

IV. Eser Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar*

A. Eser Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

1. Tanımı

Türk Borçlar Kanunu m. 470'e göre, "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. TBK m. 470'de yer alan tanım, yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim borcunu içermediği için eksik kalmaktadır. Bu belirtme dikkate alınarak eser sözleşmesini şu şekilde tanımlamak mümkündür: Eser sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir."²²¹

2. Unsurları

a. Sözleşmenin Konusunun Bir Eser Olması

Eser sözleşmesinde yüklenici, bir eser meydana getirerek, bunu iş sahibine teslim etme borcu altına girmektedir²²². Yüklenicinin, iş sahibine taahhüt ettiği olduğu iş görme ediminin sonucu, eser olarak ifade edilmektedir²²³. Yüklenicinin bu borcu, bir sonuç borcudur²²⁴.

Eser sözleşmesinden kaynaklanan çalışmanın sonucu olarak ortaya çıkan, hukuki bir bütünlük arz eden ve objektif olarak gözlenmesi mümkün olan maddi ve gayri maddi sonuç eser kavramının tanımını teşkil etmektedir²²⁵. Eser,

* Bu kısım Doç. Dr. Öz Seçer tarafından hazırlanmıştır.

²²¹ **Altaş, Hüseyin:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK m. 368)*, Ankara 2002, s. 43; **Kürşat, Zekeriya:** *Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirilmesi Hükmü*, İHFM C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 145; **Kocaağa, Köksal:** *İnşaat Sözleşmesi*, Ankara 2014, s. 27; **Kaplan, İbrahim:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, 3. Tıpkı Basım, Ankara 2001, s. 119; **Usta, Songül:** *Eser Sözleşmesinin Konusu ve Özellikle Tarafları*, İBD, C. 84, S. 6, 2010, s. 3520; **Canbolat:** s. 5; **Dayınlarlı, Kemal:** *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, Ankara 2008, s. 5; **Dirican, Gökhan:** *Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması*, İstanbul 2007, s. 5; **Hızır, Fatma:** *Eser (İstisna) Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslimden Önceki Sorumluluğu (BK md. 358) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Kırıkkale 2011, s. 4.

²²² **Koller, Alfred:** *Schweizerisches Werkvertragsrechts*, Zürich/St. Gallen 2015, N. 38.

²²³ **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 51; **Usta:** s. 3522.

²²⁴ **Aral, Fahrettin / Ayranç, Hasan:** *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 335; **Huguenin, Claire:** *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Auflage, 2014, N. 3122.

²²⁵ **Ürem, Müge:** *Eser Sözleşmesinden Erken Dönme, Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmesinin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK m. 473/I)*, İstanbul 2017, s. 9; **Akkurt, Sinan Sami:** *Türk*

emek ya da emekle birlikte malzeme kullanmak suretiyle meydana getirilen, ekonomik değeri olan, maddi ve maddi olmayan şeyler olarak da tanımlanabilir²²⁶. Bağımsız bir hukuki varlık olarak geçici ve gayrimaddi de olsa belirli bir şekilde ortaya çıkmayan ve bir bütün teşkil etmeyen insan emeği sonuçları bir eser sayılmamaktadır²²⁷.

Maddi eserler, çok değişik şekillerde ortaya çıkabilmektedir: Yüklenicinin meydana getireceği taşınır bir şey veya bir taşınmaz üzerinde inşa edilen yapı, var olan bir şey üzerinde meydana getirilen çalışmaların sonucu maddi eserdir. Gayrimaddi eserler ise, temel olarak fikri bir çalışmanın sonucu olarak ortaya çıkan ve maddi bir şeyde kendini göstermeyen eserlerdir.

Eser sözleşmesinin konusunu maddi olmayan nitelikte şeyler de oluşturduğundan gazete ilanı hazırlamak ve onu gazeteye koymak, satılan ürün için kullanım kılavuzu hazırlamak veya ona biçim vermek, herhangi bir yayın organında reklam yayınlamak²²⁸, belirli bir amaçla bilgisayar programı hazırlamak ve onu bilgisayara kurmak, fotoğraf veya film çekimi, tiyatro eserinin sahnelenmesi, mimarın proje plan çizmesi, bir eserin ısıtılmasını sağlamak gibi sonuçlar, geometrik ölçümler almak, eser kavramına dâhil olabilecektir²²⁹.

Özel Hukukunda İş Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 10, S. 2, 2008, s. 34; **Gümüş, M. Alper**: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, İstanbul 2014, s. 4; **Öz, M. Turgut**: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul 1989, s. 3; **Erdoğan, İhsan**: *İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörmeye Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 136; **Avcı, Ali**: *Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar*, TAAD, Y. 6, S. 21, Nisan 2015, s. 289; **Oser, Hugo / Schönerberger, Wilhem**: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band: Das Obligationenrecht*, 2. Teil, 2. Auflage, Zurich 1936, Art. 363 N. 2; **Tercier, Pierre / Favre, Pascal G.**: N. 4215; **Aral / Ayrancı**: s. 335; **Gauch, Peter**: *Der Werkvertrag*, 5. Auflage, Zürich 2011, N. 24; **Uçar, Ayhan**: *İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması*, AÜEHFD, s. 31; **Koller**: *Werkvertragsrecht*, N. 57; **Huguenin**: *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, N. 3121.

²²⁶ **Tandoğan, Haluk**: *İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayıredilmesi*, İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 314; **Erdem, Nafiz**: *Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları Özel Hükümler (md. 355-544)*, Adana 1990, s. 3; **Gauch, Peter / Carron, Benoit**: *Le contrat d'entreprise*, 1999, N. 24.

²²⁷ **Tandoğan**: *İstisna Akdi Kavramı*, s. 315; **Kürşat**: *Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu*, s. 148; **Zevkliler, Aydın / Gökyayla, K. Emre**: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 15. Bası, Ankara 2015, s. 491.

²²⁸ **Gürpınar, Damla**: *Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi*, İzmir 2006, s. 28; **Avcı**: *İstisna Sözleşmesinde Şekil*, s. 289.

²²⁹ **Şenocak, Zarife**: *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara 2002, s. 17; **Kürşat**: *Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu*, s. 149-150; **Huguenin**: *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, N. 3124.



Uyarı

Türk Borçlar Kanununda ifade edilen eser ile 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda ifade edilen eser kavramları aynı anlamı taşımamaktadır²³⁰. FSEK m. 1/B, a'da eser, "sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri" olarak tanımlanmıştır. FSEK açısından şeyin eser özelliği taşıması için sahibinin özelliklerini taşıması yanında fikir ve sanat mahsulü olması da gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu açısından ise şeyin eser olarak kabul edilebilmesi için sahibinin özelliklerini taşıması ve sanat mahsulü olması şartları aranmamaktadır²³¹.

b. Bir Eseri Meydana Getirme

Eser sözleşmesinde karakteristik edim, bir eserin meydana getirilmesidir²³². Meydana getirme, yüklenicinin, sözleşmede amaçlanan sonucu elde etmek için yaptığı ve belirli bir sürece yayılmış faaliyetlerini ifade eder²³³.

Yüklenicinin yükümlü olduğu eseri meydana getirme, nitelikli bir işgörme yükümlülüğüdür²³⁴. Bu işgörme yükümlülüğü, belirli bir sonuç sağlamalıdır²³⁵. İşgörme sonucu, yüklenicinin vaat ettiği edimin bir parçasını oluşturmaktadır.

Yükleniciden beklenen, belli bir faaliyette bulunması değil, bir eser meydana getirmesidir²³⁶. O, yalnızca bir işgörmeyi değil, bu işgörmenin sonucunu borçlanmaktadır²³⁷. Bununla birlikte iş görme, borçlanılan edimin unsurlarından birini teşkil etmektedir. Sözleşme ile yüklenilen eser, işgörmenin sonucunda oluşmaktadır. Yüklenici, borçlanılan eseri, sözleşme ile kararlaştırılan ve beklenen niteliklere göre ve ayıba karşı tekeffül hükümlerine uygun olarak meydana getirmeli ve teslim etmelidir²³⁸.

²³⁰ **Büyükay, Yusuf:** *Eser Sözleşmesi*, Ankara 2014, s. 34.

²³¹ **Kırmızı, Mustafa:** *Açıklamalı-İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Ankara 2014, s. 63.

²³² **Kurt, Leyla Müjde:** *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Ankara 2012, s. 35; **Gauch / Carron:** N. 14; **Chaix, François:** *Du contrat d'entreprise, Commentaire Romand Code des obligations I Art. 1-529 CO Commentaire (Thévenoz-Werro Editeurs)*, 2. édition, Bâle 2013. Art. 363 N. 2.

²³³ **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 45.

²³⁴ **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 2; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 18; **Ozanoğlu, Hasan Seçkin:** *İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları*, GÜHFD, Haziran-Aralık 1999, C. III, S. 1-2, s. 61.

²³⁵ **Koller, Alfred:** *Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Band VI. 2. Abteilung Die einzelnen Vertragverhältnisse 3. Teilband, 1. Unterteilband Der Werkvertrag Art. 363-366 OR*, Bern 1998, Art. 363 N. 54; **Gauch / Carron:** N. 14; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 2.

²³⁶ **Avcı:** *İstisna Sözleşmesinde Şekil*, s. 288.

²³⁷ **Seliçi, Özer:** *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978, s. 5; **Gauch / Carron:** N. 19; **Huguenin:** *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, N. 3122.

²³⁸ **Gauch / Carron:** N. 19.

Daha önce var olmayan yeni bir eserin bir iş görmeye dayalı olarak ortaya çıkarılması, bir eser meydana getirme olarak kabul edilir²³⁹. Meydana getirme kavramı çok daha geniş bir kavram olup yalnızca yeni bir eserin meydana getirilmesini kapsamamakta, bir eserin değiştirilmesine, esere yeni eklemeler yapılmasına, eserin onarımına, montajına, bakımına veya yok edilmesine iş görmeler de bir eser meydana getirme olarak kabul edilmektedir²⁴⁰. Örneğin bir şeyin boyanması, cilalanması, yıkanması, kitabın ciltlenmesi veya basılması, kilitli kalmış kapının açılması gibi durumlar da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir²⁴¹.

Uyarı



Bir eserin varlığını kabul için, iş sonucunun az veya çok özellik göstermesi veya ham madde karşısında az veya çok değerli olmasının bir önemi bulunmamaktadır²⁴². Meydana getirilmiş eserin tarafların anlaşması veya gündelik yaşamda yer alan görüşler açısından öncekinden farklı olması yeterlidir²⁴³.

TBK m. 470'de düzenlenmemiş olmasına rağmen, yüklenicinin yükümlülüğü yalnızca meydana getirme ile sınırlı değildir, aynı zamanda eserin teslim edilmesini de kapsamaktadır²⁴⁴. Yüklenicinin edim fiilini yerine getirmesi, edimin ifa edilmiş sayılması için yeterli değildir. Edim fiili, edim sonucunun elde edilmesi için zorunlu bir araçtır. Yüklenicinin eseri meydana getirmesinin yanı sıra sonuçtan da sorumlu olması eser sözleşmesini hizmet, vekâlet gibi diğer iş görme sözleşmelerinden de ayırmaktadır²⁴⁵.

²³⁹ **Gümüş:** *Borçlar Özel C. II (2014)*, s. 4.

²⁴⁰ **Eren, Fikret:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 594; **Seliçi:** *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 6; **Yavuz, Cevdet / Acar, Faruk / Özen, Burak:** *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 991; **Gümüş:** *Borçlar Özel C. II (2014)*, s. 4; **Erdem:** s. 5; **Tunçomağ, Kenan:** *Türk Borçlar Hukuku II. Cilt Özel Borç İlişkileri*, 3. Bası, İstanbul 1977, s. 955; **Tandoğan:** *İstisna Akdi Kavramı*, s. 320; **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 8; **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 45; **Erdoğan:** s. 138; **Kürşat:** *Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu*, s. 150; **Usta:** s. 3522; **Gautschi, Georg:** *Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht 2. Abteilung Die Einzelnen Vertragverhältnisse 3. Teilband Der Werkvertrag Artikel 363-379 OR*, Zweite Auflage, Bern 1967, Art. 363 N. 1b; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 2; **Dayınlarlı, Kemal:** *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü*, Ankara 2008, s. 10; **Şenocak:** *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 14; **Dirican, Gökhan:** *Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması*, İstanbul 2007, s. 7; **Özyörük:** s. 1; **Gürpınar:** s. 41; **Zevkililer / Gökyayla:** s. 492; **Huber, Felix / Schwender, Niklaus:** *OR Handkommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 2. Auflage, 2009, Art. 363 N. 1; **Huguenin:** *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, N. 3122.

²⁴¹ **Kürşat:** *Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu*, s. 150; **Şahin, Turan:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, Ankara 2012, s. 43.

²⁴² **Tandoğan:** *İstisna Akdi Kavramı*, s. 320; **Erdoğan:** s. 136.

²⁴³ **Tunçomağ:** *Özel Borç İlişkileri*, s. 955; **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 46.

²⁴⁴ **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 2.

²⁴⁵ **Zevkililer / Gökyayla:** s. 480; **Gauch / Carron:** N. 21; **Huguenin:** *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, N. 3133.

Uyarı

Her türlü insan faaliyeti belli bir amaç güttüğünden, her zaman yalnızca faaliyetin mi veya sonucun mu borçlandığını kesinlikle belirlemek kolay değildir. Bu sebeple, uygulamada diğer ayırtedici unsurlar önemli bir rol oynamaktadır. Vaadedilen edimin şahsi niteliği daha fazla ve taraflar arasındaki güven ilişkisi daha belirginleştirilmişse, sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin olarak, vekâlet sözleşmesi ile karşılaştırılması olasılığının daha yüksek olduğu söylenebilir²⁴⁶. Hizmet sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki farka gelince, hizmet sözleşmesinde iş görme ediminin yükümlüsü, yükümlülüğü sürekli bir borç ilişkisi niteliğinde olduğundan ve ücreti zamana göre değiştiğinden alacaklısına tabi durumda bulunmakta iken, eser sözleşmesinde böyle bir durum söz konusu olmamaktadır²⁴⁷.

c. Ücret

Eser sözleşmesinde karakteristik edim, yüklenicinin eser meydana getirme yükümlülüğüdür. Buna karşılık, iş sahibinin de belli bir ücret ödeme taahhüdünde bulunması gerekmektedir²⁴⁸. İş sahibinin ücret ödeme yükümlülüğü, bu şekilde eser sözleşmesinin esaslı bir unsurunu oluşturmaktadır²⁴⁹. Yüklenicinin sözleşmenin açık veya örtülü içeriğine göre bir karşılık talep etme hakkı olması yeterlidir²⁵⁰. Belirli bir emek sonucunun ivazsız olarak meydana getirileceği taahhüt edilmişse, bir görüşe göre²⁵¹, kural olarak bir eser sözleşmesinin değil vekâlet sözleşmesinin söz konusu olduğunu kabul etmek gerekmektedir²⁵². Ücret karşılığında ifa etmenin ifayı gerçekleştirecek olanın serbest iradesine bağlı olduğu sözleşmeler de, eser sözleşmesi niteliğinde değildir²⁵³.

²⁴⁶ **Gauch / Carron:** N. 22; **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 601.

²⁴⁷ **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 599; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 20; **Huguenin:** *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, N. 3137

²⁴⁸ **Ergezen, Muaz:** *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*, Ankara 2007, s. 34; **Dirican:** s. 8.

²⁴⁹ **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 3; **Galante, Matteo:** *La perte fortuite de l'ouvrage Etude analytique de conséquences juridiques de la perte fortuite d'ouvrage sur l'exécution du contrat d'entreprise (Art. 376 CO et 187-188 Norme SIA-118)*, Geneve 2002, s. 19; **Aral / Ayrancı:** s. 340; **Aydemir, Efrail:** *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Ankara 2009, s. 8; **Zindel, Gaudenz / Pulver, Urs:** *Der Werkvertrag, Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 OR (Honsell-Vogt-Wiegand (Hrsg.))*, 5. Auflage, Basel 2011, Art. 363 N. 4; **Gümüş:** *Borçlar Özel C. II (2014)*, s. 6; **Kocaağa, Köksal:** *İnşaat Sözleşmesi*, Ankara 2014, s. 63.

²⁵⁰ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 110; **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 43.

²⁵¹ **Bucher, Eugen:** *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage*, Zürich 1988, s. 211; bazı durumlarda isimsiz sözleşmenin söz konusu olabileceğine ilişkin bkz: **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 44.

²⁵² **Akkurt:** s. 37; **Ergezen:** s. 35; **Tunçomağ:** *Özel Borç İlişkileri*, s. 956; **Tandoğan:** *İstisna Akdi Kavramı*, s. 321; **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 43; **Koller:** Art. 363 N. 75; **Erdoğan:** s. 136; **Kürşat:** *Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu*, s. 154; **Gürpınar:** s. 26; **Usta:** s. 3525; **Duman, İlker:** *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul 2005, s. 29; **Dirican:** s. 8.

²⁵³ **Koller:** Art. 363 N. 52; **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 38; **Öz, Turgut:** *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, İstanbul 2012, s. 54.

Kanunda düzenleniş biçimine göre, yüklenicinin ücretinin verilmesi, iş sahibinin parasal edim yükümlülüğüdür²⁵⁴. Taraflar, başka bir ücret biçimi kararlaştırmışsa (arsa payının verilmesi gibi), yapılan sözleşme bir karma sözleşmedir²⁵⁵.

Uyarı



Eser sözleşmesine hazırlayıcı bazı çalışmalar yapılması, özellikle bir inşaat için plan yapılması ve keşif bedeli hesaplanması için açıkça ücret kararlaştırılmaması durumunda ücret talep edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. İleride inşaatı üzerine almayacak bir mimar veya mühendise, plan, proje, betonarme hesapları veya keşif bedeli hesabı yaptırılmışsa, sonradan bu plan, proje ve hesaplar uygulanmayacak olsa dahi ücret verilmesi gerektiği genellikle kabul edilmektedir²⁵⁶. Plan, proje ve hesaplar sonradan bunları uygulayacak yüklenici tarafından hazırlanmış ve inşaat için götürü bir ücret kararlaştırılmış ise, genellikle hazırlık çalışmalarının da bu ücrete dâhil olduğu görüşü kabul edilmektedir²⁵⁷.

Meydana getirilecek eser karşılığında verilecek olan ücretin taraflarca açık veya örtülü olarak belirlenmesi mümkündür²⁵⁸. Eser sözleşmesinde taraflar arasında ücret konusunda örtülü bir anlaşma olup olmadığına karar verebilmek için meydana gelen eser türüne ve tarafların amacına bakmak gerekmektedir²⁵⁹. Taraflar arasında eser karşılığında bir ücret ödeneceği sözleşmede belirtilmemiş olsa bile TBK m. 481 gereği uygun bir ücret ödenmesi gerekmektedir²⁶⁰. Yargıtay, ücretin eserin yapıldığı yıl piyasa rayiç fiyatlarına göre belirlenmesi gerektiği fikrini benimsemektedir²⁶¹.

²⁵⁴ Koller: *Werkvertragsrecht*, N. 45.

²⁵⁵ Koller: *Werkvertragsrecht*, N. 45; Gürpınar: s. 42; Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 65.

²⁵⁶ Tandoğan: *İstisna Akdi Kavramı*, s. 321; Tandoğan, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II İstisna (Eser) ve Vekâlet Sözleşmeleri Vekâletsiz İş Görme Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri*, İstanbul 2010, s. 25; Koller: Art. 363 N. 235.

²⁵⁷ Tandoğan: *İstisna Akdi Kavramı*, s. 322; Tandoğan: *Borçlar Özel C. II*, s. 25.

²⁵⁸ Erdem: s. 6; Altaş: *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 44; Tandoğan: *İstisna Akdi Kavramı*, s. 32; Yavuz / Acar / Özen: s. 992; Usta: s. 3525; Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 64; CR CO I-Chaix: Art. 363 N. 4.

²⁵⁹ Altaş: *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 44; Kürşat: *Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu*, s. 154.

²⁶⁰ Akkurt: s. 37; Şenocak: *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 7; Huber / Schwender: Art. 363 N. 211; Kürşat: *Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu*, s. 154.

²⁶¹ Y. 15. HD., T. 25.06.2013, E. 2013/2643, K. 2013/4143, Y. 15. HD., T. 16.04.2013, E. 2013/1331, K. 2013/2630 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).



Uyarı

Ücretin belli bir esasa göre belirlenmiş olması şart değildir²⁶². Belirlenebilir olması yeterlidir²⁶³. Tarafların iş sahibinin ücret edimini götürü veya yaklaşık çalışma saatlerine veya günlerine, ölçü veya ağırlığına göre ya da parça başına birim fiyat üzerinden hesaplanan bir ölçüye göre kararlaştırmaları mümkündür²⁶⁴.

Eser sözleşmesinde ücret belirlenmiş ancak bunun götürü veya yaklaşık mı olduğu belirtilmemişse, ücretin götürü ücret olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁶⁵. Yaklaşık ücretin varlığından söz edebilmek için, bunun tarafların iradesinden anlaşılması gerekmektedir.



Uyarı

Taraflar arasında yüklenicinin eser meydana getirme borcuna karşılık bir iş sahibinin ücret ödemeyi borçlandığı hususunda ispat yükü, yükleniciye aittir²⁶⁶. Bu konuda, eseri meydana getirmenin karşı edimi olarak bir ücret beklenebilen durumlarda daima bir ücretin zimnen kararlaştırıldığı hususunda bir fiili karine mevcuttur²⁶⁷. Bu karinenin aksini ispatlamak, iş sahibine düşmektedir²⁶⁸.

TBK m. 479/f. l'e göre, kural olarak bedel, eserin tamamlanarak teslim edilmesi üzerine toptan ödenmektedir. Ancak sözleşmeyle bunun aksinin kararlaştırılması mümkündür. Örneğin bedelin peşin ödeneceği, yapılan iş oranında avans ödemesi yapılacağı veya bedelin bir kısmının teslimden sonra ödeneceği kararlaştırılabilir²⁶⁹.

²⁶² **Yavuz / Acar / Özen:** s. 992; **Kaplan, İbrahim:** *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Ankara 2013, s. 53; **Kırmızı:** s. 78.

²⁶³ **Erdoğan:** s. 137; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 3.

²⁶⁴ **Ergezen:** s. 35; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 992; **Erdem:** s. 6; **Tunçomağ:** *Özel Borç İlişkileri*, s. 956; **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 44; **Engel, Pierre:** *Contrats de droit suisse Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 a 551 CO, ainsi que quelques contrats innommés*, 2e édition, Berne 2000, s. 434; **Tandoğan:** *İstisna Akdi Kavramı*, s. 323; **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 27.

²⁶⁵ **Usta:** s. 3526; **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 60.

²⁶⁶ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 112; **BSK OR I-Zindel / Pulver:** Art. 363 N. 4; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 4; **CHK - Hürlimann, Roland / Siegenthaler, Thomas:** *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft* (Herausgeber: Claire Huguenin, Markus Müller-Chen, Daniel Girsberger), 2. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2012, Art. 363 N. 4.

Y. 15. HD., T. 02.11.2010, E. 2010/5301, K. 2010/5914, "Davacı, davalıya ait aracı tamir ettiğini, ancak iş bedelinin ödenmediğini ileri sürerek davalı araç maliki aleyhine icra takibi başlatmıştır. İleri sürülen hukuki ilişki BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi niteliğindedir. BK'nın 364. maddesi uyarınca eser sözleşmelerinde yüklenici işi yapıp teslim ettiğini, iş sahibi ise iş bedelini ödemediğini kanıtlamakla yükümlüdür. Ne var ki somut olayda iş sahibi olduğu iddia edilen davalı akdi ilişkiyi inkâr etmiş, aracı tamir ettirmek üzere davacıya götürmediğini onunla bu hususta herhangi bir anlaşma yapmadığını savunmuştur. Bu durumda özellikle takip konusu alacağın tutarı da dikkate alındığında davacı yüklenicinin alacağının ve bu kapsamda öncelikle davalı ile akdi ilişki kurduğunu HUMK'un 288. ve devamı maddeleri gereğince yazılı delillerle kanıtlanması zorunludur..." (**Kırmızı:** s. 89).

²⁶⁷ **BSK OR I-Zindel / Pulver:** Art. 363 N. 5.

²⁶⁸ **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 4.

²⁶⁹ **Kocağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 65; **Uçar, Ayhan:** *İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları*, AÜEHFD, C. V, S. 1-4 (2001), s. 542 dpn. 97.

d. Tarafların Anlaşması

Eser sözleşmesinin bir diğer unsurunu taraflar arasındaki anlaşma oluşturmaktadır. Eser sözleşmesi, rızai bir akit olduğu için tarafların yüklenicinin ücret karşılığında bir eser meydana getireceği hususunda anlaşmış olmaları gerekir²⁷⁰. Taraflar iradelerini zımnen veya açık olarak ifade edebilirler²⁷¹. Taraflarca, sözleşmenin kurulması sırasında edim yükümlülüğünün kapsamını belirlemelerine gerek yoktur; ifa sırasında neyin edim olarak borçlanıldığının açıkça tespiti yeterlidir. Örtülü irade beyanlarıyla kurulmuş bir sözleşmenin varlığında, ücret, tarife üzerinden veya yapılan işin değerine ve yüklenicinin giderine göre belirlenecektir²⁷².

B. Sözleşmenin Tarafları

Eser sözleşmesinin tarafları, iş sahibi ve yüklenicidir²⁷³. Her iki tarafın da gerçek veya tüzel kişi olması mümkündür.

Sözleşme taraflarından biri tüketici sıfatını taşıyorsa, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uygulama alanı bulabilir. Tüketici işlemlerinde, Kanunun özellikle ayıplı hizmete ilişkin hükümleri göz önünde tutulmalıdır²⁷⁴.

1. Yüklenici

a. Genel Olarak

Yüklenici, bir eser meydana getirip, bu eseri teslim etmeyi borçlanan gerçek veya tüzel kişidir²⁷⁵.

Eseri teslim etmek, yüklenicinin ana borcudur. TBK m. 471 hükmü ile kural olarak borcun ifasının yüklenici tarafından yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

²⁷⁰ **Yakuppur, Sendi:** *Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları*, İstanbul 2009, s. 14; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 992; **Akkurt:** s. 38; **Tunçomağ:** *Özel Borç İlişkileri*, s. 958; **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 47; **Aral / Ayrancı:** s. 340; **Erdoğan:** s. 139; **Dirican:** s. 8; **Avcı:** *İstisna Sözleşmesinde Şekil*, s. 290; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 12; **Tercier / Favre:** N. 4324; **Schmid, Jörg / Stöckli, Hubert:** *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, Zürich-Basel-Genf 2010, N. 1689; **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 43.

²⁷¹ **Yavuz / Acar / Özen:** s. 993; **Gümüş:** *Borçlar Özel C. II (2014)*, s. 7; **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 595; **Erdem:** s. 8; **Yakuppur:** s. 15; **Erdoğan:** s. 137.

²⁷² **Yavuz / Acar / Özen:** s. 993.

²⁷³ **Gauch / Carron:** N. 10; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 985.

²⁷⁴ **Zevkililer / Gökyayla:** s. 488.

²⁷⁵ **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 10; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 986; **Usta:** s. 3547; **Bühler, Theodor:** *Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht (Zürcher Kommentar)*, Bd. V/2d, *Der Werkvertrag*, Art. 363-379 OR, Zürich 1998, Art. 363 N. 69; **Zevkililer / Gökyayla:** s. 499.

Diğer bir deyişle, yüklenicinin kişiliğinin önem taşıdığı durumlarda, eseri bizzat meydana getirme yükümlülüğü doğmaktadır²⁷⁶. Bu hüküm emredici nitelikte olmayıp, tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür²⁷⁷. TBK m. 486'ya göre, eser sözleşmesinin yüklenicinin şahsı göz önüne alınarak yapılması durumunda, yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın aciz haline düşmesi durumlarında sözleşme sona erecektir.



Uyarı

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde rastlanılan müşavir mühendisler, eser sözleşmesinin tarafı değildir. Müşavir mühendis ile iş sahibi arasında genellikle vekâlet sözleşmesi niteliğinde bir sözleşme olmakla birlikte, yüklenici bu sözleşmenin tarafı değildir²⁷⁸.

b. Alt Yüklenici

Alt yüklenici, asıl yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun ifasını kendi adına ve hesabına yaptığı bir eser sözleşmesiyle ona bıraktığı kendi hesabına çalışan bir yardımcı kişidir²⁷⁹.

Alt eser sözleşmesinde, asıl yüklenici, iş sahibi için gerçekleştirmeyi taahhüt ettiği işin tamamını veya bir kısmını bir alt yükleniciye devretmektedir²⁸⁰. Bu sözleşme, yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılan ve asıl yüklenici ve iş sahibi arasındaki eser sözleşmesinden bağımsız bir sözleşmedir²⁸¹. Asıl sözleşmenin geçersizliği veya feshinin alt eser sözleşmesinin geçerliliğine bir etkisi bulunmamaktadır. Asıl yüklenicinin hangi durumlarda alt yükleniciye başvurabileceği somut olayın özelliklerine göre değişebilmektedir.

Alt yüklenicinin yükümlülük altına girdiği edimin içeriği, yüklenici ile yapılan sözleşmeye göre belirlenmektedir²⁸². Kural olarak yüklenici ile alt yüklenici

²⁷⁶ Usta: s. 3547.

²⁷⁷ Usta: s. 3547; Zevkililer / Gökyayla: s. 532.

²⁷⁸ Zevkililer / Gökyayla: s. 501.

²⁷⁹ Tandoğan: *Borçlar Özel C. II*, s. 77; Yavuz / Acar / Özen: s. 1010; Tandoğan, Haluk: *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)*, Batider, Prof. Dr. Hikmet Belbez'in Hatırasına Armağan, Aralık 1986, C. XIII, S. 3-4, s. 64; Gauch / Carron: N. 137; Aral/Ayrancı: s. 346; Eren: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 607.

²⁸⁰ Eren: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 610; Bettschart, Sébastien: *La résiliation des contrats de construction*, JDC 2009, s. 123.

²⁸¹ Eren: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 612; Gauch / Carron: N. 145; Yavuz / Acar / Özen: s. 1011; Zevkililer / Gökyayla: s. 536; Huber / Schwender: Art. 363 N. 5; CR CO I-Chaix: Art. 363 N. 37; aynı yönde bkz: Tandoğan: *Alt Müteahhit*, s. 70.

²⁸² Tandoğan: *Borçlar Özel C. II*, s. 83; CR CO I-Chaix: Art. 363 N. 36; Tandoğan: *Alt Müteahhit*, s. 70.

arasındaki borç ilişkisi, bu eser sözleşmesi ile düzenlenmektedir. Alt yüklenici ile asıl yükleniciyle sözleşme akdeden iş sahibi arasında eser sözleşmesinden kaynaklı hiçbir hukuki ilişki bulunmamaktadır²⁸³. Alt yüklenici, asıl yükleniciyle yapılan eser sözleşmesi ile bağlıdır.

İş sahibinin, kural olarak alt yükleniciye talimat vermek, işin yerine getirilmesini istemek gibi bir hakkı bulunmamaktadır²⁸⁴. Alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki sözleşmeye dayanarak iş sahibi, alt yükleniciden talepte bulunamayacaktır²⁸⁵. Genel olarak, alt yüklenici, iş sahibine karşı sözleşmeden kaynaklı hiçbir yükümlülük altına girmemektedir²⁸⁶. İş sahibi, ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan veya yan yükümlülüklerinin ihlalden doğan zararları ancak haksız fiil hükümlerine dayanarak alt yükleniciye karşı ileri sürebilir²⁸⁷. Alt yüklenici, yüklenici tarafından kendisine verilen işleri yapacağı ve ayıpsız yapacağı hususunda doğrudan doğruya iş sahibine karşı taahhüt altına girmişse veya alt yüklenicilik sözleşmesinin TBK m. 129/f. II anlamında tam üçüncü kişi lehine bir sözleşme niteliği taşıması durumunda iş sahibi doğrudan doğruya alt yükleniciye karşı sözleşmeye dayanan haklar ileri sürebilir²⁸⁸.

Alt eser sözleşmesinin akdedilmesinin asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki eser sözleşmesine hukuki anlamda bağlı olmamasından dolayı alt yüklenici ne iş sahibinden ücret talep edebilir ne de sözleşmeye dayalı bir talep ileri sürebilir²⁸⁹.

²⁸³ **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 40; **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 84; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1012; **Zevkililer / Gökyayla:** s. 536.

²⁸⁴ **Aral / Ayrancı:** s. 347; **Tandoğan:** *Alt Müteahhit*, s. 71; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1013.

²⁸⁵ **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 612; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 33; **Usta:** s. 3551; **Gauch / Carron:** N. 163.

²⁸⁶ **Gauch / Carron:** N. 163; **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 84.

²⁸⁷ **Aral / Ayrancı:** s. 347; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 40.

²⁸⁸ **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 33; **Tandoğan:** *Alt Müteahhit*, s. 72; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 41; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1013; **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 85.

²⁸⁹ **Gauch / Carron:** N. 173; **Aral / Ayrancı:** s. 348; **Tandoğan:** *Alt Müteahhit*, s. 75; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 43; **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 88; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1014; **Erişen:** *Alt Müteahhitlik Sözleşmesi*, Ankara 2011, s. 22.

Uyarı

Asıl iş sahibinin önceden veya sonradan ilk yüklenicinin alt yükleniciye olan ücret borcundan müteselsilen sorumlu tutulmayı kabul etmiş olması veya asıl iş sahibinin ilk yüklenici tarafından ücret borcunun ödeneceği hususunda alt yükleniciye kefalet veya garanti vermesi hallerinde, alt yüklenici ücret alacağı için doğrudan doğruya iş sahibine başvurabilir²⁹⁰. Buna karşılık, alt yüklenici, iş sahibinin arsası üzerinde bir yapı alacaklısı ipoteği tesis ettirme olanağına sahiptir²⁹¹. Yapı alacaklısı ipoteğinin tescili, ne alt yükleniciye başvurulmasının caiz olmasına ne de iş sahibinin bu müdahaleden haberi olmasına bağlıdır²⁹². Bu hak, iş sahibinin asıl yükleniciye tamamen ödeme yaptığında veya asıl yüklenici lehine bir yapı alacaklısı ipoteği tescil edilmiş olması halinde de var olmaktadır. İş sahibi, alt yüklenicinin tescil ettirdiği ipotek dolayısıyla, yalnız taşınmaz ile ve ipotek tutarına kadar sorumlu olup, ayrıca diğer malvarlığı ile sorumlu değildir²⁹³.

c. Genel Yüklenici

Yüklenici, eserin tamamını yapmayı üstlenebileceği gibi, bir kısmını da yapmayı üstlenebilir. Eserin tamamını yapıp teslim borcu altına giren yükleniciye, genel yüklenici adı verilmektedir²⁹⁴. Genel yüklenici yalnız inşaatın yapımını üstlenmekte, eserin plan ve projesi iş sahibi tarafından verilmektedir²⁹⁵. Genel yüklenici, genellikle birçok farklı kuruluşa devredilmiş bir eser meydana getirmeyi üstlenmektedir.

Genel yüklenici, iş sahibi tarafından sağlanan bir proje çerçevesinde belli bir öneme sahip bir eserin bütününe ifa etmeyi yükümlenir. Kural olarak, genel yüklenici, edimini götürü bedellere göre sunmaktadır. Çoğu kez kendisine bırakılan işlerin bir kısmını kendi başına ifa eder ve kalanını alt yüklenicilere bırakır²⁹⁶. Çalışmaların devredilmesiyle koordinasyon sağlama problemi, iş sahibinden genel yükleniciye geçmektedir.

²⁹⁰ Aral / Ayrancı: s. 348; Tandoğan: *Borçlar Özel C. II*, s. 88; CR CO I-Chaix: Art. 363 N. 38.

²⁹¹ Tandoğan: *Alt Müteahhit*, s. 76; Yavuz / Acar / Özen: s. 1014; CR CO I-Chaix: Art. 363 N. 43.

²⁹² CR CO I-Chaix: Art. 363 N. 43; Tandoğan: *Alt Müteahhit*, s. 76.

²⁹³ Tandoğan: *Alt Müteahhit*, s. 76.

²⁹⁴ Eren: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 606; Seliçi: *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 16; Kocağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 31; Kuonen: s. 6.

²⁹⁵ Kocağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 31; Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 124; Eren: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 606.

²⁹⁶ Eren: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 607; Gauch / Carron, N. 224.

Uyarı

İş sahibi, karşısında eserin tümünden sorumlu bir tek kişi görmek istiyorsa bir genel yüklenicilik sözleşmesiyle eserin meydana getirilmesi işini anahtar teslimi verme yoluna gidecektir. Çoğu zaman eserin tamamının yapılmamasından sorumluluğu yüklenilecek bir genel yüklenici bulunması mümkündür. Fakat özellikle inşaat sözleşmelerinde, inşaattaki bütün kısmi inşaat işlerini kendi yönetim denetim ve mesleki bilgisi altında yürütebilecek şekilde işletmesini düzenlemiş bir yüklenici bulması zordur. İnşaat tekniğindeki gelişmeler, inşaatın belirli işlerinde uzmanlaşmayı gerektirmekte ve işletmeler bu uzmanlık alanlarının hepsini kapsayıcı tarzda gerek uzman personel, gerek mali verimlilik gerekçeleri ile devamlı bir organizasyona gitmemektedirler. Bu şekilde inşaat işletmesi belirli bir veya birkaç inşaat konusunda örgütlenmiş bir işletme olarak görünmektedir. İnşaat sektöründe kaçınılmaz görünen bu gerçek durumun inşaat maliki ile genel yüklenici arasındaki hukuki ilişkide de göz önünde tutulması gerekir. İnşaat sahibi, inşaat işini genel bir yükleniciye verirken, işin niteliği gereği genel yüklenicinin kendi uzmanlığı dışında kalan işleri alt yüklenicilere devredeceğini düşünmelidir²⁹⁷.

d. Anahtar Teslim Yüklenici

Genel yüklenici sözleşmesinde yüklenicinin edimi eserin meydana getirilmesi ile sınırlanmışken, anahtar teslim yüklenici ek olarak eserin projesinin hazırlanmasını da üstlenmektedir²⁹⁸. Bu durum hariç, anahtar teslim yüklenici, genel yüklenicinin bütün özelliklerine sahiptir. Diğer bir deyişle, anahtar teslim yüklenici, proje ile yükümlü genel bir yüklenicidir²⁹⁹.

