

T. C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE
ESER SÖZLEŞMESİNDE
MÜTEAHHİDİN ESERİ TESLİM BORCU ve
TESLİM BORCUNA AYKIRILIKLARI

SENDİ (D.BARUH) YAKUPPUR

200701070513

Tez Danışmanı
Prof. Dr. İlhan Helvacı

İSTANBUL 2009

BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE ESER SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN ESERİ TESLİM BORCU VE TESLİM BORCUNA AYKIRILIKLARI

Sendi Yakuppur

ÖZ SAYFASI

Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi ile 371. maddesi arasında düzenlenmiş olan eser sözleşmesi ile müteahhit eseri meydana getirme ve meydana getirdiği bu eseri iş sahibine teslim etme olmak üzere iki temel borç altına girer. Müteahhidin eser sözleşmesinden doğan eseri teslim borcu ve teslim borcuna aykırılıkları tezimizin konusu olarak seçilmiştir.

Müteahhidin teslim borcunu gereği gibi ifa edebilmesi için öncelikle sözleşmeye uygun olarak eserin meydana getirilmesi gerektiğinden biz de çalışmamızda öncelikle eseri meydana getirme borcunu, konuya ilişkin özel hükümlerden yararlanarak, genel hatlarıyla ele aldık. Ardından ise müteahhidin eseri teslim borcu ve teslim borcuna aykırılıklarını ayrıntılarıyla inceledik. Borçlar Kanunu'nda özel olarak kaleme alınmadığından müteahhidin teslim borcunu ve bu borca aykırılıklarını incelenken genel hükümlerinden yararlandık.

THE DELIVERY OBLIGATION OF THE CONSTRUCTION CONTRACTOR
AND THE DISPUTES ARISING OUT OF THIS DELIVERY OBLIGATION
ACCORDING TO THE CODE OF OBLIGATIONS

Sendi YAKUPPUR

ABSTRACT

Construction contractor has two main obligations of construction and delivery of the construction, in accordance with the provisions of construction contract regulated between Articles 355 and 371 of the Code of Obligations. Delivery obligation of the construction contractor and the disputes arising out of this delivery obligation are the basis of this thesis.

Since the construction contractor is required to construct before properly performing its delivery obligation under the contract, this thesis will first analyze the construction obligation of the contractor with regard to special provisions on the subject. Then a more detailed analysis of the construction contractor's delivery obligation and disputes arising from this obligation shall be presented. Delivery obligation of the construction contractor has not been regulated in Code of Obligations. Therefore this thesis is supported by general provisions while examining the delivery obligation of the constructor and disputes arising from that obligation.

ÖNSÖZ

Eser sözleşmelerine uygulamada sıkça rastlanması ve bu sözleşmelerin pek çok uyuşmazlığa konu olması tezimizin konusunu önemli ve incelemeye değer kılmıştır. Pek çok uyuşmazlığa konu olmasında eser sözleşmelerinin sözleşme bedellerinin yüksek olması ile taraflara uzun vadeli ve birden fazla borç yüklemesi önemli rol oynamaktadır.

Müteahhidin eser sözleşmesinden doğan iki temel borcundan eseri meydana getirme borcu ve bu borcun gereği gibi ifa edilmesinde rol oynayan yan borçları Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. Ancak tezimizin konusunu oluşturan müteahhidin eseri teslim borcu kanun koyucu tarafından zımnen kabul edilmiş; borcun kapsamı ve borca aykırılıkları özel olarak kaleme alınmamıştır. Eser sözleşmesinde müteahhidin eseri teslim borcu ve bu borca aykırılıklarını incelemekteki temel amacımız Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemiş olan bu borcun yerine getirilmesinde karşılaşılabilecek uyuşmazlıklara Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde çözüm bulmaktır.

Müteahhidin eser sözleşmesinden doğan borçlarının sona ermesi bakımından eserin iş sahibine teslimi şarttır. Uygulamada eserin gereği gibi ifa edilmemesi bakımından uyuşmazlıklarla karşılaşıldığı gibi eser teslim borcunun gereği gibi ifa edilmediği hususunda da uyuşmazlıklara sıkça rastlanmaktadır. Bu gibi hallerde her ne kadar genel hükümlerden yararlanılıyorsa da eser sözleşmesinin kendine has özellikleri genel hükümlerin uygulanmasında bazı istisnalar yaratmaktadır. Tezimizde eser sözleşmesinde müteahhidin eseri teslim borcu bakımından bu genel hükümlerden ayrılan noktalara dikkat çekmeye çalışmış bulunuyoruz.

Son olarak tezimin oluşumundaki uzun ve yorucu dönemde yazdıklarımı hiç geciktirmeden her defasında büyük sabır, özen ve titizlikle okuyan, eleştiren ve beni yönlendiren; tezimde büyük emeği bulunan değerli hocam ve tez danışmanım İlhan HELVACI' YA sonsuz teşekkürler.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	II
ABSTRACT.....	III
ÖNSÖZ	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ KAVRAMI, TANIMI, UNSURLARI VE BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN FARKI

I. ESER SÖZLEŞMESİ TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	3
II. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	6
A.ESER MEYDANA GETİRME (İMAL).....	6
B.ÜCRET.....	10
C.TARAFLAR ARASINDA ANLAŞMA.....	12
III. ESER SÖZLEŞMESİNİN BENZERİ SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞIRILMASI	
A. SATIM SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞIRILMASI.....	15
B. VEKALET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞIRILMASI.....	16
C. HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	18
D. YAYIN SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	20

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN BORÇLARINA GENEL BAKIŞ

I.ESERİ MEYDANA GETİRME BORCU	
A.ESERİ ŞAHSEN MEYDANA GETİRME VEYA KENDİ YÖNETİMİ ALTINDA YAPTIRMA BORCU.....	22

1.Eseri Şahsen Yapma Kuralı.....	23
2.Müteahhidin İşi Kendi Yönetimi Altındaki Yardımcı Kişilere Yaptırması.....	25
3. Müteahhidin Borcunu Tamamen veya Kısmen Alt Müteahhitlere Devretmesi.....	27
4. Müteahhidin İş Sahibi Adına İş Başkasına Bırakması.....	29
(Sözleşmenin Tümüyle Devri)	
5. Birçok Müteahhidin Yapı İşlerini Birlikte Üstlenmesi.....	30
B. ESERİN MEYDANA GETİRİLMESİ İÇİN GEREKLİ ARAÇ, GEREÇ VE	
MALZEMELERİ SAĞLAMA BORCU.....	31
1. Araç ve Gereçlerin Sağlanması.....	31
2. Malzemenin Sağlanması.....	31
C. İŞİ SADAKAT VE ÖZENLE YAPMA BORCU.....	35
1. Sadakat Borcu.....	35
2. Özen Borcu.....	36
D. GENEL İHBAR BORCU.....	40
E. İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE DEVAM BORCU.....	42
II.MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU.....	48
A. AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN DOĞMASI İÇİN GEREKEN	
ŞARTLAR.....	48
1. Eser Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olmalıdır.....	48
2. Eser Ayıplı Olmalıdır.....	49
3. İş Sahibi Muayene ve İhbar Yükümlülüklerini Yerine Getirmelidir.....	51
B. AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLAR.....	54
1. Eseri Kabulden Kaçınmak (Sözleşmeden Dönmek).....	54
2. Ücretin indirilmesi.....	55
3. Eserin tamir veya ayıbın giderilmesini talep hakkı.....	56
4. Ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazminatı.....	57

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
MÜTEAHHİDİN ESERİ TESLİM BORCU VE
TESLİM BORCUNA AYKIRILAR İLE SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK.....	58
II. ESER TÜRLERİNE GÖRE TESLİM.....	59
III. TESLİM VE TESELLÜM.....	63
IV. TESLİM BORCUNUN İFA YERİ.....	64
V. TESLİM BORCUNUN İFA ZAMANI.....	66
VI. MÜTEAHHİDİN ESERİ TESLİM BORCUNA AYKIRI DAVRANMASI.....	68
A. MÜTEAHHİDİN TESLİM BORCUNU İFADA TEMERRÜDÜ.....	68
1. MÜTEAHHİDİN TESLİM BORCUNU İFADA TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI.....	70
a.Müteahhidin Teslim Borcunun Muaccel Olması.....	70
b.Müteahhide İhtar Yapılmış Olmalıdır.....	72
c. İfa Mümkün Olmalıdır	76
d.Teslim Yapılmamış Olmalıdır.....	77
2. MÜTEAHHİDİN TESLİM BORCUNU İFADA TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI.....	79
a.Seçimlik Hakları Kullanabilme Şartları.....	79
(1). Uygun Mehil Tayini.....	79
(2). Mehil Verilmesini Gerektirmeyen Haller.....	82
i.Borçlunun hal ve davranışından süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılmışsa.....	82
ii.Temerrüt alacaklı yönünden aynen ifayı faydasız hale getirmişse.....	83
iii.Sözleşmede ifa tarihi kesin olarak saptanmışsa.....	85
(3) Uygun Süre Sonunda Borcun Yerine Getirilmemesi.....	86
b.İş Sahibinin Seçimlik Hakları.....	87
(1). Aynen İfa ve Gecikmeden Doğan Tazminat ve Varsa Cezai Şart Talep Etme Hakkı.....	90
i.Aynen ifanın talep edilmesi.....	90

ii. Gecikmeden doğan tazminatın talep edilmesi.....	91
iii. Cezai şartın talep edilmesi.....	95
(2) Aynen İfayı Reddederek Müspet Zararın Tazminini	
Talep Etme Hakkı.....	99
(3) Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmin Edilmesini	
Talep Hakkı.....	104
i. Sözleşmeden dönme.....	104
ii. Menfi zararın giderilmesi talebi.....	110
B. ESERİN TESLİMİNİN İMKANSIZLAŞMASI.....	114
SONUÇ.....	122
KAYNAKÇA.....	125

KISALTMALAR

ABD. : Ankara Barosu Dergisi
AD. : Adalet Dergisi
AÜHFD.: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK: Borçlar Kanunu
Bkz.: Bakınız
C. :Cilt
Çev. : Çeviren
E. :Esas numarası
HAD.: Hukuk Araştırmaları Dergisi
HD. : Yargıtay Hukuk Dairesi
İBD.: İstanbul Barosu Dergisi
İBK.: İsviçre Borçlar Kanunu
K. :Karar
Karş. :Karşılaştırınız
k.g.: Karşı görüş
M.: Madde
MK: Medeni Kanun
N. :Numara
RG.: Resmi Gazete
s. :Sayfa/sayfalar
S. : Sayı
SÜHFD: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T. :Tarih
TD. : Yargıtay Ticaret Mahkemesi
TTK. : Türk Ticaret Kanunu
Y.: Yargıtay
YHGK: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YBK. : Yargıtay Başkanlar Kurulu
YKD.: Yargıtay Kararları Dergisi
Vd.: ve devamı

GİRİŞ

Eser sözleşmesi ve bu sözleşmeye ilişkin hükümler Borçlar Kanunu'nun 355 ile 371. maddeleri arasında özel olarak düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde yer alan tanım uyarınca eser sözleşmesi ile müteahhit ücret karşılığında bir eser meydana getirme borcu altına girmektedir. Buna göre eser sözleşmesinin tarafları müteahhit ve iş sahibidir ve sözleşme ile iş sahibi ücret ödeme; müteahhit ise eseri meydana getirme borcu altına girmektedir. Ancak madde hükmünde açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen müteahhidin sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa etmesi için onun meydana getirdiği bu eseri iş sahibine teslim etmesi gerekmektedir. Bu anlamda müteahhidin eseri meydana getirme ve teslim etme borcu olmak üzere iki asli borcu olduğunu söylemek mümkündür. Biz tezimizde uygulamada birçok uyuşmazlığa konu olan müteahhidin eseri teslim borcunu ve bu borca aykırılıklarını incelenmiştir.

Tezimiz üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde eser sözleşmesinin tanımı, hukuki niteliği, unsurları ve hizmet, vekalet, satım ile yayın sözleşmesi gibi benzeri sözleşmelerden farkları ele alınmıştır.

Teslim borcundan bahsedebilmek için sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmiş ve tamamlanmış bir eserin varlığı gerektiğinden ikinci bölümde müteahhidin iki ana edim borcundan ilki olan eseri meydana getirme borcu ile bu borcun gereği gibi yerine getirilmesinde büyük önem taşıyan müteahhidin yan borçları ve ayıba karşı tekeffül borcunu ele almış bulunuyoruz. Eseri meydana getirme borcu altında incelediğimiz yan borçlar; eseri şahsen meydana getirme veya kendi yönetimi altında yaptırma borcu, eserin meydana getirilmesi için gerekli araç, gereç ve malzemeleri sağlama borcu, işi sadakat ve özenle yapma borcu, genel ihbar borcu ve işe zamanında başlama ve devam borcu olmak üzere 5 ayrı başlık altında genel hatlarıyla incelenmiştir.

Daha sonrasında ise eserin meydana getirilmesi ve teslimiyle büyük ilişkisi bulunan ve kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiş bulunan müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğu ele alınmıştır. Bu başlık altında müteahhidin

ayıba karşı sorumluluğunun doğması için gereken şartlar ve bu şartların varlığı halinde iş sahibinin sahip olduğu haklar kısaca incelenmiştir.

Tezimizin üçüncü ve son bölümünde ise müteahhidin sözleşmeye uygun olarak meydana getirdiği eseri teslim borcu ayrıntılarıyla incelenmiştir. Buna göre öncelikle farklı eser türlerine göre teslimin farklılıklarına değinilmiş ardından da eserin hangi şartlar altında, nerede ve ne zaman teslim edilmiş sayılacağı konularına açıklık getirilmiştir. Tüm bu açıklamalardan sonra ise müteahhidin eseri teslim borcuna aykırılıkları ele alınmıştır. Bu aykırılıklar müteahhidin sözleşmeye uygun olarak meydana getirdiği eseri teslimde temerrüdü ve teslimin imkansızlaşması olmak üzere iki başlık altında incelenmiştir.

Eser sözleşmesi Borçlar Kanunu'nda özel olarak kaleme alınmış olmasına rağmen müteahhidin borca aykırılıkları da eseri teslim borcu gibi bu maddeler arasında özel olarak düzenlenmemiştir. Bu sebeple gerek temerrüt halinde gerekse imkansızlıkta genel kurallar burada da uygulama alanı bulmaktadır. Bizler de bu konuyu incelerken genel kuralların eser sözleşmelerine uygulanışına ve varsa farklılıklarına değinmiş bulunuyoruz.

I. ESER SÖZLEŞMESİ KAVRAMI, TANIMI, UNSURLARI VE BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN FARKI

A. ESER SÖZLEŞMESİ TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Arapçada konusu sanat gerektiren bir işin yapılmasını üstlenmek¹ anlamına gelen istisna sözleşmesine ilişkin düzenlemeler Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi ile 377. maddeleri arasında yer almaktadır. Borçlar Kanunumuzda "İstisna Akdi" olarak adlandırılan bu sözleşmenin tanımı, kanunun 355. maddesinde aşağıdaki şekilde verilmiştir:

"İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder."

İstisna sözleşmesine ait bu tarif İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki Fransızca metnin aynen tercümesidir². Kanunumuzda istisna akdi olarak anılmasına karşın bu tip sözleşmeler eser sözleşmesi olarak da anılmaktadır³. Nitekim Borçlar Kanunu'nun 355. maddesini karşılayan Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 470. maddesi bu sözleşmeyi "*Eser Sözleşmesi*" başlıklı yedinci bölümde ele almış ve şu şekilde bir tanım yapmıştır:

*"Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir."*⁴

Görüldüğü üzere tasarıda istisna akdi veya müteahhit terimleri yerine öğretide ve uygulamada oldukça yerleşmiş eser sözleşmesi ve yüklenici terimleri tercih edilmiştir⁵. Doktrinde, uygulamada ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısında eser

¹ Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, C.2, İstanbul, 1996, s. 254-255.

² İBK. m. 363: " Le contrat d'entreprise est le contrat par lequel une des parties (l'entrepreneur) s'oblige à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre partie (le maître) s'engage à lui payer".

³ Ancak bazı yazarların da belirttiği gibi bu sözleşmeler eser sözleşmesi olarak anıldığında fikir ve sanat eserleri hukukundaki "eser" kavramı ile bir bağlantısı olduğu sanılabilir. Bkz. Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, Evrim Basım-Yayın-Dağıtım, İstanbul, 1989, s. 2, Tunçomağ, Kenan: **Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri**, 2. Bası, İstanbul, 1974, s. 949.

⁴ T.C Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara, Şubat, 2008, s.115.

⁵ Tasarı, s.457-458.

sözleşmesi terimi tercih edildiğinden biz de eser sözleşmesi tabirini tercih etmekteyiz.

Eser sözleşmesi ile müteahhit eseri meydana getirme, iş sahibi ise ücret ödeme yükümlülüğü altına girer⁶. Dolayısıyla bu sözleşme tam iki tarafa borç yükleyen (karşılıklı) bir sözleşmedir⁷. Eser meydana getirme ediminin ücretsiz, ivazsız veya asli edim olan ücret ödeme edimi dışında başka bir edim karşılığında taahhüt edilmesi halinde eser sözleşmesinden bahsedilemez⁸.

Eser sözleşmesinde müteahhidin borcu emek unsuruna dayalı, belli bir sonuç taahhüt eden⁹ bir iş görme borcudur. Eserin meydana getirilmesi ve iş sahibine teslim edilmesiyle birlikte iş sahibi sözleşmeden beklediği ifa menfaatini elde etmiş olur. İş sahibi ifa menfaatini eserin kendisine teslim edildiği anda elde ettiği için bu sözleşmenin ani edimli bir borç ilişkisi yarattığı kabul edilir. Bir diğer söyleyişle eser sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi meydana getirmemektedir¹⁰. Bu nedenle eser

⁶ Gauch, N. 7, Olgaç, s.445, Aral, Fahrettin: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 326, Zevkliler, Aydın: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 304, Gürpınar, Damla: **Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006, s. 17.

⁷ Tercier, s. 406, N. 3286, Gauch, Peter, **Le Contrat d'Entreprise**, Schulthess, Zurich, 1999, N. 7, Werro, Franz / Thévenoz, Luc: **Commentaire Romand, Code des Obligations I**, Helbing&Lichtenhahn, Geneve, Bale, Munich, 2003, s. 1860, N.6, Öz, Eser Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi, s. 1, Ayan, Serkan: **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 29, Yavuz, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s. 452, Uygur, Turgut: **Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. 6, Seçkin yayınları, Ankara, 2003, s. 7451–7454, Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, İstanbul, 1992, s. 354, Eren, Fikret: **İnşaat Sözleşmeleri**, Yönetici – İşletmeci – Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1996, s. 51, Bilge, Necip: **Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971, s. 247, Olgaç, Senai: **Kazai ve İlmi İctihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi**, Olgaç Matbaacılık, Ankara, 1977, s. 888.

⁸ Aral, s. 326, Bununla birlikte doktrindeki hakim fikre göre eser meydana getirmenin karşılığı olarak başka bir eserin oluşturulmasının kararlaştırıldığı hallerde de eser sözleşmesinin varlığından söz edilmektedir. Ancak eserden veya paradan ayrı başka bir şeyle değiştirilmesi, halinde çift tipli, karma bir sözleşmeden bahsedilir. Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 957, Yavuz, s. 450, Erdoğan, s. 136–137, Ayan, s. 31, Gökyayla, s. 11. Karşı Görüş için bkz Berki, s. 143, Yazar burada ivazın mutlaka para olması gerekmediğini belirtmiştir. Örneğin bir ressam kendisine İngilizce dersi vereceğinden kişinin portresini yapıp teslim etmeyi kabul ederse de bu yine de bir eser sözleşmesidir.

⁹ Werro / Thévenoz, s.1860, N. 8.

¹⁰ Gauch, N. 8, 9, 15, 18, 19, Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Beta, 3.Cilt, İstanbul, 2004, s. 261, Yavuz, s. 452, Aral, s.326. Karşı görüş için bkz. Tercier, Pierre, **Les Contrats Speciaux**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995, N. 3286 ve 3418, Erman, Hasan: **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1979, s. 10, Farklı görüş için bkz. Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2007, s. 166, “(...) Oysa eser sözleşmesinde, iş sonucunun (eserin) meydana getirilmesinin yolu yordamı da hukuken önem taşır.(...) Öyleyse, eser sözleşmesinin hiçbir

sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir¹¹. Eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olması, ileride ayrıntılarıyla açıklayacağımız gibi, onun vekâlet veya hizmet sözleşmeleri gibi benzeri sözleşmelerden ayrılmasını sağlar¹².

Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda eser sözleşmesinin belli başlı üç unsuru olduğu söylenebilir. Bunlar: emek mahsulü bir sonuç oluşturulması¹³, bu sonucun ücret karşılığında taahhüt edilmiş olması¹⁴ ve anılan hususlarda tarafların anlaşmasıdır. Şimdi eser sözleşmesinin bu üç unsurunu ayrıntılı biçimde inceleyelim.

zaman “süreklî sözleşme ilişkisi” niteliği taşımayacağını ileri sürmek de doğru olmasa gerekir.” (1984 tarihili karara ilişkin bölümü ekle)

¹¹ Öz, Turgut: **İş sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1989, s. 9, Gökyayla, Emre: **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 17, Ayan, Serkan, s. 45, Aral, s. 316, Öz, Turgut: **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Mart Matbaacılık, 2. Yayın, İstanbul, 2006, s. 125, Erman, s. 9, JdT 1973 I 244 (ATF 98 II 299), <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction.htm>, Uygur, C.6, s. 7447, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 261, Farklı görüşte: Erman, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2007, s. 9, yazara göre özellikle eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinin “geçici-süreklî karmaşığı” bir sözleşme olduğunu söylemek daha doğrudur. Werro / Thévenoz, s. 1860, N. 7, Gürpınar, s. 19: “Ancak kanaatimizce, bu sözleşmenin hem ani edimli, hem de süreklî borç ilişkisi özelliği taşıyan bir sözleşme olduğu görüşü en isabetli olanıdır.” Eren, İnşaat Hukuku, s. 52, Yazara göre de inşaat sözleşmesi süreklî sözleşme benzeri ani edimli bir sözleşmedir.

¹² Yavuz, s. 452, Aral, s.326.

¹³ Tercier, s. 409, N. 3307, Zevkliler, s. 304.

¹⁴ Tercier, s. 406, N. 3287, Ücret alınmadan yapılan sözleşme eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Olgaç, Senai: **Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi**, Olgaç Matbaacılık, Ankara, 1977, s. 448., Eren, İnşaat Hukuku, s. 51-52.

B. ESER SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

1.ESER MEYDANA GETİRME (İMAL)

Eser sözleşmesinin tarafları iş sahibi ve müteahhittir. Bu sözleşme ile müteahhit iş görme borcu altına girmektedir¹⁵. Ancak burada önemli olan ortaya çıkan objektif sonuçtur¹⁶. Diğer bir ifade ile müteahhidin borcu edim borcu, sonuç borcudur¹⁷.

Müteahhidin bu edim borcu için İsviçre Borçlar Kanununda eser anlamına gelen Fransızca “ouvrage” Almanca “Werk” tabiri kullanılmıştır¹⁸. Doktrinde kabul gören baskın görüşe göre eser, insan emeğinin mahsulü olan ve bir bütün halinde anlam ifade eden maddi veya gayri maddi varlığı olan her şeydir¹⁹. Ancak bu halde eser kavramı içine neler gireceği tartışmalıdır. Bu anlamda bir grup yazar²⁰ eser tabiri kapsamına maddi varlığı olan şeyleri sokarken diğer bir grup yazar²¹ ise maddi olmayan varlıkları da eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eser kavramı içerisine sokmaktadır²².

İsviçre’de önceleri sadece maddi varlığı olan ve teslimi mümkün insan emeği ürünler, örneğin bir bina veya giysiler, eser sözleşmesi çerçevesinde eser olarak kabul görmekteydi. Ancak daha sonraları maddi olmayan ancak maddi varlıkta sürekli olarak kendini gösterebilen fikri çalışma ürünleri de eser olarak kabul görmeye başladı²³. Böylelikle çizilen planlar, yazılan kitaplar, kayıtlar, görüntüler, yazılar veya senaryolar da eser olarak kabul edildi²⁴. Bu anlamda villa dekorasyonu²⁵, fotoğraf çekimi, bilgisayar programının hazırlanması, inşaat

¹⁵ Yavuz, s. 445, Werro / Thévenoz, s. 1859, N. 2.

¹⁶ Tandoğan, s. 1, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 952, Göktürk, s. 498, Olgaç, s. 884, Yavuz, s. 445, Aral, s.327.

¹⁷ Gauch, N. 18-19, Göktürk, s. 498, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 884, Yavuz, s. 445, Aral, s.327.

¹⁸ İBK. M. 363.

¹⁹ Olgaç, s. 448, Zevkliler, s.305.

²⁰ Yavuz, s. 446, dipnot 12, aynen.

²¹ Tercier, s. 406, N.3305–3306, Gauch, N. 33, Zevkliler, s. 305, Olgaç s. 448.

²² Tercier, s. 408, N. 3304, Gökyayla, s. 5, Erman, s. 14, Gürpınar, s. 33, Aral, s.325, Tandoğan, s. 3, Dayınlarlı, Kemal: **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara, 2003, s. 9.

²³ BGE 109 II 34, <http://www.bger.ch/fr/index.htm>, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 887,

Hatemi/Arpacı/Serozan, s. 348–350, Tandoğan, s. 3vd., Gökyayla, s. 6.

²⁴ Tercier, s. 408, N.3304, Tandoğan, s.3.

²⁵ Y.15.HD., T. 16.03.2005, E. 4609, K. 1507, Kaçak, Nazif: **Hukuk Davalarına İlişkin 2005 Yılına Ait Emsal İçtihatlar Külliyyatı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 222-223.

projesinin çizilmesi²⁶, konser verilmesi²⁷, tercüme yapılması veya bir nikah merasiminin videoya alınması²⁸ maddi olmayan ancak Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi kapsamında eser sayılabilecek edimlerdir²⁹. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de 1937 yılındaki bir kararında bir planın çizilmesini eser olarak kabul etmiş ve maddi olmayan şeyleri de bu kanun maddesi kapsamında zikretmiştir³⁰. Ancak, Federal Mahkeme 1973 yılında içtihat değiştirmiştir. Buna göre sadece maddi varlığı olan şeyleri eser olarak kabul etmiş ve bir avukatın mütalaa vermesini, mühendisin statik hesap yapmasını veya bir mimarın ön proje yapmasını bir kağıda dökülmüş olsalar dahi vekalet hükümleri çerçevesinde ele alınması gerektiğine hükmetmiştir³¹. Doktrin tarafından birçok eleştirilere maruz kalan Federal Mahkeme, 1983 yılında, bu içtihadından tekrar dönmüş ve maddi varlığı olmayan şeyleri de eser olarak kabul etmiş ve şu şekilde bir açıklamada bulunmuştur: "Eser sözleşmesinin sadece maddi bir şeye ilişkin çalışma sonuçlarını konu edinebileceği görüşü yanlış idi. BK. m.355 (OR Art. 363) anlamında eser, bu görüşün aksine maddi olduğu kadar maddi olmayan bir şekilde de ortaya çıkabilir"³². Bu anlamda Federal Mahkeme bir arsanın ölçümlerinin yapıp bir plan üzerinde gösterilmesini³³, bir gazeteye ilan konulmasını, mağaza vitrininin düzenlenmesini ücret karşılığı seyredilen havai fişek gösterisini, bir yerin elektrikle ısıtma ve aydınlatılmasının üstlenilmesini eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir. Görüldüğü gibi maddi bir ürünün meydana getirilmesi veya değiştirilmesi söz konusu olmamasına rağmen insan emeğinin bir bütün görüntüsünü oluşturan sonuçları da eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eserlerdir³⁴. Tüm bu içtihatlar göz önünde bulundurularak Tandoğan'ın da belirttiği

²⁶ Y.15.HD., T. 11.02.1991, E. 2751, K. 526, Karahasan, Mustafa Reşit: **İnşaat İmar İhale Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1997, s. 910, Y.10.HD., T. 22.01.1976, E. 4935, K. 1294, Karahasan İnşaat Hukuku, s. 925.

²⁷ ATF 112 II 41, <http://www.bger.ch/fr/index.htm>.

²⁸ Y.15.HD., T. 20.06.1989, E. 131, K.2970, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 911-913, Y.10.HD., T. 14.12.1973, E. 5183, K. 3154, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 929, Yargıtay bu kararında bir ses sanatçısının performansını banda veya plağa almayı da eser olarak kabul etmiştir.

²⁹ Gauch, N.33, Tercier. 408, N. 3306.

³⁰ BGE 64 II 12, <http://www.bger.ch/fr/index.htm>.

³¹ Akünal, Teoman: **İsviçre Federal Mahkemesinin Mimarlık Sözleşmesinin Niteliği Konusunda 3 Ekim 1972 Tarihli Kararı**, İÜHFM, c. XL (1974), S. 1-4, s. 705, Gauch, N. 37.

³² ATF 109 II 34, <http://www.bger.ch/fr/index.htm>, Gauch, N. 41, Aral, s. 329., Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 7.

³³ Jdt 1983 I 266, <http://www.bger.ch/fr/index.htm>, Aral, s. 329.

³⁴ Tercier, s. 408, N. 3304, Tandoğan, s. 5, Bilge, s. 245.

gibi “objektif olarak tespiti mümkün olan, belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun husule getirilmesi eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir” sonucuna varılabilir³⁵. Demek ki eser sözleşmesinin konusu sadece bir şeyin imali veya değiştirilmesi olması gerekmez. Bu anlamda, çalışma veya hizmet ediminden ortaya çıkan diğer sonuçlar da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilirler³⁶. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.02.1968 tarihli bir kararında, belirli bir günlük bedel karşılığında gazinoda şarkı söylemeyi taahhüt eden biri ile gazino sahibi arasında yapılan sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir³⁷. Yine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi de aynı şekilde bir proje yapılmasına ilişkin sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir³⁸.

BK. m. 355’te bu amaçla “imal” terimi kullanılmıştır. Ancak doktrinde bazı yazarların da belirttiği gibi kanundaki “şey imal etme” terimi yerine “eser meydana getirme” veya “husule getirme” tabirlerinden birinin kullanılması daha yerindedir³⁹. Nitekim Türk Borçlar Kanunu Tasarısında da “eser meydana getirme” tabiri tercih edilmiştir⁴⁰. Bu anlamda meydana getirme kavramı da geniş yorumlanmalı ve eserin değiştirilmesinin veya onarılmasının da meydana getirme anlamına geldiği kabul edilmelidir⁴¹. Burada önemli olan meydana getirilen eserin bir öncekinden farklı olmasıdır⁴². Daha güzel, daha yeni, daha özel veya değerinin artması önemli değildir⁴³. Örneğin, elbise veya kıyafet dikimi⁴⁴, elektrik⁴⁵, kalorifer tesisatı⁴⁶, bir şeyin boyanması, cilalanması, yıkanması, binanın yıkılması⁴⁷, mevcut bir şeye parça

³⁵ Tandoğan, s.4, Aynı görüşte Erman, s. 14.

³⁶ Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 6.

³⁷ YHGK, T. 23.02.1968, E.12, K.76, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 929.

³⁸ 15HD 11.2.1991, E. 2751 K. 526, Uygur, C.6, s.329.

³⁹ Tandoğan, s. 2, Aral, s. 325, Yavuz, s. 446–449, Göktürk, s. 498, Bilge, s. 245, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 955, Olgaç, s. 446.

⁴⁰ Tasarı, s.458.

⁴¹ Tercier, s. 407, N. 3298, Gökyayla, s. 8, Tasarı, s.45, Eren, İnşaat Hukuku, s. 56, Yavuz, s.449, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 955. Aral, 325, Olgaç, s. 446, Erman, s. 16, Zevkliler, s. 305, Dalamanlı, Lütfü: **Borçlar Hukuku Davaları**, Eda Matbaacılık, Ankara, 1988, s. 306.

⁴² Yavuz, s. 449, Tunçomağ, Özel Hükümler, s.955, Bilge, s. 246, Erman, s. 16.

⁴³ Olgaç, s. 446, Bilge, s. 246.

⁴⁴ Y.4.HD., T. 08.06.1954, E. 5045, K. 3650, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 929.

⁴⁵ Y.3.HD., T. 28.11.1961, E. 8607, K. 6832, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 929.

⁴⁶ TD., T.08.04.1958, E. 516, K. 1030, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 929.

⁴⁷ Bilge, s. 246.

eklemek, o şeyi tamir etmek⁴⁸ veya şeklini değiştirmek veya bir kitabın ciltlenmesi ve basılması⁴⁹ halinde Borçlar Kanunu 355 kapsamında hep bir meydana getirme olgusu söz konusudur⁵⁰.

Bir çalışma ürünü olmasına rağmen bir sonucun vaat edilememesi halinde eser sözleşmesinden bahsedilemez. Örneğin, doktorun yaptığı hasta tedavisi⁵¹, avukatın dava takibi, eğitim, öğretim, teftiş gibi mevzular belli veya belli olmayan bir zaman için vaat edildikleri hallerde eser sözleşmesi değil vekalet sözleşmesi veya hizmet sözleşmesi söz konusudur⁵².

Tüm bunlar göz önünde bulundurularak, Borçlar Kanunu kapsamında adı geçen “imal olunan şey” kavramını insan emeğinin ürünü olan, bir bütün olan, iktisadi değeri bulunan ve maddi varlığı bulunan veya bulunmayan tüm bağımsız hukuki varlıklar olarak nitelendirmek mümkündür⁵³.

Gauch tüm bu tartışma ve ayırmaları geride bırakarak maddi ve gayri maddi varlığı olan tüm ürünlerin eser sayılabileceği sonucuna varmış ve maddi varlığı olan ürünleri üç gruba ayırmıştır. Buna göre ilk grup müteahhidin meydana getirdiği tüm taşınır ve taşınmazlardır. İkinci grup önceden meydana getirilmiş olup tamir edilen veya

⁴⁸ Y.15.HD., T. 17.11.2003, E. 2621, K.5492: “Davacıya ait kesim motorunun davalı tarafından onarılmasına ilişkin yanlar arasında sözlü akit yapıldığı çekişmesizdir. Bu akdi ilişki, hukuksal niteliğince Borçlar Yasasının 355.maddesinde tanımlanan bir “eser” sözleşmesi olup; davacı iş sahibi, davalı yüklenicidir.” Kazancı Hukuk Otomasyonu.

⁴⁹ Bilge, s. 246.

⁵⁰ Yavuz, s. 450, 449 23a’ daki Yargıtay kararları, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 954, Baygın, Cem: **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, Beta Basım Yayın, Ankara,1999, s.13, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İşsahibinin Temerrüdü, s.4–5.

⁵¹ Bilge, s. 246, YBK, T. 06.07.1964 E.964/37, K..40, Dayınlarlı, Kemal: **İstisna Akdinin Ademi İfasi ile İlgili Yargıtay Kararları**, Sistem Ofset Matbaası, Ankara, 1986, s. 3, kurul bu kararda doktor ile hasta arasındaki ilişkiyi vekalet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Bununla beraber Yargıtay başka bir kararında şöyle bir açıklamada bulunmuştur: “(...) eser sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda “eser” denilen olumlu- olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç meydana gelmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumludur. Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması(protez) dövmeyi estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktorun müdahalesi eser sözleşmesinin konusunu oluşturur.”Y.15.HD. 03.11.1999, E. 4007, K. 3868, Uygur, C. 6, s. 7630. Aynı yönde karar için bkz. Y.15.HD., T. 20.12.1977, E. 2167, K. 2307, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 923-924. Yargıtay başka bir kararında da doktorun estetik görünümü konusunda hastaya belli bir teminat vermesi halinde eser sözleşmesine uygulanacak hükümlerin uygulanacağına hükmetmiştir. Y. 13. HD. , T. 05.04.1993, E. 131, K. 2741, Uygur, C. 6, s. 7631.

⁵² Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 886, Zevkliler, s.305, Olgaç, s. 448. Diğer yandan, dövmeyi estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, eser sözleşmesinin niteliği itibariyle izi tamamen yok etmeyi taahhüt etmiş sayılır.

⁵³ Zevkliler, s.305, Bilge, s. 245-246.

değiştirilen tüm taşınır ve taşınmazlardır. Bu anlamda montaj, tamir, temizlik, yenileme, değiştirme ve yıkım işlemleri İBK. m. 363'teki “ execution d'ouvrage” (eserin meydana getirilmesi) kavramına girer. Fakat yazar, bir eserin değiştirilmesi o şeyin bir yerden başka yere gitmesini kapsıyorsa bunun eser sözleşmesinin konusu olamayacağını ayrıca belirtmiştir. Nitekim bu tip edimler taşıma sözleşmelerinin konusunu oluşturur. Aynı şekilde enerji veya ısı dağıtımının da eser sözleşmesinin konusunu oluşturamayacağını buna mukabil, bir yerin aydınlatılması veya ısı tesisatının yapılmasının eser sözleşmesinin konusu olacağı kanısındadır. Üçüncü grup ise insan vücuduna yapılan müdahalelerdir. Bu gruba, manikür, pedikür, saç kesimi, boyaması, sakal kesimi gibi işlemler örnek verilebilir Ancak yazara göre doktorların yaptığı müdahaleler vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturduklarından onların müdahaleleri eser sayılmaz⁵⁴..

2.ÜCRET

Tam iki tarafa borç yükleyen⁵⁵ sözleşme olan eser sözleşmelerinde bir taraf eseri meydana getirmeyi taahhüt ederken diğer taraf bunun karşılığında bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir⁵⁶. İş sahibinin ve müteahhidin bu edimleri sözleşmenin asli edimleridir⁵⁷. Tarafların eserin ücret ödenmeden imal edileceği hususunda anlaşması halinde sözleşme bir eser sözleşmesi olmaktan çıkar⁵⁸. Bu halde, hakim fikre, göre söz konusu sözleşme vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olmalıdır⁵⁹.

Taraflar ücreti açıkça kararlaştırabilirler. Bu halde ücret tam olarak belirlenmiş olabileceği gibi yaklaşık olarak da (takriben) belirlenmiş olabilir⁶⁰. Buna mukabil tarafların zımni olarak da ücret konusunda anlaşmaları mümkündür. Özellikle de karşılığında ücret ödenmesi işin doğası haline gelmiş eserler için tarafların zımnen anlaştığı karine olarak kabul edilmektedir. Örneğin meslek sahibi veya zanaatkarların

⁵⁴ Gauch, N. 26-31.

⁵⁵ Tercier, s. 406, N.3286, Zevkliler, s. 306, Eren, İnşaat Hukuku, s. 51, Hatemi/ Arpacı/ Serozan, s. 354, Ayan, Mehmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza Yayınlar, s. 29.

⁵⁶ Tercier, s. 406, N. 3287, Yavuz, s. 450, Tasarı, s.458, Kanun koyucu tasarıda satım bedelini ifade eden “semen” tabiri yerine “bedel” kelimesini tercih etmiştir.

⁵⁷ Aral, s. 332.

⁵⁸ Tercier, s. 406, N. 3287, Bilge, s. 247,yazar bu halde sözleşmenin bağışlama sözleşmesi hükümlerine değil vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olması gerektiğini belirtmiştir. Aynı görüş için Bkz. Erman, s. 19.

⁵⁹ Erman, s. 19, Eren, İnşaat Hukuku, s. 56-57, Gökyayla, s. 10, Bilge, s. 247.

⁶⁰ Gürpınar, s. 62–72, Zevkliler, s. 306.

gördükleri işlerin ücret karşılığı olduğu, taraflarca ücret açıkça kararlaştırılmamış olsa da, kabul edilmektedir⁶¹.

Ekleme gerekir ki müteahhidin ediminin ücret karşılığında ifa edileceği kararlaştırılmış olmasına rağmen tutarın belirlenmemesi durumunda farklılık yaratmaz. Nitekim kanun koyucu Borçlar Kanunu'nun 366. maddesinde konuyu şu şekilde düzenlemiştir:

“Evvelce kararlaştırılmamış veya takribi bir surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tayin edilir.”

Bu durumda BK. m. 366'ya göre müteahhidin çalışma değeri göz önünde bulundurularak, yapılan şeyin değerine ve müteahhidin masraflarına göre bir ücret tayin edilebilir⁶². Eğer yapılan iş için mesleki birliklerin tespit ettiği bir ücret miktarı varsa ücret tayininde bu ücret de göz önünde bulundurulur⁶³. Yargıtay'ın 1988 tarihli kararı uyarınca da “ *Taraflar arasında yazılı bir sözleşme bulunmayan işin bedeli konusunda doğan uyuşmazlığın, miktarı itibarıyla HUMK. 288. mad. hükmü gereğince şahitle ispatına imkan bulunmamaktadır. Tanık dinlenebilmesi için aynı yasanın 289. mad. göre karşı tarafın açık muvafakati ile mümkündür. Bu durumda uyuşmazlık konusu bedelin BK. 366. mad. gereğince işin yapıldığı tarihteki piyasadaki rayiç bedellerine göre saptanması*” gerekmektedir⁶⁴. Ücretin hiç belirlenmemiş olması haline özellikle edimin ifasının ivedi olduğu durumlarda sıklıkla rastlanır. Patlamış bir su borusunun derhal tamiri veya camı kırılan bir iş yerine tekrar cam takılması için anlaşılması halinde durum böyledir⁶⁵.

⁶¹ Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 956, Yavuz, s. 450, Ayan, s. 29, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 9, Gürpınar, s. 47, Erman, s. 10, Gökyayla, s. 10.

⁶² YHGK., T. 30.10.2002, E. 15-794, K. 859, Meydan, Nihat/ Yapal, Fadime: **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları**, Ethemler Yayıncılık, 2. baskı, İstanbul, 2006, Y.15. HD. , T. 31.10.2007, E. 2007/4007, K. 2007/6824, Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erman, s. 19, Gürpınar, s. 72, **Becker, H. : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, 2. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Md. 184-551, Ankara, 1993 (çev. Dura, S.), s. 591, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 956, Zevkliler, s. 306, Gökyayla, s. 10.**

⁶³ Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 956, Yavuz, s. 450, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 9, Becker, s. 591.

⁶⁴ Y.15.HD., T. 10.10.1988, E. 919, K. 3192, Kostakoğlu, Cengiz: **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, Beta, 5. Bası, İstanbul, 2006, s. 26.

⁶⁵ Gürpınar, s. 72.

İş sahibinin müteahhide yapacağı ödeme tarzı sözleşmenin niteliğine etki etmez. Diğer bir ifade ile sözleşmenin iş saatine veya gününe göre hesaplanması onun eser sözleşmesi olma özelliğini değiştirmez⁶⁶.

3.TARAFLAR ARASINDA ANLAŞMA

Taraflar arasında anlaşma eser sözleşmesinin üçüncü unsurunu oluşturmaktadır. Eser sözleşmesinin rızai bir akit olduğu için tarafların müteahhidin ücret karşılığında bir eser meydana getireceği hususunda anlaşmış olmaları gerekir. Tarafların sözleşmede eseri tanımlamaları şart ise de ödenecek ücreti kesin bir biçimde kararlaştırmış olmaları şart değildir. Ayrıca müteahhidin eseri teslim borcunun bu sözleşmede tanımlanmamış olması sözleşmenin kurulmasını engellemez. Zira müteahhidin eseri teslim borcu bu anlaşmanın kendiliğinden doğan sonucudur⁶⁷.

