslim edildikten sonra uygulama alanı bulur. Bu temel kuralın aksine, TBK mad. 473/f.2'de yüklenicinin eserin tesliminden önceki dönemde ayıptan sorumluluğu düzenlenmiştir. Zira TBK mad. 473/f.2 gereğince, "*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*"⁶²⁹ Bu hüküm ile eserin ayıplı ifa edileceğini anlayan iş sahibine vade tarihini ve eserin ayıplı bir biçimde teslimini

⁶²⁷ BÜHLER, Art. 366, N. 61, s. 163; HIZIR, s. 69; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.3, s. 2312. "818 sayılı BK'nın 358/I. maddesinde yüklenicinin işe zamanında başlamaması ve sözleşme şartlarına aykırı olarak işi ertelemesi yahut sahibinin kusuru olmaksızın ortaya çıkan gecikme bütün tahminlere göre yüklenicinin işi zamanında bitirmesine imkan vermeyecek derecede olması halinde iş sahibinin teslim için tayin edilen zamanı beklemeksizin sözleşmeyi feshedebileceği düzenlenmiştir.

Aynı maddenin II. fıkrasındaki düzenleme ise de imâl sırasında işin yüklenicinin kusuru sebebiyle ayıplı ve sözleşmeye aykırı yapılacağı kesinlikle anlaşılması halinde erken ayıplı eseri düzeltme hakkına ilişkindir. Bu fıkrada ayıp veya sözleşmeye aykırılıkların teslim gününden önce ortaya çıkması durumu düzenlenmektedir." Yarg. 15. HD., E. 2015/519, K. 2015/5751, T. 13.11.2015. (KİB, 24.01.2016)

⁶²⁸ ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.4, s. 2312.

⁶²⁹ TBK mad. 473/f.2'yi karşılayan Eski BK mad. 358/f.2'de de benzer bir düzenleme yer almaktaydı. Yeni düzenleme ile yalnızca maddenin dilinde birtakım sadeleştirmeler yapılmakla yetinilmiştir. Eski BK mad. 358/f.2'ye göre, "*İmal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebi ile ayıplı veya mukaveleye muhalif bir surette yapılacağını katiyetle tahmin etmek mümkün olursa, iş sahibi, bunlara mani olmak için müteahhide münasip bir mühlet tayin ederek veya ettirerek bu mühlet içinde icabını icra etmediği halde hasar ve masraflar müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalata devamın üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir.*"

beklemeden bazı imkanlardan yararlanabilme imkanı sağlanmıştır. Böylece terziye sipariş verdiği takım elbise için terzinin en kötü kalitede malzemeyi kullanmaya başladığını gören iş sahibi, yine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin imar mevzuatına aykırı olarak inşaata başladığını gören iş sahibi, dişine implant tedavisi yapan doktorun yanlış tedaviye başlaması halinde tedavi aşamasında bunu fark eden hasta (iş sahibi)⁶³⁰ TBK mad. 473/f.2'ye dayanarak vadeden evvel sözleşmeye müdahale imkanına sahip olacaktır.

Yapım İşleri Genel Şartnamesinin bazı hükümlerinde de yüklenicinin işin devamı esnasında meydana gelen ayıpları düzeltmekle yükümlü olduğu aksi halde işin üçüncü kişiye yaptırılacağı düzenlenmiştir⁶³¹.

⁶³⁰ Yargıtay, diş tedavisinde hasta ile doktoru arasındaki hukuki ilişkiyi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirirken; diş hekimi tarafından yapılan protez, implant, seramik krom gibi imalatları eser sözleşmesi kapsamında değerlendirmektedir. Bkz. Yarg. 15. HD., E. 2009/5712, K. 2009/6219, T. 16.11.2009. Aynı yönde, Yarg. 15. HD., E. 2006/4800, K. 2007/5945, T. 03.10.2007. (KIRMIZI, s. 75). Ancak TBK mad. 473/f.2 hükmünün uygulanması bakımından, bu yönde tedavilerde diş tedavisi konusunda bilgi sahibi olmayan hastanın işin ifası sırasında işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağını anlaması çoğu zaman güçtür. Bu ancak ifa sırasında başvuru başka bir diş hekimin tespiti ile mümkündür.

⁶³¹YİĞŞ'nin 16. maddesinin 6. fıkrasına 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 yıkıp yeniden yapmak zorundadır. Bu hususta bir gecikme olursa sorumluluğu yükleniciye aittir." Yine aynı Şartnamenin 26. maddesinde konuya ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir: "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 derhal yapmak zorundadır.(f.1)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 fiilen 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. (f.2)İdare, yüklenicinin yaptığı işlerde kesin kabul tarihine kadar geçen zaman içinde herhangi bir aksaklık gördüğü takdirde, bu aksaklıkları yukarıda belirtildiği 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 alıkonur.(f.3)Yapılan işlerde yüklenicinin kusurundan kaynaklanan ve acilen ele alınması gereken aksaklıklar meydana geldiğinde, yüklenicinin o anda işle ilgilenip konuyu ele alması imkanı yoksa bu takdirde idare, yazılı olarak haber vermek suretiyle yüklenici adına bu aksaklığı giderir. Yüklenicinin tebligat adresinde bulunamaması veya işe ilgi göstermemesi halinde idare, yüklenici hesabına aksaklığı giderip gerekli tedbirleri alır ve yüklenicinin bu uygulamaya itiraz hakkı olmaz.(f.4)" Ayrıca Şartname mad. 42/f.VI gereğince, "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

Vade tarihi geldiğinde ayıplı bir eserle karşı karşıya kalacağını gören iş sahibine daha önceden müdahale imkanı tanıyan bu düzenleme son derece yerindedir. Zira, işi başından itibaren denetleyen iş sahibinin, işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir biçimde yapıldığını gördüğü halde, işin tamamlanmasını bekleyerek ayıptan doğan hakları kullanmak zorunda kalmadan duruma müdahale etme hakkı verilmiş olması, iş sahibini koruyucu niteliktedir. Hatta, inşa aşamasında fark edilen bazı ayıpların veya sözleşmeye aykırılıkların düzeltilmesinin iş bitip teslim edildikten sonraki duruma göre daha kolay ve ucuz olmaları mümkündür ve bu durumlarda ayıplara erken müdahale yüklenici bakımından da sorumluluğunu azaltacak bir etkiye sahip olabilir.

TBK mad. 473/f.2 eserin vadeden evvel ayıplı olacağını anlaşılması üzerine iş sahibine müdahale imkanı vermekle birlikte, iş sahibinin bu hakkını kullanması yani ayıbın giderilmesini veya işin devamını bir üçüncü kişiye bırakması durumunda çözümlenmesi gereken birtakım problemler ile karşılaşılacaktır. Örneğin, ayıbın giderilmesi veya işin devamı için gerekli masraflara yüklenici katlanacaktır. Bu masrafların nasıl belirleneceği hükümde gösterilmediğinden, belirlenmesinde birtakım sorunlarla karşılaşılabilir. Ayrıca, ayıbın giderilmesi veya işin devamı kendisine bırakılan ikinci yüklenici ile ilk yüklenici arasında nasıl bir hukuki ilişki söz konusu olacağı da aydınlatılmalıdır. Çalışmamızın devamında bu sorunlara çözüm önerileri sunmaya çalışacağız.

B. Maddenin Hukuki Niteliği

Yukarıda TBK'nın 473 maddesinin ilk fıkrası gereğince iş sahibinin vade tarihinden evvel sözleşmeden dönme hakkının yüklenicinin özen yükümlülüğünün bir sonucu olduğunu belirtmiştik. Aynı maddenin eserin ayıplı veya borca aykırı olacağını vade tarihinden önce anlaşılması halinde iş sahibinin koruyan ikinci fıkrası da yüklenicinin özen yükümlülüğünden doğmaktadır⁶³².

Çalışmamızın ikinci bölümünde vade tarihinden evvel yüklenicinin işe geç başlaması, işi yavaş yürütmesi veya tüm tahminlere göre işin vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması durumlarında iş sahibinin vadeden evvel sözleşmeden dönme hakkına değinirken, bu hükmün uygulanabilmesi için kural olarak vade

giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de eksikler tamamlanuncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir.”

⁶³² SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 107.

tarihinin belirtilmemiş olması gerektiğini, vade tarihinin belli olması durumunda ise doktrin ve yargı kararları ışığında ancak işin vade tarihine yetişmeyeceğinin açıkça anlaşılması durumunda sözleşmeden dönülebileceğine değinmiştik. Maddenin ikinci fıkrasının uygulanması açısından böyle bir ayırım yapılması gerekmez. İlk fıkra bakımından doktrinde yapılan tartışmalara maddenin ikinci fıkrası bakımından yer yoktur. Zira ikinci fıkra bakımından ifanın gecikmesi tehlikesi olmadığından, bu husus önemli değildir. Sözleşmede vade tarihi belli olsun veya olmasın, eserin ayıplı olacağının anlaşılması durumunda iş sahibi TBK mad. 473/f.2'nin kendisine tanıdığı imkandan yararlanabilecektir⁶³³.

C. Maddenin Konuluş Amacı

Yüklenici, borçlandığı eseri ayıpsız bir biçimde meydana getirme ve teslimle yükümlüdür. Eğer teslim edilen eser ayıplı ise, iş sahibi ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin TBK mad. 475 hükümlerine dayanarak sahip olduğu seçimlik haklardan birini kullanabilir. İş sahibinin ayıptan doğan hükümlere başvurabilmesi için –vadede, daha önce veya daha geç- teslimin gerçekleşmiş olması gerekir. Bu durumda daha teslim tarihi gelmeden eserin ayıplı olacağının anlaşılması halinde iş sahibinin ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin belirttiğimiz hükümlere başvurma imkanı yoktur.

Bu temel kuralın istisnasına ise çalışmamızın son bölümünün başlığını teşkil eden TBK mad. 473/f.2'de yer verilmiştir. İşte eserin ayıplı olacağının daha teslim tarihi gelmeden anlaşılması hallerinde iş sahibi TBK mad. 473/f.2'nin korumasından yararlanabilecektir. Böylece TBK mad. 473/f.2'deki düzenlemenin temel amacı vade tarihinde ayıplı bir eser teslim edileceğini önceden fark eden iş sahibini maddede belirtilen ve bizim de az ileride değineceğimiz bazı koşulların da gerçekleşmesi halinde önceden korumaktır⁶³⁴. Böylece, işin yapılışı esnasında iş sahibi vade tarihinden evvel özen yükümlülüğüne aykırı davranışa müdahale etme imkanı kazanmaktadır. Kaldı ki, işin icrası sırasında iş sahibi yükleniciyi tamamen özgür bırakmayarak birtakım denetimler yapabilir veya bunu yaptırabilir. Bu denetimler

⁶³³ SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 107.

⁶³⁴ TBK'daki bu düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu'nun 366. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olup kaynak kanundan aynen tercüme edilerek kabul edilmiştir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan bu düzenleme yani ikame yükleniciye başvuru hakkı da Fransız Medeni Kanununun 1144. Maddesinden esinlenilerek düzenlenmiştir. Ayrıca Avusturya Borçlar Kanunu'nda İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye benzer bir düzenleme olmamakla birlikte genel hükümlere dayanılarak sözleşmeden dönme hakkının varlığı kabul edilmiştir. Bkz. ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.45, s. 2320; HONSELL, s. 288.

esnasında yüklenicinin eseri sözleşmeye aykırı veya ayıplı ifa ettiğini tespit eden iş sahibi, vade tarihinden evvel erken bir korumadan yararlanacaktır⁶³⁵. Örneğin, inşaata mermer döşeme işini yapan yüklenicinin kırık mermerler kullandığını gören veya elbise sipariş verdiği terzinin en kötü kalitede kumaş kullandığını gören iş sahibi vade tarihini beklemeden erken korumadan yararlanabilecektir.

Kuşkusuz ki, eser sözleşmelerinin en çok başvurulan türü olan inşaat sözleşmelerinde denetim büyük önem arz etmektedir. Bu sebeple BİGŞ'nin 3. maddesinde idare tarafından veya dışarıdan görevlendirilecek kontrol teşkilatından söz edilmiştir. Böylece idare tarafından yapılan denetimler neticesinde sözleşmeye aykırılık baştan tespit edilebilecektir. Yani idare bakımından yükleniciyi denetleme yükümlülüğü Şartname gereğince mevcuttur⁶³⁶. İdarenin taraf olmadığı ve bu özel şartnamelerin uygulanmayacağı inşaat sözleşmelerinde, tarafların ihtiyarî olarak benzer bir denetim sistemi kurmaları önemli ve yararlıdır.

D. Genel Olarak Ayıplı İfaya İlişkin Hükümlerle Olan İlişkisi

TBK mad. 473/f.2'de ayıp veya borca aykırılık sebebiyle iş sahibinin işi başkasına yaptırabilmesine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Eserin ayıplı olacağının vade tarihinden evvel anlaşılması durumunda iş sahibinin genel olarak ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurma imkanı yoktur. Örneğin bu durumda iş sahibi bedelde indirim isteyemez. Eğer iş sahibi ayıptan doğan sorumluluktaki seçimlik haklardan birini kullanmak istiyorsa eserin tamamlanmasını beklemelidir⁶³⁷. Böylece eserin ayıplı olacağının vade tarihinden evvel anlaşıldığı durumlarda iş sahibinin genel olarak ayıptan doğan sorumlulukta olduğu gibi fazla seçimlik hakkı yoktur. O ancak ikame yükleniciye başvurma ya da istisnai hallerde şartları varsa sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir⁶³⁸.

Eserin yapımı sırasında ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağının açıkça anlaşılması durumunda iş sahibini vadeden evvel koruyan bu hükmün uygulanmasında özellikle hangi hallerin ayıp sayılacağının belirlenmesinde genel

⁶³⁵ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s.111; KOCAĞA, Özen Yükümü, s. 180.

⁶³⁶ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 120.

⁶³⁷ ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 64.

⁶³⁸ Bkz. "İş Sahibinin TBK mad. 125'deki Seçimlik Haklardan Yaralanabileceğine ve Özellikle Sözleşmeden Dönenebileceğine İlişkin Görüşler ve Görüşlerin Değerlendirilmesi" başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

olarak ayıba karşı sorumluluğa ilişkin ayıp kriterlerini kabul etmek gerekir⁶³⁹. Böylece, eserin tamamlandığında sözleşmede belirtilen özellikleri taşımayacağı veya dürüstlük kuralına göre var olması gerekli özelliklere haiz olmayacağı daha eser yapılırken anlaşılıyorsa iş sahibi vereceği süre sonunda masrafı yükleniciye ait olmak üzere ayıbın giderilmesini veya eserin tamamlanmasını bir üçüncü kişiye bırakabilecektir.

Yalnızca eser sözleşmelerine özgü özel bir düzenleme olan TBK mad. 473/f.2 hükmü, vade tarihinden evvel TBK mad. 474 vd. hükümlerinin uygulanmasına izin vermez. Bu nedenle burada ayıplı ifa halinde uygulanacak olan TBK mad. 474 vd. hükümleri kıyasen dahi uygulama alanı bulmaz⁶⁴⁰. Böylece, eserin ayıplı olacağının vade tarihinden evvel belli olduğu durumlarda iş sahibi, bitmemiş eseri alıkoyup, ayıp oranında bedel indirimi talep edemez.

TBK mad. 473/f.2'nin uygulama alanının belirlenmesinde de ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler belirleyici olacaktır. İş sahibinin TBK mad. 473/f.2'ye dayanabilmesi için "eser tamamlandığında ayıplı olacağının anlaşılması" başka bir deyişle, eser bu şekilde tamamlanırsa ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanabileceği bir durumun çıkacak olması gereklidir. Yoksa, eser hiç tamamlanmayacak veya ayıplı olarak da olsa vade tarihine yetişemeyecek nitelikte ise durumun şartlarına göre ya imkansızlık hükümleri ya da TBK mad. 473'ün ilk fıkrası uygulanacaktır⁶⁴¹.

TBK mad. 473 hükmünün her iki fıkrasının şartlarının vadeden evvel gerçekleştiği bir durumda iş sahibi, TBK mad. 473/f.1 veya 473/f.2 hükümlerine başvurma hususunda seçimlik imkâna sahiptir. Örneğin, bazı günler yarım gün çalışarak hatta bazı günler işe gelmeyerek işi gerekli tempoda sürdürmeyen yüklenici, aynı zamanda geldiği günlerde de inşaatın zeminlerini kırık fayanslarla döşüyorsa iş sahibi, dilerse işin gerekli tempoda sürdürülmemesi sebebiyle vade tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılması halinde TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönebileceği gibi, ayıbın giderilmesini veya işin devamını hakim iznine ihtiyaç olmaksızın aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince ikame yükleniciye

⁶³⁹ Ancak çalışmamızın ilk bölümünde TBK mad. 474 vd. hükümlerine göre ayıptan doğan sorumlulukta ele aldığımız, işin kabulü veya ayıbın ihbarı gibi durumlara TBK mad. 473/f.2'nin uygulandığı durumlarda yer yoktur.

⁶⁴⁰ ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 64.

⁶⁴¹ ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 63.

bırakabilmelidir. Bu noktada seçim hakkı iş sahibinindir. Her halde iki fıkranın aynı anda uygulanması mümkün değildir.

Ayıptan doğan sorumlulukta, eserin ayıplı teslimi halinde iş sahibinin seçimlik haklarından biri olan eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkı TBK mad. 475'te sınırlamaya tabi tutulmuştur. Maddeye göre, iş sahibinin eserin onarılmasını talep edebilmesi için, onarımın aşırı bir masrafı gerektirmemesi gerekmektedir⁶⁴². TBK mad. 473/f.2 gereğince eserin ayıplı olacağının anlaşılması durumunda ayıbın giderilmesini isteme bakımından böyle bir şarta yer verilmemiştir. Bu iki hükmün ortak yanı her iki halde de onarımın gerektirdiği masraflara yüklenicinin katlanmakla yükümlü olmasıdır. Bu noktada iki hükmün farkı ise, eserin ayıplı teslim edilmesi halinde seçimlik haklardan olan eserin bedelsiz onarımını isteme hakkının kullanılması halinde eserin onarılmasının, ikame bir yükleniciden değil, esas yükleniciden istenmesidir⁶⁴³.

II. MADDENİN UYGULANABİLME ŞARTLARI

A. Yüklenicinin İşi “Ayıplı” veya “Sözleşmeye Aykırı” Yapacağının Belli Olması

1. Genel Olarak

TBK'nın eserin ayıplı yapılması veya sözleşmeye aykırı yapılması halinde iş sahibine vadeden evvel müdahale imkanı veren bu hükmünde, eserin ayıplı ifası ile sözleşmeye aykırı olması ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu nedenle eserin ayıplı yapılacağından önceden anlaşılması ile sözleşmeye aykırı yapılacağından önceden anlaşılmasını ayrı ayrı ele alacağız.

⁶⁴² Eski BK mad. 202 ve 203'te alıcıya yalnızca üç imkan tanınmış ve ücretsiz onarım talep etme hakkına yer verilmemişti. Bu hak TBK ile diğer üç hakka ilave olarak getirilmiştir. Ayrıntılı açıklama için bkz. ÖZ Turgut; Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 859-860. (bundan sonra “ÖZ, Değişiklikler” şeklinde anılacaktır)

⁶⁴³ Bkz. ARAL/AYRANCI, s. 382.

2. Ayıplı Yapılacağıın Belli Olması

a. Genel Olarak

Eserin ayıplı olması, sözleşmede sözü edilen özellikleri veya dürüstlük kuralına göre taşınması gereken özellikleri taşınamaması halinde söz konusu olur⁶⁴⁴. Doktrinde⁶⁴⁵, eserin ayıplı olması ile sözleşmeye aykırı olmasının aynı şey olduğu TBK mad. 475'te ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak ayırım yapılmasının gereksiz olduğu belirtilmiştir. Esasen eserin ayıplı olması bir borca aykırılık teşkil eder. Yine, yapılan bu ayırımın gereksiz olduğunu belirten Tandoğan'a göre⁶⁴⁶, ayıplı bir eserin meydana getirilmesi ve teslimi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini gösterir. Karşı görüşte olan Bühler'e göre ise⁶⁴⁷, gerçekten ayıplı ifa ile sözleşmeye aykırı ifa birbirinden farklıdır. Bu görüşe göre, ayıplı ifa her zaman sözleşmeye aykırı ifa ise de sözleşmeye aykırı ifa her zaman ayıplı ifa değildir. Yazar bu duruma örnek olarak iş sahibinin beyaza boyanmasını istediği evin çok iyi kalitede de olsa yeşile boyanmasını göstermektedir. Zira, olayda bir borca aykırılık olduğu halde ayıplı ifa söz konusu değildir. Bir diğer örnek, sözleşmede kararlaştırılandan daha kaliteli ve pahalı fakat sözleşmede kararlaştırılan renk ve desenlere sahip olmayan bir fayans döşemesi gösterilebilir.

Belirtelim ki, satış sözleşmelerine ilişkin TBK mad. 219 hükmünden farklı olarak, eser sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümleri arasında bir ayıp tanımı yer almamaktadır. Bu sebeple, satış sözleşmelerinde TBK mad. 219 hükmünün "satıcının alıcıya bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması"nı ayıp tanımına sokması sebebiyle, verdiğimiz çoğu örnek bu sözleşmede ayıp sayılabilecek iken, eser sözleşmelerinde ayıp dışı bir sözleşmeye aykırılık sayılabilecektir⁶⁴⁸.

⁶⁴⁴ YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 528; KOCAĞA, Özen Yükümü, s. 181; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 124. ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 92; ALTAŞ, Telef Olma, s. 207.

⁶⁴⁵ ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 190. UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 124. YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 528.

⁶⁴⁶ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 162.

⁶⁴⁷ BÜHLER, Art. 366, N.64, s. 165.

⁶⁴⁸ Eser sözleşmesinde vaad olunan vasıf kavramına ihtiyaç olmadığı zira, yüklenicinin, satım sözleşmesinde satıcının satım konusu şeye ilişkin vaatleri gibi, vaatleri olmayacağına ilişkin bkz. ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 102. Yüklenicinin sözleşme ile birtakım özellikleri taahhüdüne engel olmadığına ilişkin bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 535. Aynı yönde; KANBER Kemal; Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, 1997/3, s. 39. Satış sözleşmesinde satıcı tarafından bildirilen özelliklerin yokluğu sebebiyle ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin bkz. YAVUZ, Ayıplı İfa, s. 76.

Bir de ifa konusu esere ilişkin olmayan sözleşmeye aykırılık halleriyle de karşılaşılabilir. Bunlar, ayıplı ifa teşkil etmeyen “kötü ifa” halleridir⁶⁴⁹. Örneğin, yüklenicinin iş sahibinin evini tam da onun istediği renkte ve kalitede boyamakla birlikte, işini görürken mobilyaları ve yerleri (örneğin halıları) kirletmesi, başka eşyalara ve yerlere zarar vermesi böyledir. Vadeden önce yüklenicinin bu tür ayıplı ifa dışı kötü ifada bulunma durumlarında da kıyasen TBK mad.473/2 hükmü uygulanabilir kanısındayım.

Doktrinde eserin ayıplı ifa edileceğinin kesin olduğu hallere örnek olarak eserin ifası için kullanılacak malzemenin elverişsiz olarak temin edilmesi ve iş sahasına getirilmesi gösterilmektedir⁶⁵⁰. Ayıplı ifa dışı kötü ifanın gerçekleşeceğinin belli olmasına da, getirilen elverişsiz malzemenin iş sahibinin bahçesine yığılmasının inşaat alanı dışındaki bahçeye zarar verecek olması gösterilebilir.

b. Ayıplı Eser Kavramı

Eserin ayıplı olacağıın anlaşılması halinde iş sahibine ikame yükleniciye başvurma hakkı veren TBK mad. 473/f.2'nin uygulama alanının belirlenmesi açısından ayıplı eserden ne anlaşılması gerektiği konusunda daha önce ilk bölümde ayıba karşı sorumluluk bahsinde yapılan açıklamalara ek olarak ayrıntılı açıklama yapmakta yarar görüyoruz.

Yüklenicinin eseri ayıplı yapacağı iki şekilde anlaşılabilir. Birincisi iş sahibi, yüklenicinin sözleşme ile taahhüt ettiği bazı şeylere eserin yapımı esasında uymadığını görebilir. İkincisi de iş sahibi, dürüstlük kuralına göre eserde bulunması gereken özelliklerin bulunmayacağını daha eser ifa edilirken kesin olarak anlamış olabilir⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Kötü ifa için bkz. ARAL Fahrettin; Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s.. 106 vd.

⁶⁵⁰ Bkz. TANDOĞAN, Özel borç İlişkileri, s. 63. Gerçekten BİGS'nin, “kontrol teşkilatının yetkileri” başlığını taşıyan 14. maddesinde müteahhidin kullanacağı malzemenin kontrol teşkilatı tarafından onaylanmadan iş sahasına getirilemeyeceği, kontrol teşkilatının malzemenin uygunluğunu her zaman denetleyebileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ayrıca kontrol teşkilatı yaptığı inceleme sonucunda malzemenin elverişsiz olduğu sonucuna varırsa, malzemeyi 10 gün içerisinde kaldırılması gerektiğini yükleniciye bildireceği aksi halde kontrol teşkilatının malzemeyi iş sahası dışına çıkarma yetkisinin olduğu belirtilmiştir.

⁶⁵¹ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 190; GÜMÜŞ, s. 51; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 760; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 1016; ARAL/AYRANCI, s. 374; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 534; EREN, Özel Hükümler, s. 629; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 528; YAKUPPUR, s. 53; SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 121; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 126 vd.; BÜYÜKAY, Eser, s. 101; ERGEZEN, s. 69; ŞAHİNİZ Cevdet Salih; Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa

TBK mad. 86 gereğince, işin ifasında kullanılacak malzeme eğer taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa veya işin niteliğinden anlaşılamiyorsa orta kaliteden aşağı olamayacaktır. Böylece işin icrası sırasında yüklenici orta kalitenin altında bir malzeme kullanıyorsa işin ayıplı olacağı daha eser bitirilmeden bellidir denilebilir.

Böylece, TBK mad. 86 sadece tarafların aksini kararlaştırmadıkları veya işin niteliğinden aksinin anlaşılmadığı durumlarda uygulanacağından, taraflar bu maddenin aksini kararlaştırabilirler. Bu durumda yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan nitelikte malzeme kullanmakla yükümlü olacaktır. Böylece, sözleşmede kaliteli bir malzeme kullanılarak yapılması kararlaştırılmış çatıda daha düşük kalitede malzeme kullanılmaya başlanmışsa eserin ayıplı olarak yapılacağı anlaşılacaktır.

İşin niteliğinden aksinin anlaşıldığı durumlara ise sözleşmede kararlaştırılan bedelin normalin üstünde veya altında olduğu haller gösterilebilir. Şöyle ki, eğer yüklenici eserin yapımını normalin üstünde bir değer karşılığı üstlenmiş ise, ondan beklenen eserde kullanılan malzemenin de normal kalitenin üzerinde kullanmasıdır. Eğer yüklenici ortalamanın altında daha ucuz bir bedelle eserin yapımını üstlenmişse daha düşük kalitede malzeme ya da işçilik kullanabileceği söylenebilir⁶⁵².

İnşaat sözleşmelerinde genelde sözleşmeye eklenen şartnameler ayıptan ne anlaşılması gerektiği doğrultusunda açıklamalar içerirler. Böyle bir durumda şartnameye aykırı olarak yapılan inşaat ayıplı olacaktır. Çalışmamız açısından ise, şartnameye aykırı olarak yapılmaya başlayan inşaatın kesin olarak ayıplı olacağı anlaşılmış olacaktır⁶⁵³.