Anahtar teslim yüklenici ile iş sahibi arasındaki anahtar teslim sözleşmesi, bir eser sözleşmesidir. Anahtar teslim yüklenici, bütün işleri bir alt yükleniciye verdiği de sözleşmenin niteliği değişmemektedir³⁰⁰.

İş sahibi, anahtar teslimli yükleniciyi sözleşmenin kurulması sırasında var olan bir proje temel alınarak yapım işlemlerini yürütmekle görevlendirmektedir. Anahtar teslimli yüklenicinin kendi girişimiyle projeyi hazırlaması, bir ihale vesilesiyle sunması veya özel bir plan temelinde gerçekleştirmesinin bir önemi bulunmamaktadır. Son ihtimalde ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir: bir tarafta bir eser sözleşmesi niteliğinde olan plan sözleşmesi ve diğer tarafta anahtar teslimli eser sözleşmesi³⁰¹.

²⁹⁷ Selçik: *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 31-32.

²⁹⁸ Eren: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 607; Kocağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 31; Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 124.

²⁹⁹ Gauch / Carron: N. 233.

³⁰⁰ Gauch: *Werkvertrag*, N. 235.

³⁰¹ Gauch / Carron: N. 236.

2. İş Sahibi

İş sahibi, bir eserin meydana getirilmesini yükleniciye bırakan gerçek veya tüzel kişidir³⁰².

İnşaat işlerinde, iş sahibinin işlerin yürütülmesi için genellikle bir mimar veya mühendis görevlendirmesiyle sıklıkla karşılaşmaktadır³⁰³. İş sahibi tarafından görevlendirilen bu mimar veya mühendisler danışman mühendis adı verilmektedir³⁰⁴. İş sahibi ile bu kişi arasındaki ilişki, genellikle vekâlet sözleşmesine dayanmaktadır³⁰⁵.

C. Şekli

Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinde şekle ait bir düzenleme yoktur³⁰⁶. Eser sözleşmesi, hiçbir şekle bağlı olmayıp, örtülü irade beyanıyla dahi kurulabilir³⁰⁷. Tarafların TBK m. 17'ye göre sözleşmenin geçerliliğini yazılı veya resmi şekle bağlı kılmalarında bir engel yoktur³⁰⁸.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 1. maddesinde; genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütüleceği belirtilmiştir. Kanunun 57. maddesinde ise bu kanun kapsamında yapılacak eser sözleşmelerinde, sözleşme yapılması gerekli olan hallerde yüklenici veya müşterinin 31. maddeye göre onaylanan ihale kararının veya Maliye Bakanlığı'nın vizesi gereken hallerde bu vizenin yapıldığının bildirilmesini izleyen günden itibaren 15 gün içinde geçici teminatı kesin teminata çevirerek noterlikçe tescil edilmiş sözleşmeyi idare vermek zorunda olduğu belirtilmiştir. Yüklenicinin idareye vermesi gereken sözleşme, noterlikçe onaylanmış bir sözleşme olmalıdır³⁰⁹.

³⁰² **Yavuz / Acar / Özen:** s. 985.

³⁰³ **Gauch / Carron:** N. 240; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 985; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 11.

³⁰⁴ **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 32.

³⁰⁵ **Tercier / Favre:** N. 4314; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 985.

³⁰⁶ **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 596; **Aral / Ayrancı:** s. 341; **Avcı:** *İstisna Sözleşmesinde Şekil*, s. 299.

³⁰⁷ **Ergezen:** s. 37; **Yakuppur:** s. 14; **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 47; **Aral / Ayrancı:** s. 341; **Erdoğan:** s. 137; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 14; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 67; **Kaplan, İbrahim:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer*, 3. Tıpkı Basım, Ankara 2001, s. 123; **Koller:** Art. 363 N. 240; **Tercier / Favre:** N. 4357.

³⁰⁸ **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 598.

³⁰⁹ **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 598; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 993; **Avcı:** *İstisna Sözleşmesinde Şekil*, s. 300; **Aral / Ayrancı:** s. 341.

4733 sayılı Kanun kapsamında kalan eser sözleşmelerinde ise, idarece hazırlanan yazılı metnin yüklenici tarafından imzalanması, diğer yandan yüklenici bir ortak girişim ise sözleşmenin ortak girişimin tüm ortakları tarafından imzalanması gerekliliği kabul edilmiştir. Kanunun burada aradığı şekil, yazılı şekildir³¹⁰. İhale dokümanında sözleşmenin notere onaylattırılması şartı getirilirse, kabul edilen şekil resmi şekil haline gelmektedir.

Eser sözleşmesinin eser meydana getirme unsurunun diğer bir sözleşmeye ait unsurla bir araya getirilmesiyle oluşturulan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi karma sözleşmelerde diğer sözleşme için aranan geçerlilik şekli, karma sözleşme için de gerekli geçerlilik şeklini oluşturur³¹¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde bu şekil, resmi şekildir³¹². Sözleşmeye resmiyet verecek olan makam, kural olarak tapu sicil müdürlükleridir³¹³ (TMK m. 706, Tapu Kanunu m. 26). Yargıtay'ın vermiş olduğu 1978 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda³¹⁴, noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaatlerinin geçerli olduğu, bu şekilde satış vaadi sözleşmesinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu olmadığı belirtilmiştir.

Uyarı



Taraflar, sözleşmeyi noter dışında düzenleyip notere yalnızca sözleşmenin altındaki imzanın tasdiki için getirirlerse bu onaylama, sözleşmenin içeriğini kapsayamayacağından, bu şekilde yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri geçersiz olacaktır³¹⁵.

Gerekli şekle uyulmadan yapılan ve bu yüzden geçersiz olan sözleşmeye rağmen, taraflar edim borçlarını yerine getirmişlerse, sonradan sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırı düşer ve sözleşme geçerli imiş gibi hareket edilir³¹⁶.

³¹⁰ **Avcı:** *İstisna Sözleşmesinde Şekil*, s. 302.

³¹¹ **Gümüş:** *Borçlar Özel C. II* (2014), s. 7; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 15; **Schmid / Stöckli:** N. 1692; **Avcı:** *İstisna Sözleşmesinde Şekil*, s. 303; **Tercier / Favre:** N. 4359.

³¹² **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 596; **Seliçi:** *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 15; **Filinte, Nurettin / Pişkinpaşa, Duygu:** *Yargıtay Kararları Işığında Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İBD, C. 84, S. 3, Yıl 2010, s. 1480.

³¹³ **Avcı:** *İstisna Sözleşmesinde Şekil*, s. 304; **Kırca:** s. 81.

³¹⁴ İçBK. 24.04.1978. E.3 K. 4 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³¹⁵ **Avcı:** *İstisna Sözleşmesinde Şekil*, s. 305; **Aral / Ayrancı:** s. 342.

³¹⁶ **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 597; **Seliçi:** *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 15; **Avcı:** *İstisna Sözleşmesinde Şekil*, s. 306; **Filinte / Pişkinpaşa:** s. 1480; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 68.

Y. 15. HD, T. 1.7.2008, E. 2008/3136, K. 2008 4431 "Dava kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesi uyarınca davacının kooperatif üyeliğinin tesciline, çekilen kurada üye olarak isabet eden dairenin aidiyetinin tespiline ilişkin olup 27.02.2006 tarihli islah dilekçesi ile netice-i talep hisse karşılığı yapılan mukaveledeki dairenin teslimi veya mukaveleyle devredilen arsa payının teslimi talep edilmiştir. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda davanın reddine dair verilen karar davacı vekilince temyiz edilmiştir.

D. Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

Eser sözleşmesi, ivazlı, şekle tabi olmayan, rızai nitelikte³¹⁷, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir³¹⁸. Eser sözleşmesi, yüklenici ve iş sahibinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur³¹⁹. Yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim borcu, iş sahibinin ücret ödeme borcu ile değişim ilişkisi içerisinde³²⁰.

Eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşme niteliği göstermektedir. Eser sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en önemli kıstas, yüklenicinin sonuç sorumluluğunun söz konusu olmasıdır. Her ne kadar, yüklenicinin bu sonucu elde etmek için belirli bir süre faaliyette bulunması gerekse de, alacaklı iş sahibi açısından asıl önemli olan eserin teslim edilmesidir. Ancak bu şekilde, o, sözleşmeden beklediği menfaati elde etmiş olacaktır. Eser sözleşmesi kapsamında öngörülmüş olan yüklenicinin ayıba karşı tekeffül hükümleri de, yüklenicinin sonuç sorumluluğunu tamamlamaktadır. Yüklenici, ayıba karşı tekeffül hükümleri çerçevesinde,

Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde arsa sahibi taşınmazdaki bir bölüm mülkiyeti yükleniciye geçirmek vaadinde bulunduğundan sözleşmenin resmi şekilde yapılması BK'nın 213, TMK'nun 706, Noterlik Kanunu'nun 60 ve Tapu Kanunu'nun 26. maddesi gereğince geçerlilik koşuluudur. Ancak sözleşme adi yazılı şekilde yapılmış olsa bile yüklenici edimini tamamen veya red olunamayacak oranda yerine getirmişse sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi TMK'nun 2. maddesinde ifadesini bulan "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" kuralına aykırı düşer.

Bu halde mahkemece dava konusu taşınmazda yapılan imalat ile ilgili belediye işlem dosyası ile inşaat ruhsatı ve projeler celp edilerek uzman bilirkişi kurulu marifetiyle mahallinde yapılacak keşif ile davacının paydaş olduğu taşınmazda inşaat yapılıp yapılmadığının, davalı kooperatifin adi yazılı olarak düzenlenmiş olması sebebiyle geçersiz dahi olsa davacı ile imzaladığı sözleşmede yükümlendiği edimini tamamen veya red olunamayacak derecede yerine getirip getirmediği saptanıp, bunun sonucu olarak sözleşmenin geçerli hale gelip gelmediği, sözleşme geçerli hale gelmiş ise sözleşme uyarınca davacıya verilmesi gereken bağımsız bölüm ve arsa payı konusunda bilirkişi kurulundan rapor alınarak davacının ıslah ile değiştirildiği talebi de gözönünde tutulmak, davacı konusunun nisbi harca tabi olması nedeniyle davacıya dava değeri açıklattırılıp noksan harç da tamamlattırılmak suretiyle davanın sonuçlandırılması gerekirken ek-sik inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur..." (Kostakoğlu, Cengiz: İċtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2015, s.96); aynı yönde bkz: Y. 15. HD., T. 22.6.2006, E. 2006/3112, K. 2006/3189 (Kazancı İċtihat Bilgi Bankası).

³¹⁷ **Büyükkay:** Eser Sözleşmesi, s. 42.

³¹⁸ **Eren:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 584; **Baygın, Cem:** Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 19; **Gauch / Carron:** N. 7; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 994; **CR CO I-Chaix:** Art. 363 N. 6; **Bucher:** BT, s. 201; **Altaş:** Eserin Teslimden Önce Telef Olması, s. 48; **Kurt:** Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, s. 45; **Şenocak:** Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, s. 5; **Büyükkay:** Eser Sözleşmesi, s. 42; **Gürpınar:** s. 17; **Dirican:** s. 5.

³¹⁹ **Kurt:** Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, s. 45; **Usta:** s. 3530.

³²⁰ **Gümüş:** Borçlar Özel C. II (2014), s. 2.

sözleşmede kararlaştırılan veya o eserde bulunması gerekli niteliklere sahip bir eseri iş sahibine teslim etmektedir. Bu da, eser sözleşmesinde yüklenicinin bir sonucu elde etmek için belli bir süre faaliyette bulunması değil, bu faaliyetin sonunda belirli bir sonucu elde etmesine Kanun Koyucunun özel bir önem verdiğini göstermektedir. Ancak bu şekilde, yüklenicinin eser sözleşmesinin doğan iş görme borcunu gereği gibi ifa ettiğinden söz etmek mümkün olabilecektir.

Bununla birlikte Kanun Koyucu tarafından yüklenicinin iş görme borcunu ifa ederken gösterdiği çabanın tamamen gözardı edildiği de söylenemez. Her ne kadar eser sözleşmesinde iş sahibinin edime olan menfaati teslimle gerçekleşecekse de, eserin meydana getirilmesi aşamasında yüklenicinin iş görme borcunu ifasına ilişkin bir takım özel hükümler getirilmiştir. Bu hükümlerin bir kısmı, yüklenicinin iş görme borcunu yerine getirirken sözleşmeye aykırı davranışlarda bulunması durumunda iş sahibini korur iken (TBK m. 473 f. I ve II gibi), bir kısmı ise eser sözleşmesinin ifa ile sona ermesinden önce iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda yükleniciyi koruyan (TBK m. 482/f. II, TBK m. 484 gibi) hükümlerdir. Bu hükümlere biraz daha yakından bakıldığında sürekli borç ilişkisine özgü nitelikler taşıdığı görülmektedir. Kanun Koyucunun böyle bir düzenleme getirmesindeki amaç, eser sözleşmesinin vaktinden önce sona ermesi halinde yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan bedeli elde etmesi söz konusu olmasa da, onun mümkün mertebe zarar görmesini önlemektedir. Sürekli borç ilişkilerinin sona ermesi durumunda ifa edilen kısım ile orantılı olarak sözleşmeden kaynaklanan taleplerin ileri sürülmesi olanağı yükleniciye tanınarak eser sözleşmesi tarafları arası menfaat dengesi mümkün olduğu ölçüde sağlanmaya çalışılmaktadır. Kanun Koyucunun özel hükümler öngörmesinin altında yatan mantık budur. Yalnız, getirilen bu hükümler ile eser sözleşmesinin ani-sürekli karmaşığı bir sözleşme niteliğinde olduğunu ileri sürmek de mümkün gözükmemektedir. Eser sözleşmesi temelde ani edimli bir sözleşme niteliğinde olmakla birlikte, bazı özel durumların varlığı halinde sürekli borç ilişkisine özgü kuralları barındırabilmektedir.

Eser sözleşmesini düzenleyen kurallar arasında sürekli sözleşme ilişkisine özgü kuralların bulunması, yüklenicinin iş görme faaliyetlerinin zahmetli ve masraflı olabileceği karşısında onu bir ölçüde himaye etmekten başka bir anlam taşımamaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi Kanun Koyucu, eser sözleşmesini ani edimli bir sözleşme olarak kabul ettiği için yükleniciyi bazı durumlarda korumak için bu özel hükümleri getirme zorunluluğu hissetmiştir³²¹.

³²¹ Öz: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 21.

E. Yüklenicinin Borçları

1. Yüklenicinin Eseri Meydana Getirme ve Teslim Borcu

a. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirme borcunu tam olarak ifa etmiş olması için eseri iş sahibine teslim etmesi gerekmektedir³²². Diğer bir deyişle, eser sözleşmesinde yüklenicinin bir eser meydana getirme borcu teslim borcunun yerine getirilmesi anında tam olarak ifa edilmiş olmaktadır³²³.

Yüklenici, eseri yapmakla borcunu ifa etmiş olmayıp, ayrıca meydana getirmiş olduğu eseri iş sahibine teslim etmesi gerekmektedir. İş sahibinin borcun ifasına olan menfaati tamamlanan eserin kendisine teslimiyle gerçekleşir.



Teslim, sözleşmeye uygun olarak meydana getirilen eserin, yüklenici tarafından iş sahibine ifa olarak arzedilmesi, onun fiili egemenliğine geçirilmesidir.

Yüklenicinin bu borcunu yerine getirmiş olması için, meydana getirdiği eseri, ifa amacı ile iş sahibinin emrine vermiş olması ve iş sahibinin eser üzerindeki dolaysız zilyetliğini sağlamış olması gerekir³²⁴. Eser sözleşmesinin konusu bir eserin meydana getirilmesi değil de var olan bir eserin onarılması ise teslim, iş sahibinin eşyası üzerindeki dolaysız zilyetliğinin rahatsız edilmeden tekrar kullanılabilmesini tekrar sağlama anlamını taşır³²⁵.

Eserin teslim edilebilmesi için, bunun tamamlanmış olması gerekir. Eserin tamamlanması, sözleşmede öngörülen işlerin tamamen yapılmasıyla gerçekleşir. Sözleşmede kararlaştırılan bütün işler yapıp eser tamamlanmadığı sürece, iş sahibi eseri fiilen teslim olsa bile hukuki anlamda teslim edilmiş sayılmaz ve dolayısıyla ayıp sebebiyle sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmaz.

Eserde önemsiz eksiklikler bulunması durumunda, teslimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belirlenmesi önem taşımaktadır. Eserdeki önemsiz eksiklikler bu eserin iş sahibi tarafından hukuki anlamda teslim alınmasını, yani ifanın gerçekleşmesini engellemez, bu tür eksikliklere rağmen yüklenicinin tes-

³²² **Yeniocak, Umut:** *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi (Arsa Satışı Gelir Paylaşımı)*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2014, s. 65; **Tercier/Favre:** N. 4409.

³²³ **Yeniocak:** s. 65.

³²⁴ **Yeniocak:** s. 65; **Huguenin:** *Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil*, N. 3138.

³²⁵ **Akkurt:** s. 43; **Koller:** Art. 363 N. 351; **Gautschi:** Art. 363 N. 5b.

lim iradesi tek başına teslimin ve dolayısıyla ifanın gerçekleşmesi için yeterlidir³²⁶. İnşaatın tamamına oranla çok küçük bir kısmı eksik ise, yüklenicinin teslim ve dolayısıyla ifa iradesini açık veya örtülü olarak ortaya koymasından sonra somut olayın özellikleri, eksik kalan işlerin niteliği ve miktarı göz önünde tutulduğunda iş sahibinin eseri ifa olarak kabul etmesinin dürüstlük kurallarına göre kendisinden beklendiği hallerde, artık teslimin ve dolayısıyla ifanın, bildirimle gerçekleştiği kabul edilmelidir.

İş sahibi, tamamlanmış eseri yüklenicinin bildirimini beklemeksizin kullanmaya başlamışsa, bildirim yapılmadığını ileri sürerek teslimin hukuki sonuçlarından kurtulamaz. Ancak, bunun için eserin yapımıyla ilgili bütün işlerin tamamlanmış olması gerekir.

b. Eseri Teslimde Temerrüt

Yüklenicinin eseri tamamlamaması veya eseri tamamlamakla birlikte teslimde gecikmesi, yüklenicinin temerrüdüne yol açmaktadır. Türk Borçlar Kanununa göre, borçlunun temerrüde düşürülmesi için, ilk olarak borcun muaccel olması gerekmektedir³²⁷. Eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edimi, sözleşmede belirlenen eseri tamamlamak ve iş sahibine teslim etmektir³²⁸.



Uyarı

Teslim borcu genellikle, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine göre tamamlanan eserin iş sahibine ya da onun yetkilendirdiği temsilcisine usulüne uygun bir şekilde sunulup verilmesi, eser üzerinde onların doğrudan doğruya zilyet olmalarının sağlanmasıyla ifa edilmektedir. Yeniden meydana getirilen veya inşa edilen taşınır eserlere ilişkin teslim borcu bu şekilde ifa edilmektedir. Eser sözleşmesinin konusunun taşınmaz yapı inşasının olduğu ve taşınmazın inşasının iş sahibinin arsasının üzerinde yapıldığı durumlarda, kural olarak, yüklenici tarafından eserin tamamlandığının açık veya üstü kapalı bir biçimde iş sahibine bildirilmesi üzerine, iş sahibinin yükleniciye ait olan bu yükümlülüğün onun tarafından yerine getirilmiş olduğuna dair kabul beyanı ile teslim gerçekleşmiş olur. Eserin maddi olmayan çalışma sonuçlarından ibaret olduğu durumlarda, bunlar üzerinde devamlı olarak biçimlendiği şeyin iş sahibine verilmesiyle teslim borcu yerine getirilmiş olur.

³²⁶ **Şahiniz, Cevdet Salih:** *Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, İstanbul 2014, s. 64.

³²⁷ **Atamulu, İsmail:** *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Ankara 2014, s. 90; **Koller:** Art. 366 N. 102.

³²⁸ **Yener, Mehmet Deniz:** *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*, İstanbul 2011, s. 9; **Zevkililer / Gökyayla:** s. 513; **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı*, s. 538.

Teslim borcunun muaccel olması, zaman itibariyle iş sahibinin tamamlanmış olan eserin teslimini talep edebilmesidir³²⁹. Taraflar aralarında yapacakları bir anlaşma ile teslim borcunun ne zaman muaccel olacağını kararlaştırabilirler³³⁰. Sözleşmede vade belirlenmemiş ise bu durumda TBK m. 90 hükmünün uygulanması gerekmektedir. Bu hükme göre vade belirlenmediği ve işin niteliğinden de anlaşılmadığı takdirde borcun ifası derhal talep edilebilir. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin eseri tamamlayıp teslim etmesi, işin niteliği gereği, mutlaka hazırlık çalışması ve zaman gerektirdiğinden, yüklenicinin borcu sözleşme yapılır yapılmaz muaccel olmayacaktır. Sözleşme kurulduktan sonra eserin tamamlanması için gereken makul bir sürenin geçmesi üzerine ifa istenebilecek, ancak bu sürenin dolması üzerine yüklenicinin borcu muaccel olabilecektir³³¹.

Sözleşmede teslim yerine, eserin tamamlanması için muacceliyet zamanı, diğer bir ifadeyle eser meydana getirme süresi kararlaştırılmış olabilir³³². Eser sözleşmesinde, eserin yalnızca tamamlanma tarihi belirtilmişse, eserin meydana getirilmesi borcu, sözleşmede kararlaştırılan tarihte muaccel olacaktır³³³. Eserin tamamlanması için tarafların bir süre veya vade kararlaştırmış olmaları durumunda, eserin belirlenen zamanda tamamlanmamış olması, diğer koşulların da bulunması halinde yüklenicinin temerrüdü sonucunu doğurur³³⁴.

Taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece eser, sözleşmede öngörülen sürede tamamlanmak zorundadır. Bu nedenle, sözleşmede öngörülmüş bu sürenin uzaması veya kısılması kural olarak söz konusu değildir³³⁵. Ancak yüklenicinin işin ifasına başlamasında veya devamında kusuru olmaksızın gecikmesi durumunda ek süre talep etme hakkı mevcuttur³³⁶. Ek süre, işin devamında taraf-

³²⁹ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 130; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 124; **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 142.

³³⁰ **Zevkililer / Gökyayla:** s. 515; **Atamulu:** s. 97; **Koller:** Art. 366 N. 106; Anlaşma ile bir teslim vadesi ya da teslim süresi belirlenebilir. **Henninger, Anton:** *Bauverzögerung und ihre folgen*, Schweizerische Baurechtstatung 2005, s. 240; **Chavanne, Sylvie:** *Le retard dans l'exécution des travaux de construction Selon le Code des Obligations et la norme SIA 118*, Bale et Francfort-sur-le-Main 1993, N. 80; **Gauch, Peter:** *Fristen und Termine-Die Bauzeit im Werkvertrag*, Seminar für Schweizerisches Baurecht Baurechtstatung 1995/Tagungsunterlage I, s. 7.

³³¹ **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 143; **Ayan, Serkan:** *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Ankara 2008, s. 100-102; **Koller:** Art. 366 N. 652; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 649; **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 310; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 6.

³³² **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 7.

³³³ **Ayan:** s. 96; **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 142; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 652; **Koller:** Art. 366 N. 655; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 7.

³³⁴ **Ayan:** s. 96; **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 312.

³³⁵ **Ayan:** s. 103; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s.11.

³³⁶ **Atamulu:** s. 107.

larca kararlaştırılıp sözleşme süresine eklenebileceği gibi, uyuşmazlık halinde mahkemece tespit edilir. Yüklenici, ek süre sonunda da haklı sebep olmaksızın edimini ifa edemiyorsa, temerrüde düşmüş kabul edilir ve iş sahibi bakımından temerrüde bağlanan sonuçlardan yararlanma olanağı doğar³³⁷.

Temerrüt için ikinci şart, temerrüde düşüldüğü anda borcun ifasının mümkün olmasıdır³³⁸. Eserin meydana getirilmesi borcunun objektif olarak imkânsızlaşması durumunda borç ilişkisi sona ereceği için borçlu temerrüde söz konusu olmayacaktır³³⁹. İfa imkânsızlığında yüklenicinin kusurlu veya kusursuz olması önem taşımamaktadır³⁴⁰. İmkânsızlığın yüklenicinin temerrüde düşmesinden sonra da ortaya çıkabilmesi mümkündür. Böyle bir durumda temerrüdün başlamasından, imkânsızlığın gerçekleştiği ana kadar temerrüt hükümlerinin, sonrasında ise imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekir³⁴¹.

İş sahibinin borçlu temerrüdünün kendisine sağladığı haklardan yararlanabilmesi için bir diğer şart, sözleşmenin konusunu oluşturan eserin iş sahibine teslim edilmemiş olmasıdır³⁴². İş sahibinin kural olarak eksik ve ayıplı ifayı kabul zorunluluğu yoktur³⁴³. Ancak, gerek dürüstlük kurallarının böyle bir eserin ifa olarak kabul edilmesini gerektirmesi, gerekse de böyle bir zorunluluk bulunmamasına rağmen iş sahibinin eksik veya ayıplı bir eseri ifa olarak kabul etmesi durumunda, artık teslimin ve dolayısıyla ifanın gerçekleştiği kabul edilmelidir³⁴⁴.

İş sahibince yerine getirilmesi gereken fiillerin gerçekleşmemesi sebebiyle, eser meydana getirme faaliyetlerinin başlayamaması, geç başlaması, kesilmesi yahut yavaş ilerlemesi halinde bu gecikmeden yüklenici sorumlu olmamakta ve temerrüde düşmemektedir³⁴⁵. Teslimin gerçekleşmesi için iş sahibinin eseri teslim almaktan haklı bir neden olmaksızın kaçındığı hallerde de yüklenici temerrüde oluşmaz³⁴⁶.

³³⁷ **Atamulu:** s. 111.

³³⁸ **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 143; **Atamulu:** s. 114.

³³⁹ **Ayan:** s. 156.

³⁴⁰ **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 144.

³⁴¹ **Atamulu:** s. 116.

³⁴² **Büyükay:** *Eser Sözleşmesi*, s. 200; **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 144; **Yakuppur:** s. 83; **Atamulu:** s. 124.

³⁴³ **Ayan:** s. 154.

³⁴⁴ **Ayan:** s. 154.

³⁴⁵ **Şahin:** *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 180; **Koller:** Art. 366 N. 670.

³⁴⁶ **Şahin:** *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 180; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 17.

Temerrüt için borcun muaccel olması yeterli değildir. Ayrıca alacaklı tarafından borçluya kural olarak bir ihtarda bulunulması gerekmektedir³⁴⁷. İhtar, kural olarak bir şekle bağlı olmadığı gibi, hukuki işlem benzeri bir fiil olduğundan ispat şekline de tabi değildir³⁴⁸. İhatra, borçlanılan edim ne ise, onun yerine getirilmesi talebini taşımalıdır. Borçlanılandan başka bir şeyin istenmesi ihtarı etkisiz kılmaktadır³⁴⁹.

Borcun ifası için belirli vade kararlaştırılmışsa³⁵⁰ veya sözleşmede taraflardan birine tanınmış olan muacceliyet ihbarında bulunma yetkisiyle usulüne uygun olarak belirlenmişse, borçlunun temerrüdü için artık ihtaraya gerek yoktur³⁵¹. Yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel olmasından önce veya sonra, edimini ifa etmeyeceğini, ciddi ve kesin biçimde, açık veya örtülü olarak ortaya koyması durumunda da, teslim borcunun muaccel olması üzerine, yüklenicinin temerrüde düşmesi için artık ihtaraya gerek yoktur³⁵². Ancak, teslim süresinin başlangıcı, taraflarca arsanın üzerinde tasarruf edilebilmesi, işin görülmesinde etkin kapasite kullanımının sağlanması vb. gibi gelecekteki bir olay veya fiile bağlandığı durumda temerrüt için ihtaraya gerek bulunmaktadır.

Uyarı



Teslim vadesi, doğrudan belirli bir takvim günü olarak kararlaştırılabilir. Teslim vadesinin sözleşmenin kurulması ile işlemeye başlayan ve bitiminde teslim borcunun muaccel olacağı bir zaman süreci, yani teslim süresinin tayin edilerek kararlaştırılması da mümkündür. Bu durumda, vade teslim süresinin son günüdür.

Büyük inşaat eserlerinde işe başlama, tamamlama ve eseri teslim tarihleri genellikle eserin tamamlanması için gereken süre göz önünde tutularak önceden sözleşmede taraflarca birlikte kararlaştırılmakta ya da böyle bir kararlaştırılma yapılmayarak, eserin tamamlanması için gereken süre, işin uzman tarafı olan yüklenicinin insiyatifine bırakılmaktadır³⁵³.

³⁴⁷ **Gauch / Carron:** N. 659; **Tekinay S. Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla:** *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Baskı, İstanbul 1993, s. 913; **Ayan:** s. 160; **Atamulu:** s. 90; **Ozanoğlu:** s. 71; **Chavanne:** N. 91; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 14.

³⁴⁸ **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 150; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop:** s. 914.

³⁴⁹ **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop:** s. 916.

³⁵⁰ **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 91; **Ayan:** s. 163;.

³⁵¹ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 130; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop:** s. 916; **Gauch / Carron:** N. 659; **Ayan:** s. 162; **Ozanoğlu:** s. 71; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 14.

³⁵² **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 181; **Ayan:** s. 167; **Ozanoğlu:** s. 71; **Atamulu:** s. 113; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 659.

³⁵³ **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı*, s. 540.

Yüklenici, eseri teslimden sahip olduğu bir def'ye dayanarak kaçırırsa temerrüde düşmez³⁵⁴. Örneğin, yüklenicinin ödemezlik def'inde bulunması durumunda borçlu temerrüdü söz konusu olmamaktadır³⁵⁵. İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü³⁵⁶ veya gecikmenin iş sahibinden kaynaklandığı durumlarda da sözleşmeden belirlenen ifa süresinin dolması yüklenicinin temerrüde düşmesine yol açmaz³⁵⁷. Diğer taraftan, iş sahibinin ücret ödeme borcu muaccel olmamasına rağmen, yüklenicinin ücret alacağı tehlikeye giriyorsa, yani iş sahibi bakımından ifa güçsüzlüğü³⁵⁸ söz konusu ise, yüklenicinin böyle bir durumda, iş sahibinin edimi güvence altına alınıncaya kadar ifadan kaçınma hakkı vardır³⁵⁹. Yüklenici, bu def'leri ileri sürdüğü takdirde, eseri teslim borcunu muaccel olması geçici veya sürekli olarak askıya alınmakta ve yüklenici de temerrüde düşmemektedir³⁶⁰.



TBK m. 479/f. l'e göre, yüklenici, ancak eseri teslim ettiği zaman iş sahibinden ücreti talep edebilir. Bu yüzden, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, yüklenici meydana getirme aşamasında kendisine kısmen de olsa bedel ödenmediğini ileri sürerek borcunu ifa etmekten kaçınmaz. Bununla birlikte iş sahibinin yükleniciye iş devam ederken ödeme yapacağı kararlaştırılmışsa, bunun yerine getirilmemesi üzerine yüklenici çalışma yapmaktan kaçınabilir.

Yüklenicinin temerrüdü halinde, tarafların edim yükümlülüğü kendiliğinden ortadan kalkmamaktadır³⁶¹. Bu nedenle, iş sahibi yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine eserin tamamlanarak teslimini ve eserin teslim edilmemesin-

³⁵⁴ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 130; **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 149; **Ergezen:** s. 101; **Gökyayla, K. Emre:** *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, İstanbul 2009, s. 198.

³⁵⁵ **Büyükay:** *Eser Sözleşmesi*, s. 213; **Zevkililer / Gökyayla:** s. 517; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 17; **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 149; Yargıtay da, sözleşme gereği yükleniciye yapılacak avans ödemelerinden birinin iş sahibince ödenmemesinin yükleniciyi zor durumda bırakması durumunda yüklenicinin işe devam etmesinin beklenemeyeceğini belirtmektedir. Y. 15. HD, T. 06.02.1992, E. 1991/3782, K. 1992/454, (**Kostakoğlu:** s. 988-990).

³⁵⁶ İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi için kusurlu olması gerekmemektedir. Ancak onun eseri kabul etmemesinin veya kendisine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmemesinin objektif olarak haklı bir sebebe dayanmaması gerekir. İş sahibi, yükleniciye isnad edilebilen bir sebepten ötürü ifayı kabulden veya gerekli hazırlık fiillerine katılmaktan kaçınmışsa, bu kaçınma haklı bir sebebe dayandığı için, alacaklı temerrüdüne düşmez. (**Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 157)

³⁵⁷ **Zevkililer / Gökyayla:** s. 517; **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 314; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 17.

³⁵⁸ İş sahibi bakımından ifa güçsüzlüğünden, onun muaccel borçlarını ödemek için gerekli mali imkânlardan sürekli yoksun hale gelmesi anlaşılmalıdır. TBK m. 98 hükmünde belirtilen borçlunun iflas etmesi veya hakkındaki icra takiplerinin sonuçsuz kalması durumları, ifa güçsüzlüğüne örnektir. (**Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 156; **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 149)

³⁵⁹ **Büyükay:** *Eser Sözleşmesi*, s. 221; **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 156.

³⁶⁰ **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 153.

³⁶¹ **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 183.

den yani gecikmeden doğan zararlarının giderilmesini isteyebilir³⁶². Gerek fiili zarara gerek yoksun kalınan kar, gecikme tazminatının kapsamına dâhildir³⁶³. Yüklenicinin temerrüdü üzerine iş sahibi, TBK m. 113/f. I hükmüne göre, işin kendisi tarafından yapılmasına veya üçüncü kişiye yaptırılması hususunda karar verilmesini talep edebilecektir³⁶⁴.

Uyarı



TBK m. 113/f. I hükmünün uygulanma koşullarının gerçekleşmesi üzerine, iş sahibinin eserin kendisi veya diğer bir yüklenici tarafından tamamlanması için izin verilmesi amacıyla mahkemeye başvurusu gerekir. Mahkemeye yapılan başvuru üzerine, açıkça istenmemişse, yalnızca eserin doğrudan iş sahibi tarafından tamamlanması veya iş sahibi diğer bir yükleniciye tamamlanması için iş sahibine yetki verilecektir. Uygulamada bu duruma nama ifa yetkisi denilmektedir. Bu durumda, eseri tamamlayan veya tamamlatan iş sahibi, daha sonra yaptığı bütün masrafların karşılanmasını yükleniciden talep edebilecektir.

İş sahibinin gecikmeden doğan zararı müspet zarardır. Eseri zamanında teslim etmeyen yüklenici, iş sahibinin vaktinde ifaya olan menfaatini tam olarak karşılamakla yükümlüdür. Yüklenicinin gecikme zararından sorumlu tutulabilmesi için temerrüde düşmesinde kusurlu olması gerekir. Ayrıca yüklenicinin sorumlu olabilmesi için iş sahibinin gecikmeden dolayı da zarara uğramış olması gerekir.

³⁶² **Gauch / Carron:** N. 661; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop:** s. 920; **Ayan:** s. 171; **Acar, Faruk:** *Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri*, E-Akademi, Aralık 2013-S. 134, s. 17; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 661; **Chavanne:** N. 140; **Henninger:** s. 246; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 139; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 15.

Y. 15. HD, T. 24.02.2005, E. 2004/3073, K. 2005/1010 "...Somut olayda da, karşı davacı, yüklenici karşı davalının sözleşme konusu kumaşları geç teslim etmesi sonucu gerçekleştiğini ileri sürdüğü gecikme tazminatının ödetilmesini istemiştir. Tazmini istenen zarar, olumlu zarar olup; alacaklının mal varlığının temerrüde düşülmeden borcun ifa edilmesi halinde arz edeceği durumla, gecikmeli ifa sonucunda arz ettiği durum arasındaki farkı ifade eder ve fiilen katlanmak zorunda kalınan zarar ile mahrum kalınan kazancı kapsar.

Ediminin ifasında direngen olan tarafın gecikme tazminatı ile sorumlu tutulabilmesi için, öncelikle, alacaklı tarafın zarara uğradığını inandırıcı ve ikna edici yasal delillerle kanıtlanması zorunludur. Çünkü zararın gerçekleştiğini kanıtlamak, davacıya düşer. Zararın gerçek tutarını ise hâkim tayin eder (BK md. 98, 42). Hukuksal durum bu olunca da; sözleşme konusu işle ilgisi belli olmayan beş adet fatura gerekçe gösterilerek, soyut ve dayanaksız açıklamalarla karşı davalının, işin teslimindeki gecikme sebebiyle zararının gerçekleşmiş olduğunu bildiren bilirkişi raporu dayanak alınarak mahkemece hüküm verilemez. Karşı davacı, maddi zararının gerçekleştiğini başkaca yasal delillerle kanıtlayamamıştır. O halde, karşı davalının da reddi yerine, mahkemece yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru olmamış ve hükmün bozulması gerekmiştir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁶³ **Zevkçiler / Gökyayla:** s. 517; **Durak, Yasemin:** *Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6 Özel Sayı, Y. 2015, s. 234.

³⁶⁴ **Ayan:** s. 179.



Uyarı

Gecikme zararları gecikme nedeniyle iş sahibinin fiilen uğradığı zararlar ile yoksun kaldığı kazanç kayıplarından oluşur. Fiili zararlar, iş sahibinin eserin zamanında teslim edilmemesi nedeniyle fazladan yapmak zorunda olduğu masraflardır. Örneğin iş sahibinin ödemek zorunda olduğu kira bedeli, faiz ödemesi, üçüncü kişilere ödemek zorunda olduğu kira tazminatı gibi. İş sahibinin yoksun kaldığı kazançları ise eserin zamanında teslim edilmemesi sebebiyle iş sahibinin elde edeceği gelirden yoksun kalmasından doğan zararlarıdır.

TBK m. 123'e göre, "Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir". İş sahibinin süre vermesi, geciken ifanın belli bir zamanda yapılmasını istediği anlamına gelmektedir. Bu beyanın temerrüt ihtarıyla birlikte yapılabilmesi de mümkündür³⁶⁵.