Eser sözleşmesi herhangi bir şekle tabii değildir⁶⁸. Bu sebeple BK. m. 11 uyarınca sözlü olarak da yapılabilir. Ancak 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288. maddesi uyarınca değeri belirli bir miktarı geçen hukuki işlemlerin senetle ispatının gerekmesi ve eser sözleşmelerin değerlerinin çoğunlukla bu miktarın üzerinde olması sebebiyle yazılı biçimde yapılmaları çok daha yararlı olacaktır⁶⁹. Nitekim Yargıtay da 1984 tarihli bir kararında konu aynen şu şekilde özetlemiştir: *“Eser sözleşmesi Borçlar Kanunumuzda bir şekle tabi tutulmamıştır. Ancak olayımızda, yapımı yüklenilen inşaat, iş sahibi davalı tarafından inkar edilerek taraflar arasında akdi ilişkinin mevcut olmadığı savunulmakta ve böylece akdi ilişkinin mevcudiyeti, inkar ile ihtilaflı hale gelmektedir. HUMK.’un değişik 288. maddesi hükmünce; uyuşmazlığın miktar veya değeri beşbin lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu maddede öngörülen şekil koşulu, geçerlilik için değil, usul hukuku yönünden konulmuş bir ispat şeklidir. İspat şeklinin*

⁶⁶ Gökyayla, s. 10, Becker, s. 592, Yavuz, s. 450, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 9 Ayan, s. 30.

⁶⁷ Bu yönde bkz. ve karş. Tandoğan, s.28, Yavuz, s. 451, Aral, s. 333, Gökyayla, s.11.

⁶⁸ Werro / Thévenoz, s. 1862, N.14, Gauch, N. 406, Tandoğan, s. 29, Yavuz, s. 451, Aral, s. 333, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 9, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 888, Zevkliler, s. 308, Erdoğan, s. 137, Erman, s. 21, Ayan, s. 32, Bilge, s. 247.

⁶⁹ Gauch, N. 406, Tandoğan, s. 29, Yavuz, s. 451, Aral, s. 333, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 9, Erdoğan, s. 137, Erman, s. 21, Ayan, s. 32, Bilge, s. 247.

*zorunluluğu nedeni ile hukuki işlemlerin kural olarak tanık sözleri ile ispatı olanağı da yoktur.*⁷⁰”

Zımni olarak yapılan icap ve kabul ile de geçerli bir eser sözleşmesi kurulabilir. Örneğin kuru temizlemeciye bir elbisenin bırakılması ve kuru temizlemecinin bunu temizlemesi veya onarılması için kunduracıya bırakılan ayakkabıların kunduracı tarafından onarılması halinde durum böyledir. Bu gibi hallerde de yukarıda belirttiğimiz gibi ücret varsa tarife o göz önünde bulundurularak yoksa işin değerine ve müteahhidin yaptığı harcamalara göre belirlenir⁷¹. Ancak eklemek gerekir ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin söz konusu olduğu hallerde bu tarz sözleşmeler taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğurduğu için resmi şekilde düzenlenmeleri gerekmektedir⁷².

⁷⁰ Y.15.HD.T. 03.10.1984, E. 984, K.1631, Kostakoğlu, s. 19-20. Aynı yönde kararlar için bkz. Y.15.HD. T.03.07.1989, Y.15.HD. T. 11.11.1986, E. 2831, K. 3756, Kostakoğlu, s. 23. Bununla beraber Yargıtay 2006 tarihli başka bir kararına göre taraflarca sözleşmenin yazılı olarak yapılacağı kararlaştırılmış ise yazılı şekilde yapılmadıkça akdi ilişki kurulmuş olmaz. Konuya ilişkin karar şöyle kaleme alınmıştır: “Kural olarak, karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen tam iki yanlı sözleşme olan “eser” sözleşmesi yasaca yazılı biçim koşuluna bağlı değildir. Buna göre, Borçlar Yasası’nın 1 ve 3. maddeleri uyarınca, iki taraf karşılıklı ve birbirlerine uygun onaylarını bildirince, sözleşme yapılmış olur ise de; aynı kanunun 13 ve 16. maddeleri gereğince taraflarınca “yazılı şekilde” yapılması kararlaştırılan sözleşme, yazılı olarak yapılmadıkça yanlar arasında akdi ilişki kurulmaz. Somut olayda da, ihale şartnamesinde sözleşmenin yazılı ve noterden onaylı olarak yapılacağı bildirilmiş ve davacı tarafından da önerilen bu şart kabul edilmiştir. Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da; yanlar arasında yazılı sözleşme yapılmadığından ve dolayısıyla akdi ilişki kurulmadığından, sözleşmenin haklı ya da haksız fesih olduğundan söz edilemeyeceği gibi, Borçlar Kanununun 96 ve 97. maddeleri hükümleriyle 106. maddesinin uygulanmasına ve bu maddede düzenlenen seçimlik haklarında kullanılmasına hukuksal olanak bulunmamaktadır.” Y.15.HD., T.08.02.2006 ,E. 2513, K. 587, Kazancı Hukuk Otomasyonu.

⁷¹ Tandoğan, s. 29, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 959, Yavuz, s. 451, Aral, s. 333, Bilge, s. 247, Erman, s. 21.

⁷² Tandoğan, s. 29, Yavuz, s. 451, Aral, s. 333, Erman, s. 21, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 10.

C. ESER SÖZLEŞMESİNİN BENZERİ SÖZLEŞMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. SATIM SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesidir⁷³. Satım sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki benzerlik her ikisinde de bir şeyin tesliminin söz konusu olmasından kaynaklanır⁷⁴. Bir şeyin derhal teslimi söz konusu ise, eş anlatımla sözleşme yapıldığı sırada teslimi istenen şey mevcut ise bu halde çoğunlukla satım sözleşmesinden bahsedilir. Buna mukabil, bir şeyin üretilip teslimi gerekiyorsa diğer bir deyişle, sözleşme yapıldığı sırada mevcut olmayan bir şeyin teslimi sözleşmenin konusunu oluşturuyorsa bu halde çoğunlukla eser sözleşmesinden bahsedilir⁷⁵. Ancak ileride üretilecek bir malın tesliminin söz konusu olduğu durumlarda eser sözleşmesi ile satım sözleşmesi birbirine yaklaşır ve bu halde sözleşmenin türüne karar vermek zorlaşır. İş sahibinin işin yapılmasında müteahhide talimat vererek belli nitelikte mal istemesinin söz konusu olduğu hallerde eser sözleşmesinden bahsedilir⁷⁶. Federal Mahkeme bir taşınmazın inşaatı için dökülen betonu eser sözleşmesi kabul etmiştir⁷⁷. Yargıtay da nitelikleri belirtilmiş dokuma tezgahı imal ettirmeyi satım değil eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir⁷⁸. Bir elbisenin ısmarlanması veya bir makinenin yaptırılması buna örnek olarak verilebilir. Buna mukabil, henüz hazır olmayan ancak seri halde üretilen bir otomobilin teslim taahhüdü satım sözleşmesine konu teşkil eder⁷⁹.

Tüm bunlara ek olarak yapılan sözleşmenin içeriğine ait bazı değişiklikler de sözleşmenin türünü belirlemeye yardımcı olur. Mesela malzemenin ağır bastığı sözleşmelerde satım sözleşmesinden, emek unsurunun ağır bastığı sözleşmelerde eser sözleşmesinden bahsedilebilir. Örneğin, teslim edilecek olan satılan banyonun montajını, önceden üretilmiş bir havuzun yerleştirilmesini veya bir buzdolabının

⁷³ Becker, Art. 363, s. 587.

⁷⁴ Eren, İnşaat Hukuku, s. 51.

⁷⁵ Tercier, s. 410, N. 3315–3316, Dalamanlı, s. 305, Zevkliler, s. 311, Tandoğan, s. 42, Gauch, N. 15: Yazar, eser sözleşmesinin emek unsuruna dayalı olmasının, onu satım sözleşmesinden ayırdığını belirtmektedir.

⁷⁶ BGE 105 II, <http://www.bger.ch/fr/index.htm>.

⁷⁷ BGE 97 II 212, <http://www.bger.ch/fr/index.htm>.

⁷⁸ Y.11.HD., T. 19.10.1982, E. 3266, K. 3998, Uygur, C. 6, s. 7550.

⁷⁹ Tercier, s. 410, N. 3318–3319, Tandoğan, s. 43, k.g. için bkz. Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 954.

yerleştirilmesini kapsıyorsa söz konusu olan durumlarda malzeme unsuru daha ağır bastığından satım sözleşmesi söz konusudur. Montaj işlemi bir yan edim olmaktan çıkıp malzeme unsuru ile eşdeğer bir önem arz ediyorsa eser ve satım sözleşmesinden oluşan karma bir sözleşmeden bahsedilir. Buna mukabil, emek üstün nitelik taşıırken malzeme unsuru önem taşımaz halde ise eser sözleşmesinden bahsedilir. Nitekim kendi malzemesi ile asansör veya ısıtma tesisatı kurma halinde bu durum söz konusudur⁸⁰.

2. VEKALET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Gerek eser sözleşmesi gerek ise vekâlet sözleşmesi birer iş görme borcu doğuran sözleşmedir. Ancak vekalet sözleşmelerinde eser sözleşmelerindeki aksine vekilin bir eser veya bir sonuç yaratması şart değildir. Diğer yandan işin niteliği gereği vekil bir sonuç veya eser de yaratmak durumunda kalabilir⁸¹. Ancak vekalet sözleşmelerinde asıl önemli olan işin vekil tarafından özenle yapılmasıdır⁸². Vekaletin konusu daha genel bir nitelik taşır ve vekil çoğunlukla belli bir sonucu elde etmek için çalışır bununla birlikte bu sonucu elde etmeyi taahhüt etmez⁸³.

Bu anlamda başkası adına hukuki işlemlerin yapılması, hasta tedavisi, veterinerin bir hayvanı tedavisi, öğretim faaliyetinde bulunulması, bilgilendirme bürosunun ücret karşılığında bilgi vermesi güven unsuruna dayanması ve mutlaka bir sonucun meydana getirileceği hakkında taahhütte bulunulmaması sebebiyle vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir⁸⁴. Buna mukabil, bir berberin saç ve sakal kesmesi, peruk hazırlaması saç boyaması, manikür ve pedikür yapması doktorun yaptığı gibi insan vücudu üzerinde icra edilen faaliyetler olmasına karşın kesin sonuç vaat eden faaliyetler olduğu için vekalet sözleşmesinin değil eser sözleşmesinin konusunu oluşturlar⁸⁵.

Ancak diğer taraftan, bazı sözleşmelerin eser sözleşmesi mi yoksa vekalet sözleşmesi mi olduğu konusunda zamanla farklı görüşlerin benimsendiği görülmüştür. Örneğin

⁸⁰ Tercier, s. 410, N. 3320, Zevkliler, s. 311, Tandoğan, s. 42-43, Erman, s. 18, Bilge, s. 248.

⁸¹ Tercier, s. 409, N. 3308-3310, Zevkliler, s. 310, Tandoğan, s. 39, Erman, s. 9.

⁸² Zevkliler, s. 311, Yavuz, s. 452, Tandoğan, s. 39.

⁸³ Tandoğan, s. 39, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 888, Erman, s. 10.

⁸⁴ Tandoğan, s. 41.

⁸⁵ Tandoğan, s. 41-42.

mimarlık sözleşmelerinin ne tür sözleşme olduğu hususunda Federal Mahkemece zaman içerisinde farklı görüşler benimsenmiştir. Federal Mahkeme'nin 1972⁸⁶ yılına kadar aldığı kararlarında geniş anlamda mimarlık sözleşmesini (kroki, plan, keşif çıkarılmasını, ihale yapılmasını, inşaat nezalet, faturaların kontrolü ve gözden geçirilmesini) her zaman mümkün olan bir vekalet akdi gibi görmüş; buna karşın dar anlamda mimarlık sözleşmesini (keşif ve planlarla bir inşaat projesindeki çalışmaları) ise tümüyle eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir⁸⁷.

Federal Mahkeme'nin 1972 yılında aldığı bir kararla bu konudaki görüşünde bir değişiklik olduğu görülmektedir⁸⁸. Buna göre Federal Mahkeme gerek dar anlamdaki gerek geniş anlamdaki mimarlık sözleşmelerini vekalet akdi olarak kabul etmiştir⁸⁹.

Ancak Federal Mahkeme'nin bu içtihadı da 1984 yılında değişikliğe uğramıştır⁹⁰. Sonuç olarak Federal Mahkeme mimarlık sözleşmesini karma bir sözleşme olarak nitelendirmiştir. Böylelikle tatbikat planlarının yapılması, keşif bedeli çıkarılması ve kesin proje yapılmasını eser sözleşmesi çerçevesinde değerlendirirken işin ihale edilmesini ve inşaatın yapılmasına nezalet etme gibi işleri de vekalet sözleşmesi kapsamında incelemiştir.

Burada sözleşmenin türünü belirlemek tarafların borç ve sorumluluklarını belirlemek bakımından önem taşır.

Nitekim vekalet sözleşmelerinde işin görülmesinden doğan giderler müvekkile yükletilirken eser sözleşmesinde işin görülmesinden doğan bu giderler müteahhide yükletilir⁹¹. Buna ek olarak vekalet sözleşmelerinde vekilin sözleşmeyi her zaman tek taraflı olarak sona erdirmeye imkanı bulunmasına karşın eser sözleşmelerinde müteahhidin sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirmeye hakkı çok daha ağır şartlara bağlanmıştır⁹².

Son olarak belirtmek gerekir ki, bağımsızlık unsuru bakımından vekil ile müteahhit arasında çok fark yoktur. Müteahhit iş sahibinin sonuca ilişkin verdiği talimatlarla

⁸⁶ ATF 89 II 406, <http://www.bger.ch/fr/index.htm>.

⁸⁷ Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 5.

⁸⁸ BGE 98 II 305, <http://www.bger.ch/fr/index.htm>.

⁸⁹ Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 6.

⁹⁰ ATF 110 I 212 <http://www.bger.ch/fr/index.htm>.

⁹¹ Zevkliler, s. 310, Tandoğan, s. 40.

⁹² Zevkliler, s. 310, Tandoğan, s. 39-40.

bağımlıdır. Eserin nasıl yapılacağı hususunda ise iş sahibinden talimat almaz. Vekil daha çok hukuki işlemlerinde müvekkilinin talimatlarıyla bağlıdır ancak vekalet veren de vekilin işi yapış tarzına müdahale etmez⁹³.

3. HİZMET SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Bir emek unsurunun varlığı sebebiyle hizmet sözleşmesi ile eser sözleşmesi benzerlik gösterir⁹⁴. Ancak bu iki sözleşme arasında ilk fark kendini zaman unsuru bakımından gösterir⁹⁵. Müteahhit belirli bir sürede belirli bir sonucu veya eseri yaratmak için emek harcarken iş sözleşmesinde belli bir süre için, (örneğin günlük veya aylık) devamlı olarak emek sarf edilmesi söz konusudur. Eser sözleşmesinde önemli olan önceden belirtilmiş veya belirlenmiş, emek karşılığı bir ürünün bir bütün olarak meydana getirilmesidir. Amaç belirlenen bu ürünün diğer bir deyişle eserin meydana getirilmesidir⁹⁶. Eser sözleşmesinin bir tarafı olan müteahhit bu ürünü meydana getirmez ise ediminin ifasını gerçekleştirmemiş olur. Oysaki hizmet sözleşmelerinde söz konusu hizmetin bir sonuca varması beklenmez. Burada hizmette bulunacak taraftan sadece belirlenen sürede emek harcaması beklenir⁹⁷. Örneğin iş sahibi belli bir sürede belli olmayan sayıda bir şeyin imalini talep ederse hizmet sözleşmesi; belli bir sürede içerisinde belli sayıda bir şeyin imalatını talep ederse eser sözleşmesi yapılmış olur. Diğer bir ifade ile belli sayıda bir şey imal edilecekse imalat yapmanın mı yoksa belli bir süre çalışmanın mı önemli olduğuna göre sözleşmenin türüne karar verilir⁹⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da alanında uzman olan bir mali müşavir ile yapılan sözleşmeyi, belirli bir sonucun meydana

⁹³ Tandoğan, s. 39, Erman, s. 17.

⁹⁴ Gauch, N. 16., Eren, İnşaat Hukuku, s. 51.

⁹⁵ Y.10.HD., T.27.2.1984, E.1132, K. 1166, Uygur, C. 6, s. 7542, Gauch, N. 9, Berki, Şakir: **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 143.

⁹⁶ Gauch, N. 9, Tandoğan, s. 36, Zevkliler, s. 310, Reisoğlu, Seza: **Hizmet Akdi, Mahiyeti- Unsurları-Hükümleri**, Ankara, 1968, s. 57, Uygur, C. 6, s.7464–7465, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 888, Berki, s. 143.

⁹⁷ Tandoğan, s. 36, Erman, s. 10, Zevkliler, s. 310, Reisoğlu, s. 57, Hukuk Genel Kurul başka bir kararında temizlik işçisi ile temiz işlerini günün belli saatlerinde yerine getirme hususunda anlaşılmasını da hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. YHGK., T. 17.03.1978, E. 10-3577, K.248, Uygur, C. 6, s. 7545.

⁹⁸ Tandoğan, s. 36, Reisoğlu, s.57.

getirilmesinin değil belirli bir hizmetin sözleşmeye konu edilmiş olması sebebiyle, eser sözleşmesi olarak değil hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir⁹⁹.

Bu iki sözleşme arasında fark yaratan diğer bir unsur da bağımsızlık unsurudur¹⁰⁰. Buna göre, müteahhit bir hizmet sözleşmesindeki gibi işv ere ne bağımlı olarak emek sarf etmez; iş sahibinin emri altında çalışmaz ve onun talimatlarına göre hareket etmez¹⁰¹. Öte yandan, hizmet sözleşmesinde iş veren her zaman ve her durumda çalışanını denetleme, kendi buyruğuna göre edimini yaptırma hakkına sahiptir¹⁰². Bu anlamda iş sahibine bağımlılık söz konusudur¹⁰³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bu iki unsur bakımından konuyu özetleyen 2006 tarihli kararı şöyle kaleme alınmıştır: *“Hizmet akdini karakterize eden unsurlar; “ücret”, “bağımlılık” ve “zaman” olarak sıralanabilir. Hizmet akdinde zaman belirli bir süre çalışmak ön planda iken, istisna akdinde zaman belirleyici olmayıp, sonuç ön planda tutulmaktadır. (...)*

Zaman ve bağımlılık unsurları hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özellikleridir.(...)Eğer ki çalışan, iş gücünü belirli ya da belirli olmayan bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmakla yükümlü olmayarak, iş veren buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi istisna akdine dayanıyor demektir.

(...)Binanın dış cephesinin boyanması şeklinde beliren somut çalışma ilişkisinde, belirli bir süre çalışmanın değil, bir sonucun meydana getirilerek, bağımsız bir varlığı değiştirmeye, işlemeye veya biçimlendirmeye yönelik edimin amaçlanmış

⁹⁹ YHGK., T.17.03.1978, E.10-3577 K. 248, Uygur, C. 6, s. 7545.

¹⁰⁰ Y.10.HD., T.27.2.1984, E.1132, K. 1166, Uygur, C. 6, s. 7542.

¹⁰¹ Tercier, s. 411, N. 3326-3327, Erman, s. 17, Zevkliler, s. 310, Tandoğan, s. 36-37, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 889, Reisoğlu, Hizmet Akdi, s. 57, Uygur, C.6, s. 7465, YHGK., T. 01.07.1992, E. 15-309, K. 452, Uygur, , C. 6, s. 7546.

¹⁰² Y4.HD., T. 20.03.1980, E. 12889, K.. 3654, Kazancı Hukuk Otomasyonu: *“Şayet iş aletlerinin seçiminde, işin düzenlenmesinde iş sahibinin talimatına göre hareket ediliyor iş sahibi de o işteki bilgisi dolayısıyla işi sevk ve idare ediyorsa hizmet akdinin varlığına hükmetmek gerekir.”*, Erman, s. 17.

¹⁰³ Tandoğan, s. 38, Buna paralel olarak sözleşme konusu edimin iş sahibinin yerinde değil de müteahhidin kendi yerinde hazırlanması sözleşmenin eser sözleşmesi olduğuna karine oluşturur.

*olması, hizmet akdinin yukarıda tanımlanan ayırt edici ve belirleyici özelliklerinin somut iş görme ilişkisinde bulunmaması karşısında(...)*¹⁰⁴”

Son olarak, iktisadi riziko da bu iki sözleşmeyi birbirinden ayıran başka bir kıstastır. Hizmet sözleşmelerinde riziko işverene aitken eser sözleşmelerinde riziko müteahhide aittir. Bunun sebebi, eser sözleşmelerinde müteahhidin edimin ifasını yerine getirirken işverenden ve onun talimatlarından bağımsız hareket edebilmesidir¹⁰⁵.

4. YAYIN SÖZLEŞMESİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Gerek yayın sözleşmesinde gerekse eser sözleşmesinde çoğaltılma unsurunun bulunması bu iki sözleşme arasında benzerlik yaratmaktadır¹⁰⁶. Bir sözleşmenin eser sözleşmesi mi yoksa yayın sözleşmesi mi olduğunu saptarken bakılması gereken ilk husus eseri ismarlayanın eseri yayma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığının tespitidir. Yayın sözleşmesi söz konusu olduğu hallerde yayınlayanın eseri yayma yükümlülüğü vardır. Halbuki eser sözleşmelerinde müteahhidin böyle bir yayma yükümlülüğü yoktur. Demek ki eseri hazırlayan ve basanın aynı zamanda yayma yükümlülüğü varsa yayın, böyle bir yükümlülüğü yoksa eser sözleşmesi söz

¹⁰⁴ YHGK., T. 29.03.2006, E. 10-84, K. 121, İBD., C.80, S. 5,s. 2176-2180. Aynı yönde karar için bkz. Y.10.HD., T. 14.12.1973, E. 5183, K. 3154: *Görülüyor ki, çalışma ilişkisinin bu madde çerçevesinde hizmet akdi olarak nitelendirilebilmesi -aynı zamanda ayırıcı ve belirleyici özellikleri teşkil etmek üzere (zaman ve bağımlılık) unsurlarının birlikte gerçekleşmiş bulunması durumunda söz konusudur. İş hukuku alanında ise; bağımlılık, işyerine ve işveren bağlılığın bir gereği olarak en yoğun niteliktedir. Diğer bir deyişle, işçinin iş gücü, belirli ya da belirli olmayan bir zaman için, - iş görme ediminin yerine getirilmesine ilişkin emirler, direktifler, gözetim ve kontrol hatta cezalandırma yetkileriyle donatılmış bulunan – işverenin otoritesi altındadır.*

Oysa, anılan yasanın 355. Maddesine göre , (istisna bir akittir ki onunla bir tarafa – müteahhit- diğer tarafın –iş sahibi- vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.)

Şu duruma göre istisna aktinde işi üstlenen kişi, kural olarak iş sahibine bağlı olmaksızın eserini verir. Anlaşmanın konusu, bu anlaşmanın sonucu olup, tanınan süre ise edimin yerine getirilmesi tarihi ile, yani vade ile ilgilidir. İşverenin bazı direktifler verebileceği ise, ancak elde edilecek sonuç bakımından mümkündür; yoksa iş sahibi, eserin oluşma süresi içerisinde denetim ve gözetim yetkisine haiz değildir.

Olayda sözü edilen sese ve saz sanatkarları, bütün çalışma zamanlarını işverene vermedikleri gibi, iş sahibine bağlı olmaksızın tam bir serbestlik içinde çalışarak bir besteyi okuyuş ve çalmadaki özelliklerini ve sanat güçlerini yayıma elverişli hale koymaktadırlar.

Bu durumda, anılan kişilerle iş sahibi arasındaki sözleşme ilişkisini “istisna akdi” çevresinde nitelendirmek ve bu kişileri “sigortalı” saymamak gerekir”, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 928; Y.10.HD., T. 12.03.1974, E. 1671, K. 2763, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 927.

¹⁰⁵ Tercier, s. 411, N. 3326, Reisoğlu, Hizmet Akdi, s. 58, YHGK., T. 01.07.1992, E. 15-309, K. 452, Uygur, C. 6, s. 7546.

¹⁰⁶ Nisim, Franko: **Türk Borçlar Hukukuna göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri**, Ankara, 1981, s. 13.

konusudur. İstisna sözleşmesinde eserini çoğalttıran kişi eserini çoğalttırana bu iş için bir ücret öder. Bu halde yayınlanan eserin yarar veya zararı müteahhide aittir. Diğer taraftan yayın sözleşmesi söz konusu olduğu hallerde çoğu zaman yayınlayan eser sahibine bir bedel öder veya ödemez¹⁰⁷ ama hakkın devrini alır. Böylelikle çoğaltma ve yaymadan meydana gelen yarar veya zarar da yayınlayana ait olur¹⁰⁸. Yayınlanacak eser sözleşme yapıldıktan sonra hazırlanacak bir eser ise eser sözleşmesi hükümleri uyduğu oranda bu yapılan sözleşmeye de uygulanır¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Franko, s. 14: yayınlayanın eser sahibine mutlaka bir bedel ödemek zorunda olmaması bu iki sözleşme türünün diğer bir farkıdır. Nitekim eser sözleşmelerinde ücret kurucu unsurdur.

¹⁰⁸ Tandoğan, s. 47, Zevkliler, s. 311, Franko, s. 14.

¹⁰⁹ Tandoğan, s. 47.

II. İSTİSNA SÖZLEŞMESİNDE MÜTEAHHİDİN BORÇLARINA GENEL BAKIŞ

Müteahhidin eser sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğü eserin zamanında ve sözleşmeye uygun olarak (ayıpsız ve eksiksiz) olarak tamamlanarak iş sahibine teslimidir. Bu anlamda müteahhidin borçlarını eseri meydana getirme borcu, eseri teslim borcu ve ayıba karşı tekeffül borcu olmak üzere üç ana başlık altında toplamak mümkündür. Aşağıda bu üç temel borçtan eseri meydana getirme borcu ve ayıba karşı tekeffül borcu genel hatlarıyla incelenecek; tezimizin asıl konusunu oluşturan eseri teslim borcu ise ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

A.ESERİ MEYDANA GETİRME BORCU

Eser sözleşmesinde müteahhidin asıl (temel) borçlarından ilki eserin meydana getirilmesidir¹¹⁰. Bu borç Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde aşağıdaki gibi düzenlenmiştir:

“İstisna, bir akittirki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.”

Müteahhidin eseri meydana getirme borcu bakımından önemli olan eserin sözleşmeye uygun olarak yaratılmasıdır¹¹¹. Eserin sözleşmeye uygun biçimde meydana getirilmesi için ise doktrinde müteahhidin yan borçlar olarak anılan¹¹² borçlarının da gereği gibi yerine getirilmesi gerekir. Eseri şahsen meydana getirme veya kendi yönetimi altında yaptırma, eserin meydana getirilmesi için gerekli araç, gereç ve malzemeleri sağlama, özen ve sadakat, işe zamanında başlama ve devam ile genel ihbar borçları müteahhidin bu yan borçlarını oluşturur. Biz de eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmesinde büyük önem taşıyan bu yan borçları müteahhidin eseri meydana getirme borcu başlığı altında incelemeyi uygun buluyoruz. Şimdi bu yan borçları teker teker inceleyeceğiz.

¹¹⁰ Gauch, s. 183, N. 603, Eren, İnşaat Hukuku, s. 63, Karataş, s. 82.

¹¹¹ Zevkliler, s. 311, Karataş, s. 82.

¹¹² Karataş, İzzet: **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2004, s. 84, Gauch, s. 183, N. 602: “obligations accessoires de l'entrepreneur”, YHGK, T. 27.09.2000, E. 15-1134, K. 1191, Kazancı Hukuk Otomasyonu .

1.ESERİ ŞAHSEN MEYDANA GETİRME VEYA KENDİ YÖNETİMİ ALTINDA YAPTIRMA BORCU

a.Eseri Şahsen Yapma Kuralı

Müteahhidin bu borcu Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin 2. fıkrasından kaynaklanmaktadır. Anılan hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

“(...)Müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat yapmağa veya kendi idaresi altında yaptıрмаğa mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir.”

Borçlar Kanunu'nun 67. maddesinde *“Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça, borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur değildir.”* kuralı yer almaktadır. Görüldüğü gibi Borçlar Hukuku'nun genel prensipleri çerçevesinde borçlunun edimi şahsen ifa zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak müteahhit Borçlar Kanunu'nun 356. maddesi uyarınca, BK. m. 67'deki genel kuralın aksine işi kural olarak bizzat yapmakla veya kendi iradesi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak işin mahiyetine göre eserin meydana getirilmesinde müteahhidin kişisel becerisinin bir önemi yoksa müteahhidin işi başkasına yaptırması da mümkündür.¹¹³

Hal böyle olunca, BK. m. 356 / f.II'nin müteahhidin borcunu kişisel borç sayan bir karine meydana getirdiği söylenebilir. Buna göre, eğer müteahhit eseri bizzat meydana getirmemiş ve bu durum iş sahibi ile arasında bir uyuşmazlığa neden olmuş ise kimin neyi ispat edeceği meselesi şu şekilde çözüme kavuşturulacaktır: Kişisel becerinin eserin meydana getirilmesinde önemi olmadığını veya iş sahibi tarafından

¹¹³ Tercier, s. 422, N. 3422, Akkanat, s. 55-57, Y.4.HD.; T. 15.09.1980, E. 8100, K. 9498, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 1218, 1222, Hatemi/ Serozan / Arpacı, s. 354, Becker, s. 599, Tandoğan, s. 71-72, Zevkliler, s. 314, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 993, Karahasan,Özel Borç İlişkileri, s. 211, Eren, İnşaat Hukuku, s. 64, Gökyayla, s. 148.

Borçlar Kanunu Tasarısının 471. maddesinin 3. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre :
“Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendin yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.”

Metinden de anlaşılacağı gibi müteahhidin bu borcu bakımından herhangi bir yeni düzenleme yapılmamıştır, Tasarı, s. 115, 458.

başkasına yaptırtma konusunda yetkilendirildiğini ispat külfeti müteahhidin sırtındadır¹¹⁴.

Eklemek gerekir ki, BK. m. 356 emredici bir hüküm değildir. Bu sebeple taraflar aksine sözleşme yapabilirler. Sözgelimi müteahhidin kişisel becerisi önemli olmasa da taraflar eserin sadece müteahhit tarafından yaratılacağı hususunda veya tersine, müteahhidin kişisel becerisi önemli olsa dahi eserin onun yönetiminde olmaksızın başkalarının yaptırtılması hususunda anlaşabilirler. Öte yandan, böyle bir anlaşma bulunmasa ve müteahhidin kişisel becerisinin şeyin meydana getirilmesinde önemi olsa dahi, iş sahibinin sonradan işin başkalarına yaptırtılmasına icazet vermesi de mümkündür¹¹⁵.

Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça veya sözleşmenin içeriğinden aksi anlaşılmadıkça müteahhit işi ana işletmesine yaptırtabileceği gibi şube işletmelerine de yaptırtabilir.¹¹⁶ Ayrıca tüzel kişilerden eserin meydana getirilmesi istendiği hallerde eserin kişisel yönetim altında yetkili organlar veya gerçek kişiler tarafından yaptırtılması söz konusudur. Bu halde müteahhidin sorumluluğuna aykırı davrandığından bahsedilemez¹¹⁷.

Müteahhidin borcu birden çok edimi içinde bulunduran bir borç ise ve borçlardan yalnızca bir kısmı bakımından müteahhidin kişisel becerisi önem taşıyorsa müteahhidin sadece o edimler bakımından BK. m. 356 / f.II kapsamında sorumluluğu doğar ve müteahhit işin kalan kısmını başkalarına yaptırtabilir¹¹⁸.

Müteahhidin eseri kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmak zorunda olduğu hallerde bu yükümlülüğüne aykırı davranması, onun sözleşmeye aykırılıktan dolayı meydana gelen zarardan sorumlu tutulmasına sebebiyet verir. Nitekim önceden de belirttiğimiz gibi müteahhidin eseri bizzat kendisinin yapması onun asli

¹¹⁴ Tandoğan, s. 72, Karahasan, Özel Borç ilişkileri, s. 211, Becker, Art. 364, N. 5. Aynı şekilde iş sahibi eserin müteahhit tarafından yapılması gerektiğini ileri sürüyorsa bunu ispat etmekle yükümlüdür.

¹¹⁵ Tandoğan, s. 73, Karataş, s. 84-86, Yavuz, s. 463, Aral, s. 338-339.

¹¹⁶ Akkanat, s. 61, Tandoğan, s. 73.

¹¹⁷ Gauch, N. 610, Tandoğan, s. 71, Yavuz, s. 463.

¹¹⁸ Tandoğan, s. 72.

edimidir ve buna aykırılık borca aykırılık teşkil eder¹¹⁹. Bu halde, iş sahibi eseri teslim almaktan kaçınabilir ve müteahhidi temerrüde düşürebilir. Buna bağlı olarak da iş sahibi sözleşmeyi feshetmek isterse Borçlar Kanunu’nun 106. maddesinin şartlarına uyarak sözleşmeyi feshedebilir.¹²⁰ Aslında anılan hükme göre iş sahibi dilerse müteahhitten ifa ve gecikme tazminatını dilerse borcun ifa edilmemesinden doğan zararın ödenmesini (müspet zararını) dilerse de sözleşmeden dönme hakkını kullanarak menfi zararın tazminini talep eder. Unutulmamalıdır ki iş sahibinin ifadan vazgeçerek müspet veya sözleşmeyi feshederek menfi zararının giderilmesini talep edebilmesi için kural olarak müteahhide uygun bir mehil vermesi gerekir¹²¹.

b.Müteahhidin İşi Kendi Yönetimi Altındaki Yardımcı Kişilere Yaptırması

Yardımcı kişilere başvurma, meydana getirilecek eserin değerinin düşmesine sebebiyet vermeyecekse müteahhit eseri kendi idaresi altında yaptırtması veya eserin yapılması için yardım alması da şahsen ifa kapsamında kabul edilir. Müteahhidin şahsen ifa borcu, onun yardımcı kişilere başvuramayacağı veya onun edimin ifasını mutlaka ve sadece bizzat yapması gerektiği anlamına gelmez. Nitekim günümüz koşulları çerçevesinde ev inşası veya makine yapımı gibi nitelikli işlerde yardımcı kişilere başvurmak kaçınılmazdır.

Madde metninde “işin mahareti” ‘tabirine yer verilmiştir. Bunun sebebi müteahhidin kendi kişisel maddi ve fikri becerisinin eserin meydana getirilmesinde önemli olup olmadığı hususudur. Müteahhidin şahsının önemli olduğu durumlarda yardımcı kişilere başvurma, meydana getirilecek eserin değerinin düşmesine sebebiyet verecekse veya sözleşme ile amaçlanan sonucu sağlamayacaksa yardımcı kişilerin kullanılması olası değildir¹²². Nitekim Yargıtay da 1990 tarihli bir kararında: “*Sözleşmede inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacak taraflarca kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir. Bu işte davacının şahsi mahareti sonuca etkili görülmemiştir*” hükmüne

¹¹⁹ Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, 6. Bas, İstanbul, 2009, s. 368, Tandoğan, s. 74.

¹²⁰ ATF 103 II 52, Tandoğan, s. 73, Yavuz, s. 463, Zevkliler, s. 314.

¹²¹ Oğuzman / Öz, s. 401vd..

¹²² Gauch, N. 609, Tandoğan, s. 74, Karataş, s. 85, Yavuz, s. 463, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 211–212, Şenocak, Zariye: **Eser Sözleşmelerinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002, s. 19–20, Kılıçoğlu, s. 189, Olgaç, s. 454, Tunçomağ, s. 993-994.

yer vermiştir¹²³. Bununla beraber, müteahhidin kişiliğinin önemli olduğu durumlarda dahi onun kendi yönetimi altında yardımcı kişi çalıştırması eserin değerinde bir azalmaya sebebiyet vermeyecek ise yardımcı kişi çalıştırmak mümkündür. Örneğin bir ressam tablo yapımında yardımcı kişi kullanamaz. Fakat evin inşaatını üstlenen bir müteahhit kendi yönetimi altında usta veya işçi çalıştırabilir¹²⁴.

İşi yardımcı kişiler ile yaptıran müteahhit yardımcı kişilerin seçiminde, onlara talimat verilmesinde veya onların gözetim ve denetiminde özen göstermek zorundadır¹²⁵. Müteahhidin sözleşme konusu işi kendi yönetimi altındaki yardımcılara yaptırmayı halinde doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki türlü sorumluluğu ortaya çıkabilir¹²⁶.

Müteahhidin doğrudan doğruya kendi davranışından doğan sorumluluğu, eserin mutlaka bizzat yapılması gereken hallerde sözleşmeye aykırı olarak yardımcı kişilere başvurusu nedeniyle doğar¹²⁷. Bu gibi durumlarda, müteahhit iş sahibinin uğradığı zararda kusuru olmadığını ispat etmedikçe BK. m. 96 gereğince zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır¹²⁸. Buna göre:

“Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisini hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.”

Dolaylı sorumluluğa sebep olan ikinci halde ise müteahhidin sorumluluğu BK. m. 100’den doğar¹²⁹. Bu halde önemli olan yardımcı kişilerin eseri gereği gibi veya hiç imal etmemiş olmasıdır. Bu durumda müteahhit ancak yardımcı kişi yerine kendisi

¹²³ Y.15.HD. T. 10.12.1990, E. 2197, K. 2583, Kostakoğlu, s. 446.

¹²⁴ Tandoğan, s. 74, Karataş, s. 85, Yavuz, s. 463, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 211–212, Şenocak, s. 19–20, Kılıçoğlu, s. 189, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 993–994.

¹²⁵ Zevkliler, s. 314, Şenocak, s. 20, Kılıçoğlu, s. 190.

¹²⁶ Tandoğan, s. 74–76, Yavuz, s. 464.

¹²⁷ Kılıçoğlu, s. 191, Tunçomağ, s. 995.

¹²⁸ Tercier, s. 422, N. 3422, Tandoğan, s. 76, Yavuz, s. 464, Oğuzman / Öz, s. 368.

¹²⁹ Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 995, Oğuzman / Öz, s. 368, Tandoğan, s. 76, Karataş, s. 86, Kılıçoğlu, s. 192–193, Yargıtay da bir kararında çalıştırdığı işçinin çaktığı çivinin kabloya isabet etmesi sonucu doğan zarardan müteahhidin sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Y.15.HD. T. 20.03.2003, E. 5236, K. 1444, Karataş, s. 87. Aynı yönde, Y.15.HD., T. 14.02.1983, E. 166, K. 248, Karataş, s. 88.

böyle bir davranışta bulunsaydı kusurlu sayılmayacağını ispat etmekle sorumluluktan kurtulabilir¹³⁰.

c. Müteahhidin Borcunu Tamamen veya Kısmen Alt Müteahhitlere Devretmesi

Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

“(...)Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin ehemmiyeti yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir.”

Madde metninden de anlaşılacağı üzere şahsi yeteneklerin önemli olmadığı durumlarda, genel kuralın aksine müteahhidin işi başkasına yaptırma veya devir yetkisi vardır¹³¹. Müteahhit, eseri meydana getirme borcunu, kendi nam ve hesabına yapacağı bağımsız bir eser sözleşmesiyle başkalarına, alt müteahhitlere devredebilir¹³².

Alt müteahhitlik sözleşmesi, asıl müteahhidin eseri meydana getirme borcunun ifasının tümünü veya bir kısmını kendi adına ve hesabına yaptığı bağımsız bir eser sözleşmesiyle başka bir müteahhide (alt müteahhide¹³³) bıraktığı sözleşmedir¹³⁴. Müteahhit firmanın işi yaptırdığı şubeleri bu anlamda alt müteahhit sayılmazken¹³⁵ bir holdingin yavru veya ana ortakları alt müteahhit kabul edilir¹³⁶.

Alt müteahhidin mutlaka ilk müteahhitten bağımsız olarak çalışması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Federal Mahkeme'ye göre¹³⁷ alt müteahhit asıl müteahhitten bağımsız olarak ve onun kişisel denetim ve gözetimi olmadan çalışan

¹³⁰ Oğuzman / Öz, s. 370-371, Tandoğan, s. 76, Karataş, s. 86, Kılıçoğlu, s. 192-193.

¹³¹ Gauch, N. 611, Tercier, s. 422-423, N. 3423, Aral, s. 338, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 994, Kılıçoğlu, s. 195.

¹³² Tandoğan, s. 71, Eren, İnşaat Hukuku, s. 65, Yavuz, s. 463, Aral, s. 339, Gauch, N. 138.

¹³³ Doktrinde ve uygulamada yardımcı kişi veya taşeron olarak da anılmaktadır. Akkanat, s. 8, yazarın yaptığı tanıma göre taşeron: “kendi sorumluluğu altında yapı eserinin bir kısmının veya tamamının meydana getirilmesi amacıyla yapılan sözleşme gereği asıl müteahhit tarafından görevlendirilmiş bulunan müteahhittir.” Aynı yönde bkz. Karataş, s. 89.

¹³⁴ Gauch, N. 137-138, Tandoğan, s. 77, Yavuz, s. 465, Karataş, s. 89, Aral, s. 339.

¹³⁵ Akkanat, s. 10, Gauch, s. 46, N. 144, Tandoğan, s. 78.

¹³⁶ Gauch, s. 46, N. 144, Tandoğan, s. 78.

¹³⁷ JdT 1991 I 173, <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction>.

ifa yardımcısıdır¹³⁸. Bağımlı ifa yardımcılarından farklı olarak bağımsız alt müteahhitlerin devredilen işin ifasında asıl müteahhitten daha uzman olmaları gerekmektedir¹³⁹. Nitekim asıl müteahhit işi bir alt müteahhide devre yetkili dahi olsa uzman bir alt müteahhit seçmediği sürece gerekli özeni göstermemiş sayılır¹⁴⁰. Belirtmek gerekir ki bağımlı müteahhitler ile asıl müteahhitler arasında bir hizmet sözleşmesi bulunduğu halde, alt müteahhitler ile asıl müteahhitler arasında asıl sözleşmeden bağımsız bir eser sözleşmesi mevcut olur¹⁴¹. Bu sebeple alt müteahhit, sözleşme konusu eseri bir ücret karşılığında meydana getirmek ve iş sahibine değil asıl müteahhide teslim etmekle mükelleftir. Diğer bir ifadeyle alt müteahhit iş sahibine değil alt müteahhide borçlu olur. Bunun bir sonucu olarak da, iş sahibi sadece ilk müteahhide karşı borç altına girer¹⁴².

Bağımsız bir sözleşme olması asıl müteahhide birden fazla alt müteahhit ile sözleşme yapabilme yetkisi tanıdığı gibi alt müteahhide de başka bir alt müteahhit ile sözleşme yapabilme yetkisi tanır. Böylelikle alt müteahhit de kendi adına ve hesabına yapacağı bir sözleşme ile yüklendiği borcun ifasını başka bir alt müteahhitten talep edebilir.¹⁴³

Böyle bir alt müteahhitlik sözleşmesinin varlığı halinde alt müteahhit ile iş sahibi arasında sözleşmeye dayalı herhangi bir hukuki ilişkiden bahsedilmez. Buna mukabil, asıl müteahhit ile iş sahibi arasında halen bir eser sözleşmesi mevcuttur. Asıl müteahhidin iş sahibine karşı olan sorumluluğu bundan kaynaklanır¹⁴⁴.

Asıl müteahhit işi devrettiği alt müteahhidin davranışlarından dolayı iş sahibine karşı sorumludur. Onun bu sorumluluğu, işi alt müteahhide devir yetkisinin bulunup bulunmamasına göre farklılık gösterir¹⁴⁵. İş alt müteahhide devir yetkisi bulunan hallerde asıl müteahhit sadece BK. m. 100 gereğince sorumlu olur¹⁴⁶. Nitekim Federal Mahkemenin de belirttiği gibi bu halde alt müteahhit asıl müteahhidin ifa

¹³⁸ Akkanat, s. 71, Eren, İnşaat Hukuku,, s. 65, Ancak bazı yazarlar alt müteahhidin tam bağımsız olarak çalışmasının şart olmadığını savunmaktadır.Bu görüşü savunanlar için bkz. Tandoğan, s. 77.