Tarafların parça parça teslimli bir eser sözleşmesi akdetmiş olmaları durumunda, teslim edilen parçalardan birinin ayıplı olması, eserin tamamının ayıplı olacağı

(eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul 2014, s.101- 104; ERMAN, Arsa Payı, s. 121 vd; YAVUZ; Ayıplı İfa, s. 475; ALTAŞ, Telef Olma, s. 207; ŞAHİN Turan; Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SDÜHFD, C.I, S.2, Yıl 2011, s. 138; YENER Mehmet Deniz; Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, EÜHFD, C. IV, S.1, 2009, s. 156 (bundan sonra “YENER, Ayıba Karşı Tekeffül” şeklinde anılacaktır); GÜNEL, s. 411-412; CANBOLAT Ferhat; İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009, s. 38.

⁶⁵² ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 191.

⁶⁵³ SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 137; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.191. Yarg. 15. HD., E. 2013 / 687, K. 2013 / 3776, T. 11.06.2013. (SİB, 19.11.15)

yönünde bir öngörü oluşturur. İşte bu durumda da TBK mad. 473/f.2 hükmü uygulama alanı bulmalıdır⁶⁵⁴.

c. Ayıp Türleri

Doktrinde ayıp bakımından birtakım ayrımlar yapılmaktadır. Bu ayrımlar yapılırken genel olarak satım sözleşmelerinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlere dayanılmaktadır. Zira satım sözleşmelerinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin TBK mad. 219 gibi ayıp tanımları veren bir hüküm, eser sözleşmesine ilişkin ayıptan doğan sorumluluğu düzenleyen hükümler arasında yer almamaktadır. Biz de aşağıda TBK mad. 219'dan yola çıkılarak doktrinde yapılan bazı ayrımlara ve bunların TBK 473/f.2 bakımından uygulanabilirliğine değinmekte yarar görüyoruz⁶⁵⁵.

(1) Maddi Ayıp- Hukuki Ayıp

İş sahibinin daha teslim tarihi vermeden ikame yükleniciye başvuru imkanı veren ayıp maddi bir ayıp olabileceği gibi hukuki bir ayıp da olabilir. Eser sözleşmelerinde ve bunun yanı sıra diğer sözleşmelerde –özellikle satım sözleşmesinde- genel olarak karşılaşılan ayıp türü maddi ayıptır. Maddi ayıp, fiziksel olarak eserde sözleşmeye veya dürüstlük kuralına göre bulunması gereken özelliklerin bulunmamasıdır⁶⁵⁶. Maddi ayıba eser sözleşmelerinde örnek olarak, inşaatın çatısının su kaçırmaması verilebilir. Maddi ayıpların işin tamamlanmasından önce de belirli olması mümkündür. Yukarıdaki örnekte, inşaatın çatısını yapma işini üstlenen yüklenicinin daha işi tamamlamadan ayıplı teslim edeceği kırık kiremitler kullanmaya başlamasından anlaşılabilir.

⁶⁵⁴ ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.32, s. 2317.

⁶⁵⁵ Açıklanmaya çalışılan bu ayrımlar dışında doktrinde esaslı ayıp- esaslı olmayan ayıp, aşikar olan ayıp-aşikar olmayan ayıp, birincil ayıp-ikincil ayıp, kasten gizlenmiş ayıp gibi ayrımlar yapılmaktadır. Bkz. GÜMÜŞ, s. 55; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 167; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 129; ŞAHİNİZ, s. 105. Bu ayrımların dışında bozukluğun sebebine göre, malzeme bozukluğu, işleme bozukluğu, planlama bozukluğu gibi ayrımlar da yapılmaktadır. Bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 144.

⁶⁵⁶ ARAL/AYRANCI, s. 121; GÜMÜŞ, s. 52; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 119; EREN, Özel Hükümler, s. 134; YAKUPPUR, s. 55; SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 121; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 132; BÜYÜKAY, Eser, s. 103; ERGEZEN, s. 76; ŞAHİNİZ, s. 105; ERMAN, Arsa Payı, s. 125; DAYINLARLI, s. 52; YAVUZ, Ayıplı İfa, s. 476; CANBOLAT, s. 41.

Hukuki ayıplar ise, bu şekilde maddi nitelikte olmayıp, kamu hukuku kaynaklı eserden yararlanmayı engelleyen ayıplardır⁶⁵⁷. Bu ayıplara örnek olarak yine inşaat sözleşmelerinde oturma izni almak zorunda olan yüklenicinin bunu almamış olması gösterilebilir⁶⁵⁸. Çalışmamız bakımından daha inşaat yapılırken imar mevzuatına aykırı olacağının anlaşılması örnek olarak gösterilebilir. Zira 3194 sayılı İmar Kanunu'na aykırı olan yapılar yıktırılır. Böylece inşaatın mevzuata aykırı olacağını önceden fark eden iş sahibi derhal gerekli önlemleri almalıdır. Aksi halde, eserin mevzuata aykırı olarak teslim edilmesi halinde, seçimlik haklarından olan ayıbın giderilmesi hakkını da kullanamayacaktır. Zira Yargıtay, ayıbın giderilmesi hakkının ancak yasal yapılarda kullanılabilmesine hükmetmektedir⁶⁵⁹.

(2) Açık Ayıp- Gizli Ayıp

Genel ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler değerlendirilirken açık ayıp ve gizli ayıp ayırımı yapılmaktadır. Bu ayrıma göre açık ayıp, olağan bir muayene sonucu tespit edilebilen ayıp iken; gizli ayıp, belirli bir zaman sonunda kullanım sonucu ortaya çıkabilecek olan ayıplardır⁶⁶⁰.

Bu açıklamalar yapılırken eserin teslim edilmiş olması dikkate alınmaktadır. İnceleme konumuz olan TBK mad. 473/f.2 hükmü teslimden evvelki ayıp durumlarını düzenlediğinden açık ayıplar bakımından, bunların daha eser yapılırken

⁶⁵⁷ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 167; GÜMÜŞ, s. 52; ARAL/AYRANCI, s. 121; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 119; EREN, Özel Hükümler, s. 135; YAKUPPUR, s. 55; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 121; SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 121; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 133; BÜYÜKAY, Eser, s. 103; ERGEZEN, s. 76; ŞAHİNİZ, s. 105; ERMAN, Arsa Payı, s. 125; DAYINLARLI, s. 52; YAVUZ, Ayıplı İfa, s. 476; CANBOLAT, s. 41-42.

⁶⁵⁸ GÜMÜŞ, s. 53. “Yüklenicinin yükümlülüğüne bırakılan iskan ruhsatı alınması işinin yerine getirilmemesi, hukuki ayıptır” Yargıtay 15. HD. T. 25.05.1989, E. 4421, K. 2513. (SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 122)

⁶⁵⁹ “Eser sözleşmesinin tarafı olan yüklenici, edimini, yasa ve sözleşme hükümlerine, fen ve sanat kurallarına uygun olarak ifa ile yükümlüdür ve yüklenicinin bu sorumluluğu, eser sahibine karşı olan <özen borcu> gereğidir (BK.m.356/1). Öncelikle eser ve bu kapsamda yapımı yüklenilen inşaat, yasal olmalıdır. 3194 Sayılı İmar Kanunu uyarınca, her türlü inşaat yapımı, yerel idarelerden ruhsat alınmasına bağlıdır. Ruhsatsız veya ruhsata aykırı bina veya bağımsız bölümler anılan yasa uyarınca yıktırılır. Bu hal kamu düzeniyle ilgili olduğundan mahkemece re'sen göz önünde tutulur. Dairemiz ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre, inşaatın, ruhsatsız, kaçak ve imara aykırı olup ruhsat alınması ve yasal hale getirilmesinin mümkün olmaması halinde ancak sözleşmenin feshi, yıkım ve yıkım bedeli istenebileceğinden eksik ve kusurlu iş bedeli talep edilemez. Eksik ve ayıpların giderilmesi ancak yasal ya da yasal hale getirilmiş yapılar için talep edilebilir” Yarg. 15. HD. E. 2008 / 7457 , K. 2009 / 6736 , T. 11.12.2009.(SİB, 15.11.15)

⁶⁶⁰ Bkz. GÜMÜŞ, d. 54; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu,, s. 143; EREN, Özel Hükümler, s. 141; YAKUPPUR, s. 55; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 167; SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 121; UÇAR, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 130; BÜYÜKAY, Eser, s. 105; ERGEZEN, s. 75; ŞAHİNİZ, s. 105; ERMAN, Arsa Payı, s. 125; YAVUZ, Ayıplı İfa, s. 476; BÖGLI Roman; Der Übergang von der unternehmerrischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag-Zeitpunkt und Voraussetzungen, Bamberg 1996, s.48.

fark edilmeleri mümkün olduğundan TBK mad. 473/f.2 anlamında değerlendirme yapabilmek mümkün iken, gizli ayıp halinde TBK mad. 473/f.2 işin mahiyeti gereği uygulama alanı bulamayacaktır. Zira gizli ayıplar, eserin tesliminden sonra belirli bir zaman geçmesinin ardından ortaya çıkacağından ancak genel ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvuru imkanı verecektir.

d.Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerindeki Özel Durum

Karma sözleşmeler olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulama alanı son derece fazladır. Bu durum uygulamada çok fazla uyuşmazlığa sebep olmaktadır. Bunlardan çalışmamızı ilgilendiren birkaç durum üzerinde durmakta yarar görüyoruz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici, sözleşmede kararlaştırılandan daha küçük veya daha büyük bağımsız bölümler inşa edebilir veya özellikle sadece kendisine kalan bağımsız bölümleri daha aydınlık, daha büyük yapabilir. İşte böyle durumların varlığı halinde, henüz inşaat tamamlanmadan evvel bu durumları fark eden iş sahibi bakımından uyuşmazlığın çözülmesi gerekir⁶⁶¹.

Yüklenicinin borcu sözleşmede kararlaştırılan şekilde bağımsız bölümleri yapmak ve teslim etmektir. Sözleşmede kararlaştırılandan daha az veya daha fazla bağımsız bölüm inşa etmek kural olarak borca aykırılık teşkil eder. Bunun tek istisnası arsa sahibinin buna izin vermiş olmasıdır⁶⁶².

Esasen yüklenicinin sözleşmeden ve eklerinde kararlaştırılandan daha fazla bağımsız bölüm inşa etmesi durumunda sorunun çözümü nispeten daha kolaydır. Böyle bir durumda taraflar sözleşmede ilave bağımsız bölümlerin nasıl paylaşılacağını belirlemiş olabilecekleri gibi Yargıtay uygulamasında⁶⁶³, fazla olan bağımsız bölümlerin paylaşılmasında sözleşmedeki paylaşma oranı esas alınarak

⁶⁶¹ İş sahibinin teslimden sonra durumun farkına varması durumunda genel ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanarak, TBK mad. 475'de kendisine tanınan seçimlik haklardan yararlanabilecektir.

⁶⁶² Bu durum sözleşmede özel olarak kararlaştırılmış olabileceği gibi sözleşmede bu yönde hüküm olmamasına karşın, iş sahibinin yapılan işe açık veya zımni olarak onay vermesi şeklinde karşımıza çıkar. Bkz. KOCAĞA, Ek İş, s. 97.

⁶⁶³“Taraflar arasındaki 25.07.2007 tarihli kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde, sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölüm sayısından fazla bağımsız bölüm yapılması durumunda, fazla yapılan bağımsız bölümün yükleniciye veya arsa sahibine ait olacağına ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, fazla yapılan bağımsız bölümün de sözleşmedeki paylaşım oranı dikkate alınarak paylaşılması gerekir.” Yargıtay 15 HD. E. 2010 / 6252, K. 2012 / 152, T. 19.01.2012. (SİB, 07.11.2015)

sorun çözümlenmeye çalışılmaktadır⁶⁶⁴. Bu bağlamda, henüz inşaatın yapılması aşamasında kendisine daha fazla bağımsız bölüm düşeceğini gören iş sahibinin buna itiraz etmesi beklenemez. Zira bu durum onun çıkarlarına da uygun sonuçlar doğurur. Buna karşın fazla bağımsız bölüm yapılması daha sonra oturma izni alınmasında sorun teşkil ederse iş sahibinin TBK mad. 473/f.2'ye dayanarak ayıbın veya sözleşmeye aykırılığının giderilmesini talep etmesi gerekir⁶⁶⁵.

Yüklenicinin özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibine bırakılacak bağımsız bölümlerin yüz ölçümünün kararlaştırılandan daha küçük olması durumunda bunun eksik ifa mı yoksa ayıplı ifa mı olduğu doktrinde tartışma konusudur⁶⁶⁶. Örneğin, yüklenicinin bağımsız bölümü 100 metrekare yapması gerekirken 75 metrekare yapması durumunda nasıl bir hukuki sonuç doğacaktır? Eğer bunun ayıplı ifa olduğu kabul edilirse iş sahibinin ihbar yükümlülüğü olacak ve kısa zamanaşımı süreleri uygulanacaktır. Eksik iş olduğu kabul edilirse iş sahibi TBK mad. 112 hükmüne dayanarak tazminat isteyebilecektir⁶⁶⁷. Yargıtay⁶⁶⁸, yüz

⁶⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERMAN, Arsa Payı, s. 205 vd.; AKKANAT Halil; Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İş, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.63 vd. (Bundan sonra "AKKANAT, Fazla İş" şeklinde anılacaktır); GENÇ ARIDEMİR Arzu; Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan "İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler" Sorunu Bakımından Hukuki Durum, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 468 vd.

⁶⁶⁵ ERMAN, Arsa Payı, s. 208. İlave bağımsız bölüm yapılabilmesi için ilgili belediyeden yeniden ruhsat almak ve proje değişikliği yapmak gerekir. Eğer bunlar yapılmadan ilave bağımsız bölüm yapılırsa kaçak inşaatın varlığı kabul edilir. Bu halde İmar Kanunu'nun 32. maddesi gereğince işlem yapılır. Zira ilgili hükme göre, eğer yapı mevzuata uygun ise, gerekli işlemleri yapılması için süre verilir. Yapılan kısmın mevzuata uygun olmaması halinde ise, yapı düzeltilebilir durumda ise düzeltilir aksi halde ruhsatsız inşaat yıktırılır. Ayrıntılı açıklama için bkz. GENÇ ARIDEMİR s. 462. "3194 sayılı İmar Yasası'nın 21. madde hükmü gereğince, aynı Yasa'nın 26. madde hükmünde sayılan istisnalar hariç, yapı yapılması için yetkili Belediye Başkanlığından ya da ilgisine göre yetkili idareden yapı ruhsatı alınması zorunludur. Aksi halde, İmar Yasası'nın 32. madde hükmü uyarınca "Yapı Tatil Tutanağı" düzenlenir, yapı ruhsatı alınmadan yapımın yasal hale getirilmesinin mümkün olmaması halinde de yetkili idarece yıktırılmasına karar verilir ve 42. madde hükmü gereğince de ceza yaptırımı uygulanır. Açıklanan yasal nedenlerle, yapı ruhsatı alınmadan yapılan inşaat ya da yapı ruhsatına tamamen aykırı olarak yapılan yapı tamamen "kaçak"; yapı ruhsatına kısmen aykırı yapılan yapı ise "kısmen kaçak" yapı sayılır. Yasal hale getirilmesi mümkün olmayan kaçak yapının yıktırılması zorunludur. Bu sebeple de kaçak yapı, ekonomik değer ifade etmez." Yarg. 15. HD. E. 2013/6745, K. 2014/4109, T. 12.6.2014. (KİB, 01.03.2016)

⁶⁶⁶ Oysa satım sözleşmesinde satım konusu taşınmazın sözleşmede kararlaştırılan yüzölçümüne sahip olmaması bakımından TBK mad. 244/f.1'de özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Zira ilgili hükme göre; "Aksine sözleşme olmadıkça, satılan taşınmaz, satış sözleşmesinde yazılı yüzölçümü tutarını kapsamıyorsa satıcı, eksiği için alıcıya tazminat ödemekle yükümlüdür."

⁶⁶⁷ Benzer bir tartışma yüklenici tarafından alınması kararlaştırılan oturma (iskan) izninin alınmamış olması bakımında da yapılmaktadır. İskan ruhsatı alınması İmar Kanunu mad. 30 gereğince iş sahibine aittir. Ancak uygulamada iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan inşaatlar bakımından, iş sahipleri tarafından iskan ruhsatı alınması yüklenicilere bırakılmaktadır. Bu durumda yüklenicilere ruhsat alınması için vekaletname ve gerekli evraklar verilmektedir. İskan ruhsatı alınmamasının eserin bünyesindeki bir vasıf eksikliği olmaması sebebiyle ayıp sayılmayacağına ilişkin bkz. TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 163. İskan ruhsatı alınmamasının eserin maddi vasıflarında değil, hukuki vasıflarında bir eksikliği ifade ettiğinden ayıp sayılması gerektiğine ilişkin bkz.

ölçümünün küçük olmasını eksik ifa olarak değerlendirirken doktrinde⁶⁶⁹ ayıplı ifa olduğu kabul edilmektedir. Tabii yapılan bu ayırım ve açıklamalar eserin tesliminden sonrasına ilişkindir. Vade tarihinden önce inşaatın yüz ölçümünün küçük olmasının ayıplı iş veya eksik iş olarak kabul edilmesi bakımından bir farklılık doğmayacaktır. Zira, TBK mad. 473/f.2 hükmü gereğince iş sahibinin vadeden evvel ikame yükleniciye başvurma hakkı bakımından işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağının anlaşılması bakımından aynı sonuçlar kabul edilmiştir.

3. Sözleşmeye Aykırı Yapılacağıın Belli Olması

TBK mad. 473/f.2’de yalnızca eserin ayıplı ifa edileceğinin anlaşılmasından değil, sözleşmeye aykırı ifa edileceğinin anlaşılmasından da söz edilmiştir. Kuşkusuz ki, eserin sözleşmeye aykırı olması ayıplı olmasını da içerecek şekilde daha geniş bir kavramdır. TBK mad. 473/f.2 hükmünde yalnızca eserin ayıplı olacağının anlaşıldığı hallerde değil sözleşmeye aykırı olacağının anlaşılması durumunda da ikame yükleniciye başvuru imkanı tanınması maddenin uygulama alanının genişletmeye yöneliktir. Ancak sözleşmeye aykırı davranılacağıın kesin olduğu durumlarda ikame yükleniciye gidilebilmesi için, sözleşmeye aykırılığın eserin ifasına ilişkin olması gerekir.⁶⁷⁰

Eserin sözleşmeye aykırı yapılacağına örnek olarak doktrinde eser sözleşmesinde yasaklanmış olmasına rağmen alt yükleniciye başvurma gösterilmektedir⁶⁷¹. Böylece, yüklenicinin sözleşmeye aykırı olarak alt yükleniciye

AKKANAT, Fazla İş, s. 71. Doktrinde Öz, oturma izninin alınmamış olması bakımından ayırım yapmakta, yapı bitmediği için oturma izni alınmaması durumunda temerrüt hükümlerinin uygulanacağını, yapı bitmesine rağmen ayıplı olması sebebiyle oturma izni alınmaması veya yapı bitmiş olmasına rağmen ortada hiçbir engel yokken oturma izni alınmamasını ayıp olarak kabul etmektedir. Bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 148-149. Yargıtay, 1989 tarihinde vermiş olduğu kararında bunun hukuki bir ayıp teşkil ettiğini kabul etmiştir. Yarg. 15 HD. E. 1989/2731, K. 1989/4015, T. 4.10.1989. Aynı yönde, Yarg. 15 HD. E. 1988/4421, K. 1989/2513, T. 25.5.1989. Ancak Yargıtay daha yeni kararlarında bu görüşünden ayrılarak iskan ruhsatı alınması durumunda inşaatın tamamlanmış sayılmayacağını kabul ederek, iskan ruhsatı alınmamasını eksik ifa olarak nitelendirmeye başlamıştır. Yarg. 15. HD., E. 2003/1739, K. 2003/5138, T. 31.10.2003. (KİB, 26.11.15).

⁶⁶⁸ “...sözleşmede kararlaştırılan, bağımsız bölümün alan itibariyle noksan ifası, hukuki tanımı ile ayıp değil eksik iştir.” Yarg. HGK, E. 2000/15-1134, K. 2000/1191, T. 27.9.2000. (KİB, 26.11.2015)

⁶⁶⁹ ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 94; DENİZ ÖZKAN Sema; Eser Sözleşmesinde Eksik İfa, İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S.6, 2015, s. 229.

⁶⁷⁰ GAUCH, Werkvertrag, N. 877, s. 358.

⁶⁷¹ Bkz. GAUCH, Werkvertrag, N. 877, s. 358; BÜHLER, Art. 366, N.64, s. 165; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.29, s. 2317; TANDOĞAN, Özel borç İlişkileri, s. 64; KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 182; KOLLER, Werkvertrag, s. N. 418, s. 158. Başka bir örnek de gündüz çalışması gereken yüklenicinin sözleşmeye aykırı olarak gece çalışmasıdır. GAUCH, Werkvertrag, N. 877, s. 358.

başvurusu TBK mad. 473/f.2 ile başından önlenmeye çalışılmıştır. İşin alt yükleniciye bırakılması halinde bunun niteliğine ve sonuçlarına daha önce değinmiştik⁶⁷². Her ne kadar alt yüklenicilik sözleşmesi, asıl sözleşmeden bağımsız nitelikte olsa da asıl yüklenici ile akdedilen sözleşmeden ayrı olarak düşünülemez. Böylece yalnızca esas sözleşmede alt yükleniciye başvurunun yasaklandığı durumlar bakımından değil, esas sözleşmede yer alan alt yükleniciliğe ilişkin hükümlere aykırı olarak alt yüklenicilik ilişkisi kurulması durumunun da konunun aydınlatılması gerekir⁶⁷³. Örneğin esas sözleşmede asıl yüklenicinin başvurabileceği alt yükleniciler belirtilmiş olabileceği gibi⁶⁷⁴, alt yüklenicilik sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümlere de yer verilmiş olabilir. Daha sonra esas yüklenici bu hükümlere aykırı olarak alt yüklenicilik ilişkisi kurmuş olabilir. Kanaatimizce, yalnızca alt yükleniciye başvurunun yasaklandığı hallerde değil, belirttiğimiz bu hallerin varlığı durumunda da TBK mad. 473/f.2 hükmü uygulama alanı bulmalıdır.

Caiz olmayan alt yükleniciye başvuru durumunda aydınlatılması gerekli ikinci husus, iş sahibinin TBK mad. 473/f.2 hükmüne dayanılabilmesi için yalnızca alt yüklenicilik sözleşmesi yapılmasının yeterli olup olmadığınıdır. Zira alt yüklenicilik sözleşmesi yapılmış olmasına karşın, henüz alt yüklenici işin icrasına başlamamış olabilir. Kanaatimizce, henüz alt yüklenici işin icrasına başlamamış olsa dahi, esas yüklenicinin caiz olmayan alt yüklenici ile sözleşme akdettiğini öğrenen iş sahibi TBK mad. 473/f.2 hükmüne dayanabilmelidir⁶⁷⁵.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, iş sahibine verilecek bağımsız bölümlerin tamamen sözleşmede belirtilen büyüklük ve nitelikte olmakla birlikte yüklenicinin kendisine kalacak bağımsız bölümleri daha büyük veya kaliteli şekilde yahut konumda yapması da vadeden evvel sözleşmeye aykırılığının belli olmasına örnek oluşturabilir. Bu noktada iş sahibinin vadeden evvel sözleşmeye aykırılığı tespit etmesi halinde TBK mad. 473/f.2 gereğince müdahalesi mümkün olmalıdır.

⁶⁷² Bkz. yukarıda “İşin Alt Yükleniciye Bırakılması” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

⁶⁷³ Esas sözleşmede yer alan bu kayıtların taraflar bakımından bağlayıcı nitelikte olmadığına ilişkin bkz. AKKANAT Halil; Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, İstanbul 2015, s. 13. (Bundan sonra “AKKANAT, Meseleler” şeklinde anılacaktır)

⁶⁷⁴ AKKANAT, Meseleler, s.42, dp. 127.

⁶⁷⁵ Bkz. AKKANAT, Meseleler, s. 44-45.

B. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Yapılacağıın “Kesin” Olması

TBK mad. 473/f.2 uyarınca iş sahibinin vadeden evvel önlem alabilmesi için yalnızca ayıp veya sözleşmeye aykırılık tehlikesinin varlığı yeterli değildir. Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı ifa edileceğinin kesin olması gerekir. Böylece sadece kulaktan dolma bilgilerle bu yola başvurulması kabul edilmemiştir⁶⁷⁶. Aksi halde iş sahibi, yüklenicinin, ikame yükleniciye başvurunun haksız olduğuna ilişkin, daha sonra açacağı bir davayla karşı karşıya kalacaktır.

Böylece, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağıın kesin olmasından kasıt, bunun objektif olarak öngörülebilir olmasıdır. Sübjektif olarak yapılacak değerlendirmeler iş sahibine ikame yükleniciye başvuru imkanı vermeyecektir⁶⁷⁷. Zira işinin ehli olan iş sahibi değil yüklenicidir.

C.İşin “Meydana Getirilmesi Esnasında” Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Olacağıın Anlaşılması

TBK mad. 473/f.2'nin uygulanabilmesi için eserin henüz tamamlanmamış olması gerekir. Zira, maddede “meydana getirilmesi sırasında” ifadesi ile de kastedilen budur. Bu durumda eserin “meydana getirilmesi esnasında” ifadesi ile kastedilen, eserin yapımına başlanmış ancak henüz tamamlanmamış olmasıdır⁶⁷⁸. Eserin tamamlanıp teslim edildiği durumlarda bu hüküm uygulama alanı bulmaz.

Her ne kadar eserin meydana getirilmesi sırasında ayıplı olacağıın anlaşılması halinde TBK mad. 473/f.2'nin uygulanacağı belirtilse de doktrinde henüz işe başlanmamış olsa dahi, bu aşamada eserin ayıplı yapılacağıın kesin olması durumunda da iş sahibinin TBK mad. 473/f.2 hükmünde düzenlenmiş imkanlardan yararlanabileceği kabul edilmektedir⁶⁷⁹. Bu nedenle henüz işe başlanmamış olsa dahi hazırlık aşamasında eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağıın anlaşılması halinde iş sahibi TBK mad. 473/f.2'deki korumadan yararlanabilecektir. Esasen TBK

⁶⁷⁶ GAUCH, Werkvertrag, N. 878, s.359; BÜHLER, Art. 366, N.65, s. 166; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 195. KOSTKIEWICZ/NOBEL/SCHWANDER/WOLF, N.8; s.879.

⁶⁷⁷ BÜHLER, Art. 366, N.65, s. 166.

⁶⁷⁸ GAUCH, Werkvertrag, N. 874, s. 357; ARAL/AYRANCI, s. 358; BÜHLER, Art. 366, N.62, s. 164.

⁶⁷⁹ BÜHLER, Art. 366, N.62, s. 164; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.32, s. 2317; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 63; ARAL/AYRANCI, s. 358; KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 185. Koller'e göre işe başlanmadan önce işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağıın anlaşıldığı durumlarda TBK mad. 473/f.2'ye gidilebilir. Ancak bu durumda TBK mad. 113 gereğince hakimin iznine ihtiyaç vardır. Yazara göre, iş sahibinin evini beyaza boyamayı üstlenen yüklenicinin eve sarı boya göndermesi durumunda, eğer boyayı değiştirmiyorsa bu taktirde ikame yükleniciye gidilebilir ancak bunun için hakim kararına ihtiyaç vardır. KOLLER, Werkvertrag, N. 412, s. 156.

mad. 473/f.2'nin lafzı yorumuyla bu sonuca ulaşmak imkânsızdır. Buna karşın bu yorum bizce de TBK mad. 473/f.2'nin lafzına rağmen maddenin konuluş amacı bakımından kabul edilmelidir.

