

# İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu\*

## Duty of Loyalty and Diligence of the Contractor in Construction Contracts

Umut Ozan ERGİNER\*\*

### Öz:

İnşaat sözleşmesi içerisinde yüklenicinin birçok yükümlülüğü bulunmaktadır. Çalışmamızda bu yükümlülüklerden yüklenicinin sadakat ve özen borcu incelenmektedir. Yüklenicinin sadakat ve özen borcunun kapsamı somut olayın şartlarına göre belirlenmektedir. Çalışmamızda, sadakat ve özen borcunun tanımı, hukukî niteliği, uygulamada karşılaşılan sorunlar ve bu borçlara aykırılıkların sonuçları ele alınmıştır. Bu kapsamda hem doktrin hem de Yargıtay kararları incelenerek birçok sorunun çözülmesine katkıda bulunulmaya ve bunların daha iyi anlaşılmasının sağlanması amaçlanmıştır.

### Anahtar Kelimeler:

İnşaat Sözleşmesi, Yüklenici, İşsahibi, Sadakat ve Özen Borcu.

### Abstract:

In construction contract, the contractor holds several duties under this contract. Of these duties, the contractor's duty of loyalty and diligence is examined in our study. The scope of the contractor's duty of loyalty and diligence is determined according to the conditions of a relevant specific case. In our study, we handle the definition of the aforementioned duty of loyalty and diligence, its legal attributes, the problems encountered in practice and the consequences of violations of these duties. In this context, we feel that the examination of the doctrine and the Supreme Court decisions will contribute to resolving and understanding the various problems.

### Keywords:

Construction Contract, Contractor, Business Owner, Duty of Loyalty and Diligence.

### Giriş

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "Özel Borç İlişkileri" başlıklı ikinci kısmı içerisinde inşaat sözleşmeleri tipik olarak düzenlenmediğinden, Kanun'da bu sözleşmelerin açık bir tanımına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, TBK hükümleri incelendiğinde bazı durumlarda inşaat sözleşmesinden dolayı olarak bahsedildiği görülmektedir. İnşaat sözleşmesinin tanımı, TBK m.470'te yer alan hüküm dikkate alınarak belirlenmektedir.

**Gönderilme Tarihi:** 02.04.2022, **Kabul Tarihi:** 26.05.2022.

Makale, *TÜBİTAK ULAKBİM* kriterleri uyarınca kör hakem denetimine tâbi tutulmuş ve iki olumlu hakem raporuna istinaden (2/2) yayımlanmaya uygun bulunmuştur.

Av., İstanbul Barosu / Doktora Öğrencisi, İstanbul Üniversitesi SBE Özel Hukuk Anabilim Dalı,  
E-posta: uoerginer@hotmail.com; Orcid Id: <https://orcid.org/0000-0001-8417-4291>.

TBK m.470, “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” ifadesine yer vermiştir<sup>1</sup>. İnşaat sözleşmeleri, taraflardan biri olan yüklenicinin bir yapının tamamını veya bir kısmını meydana getirme borcu altında olduğu, iş sahibinin ise bu durum karşısında bir ücret ödeme borcu altına girdiği sözleşmeler olarak ifade edilebilecektir. Doktrinde<sup>2</sup> ise inşaat sözleşmeleri, niteliği itibariyle eser sözleşmesi hükümlerine tabi olan, yüklenicinin bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etme riskini yüklediği, iş sahibinin ise bunun karşılığında bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği, iki tarafa borç yükleyen rızâ sözleşmeler olarak adlandırılmıştır. Taşınmaz inşaat sözleşmesinin konusu, kanal ve su kuyusu açılması, inşaat proje ve planları, gider keşifleri, yer üstü ve yer altı yapılarının yapımı, yeni bir yol ve köprü inşası, sulama tesisatı, binaların yıkımı, karayolu, demiryolu, otoyol, havaalanı, rıhtım, liman, tersane, tünel, yer altı treni, viyadük, spor tesisi, altyapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama tesisi ve toprak ıslahı gibi her türlü inşaat ile bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, yenileme, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma ve güçlendirme gibi işlerin tamamlanması ve teslimini ele almaktadır<sup>3</sup>. Ancak sezonluk veya başka bir süre için arsa üzerine yapılan çadır, bungalov, film veya gösteri dekoru amacıyla kullanılan yapılar taşınmaz yapı statüsü taşımamaktadır<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 18.11.2009, 2009/15-459, 2009/541, “Borçlar Kanunu'nun 355. maddesi hükmü uyarınca, eser sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki; onunla yüklenici, iş-eser sahibinin ödemeyi üstlendiği ücret karşılığında bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Gerek, hukuk öğretisinde ve gerekse uygulamada eserin kapsamı genişletilerek; insan emeğinin ürünü olmak ve maddi bir varlıkta kendini göstermek kaydıyla, maddi olmayan şeylerin bile eser kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. Burada önemli olan, yüklenici sanatçının, eser sözleşmesi konusu olan şeyin “sonuç sorumluluğunu” yani sonucun ortaya çıkmasını üstlenmiş ve sanat gücünü kullanarak, bağımlı olmadan yaptığı işlerin bağımlı işlere oranla üstün olmasıdır. Yüklenicinin sonuç sorumluluğunu üstlenebileceği her şey, ister maddi varlığı bulunsun, ister bulunmasın ‘eser’ olarak kabul edilmelidir. Özetle açıklanan bu hukuksal çerçevede yanlar arasındaki sözleşmenin konusu ve hükümleri değerlendirildiğinde; sözleşmenin, Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde tanımlanan bir ‘eser’ sözleşmesi olduğu sonucuna varılmaktadır.” (Legalbank)