¹³⁹ Akkanat, s. 8: “Taşeron genellikle belirli konuda uzmanlaşmış bir müteahhittir.”, Tandoğan, s. 77, Karataş, s. 89.

¹⁴⁰ Tandoğan, s. 77, Karataş, s. 89.

¹⁴¹ Tercier, N. 3368, Gauch, N. 145, Akkanat, s. 71, Aral, s. 340, Tandoğan, s. 77, Karataş, s. 90.

¹⁴² Karataş, s. 91, Tandoğan, s. 82, 84, Aral, s. 340, Gauch, N. 144-145.

¹⁴³ Karataş, s. 91, Gauch, N. 142, Tandoğan, s. 82.

¹⁴⁴ Tercier, s.416, N. 3371- 3375, Gauch, N. 176-177.

¹⁴⁵ Gauch, N. 176, Akkanat, s. 154, Aral, s. 341.

¹⁴⁶ Akkanat, s. 154-155.

yardımcısıdır¹⁴⁷. Asıl müteahhidin böyle bir devir yetkisi bulunmadığı hallerde ise sadece BK. m. 96 gereğince sorumlu sayılır. Nitekim bu halde asıl müteahhit iş sahibi ile yaptığı ana sözleşmeye aykırı hareket etmiştir¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Tercier, s. 416, N. 3373, Gauch, N. 177, Aral, s. 341, JdT 1991 I 173, <http://www.bger.ch/fr/index/juridiction>.

¹⁴⁸ Gauch, N. 177, Akkanat, s. 160, Aral, s. 341.

2. ESERİN MEYDANA GETİRİLMESİ İÇİN GEREKLİ ARAÇ, GEREÇ VE MALZEMELERİ SAĞLAMA BORCU

a. Araç ve Gereçlerin Sağlanması

Araç ve gereçler, çalışma bittikten sonra tamamlanmış olan eserden ayrılabilen veya müteahhidin mülkiyetinde olduğu için geri alınabilen şeylerdir. Bir inşaatın yapımında kullanılan testere, kaldıraç vs. çalışma aracı sayılmasına karşın ressamın kullandığı boya malzeme niteliğindedir¹⁴⁹. Söz konusu çalışma araç ve gereçlerinin hizmet sözleşmesindeki aksine müteahhit tarafından sağlanması gerekmektedir¹⁵⁰. BK. m. 356 / f. III konuyu aşağıdaki şekilde düzenlemiştir:

“Hilafına adet veya mukavele olmadıkça, müteahhit, imal olunacak şeyin icrası için lazım olan vasıtaları ve alat ve edevatı kendi masrafiyla tedarik etmeğe mecburdur.”¹⁵¹

Müteahhidin buradaki yükümlülüğü araç ve gereci sağlamakla sınırlı değildir. O ayrıca bu araç ve gereçlerin masraflarını karşılamakla¹⁵² ve araçlara gerekli enerji veya yakıtı sağlamakla yükümlüdür.¹⁵³ Müteahhit ayrıca sağladığı araç gerecin söz konusu eserin üretilmesine elverişli olmasıyla da yükümlüdür¹⁵⁴. Müteahhidin yükümlülüğüne ilişkin emredici nitelikte olmadığından tarafların arasındaki sözleşmede ile araç ve gereçlerin iş sahibince sağlanacağı kararlaştırılabilir. Bu halde ise müteahhit, bunların özenle kullanılmasından sorumlu olur¹⁵⁵.

b. Malzemenin Sağlanması

Malzeme eserin meydana getirilmesinde kullanılan ve eserde kalan kum, çimento, beton, demir veya binaya monte edilecek tesisat gibi maddelerdir. Bu maddeler ham madde olabileceği gibi küvet, prefabrike yapı elemanları gibi önceden meydana

¹⁴⁹ Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 996, Tandoğan, s. 102, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 37, Gökyayla, s. 154.

¹⁵⁰ Tercier, s. 423, N. 3426, Hatemi /Serozan /Arpacı, s. 355, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 996, Becker, s. 601, Berki, s. 144, Bilge, s. 250., Eren, İnşaat Hukuku, s. 68, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 37.

¹⁵¹ Borçlar Kanunu Tasarısında konuya ilişkin herhangi bir yeniliğe gidilmemiştir. Sadece “imal olunacak şeyin icrası için” tabiri “eserin meydana getirilmesi için” tabiri şeklinde düzeltilmiştir. Tasarı, s. 115, 459.

¹⁵² Tandoğan, s. 102, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 37..

¹⁵³ Tercier, s. 423, N. 3426.

¹⁵⁴ Aral, s.344, Becker, s. 601.Eren, İnşaat Hukuku, s. 68.

¹⁵⁵ Aral, s. 344.

getirilmiş maddeler de olabilir¹⁵⁶. Ancak arsalar, planlar, şantiyeler veya müteahhide değiştirilmesi için verilen şeyler malzeme kavramına girmez¹⁵⁷. Malzeme eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaz. Başka bir ifadeyle eseri meydana getirecek olan müteahhit malzemeyi de meydana getirmekle yükümlü değildir¹⁵⁸.

Borçlar Kanunumuzda eser sözleşmesini düzenleyen hükümler içerisinde eserin meydana getirilmesinde kullanılacak malzemenin kimin tarafından sağlanacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁵⁹. Ne yazık ki bu konu Borçlar Kanunu Tasarısında da açıklığa kavuşturulmamıştır. Doktrinde bazı yazarlar, araç ve gereçlerin müteahhitçe sağlanmasına ilişkin BK. m. 356 / f.III hükmünün malzemenin sağlanmasını da kapsayacak şekilde uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar¹⁶⁰. Diğer bir grup yazar ise malzemenin müteahhit tarafından sağlanması gerektiğini¹⁶¹, bu durumun BK. m. 357 / f.I'den kaynaklandığını ileri sürmektedir. Anılan hükme göre:

“Müteahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta satıcı gibi mütekeffildir.”

Bu görüşü savunanlara göre, malzemenin müteahhitçe sağlanacağına ilişkin hüküm, iş sahibince sağlanacağına ilişkin BK. m. 357 / f.II hükümden önce düzenlenmiştir. “(...) Malzeme iş sahibi tarafından verilmiş ise (...)” kavramından genel kural olarak müteahhitçe sağlanacağı sonucu çıktığını iddia etmişlerdir¹⁶². Tercier’e göre ise malzeme prensip olarak iş sahibince sağlanmalıdır¹⁶³. Uygulamada genellikle bu konuda açık veya örtülü uyuşmaya varıldığından bu konudaki farklı görüşleri ayrıntıları ile açıklamaya gerek görmüyoruz.

¹⁵⁶ Gauch, N. 66., Eren, İnşaat Hukuku, s. 69, Gökyayla, s. 155.

¹⁵⁷ Olgaç Borçlar Kanunu, s. 901, Tandoğan, s. 104, Gauch, N. 68, 71, 72, 73, Aral, s. 344, Eren, s. 69, Yavuz, s. 469.

¹⁵⁸ Gauch, N. 66.

¹⁵⁹ Gauch, N. 65, 74, Tercier, s. 423, N. 3429, Tandoğan, s. 104, Farklı görüşler için bkz. Tandoğan, s. 105.

¹⁶⁰ Tandoğan, s. 104, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 899, yazara göre sözleşmede malzemenin verileceği kararlaştırılmamışsa iş sahibi tarafından verilmesi esastır.

¹⁶¹ Erman, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 37, yazara göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatla kullanılacak olan malzeme müteahhit tarafından sağlanmalıdır.

¹⁶² Tandoğan, s. 105, Aral, s. 345, Eren, İnşaat Hukuku, s. 69.

¹⁶³ Tercier, s. 423, N.3429.

Müteahhidin malzemeye ilişkin yükümlülükleri, sağlayanın iş sahibi veya kendisi olmasına göre farklılık gösterir. Malzeme, müteahhit tarafından sağlanıyorsa, eserin sözleşmede belirtilen şekilde üretilebilmesine elverişli olmalıdır¹⁶⁴. Bu konuda aksine bir anlaşmaya varılmadıkça malzemenin en az orta kalitede olması gerektiğine dair Borçlar Kanunu'nun 70. maddesinin son cümlesi uygulama alanı bulur¹⁶⁵. Buna göre:

*“(...) Bununla beraber borçlu, mutavassıt vasıftan aşığı
vasıfta bir şey veremez.”*

Müteahhit bu yükümlülüğünü yerine getirirken malzemenin çeşidini ve malzemeyi satın alacağı şahsı seçmede serbesttir¹⁶⁶. Kullanılacak malzemenin ayıplı olması sebebiyle uğranılan zarardan hangi tarafın sorumlu olacağı hususu da doktrinde tartışmalıdır¹⁶⁷. Tunçomağ tarafından savunulan görüşe göre müteahhit ancak malzemeyi seçmede kusurlu ise sorumludur. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz gibi malzeme eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaz; müteahhit malzemeyi değil eseri meydana getirmekle yükümlüdür. Ayrıca malzemeyi sağlayan tedarikçi BK. m. 100 anlamında müteahhidin ifa yardımcısı da sayılmadığından müteahhidi bu anlamda sorumlu tutmak yerinde olmaz¹⁶⁸. Bizim de kabul ettiğimiz ve doktrinde Gauch ve Tandoğan'ın savunduğu diğer bir görüşe göre ise Borçlar Kanunu'nun 357. maddesinin birinci fıkrası gereği malzemeyi kendi sağlayan müteahhit bundaki ayıplardan satıcı gibi sorumlu olduğundan malzemenin seçiminde veya imalinde kendi kusuru olmasa dahi sorumludur¹⁶⁹.

Müteahhit tarafından sağlanan malzemenin telefi halinde ise BK. m. 368 / f.II gereği hasar malzemeyi sağlayan müteahhide ait olur¹⁷⁰. Konuya ilişkin hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

¹⁶⁴ Gauch, N. 83, Tercier, s. 423, N. 3432, Werro / Thévenoz, s. 1885, N. 6, Tandoğan, s. 106.

¹⁶⁵ Werro / Thévenoz, s. 1885, N. 6, Tercier, s.423, N.3432, Tandoğan, s. 106.

¹⁶⁶ Gauch, N. 83, Tandoğan, s. 106.

¹⁶⁷ Farklı görüşler için bkz. Tandoğan, s. 107-108.

¹⁶⁸ Tunçomağ, Özel Hükümler, s.998, Tandoğan, s. 108.

¹⁶⁹ Gauch, N. 85, 1481, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 998, Tandoğan, s. 108. Borçlar Kanunu Tasarısında konu duraksamaya yer bırakmayacak biçimde düzenlenmiştir. Buna göre: “*Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.*” Tasarı, s. 116, 459

¹⁷⁰ Gauch, N. 85, 1184.

“(...) Bu takdirde, telef olan malzeme kime ait ise hasarı da ona aittir.(...)”

Malzemenin iş sahibince sağlandığı hallerde ise müteahhidin üç yükümlülüğü söz konusu olur. Bunlardan birincisi BK. m.357 / f.III 'te ayrıntıları ile verilmiştir. Buna göre:

“İş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa mütaahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeğe mecbur aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir.”

Görüldüğü gibi, müteahhit iş sahibinin sağladığı malzemeyi muayene ederek eserin meydana getirilmesine uygun olup olmadığının tespit etmek ve malzeme ayıplı ise iş sahibine bildirmekle yükümlüdür¹⁷¹. Malzemenin elverişsiz olduğu işin devamı sırasında ortaya çıkarsa müteahhit bunu iş sahibine bildirmek ve onun talimatını beklemekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde müteahhit doğacak zararı tazminle yükümlü olur¹⁷².

İkinci olarak müteahhit, iş sahibinin sağladığı malzemeyi kullanmada, depolamada ve saklamada gerekli özeni göstermekle yükümlüdür¹⁷³. Bu yükümlülük özen yükümlülüğünün özel bir görünümüdür. Müteahhidin bu sorumluluğu BK. m. 357 / f. II'den kaynaklanır:

“Malzeme iş sahibi tarafından verilmiş ise, müteahhit, onları layık olan bütün ihtimam ile kullanmak ve bundan dolayı hesap vermek ve artanı iade etmekle mükelleftir.”

¹⁷¹ Gauch, N. 81, Tandoğan, s. 109, Aral, s. 347, Berki, s. 144, Bilge, s. 251, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 189.

¹⁷² Tandoğan, s. 109, Aral, s. 347, Bilge, s. 251.

¹⁷³ Gauch, N. 81, 823, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 899, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 999, Tandoğan, s. 109, Aral, s. 347.

Bu yükümlülüğe aykırı davranması halinde de müteahhit yine BK. m.96 gereğince uğranılan zararı tazminle yükümlü olur¹⁷⁴.

Yukarıdaki madde metninde görüldüğü gibi müteahhidin üçüncü ve son yükümlülüğü de malzemenin harcanması hakkında hesap verme ve kalanını iade etmektir. Müteahhit geri kalan malzemeyi bozması veya kaybetmesi halinde değerini tazminle yükümlü olur¹⁷⁵.

3. İŞİ SADAKAT VE ÖZENLE YAPMA BORCU

a. Sadakat Borcu

Sadakat borcu, müteahhidin iş sahibi yararına olan şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak borcu demektir. Bu borç eser sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi olmasından doğar. Borçlar Kanunu'nda açıkça belirtilmemiş olmasına karşın¹⁷⁶ tasarısının 471. maddenin 1. fıkrasında özen borcu ile birlikte açıkça düzenlenmiştir. Buna göre:

“Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.”

Kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmemesine rağmen Borçlar Kanunu'nda müteahhidin sadakat borcunun özel görünümüne rastlamak mümkündür. Sözgelimi müteahhidin ihbar yükümlülüğünden doğan, malzemeye ilişkin bilgi ve hesap verme yükümlülüğü olduğu gibi¹⁷⁷ ; o, eserin meydana getirilmesi sırasında öğrendiği yeni fikirleri veya planları saklı tutmakla ve bunları başka eserlerin meydana getirilmesinde kullanmamakla da mükelleftir¹⁷⁸.

¹⁷⁴ TD., T. 16.03.1963, E. 4485, K. 1471, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 904, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 999, Tandoğan, s. 109, Aral, s. 347.

¹⁷⁵ Gauch, N. 81, 813, Tercier, s. 424, N. 3435, Tandoğan, s. 110, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 1000, Aral, s.347, Berki, s. 144, Bilge, s. 252. Borçlar Kanunun Tasarısında malzemenin iş sahibince sağlandığı hallerde müteahhidin sorumlulukları bakımından bir değişiklik yapılmamıştır. Bununla beraber dili sadeleştirilmiştir, Tasarı, s. 116, 459.

¹⁷⁶ Tercier, s. N. 3457, Gauch, s. 242, N. 820, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 32, Aral, s. 349, Tandoğan, s. 49, Yavuz, s.457, Gökyayla, s. 168.

¹⁷⁷ Tercier, s. N. 3459, Gauch, s. 242, N. 820, Tandoğan, s. 49, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 33.

¹⁷⁸ Gauch, s. 242, N. 829, Tercier, s. 426, N. 3457, Werro / Thévenoz, s. 1876, N. 5, Yavuz, s. 458, Tandoğan, s. 50.

Müteahhit sadakat borcuna aykırı davranmış ise iş sahibinin bu yüzden uğradığı zararı ödemekle yükümlüdür. Buna ek olarak bu borca aykırı davranması sebebiyle müteahhit bir kar elde etmiş ise BK. m. 414 kıyas yoluyla uygulanır ve iş sahibi müteahhidin elde ettiği karın kendisine devrini de talep edebilir. Sözleşme konusu eser teslim edilmiş olsa dahi müteahhit sadakat borcuna aykırılıktan doğan borcunu ödemekle mükelleftir¹⁷⁹. Eser henüz meydana getirilmemiş ise iş sahibi BK. m. 369' a veya BK. m. 358 / f.II ile BK. m. 106'ya dayanarak sözleşmeden dönebilir¹⁸⁰.

b. Özen Borcu

Müteahhidin özen borcu yukarıda incelediğimiz sadakat borcundan farklı olarak Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinde açıkça ifadeyle düzenlenmiştir¹⁸¹. Buna göre:

“Müteahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir.”

Görüldüğü gibi müteahhit, eseri meydana getirirken, genellikle hizmet sözleşmesinde işçinin göstermek zorunda olduğu özeni göstermekle yükümlüdür. Madde metninde *“umumi surette”* tabiri kullanılmıştır. Doktrinde savunulan görüşe göre *“genellikle”* anlamına gelen böyle bir tabirin kullanılma sebebi müteahhidin göstermekle yükümlü olduğu özenin esasen işçinin göstermekle yükümlü olduğu özenden daha ağır olması gerektiğidir. Zira müteahhit hizmet sözleşmesindeki işçiye oranla işin ehlidir ve iş sahibinden bağımsızdır¹⁸². Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun

¹⁷⁹ Yavuz, s. 458, Tandoğan, s. 50-51.

¹⁸⁰ Tandoğan, s. 50-51, Zevkliler, s. 313, Gökyayla, s. 169.

¹⁸¹ Gauch, s. 240, N. 813, Gökyayla, s. 169.

¹⁸² Gauch, s. 248, N. 840, Werro / Thévenoz, s. 1875, N. 2, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 987, Tandoğan, s. 54, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 35, Aral, s. 348, Yavuz, s. 459, Seliçi, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 92-94. Aynı yönde Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı için bkz. Uygur, C. 6 , s. 7629, YHGK., T. 30.10.1991, E. 15-373, K. 533. Borçlar Kanunu Tasarısının konuya ilişkin 471. maddesinin ilk fıkrasında şu şekildedir: *“Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.”*

Böylelikle tasarımı hazırlayanlar sorumluluğun benimsenmesinde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlere gönderme yapmak yerine müteahhidin üstlendiği edimleri iş sahibinin menfaatlerini göstererek sadakat ve özenle ifa etmek zorunda olduğunu belirtilmiştir.

Ayrıca tasarımı hazırlayanlar yürürlükteki 356. maddeden farklı olarak müteahhidin göstermesi gereken özenin ölçüsünü de aynı maddenin (BKT 471) ikinci fıkrasında düzenlemiştir. Buna göre:

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

bir kararında konu şu şekilde ele alınmıştır: “...Belirtmek gerekir ki, iş sahibinin zarar gördüğü hallerde yüklenicinin sorumluluğu, BK.nun 356/ilk maddesinden kaynaklanır. Anılan madde hükmüne göre yüklenicinin sorumluluğu aynı Kanunun 321. maddesinde belirtilen işçinin hizmet aktindeki sorumluluğu gibidir. Öğreti ve uygulamada yüklenicinin tacir olduğu haller bir yana, iş sahibine nazaran bağımsız çalışması, işin ehli olması da göz önünde bulundurularak sorumluluğu hizmet aktine dayalı olarak çalışan işçiye nazaran daha ağır kabul edilmektedir. İş sahibinin zarara uğramasına neden, olmaktan kaçınması yüklenicinin "özen borcu" gereğidir. Özen borcu BK.nun 96. maddesinde yerini bulan sorumluluğun özel şeklidir. Yasa koyucu istisna akdinde sorumluluğu akdin sonucuna bırakmamış, özel hüküm getirmiş olmakla özen borcuna ne denli önem verildiğini göstermiştir. Bu itibarla aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını ve miktarını ispatlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti ise yükleniciye aittir¹⁸³. ”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun da belirttiği gibi BK. m. 356’da düzenlenen özen yükümlülüğü taraflar arasındaki güven ilişkisine dayanmaktadır. Müteahhit, eseri meydana getirirken ve teslim ederken iş sahibinin tüm menfaatlerini korumalıdır¹⁸⁴. Örneğin bu anlamda Borçlar Kanunu’nun m. 357 / f.II özen yükümlülüğünün özel bir

Görüldüğü gibi bu halde objektif bir ölçüt göz önünde bulundurulacak ve müteahhidin benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir müteahhidin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınacaktır, Tasarı, s. 115, 458.

¹⁸³ YHGK., T. 12.10.1994, E. 15/265, K. 600, Kazancı Hukuk Otomasyonu. Aynı yönde karar için bkz. YHGK., T. 09.10.1991, E. 340, K. 467, YKD., 1992, S. 1, s. 33-42, Yargıtay da 2003 yılında verdiği bir kararda aynı görüşü benimsemiştir. Karar şöyle kaleme alınmıştır: “Davacıya ait kesim motorunun davalı tarafından onarılmasına ilişkin yanlar arasında sözlü akit yapıldığı çekişmesizdir. Bu akdi ilişki, hukuksal niteliğince Borçlar Yasasının 355.maddesinde tanımlanan bir "eser" sözleşmesi olup; davacı iş sahibi, davalı yüklenicidir. Onarımı, yüklenilen davacıya ait kesim motorunun davalının iş alanındayken yani atölyesinden alınmış olduğunda da yanlar arasında uyumsuzluk yoktur. Yüklenici, yapımını yüklediği işi, sözleşme hükümlerine, öngörülen amaca, fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak ve belirlenmiş ise süresinde, teslim süresi belirlenmemişse işin niteliğine göre uygun sürede iş ya da eseri sahibine teslim etmekle yükümlüdür. (B.K.md.356) Yüklenicinin bu özen borcu, yüklediği ediminin ifası için yapılması gereken hazırlık çalışmalarından eserin teslimine kadar devam eder. Yüklenicinin özen borcunun derecesi, işçinin, iş sözleşmesi gereğince işini yaparken göstermesi gereken özen gibi olduğu halde; sorumluluğu, bilgisi ve ekonomik gücü itibarıyla işinin uzmanı sayıldığından işçiye nazaran daha ağırdır. (B.K.m.321) ” Y.15.HD., T.08.02.2006 ,E. 2513, K. 587, Kazancı Hukuk Otomasyonu.

¹⁸⁴ Gauch, s. 242, N. 817, Tercier, s. 426, N. 3457, Y. 15.HD., T. 03.04.1996, E. 1531, K. 1892, Uygur, C. 6, s. 7628 : “(...) özen borcu sözleşmenin yapıldığı anda başlar, işin eksiksiz ve ayıpsız tamamlanmasına kadar sürer.”

görünümüdür. Buna göre işin zamanında ve eksiksiz yapılması mümkün olmuyor veya zorlaşıyorsa, müteahhidin iş sahibini derhal uyarması gerekir¹⁸⁵.

Eser sözleşmesinde iş sahibine diğer sözleşmelerden farklı olarak eser tamamlanmadan veya eserin tesliminden evvel sözleşmeden dönme hakkı verilmiştir. Örneğin iş sahibi, BK. m.358 / f.I uyarınca işin icrasındaki gecikme sebebiyle akdi feshedebilir; BK. m. 358 /f. II uyarınca sözleşmeye aykırı icra sebebiyle işin üçüncü kişiye yaptırılmasını talep edebilir veya BK. m. 367 gereğince keşif bedelinin aşılması sebebiyle sözleşmeden dönebilir. İşte bu gibi durumlarda, ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamayacağından, iş sahibi, özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığını ispat ederek müteahhitten doğan zararlarının tazminini talep edebilir¹⁸⁶.

Bazı durumlarda da eser tamamlanmış ve sözleşmeye uygun olarak teslim edilmiş olmasına rağmen müteahhidin özen borcuna aykırı bir davranışı, iş sahibine veya onun sorumlu olduğu kişilere zarara verebilir. Örneğin, ev sahibinin evi tamir için sözleşme yaptığı müteahhidin işçileri, kiracının eşyalarını koruyucu önlemler almadan işi görmeye başlar ve kiracının evdeki mallarına zarar verirse ev sahibi kiracının bu zararlarından özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle müteahhidi sorumlu tutabilir¹⁸⁷.

Yargıtay, davalının (sözleşmede müteahhit tarafın) fabrikasına teslim edilen malların fabrikada çıkan yangın sonucu telef olması halinde, hiç kusuru bulunmadığını ispat etmediği sürece davalı müteahhidi kusurlu saymıştır¹⁸⁸. Yargıtay başka bir kararında hırsızlığa karşı gerekli önlemi almamış olan kuyumcu dükkanı sahibini, onarılması için kendisine bırakılan broşun çalınmasından sorumlu tutmuştur¹⁸⁹.

Özen yükümlülüğüne aykırı hareket eden müteahhide karşı iş sahibinin başvurabileceği yollar çeşitlidir. İş sahibi dilerse BK. m. 96 gereği müteahhidin kötü ifa etmesi veya hiç ifa etmemesi dolayısıyla uğradığı zararların tazminini talep

¹⁸⁵ Gauch, s.240, N. 813- 77- 81, Y. 15.HD., T. 03.04.1996, E. 1531, K. 1892, Uygur, C. 7, s. 7627.

¹⁸⁶ Tandoğan, s. 52.

¹⁸⁷ Tandoğan, s. 52.

¹⁸⁸ Y. 4. HD., T. 26.05.1958, E. 3887, K. 3655, Uygur, C. 7, s. 7618, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 991.

¹⁸⁹ Y.15.HD., T. 24.01.1991, E.2793, K.148, Uygur, C. 7, s. 7620.

edebilir¹⁹⁰. Öte yandan BK. m. 358 / f.II' ye dayanarak işin müteahhitçe düzeltilmesini bu düzeltmenin mümkün olmadığı hallerde ise hasar ve masraflar müteahhide ait olmak koşuluyla işin başkasına yaptırılmasını talep edebilir. Konuya ilişkin düzenleme şu şekildedir:

“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 devamı üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir.”

Bununla birlikte iş sahibi müteahhitten BK. m. 97'ye dayanarak da aynı taleplerde bulunabilir. Nitekim BK. m. 97, BK. m. 358/ f.II' deki hükmü ile paraleldir¹⁹¹. Şöyle ki BK. m. 97' ye göre:

“Bir şeyin yapılmasına müteallik borç borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir.”

Ancak iş sahibi burada işi mutlaka başkasına yaptırmak zorunda değildir. Bazı yazarlara göre de iş sahibi dilerse Borçlar Hukukunun genel hükümleri çerçevesinde tekrardan mehil vermeye gerek olmaksızın BK. m. 106 ile kendisine tanınan haklardan da yararlanabilir¹⁹². Nitekim BK. m. 358 / f.II'nin masraflar müteahhide ait olmak koşuluyla işin başkasına yaptırılabilmesi yolu BK. m. 106'daki borcun ifa edilmemesi nedeniyle dolayı uğranılan müspet zararın tazmini anlamına gelmektedir¹⁹³.

¹⁹⁰ YHGK, T. 12.10.1994, E. 265, K. 600, Uygur, C. 7 s. 7626 : “(...) İş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınması, yüklenicinin “özen borcu” gereğidir. Özen borcu BK.'nın 96. maddesinde yerini bulan sorumluluğun özel şeklidir(...)”

¹⁹¹ Olgaç, s. 462.

¹⁹² Olgaç, s. 460, Yavuz, s. 461, Tandoğan, s. 60-68.

¹⁹³ Yavuz, s. 461, Tandoğan, s. 60-68.

4. GENEL İHBAR BORCU

Müteahhidin ihbar yükümlülüğü de BK. m.357 / f.III' ten doğar. Hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

“İş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalatın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa mütaahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeğe mecbur aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir.”¹⁹⁴

Müteahhidin bu yükümlülüğünün doğması için eserin meydana getirilmesini veya zamanında teslimini tehlikeye sokan hususları bilmesi gerekir¹⁹⁵. Ancak kendisi bilmesede dahi ihbar edilmesi gereken husus açıkça belliyse veya ifa yardımcılarının veya kendi nam ve hesabına sözleşme yaptığı alt müteahhitlerce biliniyorsa müteahhit yine sorumludur. Müteahhidin bu yükümlülüğünün doğması için ihbar edilmesi gereken hususun kesinlik kazanması da gerekmez. Diğer bir anlatımla müteahhidin bu yükümlülüğü, bildiği veya teknik bilgisi kapsamında bilmesi gereken tüm hususları kapsar¹⁹⁶. Nitekim Yargıtay da “(...) gerçekte yer tespiti ve proje idarece yapılmış olmakla, köprüünün yıkılmasında idarenin birinci dere kusurlu olarak kabulü doğrudur. Ancak BK. 'nun 357. maddesi hükmünce müteahhit köprü yerinin isabetli olup olmadığını ve kendisine verilen projenin fenne ve amaca uygun bulunup bulunmadığını inceleyerek, inşaattın fenne uygun ve muntazam şekilde icrasını tehlikeye koyacak bir halin varlığını tespit ederse durumu iş sahibine derhal ihbar etmek zorunluluğundadır. Oysa, davacı idarenin kusur sebepleri davalı yüklenici tarafından inşaat öncesi ve inşaat sırasında incelenmemiş ve böylece ihbar

¹⁹⁴ Bu hüküm Borçlar Kanunu Tasarısının 472. maddesinin üçüncü fıkrasında aynen benimsenmiştir. Anılan hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

“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.”

¹⁹⁵ Gauch, s. 245, N. 831, Tandoğan, s. 111, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 1001.

¹⁹⁶ Gauch, s. 245, N. 831, Tandoğan, s. 111.

yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmakla, davalının da ikinci derecede müterafik kusurlu olarak sorumlu tutulması gerektiğine” hükmetmiştir¹⁹⁷.

Genel ihbar yükümlülüğünün kapsamına açıklama ve yol gösterme yükümlülüğü girer. Örneğin, yaklaşık maliyet tahminleri çok aşıyorsa BK. m. 367 / f.I kapsamında müteahhit bunu iş sahibine bildirmelidir¹⁹⁸. Aynı şekilde tamire verilen şeyin sorununun ne olduğu bilinemiyorsa veya kullanılacak malzeme eserin üretimine elverişli değil ise müteahhidin ihbar yükümlülüğü vardır¹⁹⁹.

Müteahhit genel ihbar yükümlülüğünü gereği gibi veya vaktinde yerine getirmezse Borçlar Kanunu madde 96 gereğince zararı tazminle mükellef olur²⁰⁰. Müteahhidin genel ihbar yükümlülüğünden kurtulabilmesi için bu hususu bilmesinin veya bildirmesinin bir yararı olmayacağını ispat etmesi gerekir. Müteahhidin ihbar edilmesi gereken hususu bildirmesine rağmen iş sahibi işin bu haliyle devamında ısrar ederse bu yüzden doğan zararlardan iş sahibi sorumlu olur. Bunun ispatı için müteahhidin Diğer bir ifadeyle, hasar iş sahibine geçer²⁰¹.

¹⁹⁷ Y. 15.HD., T. 06.05.1991, E. 597, K. 2285, Kostakoğlu, s. 458. Aynı yönde: “(...) sistemi tercih eden ve projeyi yaptıran davacıların, projenin hatalı olduğunu bilebilecek durumda olmadığı açıktır. Bilgi, deneyim ve durumu itibarıyla bu işlerden anlaması gereken davalı yüklenicinin projeyi kontrol ederek, işin yapılmaya elverişli olup olmadığını saptaması, proje fen ve sanat kurallarına aykırı ise bunu iş sahibine ihbar etmesi gereklidir. Olayımızda, kusurlu projeyi yüklenici iş sahibine ihbar etmemiştir. Bu nedenle doğacak zararlardan sorumludur.”, Y.15.HD., T. 05.03.1990, E. 3321, K. 975, Kostakoğlu, s. 461.

¹⁹⁸ Werro / Thévenoz, s. 1877, N. 8, Gauch, N. 836.

¹⁹⁹ Tandoğan, s. 112. Y.15.HD. T. 28.12.2004, E. 2426, K. 6805: “işinin ehli basiretli bir tacir olması gereken davacı yüklenicinin işi fen ve tekniğine uygun olarak yapması davalı iş sahibinin verdiği malzemelerdeki borularda sıvı kalıp kalmadığını kontrol ile tahliye vanası veya deliklerinin bulunmadığını tespit ettikten sonra bunları tamamlaması için iş sahibine uyarıda bulunması veya bu noksanları tamamladıktan sonra işe devam etmesi gerekir. Bu yüklenicinin objektif özen borcunun gereğidir. Davacının kontrol ve uyarı görevini yerine getirmemiş olması nedeniyle davalı iş sahibinin kusurlu olduğunu kabul etmek mümkün değildir. BK.’nın 357 / son maddesine göre uyarı mükellefiyetini yerine getirmeden ve tehlikeyi ortadan kaldıracak önlemleri almadan işe devam eden davacı yüklenici kusurludur. Meydana gelen hasar ve zarardan sorumludur.”, Kocakoğlu, s. 451. Genel ihbar yükümlülüğüne diğer bir örnek için bkz. YHGK, T. 27.09.2000, E. 15-1134, K. 1191, Kazancı Hukuk Otomasyonu.

²⁰⁰ YHGK, T. 27.09.2000, E. 15-1134, K. 1191, Kazancı Hukuk Otomasyonu, Tandoğan, s. 111-112, Gauch, s. 252, N. 853, Zevkliler, s. 315.

²⁰¹ Tandoğan, s. 111-112, Gauch, s. 245, N. 832.

5. İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE DEVAM BORCU

Müteahhit işe zamanında başlamalı ve işi zamanında bitirmelidir. Kanun koyucu konuyu BK m. 358 f. I’ de düzenlenmiştir:

*“Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vakı olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir.”*²⁰²

Görüldüğü gibi eser sözleşmelerinde iş sahibine sadece müteahhidin eseri teslim borcunu ifada temerrüde düşmesi halinde değil imalindeki temerrüt halinde de sözleşmeden dönmehakkı tanınmıştır²⁰³. Söz konusu hüküm iş sahibine, bazı hallerde, teslim zamanını beklemeye gerek olmaksızın Borçlar Kanunu’nun 106. maddesinin kendisine sağladığı yetkileri kullanma imkanı sağlamaktadır²⁰⁴. Buna göre müteahhit işe zamanında başlamaz ise, sözleşme şartlarına aykırı olarak işi ortada bırakırsa, işi geciktirirse veya iş sahibinin kusuru olmaksızın meydana gelen gecikme her ihtimalde müteahhidin işi zamanında bitirmesine imkan vermeyecekse iş sahibi teslim için belirlenen zamanı beklemeden eser sözleşmesinden dönebilir²⁰⁵.

²⁰² 358. maddenin karşılığı olan ve Borçlar Kanunu Tasarısında “İşe başlama ve yürütme” kenar başlığı altında 473. maddede yer alan hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”

Görüldüğü gibi BK. m.358 f. I sadece Türkçeleştirilmiş herhangi bir değişikliğe yer verilmemiştir.

²⁰³ Tandoğan, s. 113, Bilge, s. 252, Gökyayla, s. 160.

²⁰⁴ Seliçi, s. 79, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 908, doktrinde BK m. 358’in iş sahibine hangi hakları sağlayacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüş bu halde akdin müspet ihlalinin söz konusu olduğunu, kötü ifanın sonuçlarının uygulama alanı bulması gerektiğini ve bu bağlamda BK m. 96 uyarınca iş sahibinin tazminat talep edebileceğini kabul etmektedir.

Bizim de savunduğumuz diğer bir görüşe göre ise bu durumda borçlu temerrüdü hükümleri kıyasen uygulanmalıdır.

Üçüncü bir görüş ise bu durumu dürüstlük kuralına aykırılıktan kaynaklanan bir borca aykırılık olarak görmektedir. Buna göre alacağı tehlikeye düşen iş sahibine dürüstlük kuralından kaynaklanan bir sözleşmeden dönme hakkı tanınmalıdır.

²⁰⁵ Olgaç, s. 460, Aral, s. 354, Gauch, N. 668, Tandoğan, s. 113, Öz, İnşaat Hukuku, s. 126, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 907, Gökyayla, s. 159.

Madde metninde de açıkça ifade edildiği gibi müteahhit işe zamanında başlamazsa iş sahibi gerek BK. m. 358 uyarınca sözleşmeden dönebilir gerekse BK. m. 106'nın kendisine tanıdığı imkanları kullanılabilir²⁰⁶. Müteahhidin işe başlama zamanı taraflarca sözleşmede belirlenmiş olabilir ya da hiç kararlaştırılmamış olabilir. Eser sözleşmesinde işe başlama tarihi özel olarak belirtilmedikçe müteahhit işe derhal başlamakla mükelleftir. Onun bu yükümlülüğü Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinden doğar²⁰⁷. Buna göre:

“Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir.”

İş başlama tarihinin sözleşmede açıkça belirlendiği hallerde ise belirlenen bu tarihte işe başlanmamış olması gerekir. Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay teslim tarihi kesin olarak belirlenmiş eser sözleşmelerinde dahi müteahhidin işi zamanında bitirme olasılığı varsa sözleşmenin bozulması yoluna gidilemeyeceği düşüncesini benimsemiştir²⁰⁸.

İş sahibinin sözleşmeden vade tarihinden önce dönmesine imkan veren diğer bir hal de müteahhidin işin icrasını sözleşmeye aykırı olarak geciktirmiş olması halidir. Bu

²⁰⁶ Tandoğan, s. 119, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 56.

²⁰⁷ Tunçomağ, Özel Hükümler, s.1005, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 74, Aral, s. 355, Olgaç, s. 460, Yavuz, s. 470, Tandoğan, s. 114, 123, Seliçi, s.82-83, Gökyayla, s. 163, Olgaç, Borçlar Kanunu, s. 907.

²⁰⁸ Y.15.HD., T. 11.03.1993, E. 3285, K. 1196: “Yanlar arasında tanzim edilen 19.6.1991 günlü sözleşmede işin süresi ruhsat alımından itibaren 20 ay olarak kararlaştırılmıştır. Dava ise 26.8.1991 tarihinde açılmıştır. Bu haliyle ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkının kullanılması söz konusudur. Borçlar Kanununun 358/ilk maddesince, henüz işe başlanılmadan eser sözleşmesinden iş sahibinin dönebilmesi belli koşulların varlığı halinde mümkündür. Yasa metninde; “iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tevhür”den söz edilmektedir. Buna göre “iş sahibine isnadı kabil olmayan gecikme” ön koşuldur. Bunun yanında, 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 olmadığı araştırılması lazımdır. İşe zamanında başlanmasa da vadede eserin bitirilmesi olanağı varsa sözleşmenin bozulması istenemez.” Kazancı Hukuk Otomasyonu. Y.15.HD., T.21.04.1993, E.3812, K. 1371: “(...) Kalan iki aydan az sürede işin tamamlanamayacağı bilrkişice beyan edilmiş, mahkemece yapılan keşif sonucu alınan 23.12.1991 günlü raporda da geçen 10 ay 16 gün süre içerisinde yapılan göre işin kalan sürede bitirilemeyeceği kesin olarak bildirilmiştir. Davada istem, “sözleşmenin feshi” ve “tapu iptalidir”. Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edimi binayı imal ve teslimidir. Oysa davalı yüklenicinin bu edimini kararlaştırılan sürede yerine getiremeyeceği açık olup BK.nun 358. maddesince arsa sahibi sözleşmeden dönmek hakkına sahiptir. Mahkemece de değerlendirme bu şekildedir. O halde, yüklenici bakımından davanın kabulü gerekirken sözleşmenin feshi isteminin de reddi yanlış olmuştur(...)” Kazancı Hukuk Otomasyonu Aynı yönde kararlar için bkz.: Y.15.HD., T. 26.11.1974, E. 898, K. 1922, Y.15.HD., T. 1.2.1979, E. 110, K. 170; Y.15.HD., T. 15.9.1981, E. 1820, K. 1701, Kazancı Hukuk Otomasyonu, Y.15.HD., T. 26.11.1974, E. 898, K. 1922, Dayınlarlı, Yargıtay Kararları, s. 76.

hal onun önceden kararlaştırılan iş programına uymaması, ara vadeleri geciktirmesi veya kullanılacak olan gerekli araç ve gereçleri sağlamaması halinde söz konusu olur²⁰⁹. İş sahibinin eseri teslim tarihini beklemeden sözleşmeden dönebilmesi için gecikmenin, eserin kararlaştırılan tarihte tamamlanmasına engel olacak derecede olması gerekir. Diğer bir anlatımla gecikme kaçınılmaz olmalıdır²¹⁰. Sözgelimi, müteahhit 3 vardiya çalışması gerekirken 1 vardiya çalışmakta ise eserin belirlenen sürede tamamlanmasına olanak yoktur.

Müteahhit sözleşmeye aykırı olarak işi ortada bırakmışsa da iş sahibi vadeden önce sözleşmeyi feshedebilir. Bu halde iş sahibi dilerse sözleşmeyi feshetmek yerine masrafları müteahhide ait olmak üzere eserin başkasına tamamlattırabilir. Burada BK. m. 358 / f. II veya BK. m. 97 / f.I kıyasen uygulanır²¹¹. İş sahibine BK. m. 358’den farklı olarak eserin gerek kendisi tarafından tamamlanmasına gerekse bir üçüncü kişi tarafından tamamlattırılmasına imkan veren BK. m. 97 / f. I aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“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 davası hakkı mahfuzdur.”

İş sahibine masrafları müteahhide ait olmak üzere eseri başka müteahhide tamamlatma hakkı veren, kıyasen uygulanabileceğini önerdiğimiz, Borçlar Kanunu’nun 358. maddesinin 2. fıkrası aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

“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 munasip bir mühlet tayin ederek veya ettirerek bu mühlet içinde icabını icra etmediği halde hasar ve masraflar müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya

²⁰⁹ Aral, s.355, Gauch, N. 670, Tandoğan, s. 114, Seliçi, s. 84.

²¹⁰ Aral, s. 355, Gauch, N. 674, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 58, Y.15.HD., T. 11.03.1993, E. 3285, K. 1196, Kazancı Hukuk Otomasyonu.

²¹¹ Tandoğan, s. 120, Dayınlarlı, Yargıtay Kararları, s. 85, Y.15.HD., T. 28.09.1993, E. 5474, K. 3961, Kazancı Hukuk Otomasyonu.

imalata devamın üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir.”

İş sahibine sözleşmeyi vadeden önce fesih hakkı sağlayan son hal ise iş sahibinin kusuru olmaksızın meydana gelen gecikmenin her halükarda müteahhide işi zamanında bitirme imkanı vermemesi ihtimalidir²¹². Yargıtay “(...)buna göre davacının 11.12.1985 tarihinde davalıya ait bağımsız bölümleri teslim etmesi gerekirken, mahkemece yaptırılan keşfe ilişkin bilirkişi raporunda, yapılan işin fiziki durumu itibariyle, bakiye işin kararlaştırılan sürede bitirilemeyeceğinin tespit edilmiş olmasına, böylece davalının BK. 358 mad. hükmü gereğince sözleşmeyi fesih hakkı doğmuş” olduğuna hükmetmiştir²¹³. Burada sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için müteahhidin kusurlu olması gerekmez.²¹⁴

Yukarıda belirttiğimiz gibi müteahhidin işe zamanında başlamaması, sözleşme şartlarına aykırı olarak işi ortada bırakması veya geciktirmesi veya iş sahibinin kusuru olmaksızın meydana gelen gecikmenin her halükarda müteahhidin işi zamanında bitirmesine imkan vermemesi hallerinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için müteahhide ihtar yapılması gerekir. Her ne kadar 358. maddede açıkça düzenlenmemiş ise de bu hususta kanun boşluğu olduğu ve genel hükümler çerçevesinde iş sahibinin BK. m. 101 / f. I uyarınca gerekli ihtar yapması ve BK. m. 106 / f.I uyarınca da uygun mehilleri vermesi gerektiği kabul edilmektedir²¹⁵. Mehil verilmesi ve ihtarda bulunulması aynı anda yapılabilir. Hatta uygulamada genellikle aynı anda yapıldığı görülmektedir. Ancak doktrinde von Tuhr tarafında savunulan ve katıldığımız görüşe göre BK. m. 358 / f. I bu durumun tek istisnasını oluşturur ve eser sözleşmesinde müteahhidin vade tarihinden önce sözleşmeden dönebilmesi bakımından müteahhide mehil vermeye gerek yoktur²¹⁶.