Yüklenicinin eserin yapılması için gerekli malzemeyi temin ettiği durumlarda durum önem arz edecektir. Yüklenici kullanacağı malzemeyi iş sahasına depoladığında bu malzeme kullanılarak yapılacak eserin kesinlikle ayıplı olacağını gören iş sahibinin malzemeyi değiştirmesi için yükleniciyi ikaz etmesi aksi halde TBK mad. 473/f.2'deki korumadan yararlanabilmesi gerekir⁶⁸⁰.

Yüklenicinin yalnızca malzeme sağladığı hallerde değil, eserin yapılmasında kullanılacak araç ve gereçleri temininde de aynı sonuca varmak gerekir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, TBK mad. 471 gereğince kural olarak kullanılacak araç ve gereci temin etme borcu yükleniciye aittir⁶⁸¹. Kuşkusuz taraflar sözleşmede araç ve gerecin iş sahibi tarafından karşılanacağına ilişkin bir kural getirebilirler. Araç ve gerecin yüklenici tarafından karşılandığı hallerde eğer yüklenici; elverişsiz, ayıplı araç ve gereç sağlarsa ve bu durum eserin ayıplı olacağını veya sözleşmeye aykırılıklar oluşturacağını kesin olarak ortaya koyarsa iş sahibi, TBK mad. 473/f.2'nin kendisine tanıdığı imkanlardan yararlanabilecektir⁶⁸².

TBK'nın 472 maddesinin son fıkrasında yüklenicinin iş sahibini bazı durumlarda uyarması gerektiğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. Eğer yüklenici bu bildirim yapmazsa bunun sonuçlarından da sorumlu tutulacaktır. Böylece işin devamı esnasında hatta henüz işe başlanmadan –örneğin iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin ayıplı olması halinde- işinin uzmanı olan yüklenici eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağını anladığı zaman bunu iş sahibine bildirmekle yükümlü olacaktır⁶⁸³. Eğer bu bildirimde bulunmazsa iş sahibinin ikame yükleniciye

⁶⁸⁰ Bu durum BİŞG'nin 14 maddesinde düzenlenmiştir. Malzemenin teknik şartnameye uygun olup olmadığını denetleyen kontrol teşkilatı eğer uygun olmadığını tespit ederse, müteahhit on gün içinde malzemeyi işyerinden uzaklaştırmak zorundadır. Zira, BİŞG mad. 14/f.4'de şu şekilde düzenlenmiştir: “Müteahhidin işyerine getirdiği malzemenin, teknik şartnamesine veya daha önce alınmış mühürlü örneğine uygun ve elverişli olmadığı taktirde Müteahhit, kontrol teşkilatının bu husustaki yazılı tebligatı tarihinden başlamak üzere on gün içinde bu malzemeyi işyerinden kaldırıp uzaklaştırmak zorundadır. Bunu yapmadığı taktirde kontrol teşkilatı, bu malzemeyi bütün zarar ve giderleri müteahhide ait olmak üzere, iş yeri çevresi dışına çıkarmaya yetkilidir.”

⁶⁸¹ Bkz. Yukarıda “Eserin Yapımında Kullanılacak Araç, Gereç ve Malzemeyi Temin Borcu” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

⁶⁸² EREN, Özel Hükümler, s.610.

⁶⁸³ “... yüklenici yüklendiği edimini sözleşme ve yasa hükümleri ile fen ve sanat kurallarına uygun olarak ifa etmekle, yani yerine getirmekle yükümlüdür. Yüklenicinin belirtilen bu yükümlülüğü iş-eser

başvurmasına engel olamayacaktır⁶⁸⁴. Örneğin, bir inşaatın çatı işini yapmayı üstlenen yüklenicinin iş sahibinin işin ifası için kendisine verdiği kiremitlerin kırık olduğuna görmesine rağmen iş sahibini bu konuda uyarmadan işe devam etmesi halinde, iş sahibinin TBK mad. 473/f.2 gereğince ikame yükleniciye başvurmasına engel olamayacak, gerekli uyarıyı yapmamış olduğu için bu aşamada iş sahibinin kendisinin sağladığı malzemenin işin ayıplı olmasına neden olacağı/olduğu itirazında bulunamayacaktır.

Temel prensip yüklenicinin TBK mad. 472 gereğince iş sahibi uyarması gerektiği yönünde olsa da, eğer yüklenicinin bu uyarısına rağmen iş sahibinin ısrarı neticesinde işin bu şekilde yapılması söz konusu olmuşsa yine de yüklenici sonuçtan sorumlu tutulabilecek midir? Bu hususta eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler arasında TBK mad. 476 hükmünde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Daha önce eser sözleşmesinde ayıptan doğan

sahibine karşı olan özen borcu gereğidir. Ayrıca yüklenici tarafından eser hazırlanırken ya da iş yapılırken, iş-eser sahibinin verdiği malzemenin kusuru olduğu anlaşılır veya eserin noktası noktasına düzenli olarak yani gereği gibi veya zamanında meydana getirilmesini tehlikeye koyacak başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenici, bu durumu hemen iş sahibine bildirmek, eğer bildirmezse bunun sonuçlarına kendisi katlanmak zorundadır..." Yarg. 15. HD., E. 2009/1859, K. 2010/1605, T. 23.03.2010. (KIRMIZI, s. 158). "... davacı yüklenici, yapılacak işin uzmanı olup, yüklenilen işi amacına, tekniğine ve sözleşmesine uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır. Kullanılan malzemenin veya iş sahibine ait yerin kusuru olduğunun anlaşılması halinde, yüklenici BK'nın 357. maddesi uyarınca durumu derhal iş sahibine haberdar etmelidir. Aksi takdirde bunların neticelerine tahammül etmekle mükelleftir..." Yarg. 15. HD., E. 2007/4709, K. 2007/7534, T. 26.11.2007. (KIRMIZI, s. 160). "Yüklenici, somut olayda yapı ruhsatı almakla yükümlü değilse de tamamen ya da kısmen de olsa yasal hale getirilmesi mümkün olmayan inşaatı yapmaktan kaçınmakla ödevlidir. 818 sayılı BK'nın 357/III. maddesi gereğince eser-iş yapılırken, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği eserin kusurlu olduğu anlaşılır veya eserin noktası noktasına gereği gibi veya zamanında meydana getirilmesini tehlikeye koyacak başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek, eğer bildirmezse bunun sonucuna kendisi katlanmak zorundadır. Somut olayda da, açıklanan yasal nedenle yüklenici davalının yüklenilen işin yapılabilmesi için, yapı ruhsatının alınmasına ve işin tekniğine uygun olarak yapılmasına olanak bulunmadığını "genel ihbar yükümlülüğü" kapsamında iş sahibi davacıya bildirmemiştir. Bu yasal nedenlerle, 818 sayılı Kanun'un 61 ve izleyen maddeleri gereğince ve "haksız iktisap kuralları" uyarınca davacı iş sahibi davalıya verdiği ve dava ettiği 16.750,00 TL'nin iadesini isteyebilir." Yarg. 15. HD. E. 2013/6745, K. 2014/4109, T. 12.6.2014. (KİB, 01.03.2016)

⁶⁸⁴ "... BK'nın 357/III. maddesi gereğince, işin yapılacağı yerin kusurlu olduğu anlaşılır veya eserin noktası noktasına düzenli olarak, gereği gibi veya zamanında meydana getirilmesini tehlikeye sokacak başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenici, bu durumu hemen iş-eser sahibine bildirmek; eğer bildirmezse, bunun sonuçlarına kendisi katlanmak zorundadır..." Yarg. 15. HD., E. 2009/5652, K. 2011/606, T. 07.02.2011. Yüklenici iş sahibini uyardığını her türlü delille ispat edebilir. "... her ne kadar, sözleşme hükümleri uyarınca zemin betonunu hazırlama görevi iş sahibinde olsa bile, davacı yüklenicinin zeminin kötü hazırlandığı konusunda iş sahibini uyarma görevi vardır. Davacı da bu uyarma görevini yerine getirmediğini, bu konuda tanık dinletmek istediğini 10.05.2012 günlü delil listesinde belirterek, tanıklarının ismini mahkemeye sunmuştur. Uyarma görevinin yapıldığı tanık dahil her türlü delille ispatlanabilir..." Yarg. 15. HD., E. 2012/3706, K. 2013/3464, T. 29.05.2013. (KIRMIZI, s. 146)

sorumluluğa ilişkin hükümleri açıklarken değindiğimiz üzere⁶⁸⁵, yüklenicinin eserin ayıplı olacağına ilişkin uyarısına rağmen iş sahibinin ısrarı üzerine işin ayıplı teslim edilmesi halinde, iş sahibinin ayıptan doğan hakları kullanamayacağı belirtilmiştir. İşte, bizce TBK mad. 476 hükmü, henüz vade tarihi gelmeden eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağının anlaşıldığı hallerde yüklenicinin iş sahibini uyarmasına rağmen onun ısrarı üzerine işe devam edilmesi durumlarında da kıyasen uygulanmalıdır. Böylece iş sahibinin ikame yükleniciye başvuru hakkı bulunmamalıdır. Kuşkusuz ki, yüklenicinin her türlü uyarısına rağmen iş sahibinin işin devamı konusunda ısrarlı olacağı durumlara daha az rastlanacaktır.

D.Yüklenicinin Ayıba veya Sözleşmeye Aykırılığa Yol Açan Davranışlarında “Kusurlu” Olması

1.Genel Olarak

TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden erken dönme hakkı için yüklenicinin kusurundan söz edilmemişken, ikinci fıkra gereğince işin devamının veya ayıbın giderilmesinin üçüncü kişiye bırakılması bakımından yüklenicinin kusurundan söz edilmiştir. Başka bir deyişle, TBK mad. 473/f.2’ye göre eserin meydana getirilmesi sırasında yüklenicinin kusuru nedeniyle eserin sözleşmeye aykırı veya ayıplı olacağı anlaşılıyorsa iş sahibi, TBK mad. 473/f.2’nin kendisine tanıdığı imkanlardan faydalanabilecektir. Maddede yalnızca yüklenicinin kusurundan söz edilmiş, kusurun ölçüsü bakımından herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Doktrinde maddedeki “kusur” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. İş sahibinden yola çıkarak konuya eğilen bir görüşe göre⁶⁸⁶, burada kastedilen, iş sahibinin ayıbın meydana gelmesinde kusurunun bulunmamasıdır. Başka bir deyişle, eserin sözleşmeye aykırı veya ayıplı olacağının anlaşıldığı hallerde, TBK mad. 473/f.2’nin kendisine sağladığı imkanlardan yararlanmak isteyen iş sahibinin, sözleşmeye aykırılık veya ayıbın ortaya çıkmasında kusuru bulunmamalıdır. Bu sonuca TBK’nın eser sözleşmesinde ayıba karşı sorumluluk hükümlerine atıfta bulunularak varılmaktadır. Zira, eserin ayıplı olarak teslim edilmesi halinde iş sahibinin TBK mad. 475’teki seçimlik haklarından birini kullanabilmesi yani, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi, ayıp oranında bedel indirimi talep edebilmesi veya

⁶⁸⁵ Bkz. Yukarıda “Eserin Ayıplı Olması İş Sahibinden Kaynaklanmamalıdır” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

⁶⁸⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 517; ARAL/AYRANCI, s. 359.

ücretsiz onarım istemesi için yüklenicinin kusuru bulunması gerekmez. Yalnızca iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat istemesi durumunda yüklenicinin kusurunun varlığı aranır. TBK mad. 476'da ise iş sahibinin ayıptan sorumlu olduğu durumlarda ayıptan doğan seçimlik hakları kullanamayacağı düzenlenmiştir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağının kesin olduğu hallerde, eğer bunda yüklenicinin kusuru yok ise ve iş sahibi de bundan sorumlu tutulamıyorsa, iş sahibi vade tarihini beklemek zorunda bırakılacaktır ki bu durum da maddenin amacına aykırıdır⁶⁸⁷.

Yükleniciden yola çıkarak değerlendirme yapan diğer bir görüşe göre ise⁶⁸⁸, iş sahibinin TBK mad. 473/f.2'nin kendisine tanıdığı imkanlardan yararlanabilmesi için yüklenicinin sözleşmeye aykırılık veya ayıba kusuruyla yol açması gerekir. Maddenin ifadesi de aynen bu şekildedir. Yüklenici eğer kusursuzsa iş sahibi ancak vade tarihini bekleyerek TBK mad. 474 vd. hükümlerine başvurabilir

Öğretide Bühler tarafından ileri sürülen bir üçüncü görüşe göre ise⁶⁸⁹, ikili bir ayırım yapılarak, sözleşmeye aykırılık halinde yüklenicinin kusurunun varlığı aranması gerekirken; ayıp halinde yüklenicinin kusurunun varlığı aranmamalıdır.

Kuşkusuz ki, eserdeki ayıp ile yüklenicinin kusuru arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Bu nedensellik bağı ancak iş sahibinin 476 maddesine göre ayıba kendisinin sebebiyet vermesi ile ortadan kalkar⁶⁹⁰.

Yardımcı kişilerin ayıba veya sözleşmeye aykırılığa yol açmasından da asıl yüklenici sorumlu tutulur⁶⁹¹. Zira, TBK mad. 116 gereğince yardımcı şahısların verdikleri zararlardan borçlu sorumludur. Böylece işin ifasında yardımcı şahıs

⁶⁸⁷ Bkz. ARAL/AYRANCI, s. 359; KOCAĞA, Özen Yükümü, s. 186; EREN, Özel Hükümler, s. 627; GÜMÜŞ, s. 27; GAUCH, Werkvertrag, N. 879, s. 359; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.35, s. 2318.

⁶⁸⁸ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 64; ERGEZEN, s. 66.; ALTAŞ, İfadan Önce Sözleşmeden Dönme, s. 106; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 517; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1006; SELİMOĞLU, İstisna Sözleşmesi, s. 107; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 195; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 200; HONSELL, s. 288; BEDİR, s. 179.

⁶⁸⁹ BÜHLER, Art. 366, N.65, s. 165.

⁶⁹⁰ GAUCH, Werkvertrag, N. 881, s. 359; HUGUENIN, N. 3154, s. 940.

⁶⁹¹ GAUCH, Werkvertrag, N. 879, s. 359; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 517; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1006; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 64.

kullanan yüklenici, kendi yardımcısının verdiği zararlardan da sorumlu tutulacaktır⁶⁹².

Uygulamada özellikle inşaat işlerinde asıl yüklenicilerin işin bazı kısımları açısından alt yüklenicilere başvurduklarını daha önce belirtmiştik. İşte, yardımcı şahıslar gibi alt yüklenicilerin davranışlarından da asıl yüklenici sorumlu tutulacaktır⁶⁹³. Zira, alt yüklenici ile iş sahibi arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmadığından, alt yüklenicinin davranışı sonucu zarar gören iş sahibi asıl yükleniciye başvurabilecektir. Burada tartışılacak bir husus, bir kusursuz sorumluluk hükmü olan⁶⁹⁴ TBK mad.116 uyarınca sorumluluk doğması için, ne yardımcı kişinin de onu kullananın kusurunun aranmamasıdır. Oysa TBK mad.473/2, sorumluluk şartı olarak yüklenicinin kusurundan söz etmektedir. Kanımızca buna rağmen burada ifa yardımcısından kusursuz sorumluluğa ilişkin TBK mad.116 hükmü tam anlamıyla uygulanmalıdır.

İfa yardımcısının fiilleri hariç, bizce de iş sahibinin BK mad. 473/f.2'nin kendisine tanıdığı imkanlardan ayarlanabilmesi için yüklenicinin borca aykırılık veya ayıbın ortaya çıkmasında kusurlu olması gerekir. Her türlü kast ve ihmal bu kapsamda değerlendirilebilir. TBK 473/f.2 hükmü yalnızca eser sözleşmelerinde istisnai bir hali düzenlemektedir. Vade tarihinden evvel iş sahibine birtakım önlemler alma yetkisi veren bu hükmü, vade tarihinden sonra ayıptan doğan sorumluluk gibi değerlendirmek bizce yerinde değildir. Hemen belirtelim ki, doktrinde savunulan ilk görüş, maddenin “yüklenicinin kusuru yüzünden” şeklindeki açık ifadesine aykırıdır.

Öte yandan, iş sahibinin kendi kusuru ile işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılacağı söylenebiliyorsa, elbette bu durumda yükleniciye karşı bir talepte

⁶⁹² Yardımcı şahısların vermiş olduğu zararlardan sorumluluk bakımından yüklenicinin TBK mad. 116'da TBK mad. 66 gereğince adam çalıştırmanın sorumluluğu bakımından kabul ettiği gibi bir kurtuluş kanıtına yer verilmemiştir. Böylece, yüklenici, yardımcılarını şahısların verdiği zararlardan, onları seçmede, denetlemede veya talimat vermede gerekli üzerini gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 469; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 898; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 671; von TUHR, s. 590; İNAN/YÜCEL, s. 617.

⁶⁹³YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 517; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 64; ERİŞEN, s. 90.

⁶⁹⁴ TBK mad. 116 hükmünün mutlak anlamda bir kusursuz sorumluluk hükmü olmadığına ilişkin bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 898.

bulunulamaz⁶⁹⁵. Kimsenin kendi kusurunun sonuçlarından bir hak çıkaramaması, zaten genel bir kuraldır.

2.Kusurun İspatı

Kusurun ispatında genel kural uygulama alanı bulur. Zira TBK mad. 112 gereğince borçlu kusursuzluğunu ispat edemediği takdirde zarardan sorumlu tutulmuştur. Böylece temel kuraldan hareketle yüklenici kusursuzluğunu ispat edemediği sürece iş sahibi, TBK mad. 473/f.2'nin korumasından yararlanabilecektir⁶⁹⁶. Yüklenicinin kusursuzluğunu ispat etmesi halinde iş sahibi ancak teslimden sonra ayıptan doğan sorumluluktaki seçimlik haklarından birini kullanabilir. Zira, bu haklara başvurabilmesi için yüklenicinin kusuru aranmaz.

Yardımcı kişilerden dolayı kusursuz sorumlulukta, öğretide kabul edildiği üzere borçlu ancak yardımcı kişi yerine bizzat ifade bulunsaydı da aynı sonuç doğacak ve bundan da sorumlu tutulmayacak olduğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceğinden⁶⁹⁷, yüklenici de ancak bu durumu ispatla sorumluluktan kurtulabilir. Bu da, yardımcı kişinin ancak ne kendisinin ne de borçlunun önleyemeyeceği bir dış etki ile doğan zararlarda söz konusu olabilir.

3.İş Sahibinin de Kusurlu Olması “Ortak Kusur”

Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağına anlaşıldığı durumlarda hem yüklenici hem de iş sahibi bundan sorumlu olabilir. Böyle bir durumda kanımızca, her ne kadar iş sahibinin de kusuru olsa da, TBK mad. 473/f.2 uygulanmalıdır⁶⁹⁸. Kuşkusuz bu sonucun kabulü için iş sahibinin kusuru ağır olmamalıdır.

TBK mad. 473/f.2'nin uygulanmasını kabul etmekle birlikte, böyle bir durumda sorumluluğun paylaşılması gerektiği görüşündeyiz. Zira, bu halde TBK mad. 473/f.2 gereğince işin üçüncü kişiye yaptırılması masraflarının tamamının yüklenici üzerinde bırakılması adil sonuçlar doğurmayacaktır. Böylece, işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılmasından iş sahibinin de yükleniciyle birlikte sorumlu

⁶⁹⁵KOLLER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Bern 1998, N. 545, s. 345; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.35, s. 2318; KOCAAĞA, İnşaat, s. 106.

⁶⁹⁶ Bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 195.

⁶⁹⁷ FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, C.II, s. 203; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 469; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/AKMAN, s. 898; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 365; KARACA Mehmet; İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, Eylül 2010, S. 49, s. 53; ŞENOCAK, s. 210-211.

⁶⁹⁸ ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 201.

olduğu hallerde iş sahibi işi üçüncü kişiye yaptırabilmeli ancak bundan doğan masraflara da kusuru oranında katlanmalıdır⁶⁹⁹. Zira işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı gerçekleşecek olmasında hem yüklenicinin hem de iş sahibinin kusuru var ise, TBK mad. 114/f.2 yollamasıyla uygulanacak TBK mad. 52/f.1 uyarınca “birlikte kusur” sebebiyle, işin başkasına yaptırılması masrafı taraflar arasında kusurları oranında paylaşılmalıdır. Zira, TBK mad. 114/f.2 de haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla borca aykırılık hallerinde de uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu yollama neticesinde TBK mad. 52 gereğince hakimin zarar görenin de zarardan sorumlu tutulabileceği hallerde hakimin tazminatı indirebileceği hatta bazen tamamen ortadan kaldırmaya bileceği düzenlenmiştir. Böylece işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılmasında iş sahibi de kusurlu ise zarara kendisi de katlanmalıdır⁷⁰⁰.

E.İş Sahibinin Yükleniciye Ayıp Tehlikesini Ortadan Kaldırması İçin “Uygun Bir Süre” Vermesi ve İşin Üçüncü Kişiye Yaptırılmasının “İhtar”ı

1.Yükleniciye Uygun Bir Süre Verilmesi

a.Genel Olarak

Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağının anlaşılması halinde kendine tanınan imkanlardan yararlanmak isteyen iş sahibi, yükleniciye eserdeki ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermesi için süre vermekle yükümlüdür⁷⁰¹. İş sahibi ancak bu sürenin sonunda ikame yükleniciye başvuru hakkını kullanabilir⁷⁰². İş sahibi, bu süreyi kendisi belirleyebileceği gibi, hakime başvurarak süre tayin edilmesini de talep edebilir. İleride açılacak bir dava ile belirlenen sürenin uygun olmadığı

⁶⁹⁹Bkz. KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 186; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 201.

⁷⁰⁰ Bkz. ŞAHİNİZ, s. 195. TBK mad. 114/f.2 yollaması sonucu zarar görenin kusuru sonucu zarardan sorumluluğuna ilişkin açıklamalar için bkz. BAYSAL Başak; Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012, s.282 vd.

⁷⁰¹ ... İşsahibi Borçlar Kanunu'nun 358/f.II maddesinde, yüklenicinin kusurlu olduğu hallerde Borçlar Kanunu'nun 97. Maddesinde genellikle öngörüldüğü gibi, tehlike ve giderleri yükleniciye ait olmak üzere imalata devamı üçüncü bir kişiye tevdi olunacağını ihtar ettikten sonra, sözleşmeyi fesih etmeden işi kendisi üçüncü bir kişiye yaptırmaya yetkilidir. Ne var ki, bunun için yükleniciye sözleşmeye göre borcunu ifada mütemerrit bulunmalı ve kendisine ifa için verilen süreden bir sonuç alınmamış olmalıdır.”Yarg. 15. HD., 23.02.1978 T. 1992/332. (KARADAŞ, s. 143)

⁷⁰² BÜHLER, Art. 366, N.66, s. 166; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.36, s. 2318; GAUCH, Werkvertrag, N. 883, s. 360. Sözleşmede eserin meydana getirilmesi sırasında yüklenicinin kusuru nedeniyle ayıplı olacağının anlaşıldığı durumlarda ikame yükleniciye başvuru açıkça düzenlenmiş olup, hükümde başvuru bakımından süre de belirtilmişse, iş sahibi sözleşmede belirtilen bu süre sonunda ikame yükleniciye başvurabilir ayrıca yeniden süre verilmesine ve ihtar da bulunulmasına ihtiyaç yoktur. GAUCH, Werkvertrag, N. 892a, s. 365.

yönünde bir itirazla karşılaşmak istemeyen iş sahibinin, süreyi kendisi belirlemek yerine hakime tayin ettirmesi daha uygun olur⁷⁰³.

Esasen iş sahibinin TBK mad. 473/f.2 gereğince yükleniciye vereceği süre, TBK'nın karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt halinde seçimlik hakları kullanmak için vereceği süreyle benzer nitelikleri haizdir. Her iki halde de borçluya son bir şans verilmektedir⁷⁰⁴. Zira karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde alacaklının vereceği uygun süre içerisinde borçlu borcunu ifa etmezse alacaklı seçimlik haklarını kullanabilecektir. Bu yola aynen ifayı istemeyen alacaklı başvuracaktır. Böylece alacaklı aynen ifayı reddederek olumlu zararını talep edebileceği gibi sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini de talep edebilecektir. Alacaklının bu yola başvurabilmesi için, alacaklının kendisine verdiği süreyi verimsiz geçiren ve borcunu ifa etmeyen borçlunun son şansını kullanamamış olması gerekir. TBK mad. 473/f.2'de de işin devamını veya ayıbın giderilmesini üçüncü kişiye bırakmak isteyen iş sahibi, yükleniciye borcunu gereği gibi ifa etmesi için son bir şans vermektedir. Bu nedenle, bizce karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde mehil tayinine ilişkin özellikle sürenin niteliği⁷⁰⁵, uygunluğu bakımından doktrinde yapılan açıklamalar TBK mad. 473/f.2 gereğince verilecek süre bakımından da geçerlidir.

Madde metninde yalnızca uygun bir süre verilmesinden söz edilmekle birlikte, sürenin ne zaman uygun kabul edileceği konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Bu durumda her somut olayın şartlarına göre sürenin uygun olup olmayacağı belirlenecektir. Bühler'e göre, verilecek süre aynı meslek grubunda olan başka yüklenicilerin ihtiyaç duyacağı süreden kısa olmamalıdır⁷⁰⁶. Sürenin uygunluğunun belirlenmesinde dürüstlük kuralı esas alınacaktır⁷⁰⁷. Örneğin, eğer yüklenici kullanacağı malzemeyi depolamışsa, malzemenin kötü olduğunu fark eden iş

⁷⁰³BÜHLER, Art. 366, N.68, s. 166; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, 112; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 518; KOCAĞA, Özen Yükümü, s. 187; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 948. Süre verilmesi hakimden talep edilecekse bunun yetkili hakimden talep edilmesi gerekir. EREN, Özel Hükümler, s. 1111.

⁷⁰⁴SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 113.

⁷⁰⁵Süre verilmesinin hukuki niteliğinin hukuki işlem benzeri fiil olduğu kabul edilmektedir. Bkz. TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 935; NOMER, s. 300; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 518; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 946; DAYINLARLI, s. 86; EREN, Genel Hükümler, s. 1112; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 709; REİSOĞU, s. 384.

⁷⁰⁶Bkz. BÜHLER, Art. 366, N.67, s. 166.

⁷⁰⁷Bkz. TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 935; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 519; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 947; EREN, Genel Hükümler, s. 1111-1112; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 710.

sahibinin vereceği süre, yüklenicinin kötü malzemeyi kaldırarak yenisini getirip depolamasına yetecek nitelikte olmalıdır⁷⁰⁸. İş sahibi, süre verdikten sonra verdiği sürenin uzun olduğunu iddia ederek sürenin kısaltılmasını talep edemez, verdiği süre ile bağlıdır. Ayrıca verilen sürenin açık olması ve yüklenicinin ne zamana kadar borca aykırılığı ortadan kaldırması gerektiğini kolayca anlamalıdır. Böylece iş sahibi “derhal”, “ilk uygun zamanda” gibi belirsiz ifadelerle yükleniciden borca aykırılığı gidermesini talep etmesi halinde bu ifadeler uygun bir sürenin verilmediği anlamına gelir.

Verilen sürenin uygun olmaması yani kısa olması halinde ise, nasıl bir çözüm yoluna başvurulacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, verilen sürenin uygun olmaması durumunda süre, uygun bir süre için hüküm ifade edecektir.⁷⁰⁹ Diğer bir görüşe göre ise, sürenin uygun olmaması halinde karşı taraf yeniden bir uygun süre belirlemeli ve bu ikinci sürenin sonuna kadar beklemelidir⁷¹⁰. Bizce ikinci görüş daha isabetlidir. Zira kanunun ifadesi, “verilecek sürenin uygun olmasını” değil, “uygun süre verilmesini” şart olarak belirtmiştir.