<sup>2</sup> **Seliçi, Özer:** *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul, 1978, s.4; **Öz, Turgut:** *İş sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, 2. Bası, Ocak 2021, s.2; **Tandoğan, Haluk:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, İstanbul 2010, s.1; **Eren, Fikret:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası, Ankara 2020, s.591; **Kocaağa, Köksal:** *İnşaat Sözleşmesi*, Ankara 2014, s.25; **Kaplan, İbrahim:** *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Ankara 2019, s.47; **Gümmüş, Mustafa Alper:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 2, İstanbul 2012, s.1; **Gönen, Doruk:** *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, İstanbul 2016, s.6; **Kurşat, Zekeriya:** *İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul 2017, s.4; **Ayan, Serkan:** *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Ankara 2008, s.23; **Gökyayla, Emre:** *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, İstanbul 2009, s.4; **Seçer, Öz:** *Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi*, 2. Bası, Ankara 2020, s.27; **Kırmızı, Mustafa:** *Açıklamalı-İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, Ankara 2018, s.62; **Duman, İlker Hasan:** *İnşaat Hukuku*, 9. Bası, Ankara 2018, s.46.

<sup>3</sup> **Duman, İnşaat Hukuku**, s.45; **Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi**, s.28; **Kaplan, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku**, s.57; **Gönen, Bedel**, s.8.

<sup>4</sup> **Öz, Turgut:** *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 4. Bası, İstanbul 2021, s.1; **Kurşat, İnşaat Sözleşmesi**, s.4; **Dayınlarlı, Kemal:** *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları*, 4. Bası, Ankara 2008, s.9.

İnşaat sözleşmesi hükümleri uyarınca yüklenici eseri meydana getirmekle ve bu sonuç maddî bir şeyde kendisini gösteriyorsa o şeyi teslim etmekle yükümlüdür. Bu bağlamda yüklenicinin bir eser meydana getirmek ve o eseri teslim etmek şeklinde başlıca iki ana borcu bulunmaktadır<sup>5</sup>. Yüklenicinin bu iki ana borcu yanında, bu borçların sözleşmeye uygun olarak ifa edilebilmesini sağlayan bir takım yan borçları da bulunmaktadır. Tarafımızca incelenecek olan husus ise yüklenicinin bu yan borçlarından olan sadakat ve özen borcudur<sup>6</sup>.

İnşaat sözleşmesinde yüklenici tarafından meydana getirilen eserin istenilen özellikleri haiz olmaması durumunda, iş sahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilecektir<sup>7</sup>. Ancak ayıp niteliği taşımayan fakat iş sahibinin zararına olarak ortaya çıkan birtakım durumlar sonucunda da sözleşme hükümlerine aykırılık oluşabilecektir. Bu durum da genellikle yüklenicinin sadakat ve özen borcuna aykırılık biçiminde ortaya çıkmaktadır<sup>8</sup>.

## I. Yüklenicinin Sadakat Borcu

### A. Genel Olarak

TBK m.471/1, "Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır." hükmüne yer vermiştir.

TBK m.471 hükmü uyarınca yüklenicinin iş sahibi için bir inşaat meydana getirmesi sırasında, iş sahibinin haklı yararının veya çıkarının gözetmesi gerekmektedir<sup>9</sup>. Yüklenici tarafından bu haklı yararın göz önünde bulundurulması da sada-

<sup>5</sup> Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.360.

<sup>6</sup> Aral, Fahrettin: *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, Ankara 2011, s.118.