²¹² Bilge, s. 252, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 61.

²¹³ Y.15.HD. T. 22.03.1988, E. 2479, K. 1143, Kostakoğlu, s. 398.

²¹⁴ Seliçi, s. 82, Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 357, Tunçomağ, Özel Hükümler, s.1009, Tandoğan, s. 115-116, Bilge, s. 252.

²¹⁵ Tandoğan, s. 118, Bilge, s. 252, Aral, s. 356, Seliçi, s. 80, Gökyayla, s. 162, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 56-57, yazara göre burada bir temerrüt hükmü yoktur bu sebeple BK. m. 358'deki hakkın kullanılabilmesi için ihtara gerek yoktur. Bununla beraber, yazar bu halde müteahhide uygun mehil verilmesi gerektiği hususunda diğer yazarlarla hemfikiridir.

²¹⁶ Von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukuku**, (Edege Çevirisi), C. I-II, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s. 620, Tandoğan, Haluk: **Türk Mes'uliyet Hukuku**, 1961, s. 473.

Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinde bahsi geçen "uygun mehil" tabiri, çalışma temposunun, işçi ve araç-gereçlerin sayısının normal derece arttırılması ile işin vaktinde bitirilmesi için beklenebilecek süreyi ifade eder²¹⁷. Bununla birlikte, eğer BK. m. 107'deki durumlardan biri mevcutsa mehil verilmesi gerekmez. Bu hüküm gereğince mehil verilmesini gerektirmeyecek durumlar şunlardır:

"1-Borçlunun hal ve vaziyetinden bu tedbirin tesirsiz olacağı anlaşılırsa,

2 - Borçlunun temerrüdü neticesi olarak borcun ifası alacaklı için faidesiz kalmış ise,

3 - Akdin hükümlerine göre borç tayin ve tesbit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa."

Görüldüğü gibi işin yapılmasındaki gecikme tüm tahminlere rağmen müteahhidin işi belli bir zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecedeyse veya müteahhit borcu ifa etmeyeceğini beyan etmiş ise mehil vermek gerekmez²¹⁸. Aynı şekilde geç ifa artık iş sahibi için faydasızsa da, örneğin düğün için hazırlanması gereken gelinlik düğün gününe yetişmeyecekse, mehil vermek gerekmez. Son olarak müteahhidin teslimi için kesin vade kararlaştırılmışsa yine mehil verilmesi gerekmez²¹⁹.

BK. m. 106 / f. II' nin alacaklıya sağladığı diğer yetkilerin iş sahibince kullanılabilip kullanılamayacağı doktrinde tartışmalıdır²²⁰. Bizim de kabul ettiğimiz ve doktrinde Seliçi tarafından savunulan görüşe göre BK. m. 106'nın alacaklıya sağladığı tüm yetkileri iş sahibi de kullanabilir. Nitekim BK. m. 358 / f. I' in amacı işin icrasındaki gecikme yüzünden teslimin de mutlaka gecikeceği hallerde iş sahibinin vadeyi

²¹⁷ Tandoğan, s. 118, Seliçi, s. 84. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. s. 71 vd.

²¹⁸ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 357, Oğuzman/ Öz, s. 406, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 1005-1010, Yavuz, s. 471, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 57, Tandoğan, s. 118, Dayınlarlı, Yargıtay Kararları, s. 76. ²¹⁹ Oğuzman / Öz, s. 406-407, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 57. Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 73-74.

²²⁰ Gautschi'ye göre burada hiç işe başlamamış müteahhit ile işe başlamış müteahhit arasında bir ayırım yapmak gerekir. Hiç işe başlamamış müteahhidin zaten ifa niyetinin olmadığı düşünülerek iş sahibinin bu halde BK m. 106'nın sağladığı diğer seçimlik yetkileri de kullanabilmesi gereklidir. Buna karşın, işe başlamış bir müteahhit söz konusu ise iş sahibi sadece sözleşmeden dönme ve yerine getirilen edimin geri verilmesini ve olumsuz zararın tazminini talep edebilir. Seliçi, s. 80'den naklen, Tandoğan, s. 119.

beklemeye gerek olmaksızın BK. m. 106'daki yetkileri önceden kullanmasını sağlamaktır²²¹.

Hemen belirtmek gerekir ki, burada farklı görüşte olan yazarların haklı olduğu bir nokta vardır. Şöyle ki; ifayı kati surette reddetmiş bir müteahhitten aynen ifa ve gecikme tazminatının talep edilmesi bir sonuç vermez. Bu halde iş sahibi olumlu zararını (müspet zararını) ya da sözleşmeden dönüp olumsuz zararını (menfi zararını) talep etmelidir²²².

BK. m. 358 kural olarak her türlü eser sözleşmesine uygulanabilir. Ancak, eserin müteahhidin eseri kendi arazisinde ve kendi malzemesiyle meydana getireceği durumlarda iş sahibinin erken fesih hakkından feragat ettiği kabul edilir. Nitekim bu halde iş sahibinin icrasını denetleme ve talimat verme yetkisi yoktur. Burada öncelikli olan teslim borcu olup iş görme borcu değildir. Bu sebeple iş sahibi ancak vade tarihinin gelmesini beklemek ve uygun mehil verdikten sonra sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olur. Bununla beraber eğer sözleşmenin konusu eserin parça parça tesliminden oluşuyorsa bir parçanın teslim edilmemesi halinde de BK. m. 358'den faydalanmak mümkündür. Zira bu durumda diğer parçaların da tesliminin ve dolayısıyla eserin tamamının teslimi gecikecek veya eser hiç teslim edilmeyecektir²²³.

Son olarak, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için müteahhidin gecikmesini haklı kılan bir sebep bulunmaması gerekir. Edimin objektif olarak imkansızlaşması hallerinde veya müteahhit BK. m. 81 veya BK. m. 82'ye dayanarak bir def'i ileri sürebiliyorsa²²⁴ veya iş sahibinin gerekli hazırlık ve işbirliği fiillerini yerine getirmemesinden kaynaklanan bir gecikme varsa iş sahibi, BK. m. 358 / f. I' den faydalanamaz²²⁵.

²²¹ Seliçi, s. 80, Tandoğan, s. 119, yazara göre BK. M. 106'daki diğer yetkilerin de kullanılabilmesinin sebebi hükmün BK. m. 358'i tamamlayıcı nitelikte olmasıdır. Aynı görüş için bkz. Becker, Art.366, N. 4.

²²² Seliçi, s. 81, Tandoğan, s. 119.

²²³ Tandoğan, s. 120.

²²⁴ Tunçomağ, Özel Hükümler, s.1009, Y4.HD., T. 14.04.1957, E. 2158, K. 2026, Tunçomağ, Özel Hükümler, s.1009-1010, Gökyayla, s. 161-162.

²²⁵ Olgaç, s. 461, Aral, s. 356, Seliçi, s. 81, Tandoğan, s.115, Bilge, s. 252, Gökyayla, s. 162.

B.MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN SORUMLULUĞU

Eser sözleşmelerinde aynen satım sözleşmelerindeki gibi müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğu hükme bağlanmış ve müteahhidin bu borcu BK. m. 359 ile BK. m. 363 arasında özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddelerden BK. m. 360 eserin hangi hallerde ayıplı sayıldığı konusuna açıklık getirmiştir. Hüküm şöyle kaleme alınmıştır:

“Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa (...)”

Madde hükmünden de anlaşıldığı gibi eserin ayıplı olması, eserin sözleşmeyle taahhüt edilen veya dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen vasıfları taşımasıdır. Eserin sözleşme ile taahhüt edilen veya dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen vasıfları taşıması halinde müteahhit bundan sorumlu olur²²⁶.

1.AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN DOĞMASI İÇİN GEREKEN ŞARTLAR

a. Eser Tamamlanarak Teslim Edilmiş Olmalı

Ayıplı bir eserden bahsedebilmek için öncelikle eserin tamamlanmış ve teslim edilmiş olması gerekir²²⁷.

Farklı eser türlerine göre teslim farklılık gösterir. Bu konuya ileride ayrıntılarıyla değineceğiz. Bu nedenle burada sadece müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan bahsedebilmek için eserin teslim edilmiş olması gerektiğini söylemekle yetiniyoruz.

Eserin teslim anının belirlenmesi, iş sahibinin muayene ve ihbar külfetini doğuracağı için oldukça önemlidir²²⁸.

²²⁶ Aral, s. 365, Tandoğan, s. 160, Yavuz, s. 473, Karataş, s. 146.

²²⁷ Tercier, s. 431, N. 3497, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 104, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 1015, Eren, İnşaat Hukuku, s. 79, Olgaç, s. 463, Tandoğan, s. 160, Aral, s. 369, Yavuz, s. 474, Uçar, Ayhan: **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 89.

²²⁸ Karataş, s. 152, Burcuoğlu, Haluk: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi için Uyulması Gereken Süreler” (**Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925-1988)**, Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1990, , s.283-332.), s. 287.

b. Eser Ayıplı Olmalı

Eserdeki ayıp, sözleşmede belirtilen vasıfların veya lüzumlu vasıfların eserde bulunmaması olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir²²⁹. Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları vasıflar yer, ölçü, biçim, imal tarzı, renk gibi genel vasıflar olabileceği gibi eseri daha yakından tanımlayan, hassasiyet derecesi, makinenin edim kapasitesi veya köprünün taşıma gücü gibi özel vasıflar da olabilir. Gerek genel gerekse özel vasıflardan birinin eksikliği halinde eser ayıplıdır²³⁰.

Sözleşme ile kararlaştırılan vasıfların eksikliği halinde üretilen eser teknik anlamda bir ayıp barındırmasa veya kararlaştırılan eserle aynı derecede kullanılabilir olsa dahi ayıplıdır²³¹. Hatta üretilen eser kararlaştırılan vasıfları taşımadığı için daha kullanışlı olsa da ayıplıdır. Ancak bu halde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir²³².

Lüzumlu vasıflar, genel yaşam deneyimleri çerçevesinde, sözleşme dürüstlük kurallarına göre yorumlandığında, eserin kullanılma amacına uygun olarak eserde olması beklenen vasıflardır²³³. Eserde bulunması gereken vasıfların bulunmaması veya bulunmaması gereken vasıfların bulunması halinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu doğar. Müteahhit sözleşmede belirtilen kullanım amacına uygun bir eser meydana getirmeli ve teslim etmelidir. Eserin kullanım amacının sözleşmede açıkça veya örtülü olarak belirtilmiş olması bir farklılık yaratmaz²³⁴.

Müteahhidin sözleşme ile kararlaştırılardan tamamıyla başka bir eser meydana getirip teslim etmesi halinde ortada bir ayıp değil aliud vardır. Bu halde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden değil eserin teslim edilmemesine ilişkin genel hükümler uygulanır²³⁵.

²²⁹ Tercier, s. 430, N. 3489, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 92, Eren, İnşaat Hukuku, s. 78-79, Karataş, s. 147, Tandoğan, s. 160, Aral, s. 369, Yavuz, s. 474

²³⁰ Burcuoğlu, s. 284, Uçar, s. 126, Tandoğan, s. 162, Yavuz, s. 475.

²³¹ Burcuoğlu, s. 285, Uçar, s. 127, Tandoğan, s. 163-164

²³² Tandoğan, s. 163-164.

²³³ Tercier, s. 431, N. 3494, Uçar, s. 128.

²³⁴ Tandoğan, s. 164, Yavuz, s. 475.

²³⁵ Tandoğan, s. 166.

Eklemek gerekir ki, daha önceki ayıplarla bağlantılı olmaksızın eserin tesliminden sonra bozulması veya bazı vasıflarını kaybetmesi halinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcundan bahsedilemez²³⁶.

Eserdeki ayıplar hukuki-fiili; açık-gizli veya asli-ikincil gibi farklı şekillerde sınıflandırılabilir²³⁷.

Açık ayıplar, teslim sırasında ilk bakışta fark edilebilen veya özenli bir inceleme sonucu bütünüyle anlaşılabilen ayıplardır. Gizli ayıplar ise özenli bir incelemeyle ortaya çıkmayan, teslimden sonraki bir tarihte eseri kullanırken ortaya çıkan ayıplardır²³⁸.

Hukuki ayıplar genellikle kamu hukukunun koyduğu kurallara uygun olmayan eserlerin teslimi halinde söz konusu olur. Örneğin, meydana getirilip teslim edilen eserin yabancı bir patenti ihlal etmesi halinde hukuki ayıp söz konusu olur²³⁹. Maddi ayıplar olarak da anılan fiili ayıplar ise aynı cinsten bir eser ile karşılaştırıldığında kendi değerini veya elverişliliğini azaltan veya ortadan kaldıran tüm kötü niteliklerdir. Buna göre bulunması gereken unsurların bulunmaması veya bulunmaması gereken unsurların bulunması halinde eserde fiili ayıplar söz konusu demektir²⁴⁰.

Asli ayıplar teslim sırasında mevcut olan ayıplardır. İkincil ayıplar ise teslim sırasında mevcut olan fakat teslimden sonra eserin bozulmasına neden olan ayıplardır. Örneğin ayıplı beton yüzünden duvarın yıkılması halinde betondaki ayıp teslimden sonra zararın meydana gelmesine sebebiyet vermiştir²⁴¹.

²³⁶ Burcuoğlu, s. 286-287, Tandoğan, s. 166.

²³⁷ Burcuoğlu, s. 285, Uçar, s. 129-130, Yavuz, s. 474, Tandoğan, s. 167

²³⁸ Uçar, s. 130, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 115, Seliçi, s. 143, Tandoğan, s. 167, Karataş, s. 148-149.

²³⁹ Tandoğan, s. 167, Burcuoğlu, s. 286, Yavuz, s. 475, Uçar, s. 133-134, Öz, Sözleşmeden Dönme, s.93, yazara göre hukuki ayıpların varlığı halinde iş sahibi BK. m.360 hükümlerine değil genel hükümlere başvurabilmelidir.

²⁴⁰ Burcuoğlu, s. 285-286, Uçar, s. 132-133, Tandoğan, s. 119.

²⁴¹ Burcuoğlu, s. 286, Tandoğan, s. 167, Yavuz, s. 475, Uçar, s. 139.

c. İşsahibi Muayene ve İhbar Yükümlülüklerini Yerine Getirmeli

Müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun doğması için gereken üçüncü bir şart da muayene ve ihbar yükümlülüklerinin iş sahibince yerine getirilmesidir. Eserin muayenesi teslim edilen eserdeki vasıfların sözleşmedeki vasıflarla örtüşüp örtüşmediğinin ve eserin kullanım amacına uygun olup olmadığının belirlenmesidir²⁴². İş sahibinin eseri muayene yükümlülüğü²⁴³ BK. m. 359 / f. I' de düzenlenmiştir. Hüküm aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

“İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutat cereyanına göre imkânını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeğe mecburdur.”

Madde metninde geçen “kusur” tabirinden anlaşılması gereken “ayıp” tabiridir. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, muayene ve ihbar iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için gerekli olan yasanın aradığı bir koşuldur. Diğer bir ifadeyle bu iş sahibinin bir borcu değildir²⁴⁴.

İş sahibi teslim edilen eseri usulüne uygun olarak muayene etmelidir. Usulüne uygun bir muayene vaktinde yapılan muayenedir²⁴⁵. Olanak bulur bulmaz tabirinden anlaşılması gereken, işlerin olağan gidişine göre muayenenin yapılabileceği zamandır. Bu süre eser sözleşmesinin tarafları arasında mevcut olan bir teamüle göre belirlenir²⁴⁶. İş sahibine, muayene edilecek eserin nitelik ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, makul ve özenli bir muayene için gerekli bir süre tanınmalıdır²⁴⁷.

Eklemek gerekir ki taraflar muayenenin nasıl yapılacağını aralarında kararlaştırabilirler²⁴⁸. Sözleşmede taraflar muayenenin bir bilirkişi tarafından yapılacağı hususunda anlaşmadılarsa iş sahibi muayeneyi bilirkişiye yaptırmak zorunda değildir. Bununla beraber, iş sahibi dilerse masrafları kendisine ait olmak

²⁴² Karataş, s. 156, Uçar, s. 139.

²⁴³ Olgaç, s. 464, Bu yükümlülük ayıba karşı tekeffül borcunun doğumu için şarttır.

²⁴⁴ Burcuoğlu, s. 306, Öz, Sözleşmeden Dönme, s.112.

²⁴⁵ Tandoğan, s.167, Öz, Sözleşmeden Dönme, s.114.

²⁴⁶ Olgaç, s. 464, Karataş, s. 157, Olgaç, s. 464, Aral, s. 369, Tandoğan, s. 169

²⁴⁷ Karataş, s. 157, Olgaç, s. 464, Aral, s. 369, Tandoğan, s. 169,

²⁴⁸ Olgaç, s. 465, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 1019.

üzere eserin muayenesinin bir bilirkişinin tarafından yapılmasını isteyebilir²⁴⁹. Bu konu BK m. 359 /f. II’de açıkça düzenlemiştir:

“İki taraftan her birinin, imal olunan şeyi masrafi kendisinden olmak üzere ehli hibreye muayene ettirilmesini ve muayene neticesinin bir raporla tesbitini istemeğe hakkı vardır.”

İş sahibinin diğer bir yükümlülüğü de eserdeki ayıpları müteahhide bildirme; ihbar etme yükümlülüğüdür. Muayene ve ihbar külfetini yerine getirmeyen iş sahibi BK. m. 362 / f. II uyarınca eseri zımnen kabul etmiş sayılır. Konuya ilişkin hüküm aşağıdaki gibidir:

“Eğer iş sahibi kanunen tayin olunan muayene ve ihbarı ihmal ederse zımnen kabul etmiş sayılır.”

Bu ihbar yapılırken iş sahibi her ayıbı ayrı ayrı göstermeli ve müteahhidin anlayacağı biçimde tanımlamalıdır. Diğer bir ifadeyle ayıbın cinsini ve kapsamını belirtmelidir. İş sahibinin ihbarında genel ifadeler kullanması yeterli değildir²⁵⁰.

İş sahibinin yapacağı bu bildirim herhangi bir şekil şartına tâbi değildir. Bildirim sözlü yapılabileceği gibi zımnen de yapılabilir²⁵¹. Taraflar bu ihbarın yazılı olarak yapılması gerektiği hususunda anlaşmış olsalar dahi bunun geçerlilik şekli olduğu kabul edilemez²⁵². BK. m. 362 / f. I konuyu aşağıdaki gibi açıkça düzenlemiştir:

“Yapılan şeyin sarahaten veya zımnen kabulünü müteakip mütaahhit, her türlü mesuliyetten beri olur(...)”

İşsahibi muayene ile bulduğu ayıpları müteahhide derhal bildirmelidir. Ayıpların muayene sonunda veya daha sonra ortaya çıkması durumunda bir farklılık yaratmaz²⁵³.

²⁴⁹ Tercier, s. 434, N. 3523, Olgaç, s. 464, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 1019, Karataş, s. 157, Aral, s. 369, Tandoğan, s. 170, Yavuz, s. 476, Öz, Sözleşmeden Dönme, s.115.

²⁵⁰ Burcuoğlu, s. 307, Tandoğan, s. 172, Aral, s. 370.

²⁵¹ Karataş, s. 159, Burcuoğlu, s. 306. Y.15.HD., T. 22.05.1980, Yasa Dergisi, Eylül, 1980, s. 1317.

²⁵² Tercier, s. 435, N. 3531, Tandoğan, s. 172-173, Aral, s. 370.

²⁵³ Y.15.HD., T. 12.12.2001, E.36.19, K. 5773: “BK. m. 360 ve 362 uyarınca, iş sahibince eserin teslim alınmasından uygun bir zaman içerisinde muayenesinin yapıp varsa kusurlarının karşı tarafa bildirilmesi gerekir. Sonradan çıkan gizli ayıpların da vakit geçirilmeden ihbar olunması icap eder. Aksi takdirde eserin eksik işler dışında kalan kusurlarından dolayı müteahhidin sorumluluğu kalmaz.” Karataş, s. 148.

Kanun koyucu Borçlar Kanunu'nun 362. maddesinin son fıkrasında konuyu aşağıdaki gibi düzenlemiştir:

“ Yapılan şeydeki kusur, sonradan meydana çıkarsa iş sahibi, vakıf olur olmaz keyfiyeti müteahhide haber vermeğe mecburdur. Aksi takdirde iş sahibi kabul etmiş sayılır.”

Ancak eserde muayene yapılmadan da belli olan ayıplar söz konusu ise muayene sonucu beklenilmemeli müteahhide derhal ihbar yapılmalıdır²⁵⁴. Müteahhide ayıpları derhal bildirmeyen iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder²⁵⁵. Örneğin teslim edilen inşaatın duvarlarında gözle görülebilir çatlaklar veya yamukluklar varsa iş sahibi muayenenin sonucunu beklemeden müteahhide ihbarda bulunmalıdır.

²⁵⁴ Tandoğan, s. 174, Aral, s. 370, Tercier, s. 435, N. 3533

²⁵⁵ Tercier, s. 435, N. 3529

2. AYIBA KARŞI TEKEFFÜLDEN DOĞAN HAKLAR

a. Eseri Kabulden Kaçınma Hakkı (Sözleşmeden Dönme Hakkı)

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan bu hakkı BK. m. 360 / f. I'de düzenlenmiştir. Hükümde “eseri kabulden kaçınma” tabiri kullanılmış olsa da burada bahsedilen sözleşmeden dönme hakkıdır. Bu hükme göre:

“Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir (...)”

İşsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için eserde, hakkaniyet gereğince, kabul etmesi kendisinden beklenemeyecek derece önemli ayıpların olması gereklidir. İş sahibinin eseri kullanamayacağı veya kabule zorlanamayacağı derecede ayıplar varsa, iş sahibi eseri kabulden kaçınabilir²⁵⁶. Eserdeki ayıbın sözleşmeden dönmeye izin verecek derecede önemli bir ayıp olup olmadığı hususu somut olaylara ve tarafların karşılıklı menfaatlerine göre hakim tarafından belirlenir²⁵⁷.

İşsahibine tanınan bu hak tek taraflı, karşı tarafa varması gereken yenilik doğuran bir haktır. Bu sebeple seçimlik haklardan birini kullanan iş sahibi kural olarak bu beyanı geri alamaz²⁵⁸. Eseri kabulden kaçınma hakkını tercih eden iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanmış demektir. Buna göre sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkar²⁵⁹.

İş sahibi bu hakkını açıkça kullanabileceği gibi örtülü bir biçimde sözgelimi, teslim edilen eserin geri alınmasını talep ederek kullanabilir²⁶⁰.

b. Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı

²⁵⁶ Tercier, s. 443, N. 3605, Şenocak, s. 33, Burcuoğlu, s. 291, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 1030, Yavuz, s. 481, Eren, İnşaat Hukuku, s. 84, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 292, Öz, Sözleşmeden Dönme, s.105-107, Uçar, s. 177.

²⁵⁷ Yavuz, s. 481, Eren, İnşaat Hukuku, s. 84.

²⁵⁸ Şenocak, s. 34-48, Tandoğan, s. 177-178, Eren, İnşaat Hukuku, s. 85, Karataş, s. 161-162, Uçar, s. 173-174, Burcuoğlu, s. 289.

²⁵⁹ Yavuz, s. 481, Aral, s. 372, Tandoğan, s. 177-178, Eren, İnşaat Hukuku, s. 85, Burcuoğlu, s. 289, Karataş, s. 161-162, Y.15.HD., 23.02.1992, K. 1/3767, K. 843, YKD., 1992 s. 1240.

²⁶⁰ Tandoğan, s. 178, Uçar, s. 180.

BK. m. 360 / f. II gereğince eserdeki ayıp iş sahibinin eseri kabulden kaçınmayı haklı kılabileceği önemli bir ayıp değilse ikinci bir hak olan ücretin indirilmesini talep edebilir²⁶¹. İş sahibinin bu hakkı, satım sözleşmesinde semenin indirilmesini talep hakkı ile örtüştüğünden buna ilişkin genel prensipler eser sözleşmesi için de geçerlidir. Konuya ilişkin kanun hükmü aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

“İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiyatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise müteahhidi tamire mecbur edebilir(...)”

Bu hakkın kullanılabilmesi için meydana getirilen eserin değerinde ayıp sebebiyle bir eksiklik olmalı ve fakat bu ayıp sözleşmenin feshini istemeye olanak verecek kadar önemli bir ayıp olmamalıdır²⁶².

İş sahibinin ücretin indirimini talep hakkı da sözleşmeden dönme hakkı gibi tek taraflı yenilik doğurucu bir haktır²⁶³. Bu hak açıkça kullanılabileceği gibi yine sözleşmenin feshini talep hakkı gibi örtülü bir biçimde de kullanılabilir. Bu hakkın kullanılmasından evvel eser için belirlenen ücret tümüyle ödenmişse ayıp miktarı kadar kısmı fazla ödenmiş olacağından iş sahibi bu kısmın iadesi talep eder. Eğer bedel ödenmemiş ise iş sahibi ayıp miktarı kadar bir kısmı ödemeyi reddeder²⁶⁴.

Eserdeki değer eksikliği, ayıplı olarak teslim edilen eser ile eser ayıpsız olsaydı sahip olacağı değer arasındaki farkı olarak karşımıza çıkar²⁶⁵. Eserdeki değer eksikliği objektif değere, diğer bir ifadeyle piyasa değerine göre belirlenir. Burada tarafların sözleşmede anlaştıkları ücret belirleyici değildir²⁶⁶.

²⁶¹ Şenocak, s. 34.

²⁶² Tercier, s. 441, N. 3593, Aral, s. 372, Şenocak, s. 58, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 1033, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 294, Burcuoğlu, s. 292, Eren, İnşaat Hukuku, s. 85, Uçar, s. 185, Karataş, s. 162-167, Nitekim ayıplı eserin hiç değeri yoksa iş sahibi dürüstlük kuralları çerçevesinde indirim talep hakkını değil sözleşmenin feshini talep hakkını kullanmalıdır.

²⁶³ Yavuz, s. 483, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 95, Uçar, s. 185: “...iş sahibine tanınan bozucu yenilik doğuran bir haktır.”

²⁶⁴ Karataş, s. 164, Uçar, s. 186, Tandoğan, s. 187.

²⁶⁵ Şenocak, s. 58, Aral, s. 372, Karataş, s. 166

²⁶⁶ Şenocak, s. 59, Aral, s. 372-373

Ücretin indirilmesini talep hakkı teslimden itibaren 5 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bununla beraber eserde gizli ayıp söz konusu ise buna dayanan dava hakkı 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar²⁶⁷.

c. Eserin Tamir veya Ayıbın Giderilmesini Talep Hakkı

Teslim edilen eserdeki ayıplar yukarıda bahsettiğimiz kadar önemli ayıplar değil ise iş sahibi BK. m. 360 / f. II' nin kendisine tanıdığı diğer bir hak olan ayıbın onarılmasını talep edebilir²⁶⁸. Ayıbın giderilmesi eserin veya eserin bazı parçalarının ivazsız olarak onarılması veya düzeltilmesi anlamına gelir. Ayıbın giderilmesini talep hakkı ancak eserin tesliminden sonra söz konusu olur. Nitekim yukarıda daha önce de belirttiğimiz gibi ayıptan bahsedebilmek için eserin tamamlanmış ve teslim edilmiş olması gereklidir²⁶⁹.

Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için iş sahibine tanınan diğer haklardan farklı olarak bazı özel şartların varlığı gereklidir. Öncelikle eserdeki ayıbın tamir ile ortadan kaldırılması objektif olarak mümkün olmalıdır. İkinci olarak da bu tamirin aşırı maliyetli olmamasıdır²⁷⁰. Eserin bedelini aşan bir tamir masrafı söz konusu ise dürüstlük kuralı gereğince iş sahibi sözleşmenin feshini veya ücretin indirilmesini talep etmelidir; müteahhit eseri tamir etmeyi reddedebilir²⁷¹.

Ancak tamir bedelinin aşırı olmamasına rağmen müteahhit eseri tamir borcunu ifada temerrüde düşerse iş sahibi BK. m. 106'nın kendisine tanıdığı diğer seçimlik haklardan birini kullanabilir²⁷².

Son olarak belirtmek gerekir ki, eserin tamirini talep hakkı diğer haklar gibi yenilik doğuran bir hak niteliğinde değildir. Zira bu hak müteahhidin ayıpsız ifa borcunun bir devamıdır²⁷³.

²⁶⁷ Karataş, s. 167

²⁶⁸ Tercier, s. 439, N. 3567, Eren, İnşaat Hukuku, s. 85, Uçar, s. 191.

²⁶⁹ Şenocak, s. 36-37.

²⁷⁰ Tercier, s. 440, N. 3571-3573, Yavuz, s. 484, Aral, s. 374, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 294, Şenocak, s. 37, Karataş, s. 168, Uçar, s. 198-199, Öz, Sözleşmeden Dönme, s.97.

²⁷¹ Tercier, s. 440, N. 3573, Karataş, s. 168

²⁷² Tercier, s.440, N. 3580, Şenocak, s. 35, Yavuz, s. 484, Karataş, s. 168, Uçar, s. 204, Aral, s. 374, bu halde iş sahibinin BK m. 106'nın kendisine tanıdığı imkanlardan birini kullanabilmesi için tezminin ilerleyen bölümlerinde de ayrıntılarıyla anlatacağımız gibi müteahhide ihtar yapılmalı ve gerekiyorsa uygun mehil verilmelidir.

²⁷³ Öz, Sözleşmeden Dönme, s.97, Seliçi, s. 173-174, Tandoğan, s. 83.

d. Ayıp Sonucu Ortaya Çıkan Zararın Tazminini Talep Hakkı

İş sahibi yukarıdaki haklarını kullanırken bunların yanında uğradığı zararların tazminini de isteyebilir. İş sahibine tanınan tazminat isteme hakkı diğer haklar yerine kullanılacak bir hak değildir. Bu haklara ek olarak kullanılacak hukuki bir imkandır²⁷⁴.

İş sahibinin ortaya çıkan zararın tazminini talep hakkını kullanabilmesi için diğer haklarından farklı olarak müteahhidin kusurlu olması gerekir. Burada kusursuz olduğunu ispat yükü müteahhittedir²⁷⁵. Burada müteahhit ancak kusursuzluğunu ispat ederek tazminat ödemekten kurtulabilir²⁷⁶. Bununla beraber, tazminat talep eden iş sahibi uğradığı zarar miktarını ispat etmekle yükümlüdür²⁷⁷.

²⁷⁴ Yavuz, s. 484, Şenocak, s. 64, Aral, s. 375, Karataş, s. 169, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 1035, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 303

²⁷⁵ Şenocak, s. 67-68, Karataş, s. 169, Aral, s. 376, Eren, İnşaat Hukuku, s. 86, Tandoğan, s. 206, Uçar, s. 217.

²⁷⁶ Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 303.

²⁷⁷ Karataş, s. 169, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 303.

III. ESERİ TESLİM BORCU

A. GENEL OLARAK

Eser sözleşmelerinde sözleşmenin borçlu tarafı olan müteahhit eseri meydana getirmek ve meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür²⁷⁸. Yargıtay bir kararında “*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.*” hükmüne yer vermiştir²⁷⁹.

Tezimizin daha önceki bölümünde müteahhidin eseri meydana getirme borcunu genel hatlarıyla incelemiş bulunuyoruz. Bu bölümde ise tezimizin asıl konusu oluşturan müteahhidin eseri teslim borcu incelenecektir. Bu kapsamda müteahhidin hangi halde eseri teslim etmiş sayılacağına farklı türdeki eserler ele alınarak incelenecek daha sonrasında da eserin nerede, ne zaman teslim edilmesi gerektiği konusuna açıklık getirilecektir. Tüm bu bilgiler ışığında müteahhidin teslim borcuna aykırılık halleri, borçlu temerrüdü ve imkansızlık halleri, ayrı ayrı ele alınacaktır.

Eseri meydana getirmek müteahhidin ana borçlarından olmakla beraber borcun ifası için yeterli değildir. Yukarıda daha evvel de değindiğimiz üzere eser sözleşmesinde müteahhidin borcu belli bir sonuç meydana borcudur. Bu sebeple eser sözleşmesi sürekli bir borç ilişkisi meydana getirmez; ani edimli bir sözleşmedir²⁸⁰. Buna bağlı olarak müteahhidin borcu eserin meydana getirilmesi ve ancak iş sahibine teslim edilmesiyle birlikte ifa edilmiş olur. Demek ki müteahhidin sözleşmeden doğan borcunu ifa etmesi meydana getirilen eserin ayrıca iş sahibine teslim edilmesine bağlıdır. Eseri teslim borcu kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla beraber, kanun koyucunun bu borcu zımnen kabul ettiği açıktır. Nitekim Borçlar Kanunu’nda, teslimden söz eden birçok madde mevcuttur (BK. m. 358 / f.II “(...) teslim için tayin

²⁷⁸ Werro / Thévenoz, s.1859, N. 2, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 29.

²⁷⁹ Y.15.HD., T. 21.06.2004, E. 6321, K. 3464, Kazancı Hukuk Otomasyonu.

²⁸⁰ Gauch, N. 8, 9, 15, 18, 19, Zevkliler, s. 304, , Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 261, Yavuz, s. 452, Aral, s.326, Uygur, C.6, s. 7447, Öz, İnşaat Hukuku, s. 125, Farklı görüşte: Gürpınar, s. 19: “Ancak kanaatimizce, bu sözleşmenin hem ani edimli, hem de sürekli borç ilişkisi özelliği taşıyan bir sözleşme olduğu görüşü en isabetli olanıdır.”

edilen zamanı” ; 359/I; 360/I “(...) şeyin tesliminden sonra” ; 363/II “(...) tesellüm zamanında” ; 364/I “(...) işin parası teslim zamanında ödenir”)²⁸¹.

B. ESER TÜRLERİNE GÖRE TESLİM

Eserin teslimi tamamlanmış eserler için söz konusudur²⁸². Teslim çoğunlukla müteahhidin tamamlamış olduğu eseri sözleşmenin ifası amacıyla iş sahibine vermesi anlamını taşır. Bu da müteahhidin iş sahibinin doğrudan doğruya zilyetliğini sağlaması veya onun eser üzerindeki zilyetliğini rahatsız edici durumları ortadan kaldırması şeklinde gerçekleşir²⁸³. Yargıtay teslim olgusunun hukuki niteliğini 1984 tarihli kararında şöyle açıklamıştır: *“Kural olarak, inşa edilecek bir eser tamamen bittikten sonra teslim edilebilir. Ayıba karşı tekeffül borcu da eserin fiilen ve tamamen tesliminin gerçekleşmesi halinde söz konusu olabilir. Aynı doğrultuda olmak üzere, gerek Yargıtay gerekse İsviçre Federal Mahkemesi henüz tamamlanmamış yahut noksan bir eserin teslim ve tesellümünden söz edilemeyeceğini kabul etmiştir. O halde yalnız tamamlanmış olan eser teslim borcunun konusunu oluşturabilir. Tamamlanma olgusu ise eserin objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir durumda olduğunun saptanmasıyla ortaya çıkar. Bundan sonraki aşamada eserin zilyetliğinin iş sahibine geçirilmesi ve iş sahibince eser üzerinde fiili hakimiyetin sağlandığının belirlenmesi ki, bu hukuki teslim anlamına gelir.”²⁸⁴* İş sahibine sağlanacak olan zilyetliğin mutlaka asli zilyetlik olması gerekmez. Örneğin kiracının tamir için verdiği şeyi müteahhitten geri alması halinde eser sözleşmesinin iş sahibi tarafı olan kiracı fer’i zilyet olacaktır.

Bununla beraber eser sözleşmelerinin konuları çok değişiklik gösterdiğinden farklı eserlere göre teslim şekli de farklılık gösterir. Eser sözleşmesinin konusunu oluşturanlar gayri maddi şeylerin imalinden ibaret olduğu durumlarda bunların

²⁸¹ Gauch, N. 8, Tercier, s. 424, N. 3439, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 29, Burcuoğlu, s. 287, Zevkliler, s. 312, Yavuz, s. 470, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 261.

²⁸² Gauch, N. 101-103, Tercier, s. 425, N. 3442, Gökyayla, s. 191.

²⁸³ Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 262, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 1012, Öz, İnşaat Hukuku, s. 128, Tandoğan, s. 125, Aral, s. 357- 358, Gauch, N. 88-646, Tercier, s. 425, N. 3445.

²⁸⁴ Y.15.HD., T. 13.11.1984, E.1074, K. 3475, Kostakoğlu, s. 702-703, Dayınlarlı, Yargıtay Kararları, s. 11.

biçimlendiği şeylerin sözgelimi, raporun, mütalaanın veya bandın verilmesiyle teslim borcu yerine getirilmiş olur²⁸⁵.

Buna karşın, taşınmazların teslimi salt zilyetliğin devri ile gerçekleşemez. Eser sözleşmesinin konusunu bir yapının yapılması oluşturuyorsa eseri teslim müteahhidin eserin tamamlandığını açıkça veya örtülü olarak belirtmesiyle gerçekleşmiş olur. Örtülü belirtme müteahhidin eseri veya yapıyı iş sahibinin görebileceği ve üzerinde tasarruf edebileceği biçimde tamamlamış olması şeklinde olabilir²⁸⁶.

Eserin tamamlandığının açıkça belirtildiği hallerde bildirimle teslimin gerçekleşmesi için eserin iş sahibinin fiili egemenliğini gereği gibi icrasını sağlayacak şekilde hazır edilmesi gerekir. Müteahhit, bu egemenliği engelleyeceği durumlar ortadan kaldırılmadıkça sadece bildirim yapmakla teslim etmiş sayılmaz. Örneğin, biten eserin kullanımını sağlayacak anahtar veya diğer gereçlerin teslimi yapılmadıkça bildirimle teslim gerçekleşmiş olmaz. Arsa üzerine yapılan bir inşaatın söz konusu olduğu hallerde inşaat iskeleleri sökülmedikçe, artan malzemeler veya eserin meydana getirilmesinde kullanılan araç ve gereçler geri götürülmedikçe eserin teslim edildiğinden bahsedilemez²⁸⁷. Bununla beraber eğer kaldırılmayan malzeme ve atıklar önemsiz sayılabilecek nitelikte ise bu halde teslim etmeme değil ayıplı ifa söz konusu olur. Aynı şekilde bir makinenin teslim edilmiş sayılması için ise montajının yapılması gerektiği gibi, işletilmesinin de gösterilmesi gerekmektedir²⁸⁸. Bununla beraber teslimin bildirimle gerçekleştiği hallerde dahi iş sahibi bildirim yapılmamasına rağmen eser üzerinde tasarrufta bulunmaya başlamış ise artık bildirimde bulunulmadığı gerekçesiyle eserin teslim edilmediğini iddia edemez. Örneğin, iş sahibi bildirim yapılmamasına rağmen sözleşmenin konusunu oluşturan eseri kullanırsa, inşaatın sonraki aşamasına başlarsa veya kiralarsa, bildirim yapılmadığı itirazı gerekçesiyle teslimin hukuki sonuçlarından kurtulamaz²⁸⁹.

²⁸⁵ Gauch, N. 90.

²⁸⁶ Tandoğan, s. 125-127, Aral, s. 358, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 262, Gauch, N. 92, Öz, İnşaat Hukuku, s. 128, Ayan, Serkan, s. 53, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 30.

²⁸⁷ Öz, İnşaat Hukuku, s. 130, Ayan, Serkan, s. 52, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 263, Aral, s. 357, Tandoğan, s. 126, Karataş, s. 119, Gauch, N. 93.

²⁸⁸ Karahasan, Özel Borç ilişkileri, s. 265.

²⁸⁹ Gauch, N. 93, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 30.

Daha öncede belirttiğimiz gibi bir eserin teslimi tamamlanmış eserler için söz konusudur²⁹⁰. Bir eserin bitmiş sayılması için müteahhidin üzerine aldığı tüm işleri tamamlaması gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, iş sahibi eser üzerinde tasarrufta bulunmaya başlamış dahi olsa bu halde eser tamamlanmadıkça teslim edilmiş sayılmaz²⁹¹. Aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça da iş sahibi eserin sadece tamamlanmış kısmını kabul etmek zorunda değildir²⁹². Ancak önemsiz ikincil (tali) nitelikteki eksikliklerin tamamlanmamış olduğunun, sözgelimi elektrik anahtarlarının takılmamış olduğunun, ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse eser tamamlanmış kabul edilir²⁹³.

Her ne kadar tamamlanmamış eserin kullanılmaya başlanması karine olarak eserin kabul edildiği anlamına gelirse de iş sahibi eseri zorunluluktan kullanmaya başlamış ise, örneğin kira sözleşmesi bittiği ve başka kalacak yeri olmadığı için tamamlanmamış inşaatla yaşamaya başlamış ise, eksik ifayı kabul ediyor anlamına gelmez. İş sahibi yine de teslim borcunun ifa edilmediği gerekçesiyle müteahhidi temerrüde düşürebilir²⁹⁴.

Eserin tamamlanmış olmasıyla eserin ayıplı olmasını birbirinden ayırt etmek gerekir. Bir eser ayıplı olmasına rağmen teslim edilmiş olabilir²⁹⁵. Eserin ayıplı olması teslime engel değildir²⁹⁶. Tabi burada söz geçen ayıp teslime mani olmayacak derecede olan; eserdeki amacı engellemeyecek olan ayıplardır²⁹⁷.

Taraflar aralarında yaptıkları sözleşmede teslimin hangi koşullarda yapılmış sayılacağına karar verebilirler. Örneğin taraflar teslim borcunun ifa edilmiş sayılmasını üçüncü kişinin vereceği olumlu rapora bağlayabilirler²⁹⁸. Bunun gibi, taraflarca iskân ruhsatının alınması ile teslim borcunun yerine getirilmiş

²⁹⁰ Gauch, N. 101-103, Tercier, s. 425, N. 3442, Erman, Arsa payı karşılığı, inşaat sözleşmesi, s. 30.

²⁹¹ Aral, s. 357, Tandoğan, s. 126, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 265, Tunçomağ, Özel Hükümler, s. 1012, Becker, Art. 367, N. 2.

²⁹² Tercier, s. 425, N. 3442, Ayan, Serkan, s. 50, Karataş, s. 120, Aral, s. 357.

²⁹³ Karataş, s. 120, Aral, s. 357.

²⁹⁴ Öz, İnşaat Hukuku, s. 130.

²⁹⁵ Gauch, N. 99-100, Tercier, s. 425, N. 3444.

²⁹⁶ Tandoğan, s. 126, Aral, s. 357, Tercier, n. 3444, Öz, İnşaat Hukuku, s. 125, yazara göre inşaat sözleşmelerinde de inşaat, müteahhit tarafından, ayıplı dahi olsa, bitirilip iş sahibine teslim edilmedikçe kısmen bile teslim edilmiş sayılmayacaktır.

²⁹⁷ Karataş, s. 120.

²⁹⁸ Karataş, s. 120, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 31.

sayılacağına da karar verilebilir²⁹⁹ veya taraflar ancak iş sahibinin teslim tutanağını imzalaması ile inşaatın teslim edilmiş sayılacağını kararlaştırabilirler³⁰⁰.