Yükleniciye eserdeki ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermesi için verilen süre, yüklenicinin işi tamamlaması için verilen bir ek süre değildir. Böylece yüklenici, verilen sürede ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermekle yükümlüdür. İş bitirip eseri teslim etmekle değil. Fakat, verilen süreye rağmen eseri hâlâ vade tarihinde teslim etmekle yükümlüdür. Başka bir deyişle, verilen süre vade tarihine eklenmez⁷¹¹. Verilen sürenin vadeye eklenmemesinin sonucu olarak, yükleniciye verilen bu süre zarfındaki düzeltme çalışmalarının uzaması sebebiyle işin vade tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılması durumunda ise, iş sahibi doğrudan maddenin ilk fıkrasındaki düzenlemeye dayanarak sözleşmeden dönebilir⁷¹².

Son olarak, verilen sürenin uygun olmadığını gören yüklenici buna hemen itiraz etmelidir. Aksi halde, artık sürenin yetersiz olduğunu ileri sürememelidir⁷¹³.

⁷⁰⁸ Örnekler için bkz. SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 112.

⁷⁰⁹ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 947 -948; NOMER, s. 300; EREN, Genel Hükümler, s. 1112.

⁷¹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 520-521.

⁷¹¹ ÖZ, İnşaat sözleşmesi, s. 195; ERMAN, Arsa Payı, s. 51-52; BEDİR, s. 180.

⁷¹² ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s. 63.

⁷¹³ TUNÇOMAĞ, Genel hükümler, s. 935; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1006; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 112; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 519; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 520;

Süre, iş sahibi veya onun yetkili temsilcisi tarafından verilir. Temsilcinin bu konuda özel yetkili olması gerekmez. Temsilcinin genel temsil yetkisi bulunması yeterlidir. Genel temsil yetkisi kural olarak her türlü hukuki işlemi kapsar ancak bunun istisnası vardır. Bazı hukuki işlemlerin yapılması için özel yetkinin varlığı aranır. Bu haller TBK'nın 504. maddesinin son fıkrasında belirtilmiştir⁷¹⁴. Özel yetki gerektiren durumlar bununla da sınırlı değildir. HMK'nın 74. maddesinde de özel yetki gerektiren haller getirilmiştir⁷¹⁵. İş sahibinin TBK mad. 473/f.2 gereğince ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi bakımından vereceği süre bu maddeler kapsamına girmediğinden özel yetki gerektirmeyecektir.

b.Süre Verilmesine Gerek Olmayan Haller

TBK mad. 473/f.2 gereğince yükleniciye süre verilmesinin, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde seçimlik hakların kullanılabilmesi için borçluya verilmesi gereken süreyle aynı nitelikte olduğunu kabul etmemiz neticesinde, borçlu temerrüdünde süre verilmesine gerek olmayan hallere ilişkin TBK mad. 124'ün kıyasen burada da uygulama alanı bulması gerekir. TBK mad. 124'e göre üç halde borçluya süre verilmesine ihtiyaç yoktur. Bunlar, borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağına anlaşılması, borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalması, borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceğinin sözleşmeden anlaşılmasıdır. Yüklenicinin ayıplı veya sözleşmeye aykırı ifada bulunacağına vade tarihinden evvel anlaşılması durumunda daha fazla uygulanabilecek olan TBK mad. 124'ün ilk bendidir. Böylece yüklenicinin içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağına anlaşılması durumunda iş sahibinin

KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 187; ERMAN, Arsa Payı, s. 51; KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 260; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 384; BEDİR, s. 180.

⁷¹⁴ TBK mad. 504 gereğince, temsilci özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz.

⁷¹⁵ HMK mad. 74 gereğince "Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını islah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez."

süre vermesine ihtiyaç yoktur. Yükleniciye süre verilmiş olsa dahi bunun yararsız olacağı durumun özelliklerinden anlaşılıyor olabilir. Böyle bir durumda iş sahibinin erken önlem alamaması onu korumaya yönelik olan TBK mad. 473/f.2 hükmünün amacına ters düşer. Böylece iş sahibi, bazı hallerde süre vermeden kendine tanınan imkanlardan yararlanabilmelidir⁷¹⁶. Bu hallerde süre verilmesi pratik olarak hiçbir sonuç doğurmayacaktır. Doktrinde böyle durumlara örnek olarak yüklenicinin ayıbı veya borca aykırılığı gidermeyeceğini açıkça dile getirmesi verilmektedir⁷¹⁷.

c.Süre Verilmeden Ayıbın Veya Sözleşmeye Aykırılığın Giderilmesinin Sonuçları

Yükleniciye süre verilmiş olması TBK mad. 473/f.2'ye başvurunun şekli koşullarındandır. Henüz vade gelmeden eserdeki ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için üçüncü kişiye başvuracak olan iş sahibinin, mehil tayini ile yükleniciye son bir şans vermesi zorunludur. İş sahibi, yükleniciye bu son şans vermeden TBK mad. 473/f.2'nin korumasından yararlanamaz. Böylece, eğer iş sahibi yükleniciye süre vermeden ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı üçüncü kişiye bırakırsa bunun için gerekli masrafları henüz şekli şartlar gerçekleşmediği için yükleniciden TBK mad. 473/f.2 kapsamında talep edememelidir⁷¹⁸. Bu durumda ancak eğer şartları mevcutsa vekaletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulur. Böylece iş sahibinin TBK mad. 526 vd. hükümleri çerçevesinde bu masrafları isteyebilmesi gerekir⁷¹⁹.

Uygulamada TBK mad. 473/f.2'de düzenlenmiş bulunan usul uygulanmadan, başka bir ifadeyle maddenin uygulanması için gerekli şekli şartlar henüz gerçekleşmeden, işin yapımı esnasında eserdeki ayıpların giderilmiş olması durumunda bunun kimin tarafından giderildiği hususunda uygulamada birtakım uyuşmazlıklar çıkabilir. Yargıtay, işin yapılması esnasında ayıbın kim tarafından

⁷¹⁶Bkz. ERGEZEN, s. 66; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.36, s. 2318.

⁷¹⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 517; EREN, Özel Hükümler s. 627; ARAL/AYRANCI, s. 359-360; KOCAĞA, Özen Yükümü, s. 187.

⁷¹⁸ Böyle bir durumda işin üçüncü kişi tarafından yapılmasından dolayı ortaya çıkan masrafların BK mad. 106 (TBK mad. 125) gereğince müsbet zarar kapsamında istenebileceğine ilişkin bkz. KOCAĞA, Özen Yükümü, s. 188.

⁷¹⁹ Gerçek vekaletsiz iş görmede başkasının işini görme iradesi aranırken; gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede bu irade aranmaz. Bkz. YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 720 vd.; UYGUR, C:II, s. 2372.

giderildiğinin uyuşmazlık konusu olduğu hallerde, giderimin yüklenici tarafından yapıldığının karine olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir⁷²⁰.

2.İşin Üçüncü Kişiyeye Yaptırılacağıın İhtarı

Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılacağıın kesin olduğunu gören iş sahibi, yükleniciye uygun bir süre vererek ayıbın veya aykırılığının giderilmesini talep edebilir. Kanun koyucu yalnızca süre verilmesini yeterli bulmamış, ayrıca süre verilirken hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamının bir üçüncü kişiyeye verileceği konusunda ihtarda bulunulması gerektiğini belirtmiştir. Yükleniciye yapılması gerekli bu ihtar TBK mad. 473/f.2 hükmünün uygulanması için gerekli şekli koşullardan ikincisidir⁷²¹.

TBK mad. 473/f.2 gereğince süre verilirken bu son şansın kullanılmaması durumunda sonuçların ne olacağı yani iş sahibinin ayıbın giderilmesini veya işin devamını üçüncü kişiyeye bırakacağı da belirtilmelidir⁷²². Bu durum maddede açıkça belirtilmiştir. Oysa karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik hakları kullanabilmek için verilen uygun sürede edimin ifa edilmemesinin sonuçlarının da bildirilmesi gerekmez. Zira alacaklı, sürenin sonunda kanun gereği kendisine tanınan seçimlik hakları kullanabilir. Bu seçimlik haklar TBK mad. 125 gereğince kendiliğinden doğar⁷²³. Verilen süre sonunda alacaklı aynen ifa ve gecikme tazminatından farklı olarak, aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep edebileceği gibi, sözleşmeden dönerek menfi zararının tazmini de talep edebilir. Böylece, verilen sürede borcu aykırılığının giderilmemesi durumunda sonuçların bildirilmesi bakımından bu iki düzenleme birbirinden ayrılmaktadır.

⁷²⁰ “Davacı arsa sahibi, kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak eksik ve ayıplı işler bedelleri ile gecikme tazminatının tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Eksik ve ayıplı işler taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi devam ederken giderilmişse kural olarak yüklenici tarafından giderildiğinin kabulü gerekir. Arsa sahipleri eksik ve ayıplı işlerin kendileri tarafından giderildiğini iddia ediyorsa, bu iddialarını ispat ile yükümlüdürler. Bu nevi davalarda, eksik ve ayıplı işlerin giderilip giderilmediği, kimin tarafından giderildiği araştırılarak sonuca göre karar verilmelidir.” Yargıtay 15. HD. E. 2009/2498, K. 2010/3405, T. 15.6.2010. (KİB, 21.10.2015)

⁷²¹ “... BK'nın 358/II. maddesindeki düzenleme ayıbın ve sözleşmeye aykırılığın teslimden önce ortaya çıkması halinde ortadan kaldırılması için yapılmış olup, bu maddede belirtilen ihtarın davadan önce yapılmamış olması, BK'nın 97. maddesindeki nama ifanın da temerrüt halinde talep edilmesinin mümkün olduğu ve dava tarihinde henüz teslim süresi dolmadığından bu maddeye göre de nama ifaya izin verilmesi mümkün olmadığından...” Yarg. 15. HD. E. 2015/519, K. 2015/5751, T. 13.11.2015. (KİB, 24.01.2016)

⁷²² Doktrinde yükleniciye verilen süre içerisinde yüklenicinin hareketsiz kalması üzerine işin 3. kişiyeye yaptırılacağıın ihtarı yerine bu hakkını saklı tutabileceği kabul edilmektedir. Bkz. KOCAAĞA, İnşaat, s. 108; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 202.

⁷²³ Bkz. EREN, Genel hükümler, s. 1112; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 383; DURAK, s. 230.

Onarımın veya işe devamın üçüncü kişiye yaptırılacağına ihtarının en geç süre verme esnasında yapılması gerekir. Çünkü TBK mad. 473/f.2’de iş sahibinin vereceği veya verdireceği süre içerisinde, onarımın veya işin devamının üçüncü kişiye ihtar edilmesinden söz etmektedir. Böylece iş sahibinin verilen sürenin sona ermesinden sonra onarımın veya işin devamının üçüncü kişiye bırakılacağı yönünde yapacağı ihtar geçerli olmayacaktır⁷²⁴. Böylece iş sahibi ihtarını en geç süre verme anında yapmakla yükümlüdür⁷²⁵.

Yukarıda bazı durumların varlığı halinde yükleniciye süre verilmesine gerek olmadığını belirtmiştik. Yüklenicinin tutumundan süre verilmesine gerek olmadığı hallerde acaba ayrıca işin üçüncü kişiye bırakılacağına ihtar edilmesi gerekecek midir? Esasen karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde süre verilmesine gerek olmayan hallerde ihtar çekilmesi de gereksiz hale gelebilir⁷²⁶. Buna karşın TBK mad. 473/f.2 hükmünde farklı bir durum düzenlendiğinden bizce, her ne kadar ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için süre verilmesine ihtiyaç olmasa da TBK mad. 473/f.2’de üçüncü kişi tarafından yapılacak olan masrafların yüklenici tarafından karşılanacağından en azından yükleniciye ortaya çıkacak masrafları karşılayacağı bildirilmiş olmalıdır. Böylece kanaatimizce, yükleniciye süre verilmesine ihtiyaç olmayan haller somut olayda mevcut olsa dahi TBK mad. 473/f.2 hükmümün uygulanması bakımından ihtarda bulunulması aranmalıdır.

Yükleniciye yapılacak olan ihtar kural olarak herhangi bir şekle tabi değildir. Sözlü veya yazılı olarak yapılması mümkündür⁷²⁷. İspat kolaylığı bakımından yazılı olarak yapılması yerinde olur. Her ne kadar TTK mad. 18/f.3 gereğince, tacirler arasında temerrüde, feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılacaksa da; buradaki ihtar bu belirtilen işlemlerden birine ilişkin olmadığından ve bir hakkın kullanılmasını zorlaştıran hükümlerin uygulama alanının kıyasen genişletilmesi de caiz olmadığından; bu bildirimde şekil

⁷²⁴ KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 188.

⁷²⁵ ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 201; KOCAAĞA, Özen Yükümü, s.188.

⁷²⁶ Ancak ihtar ihtiyacı olmayan bazı hallerde borçluya süre verilmesi gerekir. KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 711.

⁷²⁷ “...bu şekildeki bir ayıp ihtarının yapıldığı veya mehlin verildiği hususunda ispat için yazılı bir belgeye lüzum yoktur. Ayıp ihbarının yapıldığının şahitle ispatı mümkündür.” Yarg. 15 HD., E. 1989/3936, K. 1990/1735, T. 11.04.1990. (KOSTAKOĞLU, s. 422,423)

şartı aranmayacaktır. Fakat ispat sorunlarını aşmak için iş sahibinin bildirimini bu yollardan biriyle yapması tavsiye olunur⁷²⁸.

Yükleniciye onarımın veya işin devamının üçüncü kişiye bırakılacağına ihtarı yapılmadan işin üçüncü kişiye yaptırılması durumunda ise iş sahibi bundan doğan masrafları TBK mad. 473/f.2 kapsamında yükleniciden talep edememelidir⁷²⁹. Bu şekli koşulun gerçekleştirilmemiş olması durumunda ancak koşulları somut olayda mevcut ise vekaletsiz iş görme hükümleri (TBK mad. 526 vd.) uygulanabilir.

F.İhtar ve Verilen Süreye Rağmen Eserdeki Ayıbın veya Sözleşmeye Aykırılığın Giderilmemiş Olması

İş sahibinin TBK mad. 473/f.2 gereğince ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi veya işin devamını 3. kişiye bırakabilmesi için verilen sürede yüklenicinin harekete geçmemiş olması gerekir. Eğer yüklenici kendisine verilen bu sürede işin düzeltilmesi için çalışmalara başlamışsa iş sahibi ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi veya işin devamını ikame bir yükleniciye bırakamamalıdır.

Yüklenicinin ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermek bakımından giriştiği davranışların inandırıcı nitelikte olması gerekir. Eğer yüklenici kötü niyetli olarak sırf iş sahibinin TBK mad. 473/f.2 gereğince ikame yükleniciye başvurmasını engellemek amacıyla birtakım girişimlerde bulunuyorsa TBK mad. 473/f.2'yi uygulamak gerekir⁷³⁰.

G.Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunmaması

TBK'nın özen yükümlülüğüne ilişkin 471. maddesi emredici nitelikte değildir. Böylece taraflar aralarında aksini kararlaştırabilirler⁷³¹. Bu durumda sözleşme hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada sorumsuzluk kayıtları ancak TBK

⁷²⁸ Yargıtay teslimden sonra ayıptan doğan sorumlulukta da ihbarın niteliğinden hareketle şekle tabi olmadığını belirtmektedir. "...Dairemizin yerleşmiş uygulamalarında ayıp ihbarı, niteliği itibarıyla hukuki işlem benzeri olarak kabul edilmektedir. Ayıp ihbarının bu hukuki niteliği itibarıyla, yapıp yapılmadığı tanık beyanıyla kanutlanabilir..." Yarg. 15. HD. E. 2014/6031, K. 2015/2463, T. 11.5.2015. "Davalı ve karşı davacı iş sahibi, ayıp ihbarına dair yazılı belgeleri olmadığını, tanık dinletmek istediğini bildirmiştir. Ayıp ihbarı hukuki işlem olmayıp bir hukuki işlem benzeridir. Bu niteliğinden dolayı da ayıp bildirimini, tacirler arasında yapılmış olsa bile tanık dahil her türlü delille kanutlanabilir." Yarg. 15. HD. E. 2012/5185, K. 2013/343, T. 24.1.2013 aynı yönde, Yarg. 15. HD. E. 2012/4057, K. 2013/3125, T. 15.5.2013; Yarg. 15. HD. E. 2011/4254, K. 2012/1689, T. 19.3.2012. (KİB, 01.03.2016)

⁷²⁹ Bu masrafların eski BK mad. 106 (TBK mad. 125) gereğince müsbet zarar olarak istenebileceğine ilişkin bkz. KOCAĞA, Özen Yükümü, s. 188; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 202.

⁷³⁰ GÖKYAYLA, Sadakat ve Özen, s. 801.

⁷³¹ EREN, Müteahhidin Borçları, s. 75; BÜYÜKAY, Eser, s. 147.

mad. 115 çerçevesinde geçerli olur. Zira, bu kayıtların geçerliliğine ilişkin Eski BK ve TBK’da farklı düzenlemelere yer verilmiştir. TBK ile borçlunun sorumsuzluğuna ilişkin anlaşmalara sınırlama getirilmiştir. Eski BK mad. 99/f.2’de iş bir uzmanlığı gerektirse dahi borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmaların yapılması mümkündür⁷³². Oysa 6098 sayılı TBK ile bu imkan ortadan kaldırılmıştır. Böylece uzmanlığı gerektiren bir işin varlığı halinde borçlunun sorumluluğunu kaldıran anlaşmalar hafif kusur için dahi geçersizdir. Zira TBK mad. 115/f.3’e göre, “*Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*” Böylece eser sözleşmesinde de yüklenici uzmanlığı gerektiren bir işi icra ettiğinden hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşmalar kesin hükümsüz olacaktır.

Yüklenici, yardımcı kişilerin verdiği zararlardan sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran anlaşmalar yapmış olabilir. Bu durumda yardımcı şahısların verdiği zararlardan sorumluluğunun sınırlandırılması TBK mad. 116/f.3’deki sınırlamalara tabidir. Zira uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür⁷³³. TBK ile TBK mad. 116/f.3’de belirtilen hallerde yapılacak tüm sorumsuzluk anlaşmaların –yardımcı şahısların hafif kusurları da dahil- kesin hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Oysa Eski BK’nın TBK mad. 116 hükmünü karşılayan 100. maddesinde böyle durumlarda yardımcı şahısların hafif kusurundan sorumlu tutulamayacağına ilişkin anlaşmaların yapılabileceği düzenlenmişti⁷³⁴.

⁷³² Eski BK mad. 99/f.2’ye göre; “*Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mesuliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevelliüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hakim, bu şartı batıl addedebilir.*”

⁷³³ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 470; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 679; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 366.

⁷³⁴ Bkz. FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, C.II, s. 206; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 900; ŞENOCAK, İfa Yardımcıları, s. 239 vd.; von TUHR, s. 599; UZUN Ayşe; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Sorumsuzluk Anlaşması, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.7, Mart 2014, s. 133.

III.TBK. MAD. 473/II'NİN SONUÇLARI

A.İş Sahibinin İşi 3. Kişiyeye Yaptırma Hakkı

1.Genel Olarak

Yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde iş sahibi, hakim kararına ihtiyaç olmaksızın ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini veya bunların da ötesinde işin devamını üçüncü kişiyeye bırakabilir⁷³⁵.

İşin devamının veya ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmesinin üçüncü kişiyeye bırakılması halinde iş sahibi ile üçüncü kişi arasında ilk sözleşmeye benzeyen yeni bir eser sözleşmesi meydana gelecektir. İlk yüklenici bu sözleşmenin tarafı değildir.

2.İşin Bizzat İş Sahibi Tarafından Yapılması Sorunu

Genel yapma borcuna aykırılık halinde uygulanan TBK mad. 113'de ifanın bizzat alacaklı tarafından yapılabileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Zira, alacaklı, yapma borcuna aykırılık halinde masrafı borçluya ait olmak üzere ifanın bizzat kendisi tarafından yerine getirilmesi için hakimden izin talep edebilir. Oysa, TBK mad. 473/f.2'de bu yönde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşın doktrinde iş sahibinin işi bir üçüncü kişiyeye bırakmak yerine kendisinin de tamamlayabileceği kabul edilmektedir⁷³⁶.

Bizce de iş sahibi işi kendisi yapabilir. Bunun için iş sahibinin gerekli bilgi ve imkana sahip olması gerekir. Bu durum pratikte fazla uygulama alanı bulmayacaktır. Zira, eser sözleşmelerinde yüklenici bir iş görmeyi borçlanmakta ve çoğu zaman bu iş görme özel bir yetenek, bilgi, tecrübe gerektirmektedir. Örneğin, bir bina inşası işinde yüklenicinin inşaatı ayıplı ifa edeceğinin anlaşılması halinde bu ayıbın giderilmesini iş sahibinden beklemek güçtür. Meğer ki iş sahibi de müteahhit olsun.

⁷³⁵ İş sahibi ikame yükleniciye başvurmak yerine zararının tazminini de talep edebileceği, işin ikame yükleniciye yaptırılması sonucu masrafların ilk yükleniciden talebi müspet zararın somut yöntemle hesaplanması olduğuna ilişkin bkz. AVCI, s. 391.

⁷³⁶ BÜHLER, Art. 366, N.72, s. 168; KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 193; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 191; AKKANAT, Meseleler, s. 47.

3.Ayıbın veya Sözleşmeye Aykırılığın Giderilmesinin ya da İşin Devamının Üçüncü Kişiye Bırakılması

a.Genel Olarak

TBK mad. 473/f.2’de iş sahibinin, maddede belirtilen koşulların gerçekleşmesi ile hem ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini hem de işin devamının yapılmasını üçüncü bir kişiye bırakılacağını belirtmektedir. Madde metninde yer alan “veya” ifadesinden bu konuda seçim yetkisinin iş sahibinde olduğu yönünde bir sonuç çıkmaktadır. Madde metninde bu şekilde ifade edilmiş olmakla birlikte doktrinde iş sahibinin seçim konusunda serbest olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁷³⁷, maddenin lafzına rağmen iş sahibi, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi veya işin devamının üçüncü kişiye bırakılması hususunda serbest değildir. Öncelikle olarak iş sahibinin ayıbın giderilmesini yeni bir yükleniciye bırakması gerekir. İş sahibinin işin devamını üçüncü kişiye bırakması ancak ayıbın giderilmesinin yeni bir yükleniciye bırakılması halinde, bu durumun işin zamanında ya da gereği gibi ifasını güç duruma düşürmesi hallerinde mümkün olabilir.

Diğer bir görüşe göre ise⁷³⁸, kendisine verilen uygun süre içerisinde yüklenicinin ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermemesi halinde iş sahibi dilerse ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi ya da işin devamını üçüncü bir kişiye bırakabilir. Seçim konusunda iş sahibi tamamen serbesttir.

Üçüncü bir görüş ise⁷³⁹, eserin ayıplı olması ile sözleşmeye aykırı olmasının birbirinden ayırmaktadır. Bu görüşe göre, eğer eser ayıplı ise, iş sahibi ayıbın giderilmesini 3. kişiye bırakabilir. Diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde ise işin devamı 3. kişiye bırakılır. Ayıbın giderilmesinin 3. kişiye bırakıldığı hallerde, ayıp giderildiğinde ilk yüklenici eseri tamamlamaya kaldığı yerden devam eder. Sadece ayıbın giderilmesinin değil işin geri kalanının da yeni yükleniciye bırakılabilmesi için işin devamı esnasında iş sahibi ile yüklenici arasında geçimsizlik olacağıının anlaşılması gerekir.

⁷³⁷Bkz. BÜHLER, Art. 366, N.71, s. 167; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 64; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.38, s. 2319.

⁷³⁸ KOCAĞA, Özen Yükümü, s. 192.; İLKGELEN Abdullah Cem, İstisna Sözleşmelerinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 43.

⁷³⁹ Bu görüş için bkz. GÜMÜŞ, s. 28.

Kanaatimizce, maddenin açık ifadesine rağmen iş sahibinin öncelikle ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini isteyebileceğini söylemek doğru değildir. Maddenin açık ifadesi karşısında bunun kabulü güçtür. Maddede yer alan “veya” ifadesi de bu sonucu doğrular niteliktedir. Kendisine verilen uygun süre içerisinde yüklenicinin ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermemesi halinde iş sahibi dilerse ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi ya da işin devamını üçüncü bir kişiye bırakabilmelidir. Seçim hakkı iş sahibine aittir. Kaldı ki, iş sahibi TBK mad. 473/f.2'nin kendisine tanıdığı imkanlardan yararlanabilmek için yükleniciye uygun bir sürede bunları gidermesi için son bir şans vermektedir. Ayrıca sözleşmeye aykırılığı kendisine verilen sürede gidermemesi halinde ortaya çıkacak hukuki sonuç bakımında da uyarmaktadır. Eğer yüklenici kendisine verilen sürede ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı giderirse iş sahibi ve yüklenici arasındaki güven ilişkisi de fazla sarsılmamış olur. Eğer yüklenici bu sürede ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermez ise artık taraflar arasındaki güven ilişkisi bozulmuş olacaktır. Böyle bir durumda iş sahibinin artık yükleniciye güvenmesi beklenemez. Böylece hiç güvenmediği yükleniciye işin devamını bırakmasını iş sahibinden beklemek zorlama bir çözüm olacaktır⁷⁴⁰.

b.Yüklenicinin Şahsının Önem Arz Ettiği Sözleşmelerdeki Özel Durum

TBK mad. 473/f.2'nin uygulanmasında ve ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi veya işin devamının ikame bir yükleniciye bırakılmasında, işin yüklenicinin şahsına bağlı olduğu edimlerin varlığı halinde uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde durmak gerekir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, borçların 3. kişi tarafından ifası TBK mad. 83. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, eğer borcun bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının menfaati yoksa, borçlu borcunu şahsen ifa ile yükümlü değildir. Böylece borcun sadece borçlu tarafından ifa edilebileceğinin kabul edilmesi için alacaklının bunda menfaatinin bulunması gerekir. Aksi halde 3. kişi tarafından yapılan ifayı kabule mecburdur. Eğer 3. şahsın ifasını kabul etmezse alacaklı temerrüdüne düşecektir. Özellikle verme borçlarında alacaklı, 3. şahsın ifasını kabule mecburdur⁷⁴¹. Ancak yapma borçlarında bunu her zaman söylemek mümkün

⁷⁴⁰ Aynı yönde bkz. KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 192.

⁷⁴¹ 3. şahsın ifasına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. OĞUZMAZ/ÖZ, C.I, s. 254 vd; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 576.

değildir. İşte eser sözleşmelerinde de yüklenicinin borcu bir yapma borcudur⁷⁴². Bazı eser sözleşmeleri bakımından yüklenicinin bizzat ifada bulunmasında iş sahibinin menfaati bulunmayabilir. Böyle durumlarda işin ifasını ikame bir yüklenici yapabilir. Zira bu durum, TBK mad. 471/f.3'de düzenlemiş ve yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa işin 3. kişiye yaptırılabilmesi kabul edilmiştir. Yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıdığı eser sözleşmelerinde bu imkan söz konusu değildir.

İşte bu temel prensipler ışığında bizce yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz ettiği sözleşmelerde iş sahibi aybın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini ya da işin devamını 3. kişiye bırakmamalıdır⁷⁴³. Doktrinde böyle bir durumda, yani TBK mad. 473/f.2'nin şartlarının gerçekleşmiş olduğu hallerde, Aynı maddenin ilk fıkrasının uygulanması yoluyla iş sahibinin eser sözleşmesinden dönebileceği ileri sürülmektedir⁷⁴⁴. Bizce de yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem arz ettiği bu sözleşmelerde, iş sahibi TBK mad. 473/f.1 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu sözleşmeden dönebilmelidir.