İş sahibinin yükleniciye vereceği ek süre uygun olmalıdır³⁶⁶. Uygun süre, somut olayın şartları göz önünde bulundurularak, dürüstlük kuralı çerçevesinde ve taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun olarak belirlenir³⁶⁷. Tarafların ek süre verilmesi zorunluluğunu tamamen ortadan kaldırabilmeleri mümkün olduğu gibi, ek sürenin uzunluğunu sözleşmenin başında da belirleyebilirler³⁶⁸. İş sahibi tarafından tayin edilen ek süre içerisinde temerrüt devam ettiği süreç yüklenici, bu süre için gecikme tazminatı ödemekle yükümlü olduğu gibi, kazara meydana gelecek zarardan da sorumlu olur³⁶⁹.

Eser sözleşmesinde, eserin teslimi için gereken tarihin kesin vade biçiminde kararlaştırılması durumunda, artık dönme hakkının kullanılması için ek süre verilmesine gerek bulunmamaktadır³⁷⁰. Borcun mutlaka belli bir tarihte veya belli bir tarihe kadar ifa edilmesinin kararlaştırıldığı hallerde kesin vadenin bulunduğu kabul edilmektedir³⁷¹.

³⁶⁵ Ergezen: s. 104; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop: s. 948; Şahin: *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 218.

³⁶⁶ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop: s. 947; Şahin: *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 218.

³⁶⁷ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop: s. 947; Kurt: *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 241; Şahin: *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 218.

³⁶⁸ Ayan: s. 219.

³⁶⁹ Şahin: *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 221.

³⁷⁰ Ayan: s. 221; Chavanne: N. 192-197.

³⁷¹ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop: s. 952; Ayan: s. 221; Şahin: *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 227; Durak: s. 233; Öz: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 178.



Uyarı

Kesin vadeli bir eser sözleşmesinde bu tarihin geçmesi üzerine, sözleşmeden dönme ve ifa yerine tazminat isteme hakları doğan iş sahibinin, yine de ifa ve gecikme tazminatı talep etmesi mümkündür.

TBK m. 124/b. 1'e göre, "borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan" ona ek süre vermenin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa, alacaklı ek süre tayin etmeksizin, edimin aynen ifasından vazgeçebilir. Eserin teslim etmesi zamanı gelmesine karşın yüklenicinin çalışmalara başlamamış olması, faaliyetlerin çok geri bir aşamasında bulunması veya eserin yapılmayacağı yönünde kuvvetli belirtilerin bulunması halinde iş sahibi süre tanımaksızın seçimlik haklarını kullanabilir³⁷².

İş sahibi, aynen ifa kendisi için yararsız hale gelmişse, artık yükleniciye ifada bulunması için ek süre vermek zorunda değildir. Edimin iş sahibi açısından yararsız kalması durumu kural olarak inşaat sözleşmeleri ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından söz konusu olmamaktadır³⁷³.

Yüklenicinin eseri teslim borcunu ifada temerrüde düşmesi üzerine, ek süre verilmesini gerektiren hallerde verilen ek sürede ifa gerçekleşmeden sürenin dolması üzerine; ek süre verilmesine gerek olmayan durumlarda ise eserin sözleşmede kararlaştırılan şekil ve zamanda tamamlanarak iş sahibine teslim edilmemesi durumunda iş sahibi lehine seçimlik haklar doğmaktadır³⁷⁴.

İş sahibi, uygun bir süre verip, bu süre sonunda teslim borcu yerine getirilmezse, edimin aynen ifasından vazgeçip müspet zararının tazminini isteyebilir. TBK m. 125/II'ye göre, verilen uygun süre içinde aynen ifanın yerine getirilmemesi üzerine aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteyen iş sahibi, bunu derhal yükleniciye bildirmelidir.

Aynen ifa yerine tazminat istenmesi borç ilişkisini sona erdirmeyip asıl edimin yerine tazminatın geçmesi sonucunu doğurur. Tazminatın konusu, iş sahibinin ifaya olan menfaati olup, bu menfaat gecikmiş ifanın reddedildiği tarih esas alınarak hesaplanır. İş sahibinin malvarlığının eserin teslimi sonucu ulaşacağı durum ile teslim edilmemesinden dolayı bulunacağı durum arasındaki fark müspet zararı oluşturur.

³⁷² Şahin: *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 222.

³⁷³ Şahin: *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 226.

³⁷⁴ Şahin: *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 230.



Uyarı

Müspet zararın tazminini isteyen iş sahibinin, TBK m. 486 hükmü kıyasen uygulanarak, eserin kullanılabilir kısmını kabul etmek ve bu kısmın bedelini ödemek zorunda olduğu kabul edilmektedir.

İş sahibi, şartları gerçekleştiğinde, tek taraflı olarak kullanılan, yükleniciye varması gereken, herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmayan, kullanıldıktan sonra tek taraflı olarak geri alınamayan bir irade beyanı ile eser sözleşmesinden dönebilir³⁷⁵. Sözleşmeden dönme, dönme yoluna başvuran tarafa nadiren bir avantaj sağlamaktadır. Dönmenin alacaklı açısından menfaat sağladığı durumlar, menfi zararın olumlu zarardan daha yüksek olduğu, özel nedenlerden dolayı vermiş olduğu edimlerin iadesini arzuladığı vb. durumlardır³⁷⁶.



Uyarı

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor veya karşı çıkıyorsa, mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda dönme kararı ile sözleşmeden dönebileceği görüşünü benimsemiştir³⁷⁷. Mahkeme, önce feshi isteyen haklı olup olmadığını tartışmakta, haklı ise feshe karar vermekte, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutmaktadır.

TBK m. 125/f. III'e göre, "Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler". Sözleşmeden dönme, kural olarak, geriye etkili olarak sonuçlarını doğurur³⁷⁸. Bu hükme göre, sözleşmenin iki tarafı da taahhüt ettiği edimi ifa etme borcundan kurtulur³⁷⁹. Böylece tarafların henüz ifa etmedikleri borçları karşılıklı olarak ortadan

³⁷⁵ **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 285; **Ayan:** s. 252.

³⁷⁶ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 140.

³⁷⁷ Y. 15. HD, T. 14.04.2008, E. 2007/1276, K. 2008/2431. "...Kural olarak, eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekilde bağlı olmadığı için, bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran bu hak (sözleşmeden dönme hakkı) kendiliğinden hükümünü icra eder. Dönmenin haklı olup olmadığı, ayrıca açılacak tazminat davasında (eda davası) tartışılır. Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", uygulamadaki adıyla "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri" bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu da içerdiğinden, TMK'nın 706., BK'nın 213., Noterlik Kanunu'nun 60. ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekilde bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hâkimin kararına ihtiyacı vardır. O halde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taraflardan birinin sözleşmeden dönme iradesinin karşı tarafça kabul edilmesi, başka bir anlatımla, dönme iradelerinin birleşmesi veya fesih davası üzerine mahkemece sözleşmeden dönmeye hükmedilmesi gerekir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁷⁸ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 141; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop:** s. 967; **Gökyayla:** *Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 199; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 15.

³⁷⁹ **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 291; **Chavanne:** N. 226.

kalkar³⁸⁰. Sözleşmeden dönme, aynı zamanda iki taraf bakımından hali hazırda ifa etmiş buldukları edimleri karşılıklı olarak iade etme borcu doğurur³⁸¹.



Uyarı

Yargıtay, klasik dönme teorisini yani sözleşmeden dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını benimsemektedir³⁸². Dönme öncesinde verilen edimlerin iadesi konusunda ise, aynı etkili dönme görüşünü kabul etmektedir. Dönme öncesinde devredilen arsa paylarının iş sahibi adına tesciline yönelik davalarda üçüncü kişilerin iktisaplarının kötü niyetli olduğu gerekçesiyle korunmaması, aynı edimli dönme görüşünün benimsendiğini göstermektedir³⁸³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, bir görüşe göre³⁸⁴, eserin tamamlanma oranı ne olursa olsun sözleşmeden dönülmesi mümkündür. Buna karşılık diğer bir görüş³⁸⁵, eser büyük oranda tamamlanmış ise geçmişe yönelik dönmenin hakkaniyete aykırı olacağını, bu nedenle dönmenin yerini feshin aldığı kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Üçüncü bir görüş³⁸⁶ uyarınca, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olduğu, sürekli borç ilişkilerinde ise sözleşmenin feshinin kural olarak ancak sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi sonucunu doğurduğu, bu nedenle bu tür sözleşmelere yüklenicinin teslim gününü geçirerek borçlu temerrüdüne düşmesi nedeniyle iş sahibi tarafından TBK m. 125 uyarınca son verilmesi durumunda da, sözleşmenin kural olarak ileriye etkili olarak sona ermiş sayılması gerektiği savunulmaktadır.

Yargıtay ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sona ermesinde sürekli borç ilişkilerine ait özelliklerin de dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir. 25.01.1984 tarihinde 1983/3 E. 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul kararı³⁸⁷ çıkarılmış ve bu kararda birtakım temel ilkeler be-

³⁸⁰ **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 291; **Ayan:** s. 253; **Şahin:** *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü*, s. 283.

³⁸¹ **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 291; **Şahin:** *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü*, s. 283; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 15; **Chavanne:** N. 228.

³⁸² Y. 15 HD, T. 09.12. 2004, E. 2003/7040, K. 2004/6389; YHGK, 24.11.1999 T., E. 13-967, K. 990 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁸³ **Ayan:** s. 269.

³⁸⁴ **Tandoğan, Haluk:** *Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler*, Batider, s. 35.

³⁸⁵ **Yener:** s. 104; **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 380 vd; **Kahraman, Zafer:** *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu*, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul 2015, s. 433.

³⁸⁶ **Erman, Hasan:** *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri)*, İstanbul Barosu Dergisi, s. 215.

³⁸⁷ RG., 27.02.1984, N. 18325, s. 17 vd.

nimsenmiştir. Bu kararda, özetle, inşaat sözleşmelerinde edim borcunun özelliği yüzünden sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, TMK m. 2 hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili olarak sonuç doğurduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir³⁸⁸. Yargıtay'ın daha sonraki tarihli kararlarında ileriye etkili feshin kabul edilmesi için yapının büyük ölçüde tamamlanması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay, yapının %90 ve üzerinde tamamlanmış olması halinde sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilebileceğini benimsemiş gözükmektedir³⁸⁹. Yüksek Mahkeme, tamamlanma oranı tespit edilirken inşaatın fiziki tamamlanma oranının dikkate alınması gerektiği görüşünü benimsemektedir³⁹⁰.

Uyarı



YİBK karşısında, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin inşaatın büyük bölümünü tamamlamasına rağmen teslim gününde inşaatı bitirmeyerek temerrüde düşmesi sonucu, arsa sahibinin sözleşmeyi feshi halinde, feshin kural olarak ileriye etkili sonuç doğuracağı ve yüklenicinin orantılı arsa payı talep edebileceği kabul edilmelidir³⁹¹. Yargıtay, inşaatın büyük oranda tamamlanması olarak %90 civarında bitirilmeyi kabul etmektedir.

Sözleşmeden dönme hakkının koşullarının oluşmadığına ilişkin ortaya çıkan ihtilaf sebebiyle işin ifasında gecikme meydana gelmişse, bu gecikme iş sahibine isnad edilebilen bir gecikmedir. Bu durumda, eser sözleşmesinin süresi uzar ve yüklenici gecikmeden doğan müspet zararının tazminini iş sahibinden talep edebilir³⁹².

³⁸⁸ "...İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır.

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 ilişkileri de 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..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁸⁹ %91 oranında tamamlanmış olması halinde feshin ileriye etkili olacağı yönünde bir karar için bkz: Y. 15. HD., T. 1.12.1999, E. 1999/3337, K. 1999/4423 (Kostakoğlu: s. 872); Y.15. HD., T. 10.06.1999, E. 1999/1658, K. 1999/2437 (Kostakoğlu: s. 851).

³⁹⁰ Bu hususta bkz: Y. 15. HD., T. 30.05.2008, E. 2008/362, K. 2008/3514 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁹¹ **Erman, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, 3. Basım, İstanbul 2010, s. 115; **Ayan:** s. 293.

³⁹² **Kurt: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, s. 290.

Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle yükleniciye verilecek pay çoğu kez kısmen onun adına tescil edildikten sonra inşaat faaliyeti başlamakta, yüklenici de adına tescil edilen bu payı, ileride yapı tamamlandığında kendisine kalacak bağımsız bölümleri şimdiden temsil eder şekilde bölerek her birini üçüncü kişilere satıp adlarına tescil etmek suretiyle, inşaaata devam etmek için finans kaynağı sağlamaktadır³⁹³. Doktrinde bir görüşe göre³⁹⁴, sözleşmeden dönme üzerine yüklenici adına yapılan tescil baştan itibaren yolsuz sayılınca payı bundan devralan üçüncü kişi de tasarruf yetkisi olmayan bir kimseden aynı hak iktisap etmeye kalkmış durumuna düşmektedir³⁹⁵. Bununla birlikte olayların büyük çoğunluğunda TMK m. 1023 hükmüne dayanılarak bu tasarruf yetkisi eksikliğinin giderilmesi ve iktisabın geçerli sayılması mümkündür³⁹⁶. Buna karşılık doktrinde diğer bir görüş³⁹⁷ uyarınca, sözleşmeden dönmenin dönülen sözleşmeye dayanılarak yapılmış olan aynı hakkı karşı tarafa nakleden tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemeyeceği, bu nedenle yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişilerin gerçek malikten aynı hak iktisap etmiş oldukları, bu kimselerin aynı hak kazanmaları bakımından iyi niyetin veya kötü niyetin araştırılmasına gerek bulunmadığı ileri sürülmektedir.

İş sahibinin yükleniciyle yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi sonucunda, Yargıtay, son tarihli kararlarında, yükleniciden tapuda arsa payı devralan üçüncü kişilerin TMK m. 1023 anlamında iyi niyetli sayılmayacağı, arsa paylarının iş sahibine döneceği fikrindedir. Yüksek Mahkeme, arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince yükleniciye bırakılacak arsa paylarını başlangıçta yükleniciye devretmesinin yüklenicinin inşaatı finanse etmesi amacıyla ona verilen bir avans niteliğinde olduğunu³⁹⁸, payların devir

³⁹³ **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 259; **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 328.

³⁹⁴ **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 173.

³⁹⁵ **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 259.

³⁹⁶ **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 259; **Kahraman:** *Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu*, s. 440.

³⁹⁷ **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 328.

³⁹⁸ Y. 15. HD, T. 04.03.2005, E. 2004/3299, K. 2005/1234, "Dosya kapsamına göre işin zamanında bitirildiği ve yüklenicinin temerrüdünün gerçekleşmiş olması nedeniyle akdin feshi şartlarının oluştuğu anlaşılmaktadır. Esasen akdin feshiyle ilgili hüküm yüklenicinin temyiz etmemesi nedeniyle kesinleşmiştir. Tapu iptali istemine gelince; yükleniciden pay satın alan kişilerin adına oluşturulan tapu kayıtlarının iptali istemi reddedilmiş ise de arsa payı karşılığındaki eser sözleşmeleri nedeniyle yüklenicinin tapuya hak kazanabilmesi, inşaatın sözleşme, imar mevzuatı ve projelerine uygun biçimde yapılıp arsa sahibine teslim edilmesi şartına bağlıdır. Yükleniciden bağımsız bölüm satın alanların da yüklenicinin edimini yerine getiriş tapuya hak kazanması halinde hak sahibi olacakları ortadadır. İnşaat aşamasında arsa sahibince yükleniciye pay devredilmesi, inşaat yapımı sırasında yükleniciye sermaye sağlanması ve işin bir an önce bitirilmesi amacına matuf olup, bu devirlerin avans niteliğinde geçici bir intikal olarak kabulü zorunludur..." (**Kostakoğlu:** s. 1210).

sebebi ortadan kalkınca avans niteliğindeki bu payların geri verilmesinin her zaman arsa sahipleri tarafından istenebileceğini, bu nedenle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi ile malik olan yükleniciden tapu sicilinde arsa payı devralan üçüncü kişilerin TMK m. 1023'ün korumasından yararlanamayacağı fikrini benimsemiştir³⁹⁹. Yargıtay'a göre, üçüncü kişiler yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirdiği takdirde hak kazanacağını bilmesi gereken ve inşaatın tamamlanması riskini üstlenen kişilerdir. Yargıtay, yükleniciden tapu sicilinde pay devralan üçüncü kişiler haricinde bu üçüncü kişilerden devralan kişilerin de TMK m. 1023'ün korumasından yararlanamayacağını kabul etmektedir⁴⁰⁰. Doktrinde⁴⁰¹,

³⁹⁹ Y. 23. HD, T. 15.10.2014, E. 2014/6486, K. 2014/6291, "...Öncelikle yüklenicinin edimini (eseri meydana getirme ve teslim borcunu) sözleşme ve eklerine, tasdikli projesine, imara, fen ve tekniğine uygun biçimde yerine getirip getirmedığının, açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir, edimi ise binayı imal ve teslimdir. Yüklenici edimini yerine getirmede arsa sahibine sözleşmenin feshi ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki, yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi, onun halefi olacağından selefının haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürülebilir. Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmede sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Diğer bir deyişle üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi ve mülkiyete hak kazanması gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay alan üçüncü kişi üzerine yazılan tapu kaydı illiyetten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer.

Kural olarak tapu intikallerinde huzur ve güveni korumak toplum düzenini sağlamak için tapu sicilindeki kayda dayanarak iyiniyetli taşınmaz iktisap eden bu tür kişiler TMK'nın 1023. maddesinin koruyuculuğu altına alınmış, bir bakıma esas hak sahibine karşı tercih edilmiş, dayandıkları tapu kayıtları geçersiz olsa dahi iktisapları geçerli sayılmıştır. Ne var ki, söz konusu kişinin gerçekten iyiniyetli olması sözleşme yaptığı tapu malikinin gerçek hak sahibi olduğuna inanması kendisinden beklenen özeni göstermesine rağmen gerçek hak sahibi olmadığını, tapu sicilinde yolsuzluk bulunduğunu bilmesinin imkânsız olması gerekir. Nitekim bu görüşten hareketle kötüniyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, her zaman ileri sürülebileceği, mahkemece re'sen nazara alınacağı gerek 08.10.1991 tarih 1990/4 Esas 1991/13 Karar sayılı inancıları birleştirme kararında ve gerekse bilimsel görüşlerde ortaklaşa kabul edilmiştir. Oysa davalıların henüz inşaatına kısmen başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçlığı, bunun içinde bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı anlaşılmaktadır. Alıcı, arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, arsa payı karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı aldığı bilincindedir.

Yükleniciye devredilen pay, avans niteliğinde olduğundan yüklenicinin edimini yerine getirmedeği durumlarda ondan pay devralan üçüncü kişilerin hak sahibi olmaları mümkün değildir. Böyle bir durumda üçüncü kişilerin Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki iyiniyet kuralından faydalanmalarının mümkün olmadığı, yüklenici edimini tam ve yasal olarak yerine getirmedeğinden aynı Yasa'nın 1024. maddesine göre yükleniciden pay satın alan kişilerin bu alımlarının korunmasının mümkün olmadığı, geriye fesih koşullarının oluşması halinde bu nedenle davalı üçüncü kişiler adlarına kayıtlı olan tapu paylarının da iptal edilerek davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); aynı yönde: Y. 23. HD, T. 11.06.2012, E. 2012/2482, K. 2012/4067 (Kostakoğlu: s. 1121-1123).

⁴⁰⁰ Y. 15. HD., T. 19.10.1998, E. 1998/3274, K. 1998/3915 "...Dava konusu 215 parsel no.lu arsa üzerinde davalı Secahattin kat karşılığı inşaat yapacak ve buna karşılık davacıya daireler verecektir. Bu anlaşma uyarınca davacıya ayrıca bir bedel ödenmemiştir. Bu nedenle davacı ile davalı Secahattin arasındaki ilişki daire karşılığı inşaat yapımından kaynaklanmış, diğer bir deyişle satış işlemi kastedilmemiştir. Öyle olunca davalı yükleniciye inşaat yapımı amacıyla yapılan tapu kayıtlarının devrinin inşaatın sözleşmesine uy-

Yargıtay'ın bu görüşü, sözleşmenin geçmiş etkili olarak ortadan kalkması halinde dahi kazanılmış aynı hakların geçerliliğini koruduğu ancak sebep ortadan kalktığı için sebepsiz zenginleşme kurallarına göre bunların geri istenebileceği, sözleşmeden dönme halinde dahi yükleniciye devredilen arsa payları bakımından baştan itibaren yolsuz tescil meydana geldiği görüşünün kabul edilmesi halinde dahi yükleniciden arsa payı elde eden üçüncü kişilerin bu aynı hak iktisaplarının TMK m. 1023 çerçevesinde yine geçerli olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁰².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, üçüncü kişiler, yükleniciden değil de, iş sahibinden arsa payı devralmışlarsa, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi farklı ihtimalleri gündeme getirebilir. İş sahibi, kendisinde kalması kararlaştırılan arsa paylarının bir kısmını tapuda üçüncü kişilere satıp onlar adına tescil ettirmişse veya yükleniciye bırakılması kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyetini inşaatın yapımında finansman sağlamak için üçüncü kişilere devrederse, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi iş sahibinden arsa payı devralan üçüncü kişinin aynı hak kazanmasını engellemez⁴⁰³. Buna karşılık, Yargıtay, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince kendisine kalacak ancak henüz mülkiyeti altında bulunmayan arsa paylarını, arsa sahibinin kendisine verdiği vekâletname ile üçüncü kişiye devretse dahi, üçüncü kişinin bu iktisabının korunmayacağını ileri sürmektedir⁴⁰⁴. Yargıtayın bu görüşü, arsa sahibinin yetkili temsil-

gun bir biçimde bitirilir, arsa sahibine verilmesi öngörülen dairelerin teslimi şartına bağlı tutulduğu da kabul edilmelidir. İnşaatları daire alan üçüncü kişilerin durumuna gelince; yüklenici dışında davalı sahada yer alan bu kişiler, davalı Secahattin'den pay satın almışlardır, bir kısmı ise Secahattin'in sattığı kişilerin devrettiği şahıslardır. Tüm bu satın alan davalıların amacının arsanın satımı olmayıp, arsa üzerinde yapılacak inşaatın bağımsız bölümler edinmek olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle işlemin geçerliliğinin arsa sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerinin teslimi şartına bağlı olduğunu bilmeleri hayatın olağan akışının icabındandır. Davacılar satın alma işlemini gerçekleştirirken gerekli özeni göstermelidirler. Bu sebeple MK.nun 931. maddesi hükmünden yararlanmaları düşünülemez..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁰¹ **Şahin:** Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, s. 292; **Kırca, Çiğdem:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 2007, s. 87; **Kahraman:** Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, s. 445.

⁴⁰² TMK m. 1023 ile aranan iyi niyet, edinenin tescilin yolsuz olduğunu bilmesi ve bilmesinin gerekmesidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri dolayısıyla yükleniciye devredilen payları devralarak, buna bağlı bağımsız bölüm edinmek isteyen kişi, aynı zamanda taşınmaz üzerinde bir mülkiyet payı devralmaktadır.

⁴⁰³ **Kurt:** Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, s. 334.

⁴⁰⁴ Y. 15. HD., T. 16.3.2005, E. 2005/534, K. 2005/1536, "... Davacı arsa sahiplerinin muvafakatlarıyla 1.9.1994 tarihli devir sözleşmesi düzenlenmiş, inşaat yapım işi Uğur Tarımcıoğlu tarafından davalı şirkete devredilmiştir. Birleşen davaya konu olan Piyade Mahallesi 45311 ada 1 parsel üzerine davalı şirket tarafından inşaat başlanmış, iki dükkan sekiz daireli inşaatın %60 oranında tamamlandığı belirlenmiştir. Davalı Uğur Tarımcıoğlu ile şirketi temsilen Özcan Tarımcıoğlu davacılar tarafından verilen vekâletnamelere dayanarak, 7 numaralı bağımsız bölümü 4.11.1994 tarihinde Ömer Çınar'a, 3 ve 4 numaralı bağımsız bö-

cisi olan yüklenicinin yaptığı işlem ile arsa sahibinin bizzat yaptığı işlem arasında fark olmaması, arsa sahibinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sonradan sözleşmeyi sona erdirmesinin üçüncü kişinin mülkiyet hakkını etkilememesi gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁰⁵.

İş sahibi, sözleşmeden dönme ile birlikte uğramış olduğu menfi zararın tazminini talep edebilir⁴⁰⁶. Sözleşmeden dönen iş sahibi, ancak yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu ise, ondan menfi zararını tazmin etmesini talep edebilir⁴⁰⁷.

İlmleri 2.8.1994 tarihinde, 5 ve 6 numaralı bağımsız bölümleri 2.12.1994 tarihinde Fazlı Balkan'a, 8 numaralı bağımsız bölümü 2.12.1994 tarihinde Behzat Hendek'e, 2 numaralı bağımsız bölümü 8.2.1995 tarihinde Naci Sevim'e, 1 numaralı bağımsız bölümü 26.4.1995 tarihinde Şenol Uzunlu'ya tapuda satmışlar, Naci Sevim'e satılan 2 numaralı bağımsız bölüm daha sonra satış yoluyla Mehmet Özer'e intikal etmiştir. Davacılar birleşen Ankara 30. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/452 Esas sayılı davasında öncelikli tapu iptali ve tescil isteminde bulunmuşlardır.

Mahkemece tapuda bağımsız bölüm satın alanların iyiniyetli oldukları belirtilerek tapu iptali tescil istemlerinin reddine karar verilmiştir. Yükleniciden bağımsız bölüm satın alanların haklarının arsa sahiplerine karşı korunabilmesi için yüklenicinin arsa sahibine karşı olan edimini yerine getirmesi zorunludur. Dava konusu 45311 ada 1 parsel üzerinde yapılan inşaatın %60 oranında tamamlandığı anlaşılmaktadır. Bu parsel üzerine yapılan bağımsız bölümlerden sadece 2 adedi arsa sahipleri adına tapuludur. Sözleşmenin bütünü dikkate alındığında yapılan inşaatın %60 oranının çok daha altında kaldığı açıktır. Arsa sahipleri diğer parseller için bedel istediklerinden sadece 45311 ada 1 parsel üzerindeki inşaat oranı da dikkate alınsa, satın alanların arsa sahiplerine karşı hak iddia etmeleri mümkün değildir. Yükleniciler sözleşmede kararlaştırılan süre dolduğu halde arsa sahiplerine karşı olan edimlerini yerine getirmemekle temerrüde düşmüşlerdir. Bu durumda arsa sahiplerinin BK'nın 106. maddesi uyarınca fesih hakları doğmuştur. Arsa sahipleri tarafından açılan tapu iptali tescil istemli dava nedeniyle, sözleşmenin geriye etkili olarak feshedildiğini kabul etmek gerekir. Yükleniciler arsa sahiplerine karşı edimlerini yerine getirmediğinden, yüklenicilerden bağımsız bölüm satın alanların TMK'nın 1023. maddesinden faydalanmaları düşünülemez. Çünkü inşaatın kat karşılığı yapıldığını, yüklenicilerin arsa sahiplerine karşı olan edimlerini yerine getirmeleri halinde hak sahibi olacaklarını bilerek, bir kısmı yapılmış, tamamlanmamış inşaatın daire satın almakla korunması gerekli olan iyiniyetin varlığından söz edilemez. Birleşen dava yönünden arsa sahiplerinin tapu iptali tescil istemlerinin kabulü zorunludur. Bu istemin reddedilerek, birleşen dava yönünden de bedele hükmedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekli görülmüştür..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁰⁵ **Coşkun, Gürkan:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Ankara 2010, s. 146.

⁴⁰⁶ **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop:** s. 969; **Chavanne:** N. 229.

Y. 15. HD, T. 24.01.2012, E. 2010/5912, K. 2012/257, "Taraflar arasındaki sözleşme, kat karşılığı inşaat yapımına ilişkin olup, 26.07.2005 tarihinde noterden düzenleme şeklinde yapılmıştır. Davacı yüklenici, sözleşmeye konu arsa üzerine davalının kusuru ile inşaat yapılmadığını ileri sürerek sözleşmenin feshine karar verilmesini istemiş, mahkemece sözleşmenin feshiyle birlikte, yüklenicinin yapmış olduğu masraflar ve inşaatı yapamamaktan doğan kar kaybı hüküm altına alınmıştır. BK'nın 106. Maddesi uyarınca akdi fesheden taraf, ancak menfi zararlarının tahsilini isteyebilir. Menfi zarar, akid yapılmaya idî uğranılmayacak zarar olup, kar kaybı müspet zarar kapsamında olduğundan, akdin feshiyle birlikte kar kaybına hükmedilmesi doğru olmamıştır. Mahkemece yapılacak iş, davacı yüklenicinin sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek yaptığı masraflar bedeli olan 9.928,00 TL yönünden davayı kabul etmek, kar kaybına ilişkin 20.072,00 TL'ye ilişkin davacı talebinin ise reddine karar vermek olmalıdır. Karar açıklanan bu nedenle bozulmalıdır" (Kırmızı, s. 928-929).

⁴⁰⁷ **Kurt:** Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, s. 355; **Ayan:** s. 278; **Pedrazzini:** s. 512.

Uyarı

Menfi zarar, alacaklının sözleşmeyi akdetmeseydi uğramayacağı zarardır⁴⁰⁸: alacaklı, sözleşmeyi akdetmeseydi ne durumda bulunacaksa o duruma getirilmelidir; fark teorisine göre sözleşme kurulmasaydı alacaklının malvarlığının içinde bulunduğu durum ile malvarlığının hali hazırdaki durumu arasındaki farkın belirlenmesi söz konusudur⁴⁰⁹. Menfi zarar, fiili zarar kalemleri⁴¹⁰ ile üçüncü bir kişi ile daha elverişli koşullarda sözleşme akdetme fırsatının kaçırılmasından doğan zararları da kapsamaktadır⁴¹¹.

Fiili zarar denilince ilk akla gelen, iş sahibinin sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yaptığı masraflardır. Bunlar sözleşme görüşmelerini sürdürmek için yapılan harcamalardan yükleniciye gerekli malzemeyi tedarik etmek için yapılan masraflara, iş yapılacağı yeri boşaltmak ve hazırlamak için sarfedilen paralardan gerekli proje ve incelemelerin yapılması için katlanılan masraflara kadar çeşitli görünüm arz etmektedir. İş yürütülmesi sırasında bazı hizmetlerin gerçekleştirilmesini iş sahibi üzerine almışsa bu yüzden yaptığı harcamalar da bu zarar kalemlerindedir.

Olumsuz zararının tazminini isteyen iş sahibi, dönülen sözleşme ilişkisi hiç gündeme gelmese idi malvarlığının sözleşmeden döndüğü andaki malvarlığına göre daha fazla olacağını ispatlamalıdır. Diğer bir deyişle, masraf ve kayıplar ile iş sahibinin dönülen sözleşmeye güveni arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir⁴¹².

2. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu

Yüklenicinin bir diğer borcu, işe zamanında başlamak ve gecikmeye neden olmadan işe devam etmektir. İşe başlama zamanı sözleşmeyle belirlenmişse yüklenici bu tarihte işe başlamak zorundadır. İşe başlama zamanı sözleşmeyle belirlenmediği veya işin niteliğinden anlaşılmadığı takdirde, TBK m. 90 kıyasen uygulanarak, yüklenici sözleşmenin yapılmasından hemen sonra işe başlamalıdır.

⁴⁰⁸ **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop:** s. 969; **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 355; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 140; **Şahin:** *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü*, s. 306; **Filinte / Pişkinpaşa:** s. 1490.

⁴⁰⁹ **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 355; **Şahin:** *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü*, s. 306.

⁴¹⁰ **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 288; **Ayan:** s. 279; **Şahin:** *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü*, s. 309; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 140.

⁴¹¹ **Gümüş:** *Borçlar Özel C. II* (2014), s. 40.

Y. 15. HD, T. 14.10.2002, E. 2002/3327, K. 2002/4594, "...17.1.1990 tarih ve 13/392-1 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararında tanımlandığı üzere menfi zarar, "Uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkmasıyla uğranılan zarardır". Başka bir deyişle burada, alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Uygulamada, kaçırılan fırsatın tazmini şeklinde adlandırılan bu çeşit davalarda var ise, davalı ile sözleşme yapılmadan önce davacıya en yakın teklifte bulunan kimse ile şayet, böyle bir teklif yoksa bilirkişinin bulacağı sözleşme tarihindeki muhtemel teklif fiyatı ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılması sonucu, teklif fiyatı ve haklı fesihten sonra yapılan sözleşme fiyatı arasındaki fark, menfi zararı oluşturur" (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) yine aynı yönde bir Yargıtay kararı için bkz: Y. 15. HD., T. 16.6.1994, E. 1993/4758, K. 1994/4044 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴¹² **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 178.



Uyarı

Yüklenici, sözleşmede öngörülen iş programına uymalı, böyle bir program öngörülmemişse işgörme faaliyetlerini benzer işlerdeki normal çalışma temposunda yürütmelidir.

TBK m. 473/f. 1'e göre, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre, yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir. Bu hüküm, iş sahibinin temerrüde veya ayıba karşı tekeffül hükümlerinden kaynaklanan haklarını ileri sürmek için eserin teslim edilmesini beklemek zorunda kalmasını önlemek amacıyla gütmektedir⁴¹³.

TBK m. 473, iş sahibinin yüklenicinin işe başlamada veya yürütmede gecikmesi sebebine dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilmesi için üç farklı ihtimali öngörmektedir. İlk ihtimal, yüklenicinin işe zamanında başlamamasıdır. İkinci ihtimal, yüklenicinin sözleşmede belirlenen iş programına uymamasıdır. Üçüncü ve son ihtimal ise, yüklenicinin bütün hal ve davranışları dikkate alındığında, işin kararlaştırılan sürede bitmeyeceğinin açıkça tespit edilebilmesidir⁴¹⁴. Eserin zamanında tamamlanamayacağı yüklenicinin hali hazırdaki yetersiz iş görmesinden açıkça anlaşılması yeterlidir.

Yüklenicinin, işe başlamada ve yürütmede gecikmeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekmemektedir⁴¹⁵. Eğer yüklenicinin edimi sözleşmenin kurulmasından sonra objektif olarak imkânsızlaşırsa edim yükümlülüğü ortadan kalktığından, yükümlülüğe aykırı bir gecikme ve temerrüt söz konusu olmaz⁴¹⁶. Gecikmenin, iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple⁴¹⁷, onun

⁴¹³ **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1018; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 143; **Koller:** Art. 366 N. 25.

⁴¹⁴ **Koller:** Art. 366 N. 61; **Yeniocak:** s. 120; Uygulamada bu üç ihtimal, birbirinden kolaylıkla ayırt edilmektedir. **Bühler,** Art. 366 N. 14.

⁴¹⁵ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 115; **Aral / Ayrancı:** s. 365; **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 52; **Altaş, Hüseyin:** *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı*, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 98; **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s. 92; **Gauch / Carron:** N. 675; **Honsell:** s. 288; **BSK OR I-Zindel / Pulver:** Art. 366 N. 17; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 144; **Krauskopf, Frédéric:** *Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen*; Schweizerische Baurechtstatut 2007, s. 46; **Yücel, Özge:** *Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu*, AÜHFD, 2008, C. 57, S. 3, s. 784.

⁴¹⁶ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 115; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 144; **Krauskopf:** s. 46; **Gautschi:** Art. 366 N. 4d.

risk alanı dışında⁴¹⁸ ortaya çıkması gerekli ve yeterlidir⁴¹⁹. Gecikme, iş sahibine yüklenebilen bir sebeple meydana geliyorsa, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi mümkün değildir⁴²⁰. Gecikmenin iş sahibine yüklenmesi, gecikme nedeninin onun riziko alanından doğması ve yüklenicinin bu durumu ona ihbar yükümlülüğünü vaktinde yerine getirmesi halinde ortaya çıkar⁴²¹. İş sahibi, işin başlamasına veya görülmesine bizzat engel olsa bile, buna yüklenicinin tehlike yaratan bir davranışını önlemek için başvurmak zorunda kalmışsa, bu yüzden doğan gecikmeler karşısında gene de sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmelidir⁴²².

TBK m. 473/f. I uyarınca sözleşmeden dönebilmek için, işteki gecikmenin sözleşmeye aykırı olması şarttır⁴²³. Yukarıda belirtildiği gibi eserin meydana gelmesinin objektif olarak imkânsız hale geldiği ya da iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü durumda sözleşmeye aykırılık yoktur⁴²⁴.

TBK m. 473/f. I'e göre sözleşmeden dönülebilmesi için yerine getirilmesi gerekli şekli şartlar bakımından doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Bir görüşü savunan yazarlarca⁴²⁵, iş sahibinin ifadan önce dönme hakkını kullanabilmesi için önce yükleniciye ihtar çekmesi ve TBK m. 124'teki durumlardan biri olmadıkça, işe başlaması ve devam etmesi için uygun bir süre vermesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴²⁶.

⁴¹⁷ İş sahibine yüklenebilir nedenlere örnek olarak planların hazırlanmaması, malzemenin geç verilmesi, inşaat yerinin zamanında teslim edilmemesi, inşaat sahibinin istekleri veya inşaatın yürütülmesi sırasında verilen talimatlar gösterilebilir. **Tandoğan**: *Borçlar Özel C. II*, s. 115; **Yücel**: s. 785; **Aydın, Öztürk**: *Yüklenicinin İşe Başlama ve Devam Borcunun Hukuki Niteliği ve Sonuçları*, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, s. 77.

⁴¹⁸ Yüklenicinin risk alanı ile iş sahibinin risk alanının birbirinden ayrılması güçtür. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz: **Koller**: Art. 366 N. 154.

⁴¹⁹ **Yeniocak**: s. 121; **Gümüş**: *Borçlar Özel C. II* (2014), s. 24; **Yücel**: s. 784; **BSK OR I-Zindel / Pulver**: Art. 366 N. 12; **Aydın**: s. 77; **Koller**: Art. 366 N. 149.

⁴²⁰ **Tandoğan**: *Borçlar Özel C. II*, s. 115; **Öz**: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 53; **Altaş**: *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 99; **Şenocak**: *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 25 dpn. 86; **Aydın**: s. 77; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler**: Art. 366 N. 4.