Yargıtay kural olarak teslimin müteahhitçe ispat edilmesi gerektiğini beyan etmiş ve şöyle bir açıklamada bulunmuştu: “ 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. Yüklenicinin teslimi sözleşmede teslim için kararlaştırılan 5.9.2001 tarihinde yaptığına dair yazılı bir delili bulunmadığından yukarıda sözü edilen kural uyarınca arsa sahibi olan davacılar kendilerine isabet eden 4, 5, 8 ve 9. bağımsız bölümlerin teslimindeki gecikmeden ötürü Eylül 2001 ayı için bilirkişilerin bulacakları gecikme tazminatını talep edebilir³⁰¹. ”

²⁹⁹ Y. 15. HD., T. 28.06.2001, E. 1424, K. 3548, Karataş, s. 120, YHGK., T. 25.01.1989, E. 15-794, K. 6, Kazancı Hukuk Otomasyonu, Burcuoğlu, s. 288, Gauch, N. 94.

³⁰⁰ Öz, İnşaat Hukuku, s. 130.

³⁰¹ Y.15.HD., T. 21.06.2004, E. 6321, K. 3464, Kazancı Hukuk Otomasyonu, Aynı yönde, Y.15.HD., T. 25.01.2007, E.7728, K.340: “Yanlar arasındaki sözleşmeden teslimatın 15 Eylül 2002’de yapılacağı anlaşılmaktadır. Peşinatın bir kısmı ise daha önce ödenmiştir. Mahkemece, 19.07.2002 tarihli kapalı fatura ile işin bedeli ödendiğine göre teslimatın yapıldığının kabulü gerektiği görüşüyle dava reddedilmiş ise de, sözleşmede mal tesliminin daha sonraki bir tarih olarak kararlaştırılması ve eser sözleşmelerinde kural olarak teslimin yapıldığını yüklenicinin ispat etmesi gerektiğinden, mahkemece dosyada mevcut adi yazılı sözleşme ile ilgili olarak davalı tarafın isticvap olunması, sözleşmedeki imzanın davalıya ait olduğunun saptanması halinde ispat külfeti davalıya yükletilerek dava sonuçlandırılmalıdır. Bu hususlar üzerinde durulmadan delillerin takdirinde hataya düşülerek davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” Kazancı Hukuk Otomasyonu, Y.15.HD., T. 19.09.1995, E. 246, K. 4791, Kostakoğlu, s. 717.

C. TESLİM ve TESELLÜM

Teslim ve tesellüm aynı olay için kullanılan karşıt kavramlardır. Osmanlı Türkçesinde tesellüm teslim alma anlamına gelmektedir³⁰². Müteahhidin eseri teslimi iş sahibinin tesellümdür. Teslim ve tesellüm aynı anda olur³⁰³. Örneğin müteahhit tamamlanan yapıya ait anahtarı iş sahibine vermekle teslim borcunu, söz konusu anahtarı almakla da iş sahibi tesellüm borcunu yerine getirmiş olur. Müteahhidin eseri teslim etmesine rağmen iş sahibi eseri teslim almaktan kaçınırsa alacaklı temerrüdüne düşmüş olur. İş sahibinin teslimin hukuki sonuçları bakımından teslim aldığına dair özel bir beyanda bulunmasına gerek yoktur.

Buradaki teslim alma Borçlar Kanunu'nun 362. maddesindeki kabul kavramından farklıdır³⁰⁴. Kabul eserin sözleşmeye uygun ve ayıpsız olduğunu açıklayan bir irade beyanıdır. İş sahibinin kabulü ile müteahhit sorumluluktan kurtulurken tesellüm sadece iş sahibinin eseri teslim aldığına; alacaklı temerrüdüne düşmediğine işaret eder.³⁰⁵

³⁰² Kanar, Mehmet, Osmanlı Türkçesi sözlüğü, s. 1524.

³⁰³ Gauch, N. 97, Tercier, s. 424, N. 3440, Burcuoğlu, s. 288, Aral, s. 357, Tandoğan, s. 127, , Karataş, s. 121, Uçar, s. 90, Gökyayla, s. 192.

³⁰⁴ Tercier, N. 3441, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 31, Tandoğan, s. 88, Burcuoğlu, s. 289, Ayan, Serkan, s. 50, Uçar, s. 94, Gökyayla, s. 193.

³⁰⁵ Ayan, Serkan, s. 50, Aral, s. 357, Tercier, N. 3441, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 32, Tandoğan, s. 127, Karataş, s. 121.

D. TESLİM BORCUNUN İFA YERİ

Sözleşmenin borçlu tarafının edimi ifası etmesi gereken yere ifa yeri denir³⁰⁶. Borçlar Kanunu'nda eserin nerede teslim edilmesi gerektiğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Taraflar aralarında imzaladıkları eser sözleşmesine bu konuya ilişkin hükümler koyarak teslim borcunun ifa yerini açıkça kararlaştırabilirler. Bununla beraber taraflar ifa yerini örtülü bir biçimde de kararlaştırmış olabilirler. İfa yeri belirlenirken öncelikle tarafların böyle bir ifa yeri üzerinde açık veya örtülü bir anlaşmaları olup olunmadığı incelenir. Böyle bir ifa yerinin kararlaştırılmamış olduğu durumlarda müteahhidin eseri teslim borcunda ifa yeri Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinden yararlanılarak tespit edilir. Buna göre Borçlar Kanunu'nun 73. maddesi uygulama alanı bulur³⁰⁷:

“Borcun ifa edilmesi lazım gelen yer, iki tarafın sarih veya zımni arzusuna göre tayin edilir. Hilafına bir şart mevcut olmadığı surette aşağıdaki hükümler tatbik olunur:

(...)

2 - Borç muayyen bir şeye taalluk ediyorsa bu şey akdin inikadı zamanında bulunduğu yerde teslim olunur.

3 - Bunlardan başka her borç doğumu zamanında borçlunun mukim bulunduğu yerde ifa edilir. Alacaklının ikametgahında tediye edilmesi lazım gelen bir borcun ifası borcun doğumundan sonra alacaklının ikametgahını değiştirmesi sebebiyle ehemmiyetli bir surette güçleşmiş ise borç alacaklının evvelki ikametgahında ifa olunabilir.”

Kanun maddesinden de anlaşıldığı gibi parça borçlarında teslim yeri sözleşmenin yapıldığı sırada şeyin bulunduğu yerdir³⁰⁸. Bundan başka her borç borcun doğumu sırasında borçlunun yani müteahhidin ikametgahında teslim edilir³⁰⁹.

³⁰⁶ Serozan, İfa, s. 40, N. 1, Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Beta Basım, İstanbul, 2008, s. 898, Oğuzman / Öz, s. 255, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 675.

³⁰⁷ Serozan, İfa, s. 40, N. 4-5, Oğuzman / Öz, s. 256, Tandoğan, s.127, Yavuz, s. 472, von Tuhr, s. 500, Eren, s. 900, Tercier, s. 425, N. 3452, Gökyayla, s. 198, Uçar, s. 111, Eren, İnşaat Hukuku, s. 73.

³⁰⁸ von Tuhr, s. 502, Oğuzman / Öz, s. 256, Eren, s. 904.

Eser sözleşmesinin konusunu oluşturan şey bir taşınmaz ise bu halde borcun ifa yeri işin doğası gereği taşınmazın bulunduğu yerdir. Aynı şekilde sözleşmenin konusunu taşınmazın eklentileri ve bütünleyici parçaları oluşturuyorsa da eserim teslim yeri taşınmazın bulunduğu yerdir³¹⁰.

Sözleşmenin konusunu malzemenin iş sahibince getirildiği, bir şeyin tamiri oluşturuyorsa eserin teslim yeri tamir için bırakıldığı yerdir. Diğer bir anlatımla iş sahibi bakımından aranılacak bir borç söz konusu olur. Ancak tarafların borcun aranılacak bir borç olmayacağına dair anlaşma yapması da mümkündür³¹¹.

Müteahhidin eseri teslim borcunu ifa yerinden başka bir yerde yerine getirdiği hallerde iş sahibi eseri teslim almayı kabul edebilir. Bu halde müteahhidin eseri teslim borcu sona ermiş olur. Ancak iş sahibi bunu kabul etmek zorunda değildir³¹². Bununla beraber kabul etmeme dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ederse iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşmüş sayılır³¹³.

³⁰⁹ von Tuhr, s. 502, Oğuzman / Öz, s. 256, Eren, s. 904.

³¹⁰ Yavuz, s. 472, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 266, Oğuzman / Öz, s. 256, Gökyayla, s. 198, Uçar, s. 111.

³¹¹ Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 266, Karataş, s. 118, Yavuz, s. 472, Uçar, s. 111.

³¹² Serozan, İfa, s. 40, N. 2, Oğuzman / Öz, s. 255.

³¹³ Oğuzman / Öz, s. 255.

E. TESLİM BORCUNUN İFA ZAMANI

İfa zamanı, alacaklının borcun ifasını talep edebileceği zamanı ifade eder. Nitekim ifa zamanının gelmesiyle borç muaccel hale gelir³¹⁴. Borçlar Kanunu'nun 358. maddesi ile eser sözleşmelerinde iş sahibine tanınan özel imkan dışında³¹⁵ da iş sahibinin müteahhitten teslim borcunun yerine getirilmesini talep edebilmesi için borcun muaccel olması gerekmektedir³¹⁶.

Taraflar, sözleşme ile eserin ne zaman teslim edilmiş sayılacağına karar verebilir. Nitekim uygulamada da genellikle tarafların teslim borcunun ne zaman ifa edileceğini aralarında sözleşme ile kararlaştırdıkları görülür. Taraflar ya belirli bir günü, örneğin 11 Ocak 2009 tarihini, ifa zamanı olarak belirlerler ya da belirli bir sürenin dolmasıyla, sözgelimi sözleşmenin imzalanmasından itibaren 3 ay içinde, teslim borcunun muaccel hale geleceğini kararlaştırabilirler³¹⁷.

Teslim tarihinin sözleşmeyle belirlenmediği hallerde ise tarafların varsayılan iradelerine ve Borçlar Kanunu'nun 74. maddesine göre ifa zamanı tayin edilir³¹⁸. Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri bölümünde yer alan 74. madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir.”

Hüküm gereğince taraflarca ifa zamanı belirlenmediği hallerde borcun her zaman derhal ifası talep edilebilir. Ancak söz konusu madde hükmü, sözleşmenin konusunu oluşturan eserin yapımının kısa bir sürede tamamlanabilir nitelikte olduğu istisnai hallerde uygulanabilir³¹⁹. Bu sebeple genellikle ifa zamanı belirlenirken tarafların varsayılan iradeleri daha büyük önem arz eder. Bu gibi hallerde sözleşmenin konusunu oluşturan eserin meydana getirilmesinde deneyimli bir uzmanın işe vaktinde başlayıp uygun araç ve gereçleri kullanarak eseri ne kadar süre içerisinde

³¹⁴ Serozan, İfa, s. 54, N. 1, Oğuzman / Öz, s. 247.

³¹⁵ BK 358. aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

³¹⁶ Karataş, s. 119.

³¹⁷ Karataş, s. 119, Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006, s. 54, N. 1, Yavuz, s. 472, Aral, s. 358, Öz, İnşaat Hukuku, s. 126, Uçar, s. 112, Gauch, N. 89.

³¹⁸ Gauch, N. 89, Aral, s. 358, Yavuz, s. 472, von Tuhr, s. 512, Gökyayla, s. 197, Uçar, s. 113, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 55-56.

³¹⁹ Yavuz, s. 472, Öz, İnşaat Hukuku, s. 126.

teslim edebileceği hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Diğer bir anlatımla somut olaydaki eserin üretilmesi için uygun süre verilmesi gerekir³²⁰. Yargıtay da 1994 tarihli bir kararında öncelikle tarafların teslim tarihi kararlaştırmamalarının müteahhide belirsiz sürede teslim hakkı tanımadığını söylemiş; ardından da bu gibi durumlarda müteahhidin temerrüde düşüp düşmediğinin tespitinde işin olağan seyrine göre yürüyüp yürümediğinin saptanmasının gerektiğini belirtmiştir³²¹.

Eserin ne zaman ifa edildiği uygulamada önem arz eder. Zira müteahhit tarafından teslim borcunun ifa edildiği andan itibaren yarar ve hasar iş sahibine geçer, ayıba karşı tekeffülde ihbar süreleri işlemeye başlar (BK. m. 359 / f.I), ayıba karşı tekeffülden doğan davaların tabi olduğu zamanaşımı süreleri işlemeye başlar (BK. m. 363) , müteahhidin ücret alacağı muaccel olur (BK. m. 364)³²².

³²⁰ Yavuz, s. 472, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 56, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 266, Öz, İnşaat Hukuku, s. 126-127 : “Eser sözleşmesinin konusunu bir inşaatın yapımı oluşturuyorsa ifanın talep edilebilmesi için inşaatın tamamlanması için gereken makul sürenin geçmesi gerekir. Burada ayrıca muacceliyet bildirimi yapılmalıdır. Diğer bir anlatımla borcun muaccel olması yetmez iş sahibi ayrıca ifayı istemelidir.”

³²¹ Y. 15. HD., T. 18.06.2003, E. 767, K. 3319, Karataş, s. 119-120.

³²² Aral, s. 358, Karataş, s. 121, Uçar, s. 93.

G.MÜTEAHHİDİN ESERİ TESLİM BORCUNA AYKIRI DAVRANMASI

Borç ilişkisinin ihlali iki şekilde olabilir. Bunlardan biri borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi diğeri ise borcun vaktinde ifa edilmemesi diğeri bir ifadeyle borçlu temerrüdüdür. Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan eser sözleşmesinde de borçlu taraf olan müteahhidin sözleşmenin ana borçlarından biri olan teslim borcuna aykırılığı iki şekilde olabilir. Şöyle ki ya müteahhit teslim borcunu ifada temerrüde düşer ya da eserin teslimi imkansızlaşır. Tezimizin bundan sonraki bölümünde öncelikle müteahhidin teslim borcunu ifada temerrüdünü sonrasında ise müteahhidin kusurlu imkansızlık nedeniyle teslim borcunu ifa etmemesi halini inceleyeceğiz.

1. MÜTEAHHİDİN TESLİM BORCUNU İFADA TEMERRÜDÜ

Eser sözleşmesi karşılıklı bir sözleşme olduğundan ve Borçlar Kanunu'nda konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığından borçlu taraf olan müteahhidin temerrüdü halinde genel hükümler uygulama alanı bulur. Buna göre müteahhidin belirlenen zamanda eseri tamamlayıp teslim edememesi halinde Borçlar Kanunu'nun 101-108 maddeleri kapsamında borçlu temerrüdü hükümlerine göre sorumluluğu doğar³²³. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu da bir kararında *“Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanunu'nda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106-108.) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanununun 106-108. maddeleridir. (...)”* hükmüne yer vermiştir³²⁴.

Borçlar Kanunu'nda borçlu temerrüdünün tarifine yer verilmemiştir. Serozan'ın yaptığı tanıma göre borçlu temerrüdü *“ifa günü gelmiş, muaccel, olup ifası olanaklı sayılan borcun ihtara karşın hukuka aykırı olarak ifa edilmemesi”* demektir³²⁵. Diğer bir ifadeyle borçlu temerrüdü, halen ifası mümkün olan muaccel bir borcun iş

³²³ Seliçi, s. 69, von Tuhr, s. 605, Serozan, İfa, s. 215, N. 3, Ayan, Serkan, s. 93, Y.15.HD., T.22.12.1977, E. 2192, K. 2329, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 1016..

³²⁴ YİBK., T. 25.01.1884, E. 3, K. 1, Kazancı Hukuk Otomasyonu.

³²⁵ Serozan, İfa, s. 215, N. 3.

sahibinin ihtarına rağmen müteahhit tarafından zamanında ifa edilememesi, yani eserin tesliminde gecikilmiş olmasıdır³²⁶.

Konuya ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nun 101. maddesinin ilk fıkrasında şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla, mütemerrit olur.”

Madde hükmüne dayanarak borçlunun, temerrüde düşmesi için borcun muaccel olması ve borçluya ihtar yapılmış olması gerektiği söylenebilir. Ancak borçlunun temerrüde düşmüş sayılabilmesi için bu iki şarttan başka, ifanın mümkün olması ve teslimin yapılmamış olması gerektiğini söylemek mümkündür. Aşağıda müteahhidin temerrüde düşmesi için gereken bu şartlar ayrıntılarıyla incelenecektir.

Eklemek gerekir ki, borçlunun kusurlu olup olmaması temerrüt bakımından bir farklılık yaratmaz. Aşağıda sayacağımız şartlar mevcut ise kusurlu olsun veya olmasın borçlu temerrüdünden bahsedilir³²⁷. Ancak kusur borçlu temerrüdünün sonuçları bakımından rol oynar³²⁸. Bu konuya ilişkin açıklamalara müteahhidin teslim borcunu ifada temerrüdünün sonuçları başlığı altında yer verilecektir.

³²⁶ Akıntürk, Turgut: Borçlar Hukuku, Beta Basım, 14. Bası, İstanbul, 2009, s. 117, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 469, Ayan, Serkan, s. 92.

³²⁷ Karataş, s. 123, Seliçi, s. 70, Tunçomağ, Kenan: **Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler**, Sermet Matbaası, 6. Bası, İstanbul, 1976, s.912, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 480, Serozan, İfa, s. 216, N. 4.

³²⁸ Seliçi, s. 70.

2. TEMERRÜDÜN ŞARTLARI

a. Müteahhidin Teslim Borcunun Muaccel Olması

Borçlu temerrüdünden bahsedebilmek için öncelikle borcun muaccel olması gerekir³²⁹. Borçlar Kanunu'nda muacceliyet kavramının tarifi yapılmamıştır. Fakat yukarıda da belirttiğimiz gibi bir borcun muaccel olması ifa zamanının gelmiş olmasına bağlıdır. Borcun ifa zamanı gelmiş ise borç artık muaccel olmuş demektir³³⁰. Eser sözleşmelerinde de ifa zamanı iş sahibinin müteahhitten eserin teslimini talep hakkının doğduğu anı ifade eder.

Kural olarak alacaklı ancak ifa zamanından, borç muaccel hale geldiği andan itibaren alacağını dava edebilir³³¹. Yargıtay'ın da bir kararında belirttiği gibi kural olarak alacaklı ifa zamanından evvel bir ifa davası açamaz ancak tespit davası açabilir³³². Bununla beraber yukarıda daha önce de belirttiğimiz gibi Borçlar Kanunu'nun 358. maddesinde eser sözleşmelerinde ifa zamanından önce müteahhidin temerrüde düşeceği özel bir durum düzenlenmiştir. Buna göre müteahhit işe zamanında başlamaz, sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirir veya işin zamanında bitirilmesinin imkansız olduğu anlaşılırsa bu borca aykırı olarak hareket ettiği kabul edilir ve iş sahibi sözleşmeyi feshedebilir³³³.

Eser sözleşmelerinde de sözleşmenin borçlu tarafı olan müteahhidin temerrüdü, genel hükümler çerçevesinde değerlendirilir. Örneğin, eserin tamamlanması belirli bir tarihe bağlanmış ise o tarihin gelmesiyle borç muaccel hale gelecektir. Aynı şekilde daha önce yukarıda ifa zamanı başlığı altında da belirttiğimiz gibi belli bir

³²⁹ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 470, Öz, Sözleşmeden Dönme, s.154, Oğuzman / Öz, s. 247, 296, Karataş, s. 122, von Tuhr, s. 605, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 905, Becker, H. : **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, 1. Bölüm, Genel Hükümler, Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1967 (Çev. Olçay, Bülent / Reisoğlu, Kemal / Tolun, Osman / Özkök, Saim), Art. 102, s. 594, N. 3-4, Akıntürk, s. 118, Tekinay, Selahattin Sulhi / Burcuoğlu, Haluk / Akman, Sermet / Altop, Atilla: **Tekinay Borçlar Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993, s. 912.

³³⁰ Oğuzman / Öz, s. 247, 286, Karataş, s. 122, von Tuhr, s. 605, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 905, Akıntürk, s. 118.

³³¹ Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 905, Oğuzman / Öz, s. 247, Dayımlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 46, Eren, s. 1048, Akıntürk, s. 118, Ayan, s. 297.

³³² Y. 6. HD. T. 01.03.1988, E. 15143, K. 3090, Kazancı Hukuk Otomasyonu..

³³³ Olgaç, s. 460, Aral, s. 354, Gauch, N. 668, Tandoğan, s. 113, Öz, İnşaat Hukuku, s. 126.

sürenin dolması ile de borcun muaccel hale geleceği kararlaştırılabilir ve bu sürenin dolmasıyla eser sözleşmesinin teslimi muaccel hale gelebilir³³⁴.

İfa zamanı gelmesine rağmen eserin teslim edilememesi iş sahibinin kusurundan kaynaklanıyorsa müteahhit temerrüde düşmez (BK. m. 90) ³³⁵. Bu halde müteahhidin temerrüde düşmemek için gecikmenin iş sahibinden kaynaklandığını kanıtlaması gerekir. Bununla beraber iş sahibinin sözleşmedeki yükümlülüğüne aykırı davranması müteahhidin işini geciktirmemesine rağmen müteahhide ifadan kaçınma yetkisi veriyorsa müteahhit yine de temerrüde düşmekten kurtulur. Sözgelimi sözleşmede iş sahibinin bedelin bir kısmını peşin ödeyeceği kararlaştırılmış olmasına karşın iş sahibi ödeme yapmaz ise (her ne kadar BK. m. 364 / f. I uyarınca müteahhit ücretini ancak eserin teslimi halinde talep edebileceksen de) bu halde ifadan kaçınabilir (BK. m.81) .

Aynı şekilde iş sahibinin üzerine düşen görevi yapmaması sebebiyle ifa gecikiyorsa müteahhit temerrüde düşmez. Örneğin iş sahibi iskan ruhsatı almak için resmi makamlara başvuracak olan müteahhide vekaletname veya gerekli belgeleri vermiyorsa müteahhit temerrüde düşmez³³⁶(BK. m. 90) .

Ayrıca iş sahibinin verdiği talimatlar ile iş yükü ve eserin hacmi artıyorsa işteki artış için gereken süre başta kararlaştırılan teslim süresine eklenir. Müteahhidin ne zaman temerrüde düşmüş sayılacağına karar verebilmek için iş yükündeki artışın ne kadar gecikmeye sebebiyet vereceği hesaplanmalıdır³³⁷.

Üçüncü kişilerin teslimin gecikmesine neden olduğu hallerde de müteahhit sorumlu olmaz. Örneğin, taraflar eserin teslimini iskan ruhsatının alınması şartına bağlamışsa ve iskan ruhsatı alma işlemleri resmi makamlarca geciktirilmiş ise müteahhidin ifa zamanında eseri teslim edememiş olması onu sorumluluk altına sokmaz³³⁸. Yargıtay da bir kararında ruhsatın sözleşmede belirlenen 6 ay içerisinde alınmasının

³³⁴ Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 154, Öz, İnşaat Hukuku, s. 126.

³³⁵ Serozan, İfa, s. 216, N. 4.

³³⁶ Öz, İnşaat Hukuku, s. 132-133.

³³⁷ Karataş, s. 133, Y. 15. HD., T. 17.03.1998, E. 5225, K. 1034, Karataş, s. 134.

³³⁸ Karataş, s. 130.

bürokratik engeller sebebiyle mümkün olmadığını belirtmiş ve bu sebeple de müteahhidin gecikmeden sorumlu olmayacağına hükmetmiştir³³⁹.

b.Müteahhide İhtar Yapılmış Olmalıdır

Borçlar Kanunu'nun 101. maddesi gereğince:

“Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla, mütemerrit olur.”

Madde hükmünden de anlaşılacağı gibi borçlunun temerrüde düşmesi için borcun ifa zamanının gelmesi yani borcun muaccel olması yetmez. Aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen bazı istisnai haller dışında borçlunun temerrüde düşmüş sayılması için alacaklının ayrıca borçluya ihtarında bulunması gerekir³⁴⁰.

İhtar, alacaklının borçluya borcunu ifa etmesi için yönelttiği tek taraflı³⁴¹ bir irade beyanıdır. Bu irade beyanı karşı tarafa ulaştığı anda borçlu temerrüde düşmüş sayılır³⁴². Buna göre, iş sahibinin veya yetkili mümessilin yolladığı ihtarın müteahhide veya temsilcisine ulaşmasıyla müteahhit temerrüde düşer³⁴³. Ancak eklemek gerekir ki, eser sözleşmelerinde alt müteahhide yapılan ihtar hükümlerini doğurmaz ve müteahhit mütemerrit hale gelmez. Ayrıca aksi sözleşmeyle kararlaştırılmadıkça birden fazla müteahhidin iş sahibine karşı müteselsilen sorumlu olduğu hallerde de sadece bir müteahhide yapılan ihtar diğerlerini de mütemerrit hale getirmez³⁴⁴.

³³⁹ Y.15.HD., T. 15.01.1997, . 6797, K. 161, Karataş, s. 130.

³⁴⁰ Gauch Peter/ Schlupe, Walter R. / Tercier, Pierre: **Partie Générale du Droit des Obligations**, Tome I et II, Schulthess, Zurich, 1982, s. 90, N. 1704, Y.15.HD., T. 28.09.1990, E. 3482, K. 3673, Uygur, Turgut: **Açıklamalı – İctihatlı İnşaat Hukuku**, C.II, Ankara, 1993, s. 288, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 173, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 471, Karataş, s. 122, YHGK., T: 04.11.1987, E. 1-427, K. 819, Uygur, C. II, s. 300-301, Öz, İnşaat Hukuku, s. 133, von Tuhr, s. 606, Serozan, İfa, s. 217, N. 4, Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, C. II, 5. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s.1223, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 905, Akıntürk, s. 118, Ayan, s. 298.

³⁴¹ Eren, s. 1049.

³⁴² Oğuzman / Öz, s. 297, von Tuhr, s. 606, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 906, Dayınlarlı,, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 47.

³⁴³ von Tuhr, s. 608, Öz, İnşaat Hukuku, s. 133, Oğuzman / Öz, s. 299, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 906, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 474, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 174, Becker, I. Kısım, s. 597.

³⁴⁴ Öz, İnşaat Hukuku, s. 133.

İş sahibi ihtarı borcun muaccel olmasından sonra yapmalıdır³⁴⁵. Ancak eser sözleşmelerinde bu kuralın istisnası ile karşılaşmak mümkündür. Nitekim BK m. 358'deki hallerde iş sahibi alacağın muaccel hale gelmesinden önce ihtarda bulunabilir³⁴⁶.

Eklemek gerekir ki ihtar, Medeni Kanun'un 2. maddesindeki dürüstlük kuralı çerçevesinde münasip yer ve zamanda yapılmalıdır. Buna göre münasip zaman iş saatleridir. Ancak münasip olmayan bir yer ve zamanda yapılan bir ihtar hükümsüz olmaz sadece münasip sayılan ilk andan itibaren hükümlerini doğurur³⁴⁷.

İhtar bir hukuki işlem değil hukuki işlem benzeri bir fiildir. Nitekim ihtara bağlanan sonuçlar iş sahibince bilinmese veya öngörülme dahi doğar³⁴⁸. Bu sebeple hukuki işleme uygulanan ehliyet, temsil ve hüküm ifade etme gibi kıstaslar kıyasen hukuki işlem benzeri olan ihtara da uygulanır³⁴⁹. Yargıtay da ihtar hukuki işlem benzeri bir işlem kabul etmektedir. Nitekim 30.05.1983 tarihli bir kararında şöyle bir ifadeye yer vermiştir: *"...ihtar, hukuki işleme benzerliği açısından bir şekilde bağlı değil ise de sonuç doğurması, muhatabına ulaşması koşuluna bağlıdır. Diğer bir deyimle, ifanın yerine getirilmesi konusunda gönderilen ihtar ya da ihbarın borçluya ulaşmaması hallerinde herhangi bir sonuç doğurması düşünülemez..."*³⁵⁰

Alacaklının yapacağı ihtar herhangi bir şekilde tabii değildir³⁵¹. Sözlü veya yazılı şekilde ihtar yapılabilir. Ancak ihtar açık ve net bir şekilde alacaklı taraf olan iş

³⁴⁵ Oğuzman / Öz, s. 297, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 473, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 174, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 906, Becker, Art. 102, s.598, N.18.

³⁴⁶ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 473.

³⁴⁷ von Tuhr, s. 608, Oğuzman / Öz, s. 299, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 907, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 473-474, Becker, I. Kısım, s. 599.

³⁴⁸ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 471, Öz, İnşaat Hukuku, s. 133, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 914, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 173, Oğuzman / Öz, s. 298, Tunçomağ, Genel Hükümler, s.906, Eren, s. 1050, von Tuhr, s. 606, Serozan, İfa, s. 136, Tekinay, s. 1224, Nomer, s. 150, Ayan, s. 298.

³⁴⁹ Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 914, Oğuzman / Öz, s. 298, Tekinay, s. 1224, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 906, Eren, s. 1050.

³⁵⁰ Y. 15.HD., T. 30.05.1983, E. 855, K. 1505, YKD. 1984, sayı 2, s. 278, Tekinay, s. 1224.

³⁵¹ Gauch / Schluep / Tercier, s. 90, N. 1706, Öz, İnşaat Hukuku, s. 133, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 914, Eren, s. 1050, Oğuzman / Öz, s. 298, Y. 3. HD., T: 15.04.1980, E. 227, K. 2362, YKD. 1980, s. 1339, Tuhr, s. 606, Serozan, İfa, s. 136, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 173, Tekinay, s. 1225, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 906, Nomer, Haluk N.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2008, s. 150, Akıntürk, s. 118, Ayan, s. 298.

sahibinin edimin yerine getirilmesi talebini içermelidir³⁵². Bununla beraber Türk Ticaret Kanunu'nun 20. maddesinin 3. fıkrası gereği bir tacirin başka bir taciri temerrüde düşürebilmesi için yapılacak olan ihtarın noter aracılığı ile veya iadeli taahhütlü bir mektupla ya da telgrafla yapılması gerekmektedir³⁵³. Yargıtay da bir kararında ihtarın bu şekilde yapılmasının bir geçerlilik şartı olduğunu belirtmiştir³⁵⁴. Bununla beraber, taraflar sözleşme ile ihtarın yapılmasını belli şekil şartına bağlayabilirler. Örneğin ihtarın telefonla, faksla veya e-mail yoluyla yapılacağına karar verebilirler. Bu gibi hallerde sözleşmede belirtilen şekilde ihtar yapılmadıkça, yapılan ihtar hukuki sonuçlarını doğurmaz ve borçlu taraf olan müteahhidi temerrüde düşürmez³⁵⁵. Öte yandan, ispat kolaylığı sağlaması bakımından özellikle konusunu inşaat yapımını oluşturan eser sözleşmelerinde ihtarın noter aracılığıyla yapılması önerilir³⁵⁶.

Kural olarak borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar gerekmesine rağmen bazı hallerde ihtarla gerek kalmaz. Bu haller Borçlar Kanunu'nun 101. maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde belirlenmiştir:

“ Borcun ifa edileceği gün müttefikan tayin edilmiş veya muhafaza edilen bir hakka istinaden iki taraftan birisi bunu usulen bir ihbarda bulunmak suretiyle tesbit etmiş ise, mücerret bugünün hitamı ile borçlu mütemerret olur.”

Kanun hükmünden de anlaşılacağı gibi üç halde ihtar yapılmasına gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşer. Bunlardan ilki borcun ifa edileceği günün tarafların anlaşması ile tayin edildiği hallerdir. Buna göre, vade tarihi muayyen bir tarih olarak kararlaştırılmış ise, 22 Nisan 2009 gibi, belirlenen bu tarihin sona ermesiyle ihtarla gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşmüş sayılır. Burada Roma hukukunda hakim olan *“takvim, alacaklı yerine uyarır”* (dies interpellat pro homine) esası

³⁵² von Tuhr, s. 606, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 906, Eren, s. 1049-1051, ancak burada işsahibinden mutlaka “ihtar” tabirini kullanması beklenmez.

³⁵³ Serozan, İfa, s. 136, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 915, Tekinay, s. 1225, Oğuzman / Öz, s. 299, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 907, Nomer, s. 150, Eren, s. 1051, Akıntürk, s. 119, Ayan, s. 298.

³⁵⁴ Y. 11.HD., T: 11.05.1982, E. 1719, K. 2236, Uygur, C. II, s. 283.

³⁵⁵ Öz, İnşaat Hukuku, s. 133, Yazara göre sözleşmede öngörülenden daha güçlü bir ihtar yapılırsa yapılan bu ihtar geçerli olmalıdır. Örneğin taraflar sözleşmede ihtarın telefonla yapılacağına karar vermişlerse de alacaklı eğer noter aracılığı ile ihtarda bulunursa bu ihtar geçerli olmalıdır.

³⁵⁶ Öz, İnşaat Hukuku, s. 133.

uygulanmaktadır. Ayrıca belli bir sürenin geçmesi ile borcun muaccel olacağına kararlaştırıldığı hallerde de, mesela sözleşmenin imzalanmasından itibaren 20 gün sonra gibi, son günün geçmesiyle birlikte ihtara gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşmüş olur. Aynı kural, borcun muayyen bir süre içinde yerine getirileceğine dair bir anlaşma yapıldığı hallerde de uygulanır ve muayyen sürenin en son günü hala borçlu borcunu yerine getirmemiş ise borçlu temerrüde düşmüş sayılır. Bununla beraber borcun ifası için muayyen bir tarih kararlaştırılmamışsa, örneğin yaz mevsimi başlangıcında, yıllık hesaplar kapanınca veya gemi gelince denmişse, borçlu temerrüdünden bahsedebilmek için ihtar şarttır³⁵⁷.

İkinci olarak, taraflar vade tayin etmiş olmayıp, sözleşmede bir muacceliyet ihbarı ile tayini hakkını taraflardan birine vermişler ise muacceliyet ihbarı ile belli edilen vadede borcunu ifa etmeyen borçlu, ihtara lüzum bulunmaksızın temerrüde düşer. İfa günü bir ihbarla tayin edilmiş ise o tarihte ifanın yapılmaması ve sözleşme konusu eserin teslim edilmemesi müteahhidi temerrüde düşürür. Bu halde temerrüt için iş sahibinin tekrar ihtarda bulunması gerekmez. İhbar usulüne uygun bir şekilde yapıldığı sürece ifa günü belli sayılır³⁵⁸. Ekleme gerekir ki tacirler arasından yapılacak olan böyle bir ihbar şekle tabidir³⁵⁹.

Son olarak, Borçlar Kanunu'nun 101. maddesinin 2. fıkrasında belirtilmemekle beraber Medeni Kanunu'nun 2. maddesi çerçevesinde ihtar yapılmasının dürüstlük kuralına göre beklenmeyeceği hallerde borçlu ihtar yapılmadan temerrüde düşmüş sayılır. Örneğin, borcun ne zaman ifa edilmesi gerektiğini alacaklı değil de borçlu biliyorsa ihtara lüzum olmaksızın borçlu temerrüde düşmüş olur. Aynı şekilde borcunu hiçbir şekilde ifa etmeyeceğini belirten borçluya, sözgelimi inşaat alanını tümüyle kesin olarak terk etmiş olan bir müteahhide, ihtar yapılmasının beklenmesi

³⁵⁷ von Tuhr, s. 608-609, Serozan, İfa, s. 217, N. 4, Tekinay, s. 1228, Oğuzman / Öz, s. 300, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 908, Nomer, s. 150, Gauch / Schluep / Tercier, s. 90, N. 1710, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 917, Akıntürk, s. 119, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 174, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 475, Becker, s. 601.

³⁵⁸ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 476, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 917, Tekinay, s. 1230, Oğuzman / Öz, s. 301, Gauch / Schluep / Tercier, s. 91, N. 1715, Akıntürk, s. 119.

³⁵⁹ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 476.

de dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden ihtar yapılmasına gerek olmadan borçlu temerrüde düşmüş olur³⁶⁰.

Tüm bunlar göz önünde bulundurulduğunda, borçluyu temerrüde düşürebilmek için gereken ihtarın daha çok, BK. m. 74'ün uygulama alanı bulduğu, borcun ifası için herhangi bir vade bulunmadığı hallerde yapıldığını söylemek mümkündür³⁶¹. Bu sebeple, eser sözleşmelerinde BK. m. 101/ f. 2'nin pratik hayatta daha çok uygulandığını söylemek mümkündür. Nitekim inşaat yapımının üstlenildiği eser sözleşmelerinde taraflar genellikle ifa tarihini sözleşmede belirlemiş olur. Hal böyle olunca ihtara gerek olmaksızın vade tarihi geldiğinde müteahhit derhal temerrüde düşmüş olur³⁶². Ancak, ifa tarihinin ileride anlaşılabilecek bir zaman olarak belirlenmesi halinde, inşaat ruhsatının alınmasından 2 ay sonra gibi, sonradan belirlenen bir tarihin geçmesiyle müteahhit ihtarsız temerrüde düşmüş sayılmaz. İhtara gerek olmaması için yukarıda da belirttiğimiz gibi vade gününün kesin olarak anlaşılabilecek nitelikte olması gerekir³⁶³.

c. İfa Mümkün Olmalıdır

Borçlu temerrüdünün bir şartı olarak kanununda açıkça belirtilmemiş olsa da temerrütten söz edebilmek için gereken en önemli şartlardan biri de ifa tarihinde, temerrüde düşürüldüğü anda edimin ifasının mümkün olmasıdır³⁶⁴.

Borç henüz muaccel olmadan, vade tarihi gelmeden, edimin ifası imkansız hale gelmişse müteahhidin eseri teslim borcunu ifa etmemesi borçlu temerrüdü oluşturmaz. Bu halde imkansızlık yüzünden borç ifa edilmemiştir. O halde

³⁶⁰ von Tuhr, s. 608-609, Gauch / Schluep / Tercier, s. 91, N. 1716, Serozan, İfa, s. 218, N. 5, Oğuzman / Öz, s. 301, Öz, İnşaat Hukuku, s. s. 134, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 918, Nomer, s. 151, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 174, Akıntürk, s. 120: yazar burada BK. m. 107'nin kıyasen uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

³⁶¹ Oğuzman / Öz, s. 300.

³⁶² Öz, İnşaat Hukuku, s. 134.

³⁶³ Öz, İnşaat Hukuku, s. 134.

³⁶⁴ Tekinay, s. 1221, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 155, Oğuzman / Öz, s. 291, Gauch / Schluep / Tercier, s. 89, N. 1700, Ayan, s. 297, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 479, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 912, Becker, I. Kısım, s. 599-600, Ayan, Serkan, s. 91: "*İfanın imkansız olmaması borçlu temerrüdünün olumsuz koşuludur.*"

müteahhidin sorumlu olup olmadığı borçlu temerrüdü hükümlerine göre değil imkansızlık hükümlerine göre belirlenir³⁶⁵.

Borç muaccel olduktan ve müteahhit temerrüde düştükten sonra edimin ifası imkansızlaşmışsa temerrüt tarihinden imkansızlığın ortaya çıktığı tarihe kadar müteahhit borçlu temerrüdü hükümlerince sorumlu tutulur³⁶⁶. Burada önemli olan diğer bir husus da müteahhidin temerrüt sırasında ortaya çıkan imkansızlıktan sorumlu olacaktır. Bu halde müteahhit sorumluluktan kurtulabilmek için temerrüde düşmede herhangi kusurunun bulunmadığını veya kendi temerrüdü ile imkansızlık arasında illiyet bağının bulunmadığını ispat etmelidir. Müteahhit bunu ispat etmedikçe imkansızlık kendi kusuruyla meydana gelmese de sorumlu tutulur³⁶⁷. Konuya ilişkin düzenleme Borçlar Kanunu'nun 102. maddesi aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

“Mütemerrit olan borçlu, borcun tehhürle ifasından dolayı zarar ve ziyan tediyesine mecbur olduğu gibi kazara vukua gelecek zarardan da mesuldür.

Borçlu, kendisi tarafından bir güne kusur olmaksızın tehhürde bulunmuş olduğunu veya borç vakit ve zamaniyle ifa edilmiş olsa bile kazanın alacaklının zararına olarak tediyeye olunacak şeye isabet edeceğini ispat ederek, bu mesuliyetten kurtulabilir.”

d. Teslim Yapılmamış Olmalıdır

İş sahibinin borçlu temerrüdünün kendisine sağladığı haklardan yararlanabilmesi için gereken son şart sözleşmenin konusunu oluşturan eserin iş sahibine teslim edilmemiş olma şartıdır. Nitekim teslim gerçekleşmediği sürece müteahhit borcunu ifa etmiş sayılmaz. Borçlu temerrüdü eserin meydana getirilmesiyle değil, teslimiyle ortadan kalkar³⁶⁸.

³⁶⁵ Oğuzman / Öz, s. 302, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, s.46, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 58-59.

³⁶⁶ Oğuzman / Öz, s. 302.

³⁶⁷ Oğuzman / Öz, s. 302-303.

³⁶⁸ Ayan, Serkan, s. 93.

Yukarıda farklı eser türlerine göre farklı teslim şekilleri olduğundan bahsetmiştik. Eserin türüne göre yapılması gereken teslim yapılmışsa borçlu temerrüdünden bahsedilemez. Örneğin taşınır bir eserin teslimi için zilyetliğin devri gerekecektir. Müteahhit sözleşmenin konusunu oluşturan taşınır eserin zilyetliğini iş sahibine devretmişse temerrüdü düşmez ve dolayısıyla da iş sahibi BK. m. 106'nın kendisine tanıdığı yetkilerden birini kullanamaz³⁶⁹.

Taraflar arasında eserin tesliminin yapılmış olup olmadığı hususunda bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa borcun ifa edilip eserin teslim edildiğini müteahhit ispat etmekle mükelleftir³⁷⁰.

³⁶⁹ Karataş, s. 139-140, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 913, Tekinay, s. 1223.

³⁷⁰ Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 913, Tekinay, s. 1223, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, s.47.

3. MÜTEAHHİDİN TESLİM BORCUNU İFADA TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

a.Seçimlik Hakları Kullanabilme Şartları

(1) Uygun Mehil Tayini

Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinin 1. fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için münasip bir mehil tayin veya münasip bir mehlin tayinini hakimden isteyebilir.”

Dolayısıyla iş sahibinin BK. m. 106'daki seçimlik haklarını kullanabilmesi için öncelikle müteahhide uygun bir mehil vermesi gerekmektedir. Aksi halde iş sahibi sadece müteahhitten aynen ifayı ve gecikme tazminatını talep edebilir. Mehil tayini iş sahibinin müteahhide eseri teslim etmesi için bir süre tanınmasıdır³⁷¹. Bu süre müteahhidin borcunu ifa etmesi için ona tanınan son imkandır³⁷².

Verilen mehlin uygun bir mehil olması gerekir. Buna göre tanınan mehil dürüstlük kuralı çerçevesinde müteahhidin eseri tamamlayıp teslim etmesine imkan verecek bir süre olmalıdır³⁷³. Ancak unutmamak gerekir ki, verilen bu mehil akdin feshini ve ifa yerine tazminat ödemeyi önleyebilmek için müteahhide tanınan son bir imkan niteliğindedir. Bu sebeple müteahhide tanınan bu son şans iki tarafın da dürüstlük kuralı çerçevesinde menfaatlerine hizmet etmelidir. Özellikle eser sözleşmesi gibi bir sonuç borcu doğuran sözleşmelerde müteahhidin eseri tamamlaması için geride ne kadarlık bir iş kaldıysa o kadar süre verilmemesi gerekir³⁷⁴. Bu halde uygun mehil

³⁷¹ Oğuzman / Öz, s. 402, Eren, s. 1066, Buz, s. 106, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 65.

³⁷² Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 494, Eren, s. 1066, Serozan, İfa, s. 141, N. 11, Tunçomağ, Genel Hükümler, s.934, Oğuzman / Öz, s. 402-403, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 946, Buz, s. 107, Tekinay, s. 1263.