4.Hakim İznine Gerek Olmayışı ve Özellikle TBK mad. 113 ile Arasındaki Farklar

a.Genel Olarak

TBK'da yapma borçlarının ifa edilmemesi halinde alacaklıya, ifayı üçüncü bir kişiye yaptırtma imkanı tanınmıştır. Bu genel hüküm karşısında TBK mad. 473/f.2 hükmü özel hüküm niteliğindedir. Bu iki hüküm arasındaki benzerlik ve farklılıklara kısaca değinmekte yarar görüyoruz.

TBK mad. 113'e göre, "*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masraflı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.*" TBK 113 hükmü yapma borçlarının zamanında ifa edilmemesi durumunda alacaklıya işi başkasına yaptırtma imkanı veren genel bir hükümdür⁷⁴⁵. Bu hükümde alacaklıya

⁷⁴² İş sahibinin borcu bir miktar bedel verme borcu olduğundan 3. kişinin ifası mümkündür ve yüklenici bu ifayı kabule mecburdur.

⁷⁴³ Aynı yönde bkz. ŞENOCAK, Aybın Giderilmesi, s. 200; GÜMÜŞ, s. 26.

⁷⁴⁴ GAUCH, Werkvertrag, N. 893, s. 365; BÜHLER, Art. 366, N.74, s. 168; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.41, s. 2319; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.131.

⁷⁴⁵ TBK mad. 113'ün hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu hüküm, yapma borcunun icrasına yönelik bir hükümdür. Bkz. EREN, Genel Hükümler, s. 1032. Böylece, alacaklının

hakimden hem işin kendisi tarafından hem de üçüncü kişi tarafından yapılabilmesi yönünde izin isteme imkanı düzenlenmiştir. TBK mad. 113 hükmünü karşılayan Eski BK'nın 97. maddesinde⁷⁴⁶ yapma borcunun ifa edilmemesi halinde alacaklının işin kendisi tarafından yapılması yönünde izin alacağı düzenlenmişti. Yani maddede işin üçüncü kişiye yaptırılması yönünde bir düzenleme yer almamaktaydı ancak işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi doktrinde kabul edilmekteydi⁷⁴⁷. TBK mad. 113 gereğince işin ifasının üçüncü kişiye bırakılmasının talep edilebilmesi için öncelikle taraflar arasındaki sözleşmenin feshedilmemiş yani yürürlükte olmalı, yüklenici, ediminin ifasında borçlu temerrüdüne düşmüş olmalı, bir yapma borcu söz konusu olmalıdır. Yapma borcu olmayan işler için nama ifa istenemez⁷⁴⁸.

İcra İflas Kanunu'nun 30 maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre, işin icra edilmesine ilişkin ilamın borçlu tarafından icra edilmemesi halinde masrafı borçluya ait olmak üzere üçüncü bir kişiye yaptırılabilmesi düzenlenmiştir. Bu maddede işin icrasının alacaklı tarafından değil, icra dairesi tarafından üçüncü kişiye yaptırılması düzenlenmiştir⁷⁴⁹.

işin bizzat veya üçüncü kişi tarafından ifasına ilişkin hakimden izin alabilmesi için daha önce verilmiş bir eda davası sonucu mahkûmiyet kararının varlığı aranır. Diğer bir görüşe göre ise, alacaklı borçlunun yapma borcunda temerrüde düşmesi halinde doğrudan hakime başvurarak ifa için izin talebinde bulunabilir. Bkz. ERMAN Hasan; Hukuki Mütalaalar, İstanbul 2012, s. 27; Bu görüşe ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz .AYDINCIK, s. 92-93. Bu iki görüş de nama ifa talebini borcun aynen ifası olarak görmektedir. Farkları birincisinin aynen ifanın önceden hükme bağlanmış olmasını ararken ikincisinin aramamasıdır. Bunlardan farklı diğer bir görüşe göre ise burada yapma borcunun ifa edilmemesinden doğan zararın özel bir yolla tazminine yönelik bir düzenleme söz konusudur. Bu görüşe göre, aksi takdirde kusursuz borçlulardan da işi başkasına yaptırma parası tahsil edilebilirdi. Zira aynen ifa talep etmek için borçlunun kusuru aranmaz. Kusur şartı tazminat taleplerinde yer alır. Oysa kanunun -kusursuz sorumluluk hükümleri hariç- borçluların kural olarak kusursuzluklarını ispatlayarak borca aykırılık sorumluluğundan kurtulmalarını kabul eden düzenlemesi buna uymaz. Kanunun sorumluluk sistemine uygun olan, nama ifayı bir tür olumlu zararın tazmini saymaktır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C. I, s. 441.

⁷⁴⁶ Eski BK mad. 97/f.3, “Bir şeyin yapılmasına müteallik borç borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir. Her türlü zarar ve ziyan dâvası hakkı mahfuzdur.”

⁷⁴⁷ Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 923.

⁷⁴⁸ Bkz. Yarg. 15 HD.,E. 2013 / 1127 , K. 2013 / 3560 , T. 03.06.2013. “Davacı iş sahibi eksik bırakılan işlerin tamamlanması için ifaya izin talebinde bulunmuştur. İfaya izin talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşürülmüş olması ve alacaklının da sözleşme uyarınca kendisine düşen edimlerini yerine getirmesi gerekir. Bilirkişi raporuna göre yapılan işin bedelini ödemeyen -eksik ifada bulunan- davacının kendisidir. İş bedelinden alacaklı durumda olan davalının olayda temerrüde düştüğünden sözedilemez.” Yargıtay 15. HD. E. 2009/5913, K. 2010/6122, T. 12.11.2010. (KİB, 23.10.2015)

⁷⁴⁹ İİK mad. 30 ‘a göre; “Bir işin yapılmasına mütedair ilâm icra dairesine verilince icra müdürü 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği sureti ile borçluya ilâmda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmayı emreder.(f.1)Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için lâzımgelen masraf

Eserin ayıplı bir biçimde ifa edileceğinin anlaşılması halinde iş sahibinin işi başkasına yaptırabilmesi için hakimden izin almasına ihtiyaç yoktur⁷⁵⁰. Oysa yapma borçlarının ifa edilmemesinin sonuçlarına ilişkin genel hüküm olan TBK mad. 113 gereğince, yapma borcunun ifa edilmemesi halinde alacaklının, hakimden işin başkası tarafından yapılabileceği yönünde bir karar alması gerekecektir⁷⁵¹. Bu temel farklılık dışında iki maddede işin başkasına yaptırılması ve bunun masraflarının borçludan alınması açısından benzerlik taşımaktadır⁷⁵². Bu durumda TBK mad. 113 hükmü karşısında TBK'nın 473/f.2 hükmü özel hüküm niteliği taşımaktadır⁷⁵³. Birinde borçlunun temerrüde düşmesi durumunda işin ifasının üçüncü kişiye bırakılması düzenlenmişken⁷⁵⁴, diğesinde henüz vade tarihi gelmeden işin üçüncü bir kişiye bırakılması düzenlenmiştir.

b.TBK mad. 473/f.2'yi Kıyasen Uygulayan Görüş

Doktrinde savunulan bir görüşe göre⁷⁵⁵, eserin ayıplı olarak teslim edilmesi üzerine iş sahibinin ücretsiz onarım talep etme hakkını kullandığı hallerde, yüklenici eserin onarımında temerrüde düşerse TBK mad. 473/f.2 kıyasen uygulanarak iş sahibi hakimden izin almadan işin ifasını 3. kişiye bırakılabilmelidir. Bunun altında

icra müdürü tarafından ehli vukufa takdir ettirilir. Bu masrafın ilerde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olup kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmoulunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun kâfi miktarda malı haciz ile paraya çevrilererek o iş yaptırılır.(f.2)İlâm, bir işin yapılmamasına mütedair olduğu takdirde icra dairesi tarafından ilâmın hükmü borçluya aynı müddetli bir emirle tebliğ olunur. Bu emirde ilâm hükmüne muhalefetin 343 üncü maddedeki cezayı müstelzim olduğu yazılır.(f.3)Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilam hükmü yerine getirildikten sonra borçlu, ilam hükmünü ortadan kaldıracak bir eylemde bulunursa, mahkemeden ayrıca hüküm almaya gerek kalmadan, önceki ilam hükmü tekrar zorla yerine getirilir.(f.4)”

⁷⁵⁰KOLLER, Art. 366, N. 504, s. 333; KOLLER, Werkvertrag, N. 419, s. 159; BÜHLER, Art. 366, N.70, s. 167; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.37, s. 2318; GAUCH, Art. 366, s.213; HONSELL, s 288; ERMAN, Arsa Payı, s. 50; BECKER, s. 609; DÜRR, s. 58; BİLGİN YÜCE, s. 129.

⁷⁵¹Eğer hakimden karar alınmadan bu yola başvurulursa yapılan masraflar ancak velaketsiz iş görme hükümlerine göre talep edebilir. Bkz. ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 200.Hakimden izin alınmadan işin başkasına yaptırılması durumunda alacaklı TBK mad. 112'ye dayanarak tazminat talep edebileceğine ilişkin bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 475.

⁷⁵² Bkz. NIKLAUS Jürg; Das Recht auf Eratzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, Bern 1999, s.28 vd. ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 196.

⁷⁵³ HUGUENIN, N. 3153, s. 939; GÜMÜŞ, s. 26; GAUCH, Werkvertrag, N. 870, s. 354.

⁷⁵⁴ “Borçlar Yasası'nın 97. maddesinde: "bir şeyin yapılmasına müteallik borç borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı masrafi borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir" düzenlenmesine yer verilmiştir. Davacı arsa malikinin nama ifa isteyebilmesi için borçlu yüklenicinin temerrüde düşmesi, arsa maliki davacının da kendi edimini ifa etmesi gerekir.” Yargıtay 15. HD. E. 2012/2291, K. 2012/4166 , T. 4.6.2012. (KİB, 04.11.2015)

⁷⁵⁵ Bkz. KOLLER, Art. 366, N. 504, s. 333; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 198; Ayrıca bkz. ŞAHİN, Eseri Teslim Borcu, s. 211 vd.'da yer alan açıklamalar.

yatan düşünce iş sahibini TBK mad. 113 gereğince hakimden izin almasını bertaraf ederek daha hızlı önlem almasını sağlamaktır.

Bu görüş ile kıyas yoluyla iş sahibine daha fazla bir korumadan yararlanma imkanı sağlanmaya çalışılmıştır. Kanaatimizce ayıbın giderilmesi de bir yapma borcu olduğundan bu borca aykırılık halinde TBK mad. 113 hükmü uygulanmalı ve ancak hakimden izin alınarak işin ifası yeni bir yükleniciye bırakılmalıdır⁷⁵⁶. Ayrıca eğer yüklenici onarımda temerrüde düşerse iş sahibi borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerden de yararlanabilir. Böylece iş sahibi yükleniciyi ihtarla temerrüde düşebilir. Buna karşın iş sahibi onarım için belirli bir süre tanımışsa ihtarla gerek olmadan yüklenici temerrüde düşmüş olur⁷⁵⁷. İş sahibi vereceği uygun mehlin sonunda da diğer seçimlik haklarından birini kullanabilir. Örneğin, sözleşmeden dönebileceği gibi, aynen ifadan vazgeçerek müsbet zararının tazminini de talep edebilir⁷⁵⁸.

Kuşkusuz ki, eserin onarımında temerrüde düşülmeden önce ayıbı giderme çalışmaları devam ederken eserin yine ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağına anlaşılması durumlarında iş sahibi TBK mad. 473/f.2 hükmü gereğince hakimden izin almaksızın işi yeni bir ikame yükleniciye bırakabilmelidir⁷⁵⁹. Aynı durum, TBK 473 hükmünün ilk fıkrası bakımından da geçerlidir. Zira, eğer yüklenici ayıbı giderme borcuna zamanında başlamaz, işi gerekli tempoda sürdürmez veya iş sahibine yüklenemeyen sebeplerle onarımın vade tarihine yetişmeyeceği anlaşılırsa iş sahibi TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönebilmelidir.

5.İş Sahibi ile Üçüncü Kişi Arasında Akdedilen Sözleşmenin Niteliği ve Tarafların Borçları

a. Sözleşmenin Niteliği

Yukarıda belirtilen koşulların gerçekleşmesi üzerine iş sahibi ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini veya işin devamını üçüncü kişiye bırakabilecektir. 3. kişi ile iş sahibi arasında akdedilen sözleşme hukuki niteliği

⁷⁵⁶ Bkz. YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 535; ARAL/AYRANCI, s. 382.

⁷⁵⁷ ARAL/AYRANCI, s. 383.

⁷⁵⁸ Onarılan eserin de ayıplı olması halinde ise iş sahibi ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin TBK mad. 475'in kendine tanıdığı seçimlik haklardan yararlanabilir. İş sahibi adete başa dönerek tekrar inceleme, tekrar bildirim yükümlüğü altına girecektir. Bkz. ARAL/AYRANCI, s. 383; ŞAHİNİZ, Dürüstlük Kuralı, s. 200-201.

⁷⁵⁹ ŞAHİNİZ, Dürüstlük Kuralı, s. 200.

itibariyle bir eser sözleşmesidir⁷⁶⁰. Bu sözleşme de genel geçerlilik koşullarını sağlamalıdır. Bu nedenle çalışmamızın ilk bölümde genel olarak eser sözleşmesi için yaptığımız açıklamalar bu sözleşme bakımından da geçerlidir.

b. Tarafların Borçları

İlk yüklenici, 3. kişi ile iş sahibi arasında yapılan sözleşmenin tarafı değildir. İkinci yüklenici ile iş sahibi arasında ilk sözleşmeden bağımsız yeni bir eser sözleşmesi meydana gelir⁷⁶¹.

İkame yüklenici ile yapılan sözleşme ile birlikte esas yüklenicinin eseri tamamlama borcunun yerini masrafları ödeme borcu alır. İş sahibinin ise ilk yükleniciye olan bedel ödeme borcu devam eder⁷⁶². Yapılan ikinci eser sözleşmesi ilk sözleşmenin geçerliliğini etkilememektedir⁷⁶³.

6. İşin 3. Kişiyeye Yaptırılmasının Masrafları

a. Genel Olarak

TBK mad. 473/f.2'ye göre, işin üçüncü kişiyeye yaptırılmasından doğan masraflardan ilk yüklenici sorumludur. Maddede üçüncü kişiyeye yaptırılmasından doğan masraflardan ilk yüklenicinin sorumlu olacağı belirtilmekle birlikte bu masraf kalemlerinin nasıl belirleneceği konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Bu noktada uyuşmazlık, masrafların belirlenmesinde ortaya çıkacaktır. Özellikle ilk yüklenici, ikame yüklenicinin yaptığı masrafların aşırı olduğunu iddia ederek ödemekten kaçınabilir. İlk yüklenici ile anlaşmaya varılan miktardan çok daha fazla bir masraf yapılmış olabilir. Örneğin ikinci yüklenici, ilk yükleniciden daha pahalı bir teknik kullanarak ayıbı gidermiş veya işi tamamlamış olabilir. Bu durumda meydana gelen masraf kalemi yüksek olacaktır. İşte bu durumda ilk yükleniciyi bu masraflardan da sorumlu tutmak gerekecek midir? Aşağıda kısaca bu konulara değinmeye çalışacağız.

⁷⁶⁰ GÜMÜŞ, s. 28.

⁷⁶¹ KOLLER, Werkvertrag, N. 429, s. 161; KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 190; ŞENOCAK, s. 204.

⁷⁶² ARAL/AYRANCI, s. 360; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 204; KOLLER, Werkvertrag, N. 413, s. 157; KOLLER, Art. 366, N. 549, s. 346.

⁷⁶³ İkame yükleniciye başvuru ile birlikte ilk yüklenici ile yapılan sözleşmeden kaynaklanan yüklenicinin ifa borcu devam eder ancak bu borcun iş sahibi tarafından ifasının talep edilmesi ertelenmiş olur. Eğer ikame yüklenici borcu gereği gibi ifa edemezse tekrar ilk yükleniciye başvurulabilir. GAUCH, Werkvertrag, N.886a, s. 362.

b. Masraf Miktarının Belirlenmesi

TBK mad. 473/f.2 gereğince işin ikame yükleniciye bırakılmasından doğacak masraflardan sorumlu tutulacak olan ilk yüklenicinin ödeyeceği masraf kalemlerinin neler olacağı belirtilmemiştir. Böylece, yüklenicinin hangi masrafları ödeyeceğinin ve bunun sınırının ne olacağının belirtilmesi gerekir.

İlk olarak, işin ikame yükleniciye yaptırılmasından doğan masrafların belirlenmesinde gerekli piyasa araştırmaları yapılarak ilk yüklenici ile yapılan sözleşmedeki bedel belirleyici olabilir. Dolayısıyla ilk sözleşmedeki bedel masrafların belirlenmesinde yol göstericidir.

İkame yüklenicinin yaptığı masrafların sınırını dürüstlük kuralı ile tayin etmek gerekir⁷⁶⁴. Böylece bütün hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde uygulanması gereken dürüstlük kuralı, işin üçüncü kişiye yaptırılmasından doğan masrafların belirlenmesinde de uygulama alanı bulur⁷⁶⁵.

Hakim TMK mad. 2'ye yani dürüstlük kuralına dayanılması gereken durumlarda bunu re'sen dikkate almalıdır. Tabi, dürüstlük kuralına dayanılan durumlarda hakim, gerekçede somut açıklamalar yapmakla da yükümlüdür⁷⁶⁶.

Kuşkusuz ki masrafların belirlenmesinde dürüstlük kuralının çok genel bir kriter olacağına dikkat çekmek gerekir. Buna göre tazmine konu masrafları belirlerken sorumluluk sistemimizin unsurlarından biri olan “uygun nedensellik bağı” kurumundan da yararlanılabilir. Buna göre, somut olaydaki gibi bir ayıbın giderilmesi ve işin ayıpsız tamamlanması için hayatın olağan akışına göre (olağan yaşam deneyimlerine göre) ne miktarda masraf yapılması gerektiği, ölçü alınabilir.

Masrafların talebinde birtakım sınırlamalara tabi olan iş sahibi, ikame yükleniciyi seçerken veya masrafları belirlerken tamamen serbest olmamalıdır. İş

⁷⁶⁴ Bkz. GAUCH, *Werkvertrag*, N.871, s. 355; KOCAAĞA, *Özen Yükümü*, s.193-194; KOCAAĞA, *İnşaat*, s. 113. İkame yükleniciye başvurunun gerekli olduğunun tespiti için bilirkişiye başvuru masraflarının da istenebileceğine ilişkin bkz. GAUCH, *Werkvertrag*, N. 871, s. 355.

⁷⁶⁵ HMK mad. 29'da da bu kuralın usul hukukundaki özel bir düzenlemesine yer verilmiştir. Nitekim, “dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü” başlıklı HMK mad. 29'a göre; “1) Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. 2) Taraflar, davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler.”

⁷⁶⁶ OĞUZMAN/BARLAS, s. 308.

sahibinden bu işi en ucuza yapacak yükleniciyi kullanmasını beklemek doğru olmadığı gibi, en pahalı yükleniciyi bulmasına da izin verilmemesi gerekir⁷⁶⁷.

İş sahibi, ilk yüklenici ile yalnızca fiziksel çalışma kullanılarak yapılması yönünde anlaşmış olduğu bir işi, ikame yüklenici ile son çıkan teknolojiye göre yapma konusunda anlaşmışsa bundan doğan masraflara da kendisi katlanacaktır.

c. Masraflara İlişkin Ön Ödeme (Avans) Talebi

Yüklenicinin masrafları ödeme yükümlülüğü TBK mad. 473/f.2'de düzenlenmekle birlikte maddede ne zaman ödenmesi gerektiğine ilişkin bir açıklık yoktur. Yüklenicinin masrafları ödeme borcunun ise ikame yüklenici ile eser sözleşmesinin yapılması ile doğacağı kabul edilmektedir⁷⁶⁸. Sözleşmesinin yapılması ile doğan masraf ödeme borcu, kural olarak masrafların yapılmasıyla muaccel olur.

İş sahibinin işin 3. kişiye yaptırılmasından doğacak masraflar bakımından bir ön ödeme talep edip edemeyeceğine ilişkin de maddede bir açıklık bulunmamaktadır. Bizce iş sahibi, işin 3. kişiye yaptırılmasından doğacak masraflar için yükleniciden bir ön ödeme talep edebilmelidir⁷⁶⁹. Tüm masraflara iş sahibi baştan katlanmak zorunda bırakılmamalıdır. Böylece, ön ödemenin kabulü hakkaniyet gereğidir.

Yapma borçlarının genel olarak ifa edilmemesi durumunda başvuru TBK mad. 113 hükmünde de alacaklının bir ön ödeme talep edebileceğine ilişkin düzenleme yer almamaktadır⁷⁷⁰. Buna karşın Yargıtay, yapma borçlarında temerrüde düşme durumunda işin alacaklı veya üçüncü bir kişiye hakim kararıyla bırakılabileceğine ilişkin TBK mad. 113 gereğince açılan davalarda avans istenebileceğine hükmetmektedir⁷⁷¹. Böylece benzer şekilde, vade tarihinden evvel

⁷⁶⁷ KOLLER, Art. 366, N. 559, s. 349; KOCAĞA, İnşaat, s. 113.

⁷⁶⁸ KOCAĞA, İnşaat, s. 233; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 518; KOCAĞA, Özen Yükümü, s. 193; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 205.

⁷⁶⁹ KOLLER, Art. 366, N. 571, s. 351; KOLLER, Werkvertrag, N. 443, s. 164; KOCAĞA, Özen Yükümü, s. 194. Aksi yönde bkz. GAUCH, Werkvertrag, N. 871a, s.356. İş sahibinin avans talep edebilmesi için 3. Kişi ile sözleşme yapmış olması gerekmez. Sözleşme görüşmelerine başlamış olmak yeterlidir. Bkz. KOCAĞA, İnşaat, s. 113; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s.207.

⁷⁷⁰ Buna karşın Alman BGB § 637 Abs.3 'de avansa ilişkin düzenleme yer almaktadır. Zira hükme göre; "iş sahibi yükleniciden ayıbın giderilmesi için gerekli olan masraflar için avans talep edebilir."

⁷⁷¹ Yargıtay, yapılması gereken tüm masrafların bilirkişilerce tespit edilmesi ve sonuca göre avans miktarının belirlenmesine gerektiğine hükmetmektedir. "Nama ifaya izin davasında, binanın sözleşme ve ekleriyle mevzuata uygun bir şekilde tamamlanması için gereken masraflar karşılığı avans istenebilir." Yarg. 15 HD., E. 2013 / 1127 , K. 2013 / 3560 , T. 03.06.2013. aynı yönde, Yarg. 15 HD.

ikame yükleniciye başvurulması durumunda da ön ödeme yapılması gerektiği kabul edilmelidir.

İstenecek bu ön ödeme ikame yüklenicinin harcayacağı muhtemel masraflara ilişkindir. Eğer yapılan ön ödeme az olursa iş sahibi ikinci bir ön ödeme talep edebilir. Yapılan bu ön ödemeler daha sonra ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi ile işin devamının yapılmasından doğacak masraflardan indirilecektir⁷⁷².

Ön ödeme anlatılırken takas hususunu da değerlendirmek gerekir. Zira yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan bir bedel alacağı mevcuttur. Daha önde de belirttiğimiz gibi, ikame yükleniciye başvurulmuş olması iş sahibinin esas yükleniciye bedel ödeme borcunu ortadan kaldırmaz. Böylece, esas yüklenici eğer şartları gerçekleşirse iş sahibinden olan bedel alacağını kendisinden ödenmesi istenen bu ön ödeme ile takas edebilir. Takas TBK'nın 139 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Takas beyanı, tek taraflı bir irade beyanıdır ve yenilik doğuran bir haktır⁷⁷³. Takasın mümkün olabilmesi için tarafların borçlarının aynı türden olması gerekir. Zira TBK mad. 139 gereğince, birbirine karşı aynı türden alacak hakkı sahibi taraflardan herhangi biri, tek taraflı irade beyanı ile alacakları azı oranında sona erdirir. Takas beyanında bulunulabilmesi için her iki alacağın da muaccel olması gerekecektir⁷⁷⁴. Bu açıklamalar ışığında yüklenicinin bedel alacağı ile iş sahibinin talep ettiği ön ödemeyi takas edebilmesi için bedel alacağının muaccel olması gerekecektir. Aksi halde, henüz vadesi gelmemiş bedel alacağıyla ön ödemeyi takas edemez⁷⁷⁵. Eğer koşulları varsa yüklenicinin iş sahibine olan ön ödeme borcu ile iş sahibinden olan bedel alacağı azı oranında sona erer⁷⁷⁶.

E. 2012 / 2291 , K., 2012 / 4166 , T. 04.06.2012. Yarg 15 HD.E. 2011 / 3280 , K. 2012 / 609, T. 06.02.2012 (SİB, 16.11.15)

⁷⁷²KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 194-195.

⁷⁷³ Takasa ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. von TUHR, s. 664 vd.; FEYZİOĞLU, Genel Hükümler, C.II, s. 482 vd.; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 1202; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 575 vd.; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1012 vd. 'da yer alan açıklamalar. ARAL Fahrettin; Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 2010, s. 41 vd.; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, 873 vd.; REİSOĞLU, Genel Hükümler, s. 419; İNAN/YÜCEL, s. 635 vd.

⁷⁷⁴ Doktrinde bu ifadenin dar olduğu sadece takas beyanında bulunan tarafın alacağının muaccel olması gerektiği yönünde anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s. 580.

⁷⁷⁵ KOLLER, Art. 366, N. 577, s. 353; KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 195.

⁷⁷⁶ İş sahibinin ödeme talebi TBK mad. 144'de sayılan alacaklının rızasıyla takas edilebilecek alacaklardan olmadığından, takas için iş sahibinin onayına ihtiyaç yoktur. Zira TBK mad. 144 gereğince, tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesi veya bedeline ilişkin alacaklar ile haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar, son olarak, nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar ancak alacaklının rıza vermesi ile takas edilebilir.

Yükleniciden ön ödeme almanın herhangi bir sebeple mümkün olmaması – örneğin yüklenicinin ön ödemede bulunmak istememesi- durumlarında iş sahipleri, eğer yükleniciye bedel alacağıın tamamını henüz ödemişlerse bu ödemeyi yapmayarak bedelde kesinti yapma yoluna gidecekler ve bu durum da uygulamada birtakım sorunlara sebep olacaktır.⁷⁷⁷

Kanaatimizce iş sahibine aybın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi bakımından ön ödemenin yapılması gerekir ancak yapılan bu ödeme iş sahibi tarafından bir zenginleşme aracı olarak görülmemelidir. Bu sebeple eğer ön ödemenin yapılan masraflardan daha fazla olduğu anlaşılırsa iş sahibi fazla olan kısmı esas yükleniciye iade etmekle yükümlüdür. Özetle, ön ödeme hangi iş için verilmişse o iş için kullanılmalıdır. Örneğin, iş sahibi toplu olarak aldığı ön ödeme tutarını faizi getirecek şekilde kullanırsa sebepsiz yere zenginleşmiş olur.

7. 3. Kişinin İfası Sırasında Meydana Gelen Hasardan Sorumluluk

TBK'nın 473. maddesinde işin 3. kişiye bırakılmasından doğan masraflardan sorumlu olan ilk yüklenici ayrıca ortaya çıkan hasarlardan da sorumlu tutulmuştur. Madde metnindeki “*hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere*” ifadesi ile bu durum somutlaştırılmıştır⁷⁷⁸.

İlk yüklenici işin ikame yüklenici tarafından ifası sırasında meydana gelen zararlardan sorumlu olsa da, eğer iş sahibi bu işte iyi olmayan bir yüklenici seçmiş veya onu işi yapması esnasında yeterince denetlememiş ve bu sebeple de birtakım zararlar ortaya çıkmış ise, bu zararların tazminini ilk yükleniciden talep edemez⁷⁷⁹. Başka bir deyişle, ikame yükleniciye başvuru sebebiyle meydana gelen hasardan ilk yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için zararın iş sahibine yüklenebilen bir sebepten dolayı ortaya çıkmamış olması gerekir. Böyle durumlarda zararlara kendisi katlanmakla yükümlü olacaktır.