⁴²¹ **Tandoğan**: *Borçlar Özel C. II*, s. 116; **Bettschart**: *La résiliation des contrats de construction*, s. 144; **Öz**: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 54; **Koller**: Art. 366 N. 157; **Bühler**: Art. 366 N. 31; Yüklenicinin ihbar yükümlülüğü, sadakat ve özen yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. **Gautschi**: Art. 366 N. 4d.

⁴²² **Öz**: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 53.

⁴²³ **Krauskopf**: s. 46; **Gautschi**: Art. 366 N. 4d.

⁴²⁴ **CHK - Hürlimann / Siegenthaler**: Art. 366 N. 4.

⁴²⁵ **Yavuz / Acar / Özen**: s. 1020; **Krauskopf**: s. 42; **Tandoğan**: *Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması*, s. 5; **Bettschart**: *La résiliation des contrats de construction*, s. 144; **Henninger**, s. 243; **Aydın**: s. 80; **Gauch**: *Fristen und Termine*, s. 17; **Tercier / Favre**: N. 4449.

⁴²⁶ **Tandoğan**: *Borçlar Özel C. II*, s. 118; **Şenocak**: *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 25; **Ergezen**: s. 64; **Krauskopf**: s. 46; **Bucher**: s. 214.



Uyarı

İş sahibinin vereceği sürenin uygunluğu belirlenirken, çalışma temposunun, işçi, araç ve gereç sayısının beklenebilecek normal oranda artırılması halinde işin bitirilmesi için yeterli olup olmadığına bakılmalıdır⁴²⁷.

Doktrinde baskın görüşü savunan yazarlarca⁴²⁸, TBK m. 473/f. 1'in koşulları oluştuğunda, fıkra da yalnızca iş sahibinin dönme hakkından bahsedilmekte ise de, bu hükmün TBK m. 125 vd hükümlerine yollama yapan bir atıf hükmü olduğu, bu sebeple, yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde iş sahibinin sözleşmeyi ileriye veya geriye etkili olarak sona erdirmesi dışında, TBK m. 125'de öngörülen diğer iki imkâna da başvurabileceği ileri sürülmektedir.

TBK m. 473/f. 1'e göre, iş sahibi vadeye beklemeye gerek olmaksızın sözleşmeden dönebilir⁴²⁹. İş sahibinin dönme hakkını kullanması halinde dönme beyanının karşı tarafa varmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer⁴³⁰. Geçmişe etkili sona ermenin sonucu ifa edilmiş edimlerin geri verilmesi, ifa edilmeyen borçların ise sona ermesidir⁴³¹.

Dönme halinde iş sahibi ifa ettiği edimin iadesi yanında menfi zararının tazminini de isteyebilir⁴³². Yüklenici, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını kanıtlayarak iş sahibinin menfi zararını tazmin etmekten kurtulabilir⁴³³.

İş sahibi tarafından ifa zamanından önce sözleşmenin sona erdirilmesi halinde, sözleşme, geriye etkili olarak sona erer. İş sahibi tarafından eser sözleşmesinden bu şekilde dönülmesi, yükleniciyi TBK m. 125/f. II/İBK m. 109/f. 2 koşullarına göre zarar tazmin etmeye zorlar⁴³⁴. TBK m. 473/f. 1'e giren durum-

⁴²⁷ **Altaş**: *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı*, s. 105; **Ergezen**: s. 65.

⁴²⁸ **Yavuz / Acar / Özen**: s. 1020; **Gauch / Carron**: N. 675; **Kocaağa**: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 94; **Koller**: Art. 366 N. 84; **Bettschart**: *La résiliation des contrats de construction*, s. 146; **Şenocak**: *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 25; **Henninger**: s. 245; **Krauskopf**: s. 46; **Bühler**: Art. 366 N. 53; **Gauch**: *Fristen und Termine*, s. 17.

⁴²⁹ **Aydın**: s. 81; **BSK OR I-Zindel / Pulver**: Art. 366 N. 19; **Henninger**: s. 244.

⁴³⁰ **Yücel**: s. 786; **Krauskopf**: s. 47.

⁴³¹ **Yücel**: s. 786; **Henninger**: s. 244.

⁴³² **Gauch / Carron**: N. 675; **Yücel**: s. 786; **Aydın**: s. 81; **Henninger**: s. 245; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler**: Art. 366 N. 5.

⁴³³ **Yücel**: s. 787.

⁴³⁴ **Gauch / Carron**: N. 683; **BSK OR I-Zindel / Pulver**: Art. 366 N. 26; **Trümpy-Jäger**: *Vorzeitige Beendigung*, s. 144.

Y. 15. HD, T. 19.4.2004, E. 2003/5541, K. 2004/2201 "...Yanlar arasındaki sözleşme B.K.'nun 358.maddesi ilk fıkrası uyarınca fesh edilmiştir. Gerçekten, davacı yüklenici hem ruhsatı geç alarak işe başlamada gecikmiş, hem de 26.1.1999 tarihinde ruhsat alınmasına rağmen ise hiç başlamamıştır. Sözleşmenin feshinde kusurun davacı yüklenicide olduğu açık-seçiktir. Taraflar arasındaki 20.4.1998 ve 20.5.1998 tarihli sözleşmelerde arsa payı devri karşılığı inşaat yapımı öngörüldüğünden karşılıklı hak ve borçları içerir. Bu bakımdan aktin feshinde uygulanacak yasa hükmü B.K.nun 106 ve 108.maddeleridir.

larda eser sözleşmesinin ileriye etkili olarak feshedileceğini savunan görüşe göre, iş sahibi, olumlu zararının tazminini isteyebilir.

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde, teslim vadesinde eser tamamlanmadığı veya yüklenici tamamlanan eseri teslim etmediğinden, bu şekilde temerrüdün hukuki sonuçlarına TBK m. 473/f. I hükmü değil, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanacaktır⁴³⁵.

İş sahibinin TBK m. 473/f. I uyarınca sözleşmeden dönebilmesi için iş sahibine borçlu temerrüdü hükümleri uyarınca süre vermesi gerekmektedir⁴³⁶.



İş sahibinin eser sözleşmesini zarar tazmin yükümlülüğü olmaksızın sona erdirmesi, ek bir takım şartların varlığına bağlıdır. İş sahibi tarafından yükleniciye eser sözleşmesinden doğan borcunu gereği gibi ifa etmesi için uygun bir süre verilmelidir. Yüklenicinin, yalnız borcunu gereği gibi ifa ederek yükümlülüğünden kurtulması yükümlülüğü değil, aynı zamanda buna hakkı da bulunmaktadır. Bu hakkın ondan bir anda alınması mümkün değildir. Alacaklı, ihtarda bulunarak, borçlunun davranışının sözleşmenin gereği gibi ifası niteliği taşımadığı, ona süre vererek gereği gibi ifada bulunarak kurtulabilmesi için son bir olanak tanınmalıdır⁴³⁷.

TBK m. 473/f. II'ye göre, "Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir".

Sözleşmeyi haklı olarak fesh eden davalı ve karşı davacı arsa sahiplerinin isteyebileceği zarar gerek doktrin ve gerekse Yargıtay uygulamasında menfi zarar olarak kabul edilmektedir.

Menfi zarar kapsamına, sözleşmenin ifa ile bitirileceğine güvenilerek başka bir yüklenici ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan zarar da girer.

Somut uyumsuzlukta, davalı ve karşı davacıların isteminin bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir. Daha açığı, davacı arsa sahipleri davacı ve karşı davalı yüklenici ile o tarihlerde sözleşme yapmayı, başka bir yükleniciyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmayı arsanın bulunduğu yer ve o tarihlerdeki rayiçler gözetilerek arsasına karşılık inşaat yapımında kaç bağımsız bölüm alabilecekler ise sonradan bir başka yükleniciyle yaptığı sözleşme objektif şartlarla yapılmış ve daha az sayıda bağımsız bölüm sağlanmışsa, arsa sahipleri menfi zarar olarak bu iki sözleşme arasındaki farkın parasal değerini, menfi zarar olarak yükleniciden isteyebilir. O halde mahkemece yapılması gereken husus; yukarıdan beri anlatılan çerçevede bilirkişi incelemesi yaptırılarak davacı karşı davacı arsa sahiplerinin talep edebileceği menfi zararları olup olmadığını bilirkişilerce etraflıca açıklığa kavuşturmak, varsa bunun parasal tutarını hesaplatıp hüküm altına almak, aksi halde karşı davayı reddetmekten ibarettir. Bu yönler üzerinde durulmadan eksik araştırma ve incelemeyle karşı davanın reddi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmektedir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴³⁵ Krauskopf: s. 48.

⁴³⁶ Gautschi: Art. 366 N. 1c; Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir: *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992, s. 357; Koller: Art. 366 N. 254.

⁴³⁷ Gautschi: Art. 366 N. 1c.

Bu hükme başvurulması için aranan ilk şart, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olmasının eserin ifası sırasında meydana gelmesidir⁴³⁸. “Eserin ifası sırasında”dan kasıt, yüklenicinin çalışmaya başlaması ve fakat eserin bitmemiş olmasıdır⁴³⁹.

Eserin meydana getirilmesi sırasında meydana getirilen eserin ayıplı veya diğer bir sebeple sözleşmeye aykırı olacağı kesin olarak kabul edilmelidir⁴⁴⁰. İşin yapılması sırasında eserde belli niteliklerin bulunmaması, eser tamamlandığında onun ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağını açıkça gösteriyorsa TBK m. 473/f. II’de yer alan ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın kesin olarak tahmin edilebilmesi şartı gerçekleşmiş olur⁴⁴¹.

TBK m. 473/f. II’de yer alan “meydana getirilme sırasında” ifadesinden yapımına başlanmış eserin henüz tamamlanmamış olması gerektiği anlaşılmaktadır⁴⁴². Bu nedenle eser tamamlandıktan veya teslim edildikten sonra ayıplı olduğu ortaya çıkarsa TBK m. 473/f. II uygulanmaz⁴⁴³.

Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılması, yüklenicinin kusuruna dayanmalıdır⁴⁴⁴. Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılmasının yüklenicinin kusuruna dayanması gerektiği ifa edilmekte ise de, bunun ayıbın doğumunda iş sahibinin kendi kusurunun bulunmaması şeklinde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁴⁵.

İş sahibi, ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermesi için yükleniciye uygun bir süre vermeli ve bu süre içinde ayıp giderilmez veya eser sözleşmeye uygun hale getirilmezse, işin üçüncü kişiye yaptırılacağı ihtarında bulunmalıdır⁴⁴⁶. İş

⁴³⁸ **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 366 N. 6; **Krauskopf:** s. 49; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 145; **Karataş,** s. 131.

⁴³⁹ **Aral / Ayrancı:** s. 358; **Bühler:** Art. 366 N. 62; **Krauskopf:** s. 49; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 366 N. 7.

⁴⁴⁰ **Kocaağa, Köksal:** *Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağıın Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 6 S. 1, 2004, İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, s. 182; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1005; **Krauskopf:** s. 49; **Avcı, Ali:** *Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Özen ve Sadakat Borcu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2015, S. 119, s. 390.

⁴⁴¹ **Aral / Ayrancı:** s. 359.

⁴⁴² **Kocaağa:** *İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar*, s. 183.

⁴⁴³ **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1006; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 366 N. 7.

⁴⁴⁴ **Krauskopf:** s. 49; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1006.

⁴⁴⁵ **Kocaağa:** *İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar*, s. 186; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 145; **Krauskopf:** s. 49-50; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1006.

⁴⁴⁶ **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1006; **Aral / Ayrancı:** s. 359; **Avcı:** *Özen ve Sadakat Borcu*, s. 390; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 366 N. 9; **Krauskopf:** s. 50.

sahibi, süreyi kendisi verebileceği gibi, hâkime de tayin ettirebilir⁴⁴⁷. Var olan ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın bizzat yüklenici tarafından giderilmesi mümkün değilse veya yüklenici ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermeyi önceden reddetmişse, süre vermeye gerek bulunmamaktadır⁴⁴⁸.

Yüklenicinin bizzat iş görmeyi borçlandığı hallerde veya iş sahibinden somut olayın özel şartlarına göre üçüncü bir kişiye işi yaptırması beklenemiyorsa veya işin görülmesinin yüklenici tarafından sözleşme ihlali oluşturacak şekilde üçüncü bir kişiye bırakıldığı hallerde iş sahibi, TBK m. 473/f. I'deki dönme hakkını kıyasen uygulayabilir⁴⁴⁹. İş sahibinin sözleşmeden dönmesi, geçmişe etkili sonuç doğurur⁴⁵⁰. Bu durumda iş sahibi bedel ödemeyi reddedebileceği gibi daha önceden ödemiş olduğu bedelin iadesini de talep edebilir⁴⁵¹. Buna karşılık, işin daha önce yerine getirilmiş kısmını iade etmesi gerekir⁴⁵². Buna karşılık doktrinde bir görüş⁴⁵³, daha önce yapımına başlanan işlerde, iş sahibinin yapılan işi alıkoymak ve bu kısmın bedelini ödemek suretiyle sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebileceğini savunmaktadır.

Yükleniciye işin bitirilmesi için TBK m. 473/f. II'ye göre süre veren iş sahibi; bu süre sona erince iş hala bitmemişse derhal fesih beyanında bulunmalıdır. İş sahibi, yüklenicinin işe bir süre daha devamına göz yumup sonradan fesih beyanında bulunursa artık TBK m. 473/f. II değil TBK m. 484 uygulanır⁴⁵⁴.



Uyarı

Somut olayda yalnızca TBK m. 473/f. II hükümlerinin gerçekleşmiş olması, iş sahibinin yalnızca onarım veya işe devamı üçüncü bir kişiye bırakacağı anlamına gelmemektedir. İş sahibi, TBK m. 484 hükmüne göre eser sözleşmesini feshedebilir. Yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı, sözleşmeye bağlılık bakımından ağır bir ihlal teşkil ediyorsa, sözleşmeyi TBK m. 484 hükmüne göre fesheden iş sahibi, haklı bir sebebe dayanabilir ve TBK m. 484'deki zarar tazmin yükümlülüğünden kurtulabilir⁴⁵⁵.

⁴⁴⁷ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 145.

⁴⁴⁸ **Kocaağa:** *İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar*, s. 187; **Krauskopf:** s. 50.

⁴⁴⁹ **Tercier / Favre:** N. 4455; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1007; **Krauskopf:** s. 50; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 366 N.11; **Honsell:** s. 288.

⁴⁵⁰ **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 116; **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 70; **Kocaağa:** *İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar*, s. 198; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1007; **Avcı:** *Özen ve Sadakat Borcu*, s. 391.

⁴⁵¹ **Kocaağa:** *İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar*, s. 198.

⁴⁵² **Kocaağa:** *İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar*, s. 198; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 117.

⁴⁵³ **Aral / Ayrancı:** s. 363.

⁴⁵⁴ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 346 dpn. 92.

⁴⁵⁵ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 894e.

3. Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Ayıbı üstlenme borcu, yüklenicinin eseri teslim borcunun tamamlayıcısıdır. Yüklenicinin eseri meydana getirip teslim etmesine ilişkin asli yükümlülüğüne eserin ayıpsız olarak meydana getirilmesi de dahildir.

a. Şartları

Yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için, eser tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olmalıdır. Henüz bitmemiş bir eser teslim edilmiş sayılmayacağı için, mevcut haliyle beklenen nitelikleri taşımasa bile ayıp sebebiyle sorumluluk hükümleri de uygulanmaz⁴⁵⁶.

Yüklenicinin eserdeki ayıp sebebiyle sorumluluğuna başvurulabilmesi için aranan ikinci şart, eserin ayıplı olmasıdır⁴⁵⁷. Eserdeki ayıp, yüklenici tarafından vaad edilen niteliklerin veya eserde bulunması zorunlu vasıfların bulunmaması durumunda ortaya çıkmaktadır⁴⁵⁸.

Eserdeki ayıp, maddi ve hukuki ayıp⁴⁵⁹, önemli- önemsiz ayıp⁴⁶⁰ veya açık veya gizli ayıp olarak ortaya çıkabilir⁴⁶¹. Eserdeki ayıp, somut sözleşmenin içeriğine bağlı göreceli bir kavramdır. Açık ayıplar, olağan bir inceleme sonucunda

⁴⁵⁶ Tandoğan: *Borçlar Özel C. II*, s. 160.

⁴⁵⁷ Şahin, Turan: *Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, Y. 2011, s. 138; Atamullu: s. 72.

⁴⁵⁸ Yavuz / Acar / Özen: s. 1025; Tercier / Favre: N. 4471; Gauch / Carron: N. 1356; Burcuoğlu, Haluk: *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakları Kullanabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 284; Şahin: *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 138; Turanboy, Asuman: *Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti*, s. 158; Kanber, Kemal: *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu*, Ankara Barosu Dergisi, 1997/3, s. 39; Şahin: *Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 39; Zevkliler/Gökyayla: s. 548; Şenocak: *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 93; Yakuppur, s. 53; Canbolat, Ferhat: *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*, Ankara 2009, s. 65.

⁴⁵⁹ Hukuki ayıp, çoğunlukla kamu hukukunun, binalar, makineler ve araçların kullanılması veya işletilmesi amacıyla güvenlik veya başka düşüncelerle koyduğu kurallara uyulmamasını ifade eden ayıplardır. Burcuoğlu: s. 286; Şahin: *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 139; Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 141; Şenocak: *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 103; Yakuppur: s. 55; Canbolat: s. 42.

⁴⁶⁰ Şahin: *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 140; Burcuoğlu: s. 286; Yener, Mehmet Deniz: *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 1, 2009, s. 158; Şenocak: *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 105; Turanboy: s. 162.

⁴⁶¹ Yavuz / Acar / Özen: s. 1026; Burcuoğlu: s. 285; Kanber: *Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu*, s. 39; Yener: *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 157; Zevkliler/Gökyayla: s. 540.

görülen ve anlaşılabilen ayıplardır⁴⁶². Açık ayıplardan dolayı yüklenicinin sorumluluğuna gidilebilmesi için, iş sahibinin bu ayıpları zamanında yükleniciye bildirmesi gerekmektedir. Gizli ayıplar, eserin teslimi anında olağan bir inceleme sonucu anlaşılabilen, özel ve teknik inceleme ile veya zaman içinde kullanım sonucu ortaya çıkan ayıplardır⁴⁶³. Yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için gizli ayıpların gecikmeden bildirilmesi gerekmektedir⁴⁶⁴.

Eserin ayıplı olması dolayısıyla sahip olunan hakların kullanılabilmesi için gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmiş olması gerekir⁴⁶⁵. TBK m. 474/f. l'e göre, "İş sahibi eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır"⁴⁶⁶. Eserin tamamlanmasından önce eser sözleşmesinin feshi söz konusu olduğundan, iş sahibi, taşınır şeylerde ifa edilmiş kısmın yüklenici tarafından iş sahibine tesliminden, iş sahibinin arsasında yapılan taşınmaza ilişkin eser sözleşmelerinde ise fesih bildiriminden sonra eseri gözden geçirmelidir⁴⁶⁷.

Gözden geçirme ve bildirim süresinin ne kadar olacağını, tarafların sözleşme ile kararlaştırmaları mümkündür. Gözden geçirme ve bildirim sürelerinin tek taraflı olarak belirlenmesi mümkün değildir⁴⁶⁸.

⁴⁶² **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 139; **Burcuoğlu:** s. 286; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 157; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 141; **Canbolat:** s. 76; **Turanboy:** s. 161.

⁴⁶³ **Turanboy:** s. 161; **Atamullu:** s. 73; **Kanber:** *Müteahhidin İnşaatteki Bozuluktan Doğan Sorumluluğu*, s. 45; **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 140; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 157.

⁴⁶⁴ **Turanboy:** s. 161; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 157.

⁴⁶⁵ **Burcuoğlu:** s. 306; **Turanboy:** s. 163; **Uçar, Ayhan:** *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara 2003, s. 137; **Canbolat:** s. 83; **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 141; **BSK OR I-Zindel / Pulver:** Art. 367 N. 2 aynı yönde; **Atamullu:** s. 77; **Kanber:** *Müteahhidin İnşaatteki Bozuluktan Doğan Sorumluluğu*, s. 40; **Uçar, Ayhan:** *İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması*, AÜEHFD, s. 31-67, s. 49; **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 112.

⁴⁶⁶ **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 112; **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 137; **Burcuoğlu:** s. 306.

⁴⁶⁷ İş sahibinin teslimden veya fesih beyanından önce ayıptan haberdar olduğu veya eseri gözden geçirdiği istisnai durumlarda da, gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğü doğmayacaktır. **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 113.

⁴⁶⁸ **Büyükkay:** s. 113.



Uyarı

Gözden geçirme süresi için bir teamül ya da yaygın bir uygulama yoksa, yalnızca imkan bulma unsuruna dayanmak yeterlidir. Bunun için de olayın koşullarına göre, normal bir iş sahibinin eseri gözden geçirmeye başlaması ve bu işi özenle yapması için ne kadar zaman gerektiğine bakılmalıdır⁴⁶⁹.

Taraflardan her biri, TBK m. 474/f. II hükmü gereği bedelini kendisi karşılamak kaydıyla, eserin uzman bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonuçun bir raporla tespitini isteyebilir⁴⁷⁰. Her ne kadar maddede bir açıklık yoksa da, bu bilirkişinin resmi bilirkişi olduğu kabul edilmektedir⁴⁷¹. Türk Hukuku'nda bu hüküm, delil tespiti için mahkemeye bilirkişi tayin ettirmek şeklinde uygulanmaktadır⁴⁷². Uygulamada özellikle inşaat işlerinde iş sahibi yüklenici aleyhine asıl davayı açmadan önce, yapının gereken şekilde yapılıp yapılmadığını, eksik işlerin nelerden ibaret olduğunu tespit için mahkemeden bilirkişi tayini ve delil tespiti istenmektedir.



Uyarı

Ayıptan haberi olduğu ve uygun zamanda bildirimde bulunduğunu ispat yükü, yükleniciye aittir⁴⁷³. Eğer, yüklenici, iş sahibinin ayıptan daha önce haberi olduğunu ileri sürüyorsa, bunu ispatlaması gerekmektedir.

Yüklenicinin ayıplı hileli olarak gizlediği durumda, gerek açık gerekse gizli ayıplar bakımından iş sahibi için gözden geçirme ve bildirim külfeti söz konusu olmayacaktır. Burada esasen yalnız yüklenicinin hileli davranışları değil, ifa anında dürüstlük kuralına aykırı herhangi bir davranışının varlığı, bildirim külfetinden muafiyet bakımından yeterlidir⁴⁷⁴.

Eserin ayıplı olmasına bizzat iş sahibi neden olmuşsa, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanması mümkün değildir⁴⁷⁵. TBK m. 476'ya göre, "Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz". Bu hükmün uygula-

⁴⁶⁹ **Büyükay:** s. 117.

⁴⁷⁰ **Atamullu:** s. 77.

⁴⁷¹ **Turanboy:** s. 164; **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 140.

⁴⁷² **Burcuoğlu:** s. 312; **Turanboy:** s. 164; **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 140; **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 115.

⁴⁷³ **Yücer-Aktürk, İpek:** *Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri*, Ankara 2012, s. 225; **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 147.

⁴⁷⁴ **Yücer-Aktürk:** s. 230.

⁴⁷⁵ **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 197; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 369 N. 1.

nabilmesi için, eserdeki ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın iş sahibinin bir davranışıyla uygun illiyet bağı içerisinde meydana gelmiş olması gerekmektedir⁴⁷⁶.



TBK m. 476 anlamında, iş sahibinin tutumundan kaynaklanma, iş sahibinin yalnızca kendisinin eserdeki ayıptan sorumlu olması durumunda söz konusu olur. Eserdeki ayıba iş sahibinin neden olması, iş sahibinin ifa yardımcısı olan kişilerin davranışlarından da kaynaklanabilir⁴⁷⁷. İş sahibinin veya yardımcılarının kusurlu olması gerekmemektedir; Kanun, kusurun iş sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklanmasını yeterli görmektedir⁴⁷⁸.

Eserdeki ayıp, iş sahibinin verdiği malzeme veya arsanın kusuru sebebiyle oluşmuşsa, ayıplardan dolayı sorumluluk iş sahibine aittir, ancak yüklenicinin de malzeme ve arsayı kontrol etmesi, bu konuda iş sahibini uarması gerekmektedir⁴⁷⁹.



Eserdeki ayıba iş sahibinin neden olmasına, proje ismarlayan iş sahibinin yanlış bilgiler vermesi üzerine projenin hatalı olması, kendi arsasında yapılan inşaatlarda iş sahibinin yükleniciye çalışacak ortam sağlamaması gibi örnekler de verilebilir⁴⁸⁰.

TBK m. 476 anlamında eserdeki ayıbın iş sahibine yüklenebildiği hallerde, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kendiliğinden sona erer⁴⁸¹. Eserdeki ayıbın iş sahibinden kaynaklandığı hususunda ispat yükü, yükleniciye düşmektedir⁴⁸².

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden dolayı sorumlu olması için sorumluluğunun tarafların anlaşmasıyla ortadan kaldırılmaması veya sınırlandırılmaması gerekmektedir⁴⁸³.

Eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül borcunu düzenleyen hükümlerde ayıptan dolayı iş sahibine tanınan haklar emredici nitelikte olmadığından, kusur sorumluluğu ve tekeffül sözleşme ile değiştirilebilir. Eserin ayıplı olarak teslimi halinde, iş sahibine seçimlik haklar tanıyan TBK m. 475 hükmü tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcuna aykırı hareket etmesi

⁴⁷⁶ **Bühler:** Art. 369 N. 10.

⁴⁷⁷ **CHK-Hürlimann/Siegenthaler,** Art. 369 N. 1; **Gauch / Carron:** N. 1921; **Tercier / Favre:** N. 4492.

⁴⁷⁸ **Tercier / Favre:** N. 4493; **Burcuoğlu:** s. 302; **Bühler:** Art. 369 N. 17.

⁴⁷⁹ **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 171; **Zevkililer / Gökyayla:** s. 550; **Burcuoğlu:** s. 301.

⁴⁸⁰ **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 197.

⁴⁸¹ **Gümüş:** *Borçlar Özel C. 2*, s. 119.

⁴⁸² **Gauch / Carron:** N. 1914.

⁴⁸³ **Uçar:** *Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması*, s. 36; **Schmid / Stöckli:** N. 1747.

durumunda iş sahibine tanınan haklar, TBK m. 115'e aykırı düşmemek kaydıyla bir anlaşma ile önceden sınırlandırılabilir gibi, tamamen kaldırılması da mümkündür⁴⁸⁴. Örneğin, taraflar, borçlara uygulanacak zamanaşımının, gözden geçirme ve bildirim sürelerinin ne olacağını, sözleşmede daha önceden tespit edebilecekleri gibi, TBK m. 475'te iş sahibine tanınan hakları da önceden açıkça veya örtülü olarak daraltabilecekler ya da tamamen ortadan kaldıracabileceklerdir.

b. İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları

TBK m. 475, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, teslim edilmiş eseri gözden geçirme ve bulunduğu ayıpları bildirme mükellefiyetlerini yerine getiren iş sahibine ayıbın giderilmesini isteme, sözleşmeden dönme veya ücretin indirilmesini talep hakları tanınmıştır. Daha önceden de belirtildiği üzere, iş sahibi tam tazminat yoluyla sözleşmeyi feshettiği takdirde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması mümkün değildir. Ayrıca yüklenicinin kusurlu olması halinde iş sahibine eserdeki ayıpların neden olduğu zararların tazminini talep etme hakkı da tanınmıştır⁴⁸⁵.



Uyarı

İş sahibine tanınan haklar, seçimlik hak niteliğindedir⁴⁸⁶. Bu hakların kullanımı yüklenicinin kusurlu olmasına bağlı değildir⁴⁸⁷. Seçimlik hakkın kullanılması ile birlikte iş sahibinin hakları seçilen hak üzerinde toplanmakta ve diğer haklar tükenmektedir⁴⁸⁸. Yalnız, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı olarak iş sahibinin tazminat talep etme hakkını diğer seçimlik haklarla birlikte kullanması mümkündür⁴⁸⁹. Diğer taraftan ayıbın giderilmesi hakkının başarısız olması halinde yeniden ikinci bir seçim hakkı oluşmaktadır⁴⁹⁰.

⁴⁸⁴ **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 227.

⁴⁸⁵ **Turanboy:** s. 167.

⁴⁸⁶ Y. 15. HD, T. 05.06. 2012, E. 2011/1544, K. 2012/4189 "...İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları BK'nın 360. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre eseri teslim alan iş sahibi muayene ve ayıpları ihbar yükümlülüğünü yerine getirmişse eserin düzeltilmesini isteme (islah ve tamir), sözleşmeden rücu (kabulden kaçınma) veya ücretin indirilmesi haklarından birisini kullanabilir. Aynı anda seçimlik haklardan ikisinin veya tamamının kullanılması mümkün değildir. Davada talep edilen kalemlerden eksik izolasyon ve eksik drenaj bedeli islah ve tamir seçeneği içinde, değer kaybı ise ücretin indirilmesi seçeneği içinde kalmaktadır. Mahkemece inşaattaki eksik ve ayıplar sözleşmeden rücu edilmesini gerektirmeyecek derecede önemsiz görüldüğüne ve bilirkişilerce saptanan eksik izolasyon bedeli ile eksik drenaj bedeli hüküm altına alındığına göre ayrıca değer kaybına hükmedilmesi mümkün değildir. Varılan sonuçlara göre mahkemece değer kaybına ilişkin istemin reddi gerekirken delillerin takdirinde ve yasa maddelerinin yorumunda yanılığa düşülerek kabulü doğru olmamıştır..." (Uyap Bilişim Sistemi).

⁴⁸⁷ **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 162.

⁴⁸⁸ **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 162; **Tercier / Favre:** N. 4560.

⁴⁸⁹ **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 503; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 162; **Günel:** s. 414; **Bühler:** Art. 368 N. 83.

⁴⁹⁰ **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 162; **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 505.

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a tabi olan eser sözleşmelerinde, eserin ayıplı olması halinde TBK'dan farklı olarak eserin değiştirilmesini talep hakkı tanınmıştır (TKHK m. 11). Ayrıca tüketicinin ayıbın giderilmesi yani onarım hakkını kullanması durumunda TKHK m. 11/f. IV'e göre, bu talebin otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlar için ise altmış iş günü içerisinde yerine getirilmesi gerekmektedir.

TBK m. 475/f. I'e göre, "Eser, iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme" mümkündür.

Dönme hakkının kullanılabilmesi için, eserdeki ayıbın önemli olması gerekmektedir⁴⁹¹. Sözleşmeden dönme hakkının asli şartı, eserin kabulünün beklenemezliği⁴⁹². Eserin kullanılamazlığı, iş sahibi tarafından eserin kabulünün beklenilemezliği şartının uygulama durumlarından biridir⁴⁹³.

İş sahibinin hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı bir eser karşısında bulunup bulunmadığı, somut olayın koşulları dikkate alınarak, tarafların karşılıklı menfaatlerinin hakkaniyete göre ölçülmesiyle belirlenir⁴⁹⁴. Bu ölçme yapılırken, ayıbın çeşidi ve kapsamı bakımından somut olayın bütün önemli koşulları⁴⁹⁵ göz önünde tutularak sözleşmenin ortadan kalkmasını haklı gösterip göstermediğine bakılmalıdır⁴⁹⁶. Olayın önemli koşulları arasında yalnız ayıbın kendisine ilişkin olanlar değil, kabulün beklenemezliğini olumlu veya olumsuz etkileyebilecek bütün koşullar da hesaba katılmalıdır⁴⁹⁷. Eserin kullanılamazlığının iş sahibine sözleşmeden dönme hakkını tanıması için teslim edilen eserin ayıp yüzünden kullanılamaz derecede olması ve eserdeki ayıbın hiçbir

⁴⁹¹ **Gümüş:** *Borçlar Özel C. II* (2014), s. 64; **Seliçi:** *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 157; **Kahraman:** *Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu*, s. 435; **Bucher:** BT, s. 209; **Uzun-Kazmacı:** s. 26; **Burcuoğlu:** s. 290; **Tercier / Favre:** N. 4610; **Schmid / Stöckli:** N. 1772.

⁴⁹² **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 142; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 163; **Günel, Mustafa Cahit:** *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar*, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 416.

⁴⁹³ **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 142; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 163; **Bühler:** Art. 368 N. 48; **Glasl,** s. 227.

⁴⁹⁴ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 181; **Burcuoğlu:** s. 290; **Şenocak:** *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 51; **Turanboy:** s. 170; **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 142; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 163; **Günel,** s. 416.

⁴⁹⁵ **Şenocak:** *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 51.

⁴⁹⁶ **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 142; **Günel,** s. 416.

⁴⁹⁷ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 181.

şekilde giderilmesinin mümkün olmaması gerekir⁴⁹⁸. Kullanılamazlık, iş sahibinin özel ihtiyaçlarına göre değerlendirilmelidir⁴⁹⁹. Bu noktada sözleşmede öngörülen kullanım tarzı da dikkate alınmalıdır⁵⁰⁰. Ayıp nedeniyle eserin sözleşmede öngörülen kullanımı bakımından elverişlilik derecesinin azalması, TBK m. 475/f. I anlamında eserin kullanılamaz olarak kabulü için yeterli değildir⁵⁰¹. Sözleşmede kararlaştırılan niteliklerin eksikliği halinde kural olarak iş sahibinin kabule zorlanamayacağı kabul edilmektedir. Bunun aksini iddia eden yüklenici, bu iddiasını ispat etmelidir⁵⁰².

Uyarı



Somut olay koşullarına örnek olarak, ücretten indirim yapılmasını ya da ayıbın giderilmesini isteme hakkının iş sahibinin işine yarayıp yaramaması, sözleşmeden dönmenin iş sahibine sağlayacağı yarara nazaran yüklenici için daha ağır sonuçlar doğurması, yüklenicinin ayıbı gidermeye ehil ve istekli olup olmaması, eserin yüklenici tarafından satılarak değerlendirilebilir olup olmadığı verilebilir.

Sözleşmeden dönülmesi üzerine iş sahibi yükleniciye ödediği bedelin iadesini talep edebilir⁵⁰³.

⁴⁹⁸ **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 143; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 163; **Bühler:** Art. 368 N. 49.

Y. 15.HD., T. 9.2.2015, E. 2014/6693, K. 2015/571 "...Uyuşmazlık tarihi itibarıyla olaya uygulanması gereken 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 360/İ. maddesi uyarınca iş sahibinin eseri kabulden imtina hakkını kullanabilmesi için eserin iş sahibinin kullanamayacağı ya da kabule icbar edilemeyeceği derecede ayıplı olduğunun belirlenmesi zorunludur. Aynı düzenlemenin ikinci fıkrasında da, ayıbın ilk fıkrada gösterilen derecede önemli olmaması, başka bir anlatımla kullanılabilir ya da iş sahibinin red hakkını kullanamayacağı derecede az ayıplı olması halinde, iş sahibi eseri kabulden imtina edemezse de; iş bedelinin ayıp miktarında indirim ya da tamirat yapılmasını isteme hakkına sahiptir.

Mahkemece yapılan keşif sonrasında alınan bilirkişiler kurulu raporunda yüklenici tarafından yapılan imalâtın kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olduğuna dair bir belirlemeye yer verilmediği gibi yüklenici tarafından yapılan yol halihazırda kullanılmaya devam edilmektedir. İş sahibince sözleşme de feshedilmemiştir. Bu durumda, iş sahibinin 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 360/İ. maddesinde gösterilen eseri reddetme hakkını kullanmadığı gibi kullanma hakkına da sahip olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle; fiili olarak teslim alınarak kullanılan yolla ilgili sözleşme, şartname ve ekleriyle fen ve sanat kurallarına uygun olmayan kısımlar yönünden 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun 360/İ. maddesi uyarınca ayıplı imalât nedeniyle indirilmesi gereken tespit edilerek, bunun iş bedelinden düşülmesinden sonra yükleniciye hakettiği iş bedelinin ödenmesine karar verilmesi yerine, imalât sırasında tutulan tek taraflı tutanaklar esas alınarak işin şartname ve standartlarına uygun yapılmadığından iş bedeli talep edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olması doğru olmamıştır..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁹⁹ **Tercier / Favre:** N. 4611; **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 143; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 163; **Burcuoğlu:** s. 291.

⁵⁰⁰ **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 143; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 163.

⁵⁰¹ **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 163.

⁵⁰² **Günel,** s. 416.

⁵⁰³ **Gümüş:** *Borçlar Özel C. II (2014)*, s. 65.

TBKm. 475/f. III'e göre, "Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz". Bu hükmün asıl amacı, eserin kaldırılması aşırı zarara neden oluyorsa, iş sahibinin dönme hakkını kullanmasını engellemektir⁵⁰⁴. TBK m. 475/f. III hükmü, özellikle yüklenicinin iş sahibinin arsasında yaptığı inşaat işlerinde uygulama alanı bulacak olsa da, inşaatların yalnızca arsa sahibinin arsası üzerinde yapılan yapılardan ibaret olmadığı; arsayla veya arsada bulunan bir yapıya sıkı şekilde bağlı ve bu yüzden sökülmesi imkânsız veya aşırı zarar doğuracak her türlü eserin, kural olarak bu hükümdeki yasağın kapsamına gireceği kabul edilmektedir⁵⁰⁵.

Uyarı



İş sahibinin dönme hakkını sınırlandıran eserin yıkılması ve kaldırılması işlemlerinin fazla bir zarara neden olup olmadığı değerlendirilirken, somut olayın şartları, özellikle eserin arsaya bağlı olarak arz ettiği kıymetle, arsadan kaldırıldığı zaman uğrayacağı değer düşüklüğü göz önüne alınmalıdır⁵⁰⁶. Bu değerlendirme, hâkimin takdir yetkisine dayalı olarak yapılacaktır⁵⁰⁷. Örneğin, pencerelerin ya da kapıların kaldırılmasının, aşırı bir zarara yol açmayacağı kabul edilmelidir⁵⁰⁸.

Eserin tamamen ve kesin olarak kullanılamaz olduğu veya eserin insan hayatı ve sağlığı için tehlike içerdiği ve bu tehlikelerin diğer yollarla önlenemediği durumlarda da, eserin yıkılmasının veya kaldırılmasının aşırı bir masrafa yol açmayacağı kabul edilmektedir⁵⁰⁹.