³⁷³ Oğuzman / Öz, s. 403, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 495, Tercier, Pierre, **Le Droit des Obligations**, Schulthess Polygraphischer Verlag, 3eme editions, Zürich, 2004, s. 236, N. 1196, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 175, Buz, s. 107, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 947, Tekinay, C. II, s.1264, Eren, s. 1067, Serozan, İfa, s. 168, Nomer, s. 162, Y. 13. HD., T. 23.09.2002, E. 6964, K. 9369, YKD. 2003, S. 3, s. 400, Dayınlarlı,, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 63.

³⁷⁴ Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 175, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 495, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 947, Dayınlarlı,, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 63, Tunçomağ, Genel

tain edilirken müteahhidin zaten yaptığı farzedilen bu hazırlığı bitirmek için ne kadar zamana ihtiyaç duyduğu göz önünde bulundurulmalıdır³⁷⁵. Bununla beraber müteahhide hazırlık için ihtiyacı olan tüm zamanın verilmesi gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur. Bu görüşü savunan yazarlara göre gereken bu sürenin verilmesiyle Borçlar Kanunu'nun 358. maddesinin 1. fıkrasının sebep olduğu sakıncalar bertaraf edilmiş olur³⁷⁶.

Verilen mehilin uygun olup olmadığı tartışmalarından kurtulmak için iş sahibi dilerse mahkemeden müteahhide uygun mehil tayin edilmesini de talep edebilir³⁷⁷. Özellikle eser sözleşmelerinde uygun mehilin ne olduğu konusunda tartışmalar daha çok olabilir. Bu sebeple mehil tayininin hakimden istenmesi yerinde olur³⁷⁸.

Borçlu taraf olan müteahhide tanınan sürenin uygun bir süre olmaması halinde iş sahibi BK. m. 106'nın kendisine tanıdığı imkanlardan yararlanamaz. Bu imkanları kullanmak isteyen iş sahibi müteahhide eseri teslim borcunu ifa edebilmesi için uygun mehil sayılabilecek kadar ek bir süre vermelidir. Ancak müteahhit kendisine ilk başta tanınan sürenin uygun bir süre olmadığını ilk uygun zamanda bildirmeli diğer bir ifadeyle verilen süreye itiraz etmelidir. İlk uygun zamanda verilen süreye itiraz etmeyen müteahhit sonradan sürenin yetersizliğini ileri süremez. Müteahhidin bundan sonra sürenin yetersizliğini ileri sürebilmesi için iş sahibinin bu sürenin yetersiz olduğunu bildiğini ispatlaması gerekir³⁷⁹.

Mehil borçlu temerrüde düşürüldükten sonra verilmelidir. Nitekim Yargıtay da 1978 tarihli bir kararında uygun mehil tayininin hakimden istenilebilmesi için borcun muaccel ve borçlunun mütemerrit olmasının şart olduğunu belirtmiştir³⁸⁰.Ancak

Hükümler, s. 935, yazara göre dürüstlük kuralı çerçevesinde alacaklı borçluya ifayı mümkün kılacak derecede uzun süre vermek zorunda değildir.

³⁷⁵ Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 947, Tekinay, C. II, s. 1265.

³⁷⁶ Seliçi, s. 71.

³⁷⁷ Tercier, Le Droit des Obligations, s. 236, N. 1196, Oğuzman / Öz, s. 403, Tekinay, C. II, s. 1267, Tunçomağ, s. 935, Eren, s. 1067, Dayınlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 62, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 948.

³⁷⁸ Seliçi, s. 70, Buz, s. 107, Y. 13. HD., T. 08.04.1994, E. 3186, K. 3577: "Alacaklı bir önceki bizzat tayin edebileceği gibi bu önelim verilmesini olayımızda olduğu gibi hakimden de isteyebilir." Karahasan, Genel Borç İlişkileri, s. 506.

³⁷⁹ Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 175-176, Tandoğan, s. 133, Oğuzman / Öz, s. 404, BGE 105 II 34, BGE 91 II 351.

³⁸⁰ Y. 15. HD., T. 14.06.1978, E. 1216, K. 1300, Karahasan, s. 630.

müteahhide yapılan ihtar ile birlikte de mehil verilmiş olabilir³⁸¹. Örneğin iş sahibinin müteahhide yolladığı ihtar “ eseri 20 gün içerisinde teslim ediniz” şeklinde ise ihtar beyanı mehili de içinde barındırıyor demektir³⁸². Kanunda borçluya uygun süre vermek için herhangi bir süre sınırlaması yoktur. İş sahibi müteahhit temerrüde düştükten sonra ne kadar süre geçerse geçsin dilediği zaman uygun mehil verebilir³⁸³.

Mehil süresince temerrüt devam ederse borçlu taraf olan müteahhit bu süre için gecikme tazminatı ödemekle yükümlüdür. Müteahhit gecikme tazminatını öder ve eseri teslim borcunu ifa ederse temerrütten kurtulmuş olur. İş sahibi bu halde Borçlar Kanunu’nun kendisine tanıdığı imkanlardan faydalanamaz³⁸⁴. Müteahhit ayrıca mehil süresi içerisinde temerrüdü devam ettiği sürece kazara meydana gelebilecek zararlardan da sorumlu olur.

Alacaklı tarafın borçluya mehil tayin etmesi taraflar arasındaki sözleşme herhangi bir şekil şartına bağlı dahi olsa tıpkı temerrüt ihtarını gibi herhangi bir şekle tabi değildir³⁸⁵. Ancak burada da tacirler arasında bir ilişki mevcut ise yine temerrüt ihtarında olduğu gibi Türk Ticaret Kanunu’nun 20. maddesinin 3. fıkrası gereği mehil ya noter aracılığı ile veya iadeli taahhütlü bir mektupla veyahut da telgrafla verilmelidir³⁸⁶.

Doktrinde savunulan baskın görüşe göre mehil de ihtar gibi hukuki işlem benzeri bir fiildir³⁸⁷.

³⁸¹ Oğuzman / Öz, s.403, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 496, Tunçomağ, Genel Hükümler, s.935, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. , 175, Tekinay, C. II, s. 1266, Eren, s. 1067.

³⁸² Oğuzman / Öz, s. 403.

³⁸³ Tunçomağ, Genel Hükümler, s 936.

³⁸⁴ Oğuzman / Öz, s. 403, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 65, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 494.

³⁸⁵ Tercier, Le Droit des Obligations, s. 236, N. 1197, Oğuzman / Öz, s. 402, Tekinay, 1264, Serozan, İfa, s. 141, N. 11, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 496, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 935, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 65.

³⁸⁶ Oğuzman / Öz, s. 404, Tekinay, 1264, Serozan, ifa engelleri, s. 141, N. 11, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 496, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 935, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 65.

³⁸⁷ Oğuzman / Öz, s. 402, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 175, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 494, Tunçomağ, Genel Hükümler, s.936.

(2) Mehil Verilmesini Gerektirmeyen Haller

Kural olarak alacaklı borçluya uygun mehil vermeden aynen ifayı reddederek sözleşmeden dönemez veya müspet zararının tazminini talep edemez. Ancak bazı hallerde iş sahibinin, uygun mehil vermesi gerekmeden, Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinden yararlanma imkanı doğar. Bu özel durumlar Borçlar Kanunu'nun 107. maddesinde şu şekilde saptanmıştır:

“Aşağıdaki hallerde bir mehil tayinine lüzum yoktur.

1 - Borçlunun hal ve vaziyetinden bu tedbirin tesirsiz olacağı anlaşılırsa

2 - Borçlunun temerrüdü neticesi olarak borcun ifası alacaklı için faidesiz kalmış ise.

3 - Akdin hükümlerine göre borç tayin ve tesbit edilen bir zamanda veya muayyen bir mehil içinde ifa edilmek lazım geliyorsa.”

Görüldüğü gibi bu üç halin varlığı halinde iş sahibinin müteahhide uygun mehil vermesine gerek kalmayacaktır. Şimdi aşağıda bu üç hali ayrıntılarıyla inceleyelim.

i. Borçlunun hal ve davranışından süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılmışsa

Borçlunun hal ve davranışından süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılmışsa iş sahibinin müteahhide mehil vermesi gerekmez. Örneğin müteahhit eseri hiçbir şekilde meydana getirip iş sahibine teslim etmeyeceğini beyan etmiş ise iş sahibinin uygun bir mehil tayin etmesi gerekmez³⁸⁸. Aynı şekilde eserin meydana getirilmesi için gereken süre uzun bir süreysse ve müteahhidin hiçbir hazırlığı yoksa iş sahibi uygun bir mehil vermeye gerek olmaksızın BK. m. 106'nın kendisine tanıdığı seçimlik haklardan birini kullanarak sözleşmeyi feshedebilir³⁸⁹. Ayrıca müteahhit eser

³⁸⁸ Tercier, Le Droit des Obligations, s. 236, N. 1198, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 176, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 497, Tekinay, C. II, s. 1269, Oğuzman / Öz, s. 420, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 938, Serozan, İfa, s. 141-142, N. 11, Becker, Art. 108, s28, N.3, Nomer, s. 162, von Tuhr, s. 622.

³⁸⁹ Y.15.HD, T. 13.03.1992, E. 4232, K. 1284, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 981: “ (...) dava tarihine kadar davalılar her hangi bir işlem yapmamışlardır. Ayrıca mahkemenin 20.06.1990 günlü keşif tarihinde de davalıların bir faaliyeti bulunmadığı anlaşılmaktadır. Böylece davalılar direngen duruma düşmüşlerdir. (107).” Oğuzman / Öz, s. 420, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 497, Tunçomağ, genel hükümler, s. 938, Serozan, İfa, s. 141-142, N.11, Becker, Art. 108, s28, N.3, Dayınlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 66.

sözleşmesinin konusunu oluşturan inşaatı terk etmiş ise de süre verilmesi etkisiz olacaktır³⁹⁰. Nitekim Yargıtay da 1979 yılında verdiği bir kararda müteahhidin inşaatı yarım bırakması halinde sözleşmenin fiilen bozulmuş olduğunu belirtmiş ve bu sebeple mehil verilmesine gerek olmayacağına karar vermiştir³⁹¹. Tüm bunlara ek olarak, eğer müteahhit 1 yıllık süre içerisinde hiç faaliyette bulunmazsa da BK. m. 107 uyarınca mehil vermeye gerek olmaksızın temerrüde düşmüş sayılır³⁹². Son olarak müteahhidin sözleşmenin varlığını inkar etmesi halinde de mehil verilmesinin etkisiz kalacağı açıktır³⁹³.

ii. Temerrüt alacaklı yönünden aynen ifayı faydasız hale getirmişse

Temerrüt alacaklı yönünden aynen ifayı faydasız hale getirmişse iş sahibinin müteahhide mehil vermesine gerek olmayacaktır. Buradaki faydasız hale gelmeden kasıt aynen ifanın iş sahibi için faydasız hale gelmesidir. Müteahhidin eseri tamamlayıp teslim etmesi için belli bir vade tarihi kararlaştırılmamış olmasına karşın sözleşmesinin konusunu oluşturan eserin verilen mehilden sonra teslim edilmesi artık iş sahibi için bir anlam ifade etmiyorsa iş sahibi mehil vermeye gerek olmaksızın BK. m. 106'nın kendisine tanıdığı imkanlardan birini kullanabilir³⁹⁴. Örneğin, kendisinden düğün için gelinlik dikilmesi istenmiş olan bir terzinin gelinliğin tesliminin düğün tarihinden sonra gerçekleşeceği anlaşılıyorsa sipariş veren mehil tayinine gerek olmaksızın BK. m. 106'daki imkanlardan birini kullanarak sözleşmeyi feshedebilir veya müspet zararının tazminini talep edebilir³⁹⁵.

³⁹⁰ Y. 15.HD., T. 29.05.1979, E. 1168, K. 1279, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 1014: “ Davacı yüklenici inşaatı terk etmiş bulunması nedeniyle, davalı işveren tarafından ihtarin semeresiz kalacağı kuşkusuz bulunduğundan, BK. nun 107. maddesine göre ihtar keşide edilmesinde de zorunluluk bulunmamaktadır.”

³⁹¹ Y 15. HD. T. 29.05.1979, E. 1168, K. 1279, Kazancı Hukuk Otomasyonu: “Bu duruma göre, taraflar arasında düzenlenmiş bulunan sözleşmenin fiilen bozulmuş olduğu saptanmıştır. Davacı yüklenici inşaatı terk etmiş bulunması nedeniyle, davalı işveren tarafından ihtarin semeresiz kalacağı kuşkusuz bulunduğundan, B.K. 'nun 107. maddesine göre ihtar keşide edilmesinde de zorunluluk bulunmamaktadır.”

³⁹² Y.15.HD., T. 29.04.1992, E. 2205, K. 2287, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 979: “Bir yıllık süre içinde faaliyette bulunmadığı cihetle BK m. 107 gereği direngen duruma düşmüştür.”

³⁹³ Y.13.HD., T. 26.03.1985, E. 525, K. 2164, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 1000.

³⁹⁴ von Tuhr, s. 622, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 498, Oğuzman / Öz, s. 421, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 938, Serozan, İfa , s. 141-142, N. 11, Becker, Art. 108, s. 29, N.7-8,.

³⁹⁵ Tercier, Le Droit des Obligations, s. 236, N. 1198, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 177, Tekinay, C. II, s. 1270.

Aynen ifanın alacaklı taraf olan iş sahibi için faydasız hale gelmesi müteahhidin temerrüdü dışında bir sebepten doğmuşsa iş sahibi yine de müteahhide uygun bir mehil tanımak zorundadır. Burada iş sahibinin mehil verme yükümlülüğünden kurtulması için ifanın faydasız hale gelmesi ile temerrüt arasında bir illiyet bağının var olması gerekir³⁹⁶. Örneğin terzinin gelinliği teslimi düğünün iptal edilmesi nedeniyle sipariş veren için faydasız kalmışsa uygun illiyet bağı mevcut olmadığından mehil vermeksizin sözleşmeden dönmek mümkün olmayacaktır.

Mehil vermeye gerek bırakmayacak bir hukuki işlemde bahsedebilmek için müteahhidin aynen ifasının artık iş sahibi için faydasız kalacağını bilmesi gerekir mi? Bu konu bizim hukukumuzda tartışmalıdır. Becker tarafından savunulan görüşe göre iş sahibinin mehil verilmesine gerek kalmaması için ya gecikmiş ifanın iş sahibi için fayda etmeyeceği açık olmalıdır ya da iş sahibi bunu belirtmiş olmalıdır³⁹⁷. Oğuzman ve Öz'ün savunduğu diğer bir görüşe göreyse müteahhit gecikmiş ifanın faydasız kalacağını sözleşmede güdülen amaçtan anlayabiliyorsa mehil verilmesi gerekmez. Fakat ifanın faydasız kalması iş sahibinin özel durumundan kaynaklanıyorsa iş sahibi bu durumu açıkça müteahhide belirtmedikçe müteahhide mehil verilmelidir³⁹⁸. Tekinay'ın savunduğu başka bir görüşe göreyse müteahhidin temerrüde düşmede ağır kusuru olduğu sürece aynen ifanın faydasız kalacağını bilmese de iş sahibi tarafından mehil verilmesi gerekmeyecektir. Diğer yandan müteahhidin temerrüde düşmedeki kusuru hafifse ve aynen ifanın faydasız olacağını bilmiyor ve bilmesi de gerekmiyorsa yaptığı hazırlık çalışmalarının tamamen boşa gitmesi adil olmaz³⁹⁹. Doktrinde bazı yazarlar ise müteahhidin aynen ifanın faydasız olacağını bilmemesine rağmen iş sahibinin mehil tayin etmeksizin sözleşmeden dönebilmesi gerektiği görüşünü savunmaktadır. Diğer bir anlatımla, BK. m. 107 / f. II'nin uygulanabilmesi için müteahhidin eserin tesliminin iş sahibi için faydasızlaştığını bilmesi gerekmez⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 498, Tekinay, C. II, s. 1270, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 939, Becker, Art. 108, s.30, N.9, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 67.

³⁹⁷ Becker, Art. 108,N.8, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 498-499, Oğuzman / Öz, s. 421.

³⁹⁸ Oğuzman / Öz, s. 421.

³⁹⁹ Tekinay, C. II, s.

⁴⁰⁰ von Tuhr, s. 623, yazara zarar ve ziyan hesaplanırken alacaklının edimin zamanında ifa edilmemesi halinde ifanın onun için faydasız olacağını bildirip bildirmemesinin dikkate alınmalı ve

Belirtmek gerekir ki, eserin tesliminin kendisi için faydasız kaldığını iddia eden iş sahibi, iddiasını ispat etmek zorundadır⁴⁰¹. Görülüyor ki iş sahibinin ifanın kendisi için faydasız kalmış olduğunu ispat ederse müteahhide uygun mehil vermeksizin BK. m. 106'nın kendisine tanıdığı seçimlik haklardan yararlanabilir.

iii. Sözleşmede ifa tarihi kesin olarak saptanmışsa

Sözleşmede ifa tarihi kesin olarak saptanmışsa ayrıca mehil verilmesine gerek kalmaz. Ancak tarafların sözleşmede ifa tarihi kararlaştırmış olmaları her zaman kesin vadenin kararlaştırıldığı anlamına gelmez. Kesin vadeli bir sözleşmeden bahsedebilmek için vade tarihinde ifa edilmeyen borcun ifasının kabul edilmeyeceğinin sözleşmede açıkça veya örtülü bir biçimde kararlaştırılmış olması gerekir⁴⁰². Buna göre sözleşmede “en geç”, “nihayet”, “mutlaka” veya “kesinlikle” gibi tabirler kullanılmış ise kesin vadenin kararlaştırıldığı sonucuna varılabilir⁴⁰³. Demek ki BK. m. 101 anlamında ihtara gerek bırakmayan vade ile mehil verilmesini gerektirmeyecek vade aynı gelmez.

Ekleme gerekir ki, konusu inşaat yapımı olan eser sözleşmelerinde vade genellikle kesin vade olarak belirlenmez⁴⁰⁴. Ancak, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1991 yılında verdiği bir kararında kat karşılığı bina inşasını 36 ayda bitirmeyi taahhüt eden müteahhidin kesin vade verdiğini bu sebeple BK. m. 106 / f. I hükmünce mehil verilmesi gerekmediğini belirtmiştir. Kanımızca kesin vade sayılmaması gereken bu durum Hukuk Genel Kurulunun kararında şu şekilde açıklanmıştır: “ (...) Alacaklı, BK 106 / II'de öngörülen seçimlik hakkını kullanabilmesi için borcu yerine getirmemekte direnen borçluya mehil vermek zorundadır (BK m. 106 /f. I) . Ancak, 107. maddede yazılı hallerden birinin bulunması halinde (...) mehil tayinine gerek yoktur. Davalı yüklenicinin, borcunu 36 ay içinde yerine getireceği sözleşmede kabul edildiğine göre, BK.nun 106 / 1. maddesi gereğince bir önel (mehil) belirlenmesine

bildirilmemişse zarar ve ziyanda indirim yapılmalıdır. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 499, Tunçomağ, s. 939.

⁴⁰¹ Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 67, Karahasan, Özel Borç ilişkileri, s. 254.

⁴⁰² Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 952, Oğuzman / Öz, s. 422, Tekinay, C.II, s. 1273, Becker, Art. 108, s. 31, N.14-16, Dayınlarlı, s. 67-68, von Tuhr, s. 623, bu durumun en tipik örneği, ifanın ne daha erken ne de daha geç yapılamayacağını belirtmesi ile ifa gününün saptanmasıdır.

⁴⁰³ von Tuhr, s. 623, Tekinay, C. II, s. 1273, dipnot, no. 24a, Serozan, İfa, s. 142, N. 11, Eren, s. 1070.

⁴⁰⁴ Seliçi, s. 71.

*gerek yoktur.*⁴⁰⁵” Aynı şekilde Yargıtay başka bir kararında “ *taraflar arasında satım konusu dairlerin 1989 Kasım ayı sonunda teslim edileceği kararlaştırılmış, kesin bir vadeye bağlanmıştır. O halde bu kesin vadenin geçmesi ile davalının temerrüde düştüğü çok açıktır*” açıklamasında bulunarak bu durum halinde de kesin vadenin söz konusu olduğunu ve bu halde uygun mehil verilmesinin gerekmediğini belirtmiştir.

Sonuç olarak belirlenen kesin vade tarihinde müteahhit borcunu ifada temerrüde düşerse yani eseri teslim borcunu ifada temerrüde düşerse iş sahibi mehil vermeksizin Borçlar Kanunu’nun 106. maddesinde kendisine tanınan seçimlik haklardan birini kullanabilecektir⁴⁰⁶.

(3) Uygun Süre Sonunda Borcun Yerine Getirilmemesi

Tanınan ek süreye rağmen müteahhit eseri iş sahibine teslim etmez ise alacaklı taraf olan iş sahibi lehine üç yenilik doğuran yetki doğar. Bu seçimlik yetkiler aşağıda ayrıntı olarak incelenecektir⁴⁰⁷.

“Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve tehhür sebebi ile zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir; bir de aktin icrasından ve tehhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep veya akdi fesh edebilir.”

⁴⁰⁵ Kazancı Hukuk Otomasyonu., Aynı yönde kararlar için bkz. 13.HD., T. 31.10.1994, E. 8002, K. 9890, Karahasan, s. 482.

⁴⁰⁶ Serozan, İfa, s. 143, N. 11.

⁴⁰⁷ Seliçi, s. 71.

b. İş sahibinin Seçimlik Hakları

Mehil verilmesine rağmen eserin belirtilen süre sonunda hala müteahhit tarafından teslim edilmemesi halinde ya da mehil tayinine gerek olmayan hallerde alacaklı olan iş sahibi ifa ve gecikme tazminatından farklı olarak borcun ifa edilmemesi sebebiyle tazminat (müspet zararın tazminini) veya sözleşmeden dönüp menfi zararın giderilmesi talebinde bulunabilir⁴⁰⁸. Nitekim Yargıtay da 2005 tarihli bir kararında *“Karşılıklı borçlanmayı içeren bir sözleşmede iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde; Borçlar Yasası'nın 106. maddesi hükmü, öteki tarafa üç seçimlik hak tanımaktadır. Sözleşmenin direngen olmayan tarafı her zaman edimin ifasını ve gecikme nedeniyle oluşan zararının giderilmesini; veya sözleşmenin yerine getirilmesinden ve gecikme nedeniyle ödenince isteminden vazgeçtiğini hemen bildirerek, edimin ifa olunmaması ve bu kapsamda borcun ödenmemesinden doğan zararı için ödenince isteyebilir ya da sözleşmeyi bozabilir. Yanlar arasındaki sözleşme hükümleri gereğince, dairelerin davacı arsa sahibine teslimi gereken tarih 26.01.2001 olup, teslim gerçekleşmediğinden yüklenici davalı. "teslimde temerrüde" düşmüş bulunmaktadır(...)"* şeklinde bir açıklamada bulunarak durumu özetlemiştir⁴⁰⁹.

Görüldüğü gibi Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinin 2. fıkrası iş sahibine aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebilme imkanının yanı sıra iki seçimlik haktan birini kullanma imkanı verir⁴¹⁰. Konuya ilişkin düzenleme aşağıdaki gibidir:

“Bu mehil zarfında borç ifa edilmemiş bulunduğu surette alacaklı her zaman onun ifasını talep ve tevhür sebebi ile zarar ve ziyan davası ikame eylemek hakkını haizdir; birde aktin icrasından ve tevhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyana talep veya akdi fesh edebilir.”

⁴⁰⁸ Oğuzman / Öz, s. 405, Tandoğan, s. 132.

⁴⁰⁹ Y.15.HD., T. 14.10.2005, [E. 5335, K. 5448](#), Kazancı Hukuk Otomasyonu.

⁴¹⁰ Nomer, s. 161.

Belirtmek gerekir ki, müteahhit temerrüde düşmekte kusuru olmadığını bu sebeple de sorumlu tutulamayacağını ispat ederse iş sahibi ifayı talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir. Fakat gecikme tazminatı, müspet veya menfi zararın tazminini talep edemez. Bu halde ispat yükü müteahhidin üzerindedir nitekim karine olarak borçlu kusurlu kabul edilir⁴¹¹. Diğer bir anlatımla iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için müteahhidin kusurlu olması gerekmez; sözleşmeye objektif olarak aykırı davranışının varlığı yeterlidir. Ancak iş sahibinin tazminat talebinin kabul edilebilmesi için müteahhidin kusurlu olması şarttır. Müteahhidin kusuru onun ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı gecikmeye sebebiyet vermesi halinde görülebilir⁴¹².

Alacaklı taraf olan iş sahibi bu seçimlik haklardan hangisini seçtiğini müteahhide derhal bildirmelidir. Derhal bildirim yapılmasından kasıt iş sahibinin içinde bulunduğu duruma göre en yakın zamanda bildirimde bulunmasıdır⁴¹³. Nitekim Yargıtay da : “(...) alacaklı olan taraf beklemeksizin seçim hakkını derhal kullanmak zorundadır. Aksi halde ortaya çıkacak zararın artmasına kendi fiili ile sebebiyet vermiş” olacağına hükmetmiştir⁴¹⁴.

Herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan bu bildirme beyanı yenilik doğuran⁴¹⁵ tek taraflı bir hukuki işlemdir⁴¹⁶. Buna göre seçimlik haklardan birini kullanmak için dava açmaya ve mahkemeden hüküm almaya ihtiyaç yoktur. Beyan müteahhide ulaştığı anda hukuki sonuçlarını doğurur⁴¹⁷. Ancak Türk Ticaret Kanunu’nun m.

⁴¹¹ Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 942, Tandoğan, s. 133, Eren, s. 1054-1055, von Tuhr, s. 612, Yavuz, s. 473.

⁴¹² Tandoğan, s. 133, Eren, s. 1054-1055.

⁴¹³ Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 179.

⁴¹⁴ Y.15.HD., T. 19.01.1988, E. 1810, K. 72, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 989. Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 15.HD., T. 18.03.1987, E. 2468, K. 1106, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 992, Y.15.HD., T. 24.04.1986, E. 997, K. 1656, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 995.

⁴¹⁵ Oğuzman / Öz, s. 406, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 943, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 179, Eren, s. 1071-1075.

⁴¹⁶ Oğuzman / Öz, s. 407, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 943, Eren, s. 1071.

⁴¹⁷ Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 76. Y.15.HD: T. 06.04.1989, E. 2909, K. 1783, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 988: “Anılan seçimlik haklar karşı tarafa ulaşması ile hüküm ifade ettiğinden, artık tek yönlü olarak bundan dönülemez.” Aynı yönde karar için bkz. Y. 15.HD., T. 10.12.1992, E. 2264, K. 5879, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 978: “Akitten dönme beyanı karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğuran beyanlardan olduğundan, bu beyana değer verilmesi karşı tarafa ulaştığının ispatına bağlıdır.”

20'nin f. 3'ü gereğince tacirler arasında yapılan bu beyan şekle bağlıdır. Hüküm konuyu aşağıdaki şekilde düzenlemiştir:

“Tacirler arasında mukaveleyi fesih veya ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır.”

Görüldüğü gibi eser sözleşmesinin tarafları tacir ise iş sahibinin seçimlik hakları kullanmak için müteahhide yapacağı beyan şekle tabi olacaktır.

Söz konusu beyan mehil verilirken yapılabilir. Hatta ihtar, mehil ve seçimlik haklardan hangisinin seçildiği bir tek beyanla dahi belirtilmiş olabilir⁴¹⁸. Bununla beraber en geç verilen sürenin sonunda seçimlik hak derhal; hal ve şartlara göre vakit geçirmeksizin kullanılmalıdır⁴¹⁹. İş sahibi seçimlik hakkını kullanmada gecikirse kendi fiili ile zararın artmasına sebebiyet verebilir. Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 1990 yılında verdiği bir kararda: “...Görülüyor ki, davacı ortaya çıkan temerrüt nedeniyle BK 106. maddede düzenlenen seçimlik hakkını kullanmada gecikmiş olup bundan dolayı, fiyat artışından davalının sorumlu tutulması olanaksızdır (BK m.98 ve BK m. 44). Diğer bir deyimle davacı(nın) makul süre içinde seçimlik hakkını kullanmadığından kendi fiiliyle zararın artmasına neden olduğu açıktır. O halde mahkemece yapılacak iş, ihtar tarihinden itibaren davacının beklemesi gereken makul sürenin ne olabileceğini saptamak, bu süreye eksik işlerin giderilmesi için gereken inşaat süresini eklemek, böylece ortaya çıkan tarihteki rayiç bedeller esas alınarak eksik iş bedeline hükmetmek olmalıdır⁴²⁰.”sonucuna varmıştır.

Eklemek gerekir ki, bildirimde gecikme olması halinde iş sahibi seçimlik haklardan birini kullanabilmek için müteahhide tekrardan mehil vermelidir⁴²¹.

Tezimizin bundan sonraki bölümünde, müteahhidin temerrüdü sebebiyle iş sahibinin sahip olduğu seçimlik hakları ayrıntılarıyla inceleyeceğiz.

⁴¹⁸ Buz, s. 107.

⁴¹⁹ Oğuzman / Öz, s. 405-406, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 178-179, Nomer, s. 162, von Tuhr, s. 625.

⁴²⁰ Y. 15. HD., T. 06.03.1989, E. 2524, K. 1114, Yasa Hukuk Dergisi., Haziran 1990 C. 13, S. 6, s. 1560.

⁴²¹ Oğuzman / Öz, s. 408, Nomer, s. 162.

(1) Aynen İfa ve Gecikmeden Doğan Tazminat Talep Etme ve Varsa Cezai Şart Ödenmesini Talep Etme Hakkı

Borçlu temerrüdü ve uygun mehil verilmesi sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Alacaklı taraf olan iş sahibi ifa hala kendisi için önem arz ediyorsa⁴²² her zaman müteahhitten eserin teslimini diğer bir ifade ile edimin aynen ifasını talep edebilir⁴²³. Bu kapsamda alacaklı borcun aynen ifasını talep edebileceği gibi şartları varsa gecikmeden doğan tazminatın ve taraflar sözleşmeyle temerrüt hali için cezai şart kararlaştırılmışsa cezai şartın ödenmesini talep edebilir. Biz aşağıda aynen ifa yolunun seçilmesi halinde talep edilebilecek olan bu üç unsuru ayrı ayrı inceleyeceğiz.

i. Aynen ifanın talep edilmesi

Alacaklı her zaman borçludan aynen ifayı talep edebilir⁴²⁴. Ancak aynen ifa için edimin ifasının imkansız hale gelmemiş olması gerekir⁴²⁵. Eser sözleşmesinin alacaklı tarafı olan iş sahibi de koşulları gerçekleştiği takdirde her ihtimalde aynen ifayı örneğin inşaatın tamamlanmasını talep edebilir⁴²⁶. Bu talepte bulunabilme hakkı müteahhide uygun mehili vermeden önce de vardır. Bu sebeple aynen ifayı talep edecek olan iş sahibinin müteahhide ek süre vermesine gerek yoktur⁴²⁷.

Alacaklı aynen ifa için icra davası açabileceği gibi cebri icraya da başvurabilir⁴²⁸. Tüm bunlar için borçlunun kusurlu olması gerekmez⁴²⁹.

Alacaklının verilen uygun mehilin sonunda herhangi bir bildirimde bulunmaması onun aynen ifayı talep ettiğine karine teşkil eder⁴³⁰. Nitekim Yargıtay da 2007 tarihli bir kararında “*Taraflar arasındaki 14.10.2003 tarihli sözleşme ve sipariş formuna*

⁴²² Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 491, Oğuzman / Öz, s. 406.

⁴²³ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 490, Eren, s. 1071, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 943, Seliçi, s. 72, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 60, Oğuzman / Öz, s. 406, Akıntürk, s. 121.

⁴²⁴ Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 943, Seliçi, s. 72, Oğuzman / Öz, s. 373.Y. 15.HD.; T. 15.04.1986, E. 4382, K. 1269, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 996

⁴²⁵ Eren, s. 1055, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 69, Oğuzman / Öz, s. 328.

⁴²⁶ Seliçi, s. 72.

⁴²⁷ Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 946, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 943, Tekinay, s. 1284, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 61.

⁴²⁸ Eren, s. 1071, Tekinay, s. 1284, Dayınlarlı, s. 69, Akıntürk, s. 121.

⁴²⁹ Eren, s. 1071, Tekinay, s. 1285, Dayınlarlı, s. 71.

⁴³⁰ Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 955, Eren, s. 1071, Tekinay, s. 1284, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 69.

göre, işin teslimi gereken tarih, 15.11.2003'tür. Davacı bu tarihte işi teslim etmediğine göre temerrüde düşmüş ise de, davalı iş sahibi sözleşmeden döndüğünü derhal bildirmeyip, 31.03.2004 tarihine kadar beklemekle ifayı istemiş sayılır. İfayı istemiş sayılan iş sahibi, ifayı beklemekten vazgeçip sözleşmeden dönmek isterse, BK.nun m.106'ya göre süre verip dönmelidir. Davalı bu lazıme riayet etmediğine göre kabulden imtinada haksızdır. Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş, sözleşme konusu ambalajların iş sahibine teslimi koşuluyla alacağın tahsiline hükmetmekten ibarettir. Karar açıklanan nedenlerle bozulmalıdır.”hükmüne yer vermiştir⁴³¹.

Belirtmek gerekir ki, müteahhidin tazminat ödeme gücü şüpheli ise veya kusurlu olmadığını ispat etme ihtimali yüksek ise iş sahibinin aynen ifayı talep etmesi yerinde olacaktır⁴³². Nitekim aynen ifanın talep edilebilmesi için müteahhidin kusurlu olmasına gerek yoktur. İş sahibinin aynen ifayı talep etmesi sözleşmeden doğan en doğal hakkıdır.

ii. Gecikmeden doğan tazminatın talep edilmesi

İş sahibinin aynen ifayı talep edebilmek için borçlunun temerrüde düşmesine gerek olmadığını, borcun muaccel hale gelmesinden sonra her halde aynen ifanın talep edilebileceğini yukarıda açıklamıştık. Müteahhidin gecikme tazminatı ödemeye mahkum edilebilmesi için temerrüde düşmüş olması gerekir⁴³³.

Alacaklı taraf olan iş sahibinin borcun aynen ifasını talep üzerine halinde müteahhidin eseri geç teslimine rağmen iş sahibi zarara uğruyorsa iş sahibi aynen ifanın yanında temerrüt nedeniyle uğradığı zararın tazmin edilmesini de talep edebilir. Ancak iş sahibinin aynen ifadan vazgeçip sadece temerrüt nedeniyle

⁴³¹ Y. 15. HD., T. 12.6.2007, E. 2006/3707, K. 2007/3971, Kazancı Hukuk Otomasyonu.

⁴³² Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 491.

⁴³³ Oğuzman / Öz, s. 373, Eren, s. 1058. Akıntürk, s. 121. Doktrinde bazı yazarlara göre iş sahibinin gecikme dolayısıyla uğradığı zarara gecikmeden doğan zarar; bu zararın giderilmesi için müteahhidin ödemesi gereken tazminata da gecikme tazminatı denir. Diğer bir anlatımla borçlunun ödeyeceği gecikme tazminatı alacaklının temerrüt dolayısıyla değil ifanın gecikmiş olmasından dolayı uğradığı zararın karşılığıdır. Buna göre iş sahibi borcun muaccel hale gelmesinden itibaren uğradığı zararı talep edebilir. Ancak bizim de savunduğumuz ve Oğuzman / Öz tarafından savunulan görüşe göre gecikme tazminatı müteahhidin temerrüde düştüğü andan itibaren işsahibinin uğradığı zarardır. Oğuzman / Öz, s. 373.

uğradığı zararın giderilmesini talep hakkı yoktur⁴³⁴. Bununla beraber, ifayı reddedip müspet zararının tazminini talep eden iş sahibi aynen ifadan vazgeçtiği tarihe kadar temerrüt yüzünden doğan zararlarının tazminini talep edebilir⁴³⁵.

Yukarıda daha evvel de belirttiğimiz gibi müteahhide verilen süre sonunda iş sahibi hala seçimlik haklardan hangisini kullandığını belirtmemiş ise onun sessiz kalması gecikme tazminatını ile aynen ifayı talep ettiğine karine teşkil eder⁴³⁶. İş sahibi açacağı ifa davasıyla birlikte gecikme tazminatı talep edebileceği gibi sonradan açacağı tazminat davası ile de müteahhitten gecikme tazminatını talep edebilir. Sonradan tazminat davası açabilmesi için aynen ifayı talep ederken bir ihtirazını kayıt ileri sürmesi gerekmez⁴³⁷.

İş sahibinin gecikme tazminatı talep edebilmesi için müteahhit eseri teslimde temerrüde düşmüş olmalı, eseri temerrüde düşülerek teslimden ötürü bir zarar meydana gelmiş olmalı, zarar ile geç teslim arasında uygun illiyet bağı bulunmalı ve zarar müteahhidin kusurundan meydana gelmiş olmalıdır⁴³⁸.

Gecikme tazminatının talep edilebilmesi için gereken ilk şart gecikmiş bir ifanın mevcudiyetidir. Borçlu temerrüde düştükten sonra ifada bulunursa bu bir geç ifadır. Ancak müteahhit borç muaccel olduktan sonra fakat mütemerrit olmadan önce eseri teslim borcunu ifa ederse iş sahibi buradaki anlamıyla bir gecikme tazminatı talep edemez. Nitekim daha önce de belirttiğimiz gibi borcun muaccel olması borçlunun temerrüde düşmüş sayılması için yeterli değildir. Müteahhidin mütemerrit sayılması için iş sahibince müteahhide gerekli ihtarın yapılması gereklidir.

Gecikme tazminatı talep edebilmek için temerrüde düşerek ifanın bir zarar meydana getirmesi şarttır. Gecikme zararı iş sahibinin zamanında ifa halinde malvarlığındaki muhtemel durum ile temerrüde düşerek ifa sebebiyle halihazır malvarlığı değeri arasındaki farktır⁴³⁹. Bu halde alacaklının kendi kullanımı için istediği mallarda o malın başkasına satılmayacağı karine olarak kabul edildiğinden ifası geciktirilen

⁴³⁴ Eren, s. 1058.

⁴³⁵ Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 962.

⁴³⁶ Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 943.

⁴³⁷ Nomer, s. 153, Y. 15.HD., T. 15.05.2007, E. 2917, K. 3264, YKD, 2008, S. 3, s. 480.

⁴³⁸ Eren, s. 1058-1061.

⁴³⁹ Eren, s. 1059.

edimin değeri farkı gecikme zararı teşkil etmez. Başka bir anlatımla geç teslim edilen eserin değerinde düşme olması gecikme zararı teşkil etmez. Ancak iş sahibinin teslim edilecek eseri satacağı biliniyorsa karine tersine işler ve temerrüde düşülerek teslim edilmiş olan eserin fiyatında düşme olursa iş sahibinin bundan doğan kayıpları da borçlunun temerrüdünden doğan bir zarar teşkil eder⁴⁴⁰.

Gecikme zararı hukuki takip giderleri için yapılan masraflardan ve eserin vaktinde teslimi için yapılan hazırlık masraflarından oluşur⁴⁴¹. İş sahibinin ayrıca tesliminde temerrüde düşülen eser yerine kullanmak üzere kiraladığı eser için ödediği kira bedeli de temerrüt nedeniyle uğradığı zarar teşkil eder⁴⁴². İş sahibinin bundan başka bir üçüncü kişiye temerrüt nedeniyle ödemek zorunda kaldığı tazminat ve cezai şartlar da yine temerrüt nedeniyle uğradığı gecikme zararlarıdır ve müteahhit bu zararları da tazminle yükümlüdür⁴⁴³. Son olarak yoksun kaldığı kar da yine temerrüt nedeniyle uğradığı bir zarardır. Nitekim müteahhit eseri teslim etmiş olsaydı iş sahibi eseri kiralayabilecek veya satabilecek idiyse bu halde elde edebileceği kazançtan yoksunluk da temerrüt nedeniyle uğradığı zarar teşkil eder⁴⁴⁴.

Ekleme gerekir ki iş sahibi temerrüt nedeniyle uğradığı zararını ispatla yükümlüdür⁴⁴⁵.

Zarar ile borçlanılan edimin temerrüde düşülerek ifası arasında uygun illiyet bağının bulunması gecikme tazminatının talep edilebilmesi için gereken üçüncü şarttır. Buna göre iş sahibinin zararı müteahhidin eseri temerrüde düşerek tesliminden kaynaklanmalıdır. Burada da uygun illiyet bağını ispat yükü iş sahibindedir⁴⁴⁶.

Gecikme tazminatı talep edebilmek için gereken dördüncü ve son şart ise müteahhidin kusurunun mevcudiyetidir. İş sahibinin gecikme tazminatı talep edebilmesi için müteahhidin temerrüde düşerken kusurlu olması gerekir. Müteahhit

⁴⁴⁰ von Tuhr, s. 616, Eren, s. 1059-1060, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 924, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 483.

⁴⁴¹ von Tuhr, s. 615, Eren, s. 1059-1060, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 924, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 70, Akıntürk, s. 121.

⁴⁴² von Tuhr, s. 615, Oğuzman / Öz, s. 374, Eren, s. 1059, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 923.

⁴⁴³ von Tuhr, s. 615, Eren, s. 1059-1060, Oğuzman / Öz, s. 374, Tunçomağ, s. 923, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 482.

⁴⁴⁴ Oğuzman / Öz, s. 374, Eren, s. 1060, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 923, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 70, Akıntürk, s. 121.

⁴⁴⁵ Eren, s. 1060.

⁴⁴⁶ Eren, s. 1060.

kusurlu olmadığını ispat ederek gecikme tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir⁴⁴⁷. Gerçekten de BK. m. 96'ya kıyasen müteahhidin kusurlu olduğu karine olarak kabul edildiğinden kusursuzluğu ispat yükü müteahhittir. Müteahhit eserin vaktinde teslimi için gerekli olan her türlü özeni gösterdiğini ve gerekli tedbirleri aldığını ispat ederek gecikme tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir⁴⁴⁸. Ancak, müteahhit eserin teslimine engel olabilecek durumları göz önünde bulundurmalı ve eserin teslimini son ana bırakmamalıdır⁴⁴⁹.

Müteahhit temerrüde düşmekte gerek kastından gerekse ihmalden dolayı sorumludur. Ayrıca ihmalin ağır veya hafif olması da bir farklılık yaratmaz⁴⁵⁰. Daha önce de belirttiğimiz gibi müteahhit ihbar yükümlülüğünü yerine getirmez ve bu sebeple gecikmeye neden olursa bundan sorumlu olur⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 480, Oğuzman / Öz, s. 374, Nomer, s. 154, Eren, s. 1058-1060, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 923, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 71, Akıntürk, s. 121, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 961.

⁴⁴⁸ Eren, s. 1061, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 482, Oğuzman / Öz, s. 356-358, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 923.

⁴⁴⁹ Eren, s. 1061, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 482.

⁴⁵⁰ Eren, s. 1060, Oğuzman / Öz, s. 355.