⁷⁷⁷ Böyle bir durumda ödemezlik definin varlığı kabul edilebilir. Bunun sebebi ikame yüklenici ile yapılan eser sözleşmenin ilk sözleşmeden bağımsız olması ve o sözleşmeyi sona erdirmemesidir.

⁷⁷⁸ TBK mad. 113 hükmünde ise yalnızca “masrafi borçluya ait olmak üzere” ifadesi kullanılmış, hasar bakımından bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak doktrinde TBK mad. 113 gereğince de hasarın borçluya ait olacağı kabul edilmektedir. Bkz. AYDINCIK Şirin; Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK m. 113/1 Kapsamında Nama İfa, İstanbul 2013, s. 308.

⁷⁷⁹ BECKER, s. 609; TUNÇOMAĞ, Özel Borç İlişkileri, s. 1011; KOCAĞA, Özen Yükümü, s. 193; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 113; KARTAL, s. 143.

Böylece ilk yüklenici işin ikame yüklenici tarafından yapılması sırasında kazaen meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmuştur⁷⁸⁰. Bu durumda ortaya çıkan zarar, ne iş sahibine ne de yükleniciye atfedilecek niteliktedir. Böyle bir durumda riziko iş sahibinde değil esas yüklenicide bırakılmıştır⁷⁸¹.

Acaba, ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı giderme işi kendisine verilen ikame yüklenicinin işi ayıplı yapması halinde nasıl bir sonuç meydana gelecektir? İkame yüklenici ile yapılan sözleşmenin ilk yüklenici tarafı olmamasına rağmen, TBK 62 hükmü gereğince bir rücu ilişkisi meydana gelir. Bu durumda iş sahibi ilk yükleniciye başvurabileceği gibi ikame yükleniciye de başvurabilir⁷⁸². Böylece ikame yüklenici tarafından eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılması durumunda, ilk yüklenici ile ikame yüklenici arasında bir rücu ilişkisi meydana gelecektir⁷⁸³. Bu durumda TBK mad. 61 hükmü uygulama alanı bulur. Bunun sonucunda kendisine başvuru alan ilk veya ikame yüklenici fazla ödemesi için TBK mad. 62 gereğince diğer yükleniciye başvurabilecektir. Sorumlulukları TBK mad. 62/f.1 gereğince, bütün durum ve koşullar, kusurlarının ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu dikkate alınarak tespit edilecektir⁷⁸⁴.

8. İş Sahibinin Uğradığı Zararı Tazmin Yükümlülüğü

TBK mad. 473/f.2 hükmünde kanun koyucu işin üçüncü kişiye yaptırılmasından doğan hasar ve masraflardan ilk yükleniciyi sorumlu tutmakla birlikte, iş sahibinin ikame yükleniciye başvurudan doğabilecek diğer zararlarının tazmininden söz etmemektedir.

Oysa yapma borçlarının ifa edilmemesinden sorumluluğa ilişkin TBK mad. 113 hükmünde bu yönde bir düzenleme yer almaktadır. Zira maddenin ilk fıkrasının son

⁷⁸⁰ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 62; KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 193; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 113; KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 259.

⁷⁸¹ GAUCH, Werkvertrag, N. 870, s. 354; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 204. İşin iş sahibi tarafından seçilen bir üçüncü kişi tarafından kötü ifasında ilk yüklenicinin kusuru bulunmadığı, onun kusurunun işi sözleşmeye aykırı yapmak olduğu, böylece hasardan sorumlu tutulmaması gerektiğine ilişkin bkz. KARTAL, s.144.

⁷⁸² ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 204; KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 193. Alacaklı iş sahibi, dilediği borçluya başvurabilir. Asıl yükleniciye veya ikame yükleniciye başvurmuş olması diğerine başvuru imkanını ortadan kaldırmaz. Ayrıca iş sahibinin başvurduğu yükleniciden zararın tamamını istemesi zorunlu değildir. Ayrıntılı açıklama için bkz. DAĞDELEN Ahmet Hakan; 818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül, İstanbul 2011, s. 79 vd.; KAPANCI Kadir Berk; Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2015, s. 53 vd.

⁷⁸³ KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 193.

⁷⁸⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. DALCI ÖZDOĞAN Nurcihan, Müteselsil Sorumluluk, Ankara 2015, s. 83 vd.

cümlesinde “*her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.*” ifadesine yer verilmiştir. Burada gecikme sebebiyle tazmin edilecek zararların bir çeşit müspet zarar olduğu kabul edilmektedir⁷⁸⁵. Yargıtay kararlarına bu zararlar genelde mahrum kalınan kar şeklinde yansımaktadır⁷⁸⁶. Burada talep edilen tazminat gecikme tazminatı niteliğindedir. Bu nedenle Yargıtay⁷⁸⁷, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde temerrüt halinde, alacaklının nama ifa yetkisi istediği bir davada, gecikme tazminatının hükmün kesinleşmesinden sonra bilirkişi kurulunca belirlenen eksik ve kusurlu işlerin giderilmesi için gereken makul sürenin sonuna kadar talep edilebilmesinin mümkün olduğuna hükmetmiştir.

TBK 473/f.2 hükmü gereğince işin 3. kişiye bırakılması, işin tamamlanmasında birtakım gecikmelere sebep olacağı gibi, bu da kira kayıplarına sebep olabilir. Zira daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, yükleniciye ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için verilen süre vadeye eklenmeyecek ve teslim tarihi uzamayacaktır. Böylece, bu yönde bir düzenleme olmadığından acaba riziko iş sahibi üzerinde mi bırakılacaktır?

Doktrinde, eserin 3. kişi tarafından yapılmasından doğan zararlardan ilk yüklenicinin sorumlu olup olmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁷⁸⁸, iş sahibi işin 3. kişiye yaptırılmasından doğan her türlü zararını ilk yükleniciden talep edebilecektir. Diğer görüşe göre ise⁷⁸⁹, yüklenicinin bundan doğan herhangi bir tazmin yükümlülüğü söz konusu değildir. Madde metninde işin 3. Kişiye yaptırılması masraflarının yanında “hasar”dan da ilk yüklenicinin sorumlu olacağını belirtmesi karşısında, ikinci görüşe katılmak güçtür. Kanaatimizce ilk görüşe ağırlık verilmeli ve ikame yüklenicinin verdiği zararlardan ilk yüklenici sorumlu tutulmalıdır.

⁷⁸⁵ AYDINCIK, s. 312.

⁷⁸⁶“*Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca eksik ve kusurlu işler bedeliyle, kira ve gecikme tazminatı alacağının tahsili istemine ilişkindir. Arsa sahibi, yüklenici hesabına eksikleri gidermeyi üstlendiğine göre kira ve gecikme tazminatı karşılığı ancak eksik ve kusurların giderilebileceği süre kadar talepte bulunabilir. Alınan raporda 4 aylık sürede tamamlanacağı saptandığından davacının bu kadar süreyle sınırlı olarak kira ile gecikme tazminatının kabulüne karar verilmesi gerekir. Bu hususlar üzerinde durulmadan fazlaya ilişkin kira ve gecikme tazminatının kabulü usul ve yasaya aykırıdır.*”Yarg. 15 HD. E. 2006/2252, K. 2007/4653, T. 9.7.2007. (KİB, 17.11.2015)

⁷⁸⁷ Yarg. 25. HD., E. 2013/4953, K. 2013/8153, T. 18.12.2013. (KİB, 17.11.2015)

⁷⁸⁸KOLLER, Werkvertrag, N. 427, s. 161; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 195; ARAL/AYRANCI, s. 360; KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 259.

⁷⁸⁹ GÜMÜŞ, s. 195.

B. İş Sahibinin TBK mad. 125'deki Seçimlik Haklardan Yaralanabileceğine ve Özellikle Sözleşmeden Dönebileceğine İlişkin Görüşler ve Görüşlerin Değerlendirilmesi

1. Genel Olarak

TBK'nın 473/f.2'de eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak yapılacağı kesin olarak anlaşıldığı durumlarda iş sahibinin yalnızca borca aykırılık veya ayıbın giderilmesini ya da işin devamını üçüncü kişiye bırakabileceği düzenlenmiştir. Maddede böyle bir durumda iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğinden ya da aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını tazmin isteyebileceğinden söz edilmemektedir. Maddede, iş sahibinin yalnızca ikame yükleniciye başvurması düzenlenmişken, doktrinde iş sahibinin, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sahip olduğu seçimlik hakları özellikle de sözleşmeden dönme hakkını kullanıp kullanmayacağı tartışma konusu olmuştur.

Doktrinde baskın olarak savunulan görüşe göre iş sahibi, ikame yükleniciye başvurma hakkının yanı sıra TBK mad. 125'teki seçimlik haklardan da yararlanabilir. Hatta iş sahibinin bu seçimlik haklardan yararlanabilmesi için yeniden bir süre vermesine gerek yoktur⁷⁹⁰.

2. Özellikle Sözleşmeden Dönme Hakkı

TBK mad. 473/f.1 gereğince işe zamanında başlamama durumunda iş sahibinin eser sözleşmesinde dönebileceğini belirten kanunkoyucu, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağına anlaşılmaması halini düzenleyen aynı maddenin ikinci fıkrasında böyle açık düzenlemeye yer vermemiştir. Böylece eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağına anlaşılmaması halinde verilen sürede aykırılığın düzeltilmesi durumunda iş sahibinin ayıbın veya sözleşmeye aykırılığı giderilmesini ikame bir yükleniciye bırakmak yerine sözleşmeden dönebileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Durum böyle olunca TBK mad. 473/f.2 gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunup bulunmadığı hem doktrinde tartışılmış hem de yargı kararlarına konu olmuştur.

⁷⁹⁰ GAUTSCHI, Art. 366, N. 7d, s.260-261; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 113; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 65; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 1006; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 518; ARAL/AYRANCI, s. 363; ŞENOCAK, Ayıbın Giderilmesi, s. 192; DOĞAN, s. 198-199; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.37, s. 2318; KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 260.

Doktrinde neredeyse aynı görüş benimsenmiş ve iş sahibinin ikame yükleniciye başvurma hakkının yanı sıra sözleşmeden dönebileceği de kabul edilmiştir⁷⁹¹. Bu düşüncenin altında yatan, eserin ayıplı olacağına anlaşılması sonucu iş sahibinin verdiği sürede bu durumu düzeltmeyen yükleniciye karşı iş sahibinin güven duygusundaki azalmadır. Böyle bir durumda taraflar sözleşmeyle bağlı kalmak hususunda zorlanmamalıdır⁷⁹².

İş sahibinin eserin ayıplı olacağına anlaşılması durumunda sözleşmeden dönebileceği genel olarak kabul edilmekle birlikte, dönmenin hukuki temelinde birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre⁷⁹³ iş sahibi, yüklenicinin şahsının önemli olduğu eser sözleşmelerinde TBK mad. 473/f.1'in kıyasen uygulanması sonucu sözleşmeden dönebilir. Bazı yazarlara göre ise⁷⁹⁴, iş sahibi TBK mad. 125 gereğince sözleşmeden dönebilecektir. Diğer bir görüşe göre⁷⁹⁵, ise iş sahibi dilerse TBK mad. 125, dilerse TBK mad. 473/f.1'e dayanarak sözleşmeden dönebilecektir.

KİSK mad. 20'de de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir⁷⁹⁶. Yine bu kanunun eki olan YİĞŞ'nin 48. maddesinin 2. fıkrasında da idarenin, yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmemesi halinde sözleşmeyi fesih edebileceği hükme bağlanmıştır⁷⁹⁷.

⁷⁹¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 518; BÜYÜKAY, Eser, s. 153; KARAHASAN, Özel Borç İlişkileri, s. 260. Aksi yönde AKKANAT, Meseleler, s. 45. İş sahibinin sözleşmeyi feshedebileceğine ilişkin CANBOLAT, s. 50.

⁷⁹² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 518.

⁷⁹³ BÜHLER, Art. 366, N.74, s. 168; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.131. Genel olarak TBK mad. 473/f.2 hükmü gereğince sözleşmeden dönmenin mümkün olmadığını savunan Akkanat, caiz olmayan yükleniciye başvuru bakımından yaptığı değerlendirmede bu durumun ancak sözleşmeye uygun ifanın gerçekleşmesinin artık imkansız olduğu durumlarda sözleşmeden dönmenin mümkün olduğunu kabul etmektedir. AKKANAT, Meseleler, s. 47.

⁷⁹⁴ TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 69; SELİÇİ, Müteahhidin Sorumluluğu s. 114; ARAL/AYRANCI, s. 363.

⁷⁹⁵ ZEVKLİLER/GÖLYAYLA, s. 518.

⁷⁹⁶ KİSK mad. 20'ye göre, "Aşağıda belirtilen hallerde idare sözleşmeyi fesheder: a) Yüklenicinin 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 on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi, b) Sözleşmenin uygulanması sırasında yüklenicinin 25 inci maddede sayılan yasak fiil veya davranışlarda bulunduğu tespit edilmesi, Hallerinde, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme feshedilerek hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilir."

⁷⁹⁷ YİĞŞ'nin mad. 48/f.2'ye göre, "İdare aşağıda belirtilen hallerde sözleşmeyi fesheder;

a) Yüklenicinin 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 on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi," bu hükmün uygulandığı durumlarda vade tarihine kesinlikle yetişememe koşulu aranmayacağına ilişkin bkz. KARACA, İnşaat Sözleşmeleri, s. 68.

Doktrinde, sözleşmeden dönmenin hukuki dayanağı bakımından farklı görüşler bulunsa da, dönmenin kural olarak geriye etkili olacağı kabul edilmektedir⁷⁹⁸. Çoğu bitmiş yapılarda daha önce de belirttiğimiz gibi Yargıtay ileriye etkili feshin varlığını kabul etmektedir⁷⁹⁹.

3.Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında iş sahibinin ikame yükleniciye başvurma hakkı yanında sözleşmeden dönme hakkının varlığını da kabul etmektedir. Verilen kararlar doktrindeki görüşleri destekler niteliktedir⁸⁰⁰.

Üzerinde özellikle durulması gereken önemli bir konu da TBK mad. 473/f.2 hükmüne uygulamada pek başvurulmamasıdır. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi TBK mad. 473 hükmü yalnızca eser sözleşmelerinde uygulama alanı bulan ve temel prensipten ayrılarak vadeden evvel iş sahibine müdahale imkanı veren istisnai bir düzenlemedir. Hal böyle olunca uygulamada genellikle iş sahipleri kendilerine vadeden evvel tedbir alma imkânı sağlayan bu hükümden yararlanmak yerine vade tarihini beklemekte ancak eserin kendilerine teslimi ile ayıptan doğan haklara

⁷⁹⁸TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 70; KOCAAĞA, Özen Yükümü, s. 198; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 518; ZEVLİLİLER/GÖLYAYLA, s. 518

⁷⁹⁹ “Sözleşmeye göre, yüklenici, inşaatları tamamladığı takdirde, anılan parsellerin tapusuna hak kazanacaktır. Oysa sözleşmenin fesh edildiği tarih itibariyle inşaatı tamamlama oranı % 67 veya % 68.67'dir. Kaldı ki, bu oran % 83 dahi olsa, feshin ileriye etkili sonuç doğurmasına engeldir. Gerçi, bu konuda, kıstas 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.” Yargıtay 15 HD. E. 1997 / 3723 , K. 1997 / 5352 , T. 12.12.1997. (SİB, 06.11.2015)

⁸⁰⁰“Yanlar arasındaki ihtilaf, inşaatın kötü yapımı, özellikle 20/60 yerine 20/50 eb'adında giriş yapımından doğmuş, davalının yaptırdığı tesbitte bu durumun, projeye aykırı olup, düzeltilmesi gerektiği, aksi takdirde binanın statüğü açısından tehlike arzettiği anlaşılmış ve davacıya çekilen ihtarların da sonuçsuz kalması üzerine akit feshedilmiştir. Mahkemece, alınan bilirkişi raporunda da, durumun düzeltilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Kirişlerin 20/60 yerine 20/50 yapılacağı hakkında davalının muvafakatının olduğu ispat edilemediği gibi, böyle bir halde dahi davacının inşaat için tehlike arzeden bu durumu davalıya bildirip, projeye uygun inşaat yapması, tedbirli bir yükleniciden beklenmesi gereken bir harekettir. O halde; davalı, BK.'nun 106. maddesinin sağladığı sonuçlardan yararlanmak üzere, aynı yasanın 358/II. maddesi uyarınca akti feshedebileceğine ve oluşa göre de, davacıya verilecek bir mehilden de sonuç alınamayacağını (BK. 107. md.) anlaşılmış bulunmasına göre davalı Kooperatifin fesihte haklı olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple, sözleşme kurallarına uymayan yüklenici bu koşula bağlı dönme cezasını isteyemez” Yargıtay 15. HD. E. 1996/1303, K.1996/3035, T. 30.05.1996. Aynı yönde, Yarg. 15 HD., E. 1989/3936, K. 1990/1735, T. 11.04.1990. (KOSTAKOĞLU, s. 422,423). İsviçre Federal Mahkemesi de aynı sonucu kabul etmektedir: “Ikame yükleniciye gitme hakkı, diğer hukuk yollarından vazgeçildiği anlamına gelmez. OR md. 366 f.2 'ye başvurulabilmesi için belirlenen şartlar oluştuğunda dahi işveren, OR md. 107 f.2 de düzenlenmiş olan seçimlik haklarına başvurabilecektir. Mevcut olayda olduğu gibi işveren, kararlaştırılan edimden vazgeçip tazminat talep edebilir.” BGE 126 III 230.

başvurmaktadırlar. Böylece, yargıya bu maddenin uygulanmasına ilişkin çok fazla olay intikal etmemektedir⁸⁰¹.

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Bizce de eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olduğundan karşılıklı güven ilişkisine dayanır. Eserin ayıplı olacağına anlaşıldığı durumlarda kendisine süre verilmesine karşın sözleşmeye aykırılığı gidermekte direnen yükleniciye karşı iş sahibinin artık mevcut bir güven duygusundan söz edilemez. Ne var ki, bu özel hüküm, iş sahibine yalnızca işi masrafı ve hasarı yükleniciye ait olmak üzere işi başkasına yaptırtma yetkisi vermektedir. Öte yandan, başka borca aykırılıklarda sözleşmeden dönmeyi açıkça düzenleyen kanun koyucunun burada sadece başkasına iş yaptırtma hakkını düzenlemekle yetinmesinin bir unutkanlık sonucu olduğu düşünülemez. Bu nedenle biz TBK mad. 473/f.2 hükmünün bazı istisnai durumlar dışında sözleşmeden dönme imkanı vermediği görüşündeyiz. Maddenin açık ifadesi karşısında aksi görüşe en azından kuşkuyla bakılması gerektiği kanaatindeyiz.

Şu halde, vade öncesi eserin ayıplı olacağına anlaşıldığı her durumda değil, sadece bazı durumlarda sözleşmeden dönmenin mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. İşin yükleniciden başkasına ayıpsız olarak yaptırlmasının beklenemeyeceği durumlarda, iş sahibi için sözleşmeden dönme hakkı kabul edilmelidir. Bu durumda, aynı maddenin ilk fıkrasındaki bu imkânla doldurulması gereken bir boşluk bulunduğundan söz edilebilir.

Yine, eser sözleşmesi yüklenicinin kişisel özellikleri göz önüne alınarak yapılmışsa artık bu sözleşmenin üçüncü bir kişi tarafından ifası mümkün olmadığından iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının varlığı kabul edilebilir⁸⁰².

Ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin açıklamalarımızda kanunkoyucunun iş sahibinin sözleşmeden dönme bakımından birtakım sınırlamalar getirdiğine değinmiştik. Bizce bu sınırlamalar vade tarihinden evvel eserin ayıplı olacağına anlaşılması durumunda sözleşmeden dönme bakımından da uygulanmalıdır. Böylece, şayet yüklenicinin düzeltmeyi reddettiği ve başkasına da düzeltilmesi mümkün

⁸⁰¹ Yargıtay eser sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkları karara bağlayan 15. HD'nin yıllara göre kararlarına bakıldığında da ayıplı ifaya ifanın karar sayının fazlalığı göze çarpmakta ancak bunların büyük çoğunluğu da teslimden sonra ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin bulunmaktadır.

⁸⁰² Bkz. yukarıda "Yüklenicinin Şahsının Önem Arz Ettiği Sözleşmelerdeki Özel Durum" başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

olmayan bir ayıp, TBK mad. 475/f.1,bent 1 hükmü uyarınca “iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ağır ise” iş sahibi vadeden evvel sözleşmeden dönebilmelidir⁸⁰³. Böylece genel olarak ayıptan doğan sorumlulukta sözleşmeden dönmeye ilişkin TBK mad. 475/f.1,bent 1 hükmü kıyasen vade tarihinden evvel eserin bu denli ayıplı olacağına anlaşıldığı durumlarda da uygulanabilecektir. Yine vade tarihinden evvel sözleşmeden dönme bakımından ayıbın ağır olması gerektiğini kabul ettiğimizden ayıbın hafif olduğu durumlarda iş sahibinin sözleşmeden dönme imkanı bulunmamalıdır.

İş sahibinin vadeden evvel sözleşmeden dönebileceğinin kabul edildiği durumlarda eserin iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılması halinde TBK mad. 475 hükmünün son fıkrası uyarınca da değerlendirme yapılması gerekir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi⁸⁰⁴, ayıptan doğan sorumlulukta, eserin iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılması halinde “sökülüp kaldırılması ağır zarar doğuracaksa”, iş sahibi sözleşmeden dönme imkânına sahip değildir⁸⁰⁵. Vadeyi bekleyip bedel indirimi seçeneğini kullanmaktan başka bir şey yapamamalıdır. Kuşkusuz ki, eserin ayıplı ifa edileceğinin vade tarihinden evvel anlaşıldığı durumlarda da eğer iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan yapının bir kısmı tamamlanmış ve tamamlanan kısmın sökülüp kaldırılması aşırı zarara yol açacak hale gelmişse TBK mad. 475 hükmüne kıyasen iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamaması gerekir⁸⁰⁶.

⁸⁰³ TBK mad. 475 gereğince ayıptan doğan sorumlulukta sözleşmeden dönmeye ilişkin bkz. YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 533; GÜMÜŞ, s. 64; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 541; ŞAHİNİZ, s.146; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s.210; BÜYÜKAY, Eser, s. 131; YAKUPPUR, s. 59; ERGEZEN, s.87; YENER, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 162-163; GÜNEL, s. 415; CANBOLAT, s. 103. TBK mad. 475 hükmüne karşılık gelen Eski BK mad. 360/f.1’de yer alan “kabulden imtina edebilir” ifadesi yerine yeni kanunda “sözleşmeden dönme” ifadesinin kullanılması sonucu sanki iş sahibinin eserin teslim alıp ardından dönme hakkını kullanması gerektiği yönünde bir anlam çıkabileceği ve yöndeki eleştirisi için bkz. ÖZ, Değişiklikler, s. 870.

⁸⁰⁴ Bkz. yukarıda “*İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları*” başlığı altında yaptığımız açıklamalar.

⁸⁰⁵ Bkz. YAVUZ, Ayıplı İfa, s. 479-480; YAVUZ, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 534; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 762; GÜMÜŞ, s. 65; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 542; ŞAHİNİZ, s. 147.; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 215; BÜYÜKAY, Eser, s. 135; ERGEZEN, s. 92; YENER, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 164; GÜNEL, s. 417; CANBOLAT, s. 114.

⁸⁰⁶ TBK mad. 475/son hükmünün bazı durumlarda adaletsiz sonuçlar doğuracağı ve iş sahibinin arazisinde yapılırsa ve sökülüp kaldırılması aşırı zarara yol açsa dahi, sözleşmeden dönme hakkının bazı durumlarda tanınması gerektiği ve eski BK mad. 360’da da yer alan bu düzenlemedeki boşluğun TBK’da giderilmesi gerektiği yönündeki eleştirisi için bkz. ARPACI Abdülkadir; Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 475. Maddesinin Son Fıkrası Açısından, Yüklenicinin Teslim Ettiği Eserin Ayıplı Olması Sorunu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 575.

Burada da, eğer eserin büyük çoğunluğu tamamlanmış yalnız sadece ufak bir kısmında sözleşmeye aykırılık ve ayıplı ifa söz konusu olmuşsa hakkaniyet gereği iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı tanınmamalıdır. O ancak teslimden sonra TBK mad. 475 hükmü gereğince ücretsiz onarım veya bedelde indirim talep etmelidir.

Bizce, TBK mad. 473/f.2 gereğince iş sahibinin yalnızca ikame yükleniciye başvurma ve az önce belirttiğimiz sınırlı hallerde sözleşmeden dönme imkanı bulunmaktadır. Yoksa iş sahibine TBK mad. 125'teki seçimlik haklardan yararlanması mümkün değildir. Daha önce de sıklıkla belirttiğimiz üzere TBK mad. 473 hükmü Borçlar Hukuku sistemine uymayan istisnai bir düzenleme olarak vade tarihinden evvel alacaklıya müdahale imkanı bir düzenlemedir. Böylece bu istisnai düzenlemeyi maddede tanınmayan seçimlik haklarla genişletmek kanunkoyucunun amacına da ters düşecektir.

C. BİGŞ'ndeki Özel Düzenleme

BİGŞ'nin 47 maddesinin TBK mad. 473/f.1 hükmü ile benzerlik ve farklılıklarına çalışmamızın ikinci bölümünde yer vermiştik. Şimdi TBK mad. 473/f.2 ile olan benzerlik ve farklılıklarına değineceğiz. Zira, BİGŞ'nin 47. maddesinde TBK mad. 473/f.2 düzenlemesine benzer bir düzenlemeye bu şartnameye tabi işler bakımından yer verilmiştir. İki madde özellikle iş sahibinin vadeden önce müdahalesi, süre verilmesi bakımından benzerlik arz etse de TBK mad. 473/f.2'de açık olmayan bazı hususlar Şartnamenin 47. maddesinde somutlaştırılmıştır.

Şartnamenin 47 maddesinin uygulanabilmesi için, yüklenicinin sözleşmenin yapılmasından sonra borca aykırı bir davranışının bulunması gerekir. Bu borca aykırılık 47. maddede “...müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi...” şeklinde ifade edilmiştir. Esasen Şartnamenin 47. maddesi TBK mad. 473 hükmünün hem birinci hem de ikinci fıkrasını karşılar niteliktedir. Böylece, hem müteahhidin işe başlamakta, işin icrasında geciktiği hallerde⁸⁰⁷ hem de eserin ayıplı veya sözleşmeye

⁸⁰⁷Ancak yukarıda da değindiğimiz gibi bu hallerde zorunlu olduğu durumlarda BİGŞ'nin 27. maddesi gereğince süre uzatımı söz konusu olacaktır. İdare süre uzatımı vermeden şartnamenin 47. maddesine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. “İdarenin, süre uzatımı vermesi gerekirken, sözleşme eki BİGŞ'nin 47. maddesindeki fesih yöntemine aykırı biçimde sözleşmeyi eylemli olarak fesh edip, teminatı irat kaydetmesi doğru değildir. O halde, davanın kabulü ile teminat bedelinin iadesine karar

aykırı olacağına anlaşıldığı hallerde idare Şartnamenin 47. maddesinin kendisine tanıdığı imkandan yararlanabilecektir.