Durumun TBK m. 475/f. III kapsamına girdiğini ve bu yüzden sözleşmeden dönülemeyeceğini ispat yükü yükleniciye aittir⁵¹⁰. Yüklenicinin ispat etmesi gereken husus, ilk aşamada yapının yıkılıp kaldırılmasının aşırı bir zarar doğuracak olmasından ibarettir⁵¹¹.

⁵⁰⁴ **Ergezen:** s. 93; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 1573; **Serozan, Rona:** *Sözleşmeden Dönme*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007, s. 307.

⁵⁰⁵ **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 125; **Şahiniz:** *Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 148; **Şenocak:** *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 53.

⁵⁰⁶ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 1575; **Burcuoğlu:** s. 291; **Ergezen:** s. 94; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 147; **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 144; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 164; **Günel:** s. 418.

⁵⁰⁷ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 183; **Şenocak:** *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 53; **Büyükkay:** *Eser Sözleşmesi*, s. 135; **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 144; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 164; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 1575; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 147.

⁵⁰⁸ **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 127; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 147.

⁵⁰⁹ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 147.

⁵¹⁰ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 1575; **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 126; **Günel:** s. 418.

⁵¹¹ **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 126.

Eserin türü ve şeklinin değiştirilmesi, mülkiyetin üçüncü bir kişiye devri halinde sözleşmeden dönme hakkı ortadan kalkacak, ayıba bağlı diğer haklar varlığını sürdürecektir⁵¹². Sözleşmeden dönme hakkı, eserin iş sahibi tarafından kabul edilmesi sonucunda ortadan kalkabileceği gibi, iş sahibinin sorumlu olduğu bir sebep yüzünden eserin yok olması halinde de ortadan kalkar⁵¹³. Bu durumda ortada eser kalmayacağı için onarım isteme hakkı son bulur⁵¹⁴. İş sahibi, yalnızca eser ücretinin indirilmesini ve şartları oluşmuşsa ayıp sonucu meydana gelen zararın tazminini isteyebilir⁵¹⁵.

Sözleşmeden dönme ile eser sözleşmesi geçmişe etkili olarak sona ermektedir⁵¹⁶. Tarafların yüklenilen edimlerin ifasına ilişkin karşılıklı alacakları, yani iş sahibinin eserin teslimine, yüklenicinin ücretin ödenmesine ilişkin alacağı sona erer⁵¹⁷. Daha önce ifa edilen edimlere ilişkin olarak ise, tarafların iade borcu ortaya çıkar⁵¹⁸. İnşaat arsasının iş sahibine ait olduğu durumlarda, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa, geri verme borcunun konusu ayıplı inşaatı kaldırma ve kalan enkazı alma hakkıdır⁵¹⁹.

Uyarı



Yüklenicinin iş sahibinin uğradığı zararı tazmin etmesi gerekmektedir⁵²⁰. Bu zarar, sözleşmenin kurulması için yapılan masrafları, eserin gözden geçirilmesi için yapılan ve faydasız kalan masrafları, iş sahibinin başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırmışından dolayı uğradığı zararları kapsamaktadır⁵²¹. Buna karşılık, bu zarar sözleşme ifa edilseydi elde edilecek olan karı kapsamamaktadır.

⁵¹² **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 164; **Burcuoğlu:** s. 292; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 149; **Glasl:** s. 227.

⁵¹³ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 148; **Burcuoğlu:** s. 292; **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 144; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 164; **Glasl:** s. 227.

⁵¹⁴ **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 144.

⁵¹⁵ **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 144; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 164; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 148.

⁵¹⁶ **Seliği:** *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 160; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 162; **Günel:** s. 418; **Kahraman:** *Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu*, s. 437; **Bühler:** Art. 368 N. 51; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 148; **Tercier / Favre:** N. 4613.

⁵¹⁷ **Gauch / Carron:** N. 1534; **Şenocak:** *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 49; **Glasl:** s. 227.

⁵¹⁸ **Şenocak:** *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 49; **Schmid / Stöckli:** N. 1776; **Tercier / Favre:** N. 4615.

⁵¹⁹ **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 165.

⁵²⁰ **Tercier / Favre:** N. 4613.

⁵²¹ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 148.

TBK m. 475/f. I/b. 2 gereğince, teslim edilen eserin ayıplı olması durumunda, iş sahibi ücretin ayıp nedeniyle kıymet noksanı uyarınca, indirilmesini talep edebilir. Eser ücretinden ayıp nedeniyle indirim talebinde bulunabilmek için, ayıptan dolayı sorumluluk için aranan genel şartların yanında, ek olarak, iki şartın da gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Teslim edilen eserin değeri; ayıpsız olsaydı, haiz olacağı değerden daha düşük olmalıdır⁵²². Burada eserin piyasa değeri esas alınmalıdır⁵²³. İkinci olarak da, ayıbın varlığına rağmen eserin az veya çok bir değerinin olmasıdır⁵²⁴.

Sözleşme konusu eserin ayıplı veya sözleşme şartlarına aykırı bulunması sözleşmeden dönme hakkını gösteren önemli değilse ve ayıbın giderilmesi aşırı masraf gerektirmiyorsa iş sahibi, ayıbın giderilmesini isteyebilir⁵²⁵. Ayıbın giderilmesinden maksat, ayıplı eserin veya parçalarının bir kısmının tamir edilmesi, düzeltilmesidir⁵²⁶. Ayıbın giderilmesi hakkı, bir görüşe göre⁵²⁷, yenilik doğuran bir hak niteliğindedir. Bizce de doğru olan diğer bir görüşe göre⁵²⁸ ise, iş sahibinin diğer haklarından farklı olarak bu hak, yenilik doğuran bir hak niteliğinde değildir. İş sahibi, bu hakkını kullanınca yüklenici için yeni bir borç doğmamakta, yalnızca eseri ayıpsız şekilde yapma borcu, eserdeki ayıbın giderilmesi şeklinde devam etmektedir. İş sahibinin eserdeki ayıbın giderilmesine ilişkin talebi, bir aynen ifa niteliğindedir.

Ayıbın giderilmesi seçimlik hakkının kullanılabilmesi için ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk için aranan genel şartların bulunmasından başka bazı özel koşulların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Eserdeki ayıbın kolaylıkla giderilemeyeceği ya da kaldırılmasının imkânsız olduğu hallerde artık ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması söz konusu olmamaktadır⁵²⁹. Bu koşullardan ilki, ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olmasıdır⁵³⁰. Eserdeki ayıbın gide-

⁵²² **Turanboy:** s. 171; **Burcuoğlu:** s. 294; **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 147; **Gürpınar:** s. 101; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 168; **Günel:** s. 419; **Bühler:** Art. 368 N. 86.

⁵²³ **Gürpınar:** s. 101; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 368 N. 7; ATF 105 II 99.

⁵²⁴ **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 147; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 168; **Günel:** s. 419; **Burcuoğlu:** s. 294.

⁵²⁵ **Turanboy:** s. 173; **Canbolat:** s. 134; **Bucher:** s. 210.

⁵²⁶ **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 145.

⁵²⁷ **Gauch / Carron:** N. 1702; **Schmid / Stöckli:** N. 1788; **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 195.

⁵²⁸ **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 504; **Günel,** s. 424-245.

⁵²⁹ **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 198.

⁵³⁰ **Burcuoğlu:** s. 297; **Uçar:** *Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması*, s. 49; **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 147; **Günel:** s. 423; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 368 N. 9; **Tercier / Favre:** N. 4571.

rilebilir nitelikte olup olmadığı, objektif kriterler dikkate alınarak tespit edilecektir⁵³¹. İkinci koşul ise, ayıbın giderilmesinin aşırı masraf gerektirmemesidir⁵³². Ayıbın tamamen veya kısmen giderilmesinin iş sahibine sağlayacağı yarar ile yüklenicinin bu yararı sağlamak için yapmak zorunda olduğu masraflar arasında bir oransızlık varsa, aşırı masraf söz konusu olur⁵³³. Masrafların eserdeki kıymet noksanını aşması bunların aşırı olduğu anlamına gelmemektedir, ancak eserdeki ayıbın kullanım amacına elverişliliğini etkilemediği ya da bu etkinin önemsiz olduğu durumlarda masrafların aşırı olmasından söz edilebilir⁵³⁴.

Ayıpların giderilmesi büyük masraflara yol açacak olmasına rağmen, yüklenici eserdeki ayıpları gidereceğini kabul etmişse, iş sahibi bu ayıpların giderilmesini isteyebilir⁵³⁵. Eserdeki ayıbı gidermek için iş sahibi tarafından yapılan talep nedeniyle yüklenicinin işe başlaması, bunu zımnen kabul etmesi anlamına gelmektedir⁵³⁶.

Ayıbın giderilmesi borcunun kapsamı, eserin sözleşmeye ve kullanım maksadına uygun hale getirilmesi için ne yapılması gerekiyorsa, yüklenicinin masrafı kendisine ait olmak üzere yapmasına göre belirlenir⁵³⁷. Taraflar arasındaki sözleşmede bir düzenleme bulunmaması durumunda, iş sahibi, yükleniciye ayıbın ne şekilde giderilmesi gerektiği hususunda talimat veremez⁵³⁸.

Yüklenici, ayıbın giderilmesini bizzat kendisi yapabileceği gibi, çalıştıracağı işçi ve sağlayacağı malzeme ile de yapabilir⁵³⁹.

TBK'da, iş sahibinin ayıpların giderilmesi talebi ile birlikte yüklenicinin borcunu yerine getirmesi için bir süre belirlemesi gerektiğinden bahsedilmemektedir⁵⁴⁰. İşgörme edimlerinin yerine getirilmesi belirli bir süre gerektirdiğinden,

⁵³¹ Günel, s. 423; Burcuoğlu: s. 297.

⁵³² Tercier / Favre: N. 4572; Burcuoğlu: s. 298; Uçar: *Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması*, s. 49; Şahin: *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 147; Bucher: BT, s. 210; Yener: *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 165.

⁵³³ Uçar: *Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması*, s. 49; Öz: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 97; Günel: s. 423; Schmid / Stöckli: N. 1784.

⁵³⁴ Yener: *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 165.

⁵³⁵ Burcuoğlu: s. 298; Turanboy: s. 173; Bucher: BT, s. 210; Günel, s. 424.

⁵³⁶ Günel: s. 424.

⁵³⁷ Kanber: *Müteahhidin İnşaattaki Bozuluktan Doğan Sorumluluğu*, s. 42; Gauch / Carron: N. 1715.

⁵³⁸ Gauch / Carron: N. 1715; Uçar: *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 198.

⁵³⁹ Kanber: *Müteahhidin İnşaattaki Bozuluktan Doğan Sorumluluğu*, s. 42.

⁵⁴⁰ Uçar: *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 196.

ayıbın giderilmesi için yükleniciye hakkaniyet ölçüsünde objektif bir süre verilmesi gerekmektedir⁵⁴¹.



Yüklenicinin ayıbın giderilmesi borcunda temerrüde düşmesi halinde, iş sahibi genel hükümlere başvurma olanağına sahiptir⁵⁴². İş sahibinin temerrüde düşen yükleniciye uygun bir süre vermesine gerek yoktur. İş sahibi ayrıca TBK m. 113'e göre, doğrudan mahkemeye müracaatla, ayıplı kısmın, yüklenici hesabına, masrafları yükleniciye ait olmak üzere kendisi tarafından düzeltilmesine izin verilmesini talep edebilir⁵⁴³. Ayıbın giderilmesi için hâkimden izin alma veya icra dairesine müracaat zahmetli olduğu için uygulamada iş sahipleri ayıbı kendileri gidermektedir. Bu durumda iş sahibinin yaptığı masrafları ayıp sonucu oluşan masraf olarak talep edemeyeceği gibi sebepsiz zenginleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine de dayanması mümkün değildir.

İş sahibi, ayıbın giderilmesi hakkını kullanmış ve eserdeki ayıbın giderilmesi gereği gibi yapılmamışsa, TBK m. 475'deki seçimlik haklar yeniden doğmaktadır⁵⁴⁴.

İş sahibi, yüklenicinin kusurlu olması halinde, ayıp dolayısıyla uğradığı zararın tazminini genel hükümlere göre talep edebilecektir (TBK m. 475/f. II). Daha önceden de belirtildiği gibi burada belirtilen tazminat talebi, ayıba karşı tekeffülden kaynaklı diğer haklara göre seçimlik bir hak niteliğinde değildir. İş sahibi, dilerse yalnızca tazminat talebinde bulunur dilerse bu talebini diğer haklarla beraber ileri sürer⁵⁴⁵. Fakat iş sahibi bu tazminat talebine ayıptan kaynaklı diğer hakların yerine geçmek üzere veya onları kapsar biçimde başvuramaz⁵⁴⁶.

Ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar, ücret indirimi, onarım hakkının kullanılmasına rağmen giderilemeyen ve uygun nedenini ayıbın oluşturduğu zararlar⁵⁴⁷.

⁵⁴¹ **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 196; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 166; **Günel:** s. 425.

⁵⁴² **Burcuoğlu:** s. 298; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 166; **Günel:** s. 425.

⁵⁴³ **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 167; **Burcuoğlu:** s. 298.

⁵⁴⁴ **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 195; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 166.

⁵⁴⁵ **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 149; **Burcuoğlu:** s. 298; **Schmid / Stöckli:** N. 1795; **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 503.

⁵⁴⁶ **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 149.

⁵⁴⁷ **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 169; **Kocağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 167; **Burcuoğlu:** s. 299; **Schmid / Stöckli:** N. 1793.

Ayıp nedeniyle ortaya çıkan zarardan yüklenicinin sorumlu olmasının özel şartı kusurdur⁵⁴⁸.



Uyarı

Ayıp sonucu ortaya çıkan zarar ile eser sözleşmesine aykırı davranışın iş sahibine verdiği zararın birbirinden farklı olduğuna dikkat edilmesi gerekmektedir. Yüklenicinin eserin yapımı sırasında özen borcuna aykırı davranışının yol açtığı zararlar, ayıp niteliğine bürünmüyorsa genel hükümlere tabidir⁵⁴⁹.

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını zamanaşımı süresi içerisinde kullanması gerekmektedir. TBK m. 478'e göre, "Yüklenici, ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar".

TBK m. 478 hükmü, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların zamanaşımı süresini, sözleşmenin konusunu dikkate almak suretiyle belirlemiş ve böylece 2 ve 5 yıllık iki ayrı zamanaşımı süresi öngörmüştür. Hüküm, zamanaşımı sürelerinin belirlenmesi bakımından sözleşme konusu işin taşınmaz yapılara ilişkin bir iş olup olmasını temel almış ve bu niteliği taşıyan işleri 5 yıllık uzun bir zamanaşımı süresine tabi tutmuştur.

Ayıba karşı tekeffülden doğan hakların tabi olduğu iki yıllık, beş yıllık ve 20 yıllık zamanaşımı sürelerinin tarafların anlaşması ile değiştirilebileceği kabul olunmaktadır⁵⁵⁰. Değiştirmeler kısaltma şeklinde olabileceği gibi, uzaltma şeklinde de olabilir.

Sözleşmede yasal zamanaşımı süresinden daha uzun bir garanti süresinin öngörülmesi halinde, zamanaşımı süresinin de bu süreye kadar uzatıldığı veya garanti süresinin dolmasından sonra işlemeye başlayacağı sonucu çıkarılabilir⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 503; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 169; **Şahin:** *Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 149; **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 170; **Burcuoğlu:** s. 300; **Tercier / Favre:** N. 4619.

⁵⁴⁹ **Yener:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 171; **Burcuoğlu:** s. 299.

⁵⁵⁰ **Burcuoğlu:** s. 328.

⁵⁵¹ **Burcuoğlu:** s. 329.

4. Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu

Yüklenici, aldığı işi iş sahibine karşı sadakat ve özenle yerine getirmekle yükümlüdür⁵⁵². Eser sözleşmesinde yüklenici borcunu yerine getirirken sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin yararına olacak şekilde davranmak ve ona zarar vermekten kaçınmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün kapsamını hem sadakat hem de özen borcu oluşturmaktadır⁵⁵³. Sadakat ve özen borcu, TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralının bir sonucudur.

Sadakat borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak yükümlülüğünü ifade etmektedir⁵⁵⁴. Sözleşmeden kaynaklanan diğer borçlardan farklı olarak, sadakat borcu yalnızca sözleşmesinin ifası sırasında değil, onun öncesinde, kurulmasında ve hatta ifasından sonra da geçerli bir borçtur⁵⁵⁵. Yüklenicinin iş sahibinin kendisine tevdi ettiği planları başka amaçlarla kullanmaktan, işin görülmesi sırasında iş sahibine ilişkin olarak öğrendiği sırları açıklamaktan kaçınması, iş sahibi tarafından sağlanan malzeme veya arsanın eserin meydana getirilmesine elverişliliğini gözden geçirmesi, vb., yüklenicinin sadakat yükümlülüğünün gereğidir⁵⁵⁶.

Sadakat borcunun yüklenici tarafından henüz eser tamamlanmadan önce ihlal edilmesi halinde iş sahibi TBK m. 484’e dayanarak sözleşmeyi feshedebi-

⁵⁵² **Seliçi:** *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 86; **Akkurt:** s. 38.

⁵⁵³ **Avacı:** *Özen ve Sadakat Borcu*, s. 369.

⁵⁵⁴ **Akkurt:** s. 39; **Erdem:** s. 42; **Avacı:** *Özen ve Sadakat Borcu*, s. 370; **Gökyayla, K. Emre:** *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Özen ve Sadakat Borcu*, GSÜHFD, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2002/1, s. 787.

⁵⁵⁵ **Gökyayla:** *Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 168; **CR CO I-Chaix:** Art. 364 N. 5; **Şenocak:** *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 29; **Avacı:** *Özen ve Sadakat Borcu*, s. 371.

⁵⁵⁶ **Şenocak:** *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 29-30; **Avacı:** *Özen ve Sadakat Borcu*, s. 373; **CR CO I-Chaix:** Art. 364 N. 5.

Y. 23. HD., 20.09.2013 T., E. 2013/3597, K. 2013/5596 “... Davacı arsa sahibi, eldeki davada, diğer bazı sebepler yanında taraflar arasında güven ilişkisinin ortadan kalktığını da belirterek sözleşmenin haklı sebeple feshedildiğinin tespitini talep etmiş, davalıya olan güvenin yitirilmesine dayanak olarak da, belediyeye verilen ruhsat başvuru dilekçesindeki imzanın, vekâletname olmasına rağmen arsa sahibinin imzasının taklit edilerek sahte olarak atıldığını, yüklenici hakkında çok sayıda icra takibi bulunduğunu ve bu sebeple işi yapabilme yeteneğini kaybettiğini bildirmiştir.

Bilindiği üzere, eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri niteliği itibarıyla güven esasına dayanır. Aslıyan karşılıklı güven duygusu ve iyiniyetin varlığıdır ve taraflar arasındaki hukuki ilişkide tarafların dürüstlük kuralları çerçevesinde davranışlarına da bakılmalıdır. (15. H.D. 6.12.2006 t.2006/4522 esas, 2006/7157 karar sayılı ilamı) T.B.K.nın 471. (B.K.md.356) maddesinde belirtildiği üzere, yüklenici üstlendiği edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Buna aykırı eylem ve işlemler sözleşmenin sona ermesine neden olabilecektir. (23. H.D. 3.7.2012 t. 2012/1915 esas, 2012/4581 karar sayılı ilamı)...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

lir⁵⁵⁷. İş sahibinin bu feshi haklı sebebe dayanacaktır⁵⁵⁸ ve kendisi yükleniciye tam tazminat ödemeksizin, uğramış olduğu müspet zararın tazminini isteyebilecektir. Böyle bir durumda, iş sahibi tazminat alacağıyla yüklenicinin sözleşmenin tam tazminatla feshi dolayısıyla ileri süreceği alacağı takas edebilir⁵⁵⁹.

Türk Borçlar Kanunu, yüklenicinin işin sonucunda sorumlu tutulmasını sağlayan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yanında, ayrıca onun işinde gerekli özene göstermemesinden kaynaklanan sorumluluğunu öngörmüştür⁵⁶⁰.

TBK m. 471/f. II'ye göre, "yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır". Özen derecesinin tayininde objektif ölçütler, esas alınmaktadır⁵⁶¹. Yüklenicinin özen borcunun kapsamını belirlemede, öncelikle sözleşme hükümlerinin ve sonra da kanuni düzenlemelerin göz önünde tutulması gerekmektedir⁵⁶². Yüklenicinin, tecrübeli ve

⁵⁵⁷ **Yeniocak:** s. 73; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1002; **Şahin:** *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü*, s. 193; **Gökyayla:** *Özen ve Sadakat Borcu*, s. 787; **Zevkililer/Gökyayla:** s. 521; **Avacı:** *Özen ve Sadakat Borcu*, s. 368; **Canbolat:** s. 53.

⁵⁵⁸ **Gümüş:** *Borçlar Özel C. II* (2014), s. 48.

Y. 15 HD., 03.02.2012 T., E. 2012/2356, K. 2012/7573 "...818 Sayılı BK'nın 356 maddesinin yollaması ile aynı Kanun'un 325. maddesi gereğince, eser sözleşmesinin iş sahibi tarafından haksız olarak feshi durumunda; yüklenici, olumlu zarar kapsamında iş sahibinden kâr kaybını talep edebilir. Somut olayda ise, tanık açıklamaları değerlendirildiğinde; davacı yüklenicinin temin etmediği halde bazı malzemeleri davalı adına satın almışçasına fatura düzenleyip davalı iş sahibine gönderdiği ve birçok defa buna benzer işler yapması sebebi ile davalının itirazda bulunduğu, itirazlarında da haklı olduğu sonucuna varılmaktadır. Örneğin zemin etüdü yapılması ve su kuyusu açılması işleri ile ilgili 15.9.2010 tarihli ve 202032 numaralı, 21.7.2010 tarihli ve 202024 numaralı, 7.9.2010 tarihli ve 202031 numaralı faturalar "Uralsu" ünvanlı kişi şirketi tarafından davalı muhataplı olarak keşide edilmiş olduğu ve şirket sahibi B. U. tarafından tanık olarak yeminli açıklamasında faturalardaki iş bedelinin davalıdan tahsil edildiği bildirildiği halde; mahkemece, bu husus değerlendirilmemiştir. Diğer yandan, bilirkişi de belirtilen faturaların konusu olan işler davacı tarafından yapılmışçasına iş bedelinin belirlenmesine esas alınmıştır. Davacı da, sözü edilen faturaları delil listesinde göstermiş ve faturadaki işlerin kendisi tarafından gerçeğe aykırı olarak yaptırıldığını ileri sürmüştür. Davacı yüklenicinin bu tutum ve davranışları "güven sarsıcı" niteliktedir. Oysa eser sözleşmelerinde esas olan tarafların karşılıklı olarak birbirlerine güven duymalarıdır. Tarafların güven sarsıcı işlem ve davranışlarının ortaya çıkması durumunda; yanlar arasında uyumsuzluklar oluşur ve sözleşmenin ifası çoğu zaman imkânsızlaşır. Somut olayda da; davacının güven sarsıcı işlem ve davranışları karşısında iş sahibi sözleşmeyi "geriye etkili sonuç doğurur şekilde" fesh etmesinde haklıdır. Sözleşmenin feshinde tamamen kusurlu olan davacı yüklenici, davalıdan kâr kaybı isteyemez. Tüm bu sebeplerle davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken; mahkemenin, yerinde olmayan gerekçelerle davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁵⁹ **Avacı:** *Özen ve Sadakat Borcu*, s. 388.

⁵⁶⁰ **Akkurt:** s. 39.

⁵⁶¹ **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1003; **Aral / Ayrancı:** s. 355; **Avacı:** *Özen ve Sadakat Borcu*, s. 378.

⁵⁶² Y. 15 HD., 27.01.2009, E. 2008/489, K. 2009/394 "...Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak, yasa ve sözleşme hükümlerine, fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak zorundadır. Bu hukuksal sebeple, kendisine verilen proje ve teknik belgelere göre işi yapmış olmakla, proje ve teknik belgelerin

uzman bir kimsenin gözececeği teknik ve sanat kurallarına uygun hareket etmesi gerekmektedir⁵⁶³. Belirli bir olaydaki teknik ve sanat kurallarının varlığı, her türlü delille özellikle bir bilirkişi aracılığıyla ispatlanabilir⁵⁶⁴. Yüklenicinin üzerine aldığı iş için gerekli uzmanlığa sahip olmadığı halde bir işi alması ve işin ifasında uzmanlara danışmaması özen borcunun ihlal edilmesi olarak nitelendirilmektedir⁵⁶⁵.

Yüklenici, yalnızca işin başında birtakım tedbirler almakla yetinmemeli, eserin meydana getirilmesi ve teslim aşamasına kadar özen borcuna uygun hareket etmelidir⁵⁶⁶. Yüklenici, eseri meydana getirirken, özellikle iş sahibinin kişisel değerlerine zarar vermemek, vücut bütünlüğü ile malvarlığı değerlerini tehlikeye sokacak hareketlerden kaçınmakla yükümlüdür⁵⁶⁷.

Özen borcunun ihlali, eserin ayıplı olmasına yol açmayıp, iş sahibinin başka bir zarara uğramasına yol açmışsa, yüklenici, TBK m. 112 vd. hükümlerine göre sorumlu olur⁵⁶⁸. Yüklenici, ancak özen borcunun ihlalinde herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁵⁶⁹. Aynı şekilde, yüklenici, yardımcılarının veya işi devrettiği alt yüklenicinin verdiği zararlardan da TBK m. 116 gereğince sorumlu olur.

İşin yapılmasında gerekli özeni göstermeyen yükleniciden tazminat talep edilmesi halinde, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı ile zararın bundan doğduğunu ve miktarını ispatlamak iş sahibine, özen göstermede kusursuz bulunduğunu ispat etmek ise yükleniciye aittir⁵⁷⁰. Bu durumda iş sahibi, yüklenicinin kastını veya ihmali ile dikkatsizliğini ispat etmek zorunda değildir⁵⁷¹.

işyerine, teknik ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yeri, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu itibarla işin hukuksal ve teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 30.10.1991 tarih, 1991/15-373-533 sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere; eser sözleşmesinde yüklenici, kural olarak işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre "daha yüksek özen" göstermelidir. Yüklenici, bir işi yüklenirken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice değerlendirmek ve bunlar yetersiz ise, sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde, iş eser sahibine karşı olan özen borcuna aykırı davranmış olur..." (Uyap Bilişim Sistemi).

⁵⁶³ **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1004; **Avcı:** Özen ve Sadakat Borcu, s. 378; **Huguenin:** *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, N. 3142.

⁵⁶⁴ **CR CO I-Chaix:** Art. 364 N. 4.

⁵⁶⁵ **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1004; **Avcı:** Özen ve Sadakat Borcu, s. 378; **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 120.

⁵⁶⁶ **Gökyayla:** Özen ve Sadakat Borcu, s. 792.

⁵⁶⁷ **Gökyayla:** Özen ve Sadakat Borcu, s. 792; **Aral / Ayrancı:** s. 357.

⁵⁶⁸ **Huguenin:** *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, N. 3143; **CR CO I-Chaix,** Art. 364 N. 13; **Honsell:** s. 286; **Aral / Ayrancı:** s. 357; **Avcı,** Özen ve Sadakat Borcu, s. 389.

⁵⁶⁹ **Kocaağa:** *İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar*, s. 179.

⁵⁷⁰ **Gökyayla:** Özen ve Sadakat Borcu, s. 799.

⁵⁷¹ **Erdem:** s. 42.



Uyarı

Yüklenicinin imar kurallarına dikkat etmemesi, özen yükümlülüğünün ihlali-
dir⁵⁷². Yapı, imar kuralına aykırılıktan dolayı tamamlanamamış ve teslim
edilmişse, ayıba karşı tekeffülden dolayı yükleniciye başvurmak mümkün
değildir. Bununla birlikte yüklenici, özen borcunu ihlalden dolayı meydana
gelen zararları tazmin etmekle yükümlüdür⁵⁷³.

5. Yüklenicinin Bildirimde Bulunma Borcu

Yüklenicinin diğer bir borcu da, eserin meydana getirilmesini tehlikeye so-
kan durumları iş sahibine bildirmektir⁵⁷⁴. Yüklenicinin bildirim yükümlülüğünden
söz edebilmek için, bildirilmesi gereken hususun, yani işin yürütülmesini olum-
suz yönde etkileyen bir tehlikenin bilinmesi veya bilinebilecek durumda olması
gerekmektedir⁵⁷⁵. Bununla birlikte, yüklenici durumu bildirmesinin bir yararı
olmadığını kanıtlarsa ihbar yükümlülüğü bulunmadığını ortaya koymuş olur⁵⁷⁶.
Bu ispat için, yüklenicinin iş sahibinin kendisi tarafından bildirimde bulunul-
maksızın durumları bildiğini kanıtlaması yeterlidir⁵⁷⁷.

Yüklenicinin bu bildirim borcunu yerine getirmemesi, sözleşmenin gereği
gibi ifa edilmediği anlamına gelir ve TBK m.112 hükümlerinin uygulanmasını
gerektirir⁵⁷⁸. Bu sebeple geç ihbar yüzünden iş sahibi zarara uğramışsa, yüklenici
bu zararı tazminle yükümlü olur⁵⁷⁹. Yüklenicinin bildiri zamanında yapmaması
durumunda, iş sahibi sözleşmeyi yüklenicinin zararını tazmin ederek sözleşmeyi
feshedebileceği gibi, ondan işe devam etmesini de isteyebilir⁵⁸⁰. İhbar yükümlü-
lüğünün ihlal edildiğini ispat yükü, iş sahibine düşmektedir.

6. Yüklenicinin Araç, Gereç ve Malzemeye İlişkin Borcu

TBK m. 471/son gereğince aksine adet veya anlaşma olmadıkça yüklenici eseri
meydana getirmek için kullanacağı araç ve gereci, kendisi temin etmekle yükümlüdür.

⁵⁷² **Gautschi:** Art. 364 N. 5d.

⁵⁷³ **Gautschi:** Art. 364 N. 5e; **Gökyayla:** *Özen ve Sadakat Borcu*, s. 799.

⁵⁷⁴ **Erdem:** s. 56.

⁵⁷⁵ **Gauch / Carron:** N. 831; **Tercier / Favre:** N. 4431; **Gökyayla:** *Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 166; **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 111.

⁵⁷⁶ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 112; **Gauch / Carron:** N. 832.

⁵⁷⁷ **Gauch / Carron:** N. 832.

⁵⁷⁸ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 112; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1018; **Zevkliler / Gökyayla:** s. 543; **Gümüş:** *Borçlar Özel C. 2*, s. 31; **Yakuppur:** s. 45; bu hususta bir Yargıtay kararı için bkz: Y. 15. HD., 31.5.2001 T., E. 2001/1704, K. 2001/2944 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁷⁹ **Zevkliler/Gökyayla:** s. 543; **Tercier / Favre:** N. 4435.

⁵⁸⁰ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 112; **Zevkliler / Gökyayla:** s. 543.

Yükleniciye, eseri zamanında ve eksiksiz yapma ya da değiştirme borcunu yüklenmiştir. Bu yükümlülüğünü yerine getirip, borcunu ifa edebilmesi için gerekli çalışma ve yardımcı araçlarını, alet ve takımlarını sağlamak zorundadır⁵⁸¹.

Malzemeden maksat, eserin meydana getirilmesi için gerekli olan ve eserin bünyesine girip, devamlı surette eserin içinde kalan maddelerdir⁵⁸². Diğer bir deyişle, eserin meydana getirilmesi için şart olan ve ona vücut veren maddi unsurlar malzemeyi teşkil eder. Bina yapımında kullanılan taş, kum, çakıl, demir, çimento, doğramalar, lavabo, su ve elektrik tesisatı gibi şeyler malzeme olarak sayılabilir⁵⁸³.

Malzemeyi sağlama yüklenicinin borcu ise, kullanılan malzemenin iyi cinsten olmamasından, yüklenici iş sahibine karşı sorumludur. TBK m. 472'de yüklenicinin satıcı gibi de sorumlu olduğu hükme bağlanmış ve satım sözleşmesine ilişkin hükümlere yollama yapılmıştır.

7. Yüklenicinin İşi Bizzat Meydana Getirme Borcu

TBK m. 471/f. 3 uyarınca yüklenici, yüklendiği işi doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, yüklenicinin kişisel niteliklerinin önem taşımadığı hallerde, işin bir başkasına yaptırılması mümkündür. Yüklenicinin şahsen ifa borcu, eserin meydana getirilmesinin sıkı sıkıya yüklenicinin yeteneklerine ya da el becerilerine bağlı olduğu durumlarda görülür⁵⁸⁴.



Yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımamasına rağmen iş sahibi ve asıl yüklenicinin, işin bir taşeronu yaptırılması ya da ancak iş sahibinin onayı durumunda işin bir taşeronu yaptırılabilceği konusunda anlaşmalarına bir engel bulunmamaktadır⁵⁸⁵.

Yüklenici, eserin tamamını veya bir kısmını meydana getirmek üzere başka bir kişi ile eser sözleşmesi yapabilir. Bu sözleşmeye alt eser sözleşmesi adı verilmektedir. Alt eser sözleşmesinin kurulması durumunda, sözleşmenin tarafları

⁵⁸¹ Erdem: s. 46.

⁵⁸² Erdem: s. 53; Aral / Ayrancı: s. 351.

⁵⁸³ Erdem: s. 53.

⁵⁸⁴ Ürem: s. 39.

⁵⁸⁵ Akkanat Halil / Çekin Mesut Serdar: *Taşeronun Hukuki Durumu, İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul 2017, s. 46.

ilk yüklenici ile alt yüklenicidir. Bu sözleşmeyle alt yüklenici, asıl yükleniciye karşı, bedel karşılığında bir inşaat yapmayı ve ona teslim etmeyi taahhüt eder. Bu bakımdan asıl yüklenici, alt yükleniciyi seçerken her şeyden önce gerekli özeni göstermek zorundadır.

Asıl yüklenicinin işin bir kısmını veya tamamını alt yükleniciye yaptırma yetkisi bulunması halinde, alt yüklenici asıl yüklenicinin ifa yardımcısı sayılır ve asıl yüklenici, alt yüklenicinin iş sahibine verdiği zararlardan TBK m. 116'ya göre sorumlu olur.



İnşaat alt yüklenicinin yaptığı işlerden dolayı ayıplı olarak teslim edilmişse, iş sahibinin sözleşmeden dönme, bedelden indirim veya onarım isteme haklarından birini kullanması halinde, asıl yüklenici TBK m. 116'dan bağımsız olarak kusursuz sorumluluk esasına göre sorumludur.

Asıl yüklenici, yetkisi olmadığı halde, işin bir kısmını veya tamamını alt yükleniciye yaptırmış ve alt yüklenicinin eylemi iş sahibine zarar vermişse, asıl yüklenici sözleşmeye aykırı kusurlu davranışı nedeniyle, iş sahibine karşı ayrıca TBK m. 112'ye göre sorumlu olur⁵⁸⁶.

F. İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu

1. Genel Olarak

Eser sözleşmesi, ücrete tabi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sözleşme gereğince üstlenilen edimler, para ile ölçülen bir değere sahiptir. Eser ücreti veya bedeli olarak tabir edilen bu para borcunun, iş sahibi tarafından ödenmesi gerekmektedir.

Eser sözleşmesinde, taraflar bedeli başlıca iki şekilde belirleyebilirler. Bunlardan biri bedelin götürü olarak belirlenmesi, diğeri ise yaklaşık olarak belirlenmesidir. Bununla birlikte tarafların, aynı sözleşmede bazı edimler için götürü bedel, bazıları için yaklaşık bedel belirlemeleri de mümkündür.

Bedelin götürü olarak belirlenmesi, meydana getirilecek eserin bedelinin önceden ve kesin olarak belirlenmesi anlamına gelmektedir⁵⁸⁷. Bu belirleme, bedelin tamamının önceden saptanması şeklinde de olabilir⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 80.

⁵⁸⁷ Gauch / Carron: N. 900; Gürpınar: s. 56; Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 174; Yeniocak: s. 46; Öz: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 56; Gauch: *Werkvertrag*, N. 900; Tercier / Favre: N. 4663.

⁵⁸⁸ Tercier / Favre: N. 4667; Yeniocak: s. 46; Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 174; Öz: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 56.

TBK m. 480/f. l'e göre, işin yapımı sözleşmede kararlaştırılan bedelden daha fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile, yüklenici bedelin artırılmasını isteyemez⁵⁸⁹. Götürü ücretin kararlaştırıldığı hallerde maliyet artışlarından kaynaklanan riski yüklenici taşımaktadır⁵⁹⁰.

Birim fiyatlara göre belirlenen götürü bedel, yapılacak inşaatın belirli bir birimi (metre, metrekare, metreküp) için önceden sabit bir fiyat belirlemek suretiyle bedelin tespit edilmesidir⁵⁹¹. Taraflar, yüklenicinin ücretinin birim fiyatlara göre hesaplanacağını kararlaştırmışlarsa, eserin meydana getirilmesi için ne kadar edim miktarının gerektiğinin ve edim miktarı ile birim fiyatının çarpılarak hesaplanan pozisyon fiyatlarının eklenmesiyle hangi miktarda ücretin ödeneceğinin hesaplanması gerekmektedir.

Eser sözleşmesinde ücret unsuru, meydana getirilecek esere göre belirlenmişse, yani kesin ücret tutarının eser tamamlandığında ortaya çıktığı hallerde yaklaşık ücret söz konusu olmaktadır⁵⁹². Yaklaşık ücretin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, taraflarca tahmini olarak bir bedel tespit edilmekte, fakat bu tahminlere dayanak olan hesaplar ile fiilen yapılan harcamalar arasında farklılığın ortaya çıkması durumunda ücret, fiilen yapılan gerçek duruma göre belirlenmektedir⁵⁹³. Yaklaşık bedel söz konusu olduğunda da taraflar, sözleşme yapılır-

⁵⁸⁹ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 903; **Öz:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 56.

⁵⁹⁰ **Dirican**, s. 13; **Gürpınar**, s. 59; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 174; **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 130.

⁵⁹¹ **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 180.

⁵⁹² **Altaş, Hüseyin:** *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Yaklaşık Ücretin Aşırı Aşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı*, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 73; **Tercier / Favre:** N. 4718.