⁴⁵¹ Tandoğan, s. 133, Eren, s. 1054-1055, Oğuzman / Öz, s. 363, Becker, Art. 102, N. 27, Ayan, s. 299-309.

iii. Cezai şartın talep edilmesi

Borçlar Kanunumuz cezai şart kavramını açıklamamıştır. Doktrinde borçlunun borcun ihlali halinde alacaklıya ödemeyi kabul ettiği cezaya cezai şart veya ceza kaydı denilmektedir⁴⁵². Naim'in yaptığı tanıma göre "*Cezai şart borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde önceden kararlaştırılmış bir edada bulunmayı alacaklıya karşı taahhüt etmesidir*"⁴⁵³. Bir diğer söyleyişle cezai şart geciktirici şarta bağlı bir edim borcudur⁴⁵⁴. Temerrüt nedeniyle ortaya çıkan zararın gerçek miktarını ispat etmek oldukça zor olduğu içindir ki uygulamada tarafların genellikle sözleşme ile ceza şartı kararlaştırdıkları görülür. Eser sözleşmelerinde cezai şart uygulamasına oldukça sık rastlanmaktadır. Özellikle ekonomik değeri yüksek edimler içeren sözleşmelerde örneğin konusu inşaat yapımı olan eser sözleşmelerinde tarafların ceza şartı kararlaştırdıkları sıkça görülmektedir. Buna göre taraflar sözleşmede eserin zamanında teslim edilmemesi halinde müteahhidin bir miktar para ödeyeceğini kararlaştırmaktadırlar. Müteahhit temerrüde düştüğü her bir gün, hafta veya ay için iş sahibine belli bir miktar para ödemeyi taahhüt eder. Bu gibi hallerde ceza bedeli genellikle binadan elde edilebilecek kira geliri göz önünde bulundurularak belirlenir⁴⁵⁵.

Cezai şart asıl borca bağlı fer'i bir borçtur. Müteahhidin eseri teslim borcu yoksa iş sahibinin de bir cezai şart talep etme hakkı doğmaz⁴⁵⁶. Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin 2. fıkrasında feriliğin bazı sonuçları belirtilmiştir. Buna göre:

⁴⁵² Oğuzman / Öz, s. 897-898, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 295, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 853.

⁴⁵³ Naim, s. 439, Y.13.HD., T. 25.12.1981, E. 7886, K. 8497: "*Ceza koşulu, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda borçlunun ödemesi gereken ve malca değeri olup bir hukuki işlemiyle belirlenen götürü bir edimdir.*" Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Borç İlişkileri**, Beta, 4.Cilt, İstanbul, 2004, s. 1374.

⁴⁵⁴ Oğuzman / Öz, s. 898, Arkan, Azra: **Cezai Şart**, (Ayrı bası) İstanbul Barosu Dergisi, C. 71, S. 1-2-3 (Ocak-Şubat-Mart), İstanbul, 1997.

⁴⁵⁵ Seliçi, s. 72, Aral, s. 362-363, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 295, Oğuzman / Öz, s. 898.

⁴⁵⁶ YHGK., T. 17.10.1975, E. 4-989, K. 1099: "*(...) Sözleşmenin istisna sözleşmesi niteliğinde bulunması itibarıyla şekle tabi olmamasına ve bu itibarla da ceza koşulunun geçerli sayılmasına göre usul ve yasaya uygun bulunan direnme kararının onanması gerekir.*", Kazancı Hukuk Otomasyonu, Y.15.HD., T.10.12.1975, E. 3885, K. 4912: "*Biçim yönünden geçersiz olan sözleşmede yer alan ceza koşulu da geçersizdir.*" Karahasan, Genel Borç İlişkileri, s. 1375-1378. Aynı yönde kararlar için bkz. Y.15.HD., T. 21.03.1978, E. 410, K. 585; Y. 13.HD., T. 13.10.1980, E. 4648, K. 5365, Karahasan, Genel Borç İlişkileri, s. 1375-1378, Oğuzman / Öz, s. 898, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 859.

“Ceza, kanuna veya ahlaka (adaba) mugayir bir borcu teyit için şart edilmiş veya hilafına mukavele olmadığı halde borcun ifası borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir hal sebebiyle gayri mümkün olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.”

Görüldüğü gibi bir sözleşme konusunun hukuka veya ahlaka aykırılığı sebebiyle kesin hükümsüz ise busözleşmeye ilişkin cezai şart da kesin hükümsüz olur. Her ne kadar kanun maddesinde açıkça belirtilmemiş ise de diğer tüm geçersizlik hallerinde de cezai şart geçersiz olacaktır. Diğer bir ifadeyle hata, hile veya tehdit gibi sebeplerle sözleşmenin iptal edilmesi halinde de cezai şart geçersiz olur⁴⁵⁷.

Maddede ayrıca ifade edildiği gibi geçerli bir şekilde kurulan bir borç ilişkisi kusursuz imkansızlık sebebiyle borç sonradan ortadan kalkmış ise BK. m. 117 uyarınca borç sona ereceğinden, borca bağlı olan cezai şart da hüküm ifade etmeyecektir⁴⁵⁸. Bununla birlikte taraflar aralarında yapacakları anlaşmada, asli edimin kusursuz imkansızlık sebebiyle sona ermesi halinde dahi müteahhidin cezai şart ödeyeceğini kararlaştırmışlarsa böyle bir durumda cezai şartın geçerli olacağı gözden uzak tutulmamalıdır⁴⁵⁹.

İş sahibinin mütemerrit müteahhitten hem aynen ifayı hem de cezai şart talep edebilmesine imkan veren BK m. 158 / f. II gereğince:

“Akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir. Meğer ki alacaklı bu hakkından sarahaten feragat etmiş veya kayıt dermeyeran etmeksizin edayı kabul eylemiş olsun.”

⁴⁵⁷ Oğuzman / Öz, s. 902.

⁴⁵⁸ Oğuzman / Öz, s. 903.

⁴⁵⁹ Arkan, s. 8-9-10, Naim, s. 440.

Madde hükmünde de belirtildiği gibi iş sahibinin bu tür bir (ifaya eklenen nitelikte) cezai şartı talep edebilmesi için sözleşmeden dönmemiş olması gereklidir⁴⁶⁰. Nitekim tezimizin ilerleyen bölümlerinde de ayrıntılarıyla ele alacağımız gibi sözleşmeden dönme halinde sözleşme ortadan kalkar. Dolayısıyla sözleşmenin şartı olan cezai şart talep etme hakkı da sona erer⁴⁶¹. Yargıtay da 2005 yılında verdiği bir kararda işin gecikmesine bağlı olarak kararlaştırılan cezai şartın istenebilmesi için sözleşmenin yürürlükte olması gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu karar da aynen şu açıklamalara yer verilmiştir: “(...) Akit 06.10.1999 tarihinde davalı iş sahibince feshedilmiştir, iş sahibi BK. 106 ve 108. maddeleri uyarınca fesih nedeniyle uğradığı menfi zararlarının tahsilini talep edebilir. Yükleniciye yapılan fazla ödeme menfi zarar kapsamında bulunmakta ise de sözleşmede işin gecikmesine bağlı olarak kararlaştırılan cezai şartın hüküm altına alınması doğru olmamıştır. BK'nın 158. maddesinde kararlaştırılan ifaya bağlı cezai şartın istenebilmesi akdin yürürlükte kalmasına bağlı olup fesih halinde istenemeyeceğinden karşı davadaki cezai şart isteminin reddi yerine 26.781.160.000 TL. cezai şart alacağının hüküm altına alınması doğru olmamıştır(...)”⁴⁶²

⁴⁶⁰ Oğuzman / Öz, s. 903, Nitekim dönme beyanı geriye etkili olarak sözleşmeyi ortadan kaldırır. Bu sebeple cezai şart da ortadan kalkar. Ancak sözleşmenin feshi hainde sözleşme ileriye etkili olarak ortadan kalkacağından bu halde fesihten önceki tarihe ait bir borç ihlali sebebiyle cezai şart talep hakkı doğmuşsa cezai şart talep etmek mümkündür. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 295, Arkan, s. 12, Y.15.HD. T. 13.09.1995, E.2482, K. 4550: “(...) Böylece sözleşme feshedilmiştir. Taraflar arasındaki adi yazılı ve tarihsiz (taahhütname) başlıklı belgede, yüklenicinin zamanında işi teslim etmemesi halinde 40.000.000 TL. cezai şart ödemesi öngörülmüş olup, bu cezai şart ancak sözleşmenin geçerliliğini sürdürmesi, yani feshedilmemesi halinde talep edilebilir. Davacı, sözleşmeyi feshettiğine göre, aynı sözleşmeye dayanarak cezai şart ödenmesini isteyemez. Bu taahhütnamede ayrıca, sözleşmenin feshi halinde de cezai şart ödeneceğine dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenlerle cezai şart isteminin reddine karar verilmesi gerekirken, kabulü yolunda hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”

⁴⁶¹ Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 295

⁴⁶² Y15.HD., T. 29.12.2005, E. 6307, K. 7170, Kazancı Hukuk Otomasyonu., Aynı yönde kararlar için bkz. Y. 15. HD., T. 27.09.1979, E. 1701, K. 1874: “Davacı sözleşmeden dönmeyi amaçladığına göre, artık sözleşmenin yerine getirilmesini istememektedir. Bu nedenle, eserin belli günde teslim edilmemesine bağlanan cezanın istenebilmesi için, sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak seçimlik hakkın kullanılması gerekir”. YKD., 1980, S.3, s. 408, Y. 15. HD., T. 05.02.1996, E. 463, K. 821: “Sözleşmede kararlaştırılan gecikme cezası olumlu zarar kapsamına girer ve ancak sözleşme varlığını sürdürdüğü sürece talep edilebilir. Oysa somut olayda akdin feshi istendiğine ve de feshine karar verildiğine göre, artık varlığı kalmayan sözleşmeye dayanarak, sözleşmede kararlaştırılmış bulunan cezai şart istenemeyeceği gibi, istanse dahi mahkeme hüküm altına alınamaz.” , Uygur, Turgut: **Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. 6, Seçkin yayınları, Ankara, 2003, C. II, s. 393.

Ancak eklemek gerekir ki, taraflarca cezai şartın kararlaştırılmış olması iş sahibinin sözleşmeden dönme veya müspet zararını tazmin hakkından feragat ettiği anlamına gelmez⁴⁶³.

İş sahibi cezai şartın, aynen ifa ile birlikte veya aynen ifayı talep ettikten sonra kendisine ödenmesini isteyebilir. Ancak iş sahibinin aynen ifayı istedikten sonra cezai şart isteyebilmesi için gecikme tazminatı talebinden farklı olarak, cezai şart talep hakkını saklı tutması gerekir. Zira cezai şart fer'i niteliktedir. İş sahibi cezai şart talep hakkını saklı tuttuğunu en geç eserin teslim anına kadar beyan etmelidir⁴⁶⁴.

İş sahibinin kural olarak müteahhidin temerrüde düşmekte kusuru bulunan hallerde cezai şart talep hakkı vardır⁴⁶⁵. Burada kusurun türü bir fark yaratmaz. Diğer bir anlatımla, müteahhit ister kastından ister ihmalinden ötürü temerrüde düşmüş olsun temerrüt halinde cezai şart ödemekle yükümlüdür⁴⁶⁶. Ancak taraflar BK. m. 161 / f. II uyarınca sözleşmede aksini kararlaştırmış olabilirler. Buna göre müteahhidin kusuru olmasa da cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmış olabilir⁴⁶⁷.

Cezai şart, gecikmenin devamına bağlı olarak günlük, haftalık veya aylık olarak belirlenir⁴⁶⁸. İş sahibi seçimlik hakkını uzun bir süre kullanmazsa cezai şart miktarı çok yüksek miktarlara ulaşır. Her ne kadar hakime BK. m. 161 / f.III uyarınca adalete aykırı bulduğu aşırı cezai şart miktarını indirme yetkisi verilmişse de tarafların tacir olduğu çoğu durumda da TTK. m. 24 uyarınca cezai şartın fahiş olduğu gerekçesiyle indirilmesi mümkün olamayacaktır⁴⁶⁹. Bu sebeple cezai şartın azami miktarının sözleşme ile belirlenmesi faydalı olacaktır. Yargıtay önceki

⁴⁶³ Seliçi, s. 74.

⁴⁶⁴ Y. 15.HD., T.16.06.1975, E. 2926, K. 3106,: “(...) Eserin sözleşilen muayyen zamanda teslimini sağlamaya yönelik cezai şart BK. nun 158. maddesinin 2. fıkrası karşısında eserin tesliminden sonra ve yukarıda açıklanan nedenlerle davalıdan istenemeyeceği, teslim sırasında hak saklı tutulmadığından söndüğü, bu yönün de hakim tarafından görevden ötürü (resen) göz önünde tutulması gerektiği düşünülmeyen 7.000 liranın da ödetilmesine karar verilmesi bozmayı gerektirir.” Kazancı Hukuk Otomasyonu, Aral, s. 364, Oğuzman / Öz, s. 907.

⁴⁶⁵ Aral, s. 364, Arkan, s. 16.

⁴⁶⁶ Arkan, s. 16, Oğuzman / Öz, s. 909.

⁴⁶⁷ Oğuzman / Öz, s. 909-910.

⁴⁶⁸ Aral, s. 363, Gauch, N. 692.

⁴⁶⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, tarafların tacir olması halinde cezai şartın, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı görülecek derecede aşırı olduğu durumlarda BK m. 20 uyarınca hakim tarafından cezai şartın veya ceza koşulu olmasaydı, yanların böyle bir borç ilişkisine girmeyecekleri kabul edilebilen durumlarda tüm sözleşmenin geçersizliğine karar verilebileceğine hükmetmiştir, YHGK, T. 20.03.1974, E. 1053, K. 222, YKD., 1977, S1, s. 11-23, Karahasan, Genel Borç İlişkileri, s. 1406, Dipnot 50, Aral, s. 363, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 297, Arkan, s. 23, Oğuzman / Öz, s. 913.

kararlarında cezai şartın azami miktarının belirlenmediği durumlarda eserin tesliminde gecikmeden dolayı talep edilebilecek ceza miktarlarının sınırlanması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay bu yöndeki kararlarında iş sahibinin seçimlik hakkını kullanmak için uzun bir süre beklemesini veya iş sahibinin eserin teslimi için normal bekleme süresinden fazla beklemesini BK m. 44 gereğince onun birlikte kusuru saymıştır. Diğer bir ifadeyle, Yargıtay’a göre iş sahibinin dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmeden dönebileceği en erken tarih ceza miktarının belirlenmesinde bir sınır oluşturur. İş sahibinin sözleşmeden dönebileceği en erken tarihten sonrası müteahhidin ceza miktarını çoğaltacağından iş sahibinin birlikte kusuru sayılır⁴⁷⁰. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1991 yılında verdiği bir kararında önceki görüşünden dönmüş ve tamamen aksi bir sonuca varmıştır. Buna göre iş sahibinin seçimlik hakkını geç kullanması hakkın kötüye kullanılması ve onun müteahfik kusuru sayılmamalıdır⁴⁷¹. Cezai şart, iş sahibini uğradığı zararı ispat etmekten, hakimi de tazminatın takdirindeki zorluklardan kurtarır. Zira ceza zararın derecesine bağlı değildir. Bu anlamda iş sahibinin cezai şart talep edebilmesi için eserin hiç veya gereği gibi teslim edilmediğini ispatlaması yeterli olacaktır⁴⁷². Ekleme gerekir ki cezai şart talep eden alacaklı sadece ceza miktarını aşan zararının tazminini talep edebilir; ayrıca kusurlu borçludan uğradığı zararı talep edemez. İş sahibi ceza miktarını aşan zararının tazminini talep ederken ayrıca borçlunun kusurunu da ispat etmekle yükümlüdür. Ancak Bk. m. 100’deki gibi ifa yardımcılarının kusuru sebebiyle söz konusu olan kusursuz sorumluluk hallerinde bu ispat yükü ortadan kalkar⁴⁷³.

⁴⁷⁰ Serozan, İfa, s.223, N. 8, Y. 15. HD: T.14.02.1975, E. 441, K. 905, Karahasan, İnşaat Hukuku, 590, Y. 15. HD., T. 15.10.1973, E. 175, K. 139, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 588, Y. 15. HD., T. 02.10.1974, E. 633, K. 829, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 588-589.; Yargıtay, dürüstlük kuralı gereğince, iş sahibinin gereğinden fazla beklememesi gerektiğini savunmaktadır. Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 180, dipnot 132. Ancak Seliçi, yapma borçlarında borçlu taraf olan müteahhidin eseri teslim etmeyeceğini belirtmedikçe temerrüt halinin ve cezanın işlemeye devam etmesi gerektiğini bunun önlenemeyeceği görüşünü savunmuştur. Seliçi, s. 75-76, Öz, s. 180, dipnot 132.

⁴⁷¹ YHGK., T: 09.10.1991, E. 340, K. 467, YKD., 1992, S. 1, s.33-34, Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 83-85.

⁴⁷² İnan, s. 442.

⁴⁷³ Oğuzman / Öz, s. 910-911.

(2) Aynen İfayı Reddederek Müspet Zararın Tazminini Talep Etme Hakkı

İş sahibi, aynen ifanın kendisi için bir önemi kalmaması ve fakat müspet zararının giderilmesini sağlayacak tazminat miktarının eserin değerinden fazla olması halinde aynen ifayı reddederek müspet zararının tazminini talep edebilir⁴⁷⁴. Müteahhide verilen süre sonunda iş sahibi derhal, gecikmeksizin bir beyanda bulunarak aynen ifadan vazgeçtiğini onun yerine müspet zararının tazminini talep ettiğini bildirmelidir⁴⁷⁵. Eğer aradan zaman geçmesine rağmen iş sahibi hala seçimlik haklardan birini kullanmamışsa artık bu yola başvuramaz; sadece aynen ifa ile gecikme tazminatı talep edebilir. Nitekim yukarıda daha önce de belirttiğimiz gibi iş sahibinin verilen uygun mehilin sonuna kadar herhangi bir bildirimde bulunmaması onun aynen ifayı talep ettiğine karine teşkil eder⁴⁷⁶.

Alacaklı verdiği mehil beyanında verilen ek süre sonunda ifada bulunulmazsa müspet zararının tazmin edilmesini talep edeceğini belirtebilir. Bu durumda, borçlu asli edimin ifasından kurtulurken alacaklı da ifayı talep hakkını kaybeder⁴⁷⁷. Müspet zararın tazmin edilmesinin talep edildiği hallerde alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme ilişkisi devam etmektedir. Fakat bu halde sözleşmenin içeriği değişmiş olur. Buna göre borçlunun asli edim borcunun yerini tazminat ödeme borcu alır⁴⁷⁸.

Alacaklı borçluya yapılacak olan bu tek taraflı beyanda seçimlik haklardan hangisini seçtiğini açıkça ve kesin bir biçimde belirtmelidir. Bu beyan alacaklıyı bağladığından, iş sahibi önce eserin tesliminden vazgeçip sonra eserin teslim

⁴⁷⁴ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 491, Tekinay, s. 1285, Aral, s. 360, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 71.

⁴⁷⁵ Tercier, Le Droit des Obligations, s. 236, N. 1200, Tandoğan, s. 138-139, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 944, Eren, s. 1071-1071, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 71, Akıntürk, s. 127.

⁴⁷⁶ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 491, Eren, s. 1071, Tekinay, s. 1284, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 69, Tercier, Le Droit des Obligations, s. 236, N. 1200, Müteahhide tanınan uygun mehilin sonunda müspet zararının giderilmesini talep ettiğini derhal bildirmeyen iş sahibi bu hakkını kaybeder. İş sahibinin müspet zararının giderilmesini talep edebilmesi için müteahhide tekrardan uygun mehil vermesi gerekecektir.

⁴⁷⁷ Eren, s. 1071.

⁴⁷⁸ Y.15.HD., T. 14.10.2005, E. 5335, K. 5448, Kazancı Hukuk Otomasyonu : “*Borçlar Kanunu'nun 106/II. maddesi uyarınca "İfa yerine olumlu zararın" istenmesi durumunda da yanlar arasındaki sözleşme yürürlükte kalır; ancak vazgeçilen asıl borcun yerini "olumlu zararın" tazmini alır.*” Eren, s. 1072, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 502, Tekinay, s.1285, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 949, Karahasan, Genel Borç İlişkileri, s. 1125, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 71-72.

edilmesini müteahhitten isteyemez. Aynı şekilde iş sahibi sözleşmeden dönmüşse tazminat isteyemez, tazminat istemişse sözleşmeden dönemez⁴⁷⁹.

Müspet zarar alacaklının borçlanılan edimin ifa edilmemesi yüzünden uğradığı zarardır⁴⁸⁰. Buna göre borçlu borçlanılan edimi vaktinde ifa etmiş olsaydı alacaklının malvarlığının arz edeceği durum ile hali hazırdaki durumu arasındaki fark alacaklının uğradığı zararı meydana getirir. Diğer bir anlatımla müspet zarar alacaklının tam ve doğru ifa yapılması halindeki menfaatidir. Müspet zararın tazmini, borçlanılan edim vaktinde ifa etmiş olsaydı alacaklının malvarlığındaki durum ne olacak idiyse aynı durumu sağlamayı amaçlar⁴⁸¹. Buna göre müspet zarar hesaplanırken eserin aynen ifadan vazgeçildiği anda taşıyacağı değer esas alınır⁴⁸².

Burada amaç iş sahibinin ifaya olan menfaatini eksiksiz biçimde sağlamak olduğu için müspet zarar eserin kullanılmamış olmasından doğan ve gecikme ile uygun illiyet bağı bulunan bütün zararları kapsar. Buna göre müspet zarar, edimin ifadan vazgeçildiği zamanki değeri (fiili zarar) ile temerrütten doğan zarar olmak üzere iki unsurdan oluşur⁴⁸³.

Doktrinde Becker'in de savunduğu bir görüşe göre iş sahibinin talep ettiği müspet zarar kapsamına temerrütten dolayı uğranılan zarar girmemelidir⁴⁸⁴. Ancak bizim de katıldığımız ve doktrinde Tandoğan tarafından savunulan diğer bir görüşe göre ise müspet zararı talep eden alacaklı aynen ifayı talep edeceği halinden daha kötü duruma düşmemelidir. Bu sebeple müspet zarar kapsamına temerrütten doğan zarar

⁴⁷⁹ Y.15.HD., T. 17.10.1991, E. 4703, K. 4897, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 984, Aynı yönde karar için bkz. Y.15.HD: T. 06.04.1989, E. 2909, K. 1783, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 988: “Anılan seçimlik haklar karşı tarafa ulaşması ile hüküm ifade ettiğinden, artık tek yönlü olarak bundan dönülemez.” Y.15.HD., T. 20.11.1989, E. 750, K. 4849, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 985, Y.15.HD: T. 06.02.1979, E. 214, K. 205, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 1014, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 946, Seliçi, s. 74, Tandoğan, s. 491.

⁴⁸⁰ Oğuzman / Öz, s. 339, Eren, s. 1073. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu müspet zararı “sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarar” olarak tanımlamıştır, YHGK., T. 17.01.1990, E. 13-392, K. 1, Kostakoğlu, s. 714, Y.13.HD., T. 26.03.1981, E. 1411, K. 2138, Karahasan, Genel Borç İlişkileri, s. 1127.

⁴⁸¹ Ayan, Serkan, s. 233, Eren, s. 1073, Akıntürk, s. 127, Kostakoğlu, s. 714.

⁴⁸² Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 949, Tandoğan, s. 140, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 962, Y.13. HD., T. 06.12.1985, E. 5334, K. 7531, Uygur, Turgut: **Açıklamalı – İctihathı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. 6, Seçkin yayınları, Ankara, 2003, C.II, s. 231-233. Ayan, Serkan, s. 243-244, Buz, s. 109.

⁴⁸³ Ayan, Serkan, s. 240, Eren, s. 1073-1074, Oğuzman / Öz, s. 343, YHGK., T. 17.01.1990, E. 13, K. 1, YKD., 1990, S. 6, s. 792, Tekinay, s. 1286.

⁴⁸⁴ Becker, Art. 107, N. 41.

da girmelidir⁴⁸⁵. Yargıtay 14.10.2005 tarihli bir kararında müspet zararın hesaplanmasına ilişkin konuyu şöyle özetlemiştir: *“Alacaklının isteyebileceği olumlu zarar tazminatının konusu, "ifadaki çıkarıdır" yani sözleşmede yüklenilen edimin tümüyle yerine getirilmesi durumunda alacaklının elde edecek olduğu çıkardır. Olumlu zarar tutarının belirlenmesinde, yüklenilen edimin yerine getirilmesi gereken tarih esas tutulur. Başka bir anlatımla, zarar, borçlunun temerrüde düşmüş olduğu güne göre hesaplanır. (...) Ancak, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini istendiğinde, ayrıca gecikme-kira tazminatı istenip istenemeyeceği öğretide tartışmalıdır. Borçlar Kanununun 106/II. maddesinde düzenlenen "... akdin icrasından ve tehhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep..." etmeye ilişkin hakkın kullanılması demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi davacılarına düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye temlik karşılığında o bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarihteki bitmiş haldeki rayiç bedellerinin müspet zarar olarak istenmesi demektir. Arsa sahibine ya da sahiplerine teslimi gereken bağımsız bölümler ve ortak yerler için eksik ve ayıplı işler bedeli, kira tazminatı, cezai şart ve taşınmazın yahut paylarının tescili istenemez.*

(...) sözleşme uyarınca eserin ve bu kapsamda inşaatın teslim tarihi 26.01.2001 olup, yüklenicinin teslim borcunu kesin vade olan bu tarihte yerine getirmesi gerekirken, borcunu ifa etmemiş ve borçlu temerrüdüne düşmüştür (BK. madde 107/3). Davalı, direngen olmasında kusursuz olduğunu kanıtlayamamıştır. Davacı arsa sahibi, kendi yararına göre Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinde kendisine tanınan haklardan "ifa yerine geçen olumlu zararının" tazminini istemekte haklıdır. O halde, davacı yanlar arasındaki sözleşme gereğince kendisine düşen bağımsız bölümlerin teslimi gereken 26.01.2001 tarihi itibarıyla bitmiş haldeki rayiç bedellerini müspet zarar olarak isteyebilir(...)"

Yukarıda da ayrıntılarıyla belirttiğimiz gibi ifanın gecikmesinden doğan zarar kapsamına ifa beklentisi için yapılan harcamalar, seçim hakkının kullanılması için

⁴⁸⁵ Tandoğan, s. 140, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 962, Ayan, Serkan, s. 240, Dayınlarlı,, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 72.

yapılan masraflar, dava giderleri, temerrüt sebebiyle üçüncü kişilere ödenen tazminatlar, cezai şartlar ve yoksun kalınan karlar da girer⁴⁸⁶.

Ancak burada belirtmek gerekir ki, eserin yapılan kısmının kullanılması mümkün ise müspet zararının tazminini talep eden iş sahibi yapılan kısmın teslimine ve bu kısım ile orantılı bedelin tazminattan düşülmesini göze almalıdır⁴⁸⁷. Bu halde BK. m. 371 f. II kıyas yoluyla uygulanır. Buna göre aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın talep edilmesi anına kadar eser meydana getirilmeye başlanmış ve yapılan eser iş sahibinin kullanabileceği nitelikte ise iş sahibinin aynen ifadan vazgeçme talebi bu kısma etki yapmaz. İş sahibi bu kısmın bedelini ödemekle yükümlüdür. Onun ödemekle yükümlü olduğu bedel BK m. 366 uyarınca “yapılan şeyin kıymetine göre tayin edilir.” Burada yukarıda da belirttiğimiz gibi eserin aynen ifadan vazgeçildiği tarihteki piyasa değeri esas alınmalıdır⁴⁸⁸.

Daha önce de belirttiğimiz gibi BK. m. 106 f. II’de kusurdan bahsedilmese de diğer tazminat taleplerinde olduğu gibi burada da alacaklının borçludan müspet zararının giderilmesini talep edebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekir. Burada da BK. m. 96’ya kıyasen karine olarak borçlu kusurlu sayılacağından kusursuz olduğunu iddia eden ve sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu iddiasını ispatlamalıdır⁴⁸⁹.

Acaba alacaklı, aynen ifa yerine müspet zararın tazminini isterse aynen ifadan vazgeçtiği tarihe kadar temerrüt yüzünden doğan zararının tazminini isteyebilir mi?

⁴⁸⁶ Eren, s. 1073.

⁴⁸⁷ Ayan, Serkan, S. 244, Tandoğan, s. 140, Gauch, N. 468. Oğuzman / Öz, s. 346 vd. Eser sözleşmesi gibi iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde müspet zararın nasıl hesaplanması gerektiği hususu tartışmalıdır. İş sahibinin müspet zararının nasıl hesaplanması gerektiği hususunda doktrinde fark teorisi, değişim teorisi ve seçme teorisi olmak üzere üç farklı görüş mevcuttur. Fark teorisi gereğince alacaklı taraf olan iş sahibi kendi edimini yerine getirmekten kurtulmuş olur. Bu sebeple bu halde müspet zarar hesaplanırken hem alacaklının hem de borçlu müteahhidin edimleri nazara alınmalıdır.

Değişim (mübadale) teorisini savunan yazarlara göre ifa etmeme tazminatı hesaplanırken sadece ifa edilmeyen edim nazara alınmalıdır. Becker, Art. 107, N.41

Üçüncü bir görüş ise bu halde seçme teorisi olarak adlandırılan başka bir görüşü benimsemiştir. Buna göre iş sahibi dilerse fark teorisine göre dilerse de değişim teorisine göre hesap yaparak müspet zararını talep edebilmelidir. Serozan, İfa, s. 210, N. 12

⁴⁸⁸ Bkz. Dipnot N. 497.

⁴⁸⁹ Y.15.HD., T. 14.10.2005, E. 5335, K. 5448, Kazancı Hukuk Otomasyonu : “*Kusuru ile temerrüde düşen borçlu, Borçlar Kanunu’nun 96. maddesi ve izleyen maddeleri çerçevesinde alacaklının müspet zararını tazminle sorumlu tutulur. Borçlunun, tazmin sorumluluğundan kurtulabilmesi için borçlu temerrüdüne düşmesinde kusursuzluğunu kanıtlaması gerekir.*” Eren, s. 1074, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 502, Tekinay, s. 1286, Tunçomağ, Genel Hükümler, s.949, Karahasan, Genel Borç İlişkileri, s. 1125, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 72.

Bir görüŖe göre temerrüt borca aykırılık teşkil ettiği için temerrüt sebebiyle ifa etmemenin sebebiyet verdiği bütün zararlar tazmin edilmelidir. Nitekim iş sahibi ifadan vazgeçmekle daha kötü bir duruma düşmemelidir. Bu sebeple bu zararların içine ifadan vazgeçip tazminat istenildiği ana kadar temerrütten doğan tüm tazminat kalemleri de girmelidir⁴⁹⁰. Aksi fikri savunan yazarlara göre ise ifadan vazgeçmeden önce, temerrüt dolayısıyla uğranılan zarar hesaba katılmamalıdır. Nitekim iş sahibi eğer gecikme tazminatını istiyorsa ifadan vazgeçmemelidir⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Tekinay, s. 1286, Oğuzman / Öz, s. 395, Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 962, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 503.

⁴⁹¹ Becker, Art. 107, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 503

(3) Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararın Tazmin Edilmesini Talep Hakkı

i. Sözleşmeden dönme

Müteahhidin ediminin aynen ifası veya edimin yerini alacak tazminat iş sahibine sözleşmeden dönmesinden daha az bir yarar sağlayacak ise iş sahibi BK m. 106'nın kendisine tanıdığı diğer bir imkan olan sözleşmeden dönme hakkını kullanır⁴⁹². Aynen ifayı talep etmeyen iş sahibi müteahhide verdiği uygun mehilin sonunda bunu derhal bildirmeli ve sözleşmeden döndüğüne dair bir beyanda bulunmalıdır⁴⁹³. Dönme beyanı şartsız ve açık olmalıdır⁴⁹⁴. Dönme beyanı taraflar arasındaki mevcut olan hukuki ilişkiyi ortadan kaldıran, bu anlamda yenilik doğuran tek taraflı bir irade beyanıdır⁴⁹⁵. Buna göre sözleşmeden dönmek için dava açmaya ve mahkemeden hüküm almaya ihtiyaç yoktur. Beyan müteahhide ulaştığı anda hukuki sonuçlarını doğurur⁴⁹⁶.

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde müteahhidin eseri tamamlama ve teslim etme borcu ile iş sahibinin ücret ödeme borcu ortadan kalkar⁴⁹⁷.

Bu beyan herhangi bir şekle tabi değildir. Bununla beraber tacirler arasında yapılan bir eser sözleşmesinden dönmek isteyen tarafın TTK. m.20 / f.III uyarınca dönme beyanını noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü mektupla ya da telgrafla yapması gerekir. Bu gibi hallerde faksla yapılan dönme beyanı geçerli değildir⁴⁹⁸.

İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi için müteahhidin kusurlu olması şart değildir. Kusur aşağıda ayrıntılarıyla açıklayacağımız gibi menfi zararın tazmin

⁴⁹² Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 491, Tandoğan, s. 141, Akıntürk, s. 127.

⁴⁹³ Tandoğan, s. 141, Akıntürk, s. 127.

⁴⁹⁴ Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 263, Dayınlarlı, s. 74.

⁴⁹⁵ Eren, s. 1075, Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 58, Serozan, İfa, s. 232, N. 16, Oğuzman / Öz, s. 396, Nomer, s. 165.

⁴⁹⁶ Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 76. Y.15.HD: T. 06.04.1989, E. 2909, K. 1783, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 988: "Anılan seçimlik haklar karşı tarafa ulaşması ile hüküm ifade ettiğinden, artık tek yönlü olarak bundan dönülemez." Aynı yönde karar için bkz. Y.15.HD: T. 22.12.1977, E. 2192, K. 2329, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 1016, Y. 15.HD., T. 10.12.1992, E. 2264, K. 5879, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 978: "Akitten dönme beyanı karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğuran beyanlardan olduğundan, bu beyana değer verilmesi karşı tarafa ulaştığının ispatına bağlıdır."

⁴⁹⁷ Seliçi, s. 77, Oğuzman / Öz, s. 397, von Tuhr, s. 627, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 951.

⁴⁹⁸ Nomer, s. 165.

edilmesinin istenebilmesi için şarttır. Kusur ayrıca tazminat tutarının belirlenmesinde de önemli rol oynar⁴⁹⁹.

BK. m. 108 / f. I gereğince sözleşmeden dönen taraf taaahüt ettiği ve fakat henüz ifa etmediği edimi yerine getirmekten kaçınabilir ve ifa ettiği edimi geri isteyebilir. Hüküm aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

“Akitten rücu eden alacaklı, voidolunan şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat edebilir.”

Alacaklının aynen ifa ve gecikme tazminatı hakkından vazgeçerek sözleşmeden dönmesi halinde bu dönme beyanının nasıl bir sonuç doğuracağı konusunda doktrinde tartışma vardır.

Bir grup yazar klasik dönme görüşü olarak nitelendirdiğimiz görüşü benimserken, diğer bir grup yazar yasal borç ilişkisi kuramını diğer bir grup yazar ise yeni(modern) dönme görüşünü benimsemektedir.

Tarihsel olarak en eski görüş olan klasik dönme görüşünü savunan yazarlarca sözleşmeden dönme beyanı bozucu nitelikte yenilik doğuran bir haktır⁵⁰⁰. Buna göre sözleşme, dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalkar⁵⁰¹. Onlara göre dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte sebep ortadan kalkmıştır. Bu nedenle ifa edilmiş edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edilmelidir. Buna göre taraflar ifa ettikleri şeyleri aynen bu mümkün değil ise nakden sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde geri isterler. Sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebi BK. m. 66'nın birinci cümlesi gereğince 1 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu 1 yıllık süre dönme beyanının karşı tarafa ulaştığı anda işlemeye başlar⁵⁰².

⁴⁹⁹ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 467-468, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 480, Serozan, İfa, s. 232, N. 16, Nomer, s. 165, Oğuzman, s. 397, Akıntürk, s. 127, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 32-271, Buz, s. 110, Karşı görüş için bkz. Tunçomağ, s. 955: “Fakat kusurlu olmayan borçlu karşısında alacaklıya dönme hakkı tanımanın isabetini savunmak oldukça güçtür.”

⁵⁰⁰ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 504, Tekinay / Burcuoğlu / Akman / Altop, s. 964, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 34-35, Eren, s. 1075, dipnot 387, Oğuzman / Öz, s. 399, Dayınlarlı, Mütahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 75.

⁵⁰¹ Buz, s. 119-120, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 951-952, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 34, Oğuzman / Öz, s. 397, Tandoğan, s. 142, Akıntürk, s. 127.

⁵⁰² Eren, s. 1076, Oğuzman / öz, s. 399, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 34, Dayınlarlı, Mütahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 77, Tunçomağ, Genel hükümler, s.951-952, Tandoğan, s. 142.

Sözleşme uyarınca ifa edilen edimlerin iadesi bakımından savunulan ikinci bir görüş ise yasal borç ilişkisi kuramı görüşüdür. Bu görüşü savunan yazarlar bu halde tam anlamıyla bir sebepsiz zenginleşmeden bahsedilemeyeceğini; BK. m. 108 uyarınca tasfiyeye yönelik yasal bir borç ilişkisinin mevcut olduğunu savunmuşlardır. Bu sebeple iade talebi 1 yıllık sebepsiz zenginleşme zamanaşımı süresine tâbi değildir. BK. m. 125 hükmü gereğince iade talebi iade borcunun doğduğu andan itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresine tabiidir. Bununla beraber, iadenin kapsamı BK. m. 63-65 uyarınca sebepsiz zenginleşme hükümlerine kıyasen belirlenir⁵⁰³. Yargıtay da dönme ile borç ilişkisinin ortadan kalkacağını ancak iade talebinin doğrudan BK. m.108 / f. I'e dayanacağı görüşünü benimsemiştir⁵⁰⁴. Görüldüğü gibi klasik görüşü benimseyenler ile yasal borç ilişkisi görüşünü benimseyenler arasındaki pratik tek fark zamanaşımı konusundadır⁵⁰⁵. Gerek klasik görüşü benimseyenlerce gerekse yasal borç ilişkisi görüşünü benimseyen yazarlarca sözleşmeden dönme bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır⁵⁰⁶.

Üçüncü bir görüş olan yeni (modern) dönme görüşüne göre ise sözleşmeden dönme beyanı değiştirici yenilik doğuran bir beyandır. Buna göre beyanın müteahhide ulaşmasıyla birlikte sözleşme ortadan kalkmaz sadece borç ilişkisinin içeriği değişir ve bir tasfiye ilişkisine dönüşür ve müteahhide ifa edilmiş edimler bu tasfiye ilişkisi kapsamında iade edilir⁵⁰⁷. İfa edilmemiş borçlar ise son bulmaz; bu halde borçluya ifadan kaçınma imkanı veren bir def'i hakkı doğar. İş sahibinin sözleşmeden dönme beyanı ile borç ilişkisinin geçmişe ya da ileriye etkili olarak sona ermediğini savunan bu görüşe göre sebepsiz zenginleşme hükümlerinin de uygulanmaması gerekir. Buna göre sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmayacağı için de zamanaşımı

⁵⁰³ Buz, s. 120-121, Serozan, Dönme, s. 62, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 36, Seliçi, s. 76, , Oğuzman / Öz, s. 400, Becker, Art. 109, N.4-5.

⁵⁰⁴ Buz, s. 129-130, Y.15.HD., T. 14.02.1996, E. 463, K. 821, YKD. 1996/ 8, s. 1269,YHGK., T. 17.10.1955, E. 14, K. 35, Karahasan, s. 907, YHGK., T. 17.10.1962, E.14, K. 35, Karahasan, Özel Borç İlişkileri, s. 264.

⁵⁰⁵ Oğuzman / Öz, s.400.

⁵⁰⁶ Öz , Sözleşmeden Dönme, s. 37.

⁵⁰⁷ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 510-512 Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 37, Seliçi, s. 77, Serozan, İfa, s. 232, N. 16, Yazara göre bu halde verme borcu geri verme borcuna dönüşür.

bakımında genel hükümler çerçevesinde 10 yıllık zamanaşımı süresini benimseyen BK. m. 125 uygulanmalıdır⁵⁰⁸.

Görüldüğü gibi bu dönmenin değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğu savunulduğunda dönmenin iki etkisi ortaya çıkar. Birinci etki borçtan kurtarıcı etkidir. Buna göre ifa edilmeyen edimler bakımından tarafların karşılıklı edim borçları ortadan kalkar. İkinci etkisi ise evvelce yerine getirilmiş olan ifa edilen edimler bakımından geri vermeye yönelik bir borç ilişkisi kurmasıdır⁵⁰⁹.

Eklemek gerekir ki bu bahsettiğimiz tartışmalar ani edimli sözleşmeler için söz konusudur. Nitekim sürekli borç ilişkilerinde BK. m. 108 uygulanmaz ve bu tür sözleşmelerde ileriye etkili dönme söz konusu olur. Dönme beyanı ile birlikte sözleşme ileriye etkili olarak ortadan kalkar ve alacaklı taraf olan iş sahibi borç ilişkisinin vaktinden önce ortadan kalkması dolayısıyla uğradığı olumlu (müspet) zararın tazminini müteahhitten talep edebilir⁵¹⁰. Ancak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu ani edimli bir borç ilişkisi doğurmasına rağmen eser sözleşmeleri bakımından farklı bir kural benimsemiştir⁵¹¹. Nitekim eser sözleşmelerinde edim borcu genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmıştır. Eser sözleşmesinin bu niteliği sebebiyle sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekmektedir. Buna göre olayın niteliği ve özelliği haklı gösteriyorsa MK. m.2 uyarınca sözleşmeden dönme ileriye etkili sonuç doğurabilir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu konuyu aşağıdaki şekilde açıklamıştır: *"(...)Borçlar Kanunu`muzda (...) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106-108. maddeler olacaktır. Ancak, 108. maddenin birinci fıkrasında "-akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği-" belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut "kanun içi" boşluğun tamamlanması gerekmektedir. (...)*

⁵⁰⁸ Buz, s. 123, Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 73 vd. , Eren, s. 1077, Seliçi, s. 77, Serozan, İfa, s. 234, N. 18.

⁵⁰⁹ Serozan, İfa, s. 233, N. 18.

⁵¹⁰ Nomer, s. 166

⁵¹¹ YİBK, T.25.01.1984, E. 3, K.1, RG. 27.02.1984, S. 1975, s.78vd.

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

Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir. (Bk. m. 98/2, 43.) Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?

İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü, ancak Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. (...)

Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyumsuzluğun yalnızca BK: 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini)

gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

(Sonuç olarak) 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 Kanunu'nun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına; (...) karar verildi.⁵¹²”

Görüldüğü gibi doktrinde bazı yazarlarca da savunulan bu görüşe göre MK. m. 2 uyarınca, hal ve şartlar haklı kıldığı sürece ani edimli bir sözleşme türü olmasına rağmen eser sözleşmeleri istisnai olarak ileriye etkili olarak feshedilebilir⁵¹³.

⁵¹² Aynı yönde, Y.14.HD., T. 19.02.2007, E. 1188, K. 1450, Y. 15. HD., T. 14.12.2000, E. 3809, K. 5517, Kazancı Hukuk Otomasyonu.

⁵¹³ Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 184-185, Gauch, N. 489.

ii. Menfi zararın giderilmesi talebi

Menfi zarar iş sahibinin sözleşmeden dönmesi sebebiyle uğramış olduğu zarardır⁵¹⁴. Menfi zararın giderilmesinde amaç iş sahibini sözleşmeyi hiç yapmasaydı hangi durumda olacak idiyse o duruma getirmektir⁵¹⁵. Bunun için zararın hesaplanmasında iş sahibinin malvarlığının sözleşmeden döndükten sonraki durumu ile malvarlığının sözleşme hiç kurulmasaydı sahip olacağı durum arasındaki fark esas alınır⁵¹⁶. Buna göre menfi zarar, feshedilen sözleşme tarihi ile bu sözleşmedeki teslim tarihine eklenecek uygun mehilin bitimindeki serbest piyasa fiyatlarına göre oluşan değerler arasındaki farktır⁵¹⁷.