BİGS'nin 47. maddesinin ilk fıkrasında yükleniciye işi düzeltmesi için süre verileceği, bu süre sonuçsuz kalır ise aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince iş sahibinin sözleşmeyi bozma yetkisine sahip olduğu düzenlenmiştir. TBK mad. 473/f.'den farklı olarak BİGS'nin 47. maddesinde verilecek sürenin ne kadar olacağı belirtilmiştir. Zira, BİGS'nin 47. maddesine göre; *“Bu süre, ivedi durumlar dışında uyarı yazısının müteahhide tebliği tarihinden başlamak üzere on günden az olamaz.”* Böylece idarenin vereceği süre 10 günden az olamayacaktır. En az 10 günlük süre verilmesi gerektiğini düzenleyen 47. madde hükmünde bununla yetinilmeyerek sürenin başlangıç tarihi de belirtilmiştir. Bu on günlük süre tebliğ tarihinden itibaren başlayacaktır.

Yukarıda maddede bir açıklık olmamasına karşın, TBK mad. 473/f.2 gereğince yükleniciye ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermesi için verilen sürenin vade tarihine eklenmeyeceğini belirtmiştik. TBK 473 hükmünün aksine Şartnamede açıkça sürenin vade tarihine eklenemeyeceği ve gecikme cezasının uygulanmasını da engellemeyeceği belirtilmiştir.

Ayrıca Şartnamenin 47. maddesinde, TBK mad. 473/f.2'de düzenlenmeyen ancak doktrin ve yargı kararlarında kabul edilmiş olan sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi açıkça düzenlenmiştir. Verilen süre içerisinde yüklenici gereğini yapmazsa idare sözleşmeyi sona erdirmeye yetkilidir. Şartnamenin 47. maddesinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir; *“bu süre içinde müteahhit, uyarı yazısındaki talimata uymazsa ayrıca protesto çekmeğe ve hüküm almağa gerek kalmaksızın İdare, sözleşmeyi bozmak hak ve yetkisine sahiptir.”*

VI. İSPAT YÜKÜ

TBK mad. 473 hükmünün ikinci fıkrası uyarınca işin ikame yükleniciye bırakılmasının şartlarının oluştuğunu ispat yükü iş sahibine aittir. İş sahibi özellikle yüklenicinin eseri sözleşmeye uygun şekilde imal edemeyeceğini kanıtlamalıdır⁸⁰⁸.

vermek gerekirken, yazılı şekilde davanın reddi isabetli görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 15 HD. E. 1999 / 557 , K. 1999 / 1435 , T. 15.04.1999. (SİB, 08.11.2015)

⁸⁰⁸ ZINDEL/PULVER/SCHOTT, Art. 366, N.43, s. 2320.

Yukarıda da değindiğimiz gibi işin vadeden evvel ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağına anlaşıldığı durumlarda iş sahibi ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığı giderilmesini veya işin devamını hakim iznine ihtiyaç olmaksızın 3. bir kişiye bırakabilmektedir

Böylece maddenin ikinci fıkrası uyarınca hakimden izin almaksızın ikame yükleniciye başvuran iş sahibi, kendisine karşı açılan bir davada ikame yükleniciye başvurusunun şartlarının gerçekleşmemiş olması sebebiyle haksız olduğu itirazıyla karşı karşıya kalabilir⁸⁰⁹. Böyle bir durumda TMK mad. 6 gereğince dayandığı olguları ispat etmekle yükümlü olacaktır. Ancak iş sahibi bakımından vade tarihinden evvel erken hak aramaya ilişkin TBK mad. 473 hükmünün uygulanma koşullarını ispat etmek her zaman kolay olmayacaktır. İşte böyle bir durumda iş sahibinin daha önceden delil tespiti yaptırmış olmasının iş sahibi lehine olacağı kanaatindeyiz. Delilleri daha önceden güvence altına almaya yarayan delil tespiti müessesine başvurunun, TBK mad. 473 hükmünün ikinci fıkrası bakımından kabulü hükmün ilk fıkrasına nazaran daha kolaydır. Kuşkusuz ki, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağına anlaşılması durumunda bunun yeni bir yüklenici tarafından giderilmiş olması delilleri ortadan kaldırır niteliktedir.

⁸⁰⁹ Eser sözleşmelerinde görevli mahkeme genel mahkemelerdir. Yarg. 15. HD., 08.04.2013, 2012/7924, 2013/2386. (KIRMIZI, s. 445).

SONUÇ

Eser sözleşmesi, “iş sahibinin ödeyeceği bir bedel karşılığında, yüklenicinin bağımsız bir eseri meydana getirmeyi ve bunu teslim etmeyi borçlandığı sözleşme” olarak tanımlanabilir. İş görme sözleşmelerinin başında gelen eser sözleşmesinde yüklenici bağımsız bir eseri meydana getirme ve teslim borcu, iş sahibi ise bunun karşılığında bedel ödeme borcu altına girmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici, eseri meydana getirip teslim ettiğini; bunun karşısında da iş sahibi, bedeli ödediğini ispat etmelidir

TBK'nın iş görme sözleşmeleri içerisinde düzenlenmiş olan eser sözleşmelerine ilişkin hükümler arasında diğer sözleşmelerde bulunmayan özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme, temel Borçlar Hukuku sisteminden farklı olarak iş sahibine vadeden evvel sözleşmeye müdahale imkanı sağlamaktadır. Zira, çalışmamızın konusunu teşkil eden TBK mad. 473 hükmü, maddede sayılan bazı özel şartların gerçekleşmesi halinde, ilk fıkrası bakımından iş sahibine vadeden evvel sözleşmeden dönme, ikinci fıkrası bakımından ikame yükleniciye başvuru imkanı vermektedir.

TBK mad. 473 gereğince vadeden evvel borca aykırı davranışın belli olması, ilk fıkrası bakımından iş sahibini borcun vade tarihinde ifa edileceği, ikinci fıkrası bakımından sözleşmeye uygun ifa edileceği beklentisinden kurtarmaktadır. Bu sayede iş sahibi, işi vade tarihinde bitirilmeyeceğini bilmekte ve buna göre hareket etmektedir. Buna karşın TBK 473 hükmünün hem ilk fıkrası ikinci fıkrasının uygulamada sıklıkla başvurulan düzenlemeler olduğunu söylemek son derece güçtür. TBK mad. 473 hükmünün gerek iş sahipleri tarafından yeterince bilinmemesi, gerekse de iş sahiplerinin vade tarihini bekleme istekleri gerekse de sözleşmelere koyulan ceza koşulu hükümleri karşısında TBK mad. 473 hükmüne ilişkin Yargıtay tarafından verilen karar sayısı da oldukça azdır. Ayrıca, vadeden evvel TBK 473 hükmüne başvurulmamış olması, vade tarihinden sonra borçlu temerrüdü hükümlerine veya ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlere dayanılmasına engel teşkil etmez.

Uygulamada eser sözleşmelerinin en fazla başvurulan türü inşaat özellikle de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleridir. İnşaat sözleşmelerine bu denli fazla başvurulması bu konudaki hukuki uyumsuzlukları da artırmaktadır. Bu nedenle

doktrinde eser sözleşmelerine ilişkin verilen çoğu örnek ve özellikle Yargıtay kararları, inşaat ve özellikle de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin olmaktadır. Uygulamada sıklıkla başvuru alan ve eser-taşınmaz satışı karması sözleşmeler olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, hem doktrinde hem de yargı kararlarında birçok bakımdan tipik eser sözleşmelerinden ayrık tutulmaktadır. Yüklenicinin inşaatı yapma borcu bakımından arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri eser sözleşmesine ilişkin unsur taşıdığından, TBK mad. 473 hükmü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulur.

Özel hukuk kişileri arasında yapılan inşaat sözleşmeleri kuşkusuz eser sözleşmesi niteliğinde olduğundan TBK'nın eser sözleşmelerine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulur. Ancak çoğu kez uygulamada yüklenicinin karşısında bir kamu kurumu iş sahibi olarak bulunmaktadır. Bu durum da sözleşmenin niteliğinin eser sözleşmesi olduğunu ortadan kaldırmazsa da burada Devlet ihale Kanunu veya Kamu İhale Kanunlarının ilgili hükümleri öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Çalışmamız bakımından BİGŞ'nin 47. maddesinde TBK mad. 473 sistemine benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Böylece Şartnamenin bu hükmü TBK mad. 473 hükmüne nazaran öncelikli olarak uygulanacaktır.

Son olarak belirtelim ki, iş sahibinin tüketici olduğu ve konusu da tüketim malı veya hizmeti olan eser sözleşmeleri, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine tabi olacak; TBK hükümleri ancak oradaki boşlukları doldurmak bakımından önem taşıyacaktır. Böylece, TBK mad. 473 hükmüne karşılık gelen özel bir düzenlemeye TKHK'da yer verilmediğinden TBK 473 hükmü tüketicilerin taraf olduğu sözleşmelerde de uygulama alanı bulacaktır.

Yukarıda kısaca uygulama sınırlarını belirlediğimiz TBK 473 hükmünün ilk fıkrasında, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılması hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde iş sahibine teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönme imkanı tanımaktadır. Düzenlemenin amacı, temeli güven ilişkisine dayanan eser sözleşmesinde daha vade tarihi gelmeden davranışlarıyla borca aykırı davranacağını belli eden yükleniciye karşı iş sahibinin korunmasıdır. Hüküm, vade

tarihinden evvel yalnızca iş sahibine sözleşmeden dönme imkanı sağlamaktadır. Başka bir deyişle, bu düzenlemenin kapsamına yüklenicinin vadeden evvel korunması girmez. Böyle bir erken dönme hakkı yükleniciye tanınmamıştır.

TBK 473 hükmünün ilk fıkrasında üç halde iş sahibinin vadeden evvel sözleşmeden dönme hakkı düzenlenmiştir. Bunlar; işe zamanında başlamama, sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirme veya iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması halleridir. İşe zamanında başlamama veya işi geciktirme sebebiyle vadeden evvel sözleşmeden dönme kural olarak ancak vade tarihinin sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu hallerde mümkündür. Eğer vade tarihi sözleşmede kararlaştırılmışsa ancak işin vade tarihine yetişemeyeceğinin anlaşılması sebebiyle vadeden evvel sözleşmeden dönme mümkün olmalıdır.

Kural olarak vade tarihinin belli olduğu sözleşmelerde işe zamanında başlamamanın veya işin gerekli tempoda sürdürülmemesinin tek başına sözleşmeden dönmeye izin vermediğini işin vade tarihine yetişip yetişmeyeceğinin de tespit edilmesi gerektiğini kabul etsek de bazı durumlarda bu iki hal, işin vade tarihine yetişeceği belirli olsa dahi sözleşmeden dönme imkanı vermelidir. Bunlar, sözleşmede bu durumun açıkça kararlaştırılmış olması, işe zamanında başlamamanın veya gerekli tempoda yürütmemenin taraflar arasındaki güven ilişkisini sarsacak olması veya iş vade tarihine yetişecek olsa dahi işe zamanında başlanmaması, ara vadelere veya iş planına uyulmamış olmasının iş sahibi bakımından aşırı bir zarara yol açmasıdır.

Vade tarihinin belli olduğu sözleşmelerde kural olarak derhal sözleşmeden dönme imkânı verilmediği, sözleşmeden dönebilmek için işin vade tarihine yetişemeyeceğinin de kesin olarak anlaşılması gerektiğinden, işi vade tarihine kesin olarak yetiştiremeyeceği anlaşılan yükleniciye ayrıca bir süre verilmesine gerek olmadığı kanaatindeyiz. Teslim tarihi belli olmayan sözleşmelerde, işe zamanında başlamama veya işin icrasında gecikme dolayısıyla hemen sözleşmeden dönmemelidir. En azından yükleniciye işe başlaması/işini gerekli tempoya getirebilmesi için uygun bir süre verilmeli ancak bu süre sonuçsuz kalırsa sözleşmeden dönülebilir.

TBK mad. 473/f.1 düzenlemesinde iş sahibinin vadeden evvel sözleşmeden dönebilmesi bakımından yüklenicinin kusurlu bulunması gerektiğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemiştir. Böylece, eser sözleşmelerinde iş sahibinin maddede belirtilen üç durumdan herhangi birinin varlığı halinde sözleşmeden dönebilmesi için yüklenicinin kusuru olması gerekmez. Böylece maddede belirtilen bu üç durum yüklenicinin kusuru olmadan ortaya çıkmış olsa dahi iş sahibi TBK 473’f.1 hükmüne dayanarak vade tarihinden evvel sözleşmeden dönebilir. Eser sözleşmesinde TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için yüklenicinin kusuru bulunması gerekmez de dönme sebepleri ile yüklenicinin borca aykırı davranışı arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekir. Aksi halde her türlü gecikmede iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmiş olacaktır.

TBK 473/f.1 hükmü, üç halde iş sahibine vadeden evvel sözleşmeden dönme imkanı verirken, madde metninde yalnızca son halde yani işin belirlenen vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması durumunda, gecikmenin iş sahibine yüklenememesi sonucunun çıkabileceği bir ifadeye yer verilmiştir. Zira maddede “iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden” işin belirlenen vadeye yetişmemesinden söz edilmektedir. Sanki bu ifadeyle maddede belirtilen ilk iki halde bu koşulun aranmayacağı gibi bir sonuç çıkarılabilir. Oysaki her üç halde de iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için bu durumların doğumunda kendisinin sorumlu tutulamaması gerekir. Böylece yüklenicinin işe zamanında başlamamasına veya işi geciktirmesine iş sahibi sebep olmuşsa artık TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönememelidir. Zira bu şartın varlığının üç halde de aranması gerektiği doktrinde ve Yargıtay kararlarında da kabul edilmektedir.

Yüklenicinin işi ifada gecikmeye ilişkin her davranışının mutlak suretle borca aykırılık teşkil ettiğini her zaman söylemek mümkün değildir. Bazı durumlarda yüklenicinin işi ifada gecikmesi haklı bir sebebe dayanabilir. Eğer somut olayda yüklenicinin işe başlamakta, işi sürdürmede veya öngörülen tarihte teslim etmekte gecikmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa iş sahibi erken dönme hakkını kullanamayacaktır. Bu sebepler özellikle yüklenicinin bir def’i ileri sürebileceği hallerdir. Bunun yanında iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle işin gecikeceğinin anlaşılması durumlarında da iş sahibi sözleşmeden dönememelidir. Bu haller iş sahibinin vadeden evvel sözleşmeden dönmesini engellemekle birlikte, eğer vade tarihi gelmişse bu defa da iş sahibinin borçlu temerrüdünden doğan haklarını

kullanmasına da engel olacaktır. Zira, söz konusu hallerin yükleniciye ek süre verilmesi gerektiği hem doktrinde hem de yargı kararlarında kabul edilmektedir. Yükleniciye ek süre verilmesi çalışmamız bakımından büyük önem arz eder. Çünkü süre verilmesiyle birlikte artık işin sözleşmede kararlaştırılan tarihe yetişip yetişmeyeceğine değil, ek süre ile belirlenen tarihe yetişip yetişmeyeceğine bakılarak iş sahibinin dönme hakkının var olup olmadığı tespit edilecektir. Başka bir deyişle süre uzatımı ile oluşan yeni vade tarihine göre yüklenicinin işi zamanında tamamlayıp tamamlayamayacağına bakılacaktır

Yukarıda belirtilen üç halin varlığı halinde TBK mad. 473/f.1 gereğince iş sahibi vade tarihini beklemeksizin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. TBK mad. 473/f.1'in lafzına rağmen doktrinde TBK mad. 473/f.1 hükmünün borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerle tamamlanması gerektiğine ilişkin görüşler ileri sürülmüş olsa da, TBK mad. 473/f.1 hükmü iş sahibine vadeden evvel yalnızca sözleşmeden dönme imkanı vermektedir. Maddenin açık ifadesine rağmen aksi sonucun kabul edilmesi mümkün değildir. Eğer kanunkoyucu iş sahibinin diğer seçimlik hakları kullanması gerektiğini düşünseydi sadece dönmeden bahsetmeyerek borçlu temerrüdü hükümlerine atıf yapar veya bu yönde açık bir düzenlemeye yer verirdi. Böylece, maddede sadece iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkından söz edilmesinin bir unutkanlık ürünü olduğu kanaatinde değiliz.

Yine doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olsa da eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olduğunu kabulünden hareketle TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönme halinde sözleşme başından itibaren geçersiz hale gelecektir. Kuşkusuz bir eser meydana getirmeyi borçlanan yüklenicinin eseri meydana getirmesi uzun bir zamana yayılır ancak bu durum eser sözleşmesinin ani edimli olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Zira, iş sahibinin ifa menfaati eser teslim edildiğinde gerçekleşmiş sayılır.

TBK 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönme için kural olarak dava açılmasına da gerek yoktur. Böylece hakimın kararına gerek kalmadan tek taraflı irade beyanıyla sözleşmeden dönme mümkündür. Buna karşın Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından farklı bir sonuca varmaktadır. Yargıtay'a göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri şekle tabi olarak noterde düzenleme şeklinde yapıldığından karşı taraf kabul etmedikçe sözleşmeden tek taraflı irade

beyanıyla dönülemeyecektir. Bu durumda sözleşmeden dönme ancak hakimin vereceği kararla mümkün olacaktır. Böylece, karşı tarafça dönmenin kabul edilmediği hallerde ancak dava yoluyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmek mümkündür.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, TBK 473/f.1 hükmü gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için kural olarak dava açmasına ihtiyaç yoktur. Sözleşmeden dönmenin haksız olduğunu düşünen yüklenicinin dava açması durumunda dönmenin haklı ya da haksız oluşuna hakim kanaat getirecektir. İşte, açılan davada TBK mad. 473/f.1 gereğince eser sözleşmesinden dönmenin şartlarının gerçekleşmediği ve iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin haksız olduğu sonucuna varılırsa burada TBK mad. 484 hükmünde düzenlenmiş olan tam tazminat karşılığı feshin varlığının kabul edilmesi gerektiği yönünde doktrinde görüşler ileri sürülmüş olsa da, TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönme beyanında bulunan iş sahibinin dönmeye haksız olduğunun anlaşılması halinde TBK mad. 484 hükmünün uygulanacağını söylemek, iş sahibini ağır bir tazminat yükü altına sokacaktır. Başka bir deyişle, iş sahibinin lehine olan TBK mad. 473/f.1 hükmü, bir anda şartları gerçekleşmediğinden iş sahibi bakımından aleyhe bir düzenlemeye dönüşecektir. İş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye yönündeki iradesi bu yönde değildir. Bu nedenle iş sahibinin TBK mad. 473/f.2 gereğince sözleşmeden dönmesinin haksız olduğunun anlaşıldığı her durumda doğrudan tam tazminat karşılığı feshin varlığını kabul etmek doğru değildir. Eğer iş sahibi kötünietli olarak, TBK mad. 473/f.1 hükmü gereğince sözleşmeden dönmeyen koşullarının gerçekleşmediğini bildiği halde dönme beyanında bulunmuşsa TBK mad. 484 hükmü uygulama alanı bulabilecektir.

Vadeden evvel iş sahibine sözleşmeye müdahale imkanı veren ikinci hal, yukarıda belirttiğimiz gibi, aynı maddenin ikinci fıkrasında işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağının anlaşıldığı durumlar için düzenlenmiştir. TBK'nın 473 maddesinin birinci ve ikinci fıkraları birbirinin tamamlayıcısı nitelikte iki fıkra değildir. Her iki fıkrada da farklı iki düzenlemeye yer verilmiştir. İki fıkranın da uygulama koşulları ve hukuki sonuçları birbirinden farklıdır. Maddenin ilk fıkrasında iş sahibinin bazı koşullarla sözleşmeden erken dönme imkanı düzenlenmiş iken, ikinci fıkrada işi başkasına yaptırabilme yetkisinden söz edilmiştir. Bu iki fıkranın ortak yanı ise, iş sahibine vade tarihini beklemeden birtakım hukuki yollara başvuru imkanı

sağlamalarıdır. Bu nedenle aynı maddede iki ayrı fıkra olarak düzenlenmiştir. Birinci ve ikinci fıkranın kullanım alanları birbirinden tamamen farklıdır.

Kural olarak borçlunun ayıptan sorumlu tutulabilmesi için borcun ifa edilmiş olması ve ifa edilen edimin ayıplı olması gerekmektedir. TBK'nın ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin 474 ve devamı maddeleri ancak eser teslim edildikten sonra uygulama alanı bulur. Bu temel kuralın aksine, TBK mad. 473/f.2'de yüklenicinin eserin tesliminden önceki dönemde ayıptan sorumluluğu düzenlenmiştir. Zira TBK mad. 473/f.2 gereğince, eserin meydana getirilmesi sırasında yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça anlaşılıyorsa iş sahibi uygun süre içerisinde ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini isteyecek aksi halde ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini veya işin devamını üçüncü kişiye bırakabilecektir.

TBK 473 hükmünün her iki fıkrasının şartlarının vadeden evvel gerçekleştiği bir durumda iş sahibi, TBK mad. 473/f.1 veya 473/f.2 hükümlerine başvurma hususunda seçimlik imkâna sahiptir. Bu noktada seçim hakkı iş sahibinindir. Ancak iki fıkranın aynı anda uygulanması mümkün değildir.

TBK 473 hükmünün ikinci fıkrası gereğince iş sahibinin ikameye yükleniciye başvurabilmesi için gerekli maddi şartlar; işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağının belli olması, bu aykırılığın eserin meydana gelmesi esnasında ortaya çıkması ve kesin olmasıdır. Maddenin “yüklenicinin kusuru yüzünden” şeklindeki açık ifadesine rağmen doktrinde bazı tartışmalar mevcut olsa da TBK mad. 473/f.2 gereğince ikame yükleniciye başvurabilmek için yüklenicinin kusuru bulunması gerekir.

Hükmün uygulanmasının şekli koşulları ise, yükleniciye eserdeki ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermesi için süre verilmesi ve bu süre zarfında harekete geçmezse sözleşmeye aykırılığın veya ayıbın giderilmesinin veya işin devamının üçüncü kişiye bırakılacağına ihtar edilmesidir. Esasen iş sahibinin TBK mad. 473/f.2 gereğince yükleniciye vereceği süre, TBK'nın karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt halinde seçimlik hakları kullanmak için vereceği süreyle benzer nitelikleri haizdir. Her iki halde de borçluya son bir şans verilmektedir. TBK mad. 473/f.2 gereğince yükleniciye süre verilmesinin, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde seçimlik hakların kullanılabilmesi için borçluya

verilmesi gereken süreyle aynı nitelikte olduğunu kabul etmemiz neticesinde, borçlu temerrüdünde süre verilmesine gerek olmayan hallere ilişkin TBK mad. 124'ün kıyasen burada da uygulama alanı bulması gerekir. Yükleniciye eserdeki ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermesi için verilen süre, yüklenicinin işi tamamlaması için verilen bir ek süre değildir. Böylece yüklenici, verilen sürede ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermekle yükümlüdür. İş bitirip eseri teslim etmekle değil. Fakat, verilen süreye rağmen eseri hâlâ vade tarihinde teslim etmekle yükümlüdür. Başka bir deyişle, verilen süre vade tarihine eklenmez.

TBK mad. 473/f.2'de iş sahibinin, maddede belirtilen koşulların gerçekleşmesi ile hem ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini hem de işin devamının yapılmasını üçüncü bir kişiye bırakılacağını belirtmektedir. Madde metninde yer alan “veya” ifadesinden bu konuda seçim yetkisinin iş sahibinde olduğu yönünde bir sonuç çıkmaktadır. Madde metninde bu şekilde ifade edilmiş olmakla birlikte doktrinde iş sahibinin seçim konusunda serbest olup olmadığı tartışmalıdır. Kanaatimizce, maddenin açık ifadesine rağmen iş sahibinin öncelikle ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini isteyebileceğini söylemek doğru değildir. Maddenin açık ifadesi karşısında bunun kabulü güçtür. Maddede yer alan “veya” ifadesi de bu sonucu doğrular niteliktedir. Kendisine verilen uygun süre içerisinde yüklenicinin ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermemesi halinde iş sahibi dilerse ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi ya da işin devamını üçüncü bir kişiye bırakabilmelidir. Seçim hakkı iş sahibine aittir.

Eserin ayıplı bir biçimde ifa edileceğinin anlaşılması halinde iş sahibinin işi başkasına yaptırabilmesi için hakimden izin almasına ihtiyaç yoktur. Oysa yapma borçlarının ifa edilmemesinin sonuçlarına ilişkin genel hüküm olan TBK mad. 113 gereğince, yapma borcunun ifa edilmemesi halinde alacaklının, hakimden işin başkası tarafından yapılabileceği yönünde bir karar alması gerekecektir. Bu temel farklılık dışında iki maddede işin başkasına yaptırılması ve bunun masraflarının borçludan alınması açısından benzerlik taşımaktadır. Bu durumda TBK mad. 113 hükmü karşısında TBK'nın 473/f.2 hükmü özel hüküm niteliği taşımaktadır.

TBK mad. 473/f.2'ye göre, işin üçüncü kişiye yaptırılmasından doğan masraflardan ilk yüklenici sorumludur. Maddede üçüncü kişiye yaptırılmasından doğan masraflardan ilk yüklenicinin sorumlu olacağı belirtilmekle birlikte bu masraf

kalemlerinin nasıl belirleneceği konusunda bir açıklık getirilmemiştir. Bu noktada uyuşmazlık, masrafların belirlenmesinde ortaya çıkacaktır. Özellikle ilk yüklenici, ikame yüklenicinin yaptığı masrafların aşırı olduğunu iddia ederek ödemekten kaçınabilir. Masraf miktarının belirlenmesinde dürüstlük kuralı esas alınmalıdır.

İş sahibinin işin 3. kişiye yaptırılmasından doğacak masraflar bakımından bir ön ödeme talep edip edemeyeceğine ilişkin de maddede bir açıklık bulunmamaktadır. Bizce iş sahibi, işin 3. kişiye yaptırılmasından doğacak masraflar için yükleniciden bir ön ödeme talep edebilmelidir. Tüm masraflara iş sahibi baştan katlanmak zorunda bırakılmamalıdır. Böylece, ön ödemenin kabulü hakkaniyet gereğidir.

TBK'nın 473/f.2'de eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak yapılacağı kesin olarak anlaşıldığı durumlarda iş sahibinin yalnızca borca aykırılık veya ayıbın giderilmesini ya da işin devamını üçüncü kişiye bırakabileceği düzenlenmiştir. Maddede böyle bir durumda iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğinden ya da aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını tazmin isteyebileceğinden söz edilmemektedir. Maddede, iş sahibinin yalnızca ikame yükleniciye başvurması düzenlenmişken, doktrinde iş sahibinin, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sahip olduğu seçimlik hakları özellikle de sözleşmeden dönme hakkını kullanıp kullanmayacağı tartışma konusu olmuştur. TBK mad. 473/f.2 hükmünün bazı istisnai durumlar dışında sözleşmeden dönme imkanı vermediği görüşündeyiz. Maddenin açık ifadesi karşısında aksi görüşe en azından kuşkuyla bakılması gerekir. Ancak eser sözleşmesi yüklenicinin kişisel özellikleri göz önüne alınarak yapılmışsa artık bu sözleşmenin üçüncü bir kişi tarafından ifası mümkün olmadığından iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının varlığı kabul edilebilir.

Son olarak, TBK mad. 473/f.1 gereğince sözleşmeden dönme hakkının doğduğunu veya aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca işin ikame yükleniciye bırakılmasının şartlarının oluştuğunu ispat yükü iş sahibine aittir. İş sahibi özellikle yüklenicinin eseri zamanında tamamlayamayacağını ya da sözleşmeye uygun şekilde imal edemeyeceğini kanıtlamalıdır. Böylece maddenin ilk fıkrası uyarınca hakim kararına ihtiyaç olmaksızın, kural olarak tek taraflı irade açıklamasıyla sözleşmeden dönen veya ikinci fıkra uyarınca hakimden izin almaksızın ikame yükleniciye başvuran iş sahibi, kendisine karşı açılan bir davada sözleşmeden dönmemesinin veya ikame yükleniciye başvurusunun şartlarının gerçekleşmemiş olması sebebiyle haksız

olduğu itirazıyla karşı karşıya kalabilir. Böyle bir durumda TMK mad. 6 gereğince dayandığı olguları ispat etmekle yükümlü olacaktır. İş sahibi bakımından vade tarihinden evvel erken hak aramaya ilişkin TBK mad. 473 hükmünün uygulanma koşullarını ispat etmek her zaman kolay olmayacaktır. İşte böyle bir durumda iş sahibinin daha önceden delil tespiti yaptırmış olmasının iş sahibi lehine olacağı kanaatindeyiz.