⁵⁹³ **Gökyayla:** *Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 235; **Zevkililer / Gökyayla:** s. 579.

Y. 15. HD., T. 05.07.2004, E. 2003/6466, K. 2004/3724 "...Yanlar arasındaki 20.4.1999 günlü sözleşmenin 5. maddesi ile eserin en çok 170.000 ABD dolarına yapılacağı, bu bedelin en aza indirilmesi için çaba gösterileceği hükmüne yer verilmiştir. Gerçekten, Borçlar Kanunu'nun 366. maddesinde eser bedeli önceden götürü olarak kararlaştırılabileceği gibi taraflarca "takribi-yaklaşık" olarak da tayin edilebilir. Sözleşmede eser bedelinin maksimum 170.000 dolar olarak yazılmış olması, bedelin önceden paçal=götürü kararlaştırıldığı anlamına gelmez. Sözleşmedeki bedeli götürü olarak niteleyen bilirkişi görüşü ile bunu benimseyen mahkeme kararı gerekçesinde isabet bulunmamaktadır. Somut olayda, 170.000 ABD dolarından daha fazla bedel ödendiği halde eserin fen ve amacına uygun ortaya çıkartılmadığı, daha %25 oranında eksiklikler bulunduğu bilirkişi raporuyla sabittir. Başka bir anlatımla işin keşif bedelinde aşırı bir artma meydana gelmiştir. Bedelin keşfi çok fazla aşması durumunda iş sahibinin BK'nın 367. maddesine dayanarak sözleşmeyi fesh hakkı vardır. Ne var ki, artışa rağmen fesh hakkı iş sahibi tarafından kullanılmamış, yine yükleniciye eser niteliğinde değişiklik emri de verilmemiştir. Böyle olunca, iş sahibinin kendisine teslim edilen esere orantılı olarak bedel ödemesi zorunludur. Mevcut uyumsuzlukta tüm sorun teslim edilen eser bedelinin saptanmasıyla giderilebileceğinden ve teslim edilen ünitelerin birim fiyatları önceden kararlaştırılmadığından mahkemece yapılması gereken iş; bilirkişilerden ek rapor alınarak taraflar bedelinde anlaşamadıklarından teslimi yapılan eser bölümünü ve bunların teslim tarihlerine uygun rayiç bedellerini bulmak, bu bedelin ödendiği çekimsiz olan 175.500 dolardan düşmek, varsa davacı alacağına hüküm kurmak olmalıdır. Sözleşmenin bedel hükmünü yamılgılı şekilde götürü olarak niteleyen bilirkişi raporuna bağlı kalınması suretiyle istemin yazılı olduğu şekilde kabulü doğru olmadığından karar bozulmalıdır..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

ken eser karşılığı ödenecek olan bedeli belirlemede, ancak bunun ne kadar olacağını kesin olarak belirlenmesi söz konusu olmamaktadır⁵⁹⁴.

Uygulamada yaklaşık ücret tespiti ender olarak yapılmaktadır. Daha çok muhtemel masraflara ilişkin keşif bedelinin yaklaşık olarak tespiti yoluna gidilmektedir⁵⁹⁵. Bu takdirde işin sonundaki ücret de TBK m. 481 uyarınca fiilen yapılmış masraflara göre tayin edilmektedir. Uygulamada bu yüzden yaklaşık keşif bedeli yaklaşık ücret olarak adlandırılmaktadır.

Götürü sabit ücret ile birim fiyat yöntemlerinin aynı sözleşmede birleştirmek mümkündür⁵⁹⁶. Örneğin sözleşmede esas olarak ücretin sözleşmedeki birim fiyatlara göre belirlenmesi kararlaştırılmakla birlikte bazı iş kalemlerinin bedelleri için sabit götürü ücret öngörülebilir⁵⁹⁷.

Sözleşmede kararlaştırılmamışsa, bedel, TBK m. 481'e göre, yapılan işin değerine ve yüklenicinin giderlerine göre belirlenir. Hükümde geçen işin değeri kavramından, yüklenicinin elde edeceği kâr ve o işe düşen genel gider payı anlaşılmalıdır⁵⁹⁸.



Uyarı

Ücretin, iş bitince eserin taşıdığı kıymete göre değil, yapılan masraflara göre belirlenmesi gerekmektedir⁵⁹⁹. Çünkü eserin değerinde masraflar dışında piyasa durumu, bitirilen inşaatın yeri, mimari proje açısından estetik görünümü gibi başka etkenler de rol oynamaktadır⁶⁰⁰.

TBK m. 481'in kapsamına giren durumlar, tarafların yapılacak eserin karşılığında bir bedel ödeneceği hususunda hemfikir olmalarına rağmen bedelin miktarının belirlenmesini sonraya bırakarak sözleşmeyi bağlayıcı kabul ettikleri haller ile götürü bedel kararlaştırıldığı anlaşılma ile birlikte bunun ne miktar olduğu hususunda taraflar arasında uyumsuzluk çıkıp hiçbirinin iddiasını ispat edemediği hallerdir⁶⁰¹.

Hâkim, bu durumlarda sözleşmedeki bedele ilişkin boşluğu doldurarak TBK m. 481 hükmüne göre bedeli saptayacaktır⁶⁰².

⁵⁹⁴ Zevkililer / Gökyayla: s. 579.

⁵⁹⁵ Kaplan: *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 140; Baygın: s. 41.

⁵⁹⁶ Kaplan: *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 141.

⁵⁹⁷ Kaplan: *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 141; Baygın: s. 47.

⁵⁹⁸ Zevkililer/Gökyayla: s. 568.

⁵⁹⁹ BSK OR I-Zindel / Pulver: Art. 374 N. 11.

⁶⁰⁰ Baygın: s. 51.

⁶⁰¹ Öz: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 54.

⁶⁰² Öz: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 54.

2. Götürü Bedelli Sözleşmelerde Olağanüstü Haller Sebebiyle Sözleşmenin Uyarlanması veya Ortadan Kaldırılması

Eserin sabit götürü ücretle yüklenici tarafından üstlenilmesi durumunda, yüklenici TBK m. 480/f. I hükmü uyarınca, eser sözleşmesi ediminin tamamını öngörülen bu sabit ücretle bitirmek zorundadır⁶⁰³. Ancak TBK m. 480/f. II hükmü, götürü sabit ücretin değişmezliği kuralının istisnasını düzenlemektedir.

TBK m. 480/f. II hükmüne göre, “Ancak, başlangıçta öngörülemez veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir”⁶⁰⁴.

TBK m. 480/f. II'nin uygulanması için ilk koşul, sözleşmenin taraflarınca sözleşme kurulurken öngörülemez ya da öngörülüp de sözleşmenin ifasına etki edeceği tahmin edilmeyen ve bu suretle dikkate alınmayan durumların ortaya çıkmasıdır⁶⁰⁵.

Olağanüstü hal niteliğindeki bu durumların, mutlaka mücbir sebep niteliğinde olması şart değildir⁶⁰⁶. Tarafların öngörebilecekleri fakat meydana gelmeyeceğini kabul ettikleri olağanüstü hallerin ortaya çıkması da yüklenicinin ücreti artırma veya sözleşmeyi sona erdirmeye talebini haklı gösterebilir⁶⁰⁷.

Bir hususun beklenmeyen hal sayılabilmesi için, genel nitelikte olması gerekmektedir⁶⁰⁸. Yalnızca sözleşme taraflarını değil, bir ülkenin ya da bölgenin tüm bireylerini, aynı durumda olan herkesi ilgilendiren bir olay söz konusu olmalıdır⁶⁰⁹. Beklenmeyen halin sözleşmenin her iki tarafını da etkilemesi gerekli değildir⁶¹⁰.

⁶⁰³ **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 149.

⁶⁰⁴ **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 150; **Büyükay:** *İş Sahibinin Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı*, s. 672.

⁶⁰⁵ **Tercier / Favre:** N. 4698; **Büyükay, Yusuf:** *Götürü Ücretin Kararlaştırıldığı Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ücretin İndirilmesini Talep Etme Hakkı*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C. I, İstanbul 2010; s. 663-691, s. 676; **Erman, Hasan:** *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK 365/2)*, İstanbul 1979, s. 71; **Durak:** s. 240; **Gökyayla:** *Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 226; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 150; **Gehrer:** s. 178.

⁶⁰⁶ **Gökyayla:** *Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 227; **Tercier / Favre:** N. 4699.

⁶⁰⁷ **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 151.

⁶⁰⁸ **Gürpınar:** s. 128; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 189.

⁶⁰⁹ **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 151; **Gürpınar:** s. 128; **Büyükay:** *İş Sahibinin Ücretin İndirilmesini Talep Hakkı*, s. 677.

⁶¹⁰ **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1045.



Uyarı

Olağanüstü değişikliğe sebep olan olayın toplumun tüm bireylerini ilgilendiren genel nitelik taşıması gerekliliğinden hareketle, bu olayları toplumsal felaketler olarak da nitelendirmek mümkündür. Toplumsal felaket ile kastedilen, toplumun tamamı veya en azından bir kısmı üzerinde, felaket tarz ve kapsamında etki doğuran ve toplumun varlığını derinden sarsan genel nitelikli her olaydır. Bu çerçevede savaş ve benzeri olaylar, genel ekonomik krizler, sosyal felaket veya facialar, yangın su baskını ve deprem, yüksek oranda yeni vergilerin yürürlüğe konması, ithalat veya ihracat yasağı, inşaat yerinde ortaya çıkan öngörülemez jeolojik nitelikte işi aksatan veya pahalılaştıran olumsuzluklar, olağanüstü objektif nitelikte önceden öngörülemez veya öngörülüp de gerçekleşmeyeceği kabul edilen hallerdendir.

Beklenmeyen hallerin sözleşmenin kurulmasından ortaya çıkması ya da sözleşmenin kurulması esnasında var olmasına rağmen daha sonradan fark edilmesi⁶¹¹ gerekmektedir⁶¹². Bu hususta, her bir somut olayda, özellikle eser sözleşmesinin çeşidi ve süresi dikkate alınmalıdır⁶¹³. Beklenmeyen hal, doğal nitelikte olabileceği gibi, ekonomik nitelikte de olabilir⁶¹⁴.



Uyarı

Bir durumun öngörülemez olup olmadığı tespit edilirken, işe yüklenici açısından bakılması ve onun işinde uzman ve özenli bir kişi olarak bedelin belirlenmesinde kendisinden beklenen dikkat ve özeni gösterip göstermediğinin araştırılması gerekmektedir⁶¹⁵.

Yüklenicinin TBK m. 480/II uyarınca sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilmesi veya sözleşmeyi ortadan kaldırabilmesi için, başlangıçta öngörülemez veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, eserin taraflarca belirlenen götürü bedelle yapılmasına engel olmalı veya son derece güçleştirmelidir⁶¹⁶.

Eserin meydana getirilmesini güçleştiren veya yüklenicinin ifa yükünü aşırı derecede artıran durumların tespitinde yüklenicinin üstlendiği tüm edim borcu ile

⁶¹¹ Bu tür beklenmeyen hallerde arazinin güçlükleri, çıkartılacak malzemenin özel niteliği, arazinin ayıplı olması örnek verilebilir. **Gauch / Carron**: N. 1070.

⁶¹² **Bettschart**: *La résiliation des contrats de construction*, s. 150; **Bühler**: Art. 373 N. 22; **BSK OR I-Zindel / Pulver**: Art. 373 N. 17.

⁶¹³ **BSK OR I-Zindel / Pulver**: Art. 373 N. 17.

⁶¹⁴ **Bühler**: Art. 373 N. 22.

⁶¹⁵ **Kocağa**: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 189; **Gauch / Carron**: N. 1076; **Bettschart**: *La résiliation des contrats de construction*, s. 150; **Gökyayla**: *Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 228.

⁶¹⁶ **Erman**: *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller*, s. 81; **BSK OR I-Zindel / Pulver**: Art. 373 N. 22; **Kaplan**: *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 151; **Gökyayla**: *Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 229; **Durak**, s. 241; **Tercier / Favre**: N. 4700, **Bettschart**: *La résiliation des contrats de construction*, s. 151.

sözleşmede öngörülmüş olan bedel arasındaki aşırı dengesizlik ölçü olarak kabul edilmelidir⁶¹⁷. Yüklenicinin kâr ve zararı burada göz önünde tutulmamaktadır⁶¹⁸. Bedel ile masraflar arasındaki aşırı dengesizliğin yüklenicinin yıkımına neden olacak derecede olması şartı da aranmamalıdır⁶¹⁹. Aşırı oransızlığın tespitinde ek masraflar yüzünden ifa masraflarının artması yüklenici lehine hesaba katılmamalıdır⁶²⁰.

Beklenmeyen hallerin yükleniciye isnat edilemeyen nedenlerle ortaya çıkması gerekmektedir⁶²¹. Yüklenicinin teslim borcunu kararlaştırılan ücretle ifa etmek için bütün olanaklarını kullanması gerekmektedir⁶²². Malzemenin zamanında sağlanamaması, ekibin kurulmakta gecikmesi, alt yüklenicilerin seçiminde özen gösterilmemesi, yüklenicinin kusuruna örnek olarak gösterilebilir⁶²³. Eserin masraflarını aşırı derecede artıran veya ifasını güçleştiren durumların ortaya çıkması yükleniciye isnat edilebilirse, bunlar iş sahibi tarafından ispat edilmek şartıyla yüklenicinin TBK m. 480/f. II hükmünden yararlanma imkânı ortadan kalkar⁶²⁴. Yüklenicinin masraf arttırıcı veya eserin ücret açısından yapımını güçleştirici nitelikte olağanüstü durumları zamanında yapı sahibine ihbar etmeden işe devam etmesi, TMK m. 2'deki dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder⁶²⁵. Bildirim yükümlülüğü, yüklenicinin beklenmeyen hallerin varlığını öğrenmesi ve durumun makul bir şekilde değerlendirilmesiyle beklenmeyen hallerin sözleşmede kararlaştırılan ücretle kendi edimi arasında aşırı bir oransızlığın kabul etmesi gerektiği andan itibaren doğmaktadır⁶²⁶.

TBK m. 480/f. II, tamamlayıcı hukuk kuralı niteliğindedir⁶²⁷. Taraflar, sözleşmede fiyat değişikliği öngören, TBK m. 480/f. II'in uygulanma alanına giren

⁶¹⁷ **Gauch / Carron:** N. 1058.

⁶¹⁸ **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 152.

⁶¹⁹ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 151; **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 152; **Gökyayla:** *Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 230.

⁶²⁰ **Gauch / Carron:** N. 1063.

⁶²¹ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 151; **Gauch / Carron:** N. 1109; **Kırmızı:** s. 322; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 191; **Erman:** *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller*, s. 86; **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 152; **Durak:** s. 241; **Gökyayla:** *Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 231.

⁶²² **Erman:** *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller*, s. 87.

⁶²³ **Gökyayla:** *Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 231.

⁶²⁴ **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 191; **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 153.

⁶²⁵ **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 153.

⁶²⁶ **Gauch / Carron:** N. 1113.

⁶²⁷ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 150; **Güleç:** s. 162; **Kırmızı:** s. 322; **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 153; **Durak:** s. 242; Sözleşmede yalnızca değiştirilemez fiyatlar veya sabit fiyatlar gibi ifadelerin kullanılmış olması, hükmün uygulanmasından feragat edildiği anlamına gelmemektedir. **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 192.

durumlarda fesih imkânını ortadan kaldıran düzenlemeler yapabilirler⁶²⁸. Tarafların TBK m. 480/f. II hükmünün uygulanmayacağını kararlaştırmalarına rağmen, iş sahibinin bu anlaşmaya dayanmasının hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu durumlarda⁶²⁹ sözleşmenin uyarlanması istenebilir.

Uyarı



TBK m. 480/f. II'de, sözleşmenin uyarlanmasını isteme yetkisi, yalnızca yükleniciye tanınmıştır. İş sahibinin böyle bir olanağı bulunmamaktadır. Yine eserin öngörülenden daha az emek ve masrafla yapılması halinde, iş sahibinin belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. TBK'nın eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinde iş sahibine sözleşmenin değişen koşullarına uyarlanmasını isteme, bedelden indirim talep etme hakkı tanınmamış olması, önemli bir eksiklik değildir. Çünkü genel hükümler arasında yer alan TBK m. 138'de aşırı ifa güçlüğü hallerinde, sözleşmenin her iki tarafına da sözleşmenin yeni koşullarına uyarlanmasını isteme hakkı tanınmaktadır. TBK m. 138 hükmü karşısında iş sahibi, maddede yer alan şartların gerçekleşmesi halinde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını ve bedelden indirim yapılmasını isteyebilecektir.

Yüklenici, her türlü hal ve koşula rağmen, iş sahibine bildirimde bulunmadan veya ihtirazi kayıt koymadan edimlerini ifa etmişse, sözleşmeden dönmesi veya sözleşmenin uyarlanmasını talep ve dava etmesi mümkündür⁶³⁰.

TBK m. 480/f. II'deki şartlar yerine geldiğinde, yüklenici ya hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını ya da sözleşmeden dönme hakkına sahiptir⁶³¹.

⁶²⁸ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 150; **Ergezen:** s. 135; **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 153; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 373 N. 19.

Y. 15. HD, T. 22.11.2007, E. 2006/4205, K. 2007/7412 "...Yanlar arasında imzalanan 17.09.2003 tarihli yemek ihalesine ait sözleşme ise, BK'nın 355 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi niteliğindedir. Dolayısıyla eldeki davanın çözümü, BK'nın 355 vd. maddelerindeki hükümler ile idari sözleşme ve eki belgeler dikkate alınarak yapılacaktır. Sözleşmede hastanede çalışan personel ve yatılı hastalar ile refakatçilerin 1 yıllık yemek ihtiyacının temini işi 76.445.600.000 TL götürü bedelle üstlenilmiştir. Sözleşme ve eklerinde bu işe ait bedelin arttırılacağına, fiyat farkı verileceğine dair bir hükme yer verilmemiş, aksine sözleşmenin eki olan şartnamenin 25. maddesinde taahhüt süresi içerisinde taahhüdün ifasına kadar herhangi bir fiyat farkı talebinde bulunulamayacağı kabul edilmiştir. BK'nın 365. maddesi uyarınca yüklenicinin götürü bedelle yapımı kararlaştırılan işlerde fiyat farkı talep edemeyeceği hususu düzenlenmiştir. Öyle olunca götürü bedelle kararlaştırılan sözleşme fiyatının arttırılması düşünülemez. Olayda 365/2. maddenin uygulama alanı bulmadığı da ortadadır. Çünkü ihale kararı idari yargıda iptal edilmesine ve aradan 2 yıllık bir süre geçmesine rağmen, davacı sözleşme bedelini kabul ederek sözleşmeyi imzalamış, sözleşmeden kaçınma hakkı ve imkânı bulunmasına rağmen bedeli kabul etmiştir. Davacının ticaret şirketi olması ve tacir sıfatını taşıması karşısında müdebbir bir tacir gibi hareket ederek sözleşmeyi imzaladığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, davanın tümünden reddi yerine yazılı gerekçelerle kabulü doğru olmamıştır..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶²⁹ Örneğin, iş sahibinden kaynaklanan gecikme yüzünden işin zamanında bitirilememesi ve gecikme sırasında fiyatlarda meydana gelen artışın yüklenicinin işin götürü bedelle yapmasını aşırı derecede güçleştirilmesi halinde durum bu niteliktedir. **Kocağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 192-193.

⁶³⁰ **Kaplan:** *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, s. 153; **Kocağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 193.

⁶³¹ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 151; **Gürsoy**, s. 189.

TBK m. 480/f. II hükmüne başvuran yüklenici, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması için dava açacaktır⁶³². Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması mümkün değilse veya karşı taraftan bu uyarlanmaya katlanması beklenmeyecekse sözleşmeden dönmek zorunda kalacaktır⁶³³. Hâkim, somut olayların özelliklerini de nazara alarak, öncelikle sözleşmeyi değişen koşullara uyarlamaya çalışmalı, bu mümkün olmadığı takdirde, sözleşmenin sona erdirilmesine karar vermelidir. Burada göz önünde tutulacak kıstas ise, dürüstlük kuralı olacaktır.

Hâkim, takdir yetkisine dayalı olarak, sözleşmenin sona erdirilmesinin sonuçlarını belirleyecek ve tarafların menfaatlerine bağlı olarak sözleşmenin geriye etkili olarak mı veya ifa edilmiş kısmın ücretinin verilerek ileriye etkili olarak mı sona erdirileceğine karar verecektir⁶³⁴.

Uyarı



Dönme yerine feshin söz konusu olduğu durumlarda, yüklenicinin feshe kadar yaptığı iş için bir tazminat talep edip edemeyeceği konusunda açıklık olmamakla birlikte doktrinde bir görüşe göre⁶³⁵, ona TBK m. 483/f. II'ye kıyasen hakkaniyet çerçevesinde bir karşılık ödenmesinin uygun olacağını belirtmektedir. Bunun için ifa edilmiş kısmın iş sahibi için kullanılabilir olması veya kullanılabilir olmasa da kısmi bir ücret ödenmesinin mümkün olması gerekmektedir.

G. Eser Sözleşmesinin Sona Ermesi

1. Tam Tazminat Vermek Suretiyle Sona Erme

TBK m. 484 uyarınca iş sahibi, ancak inşaat tamamlanmadan önce yapılmış olan kısmın bedelini ödemek ve yüklenicinin zararının tamamını tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi sona erdirebilir.

TBK m. 484, fesih hakkının ancak eser tamamlanmadan önce kullanılabileceğini hükme bağlamıştır⁶³⁶. TBK m. 484, “eserin tamamlanmasından önce”

⁶³² Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 197.

⁶³³ Kırmızı: s. 324; Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 195.

⁶³⁴ Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 15; Gauch / Carron: N. 1117; Gehrre: s. 178.

⁶³⁵ Tandoğan: *Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması*, s. 3; Gehrre: s. 178.

⁶³⁶ Tandoğan: *Borçlar Özel C. II*, s. 344; Ergezen: s. 117; Öz: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 234; Yeniocak: s. 125; Krauskopf: s. 39; Huguenin: *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, N. 3213; Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 157; Acar: s. 18; Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 252; Gauch: Art. 184 N. 2; Yavuz / Acar / Özen: s. 1059; Durak: s. 237; Schmid / Stöckli: N. 1822; Gautschi: Art. 377 N. 7; Tercier / Favre: N. 4802.

dediği için fesih hakkının kullanılması süreye bağlanmıştır⁶³⁷. İş sahibinin fesih hakkının kullanılmasının sınırını TMK m. 2/f. II'de düzenlenmiş bulunan hakkın kötüye kullanılması oluşturur.

İş sahibinin fesih hakkını kullanabilmesi için diğer bir koşul, iş sahibi taraftan sözleşmenin feshedilmesidir. Yapılan fesih beyanının, beyan muhatabınca kabul edilmesi gerekli değildir⁶³⁸. İş sahibinin fesih beyanında neden göstermesi veya haklı nedene dayanmasına gerek bulunmamaktadır⁶³⁹.



Uyarı

İş sahibi, fesih hakkını yükleniciye yönelik varması gerekli, tek taraflı yenilik doğurucu bir beyanla kullanır⁶⁴⁰. İş sahibinin fesih beyanında bulunurken hangi kelimeyi kullandığının (örneğin fesih, dönme, sözleşmenin iptali) fesih beyanının etkisi bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁶⁴¹. Fesih hakkı, kural olarak şekle tabi değildir⁶⁴². Ancak tacirler arasında fesih beyanının, noter marifetiyle, taahhütlü mektupla veya telgrafla yapılması gerekir (TTK m. 18/f. III). Tarafların, fesih beyanında bulunulmasının bir şekle bağlı olarak yapılmasını kararlaştırmaları mümkündür⁶⁴³.

İş sahibinin örtülü irade beyanıyla da sözleşmeyi feshetmesi mümkündür⁶⁴⁴. Örneğin iş sahibi tamamlanmamış işi, TBK m. 473/II'ye göre devretme olanağı bu-

⁶³⁷ Eren: *İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s. 92.

⁶³⁸ Tandoğan: *Borçlar Özel C. II*, s. 346.

⁶³⁹ Tercier / Favre: N. 4803; Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 157; Krauskopf: s. 40; Schmid / Stöckli: N. 1822; Gautschi: Art. 377 N. 8;

⁶⁴⁰ Gauch: *Werkvertrag*, N. 525; Krauskopf: s. 40; Buz, Vedat: *İş Sahibinin BK m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi*, BATİDER C. XXI S. 2 İş, s. 229; BSK OR I-Zindel / Pulver: Art. 377 N. 8; Büyükkay: *Eser Sözleşmesi*, s. 195; Zevkliler / Gökyayla: s. 567; Tercier / Favre: N. 4803; Yeniocak: s. 125; Bühler: Art. 377 N. 24.

⁶⁴¹ Gauch: *Werkvertrag*, N. 526.

⁶⁴² Gauch: *Werkvertrag*, N. 526; Gökyayla: *Ek İş ve İş Değişikliği*, s. 142; Zevkliler / Gökyayla: s. 602; Bühler: Art. 377 N. 24; Schwenker: § 649 N. 2; Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 157; Krauskopf: s. 40; CR CO I-Chaix: Art. 377 N. 7; CHK - Hürlimann / Siegenthaler: Art. 377 N. 2.

⁶⁴³ Krauskopf: s. 40.

⁶⁴⁴ Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 157; Huguenin: *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, N. 3213; Tercier / Favre: N. 4803.

Yargıtay, yüklenicinin verilen vekâletnameden azledilmesinin sözleşmenin feshi iradesi olarak nitelendirilmeyeceği fikrindedir. Y. 15 HD., T. 23.03.1992, E. 1991/5147, K. 1992/1463 "...Sözleşmenin 3. sayfasının birinci paragrafında, davalı arsa sahibinin bütün yetkileri havi vekaletnameyi davacıya verdiği anlaşılmaktadır. Ne var ki, Kastamonu 2. Noterliği'nin 29.1.1986 tarih 1947 sayılı azilnamesiyle, davalı arsa sahibinin davacı yükleniciyi gördüğü lüzum üzerine sadece vekâletten azlettiği görülmektedir.

Sözleşmenin 3. sayfasının ikinci paragrafında, davalı arsa sahibi inşaatı yaptırmaz ve yaptırmaktan imtina ettiği takdirde, davacının yaptığı faturalı masraflar ile bilirkişinin tespit edeceği miktarın iki katını ve arsa bedelini ödemeyi taahhüt etmiştir.

Davacı, davalı arsa sahibinin inşaatı yaptırmaktan vazgeçtiği varsayımına dayanarak bu davayı açmıştır. Oysa davalı arsa sahibinin inşaatı yaptırmaktan vazgeçtiği veya inşaatı yaptırmadığı hususu davacı yan-

lanmamasına rağmen üçüncü kişiye bırakabilir. İş sahibinin eserin inşası için yükleniciye verdiği malzemenin iadesini talep etmesi, yüklenici tarafından ayıbın giderilmesi için yapılan önerinin kesin olarak reddedilmesi de, sözleşmenin örtülü irade beyanıyla feshedildiği anlamına gelebilir. Buna karşılık, iş sahibinin, yüklenicinin makul ücret talebini reddetmesi, sözleşmeyi feshettiği anlamına gelmemektedir. İş sahibinin sözleşmeyi sona erdiren iradesinin yüklenici için açıkça anlaşılabilir olması gerekmektedir⁶⁴⁵. Yüklenici, iş sahibinin gerçek iradesini anlamıyorsa, güven teorisine göre bir fesih beyanı söz konusu olmayacaktır⁶⁴⁶.



Eser sözleşmesinin iş sahibi tarafından tek taraflı irade beyanıyla önceden feshedildiğinin ve sözleşmenin feshedildiği anın ispatı bunu iddia eden tarafa düşmektedir. Bu şekilde tek taraflı olarak sözleşmenin sona erdirildiği belirlendiğinde, TBK m. 484 hükmüne dayalı talebi ileri süren yüklenici iş sahibinin eser sözleşmesini bu hükme göre feshettiğini ispatlamalıdır⁶⁴⁷.

İş sahibinin TBK m. 484'e dayalı olarak fesih hakkını kullanması ile eser sözleşmesi ileriye etkili olarak sona ermektedir⁶⁴⁸. Yapılan fesih beyanı, muhataba ulaşmasıyla⁶⁴⁹ veya belli bir sürenin geçmesiyle hüküm doğurmaktadır⁶⁵⁰. Yüklenici, eserin ifasına devam etmekle yükümlü değildir ve buna hakkı da bulunmamaktadır⁶⁵¹.

Fesih ile birlikte yüklenicinin eseri meydana getirme borcu sona erdiği gibi, iş sahibinden eserin bedelini isteme hakkı da sona erer⁶⁵². Tarafların sözleşme

ca kanıtlanmış değildir. Sadece davalının verdiği vekâletnameden davacıyı azletmesi, inşaatı yaptırmaktan vazgeçtiği anlamında yorumlanamaz. Vekâletten azil ihbarının davacı yükleniciye tebliği üzerine, davacı herhangi bir istemde bulunmamıştır. Böylece yanlar arasındaki inşaat sözleşmesi feshedilmiş değildir ve tarafları bağlar..." (Kostakoğlu: s. 726).

⁶⁴⁵ **Bühler**: Art. 377 N. 24; **Gauch**: *Werkvertrag*, N. 526; **Gauch / Carron**: N. 526.

⁶⁴⁶ **Gauch**: *Werkvertrag*, N. 526; **Bühler**: Art. 377 N. 24; **Buz**: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesini Feshi*, s. 231.

⁶⁴⁷ **Gauch**: *Werkvertrag*, N. 581.

⁶⁴⁸ **Tercier / Favre**: N. 4806; **Buz**: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesini Feshi*, s. 232; **Eren**: *İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi*, s. 93; **Büyükcay**: *Eser Sözleşmesi*, s. 196; **CHK-Hürlimann/Siegenthaler**: Art. 377 N. 3; **Duman**: *İnşaat Hukuku*, s. 1295; **Tandoğan**: *Borçlar Özel C. II*, s. 346; **Eren**: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 686; **CR CO I-Chaix**: Art. 377 N. 9; **Kaplan**: *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku*, s. 244; **Ergezen**: s. 119; **Durak**: s. 238; **KUKO OR-Lehmann**: Art. 377 N. 5; **Bühler**: Art. 377 N. 7 N. 28; **Gümüş**: *Borçlar Özel C. II (2014)*, s. 103; **Bettschart**: *La résiliation des contrats de construction*, s. 157; **Krauskopf**: s. 40; **BSK OR I-Zindel / Pulver**: Art. 377 N. 11; **Kocağa**: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 255; **Yavuz / Acar / Özen**: s. 1060; **Coşkun**, s. 179; **Schmid / Stöckli**: N. 1823; **Koller**: *Werkvertragsrecht*, N. 1040.

⁶⁴⁹ **Krauskopf**: s. 40; **Bettschart**: *La résiliation des contrats de construction*, s. 157; **Bühler**: Art. 377 N. 28.

⁶⁵⁰ **Gauch**: *Werkvertrag*, N. 528.

⁶⁵¹ **Tercier / Favre**: N. 4806; **CR CO I-Chaix**, Art. 377 N. 9.

⁶⁵² **Eren**: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 686; **Bettschart**: *La résiliation des contrats de construction*, s. 157; **Bühler**: Art. 377 N. 28; **Durak**, s. 238; **Büyükcay**: *Eser Sözleşmesi*, s. 196.

ile ilgili diğer borçları özellikle iş sahibinin iş birliğinde bulunma borçları da sona ermektedir⁶⁵³. Yüklenici, iş sahibinin zarara uğramasını engellemek için gerekli her türlü önlemleri almakla yükümlüdür⁶⁵⁴. Sözleşmenin feshinden evvel ifa edilmiş yükümlülükler, mevcudiyetlerini korumaktadırlar⁶⁵⁵. İş sahibinin fesih anına kadar yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışları dolayısıyla doğmuş olan tazminat talepleri sözleşmenin ortadan kalkmasından etkilenmemektedir⁶⁵⁶. Yüklenicinin de fesih anından önce doğan tazminat talepleri, varlığını korumaktadır. Sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifasını sağlamak için verilen teminatlar, özellikle kefalet sözleşmeleri de sona ermektedir. Yüklenicinin iş görme borcunu teminat altına almak için iş sahibine verilmiş olan banka teminat mektuplarının da iade edilmesi gerekmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin fesih nedeniyle sona ermesi halinde tapu kaydındaki şerhin de terkin edilmesi gerekmektedir⁶⁵⁷. Tapu kütüğünde terkin işlemin yapılabilmesi için tapu memurluğu mahkeme kararı arayacağından, fesih beyanında bulunulmasının mahkeme aracılığıyla yapılıp mahkemenin bu hususta karar vermesi halinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin şerhin tapu kütüğünden terkin edilmesi mümkün olabilir.

Feshin ileriye etkili sonuç doğurmasına bağlı olarak fesih tarihine kadar muaccel olmuş ceza koşulu alacaklarının iş sahibince talep edilebilmesi mümkündür. Bu durumda iş sahibi, yükleniciye ödemesi gereken tazminat alacağından bu ceza koşul alacaklarını mahsup edebilir.

⁶⁵³ **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 255.

⁶⁵⁴ **Tercier / Favre:** N. 4806.

⁶⁵⁵ **Bühler:** Art. 377 N. 28.

⁶⁵⁶ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 347.

⁶⁵⁷ Y.15 HD, T. 18.10.2012, E. 2012/4928, K. 2012/6570. "...Yüklenici tarafından açılan davada sözleşmenin aynen ifasına karar verilmesi; arsa sahibinin mirasçıları tarafından açılan karşı davada ise 3.6.2008 tarihli ihtarla yapılan feshin haklı nedenlere dayandığının tespiti ile feshin onanması, fesihte haklı olunmadığı kabul edilirse yüklenicinin uğradığı zararın baliğın mabelağ tazminine hazır bulunduğu belirtilerek sözleşmenin B.K.'nun 369. maddesi uyarınca feshi ve tapu kaydına konan sözleşme şerhinin terkinini istenmiştir. Mahkemece asıl davanın reddine, karşı davanın kabulüyle sözleşmenin BK'nın 369. maddesi uyarınca feshine, yüklenicinin uğradığı toplam 532.383,00 TL zararın davalı-karşı davacı arsa sahibinin mirasçılarından alınarak davacı karşı davalı yükleniciye ödenmesine karar verilmiş, karar taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

Karşı davada tapu kaydına konulan sözleşme şerhinin terkinini de istenmiş, mahkemece bu taleple ilgili olumlu olumsuz bir karar verilmemiştir. HMK'nın 26. maddesi uyarınca talep sonucuyla bağlı kalınarak talep edilen tüm istekler hakkında olumlu olumsuz bir karar verilmesi zorunludur. Mahkemece sözleşmenin feshine karar verildiğine göre tapu kaydındaki şerhin de terkinine karar verilmesi gerekirken şerhin terkinini istemiyle ilgili olumlu olumsuz bir karar verilmemesi usule aykırı olmuştur..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

TBK m. 484'e göre, eser sözleşmesini fesheden iş sahibi, yalnızca yapılmış olan kısmın karşılığını ödemekle kalmaz, aynı zamanda yüklenicinin uğrayacağı bütün zararı da tazmin etmekle yükümlü olur⁶⁵⁸. İş sahibinin bu tazmin yükümlülüğü, hukuki temelini sözleşmenin feshinden almaktadır⁶⁵⁹. Zarar tazmin yükümlülüğü, iş sahibinin sipariş edilen eseri üçüncü bir kişiye devretmesi, kendisinin üstlenmesi veya tamamen işten vazgeçmesinden bağımsızdır⁶⁶⁰.

Uyarı



Tazmini gereken zarar, olumlu zarar niteliği taşımaktadır⁶⁶¹. Buradaki tazminat talebinin dayanağını borca aykırılık oluşturmamaktadır⁶⁶². Tazminatın ödenmesi için iş sahibinin kusurunun bulunması gerekli değildir⁶⁶³. Burada iş sahibinin sebep sorumluluğu söz konusu olduğu için, o, kusursuz olsa da zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁶⁶⁴.

İş sahibinin yükleniciye ifa etmekle yükümlü olduğu tazminatın hesaplanmasında iki yöntem söz konusu olmaktadır.

İş sahibinin yükümlü olduğu tazminatın hesaplanmasında TBK m. 484 hükmünün lafzından yapılmış kısmın karşılığının verilmesi ve yüklenicinin bütün zararlarının giderilmesi şeklinde bir ayırım yapıldığı çıkmaktadır. Toplama metodunda, iş sahibinin borçlu olduğu zarar tazmin yükümlülüğü, yapılmış kısmın karşılığının verilmesine katılmaktadır⁶⁶⁵. TBK m. 484 hükmünde kullanılan bütün zararların giderilmesi ifadesi, uğranılan zararın olumsuz zararın tazminine ilişkin kıstaslara göre değil, olumlu zararın tazminine ilişkin kıstaslara göre belirlenmesi anlamına gelmektedir⁶⁶⁶.

Yüklenicinin malvarlıksal düzlemde eserin tamamlanmasıyla orantılı olarak vaad edilen ücretin kalanını alsaydı hangi durumda bulunacaksa o duruma geti-

⁶⁵⁸ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 542.

⁶⁵⁹ **Gauch / Carron:** N. 542; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 542.

⁶⁶⁰ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 542.

⁶⁶¹ **Zevkililer / Gökyayla:** s. 568; **Tercier / Favre:** N. 4808; **Oser / Schönenberger:** Art. 377 N. 3; **Gautschi:** Art. 377 N. 13; **Bucher:** s. 214; **Galante:** s. 142 dph. 465; **CR CO I-Chaix:** Art. 377 N. 12; **Schmid / Stöckli:** N. 1822; **Büyükkay:** *Eser Sözleşmesi*, s. 196; **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 687; **Erişen:** s. 145.

⁶⁶² **Gauch / Carron:** N. 543; **Bühler:** Art. 377 N. 40; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 543; **BSK OR I-Zindel / Pulver:** Art. 377 N. 15.

⁶⁶³ **Tercier / Favre:** N. 4810; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 543; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1061; **Bühler:** Art. 377 N. 41; **BSK OR I-Zindel / Pulver:** Art. 377 N. 15; **Zevkililer / Gökyayla:** s. 569; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 158; **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 687.

⁶⁶⁴ **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 687.