Menfi zarar iş sahibinin yoksun kaldığı kârla uğradığı fiili zararı da kapsar. Fiili zarar ifa beklentisi içerisinde sözleşmenin yapılması için harcanan, noter, vergi veya pul masrafları gibi masraflardır⁵¹⁸. İş sahibinin sözleşmeden dönmek için yaptığı ihtar, ek süre verme, dava açma, vekalet ücreti masrafları da fiili zarar teşkil eder. Tüm bunlara ek olarak sözleşmeden dönen iş sahibinin üçüncü kişilere ödemek zorunda olduğu cezai şart ve tazminatlar da fiili zararlardır⁵¹⁹. Ayrıca, iş sahibinin sözleşme ilişkisi dolayısıyla müteahhide verdiği bazı şeylerin müteahhit tarafından kullanılmış, hasara uğratılmış veya elden çıkarılmış olması halinde bunların değerleri de fiili zarar kapsamında müteahhitten talep edilebilir. Örneğin, iş sahibince müteahhide verilen malzemelerin veya hammaddelerin iadesi artık mümkün değilse iş sahibi müteahhitten bunların bedelini talep edebilir⁵²⁰. Tüm bunlara ek olarak, iş sahibinin

⁵¹⁴ Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 284, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 505, Becker, Art. 109, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 565-566.

⁵¹⁵ Eren, s. 1079, Oğuzman / Öz, s. 401, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 285, Buz, s. 240, YHGK., T.17.01.1990, E. 13, K. 392/1, Uygur, C. 6, s. 406 . Aynı yönde karar için bkz. Y.15.HD., T. 01.02.1996, E. 310, K. 535, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 974.

⁵¹⁶ Eren, s. 1079, Oğuzman / Öz, s. 401, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 285, Buz, s. 240, Akıntürk, s. 128, YHGK., T. 17.01.1990, E. 13, K. 392/1, Uygur, C. 6, s. 406 .

⁵¹⁷ Y.15.HD., T. 23.12.1993, E. 340, K. 5597, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 976.

⁵¹⁸ Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 286, Buz, s. 243-244, Eren, s. 1079-1080, Akıntürk, s. 128, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 78, Y.15.HD., T. 03.02.1997, E. 47, K. 556: “Sözleşmeden haklı olarak dönen taraf, BK’nin 108/II. maddesi uyarınca menfi (olumsuz) zararının (negative interesse) tazminini talep edebilir. Sözleşmenin ifa edileceğine güvenmekten doğan zarar olarak tanımlayabileceğimiz “olumsuz zarar”ın içine, sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan giderler ile daha elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zarar da girer.”

⁵¹⁹ Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 289, Buz, s. 245, Eren, s. 1080, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 78, Tunçomağ, Genel Hükümler, s.956.

⁵²⁰ Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 288.

eserin meydana getirmesi için müteahhide verdiği parayı vermiş olmasaydı bundan elde edeceği semereler de fiili zarar içinde yer alır⁵²¹.

İş sahibinin yoksun kaldığı kâr ise eser sözleşmesinin hüküm ifade edeceği düşüncesi sebebiyle yoksun kalınan kazançları ifade eder. Buna göre daha elverişli koşullarda sözleşme yapma fırsatlarının kaçırılması yoksun kalınan kâr sayılır⁵²². Sözgelimi, iş sahibi ismarladığı elbiseyi 5000 TL'ye bitireceğini söyleyen terziye işi verir ve 6000 TL isteyen terziyi reddetmiştir. Ancak işi verdiği terzinin temerrüde düşmesi sonucu sözleşmeden dönen iş sahibi eseri bir üçüncü müteahhide 7000 TL'ye yaptırmak zorunda kalmıştır. Bu halde iş sahibi 1000 TL'yi menfi zarar olarak temerrüde düşen ilk terziden talep edebilir. Görüldüğü gibi eser sözleşmelerinde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi sebebiyle istenebilecek menfi zararın hesaplanmasında farklılık vardır. Burada menfi zarar, yapma fırsatı kaçan sözleşmenin iş sahibine maliyeti ile sözleşmeden dönme üzerine makul süre içinde başka bir müteahhitte yapılacak sözleşmenin maliyeti arasındaki farka göre belirlenir. Sözleşme yapma fırsatının kaçmasından kaynaklanan olumsuz zarar belirlenirken eser sözleşmesinin yapıldığı sırada başka müteahhitten teklif alınmış ise o teklifler, yoksa o tarihteki rayiç bedeller dikkate alınır⁵²³. Nitekim Yargıtay 2003 tarihli bir kararında da menfi zararın hesaplanmasında aynı esasların göz önünde bulundurulması gerektiğine hükmetmiştir. Karara göre: “... sözleşme davacı tarafından 4.9.2000 tarihinde feshedilmiştir. Feshedilen sözleşmeye tekrar dönülerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın istenme olanağı yoktur. Burada istenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesine güvenilerek kaçırılan elverişli fırsatlara göre değerlendirilip bulunacak zarardır. Başka bir anlatımla davacı sözleşmeye konu işi davalıya yaptırmayıp da başka bir kişiye yaptırmaya olanağı varken (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebinden aynı iş için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı yani menfi zararını talep edebilir.

⁵²¹ Eren, s. 1080.

⁵²² YHGK, T. 1989, E. 113-392, K. 1, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 979, “ Aynı yönde karar için bkz. Y.15.HD., T. 15.06.1992, E. 2237, K. 3067, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 979, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 289, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 427.

⁵²³ Y.15.HD., T. 01.02.1996, E. 310, K. 535: “iş sahibinin yüklenici tarafından üstlenilen işin yerine getirileceği inancıyla onunla sözleşme yaptığı tarihte bir başkasıyla sözleşme yapma imkanı varken, bu imkanı kaçırmaması ve bu kez de yüklenicinin işi yapmamasından dolayı işin bir başka kimseye yaptırılması nedeniyle aradaki farktan doğan zarardır.” Kazancı Hukuk Otomasyonu, Nomer, s. 168.

*Zira, davacı davalı yükleniciye güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır. Başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme feshedilmeyecek, belki zarar da gerçekleşmeyecekti. Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; bilirkşi inceleme yaptırtılarak sözleşmenin yapıldığı tarihteki aynı işin mahalli rayiç fiyatını bulmak, davacının işi bu fiyata yaptırmamak suretiyle başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmış sayılacağından, bu fiyatla davalının verdiği fiyat arasındaki farkı menfi zarar olarak hüküm altına almaktan ibarettir.*⁵²⁴”

Yoksun kalınan kar sadece aynı sözleşmeyi daha iyi koşullarda yapsaydı elde edeceği kazançlardan ibaret değildir. Bu sözleşmeye bağlılık yüzünden kaçırılan başka nitelikteki kazançlar da zararın kapsamındadır. Sözgelimi, müteahhide verdiği işle bizzat ilgilenmek zorunda olduğu için iş sahibinin kendi işinde elde edemediği karlar veya uğradığı gelir azalması da yoksun kalınan kar kalemi teşkil eder⁵²⁵.

Yoksun kalınan kâr farazi bir zarardır. Bu nedenle farazi zararın hesabı oldukça zor odludur. Yoksun kalınan kârın hesaplanmasında BK. M. 42 / f.II uyarınca hakimnin takdir yetkisi oldukça geniştir. Burada diğer zarar kalemlerinin hesaplanmasından farklı olarak zararın hesaplanmasında esas alınacak tarih sözleşmeden dönüldüğü değil hükmün verildiği tarihtir⁵²⁶.

Son olarak eser sözleşmesinin hüküm ifade edeceği düşüncesiyle müteahhide verilen şeylerin ekonomik olarak değerlendirilmemesi de kazanç kaybı olarak menfi zarar kapsamında talep edilebilir. Örneğin, inşaat yapılacağı düşüncesiyle arazisi üzerinde zirai faaliyetler durdurulmuşsa iş sahibinin üretim kaybı bu tür bir zarardır⁵²⁷.

⁵²⁴ Y. 15.HD., T. 06.11.2003, E. 1714, K. 5274, Kazancı Hukuk Otomasyonu, Aynı yönde, Y.15.HD., T. 03.02.1997, E. 47, K. 556: “Sözleşmeden haklı olarak dönen taraf, BK'nin 108/II. maddesi uyarınca menfi (olumsuz) zararının (negative interesse) tazminini talep edebilir. Sözleşmenin ifa edileceğine güvenmekten doğan zarar olarak tanımlayabileceğimiz "olumsuz zarar"ın içine, sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan giderler ile daha elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zarar da girer. İlk ihalede, davalı yüklenicinin teklifine en yakın teklifte bulunan diğer katılımcının önerdiği miktar (iş sahibinin kaçırdığı fırsat) ile makul sürede yapılması koşuluyla, ikinci ihalede iş sahibinin ödediği bedel arasındaki fark, davacı iş sahibinin olumsuz zararını teşkil eder.”Kazancı Hukuk Otomasyonu. Y.15.HD., T. 15.06.1992, E. 2237, K. 3067, Karahasan, İnşaat Hukuku, s. 979.

⁵²⁵ Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 290

⁵²⁶ Eren, s. 1080.

⁵²⁷ Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 290

BK. m. 108 / f.II gereği iş sahibinin menfi zararını talep edebilmesi için müteahhidin kusursuz olduğunu ispat edememiş olması gerekir⁵²⁸. Kanun koyucu burada müteahhit aleyhine bir kusur karinesi oluşturmuştur⁵²⁹. Söz konusu hüküm şu şekilde düzenlemiştir:

“Bundan başka borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir.”

Madde hükmü gereğince, müteahhit beklenmeyen halin veya mücbir sebebin eserin teslimini engellediğini ispat ederse iş sahibinin menfi zararını tazmin etmekten kurtulur⁵³⁰.

İş sahibi BK. m. 125 uyarınca zararın meydana gelmesinden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde menfi zararının giderilmesini talep edebilir⁵³¹.

⁵²⁸ Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 357, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 271, Tunçomağ, Genel Hükümler, s.1009, Tandoğan, s. 115, Oğuzman / Öz, s. 397-398, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 505.

⁵²⁹ Eren, s. 1081.

⁵³⁰ Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 78, Karahasan, s. 78.

⁵³¹ Nomer, s. 167, Dayınlarlı, Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, s. 78, Tunçomağ, Genel Hükümler, s.956, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 505.

2. ESERİN TESLİMİNİN İMKANSIZLAŞMASI

Oğuzman ve Öz'ün yaptığı tanıma göre ifa imkansızlığı ifanın cebri icra yoluyla elde edilemeyecek duruma girmesidir⁵³². Buna göre eser sözleşmelerinde ifa imkansızlığı da eseri tesliminin cebri icra ile mümkün olmamasıdır. Doktrinde bir grup yazar tarafından savunulan ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre eser sözleşmesi bir yapma borcu (iş görme edimi içeren borç) doğurduğundan ve kişiye zorla iş yaptırmak mümkün olmadığından müteahhidin eseri kesinlikle meydana getirmeyeceğini veya teslim etmeyeceğini beyan etmesi halinde de ifa imkansızlığı mevcuttur. Bizim de savunduğumuz bu görüş benimsendiğinde müteahhidin kesinlikle ifayı gerçekleştirmeyeceğini bildirmesi halinde BK. m. 96 uyarınca tazminat sorumluluğu doğacaktır. Buna karşın, bu halde bir imkansızlıktan bahsedilemeyeceği görüşü kabul edilirse borçlu temerrüdünün şartları aranacak ve iş sahibi bu şartların varlığı halinde BK. m. 106'nın sağladığı haklardan yararlanacaktır. Bu iki görüş arasındaki pratik fark buradadır⁵³³.

İmkansızlık ortaya çıktığı zaman bakımından önceki imkansızlık ve sonraki imkansızlık olmak üzere ikiye ayrılır. Hemen belirtmek gerekir ki önceki objektif imkansızlık borca aykırılık teşkil etmez. Zira borca aykırılıktan bahsedebilmek için her şeyden önce ortada bir borcun olması gerekir. Halbuki önceki imkansızlık halinde müteahhidin eseri teslim borcu doğmaz çünkü yapılan sözleşme BK. m. 20 gereğince kesin hükümsüzdür⁵³⁴. Sözleşmenin hükümsüzlüğü sonucunu doğuran BK. m. 20 / f. I aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

“Bir akdin mevzuu gayri mümkün (...)olursa o akit batıldır.”

Sonraki imkansızlık halinde ise borçlunun sorumlu tutulabileceği ve sorumlu tutulamayacağı iki türlü imkansızlık söz konusudur. Eserin teslimindeki imkansızlığa müteahhit veya yardımcıları sebebiyet vermemişse; imkansızlık doğa olayları, kamu

⁵³² Oğuzman / Öz, s. 305

⁵³³ Oğuzman / Öz, s. 305, Öz, Sözleşmeden Dönme, s. 158 vd., Seliçi, s. 74 vd. Karşı görüşü savunan yazarlara göre ise ifanın mümkün olup olmadığına borçlu bakımından bakılmaktadır. Buna göre borçlu olan müteahhit dilerse ifayı gerçekleştirebilecek durumdaysa imkansızlık kabul edilmemektedir.

⁵³⁴ Y.15.HD., T: 25.05.1981, E. 825, K. 1234, Uygur., C.II, s. 197-200, Y.15.HD. T. 21.02.1978, E. 2133, K. 307, Dayınlarlı, Yargıtay Kararları, s. 14, von Tuhr, s. 559, Nomer, s. 139, Eren, s. 996, Tunçomağ, Genel Hükümler, s. 801, Oğuzman / Öz, s. 308.

makamlarının engellemeleri, alacaklının veya üçüncü kişilerin eylemleri sebebiyle, meydana gelmişse müteahhit sorumlu değildir. Borçlu taraf olan müteahhidin sorumlu tutulamayacağı bu tarz imkansızlık BK. m. 117’de düzenlenmiştir⁵³⁵. Söz konusu hükmün I. fıkrası gereğince:

“Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur.”

Görüldüğü gibi eğer müteahhit imkansızlıktan sorumlu değilse borç sakıt olur. Böylelikle hem müteahhit hem de iş sahibi borcundan kurtulur⁵³⁶. Bu halde eseri teslim borcundan kurtulan müteahhit iş sahibinden herhangi bir ücret talep edemeyecek; evvelce elde ettiği ücretleri de sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade edecektir⁵³⁷.

İmkansızlık müteahhidin kusuru sebebiyle meydana gelmiş ise müteahhit bundan sorumludur. Sonraki imkansızlık sebebiyle müteahhidin sorumlu tutulacağı hallerde BK. m. 96 uygulama alanı bulur⁵³⁸. Buna göre eserin kazara yanması halinde BK. m. 117 uyarınca müteahhit borcundan kurtulurken eserin dikkatsizlik sebebiyle yanmasına sebebiyet veren müteahhit borcun imkansızlaşmasından BK. m. 96 gereğince sorumludur⁵³⁹.

Bu halde, borçlu taraf olan müteahhit kusursuz olduğunu ispat edemedikçe sorumludur. Müteahhit imkansızlığa ister kastı ister ihmali yüzünden sebebiyet vermiş olsun sorumludur. Onun sorumluluktan kurtulabilmesi için imkansızlığa işletmede gerçekleşen beklenmedik bir olayın veya mücbir sebebin neden olduğunu ispat etmesi gerekir⁵⁴⁰.

Yargıtay bir kararında yukarıda bahsettiğimiz hususu şöyle özetlemiştir: “...Somut olayda, bedeli dava edilen dükkân niteliğindeki bağımsız bölümün, davacı arsa

⁵³⁵ Serozan, İfa, s. 184-186, N. 1, Oğuzman / Öz, s. 310, Öz, İnşaat Hukuku, s. 158, Y.15.HD., T. 22.10.1990, E. 1253, K. 4228: “Yapı ruhsatının alınmasının hukuki imkansızlığı nedeniyle sözleşme sakıt olur.” Uygur, C.II, s. 197, YHGK., T. 17.06.1981, E. 1980, K. 15-15, K. 514, Dayınlarlı Yargıtay Kararları, s. 11.

⁵³⁶ Oğuzman / Öz, s. 305-310, Tercier, s. 463, N. 3787, Nomer, s. 145, Serozan, İfa, s. 186, N. 3.

⁵³⁷ Serozan, İfa, s. 191, N. 8.

⁵³⁸ Oğuzman / Öz, s. 305-310, İnşaat Hukuku, s. 158.

⁵³⁹ Von Tuhr, s. 560, Serozan, İfa, s. 198, N. 1, Oğuzman / Öz, s. 305.

⁵⁴⁰ Nomer, s. 140, Serozan, İfa, s. 199, N. 2, Oğuzman / Öz, s. 317.

sahibine yapılarak teslimi davalı şirket tarafından yüklenilmiştir. İmar mevzuatı gereğince, davalı temerrüdünden önce sözü edilen dükkanın yapılmasına olanak yok ise, objektif imkansızlık söz konusu olacağından davalı yapılamayan bağımsız bölümün bedelinden ötürü sorumlu tutulamaz (BK. m. 117). Ancak yasal engel bulunmadığı halde veya temerrüde düştükten sonra yasal engel gerçekleşmiş ise, yüklenici tarafından teslimi yüklenilen dükkan yapılmamış ise, kusurlu imkansızlık söz konusu olacağından bağımsız bölüm bedelini arsa sahibi davalı yükleniciden isteyebilir (BK. m.96). Ancak mahkemece yapılan araştırma ve inceleme yetersiz olduğu gibi, bilirkişi raporu da hüküm vermeye elverişli değildir. Mahkemece yapılacak iş; (...) inşaatın yasal olup olmadığının saptanması; yasal ise, sözleşmede yüklenildiği üzere bedeli dava konusu olan dükkanın, yapılmaması sebebinin belirlenmesi kusurlu imkansızlık söz konusu olması durumunda, bedelin tespit ettirilmesi ile varılacak sonuca göre uyuşmazlığın esası hakkında bir karar vermekten ibaret olmalıdır.⁵⁴¹”

Borçlunun sorumlu olduğu imkansızlığın söz konusu olduğu hallerde, müteahhit iş sahibinin imkansızlık sebebiyle uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Taraflar, borca aykırılığın meydana gelmesinden önce böyle bir durumda tazminat ödeneceği hususunda anlaşmış olabilecekleri gibi borca aykırılığın meydana gelmesinden sonra da aralarında yapacakları bir sulh anlaşması ile müteahhidin iş sahibine bir miktar tazminat ödemeleri hususunda anlaşmış olabilirler⁵⁴². Tarafların böyle bir anlaşmaya varmamaları halinde hakim BK. m. 96 uyarınca bir tazminata hükmedecektir⁵⁴³. Konuya ilişkin kanun hükmü aşağıdaki gibidir:

“Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.”

Kanun hükmünde geçen “*alacaklının hakkını tamamen istifa edememe*” tabirinden kasıt borcun hiç ifa edilememesidir. Hiç ifa edilememe ifa imkansızlığını ifade eder.

⁵⁴¹ Y.15.HD., T.25.04.2008, E. 1407, K.2771, Kazancı Hukuk Otomasyonu.

⁵⁴² Oğuzman / Öz, s. 373.

⁵⁴³ Oğuzman / Öz, s. 305-310, Öz, İnşaat Hukuku, s. 158.

Zira ifa mümkün ise temerrüt hükümleri uygulama alanı bulur. İş sahibi bu durumda müteahhitten borcun hiç ifa edilmemesi ile uygun illiyet bağı bulunan zararların tazminini talep edebilir⁵⁴⁴. Burada müteahhidin ödemekle yükümlü olduğu tazminat eser teslim edilseydi iş sahibinin uğramayacağı zararın tazmini; diğer bir anlatımla olumlu (müspet) zararın tazminidir. Bu zararın kapsamına, iş sahibinin malvarlığında meydana gelen azalma ile yoksun kaldığı kar girer⁵⁴⁵.

Sonraki imkansızlık sözleşmenin kurulmasından sonra edim konusunun sürekli ve kesin olarak imkansızlaşması halinde söz konusu olur⁵⁴⁶. Bu anlamada cins borçlarında edimin imkansızlaşmasından bahsedilemez⁵⁴⁷. Geçici imkansızlık ifa imkansızlığı sebebiyle borcun sona ermesi sonucunu doğurmaz; ifanın gecikmesi sonucunu doğurur. Ancak ifa zamanının iş sahibi için önem taşıdığı hallerde geçici imkansızlık da ifa imkansızlığı sonucunu doğurabilir. Özellikle kesin vadeli eser sözleşmelerinde durum böyledir. Örneğin, düğün için hazırlanan gelinlik öngörülen tarihte teslim edilmezse eserin sonradan teslimi iş sahibi için faydasız kalmış olur. Bu sebeple bu gibi durumlarda eserin teslim tarihi sözleşmenin önemli bir unsurunu teşkil ettiği için kararlaştırılan zamanda ifa etmeme ifa imkansızlığı olarak kabul edilmelidir⁵⁴⁸.

Geçici nitelikteki bir imkansızlığın ortadan kalkması halinde iş sahibi imkansızlık hükümlerine dayanmamış ise borç ilişkisinin normal hükümlerini icra edeceğini kabul etmek gerekir. Bununla beraber, imkansızlık ortadan kalktıktan sonra ifanın müteahhit tarafından teklifi veya iş sahibi taraftan talep edilmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmıyorsa borç ilişkisinin yine de sona erdiği kabul edilmelidir. Örneğin eser sözleşmesinin konusunu oluşturan inşaat yapımı imar mevzuatındaki değişiklik sonucunda imkansızlaşmış olabilir. Bu sebeple müteahhit inşaatla ilişkisini kestikten ve iş sahibinin arsa üzerinde başka bir projeyi uygulamaya koymasından sonra imar

⁵⁴⁴ Oğuzman / Öz, s. 337

⁵⁴⁵ Von Tuhr, s. 564, Öz, İnşaat Hukuku, s. 159, Oğuzman / Öz, s. 339. Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde müspet zararın hesaplanması konusunda farklı görüşler olduğunu tezimizin önceki bölümlerinde de belirtmiştik. Bkz. dipnot 503

⁵⁴⁶ Eren, s. 996-998, Oğuzman / Öz, s.310, Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 277, Öz, İnşaat Hukuku, s. 158, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 395, Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 904.

⁵⁴⁷ Oğuzman / Öz, s. 300.

⁵⁴⁸ Eren, s. 998, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 398, Oğuzman / Öz, s. 305.

kanunu tekrar değişir ve inşaat yapımına müsaade edilirse de ilk eser sözleşmesi imkansızlık hükümlerine tâbi olmalıdır⁵⁴⁹.

İmkansızlık doğal bir olaydan, bir üçüncü şahsın fiilinden, bizzat borçlunun fiilinden doğmuş olabilir. Fiili (mantıkı) imkansızlık eserin tesliminin mantık ve tabiat kanunlarına göre gerçekleştirilmesinin kesin olarak mümkün olmamasıdır. Zira edim konusu eser yok olmuştur. Örneğin, sözleşmenin konusunu oluşturan tablonun yanması halinde fiili imkansızlık mevcuttur⁵⁵⁰. Müteahhidin meydana getirdiği eserin bir üçüncü şahıs tarafından yakılması veya bir üçüncü şahsın fiilinden dolayı meydana gelen imkansızlığa örnek teşkil eder⁵⁵¹. Son olarak imkansızlık bizzat borçlunun fiilinden doğmuş olabilir. Sözgelimi müteahhit meydana getirdiği eseri yakarsa borçlunun fiilinden doğmuş bir imkansızlık söz konusu olur⁵⁵². Kural olarak teslim edilecek edimin teslimden önce telef olması halinde imkansızlıktan bahsedilebilirse de eser sözleşmelerinde eserin iş sahibine teslimden önce telef olması imkansızlığa yol açmaz. Eserin telef olmasının imkansızlığa yol açabilmesi için müteahhidin aynı eseri yeniden yapma kudretinin bulunmaması gerekir⁵⁵³.

İmkansızlık fiili imkansızlık olabileceği gibi hukuki imkansızlık da olabilir. Hukuki imkansızlıkta edim konusu eser mevcut olmakla birlikte bunun yerine getirilmesi bir hukuk normuyla yasaklanmıştır. Örneğin sözleşmenin konusunu sonradan ithal veya ihraç yasağı konmuş bir eserin teslimi oluşturuyorsa durum böyledir. Aynı şekilde sözleşmenin konusu imar yasalarının sonradan imar yasağı konmuş bir araziye inşaat yapılması oluşturuyorsa da hukuki imkansızlık mevcuttur. Son olarak, meydana getirilen eser sonradan kamulaştırılır veya müsadere edilirse de hukuki imkansızlıktan söz edilir.

Bu gibi hallerde meydana gelen hukuki imkansızlıklardan müteahhit sorumlu tutulamaz, kusursuz imkansızlığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur⁵⁵⁴. Ancak

⁵⁴⁹ z, Sözleşmeden Dönme, s. 165.

⁵⁵⁰ Serozan, İfa, s. 184, N. 1, Eren, s. 994, Oğuzman / z, s. 309.

⁵⁵¹ Eren, s. 995, Oğuzman / z, s. 309.

⁵⁵² Oğuzman / z, s. 309.

⁵⁵³ Oğuzman / z, s. 309, z, Sözleşmeden Dönme, s. 161.

⁵⁵⁴ z, İnşaat Hukuku, s. 160, Serozan, İfa, s. 184, N. 1, Eren, s. 996.

müteahhit kusuru ile temerrüde düşmüş ve eser zamanında tamamlansaydı bu imkansızlıkla karşılaşılmayacak idiyse kusurlu imkansızlık hükümleri uygulanır⁵⁵⁵.

İmkansızlık, imkansızlığın söz konusu olduğu kişi bakımından objektif ve sübjektif imkansızlık olmak üzere de ikiye ayrılabilir. Eserin teslimi hiç kimse tarafından ifa edilemiyorsa objektif imkansızlık; yalnız borçlu müteahhit tarafından ifa edilemiyorsa sübjektif imkansızlık söz konusudur⁵⁵⁶. Bazı yazarlarca kabul edilen görüşe göre imkansızlık kesin ve sürekli bir ifa engeli teşkil ettiğinden sübjektif imkansızlık tabirini kullanmak yerinde değildir. Bu halde borçlunun güçsüzlüğü kavramını kullanmak daha isabetlidir. Nitekim şahsa ait güçsüzlük imkansızlık teşkil etmez.

Ancak belirtmek gerekir ki, istisnai olarak, eser sözleşmelerinde bazı hallerde borçlunun güçsüzlüğü edimin ifası bakımından objektif; kusursuz imkansızlık teşkil edebilir⁵⁵⁷. Zira sözleşmenin konusunu oluşturan eserin meydana getirilmesi müteahhidin şahsına sıkı sıkıya bağlı bir edim teşkil ediyorsa müteahhidin güçsüzlüğü objektif imkansızlıkla bir tutulur⁵⁵⁸. Örneğin, A'ya tablo yapmak için borçlanan ressam B felç olur ve sözleşme konusu eseri meydana getiremezse her ne kadar borçlunun güçsüzlüğü söz konusu ise de bu objektif imkansızlık olarak nitelendirilmelidir. Konuyu düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 371. maddesinin I. fıkrası aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

“Müteahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten âciz kaldığı takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesi olur.”

Konuya ilişkin 1995 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı ise şöyledir: *“Davacılar (...) ile davalı arsa sahibi arasında yapılan arsa karşılığı inşaat sözleşmesinin*

⁵⁵⁵ Öz, İnşaat Hukuku, s. 160.

⁵⁵⁶ Eren, s. 996, Oğuzman / Öz, s. 309, Tandoğan, mesuliyet Hukuku, s. 396, Ayan, Serkan, s. 91, Serozan, İfa, s. 184, N. 1, Yazara göre sonraki imkansızlık bakımından objektif-sübjektif imkansızlık ayırımı yapılmasının bir önemi yoktur. Sonraki imkansızlıkta borçlu kusuru varsa sorumludur; kusuru yoksa sorumlu değildir.

⁵⁵⁷ Werro / Thévenoz, s. 1986, N. 6, Eren, s. 997, Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 365.

⁵⁵⁸ Eren, s. 997, Hatemi / Serozan / Arpacı, s. 365, Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 396, Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 907-908.

imzalanmasından sonra, plân ve proje aşamasında. murisin ölümü üzerine davalı tarafça sözleşmenin haksız olarak feshedilmesi nedeniyle cayma tazminatı ve yapılan masraflar karşılığı 117.221.766 TL'nin faiziyle tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, yüklenicinin ölmesi nedeniyle sözleşmenin haklı olarak feshedildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, yüklenicinin ölümü sonucu sözleşmenin davalı tarafça haklı olarak feshedildiği gerekçe yapılarak davanın reddine karar verilmiştir.

(...)B.K. 371 maddesine göre, istisna sözleşmelerinde yüklenicinin ölümü halinde, sözleşme yüklenicinin kişiliği nazara alınmışsa sözleşme münfesi olur. Oysa somut olayda, yüklenici normal bir apartman inşaatı işini yüklenmiş olup bu işin yerine getirilmesi özel veya üstün bir beceriyi gerektirmediğinden, ölümü, sözleşmenin sona ermesini gerektirmez. Öte yandan, sözleşmede yüklenicinin ölümü halinde, sözleşmenin son bulacağı hususunda bir hüküm de yer almamıştır.

Bu durumda sözleşme davalı tarafından haksız olarak feshedilmiş olduğundan, işin esasına girilerek, taraf delilleri toplandıktan sonra oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır(...)"⁵⁵⁹

Ancak BK. m. 371 / f. II, BK m. 117 / f.II'deki genel kusursuz imkansızlık hükmünden ayrılmaktadır. Genel hükümler çerçevesinde taraflar birbirlerinden edindikleri her şeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerince iade ederken BK. m. 371 / f. II gereğince eğer iş sahibi yapılan kısmı kullanabilecek ise sözleşmedeki bedeli bu oranda ödemekle yükümlüdür⁵⁶⁰. Konuyu düzenleyen kanun hükmü şu şekilde düzenlenmiştir:

"Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur."

Burada sözü geçen "kullanılabilme" kavramı geniş yorumlanmalı ve eğer yapılan kısım bir şekilde iş sahibinin işine yarayacaksa kusursuz imkansızlıkta müteahhide

⁵⁵⁹ YHGK., T. 11.01.1995, E. 15-615, K.900, Kazancı Hukuk Otomasyonu, aynı yönde karar için bkz. YHGK., T. 16.12.1981, E. 15-2714, K. 839, Dayınlarlı, Yargıtay Kararları, s. 19.

⁵⁶⁰ Öz, İnşaat Hukuku, s. 160.

orantılı bir bedel ödenmelidir. Bununla birlikte söz gelimi henüz bitirilmemiş bir inşaatı oturma izni alınamıyorsa bu eser kullanılmaz olacaktır⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Öz, İnşaat Hukuku, s. 160.

SONUÇ

1. Tam iki tarafa borç yükleyen eser sözleşmesi ile iş sahibi ücret ödeme borcu altına girerken müteahhit sözleşmeye uygun olarak eseri meydana getirme ve meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etme borcu altına girer.
2. Müteahhidin teslim borcunu yerine getirebilmesi için öncelikle sözleşmeye uygun olarak bir eser meydana getirmiş olması gereklidir. Sözleşmeye uygun olarak bir eser meydana getirirken müteahhidin yerine getirmesi gereken bazı yan borçları da mevcuttur. Müteahhit gerek asli edim borçlarını gerekse de yan borçları olarak nitelendirdiğimiz diğer borçlarını yerine getirmezse iş sahibine karşı bundan sorumlu olur.
3. Bu yan borçlardan eseri şahsen meydana getirme veya kendi yönetimi altında yaptırma borcunun müteahhidin borcunu kişisel borç sayan bir karine yarattığı söylenebilir. Buna göre müteahhit BK. m. 67'deki genel kuralın aksine işi kural olarak bizzat yapmakla veya kendi iradesi altında yaptırmakla yükümlüdür.
4. Müteahhidin yerine getirmesi gereken yan borçlardan en kapsamlısının özen borcu olduğunu söylemek mümkündür. Burada müteahhidin sözleşme konusu eseri meydana getirirken göstermekle yükümlü olduğu özen, hizmet sözleşmesinde işçinin göstermekle yükümlü olduğu özenden daha ağırdır. Zira müteahhit hizmet sözleşmesindeki işçiye oranla işin ehlidir ve iş sahibinden bağımsızdır.
5. Eser sözleşmesinde, iş sahibine eser tamamlanmadan veya eserin tesliminden evvel sözleşmeden dönme hakkı verilmiştir. Nitekim eser sözleşmesi ile müteahhit sadece tamamlanmış eserin teslimini değil onun imalini de borçlanmıştır. Buna göre eseri teslim borcundakinden farklı olarak eser sözleşmesinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için borcun muaccel olması gerekmez. İş sahibi, müteahhidin işe zamanında başlamaması, sözleşme şartlarına aykırı olarak işi ortada bırakması, işi geciktirmesi veya iş sahibinin kusuru olmaksızın meydana gelen gecikmenin

her ihtimalde müteahhidin işi zamanında bitirmesine imkan vermemesi halinde, teslim için belirlenen zamanı beklemeksizin eser sözleşmesini feshedebilir.

6. Müteahhidin asli edim borçlarından biri olan eseri teslim borcu kanun koyucu tarafından zımnen kabul edilmiş ve müteahhidin bu borcuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye kanunda ayrıca yer verilmemiştir. Teslim borcunun Borçlar Kanunda özel olarak düzenlenmemesinin ve eser sözleşmesinin her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasının bir sonucu olarak, müteahhidin temerrüdü halinde BK. m. 101 -108 arasında yer alan genel hükümler uygulama alanı bulur.
7. Buna göre aynen ifa ve gecikme tazminatını her zaman talep edebilen iş sahibi müteahhidi temerrüde düşürmesi koşuluyla BK. m. 106 uyarınca aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilir.
8. İş görme sözleşmeleri arasında yer alan eser sözleşmesi, doktrinde kabul edilen baskın görüşe göre "ani edimli" sözleşmeler grubundadır. Nitekim müteahhidin meydana getirdiği eseri teslim etmeden sözleşmeden doğan borcu sona ermemektedir Ancak eser sözleşmelerinin inşaat sözleşmesi gibi birçok türünde müteahhidin edim borcunun emeğe ve masrafa dayanan uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olması bazı hallerde sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesini gerektirmektedir.
9. Örneğin ani edimli sözleşmelerde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde sözleşme geriye etkili olarak sona erer. Halbuki Yargıtay, bazı şartların varlığı halinde iş sahibinin BK m. 106'nın kendisine sağladığı haklardan biri olan sözleşmeden dönme hakkını kullanması durumunda sözleşmenin ani edimli diğer sözleşmelerde olduğu gibi geriye etkili olarak değil de ileriye etkili olarak sona ermesi gerektiğine hükmetmiştir. Diğer bir ifade ile sözleşmeden dönmenin değil sözleşmenin feshinin mümkün olduğunu kabul etmiştir.

10. Diğer bir borca aykırılık teşkil eden ifa imkansızlığının da müteahhidin temerrüdü gibi eser sözleşmesini düzenleyen hükümler içerisinde ele özel olarak alınmaması, bu konuda da genel hükümlere başvurulmasını gerektirmiştir. Buna göre tesliminin imkansızlaşması hali sözleşmenin kurulması sırasında mevcut ise BK. m. 20 uyarınca sözleşme batıldır. Sonraki imkansızlık halinde ise müteahhit imkansızlıktan sorumlu değilse BK. m. 117 uyarınca borç sakıt olur. Ancak müteahhit ifanın imkansızlaşmasından sorumluysa bu halde BK. m. 96 uygulama alanı bulur. Buna göre müteahhit kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe iş sahibinin bundan doğan zararını karşılamakla yükümlü olur.
11. İfa imkansızlığının sübjektif (borçlunun güçsüzlüğü) veya objektif imkansızlık olarak ayrılmasının kural olarak pratik açıdan bir önemi yoktur. Ancak eser sözleşmelerinde bazı hallerde borçlunun güçsüzlüğü edimin ifası bakımından objektif; kusursuz imkansızlık teşkil edebilir. Zira sözleşmenin konusunu oluşturan eserin meydana getirilmesi müteahhidin şahsına sıkı sıkıya bağlı bir edim teşkil ediyorsa müteahhidin güçsüzlüğü BK.m. 371 uyarınca objektif imkansızlıkla bir tutulur.

KAYNAKÇA

- Akgündüz, Ahmet / Cin, Halil: **Türk Hukuk Tarihi**, c. II, Özel Hukuk, İstanbul, 1990.
- Akıntürk, Turgut: **Borçlar Hukuku**, Beta Basım, 14. Bası, İstanbul, 2009.
- Akünel, Teoman: **İsviçre Federal Mahkemesinin Mimarlık Sözleşmesinin Niteliği Konusunda 3 Ekim 1972 Tarihli Kararı**, İÜHFİM, c. XL (1974), S. 1-4, s. 701-707.
- Aral, Fahrettin: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Ayan, Mehmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Mimoza Yayınlar, 2007.
- Ayan, Serkan: **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2008.
- Arkan, Azra: **Cezai Şart**, (Ayrı bası) İstanbul Barosu Dergisi, C. 71, S. 1-2-3 (Ocak-Şubat-Mart), İstanbul, 1997.
- Baygın, Cem: **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, Beta Basım Yayım, Ankara, 1999.
- Becker, H. : **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, 1. Bölüm, Genel Hükümler, Ankara Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1967 (Çev. Olçay, Bülent / Reisoğlu, Kemal / Tolun, Osman / Özkök, Saim).
- Becker, H. : **İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi**, 2. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Md. 184-551, Ankara, 1993 (çev. Dura, S.).
- Berki, Şakir: **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- Bilge, Necip: **Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971.

- Burcuoğlu, Haluk: “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi için Uyulması Gereken Süreler” (**Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan** (1925-1988), Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1990, , s.283-332.)
- Dalamanlı, Lütfü: **Borçlar Hukuku Davaları**, Eda Matbaacılık, Ankara, 1988.
- Dayınlarlı, Kemal: **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, Dayınlarlı [Hukuk](#) Yayınları, Ankara, 2003.
(Metin İçerisinde “Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Dayınlarlı, Kemal: **İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları**, Sistem Ofset Matbaası, Ankara, 1986.
(Metin İçerisinde “Yargıtay Kararları” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Beta Basım, İstanbul, 2008.
- Eren, Fikret: **İnşaat Sözleşmeleri**, Yönetici – İşletmeci – Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1996.
(Metin İçerisinde “İnşaat Hukuku” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Erman, Hasan: **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1979.
- Erman, Hasan: **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Der Yayınları, 2. Bası, İstanbul, 2007.
(Metin içerisinde “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” şeklinde kısaltılmıştır)
- Gauch, Peter, **Le Contrat d’Entreprise**, Schulthess, Zurich, 1999.

- Gauch Peter/ Schluep, Walter R. / Tercier, Pierre: **Partie Générale du Droit des Obligations**, Tome I et II, Schulthess, Zurich, 1982.
- Gökyayla, Emre: **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- Gürpınar, Damla: **Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi**, Güncel Yayınevi, İzmir, 2006.
- Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir: **Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, İstanbul, 1992.
- Kaçak, Nazif: **Hukuk Davalarına İlişkin 2005 Yılına Ait Emsal İctihatlar Külliyyatı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006.
- Kanar, Mehmet: **Osmanlı Türkçesi Sözlüğü**, Derin Yayınları, İstanbul, 2003.
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Beta, 3.Cilt, İstanbul, 2004.
(Metin İçerisinde “Özel Borç İlişkileri” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Karahasan, Mustafa Reşit: **Türk Borçlar Hukuku Genel Borç İlişkileri**, Beta, 4.Cilt, İstanbul, 2004.
(Metin İçerisinde “Genel Borç İlişkileri” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Karahasan, Mustafa Reşit: **İnşaat İmar İhale Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1997.
(Metin İçerisinde “İnşaat Hukuku” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Karataş, İzzet: **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2004.
- **Kazancı İctihat Bankası**.
(Metin İçerisinde “Kazancı Hukuk Otomasyonu” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Kostakoğlu, Cengiz: **İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, Beta, 5. Bası, İstanbul, 2006.

- Meydan, Nihat/ Yapal, Fadime: **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Emsal Kararları**, Ethemler Yayıncılık, 2. baskı, İstanbul, 2006.
- Nisim, Franko: **Türk Borçlar Hukukuna göre Yayın Sözleşmesinin Hükümleri**, Ankara, 1981.
- Nomer, Haluk N.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2008.
- Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Vedat Kitapçılık, 6. Bas, İstanbul, 2009.
- Olgaç, Senai: **Kazai ve İlmi İçtihatlarla göre Akdin Muhtelif Nevileri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1967.
- Olgaç, Senai: **Kazai ve İlmi İçtihatlarla Borçlar Kanunu Şerhi**, Olgaç Matbaacılık, Ankara, 1977.
(Metin İçerisinde “Borçlar Kanunu” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Öz, Turgut: **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, Mart Matbaacılık, 2. Yayın, İstanbul, 2006.
(Metin İçerisinde “İnşaat Hukuku” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Öz, Turgut: **İş sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1989.
(Metin İçerisinde “Sözleşmeden Dönme” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Reisoğlu, Seza: **Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri**, Ankara, 1968.
(Metin İçerisinde “Hizmet Akdi” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Seliçi, Özer: **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978.
- Serozan, Rona: **İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006.
(Metin İçerisinde “İfa” şeklinde kısaltılmıştır.)

- Serozan, Rona: **Sözleşmeden Dönme**, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2007.
(Metin İçerisinde “Sözleşmeden Dönme” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Şenocak, Zarife: **Eser Sözleşmelerinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 2002.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, İstanbul, 1989.
- Tandoğan, Haluk: **Türk Mes’uliyet Hukuku**,1961.
(Metin İçerisinde “Mesuliyet Hukuku” şeklinde kısaltılmıştır.)
- T.C Adalet Bakanlığı, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, Ankara, Şubat 2008.
(Metin içerisinde “Tasarı” şeklinde kısaltılmıştır)
- Tekinay, Selahattin Sulhi, **Borçlar Hukuku**, C. II, 5. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985.
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Burcuoğlu, Haluk / Akman, Sermet / Altop, Atilla: **Tekinay Borçlar Hukuku**, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1993.
- Tercier, Pierre, **Les Contrats Speciaux**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1995.
- Tercier, Pierre, **Le Droit des Obligations**, Schulthess Polygraphischer Verlag, 3eme editions, Zürich, 2004.
(Metin İçerisinde “Le Droit des Obligations” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukuku**, (Edege Çevirisi), C. I-II, Olguç Matbaası, Ankara, 1983.
- Tunçomağ, Kenan: **Borçlar Hukuku**, C. I, **Genel Hükümler**, Sermet Matbaası, 6. Bası, İstanbul, 1976.
(Metin İçerisinde “Genel Hükümler” şeklinde kısaltılmıştır.)
- Tunçomağ, Kenan: **Borçlar Hukuku**, C.II, **Özel Borç İlişkileri**, 2. Bası, İstanbul, 1974.

(Metin İçerisinde “Özel Hükümler” şeklinde kısaltılmıştır.)

- Uçar, Ayhan: **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Uygur, Turgut: **Açıklamalı – İctihatlı İnşaat Hukuku**, C.I, Ankara, 1993.
- Uygur, Turgut: **Açıklamalı – İctihatlı İnşaat Hukuku**, C.II, Ankara, 1993.
- Uygur, Turgut: **Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. 6, Seçkin yayınları, Ankara, 2003.
- Uygur, Turgut: **Açıklamalı – İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C. 7, Seçkin yayınları, Ankara, 2003.
- Werro, Franz / Thévenoz, Luc: **Commentaire Romand, Code des Obligations I**, Helbing&Lichtenhahn, Geneve, Bale, Munich, 2003.
- Yavuz, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
- Zevkliler, Aydın: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- <http://www.bger.ch/fr/index.htm>