KAYNAKÇA

ACAR Faruk

Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Aralık 2013-Sayı 134. (Tamamlanma Oranı)

ACAR Faruk

Türk- İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara 2003.

ACAR Özlem

Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015.

AKKANAT Halil

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Fazla İş, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 63- 76. (Fazla İş)

AKKANAT Halil

Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, Ankara 2000. (Taşeronluk)

AKKANAT Halil

Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, (Derleyen Doç. Dr. Emrehan İnal) İstanbul 2015, s. 7- 70. (Meseleler)

AKKAYAN Yıldırım Ayça

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Sonuçları, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, Ekim 2014, s.49-85.

AKKURT Sinan Sami

Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz

Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi C.10, S.2, 2008, s.13.63.

AKYOL Şener

Know-How- Management Joint Venture
ve Büyük Çaplı İnşaat Sözleşmeleri,
Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri) II.
Fasikül, İstanbul 1997.

AKYOL Şener

Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye
Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006.

AKYOL Şener

Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri),
İstanbul 1984.

ALTOP Atilla

Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına
İlişkin Finansal Kiralama (Leasing)
Sözleşmesi, Ankara 1990.

ALTOP Atilla

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Yer
Alan Bazı Önemli Yenilik ve
Değişiklikler, İstanbul Kültür
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
C.4, S.1-2, Aralık 2005, s. 3-31.

ALTAŞ Hüseyin

İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin
İfadan Önce Sözleşmeden Dönme
Hakkı, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan,
Ankara 2006, s. 97- 110. (İfadan Önce
Sözleşmeden Dönme)

ALTAŞ Hüseyin

Eserin Teslimden Önce Telef Olması,
Ankara 2002. (Telef Olma)

ALTHERR Hans/

BREM Ernst/

BÜHLMANN Hubert

Schweizerisches Obligationenrecht,
Bern,1994.

ALTINOK ORMANCI Pınar

Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep
Feshi, İstanbul 2011.

ANIK Gülgün

Borçlunun Temerrüdünden Dolayı
Sözleşmeden Dönme, TBB Dergisi,
Sayı:59, Y. 2005, s.214- 235.

ARAL Fahrettin

Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa,
Ankara 2011.

ARAL Fahrettin

Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara
2010.

ARAL Fahrettin/AYRANCI Hasan

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,
Ankara 2014.

ARIKAN Mustafa

Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebep
Bağlılık Sorunu, Selçuk Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1, Y.
2008, s.71-90.

ARIKAN Mustafa

Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı ve
Sonuçları, Selçuk Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi, C.16, S.2, Y.2008,
s.265-285. (İmkansızlık)

ARIKAN Mustafa/ ERDOĞAN Kemal

Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat
sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının
Üçüncü Kişiyeye Devri, Selçuk
Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
dergisi, 2015 (34), s.145-172.

ARPACI Abdülkadir

Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 475.
Maddesinin Son Fıkrası Açısından,
Yüklenicinin Teslim Ettiği Eserin Ayıplı
Olması Sorunu, Marmara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları

Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s.572-576.

ARTUKMAÇ Sadık

İnşaat Hukuku, İnşaat İşlerinde İş Sahibi Müteahhit İşçi Arasındaki Hukuki İlişkiler, Ankara 1975.

ATAMER Yeşim

Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması, İstanbul 2012.

ATAMULU İsmail

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014.

AVCI Ali

Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, TBB Dergisi, 2015 (119), s. 367-394.

AYAN Serkan

İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.

AYAN Gürhan

Taşınır Şey İmaline İlişkin Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.795-806.

AYDEMİR Efrail

Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Nisan 2012.

AYDINCIK Şirin

Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları Özellikle TBK mad.

- 113/1 Kapsamında Nama İfa, İstanbul 2013.
- AYDOĞDU Murat/KAHVECİ Nalan** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2014.
- BAHTİYAR Mehmet** Ortaklıklar Hukuku, İstanbul 2015.
- BAYGIN Cem** Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.
- BAYSAL Başak** Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012.
- BAYSAL Başak** Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009.
- BAŞ Ece** Fesih ve Dönme Hakkı ve Bu Hakların İş Hukukundaki Görünümleri, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 2009, s.1-18.
- BAŞALP Nilgün** Sorumsuzluk Anlaşmaları, İstanbul 2011.
- BAŞOĞLU Başak** Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları, İÜHKM, C.66, sayı: 2, 2008, s. 287-310.
- BECKER Herman** İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, (çeviren A. Suat Dura), Bern 1934.
- BEDİR Cemre** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Özen ve Sadakat Borcu,

İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S. 3,
s.155- 187.

BİLGİN YÜCE Melek

Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Pratik
Çalışmaları, İstanbul 2015.

BİRİNCİ UZUN Tuba

Eser Sözleşmelerinde Keşif Bedeli ve İş
Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı
Derecede Aşılmasına Karşı Korunması,
Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.9, S. 100,
Aralık 2014, s.85- 98.

BÖGLİ Roman

Der Übergang von der
unternehmerischen Leistungspflicht zur
Mängelhaftung beim Werkvertrag-
Zeitpunkt und Voraussetzungen,
Bamberg 1996.

BURCUOĞLU Haluk

Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba
Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve
Özellikle Bu Hakların Kullanılması İçin
Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr.
Haluk Tandoğan Anısına Armağan
(1925-1988) s. 283- 332.

BUZ Vedat

Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri
Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması,
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi, Prof. Dr. İlhan Öztrak'a
Armağan, 1994, C.49, s.23-40.

BUZ Vedat

Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden
Dönme, Ankara 1988. (Sözleşmeden
Dönme)

BUZ Vedat

İş Sahibinin BK mad. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, Batider 2001, C. XXI, S. 2, s. 209-262. (Sözleşmenin Feshi)

BUZ Vedat

Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005. (Yenilik Doğuran Haklar)

BÜHLER Theoder

Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2d, Der Werkvertrag, Art.363-379, Zürich 1998.

BÜREN Bruno von

Schweierisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184-551), Zürich 1972.

BÜYÜKAY Yusuf

Eser Sözleşmesi, Ankara 2014. (Eser)

BÜYÜKAY Yusuf

Götürü Ücretin Kararlaştırıldığı Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ücretin İndirilmesini Talep Etme Hakkı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s. 663-691. (Götürü Ücret)

CANBOLAT Ferhat

İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009.

COŞKUN Gürkan

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, Ankara 2010.

ÇAKALIR Yalçın

Mimarlık Sözleşmesi, Ankara 1976.

ÇUKADAR Neslihan

Borç İlişkilerinde Def'i Hakkı ve İtirazlar, Ankara 2014.

DAĞDELEN Ahmet Hakan

818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül, İstanbul 2011.

DALCI ÖZDOĞAN Nurcihan

Müteselsil Sorumluluk, Ankara 2015.

DAYINLARLI Kemal

İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, Ankara 2008.

DELİPİNAR Yusuf Can

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Geçici İmkansızlık Kavramı, İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S.1, 2015, s.174-185.

DENİZ ÖZKAN Sema

Eser Sözleşmesinde Eksik İfa, İstanbul Barosu Dergisi, C.89, S.6, 2015, s.219-244.

DEMİRDÖVEN Oğuzhan

İş Sahibinin Eser Sözleşmesini Tam Tazminatla Fesih Hakkı (BK. m. 369) , Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. I, İstanbul 2009.

DİRİCAN Gökhan

Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı
Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması,
İstanbul 2007.

DOĞANOĞLU Ali Erden/

UZUNKAYA Mehmet Celal

Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri
Bizzat Meydana Getirme Veya Kendi
İdaresi Altında Yaptırma Borcu, Ankara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı,
Ankara 2008, s.383-407.

DUMAN İlker Hasan

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul
2005. (Kat Karşılığı)

DUMAN İlker Hasan

İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında
Dürüstlük Kuralının Önemi, Ankara
2014. (Dürüstlük Kuralı)

DUMAN Hasan İlker

İnşaatçı İpoteği, Terazi Aylık Hukuk
Dergisi, C.9, S.100, Aralık 2014, s.189-
200. (İpotek)

DURAK Yasemin

Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım
Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C.I, Y.
2015, s.207-252.

DURAL Mustafa

Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki
İmkansızlık, İstanbul 1976.

DOĞANOĞLU Ali Erden/

UZUNKAYA Mehmet Celal

Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri
Bizzat Meydana Getirme Veya Kendi

İdaresi Altında Yaptırma Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı, Ankara 2008, s.383-407.

DÜRR Karl

Der Wervertrag, Bern 1966.

EDİS Seyfullah

Kendi Malzemesi İle Başkasının Taşınmazında İnşaat (Gecekondu Sorunu Dahil), Medeni Kanun'un 50. Yılı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 15-17 Nisan 1976, s.293-317.

EREN Fikret

Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014. (Özel Hükümler)

EREN Fikret

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.(Genel Hükümler)

EREN Fikret

Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Ankara, 18-29 Mart 1996, s. 49- 58.

EREN Fikret

İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, Yönetici, İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, (Ankara 18-29 Mart 1996), s.63-86. (Müteahhidin Borçları)

EREN Fikret	İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yönetici, İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, (Ankara, 18-29 Mart 1996), s. 89-103.
ERGÜNE Mehmet Serkan	Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
ERMAN Hasan	İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK 365/2), İstanbul 1979. (Beklenilmeyen Hal)
ERMAN Hasan	Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1993. (Arsa Payı)
ERMAN Hasan	Hukuki Mütalaalar, İstanbul 2012.
ERMAN Hasan	Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İÜHKM, Cilt 50, Sayı 1-4 (1984), s.505-517.
ERTAŞ Şeref	Eşya Hukuku, İzmir 2014.
ESENER Turhan/ GÜVEN Kudret	Eşya Hukuku, Ankara 2012.
FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin	Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul 1977. (Genel Hükümler. C.II)
FEYZİOĞLU Feyzi Necmeddin	Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C.I, İstanbul 1980.

GAUCH Peter

Schweizerisches Obligationenrecht
Besonderer Teil mit Einschluss des
Handels- und Wertpapierrechts (Art.
184-1186), Zürich 1993.

GAUCH Peter

Der Rücktritt des Bestellers vom
Werkvertrag- Gedanken zu art. 377 des
Schweizerischen Obligationenrechts,
Festschrift für HORSTLOCHER,
Düsseldorf 1990, s.35-51.

GAUCH Peter

Der Werkvertrag, Zürich-Basel-Genf
2011. (Werkvertrag)

GAUTSCHI Georg

Berner Kommentar, Schweizerisches
Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht,
2. Abteilung, Die einzelnen
Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der
Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Bern
1967.

GENÇ ARIDEMİR Arzu

Arsa Payı Karşılığı İnşaat
Sözleşmesinden Doğan “İlave İşler ve
İlave Bağımsız Bölümler” Sorunu
Bakımından Hukuki Durum, Prof. Dr.
Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan,
Ankara 2004, s.449-474.

GEZDER Ümit

Türk/İsviçre Hukukunda Culpa İn
Contrahendo Sorumluluğu, İstanbul
2009.

GÖKYAYLA Emre

Eser Sözleşmesinde Müteahhidin
Sadakat ve Özen Borcu, Galatasaray

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan,
Ocak 2002, Yıl:1, Sayı:1, s.785-803.
(Sadakat ve Özen)

GÖKYAYLA Emre

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa
Göre Eser Sözleşmesine İlişkin
Hükümlerin Değerlendirilmesi, Marmara
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk
Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk
Borçlar Kanunu Hükümlerinin
Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4
Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a
Armağan, s.577-593. (Değerlendirme)

GÜNAY Cevdet İlhan

Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara
2012.

GÜNAY Cevdet İlhan

Cezai Şart, (BK m.158-161), Ankara
2002. (Cezai Şart)

GÜNEL Mustafa Cahit

Arsa Payı Karşılığı İnşaat
Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin
İnşaattaki Ayıp Nedeniyle Sahip Olduğu
Haklar, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a
Armağan, Ekim 2014, s.411-433.

GÜNDOĞDU Fatih

Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa
İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları,
İstanbul 2014. (İfa İmkansızlığı)

GÜNDOĞDU Fatih

Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım
Sözleşmelerine İlişkin Viyana
Konvansiyonuna Göre İmkansızlık ve

Hukuki Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Temmuz 2011, C.10, S.2, s.331-355.

GÜMÜŞ Mustafa Alper

Borçlar Hukuku Özel Hükümler, c. II, İstanbul 2014.

GÜRPINAR Damla

Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006.

HALİS Gizem

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Şekil ve Şekle Aykırılık, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C.9, S.100, Aralık 2014, s.213-222.

HATEMİ Hüseyin/

SEROZAN Rona/

ARPACI Abdülkadir

Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

HIZIR Fatma

Eser (İstisna) Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslimden Önceki Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2011.

HONSELL Heinrich

Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Bern 2010.

HUGUENIN Claire

Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, Zurich- Basel- Genf 2014.

İLKGELEN Abdullah Cem

İstisna Sözleşmelerinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi,

Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
İstanbul 2010.

İNAL Emrehan

Haksız Yapı Kavramı ve Haksız Yapının
Kaldırılması, İÜHKM, C. 70, S. 1
(2012), s.245-275.

İNAL Emrehan

Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesinin
Genel Esasları, Gelir Paylaşımli İnşaat
Sözleşmesi Çalıştayı, İstanbul 2015, s.
71-87.

İNAL Emrehan

Sonuca Katımlı Sözleşme Kavramı ve
Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi,
İstanbul 2011.

İNAN Ali Naim/YÜCEL Özge

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
Ankara 2014,

İPEK Eyüp

Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Özen
Borcu, İstanbul Barosu Dergisi, C.81,
S.2, Y.2007, s. 541- 553.

KAHRAMAN Zafer

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
Hükümleriyle Karşılaştırılmalı Olarak
1999 Fıdıç Kırmızı Kitap Kurallarının
Kabul Edildiği İnşaat Sözleşmelerinde
İşin Kabulü ve Yüklenicinin Ayıptan
Doğan Sorumluluğu, Prof. Dr. Feridun
Yenisey'e Armağan, İstanbul 2014, C.II,
s.2535-2584.

KAISER Stefan

Vertragsstörungen im
Werkvertragsrecht, Münster, 2007.

KANİTİ Salamon

Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962.

KANBER Kemal

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, 1997/3, s.36-47.

KAPANCI Kadir Berk

Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2015.

KAPLAN İbrahim

İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 18-29 Mart 1996, s.119-171. (Ücret Ödeme Borcu)

KAPLAN İbrahim

İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB Yayın No:8, s. 377- 393. (Süre Uzatımı)

KAPLAN İbrahim

İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı – Joint Venture- Ankara 2013.

KARACA Mehmet

Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebep Sona Ermesi, Ankara 2009. (İnşaat Sözleşmeleri)

KARACA Mehmet

İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, Eylül 2010, S. 49, s. 47-62.

KARADAŞ İzzet

Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Kurulması, Uygulanması, Sona Ermesi, Sona Ermesinin Sonuçları, Ankara 2013.

KARAHASAN Mustafa Reşit

Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2003.

KARAHASAN Mustafa Reşit

Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.2, İstanbul 2002. (Özel Borç İlişkileri)

KARTAL Bilal

Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.

KILIÇOĞLU Ahmet

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2015. (Genel Hükümler)

KILIÇOĞLU Ahmet

Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1976, Sayı: 1-4; C: 32, s.185-199. (Müteahhit)

KIRMIZI Mustafa

Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014.

KOCAAĞA Köksal

Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı

Yapacağının Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK mad. 358/f.II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD, 2004/1, s. 177-201.(Özen Yükümü)

KOCAAĞA Köksal

İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014. (İnşaat)

KOCAAĞA Köksal

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu, TBB Dergisi, S.85, 2009, s.86-104. (İlave İş)

KOLLER Alfred

Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich- St. Gallen 2015. (Werkvertrag)

KOLLER Alfred

Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, Bern 1998.

KOSTAKOĞLU Cengiz

İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2000.

KOSTKIEWICZ Jolanta Kren/

NOBEL Peter/SCHWANDER İvo/

WOLF Stephan

OR Schweizerisches Obligationenrecht, Ulm, 2009.

KOYUNCU Alper Çağlar

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Özellikleri ve Tarafların Yükümlülükleri, Hasan Kalyoncu

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,
S.8, Haziran 2014, s.114-137.

KULUÇLU Erdal

Özel Hukukta ve Kamu Hukukunda
Sözleşmelerin Devri, Sayıştay Dergisi,
Sayı. 49, s. 99-115.

KUNTALP Erden

Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.

KURSCHEL Irene

Die Gewährleistung beim Werkvertrag,
Wien 1989.

KURŞAT Zekeriya

Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin
Nitelendirilmesi Sorunu ve
Nitelendirmenin Hükümü, İÜHFİM,
LXVII, İstanbul 2009, S.1-12, s.143-166.

KURŞAT Zekeriya

İmkansızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat
Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi, Prof. Dr.
Ergun Özsunay'a Armağan, Ekim 2014,
s. 751-777. (İmkansızlık)

KURT Leyla Müjde

Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda
Temerrüdü, Ankara 2012.

KURU Baki

Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2015.

KURU Baki/

ARSLAN Ramazan/

YILMAZ Ejder

Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014.

NİKLAUS Jürg

Das Recht auf Eratzvornahme gemäss
Art. 366 Abs. 2 OR; unter Einbezug

anderer Rechte des Bestellers beim
absehbareren Werkmangel, Bern 1999.

NOMER Haluk N.

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
İstanbul 2013.

OLGAÇ Senai

İstisna Akdi, 1977.

OLGAÇ Samet Can

Kademeli Devrin Kararlaştırıldığı Arsa
Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde
Yükleniciden Pay Devralan Üçüncü
Kişilerin Hukuki Durumu, Terazi Aylık
Hukuk Dergisi, C.8, S. 86, Ekim 2013,
s.82-89.

**OĞUZMAN Kemal/
BARLAS Nami**

Medeni Hukuk, İstanbul 2013.

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I,
İstanbul 2014. (C.I)

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II,
İstanbul 2013. (C.II)

**OĞUZMAN Kemal/
SELİÇİ Özer/
OKTAY-ÖZDEMİR Saibe**

Eşya Hukuku, İstanbul 2012.

**OETKER Hartmut/
MAULTZSCH Felix**

Vertragliche Schuldverhältnisse, Berlin-
Heidelberg 2007.

OZANOĞLU Hasan Seçkin

İstisna ve Özellikle İnşaat
Sözleşmelerinde Müteahhidin

(Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 1-2, Yıl: 1999 Haziran-Aralık, s. 63-121.

ÖZ Turgut

İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013. (İnşaat Sözleşmesi)

ÖZ Turgut

Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar İle, İstanbul 1990. (Sebepsiz Zenginleşme)

ÖZ Turgut

İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989. (Sözleşmeden Dönme)

ÖZ Turgut

Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.13, Sayı:16, s. 131-172.

ÖZ Turgut

Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlemesindeki Değişiklikler, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s.854- 874. (Değişiklikler)

ÖZ Turgut

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) İle Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Karşılaştırılması, İstanbul 2016. (Milletlerarası Mal Satımı)

ÖZ Turgut

Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2012. (Yenilikler)

**ÖZMEN Ethem Saba/
AKKURA KARAMAN Tuğba;**

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 87, Sayı: 1, Yıl: 2013, s. 47-74.

ÖZYÖRÜK Sezer

İnşaat Sözleşmesi Yapısı-Feshi Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları, Kazancı Hukuk Yayınları No:63, 1988.

PEKCANITEZ Hakan/

ATALAY Oğuz/

ÖZEKES Muhammet

Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.

REİSOĞLU Safa

Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara 196.

REİSOĞLU Safa

Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2014. (Genel Hükümler)

RIEZLER Erwin

Der Werkvertrag In
Rechtsvergleichender Darstellung,
Zeitschrift für ausländisches und
internationales Privatrecht, 1952, band
17, s.522-577.

RODORFF Christian

Die Grenzbestimmung zwischen Kauf-
und Werkvertrag, Baden-Baden 2011.

RUHİ Ahmet Kemal

Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk
Muhakemeleri Kanununa Göre Kira
Hukuku, C.I, Ankara 2011.

SARI Suat

Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı
Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2004.

SELİÇİ Özer

İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin
Sorumluluğu, 1978. (Müteahhidin
Sorumluluğu)

SELİÇİ Özer

Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden
Doğan Sürekli Borç İlişkinin Sona
Ermesi, İstanbul 1977. (Sürekli borç
İlişkileri)

SELİMOĞLU Yaşar Engin

İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara 2010.
(İstisna Sözleşmesi)

SELİMOĞLU Yaşar Engin

Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Av. Dr.
Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar
Birliği Yayını, Yayın No: 8, s. 685-693.

SERT Selin/CİHAN Ali Hulki

Borcun İfa Edilmeyeceğinin Önceden
Bildirilmesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi, C.8, Sayı:2, Aralık 2013, s. 901- 918.

SEROZAN Rona

Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.

SEROZAN Rona

Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002.

SEROZAN Rona

(KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip/

HATEMİ Hüseyin/

ARPACI Abdülkadir)

Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri- Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014.

SOMER Pervin

Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, Yaklaşım Dergisi, S. 9, s. 121-128.

SUNGURBEY İsmet

Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlananın Kusuruyla İşi Belirli Zamanda Bitirmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlayanca Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BK 106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği durumlarda MK. 2'deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün, 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Üstüne Birkaç Not,

Medeni Hukuk Sorunları, İstanbul 1984,
s.589-610.

SÜMER N. Binnur

Müteahhit ve Diğer Çalışanların Kanuni
İpotek Hakkı, Prof. Dr. Halit Cin'e
Selçuk Üniversitesi'nde 10. Hizmet Yılı
Armağanı, Konya 1995, s.601-615.

SÜTÇÜ Nezh

Uygulama ve Teoride Tüm Yönleri İle
Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi,
2010.

ŞAHİN Turan

Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri
Teslim Borcunu İfade Temerrüdü,
Ankara 2012. (Eseri Teslim Borcu)

ŞAHİN Turan

Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni
Türk Borçlar Kanunu Kapsamında
Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül
Borcu, SDÜHFD, C.I, S.2, Yıl 2011, s.
135-157.

ŞAHİNİZ Cevdet Salih

Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin
Eksik İfa (eksik İş) ve Ayıplı İfadan
Sorumluluğu, İstanbul 2014.

ŞENOCAK Zarife

Eser Sözleşmesinde Ayıbın
Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara
2002. (Ayıbın Giderilmesi)

ŞENOCAK Zarife

Borçlunun İfa Yardımcılarından
Sorumluluğu, Ankara 1995. (İfa
Yardımcıları)

ŞİMŞEK Edip

Devlet İhale Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara 18-29 Mart 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.179-216.

TANDOĞAN Haluk

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 2010. (Özel Borç İlişkileri)

TANDOĞAN Haluk

Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısmıyla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XI, S.1, Haziran 1981, s.1-49. (Orantılı Ücret)

TANDOĞAN Haluk

Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu(Joint Venture), Prof. Dr. Hikmet Belbez'in Hatırasına Armağan, BATİDER, Aralık 1986, C. XIII, S.3-4, s.57-89. (Alt Müteahhit)

TEKE AKBULUT Nebile

Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Bedel Ödeme Borcu, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.8, Haziran 2014, s.138-154.

TEKİNAY Selahattin Sulhi

Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1994.

TEKİNAY Selahattin Sulhi/

AKMAN Sermet

BURCUOĞLU Haluk/

ALTOP Atilla

Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
İstanbul 1993.

TEKİL Fehiman

Borçlar Hukuku, İstanbul 1981.

TUNÇOMAĞ Kenan

Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç
İlişkileri, İstanbul 1977. (Özel Borç
İlişkileri)

TUNÇOMAĞ Kenan

Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel
Hükümler, İstanbul 1976. (Genel
Hükümler)

TÜZÜNER Özlem

Borçlar Hukuku Özel Hükümler,
İstanbul 2014.

UÇAR Ayhan

İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin
Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara
2003. (Ayıba Karşı Tekeffül)

UÇAR Ayhan

İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı
Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve
Diğer Bazı Sözleşmelerle
Karşılaştırılması, C.I, S. 1,1997, Atatürk
Üniversitesi 40.Yıl Armağanı, s. 31- 67.

ULUSAN İlhan

Maddi Hukuk ve Usul Hukuku
Bakımından Sulh Sözleşmesi, İstanbul
Üniversitesi Mukayeseli Hukuk

Araştırmaları Dergisi, C.5, S.7 (1971), s. 148-166.

ULUSAN İlhan

İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlandırılması Sorunu, İstanbul 1984. (Sebepsiz Zenginleşme)

ULUSAN İlhan

Culpa in Contrahendo Üstüne, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'a Armağan, İstanbul 1982, s. 275-319.

URAL ÇINAR Nihal

Türk Borçlar Kanunu'nda Düzenlenen Kira Sözleşmelerinde Kira Bedelinin Ödenmemesi ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.

USTA Songül

Eser Sözleşmesinin Konusu Özellikleri ve Tarafları, Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi, İstanbul 2010, s. 1-31.

UYAN Göktürk

İsviçre-Türk Hukukunda Mimari Proje Düzenleme Sözleşmesinin Hukuki Niteliği, İstanbul 2006.

UYGUR Turgut

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.I, 2012. (C.I)

UYGUR Turgut

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.II, 2013. (C.II)

UYGUR Turgut

Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.7, Ankara 2003. (C.7)

UYUMAZ Alper

Yapı (İnşaatçı) İpoteği, EÜHFD, C. XII, S. 1-2 (2008), s. 225- 258.

UZUN Ayşe

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Sorumsuzluk Anlaşması, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.7, Mart 2014, s.113-136.

WASMER Karl

Die Unmöglichkeit der Leistung beim Werkvertrag, Konstanz 1938.

von TUHR Andreas

Borçlar Hukuku, C.I-II, (Çeviren Cevat EDEGE), Ankara 1983.

YAKUPPUR Sendi

Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2009.

YALÇINDURAN Türker

Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2007.

YALÇINDURAN Türker

Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000. (Taşeronluk)

YAVUZ Cevdet

Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014. (Özel Hükümler)

YAVUZ Cevdet

Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2013. (Borçlar Hukuku Dersleri)

YAVUZ Nihat

Ayıplı İfa, Ankara 2012. (Ayıplı İfa)

YENER Mehmet Deniz

Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, EÜHFD, C. IV, S.1, 2009, s.155-176. (Ayıba Karşı Tekeffül)

YENER Mehmet Deniz

Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul 2011. (Arsa Payı)

YENİOCAK Umut

Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmeleri, Ankara 2014.

YILMAZ İlhan

Uluslararası Menkul Satışı Sözleşmelerine Dair Viyana Konvansiyonu ve Türk Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ocak 2002, Y.1, S.1, s. 573- 602.

YILMAZ Ejder

Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005.

YÜCEL Özge

Borçlar Kanunu 358/I Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2008, s. 779- 790. (İşe Zamanında Başlama)

YÜCEL Özge

Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz Veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği,

AÜHFD 62 (2) 2013, s. 539-563.
(Haksız Yapı)

YÜCER AKTÜRK İpek

Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden
Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara
2012.

ZEVKLİLER Aydın/

GÖKYAYLA Emre

Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,
Ankara 2014

ZİNDEL Gaudenz G./

PULVER Urs/

SCHOTT Bertrand G

Basler Kommentar, Obligationenrecht 1,
Art. 1-529, OR 6. Aufl., (Herausgeber:
Heinrich HONSELL/Nedim Peter
VOGT, Wolfgang WIEGAND), Basel
2015.