⁶⁶⁵ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 546; **Krauskopf:** s. 41; **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 1056.

⁶⁶⁶ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 546.

rilmesi gerekmektedir⁶⁶⁷. Tazmin edilecek zarar, yüklenicinin fesih yüzünden yapılmayan çalışmalara denk düşen kâr kaybından dolayı uğradığı malvarlığı zararıdır⁶⁶⁸. Yüklenici bu kapsamda ifaya olan menfaatini, özellikle uğradığı kâr kaybı zararının tazminini talep edebilir⁶⁶⁹.

Yüklenicinin iş sahibinin eser sözleşmesini feshi dolayısıyla yapmaktan kurtulmuş olduğu masrafları, yapılmamış kısma denk gelen tazminat miktarından indirmesi gerekmektedir⁶⁷⁰. İndirilecek masrafların eser sözleşmesinin ifası için fiilen yapılacak masraflar olması gerekmektedir.

TBK m. 484'ün bu hususta bir düzenleme içermemesine rağmen yüklenicinin zarar tazmin talebinden serbest kalan iş gücü ve makinelerinin başka şekilde kullanılmasından dolayı elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği kazançları indirmesi gerekmektedir⁶⁷¹.

Yüklenicinin zararının hesaplanmasında başvuru diğer bir yöntem, kesinti metodudur. Kesinti metodu, eserin bedelinden yüklenicinin çalışmaları tamamlanmasından dolayı tasarruf ettiği kısmın ve dürüstlük kuralınca elde edeceği veya elde etmeyi ihmal eylediği kârın eserin bedelinden indirilmesini içerir⁶⁷². Yargıtay, tazminat hesaplanırken hak edişler ve imalat hesabına ilişkin diğer belgelerin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir⁶⁷³.

⁶⁶⁷ **Gauch / Carron:** N. 547; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 547.

⁶⁶⁸ **Gauch / Carron:** N. 547; **Tercier / Favre:** N. 4809; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 547.

Y. 15. HD., T. 18.1.1988, E. 1987/2053, K. 1988/63 "...Taraflar arasında yapılan reklamcılık sözleşmesine rağmen, davalı belediyenin 2.5.1984 tarihli encümen kararı ile sözleşmeyi haksız feshettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda BK'nın 369. maddesi hükmü gereğince davacının zararlarını en üst düzeyde ödemekle yükümlüdür. Hükmeye dayanak yapılan bilirkişi kurulu raporunda davacının bu iş için yaptığı masraflarla birlikte mahrum kaldığı kâr hesap edilmiş ve buna göre ödetme kararı verilmiştir. Oysa davacı, talep ettiği karı edebilmek için bir takım masraflar yapması ve bu masraflara katlanması gerekir. Diğer bir deyimle kârın içinde talep edilen masraf kalemlerinin de mevcut olduğu kabul edilmelidir..." (YKD, Mayıs 1988, s. 683-684).

⁶⁶⁹ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 547; **Buz:** *Eser Sözleşmesinin Feshi*, s. 239.

⁶⁷⁰ **Krauskopf:** s. 41.

⁶⁷¹ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 549; **Krauskopf:** s. 41; **Gümüş:** *Borçlar Özel C. II* (2014), s. 105; **Buz:** *Eser Sözleşmesinin Feshi*, s. 239; **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 688.

⁶⁷² **Zevkililer / Gökyayla:** s. 568; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 551; **CR CO I-Chaix:** Art. 377 N. 15; **Gautschi:** Art. 377 N. 15a; **Aral / Ayrancı:** s. 379; **Engel:** *Contrats de droit suisse*, s. 463; **Buz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesini Feshi*, s. 242; **Gümüş:** *Borçlar Özel C. II* (2014), s. 104; **Eren:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 688-689; **Krauskopf:** s. 41; **Bühler:** Art. 377 N. 39; Yargıtay, bir kararında kesinti metoduna göre hesaplamının içinde uzman bir hukukçunun da olduğu bilirkişi kurulu marifetiyle yapılması gerektiğini belirtmiştir. Y. 15 HD., T. 03.06.1997, E. 1997/2703, K. 1997/2929 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁷³ Y. 15 HD., T. 16.01.2014, E. 2013/764, K. 2014/353 "...Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre eser sözleşmesinin haksız feshi halinde diğer tarafın kar kaybının hesabında 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 356. maddesinin yollama yaptığı aynı Kanun'un 325. Maddesindeki yonteme "kesinti yöntemi"

Uyarı

Sözleşmenin feshi ile olguları ve sözleşmenin sona erdiği an ile ilgili hususlara ilişkin ispat yükü, kendi borcunun sona erdiğini ileri süren veya ücret talep eden veya zararının tazminini talep eden tarafa düşmektedir.⁶⁷⁴ Yüklenici, zararını olduğu kadar iş görme borcunun ifası için yapılan masraf ve harcamaları ispat etmelidir.⁶⁷⁵ Yüklenici, aynı zamanda ifa edilmiş kısmın değerini ispat etmelidir. İspat edilecek vakıalar, yüklenicinin kesinti veya toplama metodunu seçmesine göre farklılık gösterebilmektedir.⁶⁷⁶ Kesinti metodunda sözleşmede kararlaştırılan ücretin şartları ve oranı hususunda ispat yükü, yüklenicidir. Tazminat ödenmesi gerekmeyen bir sebep dolayısıyla sözleşmeyi feshetmeye hakkı olduğunu ispat yükü ise iş sahibine düşmektedir.⁶⁷⁷ İş sahibi, ayrıca yüklenicinin, sözleşmenin feshi sonucunda başka kazançlara sahip olduğunu ispatlamalıdır.⁶⁷⁸

Edimin artık ifa edilmediği hususunda ispat yükü, iş sahibine aittir. İş sahibi, yüklenicinin erken fesih sebebiyle tasarruf ettiği miktarın veya kazandığı veya kazanmayı ihmal ettiği tutarı, bunların erken fesihle uygun illiyet bağıını ve bunların ödemekle yükümlü olunan tazminat miktarından indirilmesi gerektiğini ispat etmelidir.

denilmektedir. Kesinti yöntemine göre, yüklenicinin yapılmayan sözleşme konusu işlerden ötürü mahrum kaldığı karın, yapılmayan (kalan) işin sözleşmenin feshi tarihindeki bedeli saptandıktan sonra bu bedelden, yüklenicinin işi tamamlayamaması nedeniyle sağladığı tasarruf, bu süre içinde başka bir iş bulup çalışmışsa elde etmiş olduğu kâr, başka bir iş bulmaktan kasten kaçınılırsa kazanabileceği miktar tespit edilip, çıkartılarak kalan üzerinden kâr kaybı hesaplamaktan ibarettir.

“Somut olayda, mahkemece alınan tarihsiz bilirkişi raporunda, “dosyasında taşeron hak edişleri ile bu hak edişlere ve yerindeki imalata esas metraj, ataşman, yeşil defter ve imalat hesapları bulunmadığından, imalatların ayrıntılı ve hesap ve kontrolünün yapılamadığı” belirtildikten sonra, davacı vekilinin sunduğu tarihsiz dilekçede yapmış bulunduğu ve değerlendirmeler esas alınarak yapılmayan iş tutarı 575.000.00 TL olarak hesaplanmış” bu tutardaki imalatın gerçekleşmesi için gerekli olan harcamalar göz önüne alındığında serbest piyasa malzeme ve işçilik rayiçleri ile işin yapım koşulları, iş gücünün de göz önünde bulundurulduğunda benzer işlerde olduğu gibi bu iş için de %25 oranında kâr elde edilebileceği kabul edilerek 575.000X%25=143.750.00 TL’nin davacının yapılmayan iş nedeniyle mahrum kaldığı kâr olduğu” bildirilmiş, mahkemece de bu miktar kâr kaybı olarak hüküm altına alınmıştır. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda hakedişler ve imalat hesabına esas olan diğer belgelerin bulunmadığı, bu nedenle imalatların ayrıntılı hesabının yapılamadığı belirtildiği halde; bu belgeler olmaksızın davacı vekilinin sunduğu dilekçedeki hesaplamalara bağlı kalınarak kâr kaybı hesabı yapılması doğru olmadığı gibi; kâr kaybı hesabı yapılırken az yukarıda açıklanan “kesinti yöntemine” aykırı olarak ve davacının iddiasında bağlı kalınarak hesaplanan yapılmayan iş bedeli üzerinden %25 oranında kâr kaybı hesaplanması da doğru olmamıştır.

“Bu durumda mahkemece yapılacak iş yeniden oluşturulacak konusunda uzman bilirkişi heyetiyle yerinde keşif yapılarak, taraflar arasında düzenlenen hakedişler ve yapılan imalata ilişkin tüm belgelerin getirilmesinden, böylece yüklenicinin yapmadığı kalan iş miktarının sözleşme ekinde yer alan birim fiyatlarla belirlenerek bu miktar üzerinden yukarıda açıklanan “kesinti yöntemine” uygun olarak davacının kar mahrumiyeti alacağıının hesaplatılmasından, bilirkişilerden gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp sonucuna göre kâr kaybı alacağı ile ilgili hüküm kurulmasından ibarettir...” (İstanbul Barosu Dergisi, C. 88, S. 3, Y. 2014, s. 661-663).

⁶⁷⁴ **Kaplan: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku**, s. 248; **BSK OR I-Zindel / Pulver: Art. 377 N. 22; Gauch / Carron: N. 581.**

⁶⁷⁵ **BSK OR I-Zindel / Pulver: Art. 377 N. 22.**

⁶⁷⁶ **CR CO I-Chaix: Art. 377 N. 22.**

⁶⁷⁷ **BSK OR I-Zindel / Pulver: Art. 377 N. 22.**

⁶⁷⁸ **Kaplan: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku**, s. 249.

2. İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme

TBK m. 473/1'e göre, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.

3. Yaklaşık Keşif Bedelinin Aşılması Sebebiyle Sona Erme

TBK m. 482/f. 1'e göre, "Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılabacağı anlaşılırsa, iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir".



Uyarı

TBK m. 481'de düzenlenen yaklaşık bedel ile TBK m. 482'de düzenlenen keşif bedeli, uygulamada genellikle birbirinin yerine geçerek kullanılmaktadır. Yükleniciye ödenecek miktarın takriben belirlendiği durumlarda yaklaşık bedel söz konusu olur⁶⁷⁹. Burada bedel, kesin olarak belirlenmiş olmayıp, belli sınırlar içerisinde bedelin değişebileceği kabul edilmiştir⁶⁸⁰. Taraflar, bu halde bedel için belirlenen alt ve üst sınırlar ile bağlıdır⁶⁸¹. TBK m. 482 hükmü anlamında muhtemel masraflara ilişkin bir keşif bedeli söz konusu olduğunda ise, işin bedeli değil, masraflar yaklaşık olarak tespit edilmektedir. Yaklaşık bedel ile keşif bedelinin ortak noktası, her ikisinde de yükleniciye ödenecek son ücretin işin tamamlanmasından sonra TBK m. 481 uyarınca eserin değeri ve yüklenicinin masraflarına göre belirlenecek olmasıdır. Yaklaşık bedelin TBK m. 481 uyarınca son tespiti yapılırken sözleşmede öngörülen alt ve üst sınırların dışına çıkılamaz. Keşif bedelinde ise iş sahibi, işin değerine ve yüklenicinin masraflarına göre belirlenecek ücreti ödemek zorundadır. Bu ücret, keşif bedelinin altında kalabileceği gibi üstünde de olabilir⁶⁸².

İş sahibinin TBK m. 482/f. 1'e dayanarak sözleşmeden dönebilmesi için ilk şart, sözleşmede iş bedelinin yaklaşık olarak belirlenmesidir⁶⁸³.

⁶⁷⁹ **Birinci-Uzun, Tuba:** *Eser Sözleşmelerinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, Aralık 2014, s. 87.

⁶⁸⁰ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 153.

⁶⁸¹ **Birinci-Uzun:** s. 87.

⁶⁸² **Birinci-Uzun:** s. 88.

⁶⁸³ **Yeniocak:** s. 122; **Tunçomağ:** *Özel Borç İlişkileri*, s. 1086; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 247; **Bühler:** Art. 375 N. 6; **Birinci-Uzun:** s. 89.

Uyarı

Ücretin yaklaşık değere göre belirlenip belirlenmediği, sözleşmenin açık hükümlerden ve eşyanın niteliğinden⁶⁸⁴ anlaşılmaktadır. Sözleşmenin yorumu sırasında tereddüt doğarsa, bir görüş⁶⁸⁵, bedelin yaklaşık olarak kararlaştırılmasının asıl olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürerken diğer bir görüş⁶⁸⁶, asıl olanın bedelin götürü ve kesin şekilde belirlenmiş sayılması olduğunu, taraf iradelerinin yorumu ve yapılacak olan işin özelliği ne tür bir bedel kararlaştırıldığını ortaya koyamıyorsa yaşamın olağan akışına uygun olanın iş sahibinin ödeyeceği miktarın kesin olduğunu göz önüne alarak bu sözleşmeyi kurduğunu belirtmektedir.

Somut olayda yaklaşık bedelin mi yoksa keşif bedelinin mi söz konusu olduğunun tartışmalı olduğu durumlarda, şüphe halinde bedel borçlusu iş sahibi lehine olan yorumun tercih edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁶⁸⁷.

Araştırmalara rağmen işin niteliğinden de keşif bedelinin ne şekilde tayin edildiği tespit edilemiyorsa, yaklaşık olarak tayin edildiği kabul edilmelidir⁶⁸⁸.

İkinci koşul, yaklaşık bedel miktarının aşırı derecede üstüne çıkmış olmasıdır⁶⁸⁹. Bedelin aşılmasının iş sahibinin ya da üçüncü bir kişinin hesaplarından kaynaklanması mümkün olmakla beraber asıl önemli olan yüklenicinin hesap tahmininde bulunması ve iş sahibine beklenen masrafların karşılanması yolundaki iradesini bildirmesidir⁶⁹⁰. Yaklaşık bedelin aşırı şekilde aşılabığının belli olması, TBK m. 482 uyarınca iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için yeterlidir. Ayrıca aşırı masrafların yapılmış olması gerekmektedir.

Yaklaşık bedeli aşmanın ne zaman aşırı olacağı sözleşmede saptanmamışsa, bu miktar dürüstlük kuralı ışığında somut olayın özellikleri göz önüne alınarak belirlenecektir⁶⁹¹. Yaklaşık ücretin aşırı aşımında öncelikle sözleşmenin yorumuna, hukuka ve örf ve adet ile işlerde geçerli olan teamüllere bakılarak somut olayın özellikleri-ne göre karar verme hak ve yetkisini hâkime tanımak daha doğru olacaktır⁶⁹².

⁶⁸⁴ Örneğin bir otomobilin onarımında, otomobil sökülmeden ve araştırılmadan yapılacak giderleri kesin şekilde tespit etmek olanaklı olmadığından, gider tahmini kural olarak yaklaşıktır. **Tunçomağ: Özel Borç İlişkileri**, s. 1087.

⁶⁸⁵ **Zevkililer/Gökyayla**: s. 599.

⁶⁸⁶ **Öz: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, s. 70; **Yavuz / Acar / Özen**: s. 1054.

⁶⁸⁷ **Kocaağa: İnşaat Sözleşmesi**, s. 248.

⁶⁸⁸ **Birinci-Uzun**: s. 89.

⁶⁸⁹ **Tunçomağ: Özel Borç İlişkileri**, s. 1087; **Altaş: Yaklaşık Ücretin Aşırı Aşılması**, s. 75; **Ergezen**: s. 109; **Kocaağa: İnşaat Sözleşmesi**, s. 248; **Gürpınar**: s. 85; **Bettschart: La résiliation des contrats de construction**, s. 153; **Bühler**: Art. 375 N. 20; **Krauskopf**: s. 52; **Gauch: Werkvertrag**, N. 984; **Tercier / Favre**: N. 4736.

⁶⁹⁰ **Krauskopf**: s. 52.

⁶⁹¹ **Öz: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, s. 71; **Gauch: Werkvertrag**, N. 985; **Kocaağa: İnşaat Sözleşmesi**, s. 248; **Gürpınar**: s. 85; **Ergezen**: s. 109; **Baygın**: s. 156; **Birinci-Uzun**: s. 90.

⁶⁹² **Tercier / Favre**: N. 4741; **Altaş: Yaklaşık Ücretin Aşırı Aşılması**, s. 76; **Gürpınar**: s. 85; **Baygın**: s. 155; **Bettschart: La résiliation des contrats de construction**, s. 154.

Eserin gerçekleşmesi için yapılan masraflar yaklaşık bedelin aşırı derecede üzerine çıksa bile, eğer bu durum iş sahibine yüklenebilecek bir nedenden doğmuşsa⁶⁹³, TBK m. 482'deki sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz⁶⁹⁴.

Masrafların aşırı ölçüde yaklaşık bedeli geçmesi, iş sahibinin faaliyet alanında gerçekleşen bir nedenle olmasa bile, iş sahibi bu fazla bedele açıkça veya örtülü olarak rıza göstermişse gene de sözleşmeden dönülemez⁶⁹⁵. İş sahibi, ancak bedelin aşılmasını bildiği ölçüde açık veya örtülü olarak rıza gösterebilir⁶⁹⁶. Eğer iş sahibine yüklenici tarafından bedel aşılması yeterli derecede bildirilmişse, iş sahibinin örtülü olarak rıza gösterdiği veya onay verdiği kabul edilebilir. İş sahibi, ispatı mümkün olmasına rağmen bedel aşımını ihtirazi kayıt koymaksızın ödemeyi kabul etmesi durumunda fazla bedele rıza göstermiş olduğu kabul edilebilir⁶⁹⁷. İş sahibinin aşılmaya rıza gösterdiğini ya da onay verdiğini iddia eden yüklenici bunu ispatlamalıdır⁶⁹⁸.

Yüklenici, aşırı masrafların karşılanmasını istemiyorsa sözleşmeden dönmeye gerek bulunmamaktadır.

Yaklaşık bedelin aşırı derecede aşılmasının beklenmedik, öngörülmedik bir olaydan kaynaklanması gerekmemektedir⁶⁹⁹.

TBK m. 482/f. l'deki koşullar gerçekleştiğinde, eserin ifası hangi aşamada olursa olsun, iş sahibi sözleşmeden dönebilir⁷⁰⁰. Sözleşmeden dönme geriye etkili olup, yerine getirilmiş edimlerin iade edilmesi gerekmektedir⁷⁰¹. Sözleşmeden dönen iş sahibinin, yükleniciye tazminat ödeme zorunluluğu yoktur⁷⁰². Yüklenicinin yapılmış olan kısmın bedelini talep etmesi mümkün değildir.

⁶⁹³ TBK m. 482/f. l'de "iş sahibinin kusuru olmaksızın" ifadesi yer almakta ise de, bu ifadenin sebep olma şeklinde anlaşılması gerekmektedir. **Kocaağa**: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 248.

⁶⁹⁴ **Tercier / Favre**: N. 4740; **Öz**: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 75; **Ergezen**: s. 111; **Kocaağa**: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 248; **Gautschi**: Art. 375 N. 7a; **CR CO I-Chaix**, Art. 375 N. 8; **Bettschart**: *La résiliation des contrats de construction*, s. 154; **Baygın**, s. 161; **Bühler**: Art. 375 N. 14; **Krauskopf**: s. 52; **Gauch**: *Werkvertrag*, N. 988.

⁶⁹⁵ **Öz**: *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 76; **Ergezen**: s. 111; **Gautschi**: Art. 375 N. 7c; **Bettschart**: *La résiliation des contrats de construction*, s. 154; **Gürpınar**: s. 87; **Krauskopf**: s. 52; **Gauch**: *Werkvertrag*, N. 990; **Baygın**: s. 163.

⁶⁹⁶ **Gautschi**: Art. 375 N. 7c.

⁶⁹⁷ **Gauch**: *Werkvertrag*, N. 990; **CR CO I-Chaix**: Art. 375 N. 9.

⁶⁹⁸ **Baygın**: s. 166.

⁶⁹⁹ **Öz**: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 75.

⁷⁰⁰ **Bettschart**: *La résiliation des contrats de construction*, s. 154; **Bühler**: Art. 375 N. 28; **CR CO I-Chaix**: Art. 375 N. 22.

⁷⁰¹ **Krauskopf**: s. 53; **Gauch**: *Werkvertrag*, N. 976.

⁷⁰² **Kocaağa**: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 249.

İş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlarda, bütünüleyici parça olan inşaat arsa sahibinin mülkiyetine geçeceği için, TBK m. 482/f. II'de, iş sahibine iki seçimlik olanak tanınmıştır⁷⁰³. Bu hükme göre, iş sahibi bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, inşaat henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir⁷⁰⁴. Uygun bedelin ne olduğunu hâkim, somut olayın bütün şartları göz önüne alarak belirleyecektir⁷⁰⁵.

TBK m. 482/f. II'ye göre sözleşme feshedilince, iş sahibi, yapılmış olan çalışmalar için, uygun bir karşılık (yani yükleniciye fesih beyanının ulaştığı tarihe kadar yapılmış olan çalışma ve masraflar için bir ücret) ödemek zorundadır⁷⁰⁶. İş sahibi, bu durumda TBK m. 484'ten farklı olarak yüklenicinin bütün zararlarını gidermek zorunda değildir⁷⁰⁷.

Yüklenicinin kusurunun bulunması halinde, sözleşmeyi sona erdiren iş sahibinin olumsuz zararı içeren bir tazmin talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir⁷⁰⁸. Yüklenici, aynı zamanda yaklaşık bedelin aşıldığını iş sahibine bildirmeyi ihmal ederse, onun uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁷⁰⁹.

4. İş Sahibinin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Sebebiyle Sona Erme

Yüklenicinin eseri tamamlamaması veya eseri tamamlamakla birlikte teslimde gecikmesi, yüklenicinin temerrüdüne yol açar. Eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü hakkında özel hüküm bulunmadığından, bu konuda genel hükümlerde düzenlenen borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK m. 123-125 hükümleri uygulanır.

Yüklenici teslim borcunu yerine getirmede temerrüde düşerse, iş sahibi verilen sürenin sonunda derhal bildirimde bulunmak suretiyle, sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini isteyebilir.

⁷⁰³ Eren: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, s. 676; Tercier / Favre: N. 4749.

⁷⁰⁴ Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 155; Büyükkay: *Eser Sözleşmesi*, s. 241.

⁷⁰⁵ Gauch: *Werkvertrag*, N. 979.

⁷⁰⁶ Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 155; Gauch: *Werkvertrag*, N. 977.

⁷⁰⁷ Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 155; Bühler: Art. 375 N. 42; Gauch: *Werkvertrag*, N. 977; Tandoğan: *Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması*, s. 3; Büyükkay: *Eser Sözleşmesi*, s. 241.

⁷⁰⁸ Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 155; Büyükkay: *Eser Sözleşmesi*, s. 241; CR CO I-Chaix, Art. 375 N. 18.

⁷⁰⁹ Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 155.

5. İş Sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi Sebebiyle Sona Erme

İş sahibinin tamamlanmış olan eseri teslim almaktan kaçınması halinde, alacaklı temerrüdü meydana gelmektedir⁷¹⁰. İş sahibi, kendisine düşen hazırlık faaliyetlerini yerine getirmeyerek yüklenicinin esere başlamasını veya bitirmesini engellemesi durumunda da alacaklı temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur⁷¹¹. Hazırlık faaliyetlerinden anlaşılması gereken, malzemelerin sağlanması, arsaya erişim gibi yüklenicinin çalışmalarına başlayabilmesi için gereken hazırlık işlemleridir⁷¹². Yine iş sahibinin, işin yapılmasına başlanması, devam edilmesi

⁷¹⁰ **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı*, s. 516; **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 136.

⁷¹¹ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 137; **Koller:** Art. 366 N. 161; **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 477; **Büyükay:** *Eser Sözleşmesi*, s. 243; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 23. Y. 15. HD, T: 26.09.2013, E. 2012/6076, K. 2012/5196, "...Yanlar arasında imzalanan sözleşmenin 9.1. maddesinde sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren 5 gün içinde Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre yer teslimi yapılarak işe başlanacağı kararlaştırılmıştır. Sözleşme eki Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 6/1. maddesinde sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenicinin sözleşmede yazılı süre içinde işe başlayabilmesi için işyeri, eksen kazıkları, someler, röperler vb. nin zemin üzerinde kontrol edilerek yapı denetim görevlisi tarafından yükleniciye teslim edileceği, bu hususta iki taraf arasında ortak bir tutanak düzenleneceği öngörülmüştür. Taraflar arasında 6.7.2011 tarihli işyeri teslim tutanağı düzenlenmiş ise de, tutanakta teslim edilen parselin no.su belirtilmediği gibi, şartnamenin yukarıda belirtilen hükümündeki işlemlerin de yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacıya usulüne uygun yer teslimi yapıldığından sözedilemez. Davacı tarafından davalı idareye yazılan 8.8.2011, 12.9.2011 ve 16.10.2011 tarihli yazılarda işin yapılacağı arsanın fiilen teslim edilmediği belirtilerek bir an önce inşaatın yapılacağı arsanın belirlenerek fiili teslimin yapılması istenmiş, son olarak gönderilen 16.12.2011 tarihli ihtarnamede de arsa tesliminin fiilen yapılması, aksi halde sözleşmenin feshi yoluna gidileceği bildirilmiştir. Davalı iş sahibi idarece davacı yüklenicinin yer teslimine dair taleplerine olumlu olumsuz bir cevap verilmemiş gibi, inşaatın yapılacağı arsa iş sahibi idare tarafından kesin olarak belirlenip yükleniciye fiili yer teslimi de yapılmamıştır. Davalı idarenin cevap dilekçesinde inşaatın yapılacağı parsel olarak gösterdiği parsellerden 250 ada 1, 3 ve 13 numaralı parsellerin dava dışı özel şahıslar adına kayıtlı olduğu ve bu parsellerin kamulaştırılmasına dair davanın 16.11.2011 tarihinde yer teslim tutanağından yaklaşık 5 ay sonra karara bağlandığı, bu durumun dahi davalı idarece fiilen yer teslimi yapılmadığını açıkça gösterdiği anlaşılmaktadır. Sözleşmeye göre işin süresi 450 gün olup, dava tarihine kadar geçen sürede bu sürenin önemli bir bölümü geçmiş, iş sahibi yer teslim borcu yönünden temerrüde düşmüştür. Yer teslimi konusundaki tahammül ve makul bekleme süresi aşıldığından davacı yüklenici sözleşmenin feshini talep etmekte haklıdır. Bu sebeple mahkemeye sözleşmenin feshine ve kesin teminatın iadesine karar verilmelidir. Yüklenici dava dilekçesinde bir ayırım yapmadan 10.000,00 TL maddi ve manevi tazminat isteminde bulunduğundan yükleniciye talebinin ne miktarının maddi tazminata, ne miktarının manevi tazminata ait olduğu, maddi tazminatın hangi kalemlerden oluştuğu ve her bir kalem için ne miktar istendiği açıklanmamalı, manevi tazminat istemi şartları oluşmadığından reddedilmeli, maddi tazminat yönünden ise talepleri bilirkişiden rapor alınmak suretiyle değerlendirilmeli, varılacak sonuca göre hüküm verilmelidir..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷¹² **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 137.

Y. 15. HD, T. 07.06.1984, E. 1616, K. 2006, "...Taraflar arasında iki adet üst geçit yapımı konusunda 1.7.1981 tarihli bir sözleşme düzenlendiği, işin ikmal ve teslim süresinin 15.10.1981 tarihi olduğu, davalı bankanın yükleniciye gönderdiği 26.10.1981 tarihli noter ihtarnamesi ile, davacının sözleşme ve ekleri hükümlerine muhalefet etmesi ve taahhüdünü yerine getirmemesi nedenlerine dayanarak 26.10.1981 tarihi itibarıyla sözleşmeyi feshettiği ihtilafsızdır.

Burada çözümlenmesi gereken husus, davalı bankanın fesih iradesinin haklı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Esasen dava dilekçesinde uyuşmazlığın, hafriyatın yapıldığı yerde 3600 Kw.'lık yüksek gerilim hattının bulunması, yüksek tazyikli havagazi su vs. tesislerinin ortaya çıkması karşısında inşaatın devam edilemediği ve davalının da bu engelleri kaldırmamasından kaynaklandığı ileri sürülmüştür.

veya teslimi ile ilgili bir hukuki işlemi yapmaktan veya gerekli talimatları vermekten kaçınması durumları da, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesine neden olabilir⁷¹³.

Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu yüklenici, yapma borçlarında alacaklının temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 110 hükmünden yararlanmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilir⁷¹⁴. TBK m. 110'a göre, "Borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir". Burada söz konusu olan aynen ifa talebinin konusunu oluşturan ve borçlunun temerrüdü yolunu açan yükümlülükler değil, iş birliği ödevleri olarak da isimlendirilebilecek olan basit külfetlerdir⁷¹⁵.

Yüklenici, iş sahibine borçlanılan edimin ne ona ne de temsilcisine iş sahibinden kaynaklanan bir başka nedenden olayı ifa olarak sunulamaması veya yüklenicinin kusuru olmaksızın iş sahibinin kimliğinin belirsiz olduğu durumlar da sözleşmeden dönebilmektedir⁷¹⁶.

Alacaklı temerrüdü şartları gerçekleştiğinde, yüklenici borçlu temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönebilir⁷¹⁷. Bu özellikle yüklenicinin iş sahibine bir süre tayin edip ondan edimi kabul etmesini veya kendisine düşen külfetlerini yerine getirmesini istemesi anlamına gelmektedir⁷¹⁸. Bu sürenin bitiminde,

BK'nın 90. madde hükmüne göre karşılıklı yükümlülükleri içeren sözleşmelerde borçlunun borcunu ifa edebilmesi için eğer alacaklı kendi tarafından öncelikle yapılması gereken işlemleri icradan kaçınırsa, müttemerrit sayılacağı kabul edilmiştir. Yukarıdan beri açıklandığı üzere davalı banka sözleşmenin 10 ve özel sicilnamenin 9. maddelerinde öngörülen ve kendisi tarafından yapılması kararlaştırılan yeraltı engellerini giderme borcunu yerine getirmemiştir. Alacaklıya düşen bu görev teknik açıdan borcun ifasını engellediği gerek Ankara Yedinci Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 1981/421 değişik iş sayılı tespit dosyasında bulunan tarihsiz bilirkişi raporu, gerekse 18.4.1983 tarihli bilirkişi kurulu raporu ile 14.6.1982 tarihli esas ve 26.8.1982 tarihli ek bilirkişi raporları ile sabittir. Bu durumda davalının değil aksine davacıya sözleşmeden dönme hakkı tanımak BK'nın 94. madde hükmü gereğidir (K. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, 1976, Sh. 79 ve 776; M.R. Karahasan, İnşaat - İmar İhale Hukuku, 1979 sh. 233). Kaldı ki işverenin hazırlayıcı eylemlere katılması gerektiği halde önceden onları yapmaktan kaçınmakla beraber sözleşmeyi fesih yoluna gitmesi, dürüstlük kuralları ile de bağdaşmaz. Diğer bir deyimle, alacaklı temerrüt halinde olduğu sürece akdin icra edilmediği def'ini ileri süremez (v. Tuhr, - Cevat Edege Tercümesi, Yargıtay Yayınları No: 15; S. S. Tekinay, Borçlar Hukuku, 1974, Sh. 622)..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷¹³ **Kurt:** Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, s. 160.

⁷¹⁴ **Büyükkay:** Eser Sözleşmesi, s. 243.

⁷¹⁵ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 136.

⁷¹⁶ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 137; **Koller:** Art. 366 N. 164.

⁷¹⁷ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 138; **Gauch:** *Fristen und Termine*, s. 23; **Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop:** s. 846.

⁷¹⁸ **Bettschart:** *La résiliation des contrats de construction*, s. 138.

alacaklı halen temerrüt durumunda ise, yüklenici derhal bildirerek, sözleşmeden dönebilir. Sürenin bitiminde yüklenicinin alacaklıya yeni bir süre tanıyarak ondan edimini kabul etmesini veya iş sahibine düşen hazırlık faaliyetlerini ve işbirliği edimlerini yerine getirmesini istemesi mümkündür. TBK m. 124'e giren durumlarda uygun süre verilmesine gerek yoktur. İş görme ediminin başlaması durumunda eser sözleşmesinin ileriye etkili olarak feshedilebileceği de belirtilmektedir⁷¹⁹. Sözleşmeyi fesheden yüklenici, yapılmış kısma ilişkin ücretin ve bu ücrete girmeyen masrafların ödenmesini isteyebilir. Sözleşmeden dönmenin şartlarının gerçekleştiğini ispat yükü, yükleniciye aittir.

6. İfanın İmkânsız Hale Gelmesi Sebebiyle Sona Erme

a. İş Sahibi Yüzünden İfanın İmkânsızlaşması Sebebiyle Sona Erme

TBK m. 485'e göre, eserin tamamlanması, iş sahibiyle ilgili beklenmedik olay sebebiyle imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.

TBK m. 485'in uygulanabilmesi için, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve yapımına henüz başlanmamış eserin yapımına veya yapımına daha önce başlanmış eserin tamamlanmasına engel olan bir imkânsızlığın varlığı gerekmektedir⁷²⁰. Eserin ifasındaki imkânsızlık objektif olmalıdır⁷²¹.

Eserin ifasının imkânsızlaşmasına iş sahibinin kusurunun veya onun sorumlu olduğu bir durumun yol açması gerekmektedir⁷²². Bu durum, iş sahibinin kendisinden kaynaklanabileceği gibi, onun işletmesinden, ifa yardımcısının davranışlarından veya ona ait risk alanına giren bir olaydan da kaynaklanabilir⁷²³.

⁷¹⁹ Koller: *Werkvertragsrecht*, N. 479; Bettschart: *La résiliation des contrats de construction*, s. 138.

⁷²⁰ Gauch / Carron: N. 723; Buz, Vedat: *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, AÜSBFD., 1994, C. 49, S. 1-2, s. 26; Ergezen: s. 149; Gauch: *Werkvertrag*, N. 723.

⁷²¹ Gauch / Carron: N. 723; Ergezen: s. 149; Buz: *Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, s. 26; Gauch: *Werkvertrag*, N. 723; Yavuz / Acar / Özen: s. 998;

⁷²² Buz: *Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, s. 28; Gauch / Carron: N. 724; Gauch: *Werkvertrag*, N. 724; Büyükkay: *Eser Sözleşmesi*, s. 247.

⁷²³ Gauch: *Werkvertrag*, N. 724; Buz: *Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, s. 27.



Uyarı

İş sahibinin doğrudan kendisiyle ilgili imkânsızlık hallerine örnek olarak, kusuru olmaksızın ağır şekilde hastalanmasından ya da ölmesinden bahsedilebilir⁷²⁴. İş sahibinin tehlike alanına ilişkin beklenmedik olaylara örnek olarak ise, taşınmazın kamulaştırılmasından, imar planının inşaaata engel olacak şekilde değişmesinden veya iş sahibinin inşa edilecek yapıda kullanılması için yükleniciye önerdiği yapı sisteminin yetkili makamlarca yasaklanması verilebilir⁷²⁵. İş sahibinin alanına giren bir risk veya tehlike durumunun bulunup bulunmadığı, her bir eser sözleşmesinde somut olayın şartları dikkate alınarak belirlenecektir⁷²⁶.

Eserin yok olmasında yüklenicinin herhangi bir kusurunun bulunmaması gerekmektedir. Yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması, kusuruna örnek olarak verilebilir.

TBK m. 485'teki koşulların gerçekleşmesi durumunda eser sözleşmesi kandan dolayı ileriye etkili olarak sona ermektedir⁷²⁷. Tarafların eserin tamamlanmasına ilişkin talepleri sona ermektedir⁷²⁸.

Eserin tamamlanmasının, iş sahibinin ilgili olduğu durumlar nedeniyle veya onun kusuru yüzünden imkânsızlaştığını, yüklenici ispat etmekle yükümlüdür⁷²⁹. Buna karşılık, eserin ifasının gerçekten imkânsızlaştığı hususunda ispat yükü, bunu ileri sürene düşmektedir⁷³⁰.

Sözleşmenin TBK m. 485/f. 1'e göre sona ermesi halinde, iş sahibi, yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini ödemekle yükümlüdür⁷³¹. TBK m. 485/f. 1'de, yüklenicinin yaptığı işin değerinin ve bu değere dâhil olmayan masraflarının hesaplanmasında hangi kıstasların göz önünde tutulacağı belirtilmemiştir.

⁷²⁴ **Yeniocak:** s. 128; **Şahin:** *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 155.

⁷²⁵ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 725; **Buz:** *Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, s. 28; **Yeniocak:** s. 128; **Erdem:** s. 160.

⁷²⁶ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 724; **Gauch / Carron:** N. 724.

⁷²⁷ **Gauch / Carron:** N. 733; **Buz:** *Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, s. 29; **Bühler:** Art. 378 N. 22; **CHK - Hürlimann/Siegenthaler:** Art. 378 N. 2; **Coşkun:** s. 172.

⁷²⁸ **Buz:** *Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, s. 29; **Bühler:** Art. 378 N. 22.

⁷²⁹ **Buz:** *Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, s. 29; **Gauch / Carron:** N. 729.

⁷³⁰ **Gauch / Carron:** N. 729.

⁷³¹ **Yavuz / Acar / Özen:** s. 998; **Bucher:** BT, s. 207;.

Uyarı

Doktrinde bir görüş⁷³² uyarınca, yüklenicinin talep edebileceği bedelin işin değerine ve yüklenicinin yaptığı masraflara göre belirleneceği ileri sürülmektedir. Diğer bir görüş uyarınca⁷³³, taraflarca kararlaştırılan ücret, yapılan işin değerinin belirlenmesinde esas alınmakta ve ancak ücret içerisine girmemiş masraflara ilişkin olarak yükleniciye ayrıca bir talep hakkı tanınmaktadır.

TBK m. 485/f. I'ın, bedelin belirlenmesi bakımından TBK m. 484'e göre daha iyi kaleme alınan metni açıkça yüklenicinin daima masraflarını sözleşmede kararlaştırılan ücret içinde yer almadığı ölçüde talep etmeye hakkı olduğunu göstermektedir⁷³⁴. Eserin ifası doğrudan başlamamışsa, iş sahibinin bedel ödeme yükümlülüğü, yüklenicinin sözleşmenin kurulmasından sonra edimin tamamlanmasına hazırlanmak için yaptığı ve kendisi için bundan böyle kayıp olan muhtemel masraflarla sınırlıdır. Bedel ödeme yükümlülüğü, edimin ifasının imkânsızlaştığı anda yüklenicinin ifa anlamında hiçbir çalışma yapmaması ve eserin ifasına ilişkin hiçbir harcama yapmaması durumunda ortadan kalkmaktadır.

Uyarı

Yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere dâhil olmayan masraflarını ödeyen iş sahibi, eserin imkânsızlık anına kadar tamamlanmış kısmının kendisine devrini talep edebilir⁷³⁵.

Yüklenicinin imkânsızlığa neden olan tehlikeyi gecikmeksizin iş sahibine bildirmelidir. Bunu yapmadığı takdirde, meydana gelen zarara kendisi katlanır. Yüklenici, kusurlu olduğundan sonraki kusurlu imkânsızlığa ilişkin genel hükümler (TBK m. 112) uygulanır. Yüklenici, iş sahibinin bu yüzden uğradığı zararı TBK m. 112 ve m. 116 uyarınca tazmin etmekle yükümlüdür⁷³⁶.

İş sahibinin kusuru söz konusu olduğu durumlarda⁷³⁷, ayrıca tazminat yükümlülüğü doğmaktadır⁷³⁸. TBK m. 485/f.II'ye göre, "İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat istemeye hakkı vardır". Tazmin yükümlülüğü, iş sahibinin zarar tazminle yükümlü olmak iste-

⁷³² Oser/Schönenberger. Art. 378 N. 3.

⁷³³ Gauch / Carron: N. 730.

⁷³⁴ Gauch / Carron: N. 731.

⁷³⁵ **Buz:** *Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, s. 30.

⁷³⁶ **Buz:** *Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, s. 31.

⁷³⁷ İş sahibinin yüklenicinin inşaatı yapacağı arsaya girmesini engellemesi, yüklenici tarafından onarılacak evini yıktırması, haksız bir inşaat yasağına karşı savunmada bulunmaması, kusurlu hallere örnek olarak verilebilir. **Gauch / Carron:** N. 736; **Buz:** *Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, s. 32.

⁷³⁸ **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 1030.

miyorsa eserin ifasını kendisinin imkânsız hale getirmemesi gerektiği fikrinden kaynaklanmaktadır⁷³⁹. Bu olasılıkta yüklenici, borcun ifa edilmemesinden doğan zararlarını ve bu nedenle yoksun kaldığı karı da talep edebilecektir⁷⁴⁰. Müspet zarar hesap edilirken tarafların edim yükümlülükleri sona erdiğinden yüklenicinin yapmaktan kurtulduğu masraflar ile başka işlerden elde ettiği veya dürüstlük kuralına aykırı olarak elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar indirilir⁷⁴¹.

b. Eserin veya Eseri Oluşturan Malzemenin Yok Olması Sebebiyle Eser Sözleşmesinin Sona Ermesi

TBK m. 483/f. 1'e göre, eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa, iş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur⁷⁴². Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, "Ese-

⁷³⁹ Gauch / Carron: N. 734.

⁷⁴⁰ Tandoğan: *Müteahhidin Yapılan Kısmıyla Orantılı Ücret Alması*, s. 2; Gauch / Carron: N. 735; Yeniocak: s. 128; CR CO I-Chaix: Art. 378 N. 14; CHK - Hürlimann / Siegenthaler: Art. 378 N. 2; Yavuz / Acar / Özen: s. 998.

⁷⁴¹ Gauch / Carron: N. 735; Buz: *Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, s. 32; Koller: *Werkvertragsrecht*, N. 1030.

Y. 15. HD., T. 8.4.2015, E. 2014/3199, K. 2015/1875 "...Davanın dayanağı mülga 818 Sayılı BK'nın 370/2. maddesi (6098 Sayılı TBK'nın 485/2) olup, mülga 818 Sayılı BK'nın 370. maddesinin 2. fıkrasında; "bu hususta iş sahibinin taksiri varsa müteahhidin başkaca zarar ve ziyan istemeye hakkı olur" düzenlemesi ile işe devam imkansızlığı iş sahibinin bir kusurundan ileri geliyorsa müteahhit müspet zararının tamamının, yoksun kaldığı karın tamamının tazminini isteyebilir. Yüklenicinin durumu, bu takdirde iş sahibinin işi keyfi olarak yarıda bıraktırması halindeki (BK'nın 369) benzer. İş sahibi işin ifasını kendi davranışıyla kasten veya ihmaliyle imkânsız hale sokarsa, BK'nın 370. maddesinin 2. fıkrası anlamında kusurlu sayılır. Burada akdi bir borcun ihlali ve teknik anlamda bir kusur bulunması şart değildir (T. Uygur, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu 7. cilt sh. 8396). Öte yandan, Yargıtay HGK'nın 22.5.1992 tarih ve 15/154-278 Sayılı direnmeye konu Dairemizin kararında; "kural olarak, işe devam imkansızlığı iş sahibinin kusurundan ileri gelmişse, yüklenici olumlu zararın tamamını isteyebilir. Çünkü iş sahibi kendi ihmali ile yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ifayı imkânsızlaştırmış olacağından, BK'nın 370. maddesinin 2. fıkrası hükmü gereğince, yüklenici aynı kanunun 369. maddesinde hüküm altına alınan tazminatı isteme hakkını elde eder. Çünkü eserin tamamlanması için iş sahibine düşen işleri yapmaktan kaçınması, tek başına kusur teşkil eder. Bunun kendi dışındaki üst mercilerin caydırıcılık yönünde etki yapmaları, özel hukuk ilişkileri açısından sonucu değiştirmez." denilmiş olup, direnme kararı daire görüşü doğrultusunda bozulmuştur.

Yüklenicinin iş sahibinin kusurlu olarak sözleşmeden dönmesi halinde isteyebileceği olumlu zarar (kar kaybı) ise kesinti yöntemine göre hesaplanmalıdır. Kesinti yöntemi mülga 818 Sayılı BK'nın 325. maddesinde (6098 Sayılı TBK'nın 408. maddesi) düzenlenmiştir. Yargıtay'ın ve Dairemizin kabul ettiği bu yöntem göre, yüklenicinin işi tamamlayamaması sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler (malzeme ve işçilik giderlerinden yaptığı tasarruf) ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar, sözleşme bedelinden düşülmek suretiyle yüklenicinin olumlu zarar kapsamındaki kar kaybı bulunmalıdır (Dairemizin 11.4.2007 gün ve 4955-2372 sayılı, 9.5.2013 gün ve 7521-3029 Sayılı kararlar...)..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁴² Y. 15 HD., T. 20.4.1995, E. 1994/6303, K. 1995/2382 "...Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkilidir. Bina, davalı yüklenici tarafından inşa edilmiş ve geçici kabule hazır hale getirilmek üzere sözleşme eki idari şartnamenin 4.maddesi uyarınca, iskân izni için belediyeye başvurulmuş, ancak pro-

rin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararın giderilmesini de isteme hakkı vardır”.

Bu hükme göre eser sözleşmesinin sona ermesi için her şeyden önce eserin tamamen veya kısmen yok olması gerekmektedir⁷⁴³. Bir eser sözleşmesi uyarınca meydana getirilmeye çalışılan eserin hangi aşamada olursa olsun tamamen yok olmasına eserin tamamen yok olması denir⁷⁴⁴. Eserin tamamen değil de nitelik ve nicelik yönünden kötüleşmesi durumunda ise, eserin kısmen yok olmasından bahsedilir.



Uyarı

Eserin hem yok olması, hem de yeniden yapılmasının imkânsızlaşmasına iş sahibiyle ilgili beklenmedik bir olayın yol açması durumunda, TBK m. 483/f. 1'in mi yoksa TBK m. 485'in mi uygulanacağını belirlemek gerekmektedir. Doktrinde bir görüşü savunan yazarlarca⁷⁴⁵, bu durumda yalnızca TBK m. 483 hükmünün uygulanacağını ve yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini kural olarak isteyemeyeceğini, yüklenicinin bu yöndeki talep hakkının yalnızca TBK m. 483/f. II'de düzenlenen istisnai hallerde söz konusu olacağını savunmaktadırlar. Bizim de katıldığımız ikinci bir görüşü savunan yazarlar⁷⁴⁶ ise, yüklenicinin TBK m. 485'e dayanarak iş sahibinden yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebileceğini, eserin yok olmasına ve yeniden meydana getirilmesinin imkânsız hale gelmesine yol açan olayın iş sahibinin etki alanında meydana geldiği göz önüne alındığında ona bu derece ağır sorumluluk yüklenmesinin hakkaniyet aykırılık oluşturmayacağını belirtmektedirler.

jeye aykırı yapılan iki bodrum nedeniyle projenin tadil ve onayı gerektiğinden olumlu sonuç alınamış ve bina bu aşamada iken, komşu bina ile arasında kalan aydınlık boşluğunda çıkan yangın sonucu hasar görmüştür. Geçici kabulün yapılmadığı ve binanın iş sahibine eylemli olarak teslim edilmediği hususlarında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Uyumsuzluk, bir kusurun olup olmadığı, eğer varsa kime ait olduğu noktasında toplanmaktadır. Dosyada mevni BIGŞ'nin 7/11. maddesi uyarınca, işin sigorta ettirilmesi zorunluluğu iş sahibi idareye aittir. Bu nedenle, binanın sigorta ettirilmemesinin kusuru davalı müteahhide yüklenemez. Ne var ki, aynı maddenin ilk fıkrası uyarınca da, yangının çıktığı aşamada binanın korunmasından davalı yüklenici sorumludur. Kaldı ki, BK'nın 368. maddesi gereğince de, teslimden önce kazara meydana gelen zarardan iş sahibi sorumlu tutulamaz. Buna üzerindeki hâkimiyetinin devam ettiği sürece doğan zarardan yüklenicinin sorumlu bulunması doğaldır...” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁴³ **Tercier / Favre:** N. 4822; **Gautschi:** Art. 376 N. 3a; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 231.

⁷⁴⁴ **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 60; **Galante:** s. 58.

⁷⁴⁵ **Gauch / Carron:** N. 742; **Sulzer:** s. 268.

⁷⁴⁶ **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 230; **Gauch / Carron:** N. 1197.

İkinci şart olarak, eser, yüklenici veya iş sahibi kaynaklı olmayan bir olay yüzünden yok olmalıdır⁷⁴⁷. TBK m. 483'e göre, zararın doğmasına neden olan, taraflardan hiçbirine yüklenemeyen duruma beklenmeyen olay denir⁷⁴⁸. Beklenmeyen olay içerisinde mücbir sebep de girmektedir⁷⁴⁹. Meydana getirilmekte olan eserin beklenmeyen olay nedeniyle yok olması, genellikle tabiat olaylarından kaynaklanmaktadır. Beklenmeyen olay kapsamına ayrıca üçüncü şahsın fiili de girmektedir⁷⁵⁰. Üçüncü şahsın fiili, özellikle yüklenicinin eserini yok eden birlikte yüklenicinin davranışını içermektedir⁷⁵¹.

TBK m. 483/f. II'ye göre, "eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir".



İş sahibinin kusuruyla eserin yok olduğu hallerin bazılarını TBK m. 483/f. 2 örnek kabilinden saymıştır⁷⁵². İş sahibinin işin görülmesine ilişkin vermiş olduğu talimatlar, eserin yok olmasına sebebiyet vermiş olabilir⁷⁵³. İş sahibinin yardımcı kişilerin kusurlu fiilleri nedeniyle eserin yok olmasından sorumlu olması gibi iş sahibinin sorumlu olduğu olaylar da vardır. İş sahibine yüklenebilen bir sebepten dolayı eserin yok olduğunu ispat, yükleniciye düşmektedir⁷⁵⁴.

İş sahibinin eseri teslim almada temerrüde düşmemesi gerekmektedir⁷⁵⁵. İş sahibi, yüklenicinin ifa amacıyla sözleşmeye uygun olarak teklif ettiği eseri haklı bir neden olmaksızın teslim almazsa, alacaklı temerrüdüne düşer⁷⁵⁶. Eserin yok olması riski, yani hasar, alacaklı temerrüdüne düşen iş sahibine aittir. İş

⁷⁴⁷ Şahin: *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*, s. 151; Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 232; Tercier / Favre: N. 4823; CR CO I-Chaix: Art. 376 N. 6; Gautschi: Art. 376 N. 3a; Bühler: Art. 376 N. 14.

⁷⁴⁸ Altaş: *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 66; Yalnızca iş sahibinin şahsında gerçekleşen değil, onun işletmesinde, kendisinin veya bir yardımcısının davranışında ve kendi hâkimiyet alanında gerçekleşen tüm diğer sebepler de beklenmeyen olay kapsamına girmektedir. Galante: s. 95.

⁷⁴⁹ Gauch / Carron: N. 1187; Galante: s. 65; CR CO I-Chaix: Art. 376 N. 6; Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 229.

⁷⁵⁰ Gauch / Carron: N. 1187; Bühler: Art. 376 N. 14.

⁷⁵¹ Gauch / Carron: N. 1187; iş sahibinden kaynaklandığı hususunda bkz: CR CO I-Chaix: Art. 376 N. 7.

⁷⁵² Bu hususlar ile ilgili daha ayrıntılı için bkz: Galante: s. 88-94.

⁷⁵³ Yavuz / Acar / Özen: s. 996.

⁷⁵⁴ Galante, s. 99.

⁷⁵⁵ Yavuz / Acar / Özen: s. 996; Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 232; Koller: *Werkvertragsrecht*, N. 1019; Tercier / Favre: N. 4825; Bühler: Art. 376 N. 21.

⁷⁵⁶ Kocaağa: *İnşaat Sözleşmesi*, s. 232; Tercier / Favre: N. 4825.

sahibinin haklı bir neden olmaksızın eserin ifasına ilişkin işbirliğini yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda da alacaklı temerrüdü söz konusu olur⁷⁵⁷.

Yüklenicinin iş sahibine karşı meydana getirmeyi taahhüt ettiği eser, teslimden önce beklenmeyen bir nedenle yok olursa, yüklenici hem işin ücretini hem de yaptığı masrafları talep edemez⁷⁵⁸. Yüklenici, ücrete ilişkin riski tümüyle yüklenmektedir. İş sahibi daha önceden ödeme yapmışsa, bunun iadesini talep edebilir⁷⁵⁹.

Uyarı



TBK m. 483'te eser sözleşmesinin sona ermesine ilişkin bir kural olmadığından, bu durumda TBK m. 136'daki borcun sona ermesiyle ilgili genel düzenlemenin esas alınması gerekmektedir⁷⁶⁰. TBK m. 136'ya göre, edimin ifasının borçluya isnat edilemeyen sebeplerle imkânsız olması durumunda borç sona erer. Bunun aksi yorumundan anlaşılan, bir borç ilişkisinde edimin ifası mümkün olduğu sürece borçlu edimini ifa etmek zorundadır⁷⁶¹. Diğer bir ifade ile bir eser teslimden önce yok olsa bile, yüklenici bakımından edimin ifası hala mümkün ise, eseri meydana getirmek zorundadır⁷⁶². Kanun koyucunun, eserin yok olması halinde yalnızca istisnai durumlarda, yüklenicinin edimin ifası yükümlülüğünün sona ereceğini kabul etmektedir⁷⁶³. TBK m. 483/f. I gereği, eserin teslimden beklenmeyen olay nedeniyle yok olması halinde, yüklenici eseri yeniden yapmak zorundadır. Ancak TBK m. 483/f. II'deki iş sahibine yüklenebilir nedenlerle eserin yok olması durumunda, yüklenici eseri yeniden yapmakla yükümlü değildir⁷⁶⁴. TBK m. 484'e göre, iş

⁷⁵⁷ **Bühler:** Art. 376 N. 21; **Gauch / Carron:** N. 1191.

⁷⁵⁸ **Yavuz / Acar / Özen:** s. 997; **Koller:** *Werkvertragsrecht*, N. 1014; **Tercier / Favre:** N. 4827; **Galante:** s. 122.

Y. 15. HD, T. 19.02.2003, E. 2003/70, K. 2003/746 "...Gerçekten, BK'nın 368. maddesi uyarınca yapılan şeyin teslimden evvel "kazara" telef olması halinde iş sahibi onu tesellümden temerrüd etmiş bulunmadıkça yüklenici ne yaptığı işin ücretini ve ne de masrafların ödenmesini isteyebilir. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre de, telef olan malzeme kime ait ise, hasara onun katlanması gerekir. Yasadaki "kazara" sözcüğü ile amaçlanan da, eserin sözleşmenin taraflarından hiçbirine isnad edilemeyecek nedenlerle telef olması halidir. Başka bir deyişle ancak bu durumda hasar meydana gelmişse telef olan malzeme kime ait ise, hasara da o katlanır. Somut olayda, teknenin davalya ait işyerinde ve davacının hâkimiyet alanı dışında çıkan yangınla hasarlandığı çekişmesizdir. Yangının çıkış nedeni saptanamamış ise de zarar, davalının hâkimiyet alanındaki işyerinde meydana geldiğinden davacı iş sahibine yüklenecek bir kusur yoktur. Hal böyle olunca, mahkemece bilirkişilerden tekne motorunun bedeli açısından da ek rapor alınarak bu kalem istemin de kabulü yerine, yasa hükmüne yanlış anlam verilerek bu bölüm talebin reddi doğru olmadığından karar bozulmalıdır..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁵⁹ **Galante:** s. 122; **Tercier / Favre:** N. 4827.

⁷⁶⁰ **Galante:** s. 135.

⁷⁶¹ **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 143; **Galante,** s. 104 135.

⁷⁶² **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 143; **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı*, s. 546 dpn. 117; **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 233.

⁷⁶³ **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 143.

⁷⁶⁴ **Kocaağa:** *İnşaat Sözleşmesi*, s. 234; **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 144; **Galante:** s. 108.

sahibinin sözleşmeyi feshetmesi durumunda, yüklenicinin eseri yeniden yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷⁶⁵. Bu durumda, yüklenici, edimini ifa etmekten kurtulmuş olması nedeniyle tasarruf ettiği miktar düşüldükten sonra ücretini almaktadır⁷⁶⁶.

TBK m. 483/f. II'ye göre eser iş sahibine yüklenebilen bir sebeple⁷⁶⁷ yok olmuş ise yüklenicinin eseri teslim borcu ortadan kalkacak ve eser sözleşmesi kendiliğinden sona erecektir. TBK m. 483/f. II'deki nedenlerle eserin yok olması durumunda yüklenicinin edimini ifa etme hakkı kural olarak yoktur⁷⁶⁸. Çünkü bu durumda iş sahibi zaten yükleniciye yok olan eserin ve malzemenin ücretini ödemek zorundadır.

Meydana gelen eser teslimden önce iş sahibine yüklenebilen bir olaydan dolayı yok olursa yüklenici sözleşmede kalan ücretin tamamını talep edebilir. TBK m. 483/f. II'deki hallerden dolayı eserin teslimden önce yok olması durumunda yüklenici kendisinin sağladığı malzemenin bedelini de iş sahibinden talep edebilir⁷⁶⁹. Bu durumda, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceği bakımından ispat yükü, yükleniciye aittir⁷⁷⁰.

⁷⁶⁵ **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 145; **Galante:** s. 143.

⁷⁶⁶ **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 145.

⁷⁶⁷ Örneğin iş sahibince verilen malzemenin veya gösterilen arsanın ayıplı olması, eseri tehlikeye sokan yanlış talimatların verilmesi, ifanın yerine getirilmesi için katkıda bulunması gereken durumda kendisine düşen akdi yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi gibi davranışlar. **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 1210a; **Tercier / Favre:** N. 4836; **Uçar:** *İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı*, s. 547.

⁷⁶⁸ **Altaş:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 147.

⁷⁶⁹ **Topuz:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 230; **Galante:** s. 218.

⁷⁷⁰ Y. 15. HD, T. 17.11.2003, E. 2003/2621, K. 2003/5492 "...Özetle açıklanan bu hukuksal çerçeve dâhilinde somut olayın değerlendirilmesine gelince; iş sahibi davacının alacaklı temerrüdüne düşürüldüğü davalı tarafından ileri sürülüp yasal delillerle kanıtlanmadığı gibi; yüklendiği ediminin aynen ifasının imkânsızlığının kendisine yöneltilmesi mümkün olmayan bir sebepten dolayı olduğunu da kanıtlayamamıştır. Genellikle, edim borçlusunu, kendisine yöneltilmesi mümkün olmayan bir sebepten dolayı, ediminin imkânsız hale gelmesinden sorumlu tutulamaz. Buna "kaza" denilir ve kazadan amaç, eserin yok olmasının sözleşmenin taraflarından hiç birine yükletilmemesidir. Ancak, ediminin ifasının imkânsızlığı halinde hiçbir kusurun kendisine yükletilemeyeceğini kanıtlama ödevi, eseri teslim etmek borcu yükümlülüğünü taşıyan yükleniciye aittir. Dava dosyası kapsamındaki deliller ve 27.10.2002 günlü bilirkişi raporunda açıklanan tespitler değerlendirildiğinde; davalının atölyesinin kapısının, kilit kısmından sert bir cisimle dışarıdan kolaylıkla açılabilir durumda olduğu ve dolayısıyla onarımını yüklediği davacıya ait motorun muhafazasında gerekli özeni göstermediği ve özen borcuna aykırı davrandığı ve zararlı sonucun oluşumuna kusuruyla sebep olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da, sorumsuzluğunu kanıtlayamayan davalı, Borçlar Yasasının 96.maddesi hükmü gereğince davacının gerçek zararını gidermekle yükümlüdür. Mahkemece yapılacak iş, davacının kesim motorunun tüm özellikleri, amortisman durumu ve piyasa koşulları gözetilerek gerçek değerinin bilirkişi incelemesi yaptırılarak saptanması ve belirlenecek değerinin istek de gözetilerek ödertilmesine karar vermekten ibaret olmalıdır..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

TBK m. 483/ f. II'ye göre, yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini talep edebilmesi için, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmelidir⁷⁷¹. Yüklenici tarafından bildirim yükümlülüğünün ihlal edilmesi, onun TBK m. 483/ f. II'de düzenlenen değeri ve giderleri talep etme hakkını kaybetmesine yol açacaktır⁷⁷². Eğer arazi veya malzemedeki bozukluklar açık değilse, bildirim yükümlülüğünün ihlali söz konusu olmayacaktır⁷⁷³. Yüklenici, vaktinde uyarıda bulunmazsa, beklenmeyen olay nedeniyle yok olmadan doğan hasara katlanma sonucu değil, sözleşmeye aykırı davranışın yaptırımını olarak ücret talep edememe söz konusu olur ve yüklenici iş sahibi tarafından sağlanıp yok olan malzemeyi tazmin etmelidir⁷⁷⁴.

Uyarı



Meydana getirilecek eser, iş sahibine yüklenen bir nedenle yok olmuş ve bu eser yok olduğu anda henüz tamamlanmamış ise, yüklenicinin alacağı ücret konusunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Bir görüşe göre⁷⁷⁵, ödeme, çalışmanın değerine ve masraflara, yani TBK m. 481'e göre belirlenir. Diğer bir görüşe göre⁷⁷⁶, burada ödeme önceden kararlaştırılan ücrete göre belirlenmelidir. Götürü ya da global ücret anlaşması söz konusu olduğunda, yüklenici, ifa edilmiş olan kısmın tüm işe oranına göre kararlaştırılmış olan ücreti isteyebilir. Eğer taraflar arasında birim ücret anlaşması varsa, bu durumda da borçlanılan ödeme, o ana dek ifa edilmiş olan birimlerin miktarına göre tespit edilecektir⁷⁷⁷.

TBK m. 483/f. II/c. son uyarınca, iş sahibinin yapılan kısmın yok olmasına sebep olmakla kalmayıp, ayrıca bunda kusuru varsa, yüklenicinin tüm zararını tazmin etmek zorunda kalacağı belirtilmiştir. TBK m. 483/f. II/c. son, iş sahibine eserin yok olmasına sebep olabilecek tüm kusurlu davranıştan kaçınma külfeti getirmektedir⁷⁷⁸. İş sahibi, ayrıca ifa yardımcılarının kusurlarından da sorumludur⁷⁷⁹. Burada söz konusu olan zarar, her şeyden önce yüklenicinin ifaya olan menfaatidir⁷⁸⁰. Ayrıca yüklenicinin sözleşme menfaati dolayısıyla uğradığı diğer zararlarının da tazmin edilmesi gerekmektedir⁷⁸¹.

⁷⁷¹ Tercier / Favre: N. 4838; Galante, s. 231.

⁷⁷² Bühler: Art. 376 N. 69; Gauch / Carron: N. 1201.

⁷⁷³ Galante: s. 233.

⁷⁷⁴ Tandoğan: *Borçlar Özel C. II*, s. 324.

⁷⁷⁵ Altaş: *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 135.

⁷⁷⁶ Gürpınar: s. 110; Altaş: *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 131-132; Gauch / Carron: N. 1200; Tercier / Favre: N. 4840.

⁷⁷⁷ Gürpınar: s. 110.

⁷⁷⁸ Galante: s. 85.

⁷⁷⁹ Bühler: Art. 376 N. 68.

⁷⁸⁰ Yavuz / Acar / Özen: s. 997; Altaş: *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 139; Galante: s. 239.

⁷⁸¹ Altaş: *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 139.

c. Yüklenicinin Ölümü ya da Aczine Bağlı Olarak Eser Sözleşmesinin Sona Ermesi

TBK m. 486'ya göre, yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanması durumu söz konusu ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür⁷⁸².

Eser sözleşmesinin bu şekilde sona ermesi için iş sahibi ile yüklenicinin arasındaki sözleşmenin, yüklenicinin kişisel nitelikleri göz önüne alınarak yapılmış olması lazımdır⁷⁸³. Yalnızca gerçek kişiler değil, tüzel kişilerle de yüklenicinin kişisel nitelikleri göz önüne alınarak bir eser sözleşmesi yapılabileceği kabul edilmektedir⁷⁸⁴. Sözleşme yapılırken ortaklardan birine güvenilerek eser sözleşmesi yapılmışsa, bu ortağın ayrılması ya da ölmesi durumunda TBK m. 486'nın kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁷⁸⁵.

Eser sözleşmesi, yüklenicinin şahsen eseri meydana getirmeyi veya kendi şahsi idaresi altında yaptırmayı borçlandığı zaman yüklenicinin kişisel nitelikleri göz önüne alınarak yapılmaktadır⁷⁸⁶. Böyle bir sözleşmenin varlığı ise, tarafların sözleşmedeki iradelerinden veya sözleşme konusu işin niteliğinden anlaşılacaktır⁷⁸⁷. Yüklenicinin kişisel nitelikleri, yüklenicinin özel bilgi ve uzmanlığı, sanat gücü veya özel krediye layık olması şeklinde kendini gösterebilmektedir⁷⁸⁸. Yük-

⁷⁸² Yeniocak: s. 129.

⁷⁸³ **Yavuz / Acar / Özen:** s. 999; **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 137; **Ergezen:** s. 154; **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 332; **Bühler:** Art. 379 N. 8; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 379 N. 1; **Tercier / Favre:** N. 4847.

Y. 15.HD., T. 12.11.1990, E. 1503, K. 4707 "Taraflar arasındaki uyumsuzluk, arsa karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacılar, davalı yüklenicinin inşaatı terk ettiğinden dolayı 5.1. 1987 günlü ihtarla 30 günde inşaatı başlanmasını istemişlerdir. Oysa mahkeme, müteahhit Ahmet'in öldüğünden dolayı Borçlar Kanunu'nun 371. maddesine göre bu olguyu gerekçe yaparak sözleşmenin feshine karar vermiştir. Anılan maddedeki müteahhidin ölmesi durumu, yapılacak işin müteahhidin şahsi meziyet ve mahareti nazara alınması hallerine münhasırdır. Olayımızda, normalde inşaatı müteahhidin mirasçıları da yapabilir. İnşaatın tamamlanmasında müteahhidin şahsi becerisi nazarı itibare alınmamıştır.

O halde, mahkemenin kararda açıkladığı gerekçe yanlıştır. Ne var ki dosya içeriğine göre müteahhit inşaatı ruhsatsız olarak başlamış ve kaba inşaat aşamasında inşaatı terk etmiştir. Davacılar, bu terk olgusunu nazara alarak 5.1.1987 günlü ihtarla yükleniciyi uyarmak istemişlerdir. Bu gerekçeyle sonucu itibari ile doğru olan karar onanmalıdır" (**Karahasan:** *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. 5*, s. 139).

⁷⁸⁴ **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 138; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 752; Bu durum, küçük ya da orta ölçekli firmalarla yapılan sözleşmeler için geçerlidir. **Bühler:** Art. 379 N. 11.

⁷⁸⁵ **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 163.

⁷⁸⁶ **Gauch / Carron:** N. 753; **Siegenthaler:** Art. 379 N. 1; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 753.

⁷⁸⁷ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 754; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 999; **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 137; **Durak:** s. 239.

⁷⁸⁸ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 332.

lenicinin kişisel nitelikleri dikkate alınmaksızın yapılan eser sözleşmesi, yüklenicinin yeteneğini kaybetmesi ya da ölümüyle sona ermez. Sözleşmeden doğan eser meydana getirme borcu mirasçılara geçer ve mirasçılar bizzat ya da başkaları aracılığıyla bu borcu ifa etmekle yükümlüdürler⁷⁸⁹. Eğer işin üçüncü bir kişiye devri mümkünse bu şart gerçekleşmiş olmamaktadır.

TBK m. 486'nın uygulanması için, yüklenicide belirli bir kişinin şahsi özelliklerini esas alan iş sahibinin bu hususu sözleşmenin yapılması sırasında belirtmesi gerekli değildir. İş sahibinin işin o yüklenici tarafından yapılmasını ve yönetilmesini istediğinin karşı tarafça anlaşılabilir olması yeterlidir⁷⁹⁰.

Yüklenicinin ölümünden başka, onun eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi de yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılan eser sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona ermesine yol açar⁷⁹¹. Yüklenici, eseri şahsen meydana getirme borcu altında olduğu durumda, çalışma yeteneğini yitirirse veya eseri şahsi denetimi altında yaptırma borcu altında iken, bu çalışmayı organize etme imkânını kaybederse, eseri tamamlama yeteneğini kaybetmiş demektir⁷⁹².

TBK m. 486'nın lafzına göre, hükmün uygulanabilmesi için ya yüklenicinin ölümü ya da yüklenicinin kusuru olmaksızın işi yapmaktan aciz olması dolayısıyla işin bitirilmesi mümkün olmamalıdır⁷⁹³. Yüklenicinin kendi özgür kararıyla işi bırakması halinde TBK m. 486 uygulanmamaktadır. Yüklenicinin finansal olanaklarının bulunmaması veya iflas etmesi durumunda da hükmün uygulanması mümkün değildir⁷⁹⁴.

Sözleşmeyi sona erdiren yüklenicinin aczi, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelmektedir. Yüklenicinin işi yapmaktan aciz olması, geçici değil devamlı olmalıdır⁷⁹⁵.

⁷⁸⁹ **Yeniocak:** s. 129; **Ergezen:** s. 155; **Öz:** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, s. 162; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 755.

⁷⁹⁰ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 333.

⁷⁹¹ **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 139.

⁷⁹² **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 139.

⁷⁹³ **Tandoğan:** *Borçlar Özel C. II*, s. 334; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 999; **Gauch / Carron:** N. 757; **Bühler:** Art. 379 N. 7; **Ergezen:** s. 155; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 379 N. 1.

⁷⁹⁴ **Gauch / Carron:** N. 758; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 758; **BSK OR I-Zindel / Pulver:** Art. 379 N. 18; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 379 N. 2; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 999.

⁷⁹⁵ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 756; **Ergezen:** s. 156; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 379 N. 1.

Yüklenicinin şahsen ifada bulunması göz önünde tutularak kurulmuş olan eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi halinde, eser sözleşmesi kanundan ötürü ve ileriye etkili olarak sona erer⁷⁹⁶.

TBK m. 486'ya göre yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda, sözleşmenin sona ermesi için karşı tarafa bildirimde bulunma şartı yoktur. Kural olarak sözleşme kendiliğinden sona ermektedir⁷⁹⁷.

TBK m. 486'ya göre eser sözleşmesinin sona ermesi durumunda, yüklenici işin ifasından kurtulmasına karşılık, iş sahibinin de yapılmayan kısma ilişkin olarak ücret ödeme yükümlülüğü ortadan kalkar⁷⁹⁸. Bununla birlikte, iş sahibi eserin bitmiş kısmını, kendisi için kullanılması mümkün olduğu takdirde kabule ve bedelini (hazırlık çalışmaları da dâhil) vermeye mecburdur⁷⁹⁹. Birden fazla edimlerden bazıları kullanılabilir, bazıları kullanışlı değilse, kullanılabilir edimlerin karşılığının verilmesi yükümlülüğü söz konusudur. Eserin kullanılabilir olup olmadığı yalnızca iş sahibinin menfaatine göre belirlenir⁸⁰⁰. Bu hususta uyumsuzluk olması halinde ispat yükü iş sahibine düşmektedir. Zira ifa edilmiş eser kısımlarının kullanılabilir olmadığını ispatlamak ona aittir⁸⁰¹. Eserin kullanılabilir olması şartı, eserin üçüncü bir kişi tarafından bitirilebilir olduğu durumda da gerçekleşmiş olur⁸⁰². Bedel, sözleşmede kararlaştırılmışsa buna, bir anlaşma yoksa TBK m. 481'e göre belirlenir⁸⁰³.

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yükleniciye arsa veya inşaatın aynı pay verilme suretiyle ödeme yapılması yerine bunun karşılığı olan bedelin verilmesi gerektiğini belirtmektedir⁸⁰⁴. İş sahibi, eserin kullanılmayacak

⁷⁹⁶ **Tercier / Favre:** N. 4850; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1000; **Kurt:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 140; **Bühler:** Art. 379 N. 16; **Bucher:** BT, s. 208; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 379 N. 3; **Ayan:** s. 157.

⁷⁹⁷ **Yeniocak:** s. 131.

⁷⁹⁸ **Tercier / Favre:** N. 4850; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 762.

⁷⁹⁹ **Ergezen:** s. 156; **Gürpınar:** s. 108; **BSK OR I-Zindel / Pulver:** Art. 379 N. 15; **Bühler:** Art. 379 N. 17; **Bucher:** s. 208.

⁸⁰⁰ **Gauch / Carron:** N. 763; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 763.

⁸⁰¹ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 763.

⁸⁰² **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 763; **BSK OR I-Zindel / Pulver:** Art. 379 N. 15.

⁸⁰³ **Bühler:** Art. 379 N. 17; **CHK - Hürlimann / Siegenthaler:** Art. 379 N. 4; **Coşkun:** s. 170.

⁸⁰⁴ Y. 15.HD., T. 30.11.1979, E. 1709, K. 2437 "Ne var ki BK 371/1 uyarınca sözleşmenin ortadan kalkması nedeniyle aktarılan payların geri verilmesi istemi incelenirken, inşaat hangi oranda tamamlanmışsa eser ücretinin de aynı oranda ödenmesi gerektiği, başka bir deyişle bunun dışında kalanın geri verilmesinin söz

nitelikte olduğunu ileri sürerse, bu iddiasını ispat etmesi gerekmektedir. Eser sözleşmesinin bu şekilde sona ermesinde yüklenicinin kusuru varsa, onun iş sahibine karşı tam tazminatla sorumlu olduğunun da kabul edilmesi lazımdır⁸⁰⁵.

Yapılmış kısmın karşılığını verme yükümlülüğü, doğal olarak iş sahibine buna denk düşen eser kısmını talep etmeye olanak tanımaktadır. İş sahibinin daima TMK m. 2/f. II gereğince yüklenicinin bu hususta kullanılabilirlik itirazını ileri sürmeksizin yapılacak ödemeye karşılık ifa edilen eser kısmını talep ve muhafaza etme hakkı vardır⁸⁰⁶.

İş sahibi, eğer yüklenici acze düşmesine kendi kusuruyla sebep olmuşsa ifaya olan menfaatinin tazminini talep edebilir⁸⁰⁷. Yüklenicinin intihar etmesi halinde, iş sahibinin tazminat talep etmesi mümkün değildir.

konusu olacağı göz önünde tutulmalıdır. Gerçekten de BK m 371/2'ye göre "Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise, iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeye mecburdur." Yüklenicinin meydana getireceği apartmanın karşılığının ise pay mülkiyetinin aktarılması oluşturmaktadır. Öyle ki 287/1280 payın mülkiyetinin Saim Beygo'ya aktarıldığı görülmektedir. Yüklenici Saim Beygo, 8.9.1975 günü öldüğü için, sözleşme bu günde ortadan kalkmıştır. Öyleyse inşaatın ölüm günündeki durumuna göre apartmanın kaçta kaç tamamlandığı uzman bilirkişi eliyle belirlenmeli ve bu yolla bulunacak oran 287/1280 paya uygulanarak meydana getirilen inşaat nedeniyle Saim Beygo üzerinde kalması gereken pay miktarı hesaplanmalıdır.

Böylece bulunacak pay miktarının 8.9.1975 ölüm günündeki sürüm değeri uzman bilirkişiye hesaplatılmalıdır. İşte bulunacak tutar, meydana getirilen inşaatın bedeli olarak Saim Beygo'nun mirasçılarına miras payları oranında ödettirilmeli ve tapu kaydının da davacılar adına düzeltilmesine karar verilmelidir ki, bu işlem aynı anda ve karşılıklı yerine getirilmelidir. Bedelin pay olarak düşünülmesi bütünleyici parça kuralı gereğince inşaatın arsaya bağlı olması nedeniyle, meydana getirilen inşaatın da paydaşı durumuna gelmeleri sonucunu doğurur ki, bedelin yukarıda açıklandığı gibi saptanmasından sonra para olarak ödenmesine yönelik çözümün yeğlenmesinde zorunluluk vardır" (Özyörük: s. 80).

⁸⁰⁵ **Yeniocak:** s. 131.

⁸⁰⁶ **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 766.

⁸⁰⁷ **Gauch / Carron:** N. 767; **Tercier / Favre:** N. 4849; **Gauch:** *Werkvertrag*, N. 767; **Bühler:** Art. 379 N. 21; **Yavuz / Acar / Özen:** s. 1000.