<sup>7</sup> Gökyayla, Emre: "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1, S.1, Ocak 2002, s.785; Avcı, Ali: *Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, s.119, s.369.

<sup>8</sup> Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.785; Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.369.

<sup>9</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.49; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.94; Zevkililer, Aydın/Gökyayla, Kadir Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. Bası, İstanbul 2020, s.523; Büyükkay, Yusuf: *Eser Sözleşmesi*, 3. Bası, Ankara 2019, s.145; Ürem, Müge: *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, İstanbul 2017, s.46; Selimoğlu, Yaşar Engin: *Eser Sözleşmesi*, 5. Bası, Ankara 2021, s.133; Aydemir, Efrail: *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Ankara 2012, s.219; Yargıtay 23. HD'nin 20.09.2013 tarih 2013/3597 E. 2013/5596 K., "Bilindiği üzere, eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri niteliği itibarıyla güven esasına dayanır. Aslolan karşılıklı güven duygusu ve iyiniyetin varlığıdır ve taraflar arasındaki hukuki ilişkide tarafların dürüstlük kuralları çerçevesinde davranışlarına da bakılmalıdır. TBK'nın 471.(BK. md.356) maddesinde belirtildiği üzere, yüklenici üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Buna aykırı eylem ve işlemler sözleşmenin sona ermesine neden olabilecektir. Saptanan bu hukuksal durum karşısında, somut olaya gelince; arsa sahibinin güvenini sarsan durumlar olarak ileri sürdüğü, kendisinin yerine sahte imza atılması ve yüklenici hakkında çok sayıda ... takibi bulunduğu iddiaları üzerinde durularak toplanacak deliller çerçevesinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılıp sarsılmadığının değerlendirilerek, sonucuna uygun bir hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir." (Legalbank)

kat borcunun temelini oluşturmaktadır. Sadakat borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve iş sahibine zarar verecek her türlü hareket ve davranıştan kaçınma ve sözleşme sayesinde elde etmiş olduğu pozisyonu kendi çıkarına kullanmama anlamını taşımaktadır<sup>10</sup>.

İnşaat sözleşmesi bir işgörme sözleşmesi olduğundan genellikle uzun süreli bir ilişkinin doğmasına neden olmaktadır. Bu durum sonucunda tarafların kişisel bilgileri, sağlık, uzmanlık, mali ve ekonomik durumları gibi özel alanlarına giren hususlara vakıf olmalarına yol açmaktadır<sup>11</sup>. Yüklenicinin iş sahibinin kendisine verdiği plan ve projeleri başka amaçlarla kullanmaktan, yüklenicinin gerçek dışı evraklar düzenlemesi, işin görülmesi sırasında iş sahibine ilişkin olarak öğrendiği sırları açıklamaktan kaçınması, iş sahibi tarafından sağlanan malzeme veya arsanın eserin meydana getirilmesine ilişkin elverişliliğini gözden geçirmesi, yüklenicinin malzemeleri başka işinde kullanmaması vb. hususlar yüklenicinin sadakat yükümlülüğünün gereği olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>12</sup>. Ayrıca yüklenicinin, ken-

<sup>10</sup> **Çetintepe, Ece:** *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Feshi ve Sonuçları*, Ankara 2020, s.68; **Karataş, İzzet:** *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, 4. Bası, Ankara 2016, s.138; **Bedir, Cemre:** "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Özen ve Sadakat Borcu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, s.3, 2015, s.181; **Yakuppur, Sendi:** *Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları*, İstanbul 2009, s.38; **Yalçınduran, Türker:** *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmesi*, Ankara 2000, s.61; **Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.49; **Seliçi, Sorumluluk, s.86; **Öz, İnşaat Sözleşmesi, s.140; **Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s.94; **Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s.133; **Avcı,** "Sadakat ve Özen Borcu", s.369.**********

<sup>11</sup> **Kılıçoğlu, Ahmet:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Bası, Ankara 2021, s.464.

<sup>12</sup> **Öz, İnşaat Sözleşmesi, s.140; **Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.50; **Seliçi, Sorumluluk, s.87; **Eren, Fikret:** "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 3. Bası, 2010, s.77; **Şenocak, Zarfie:** *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara 2002, s.29; **Seçer, Tam Tazminatla Fesih, s.371; **Zevkililer/Gökyayla, Özel Borç İlişkileri, s.523; **Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.785; **Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s.464; **Gümüş, Özel Hükümler, s.46; **Baygın, Cem:** *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*, İstanbul 1999, s.25; **Kurt, Leyla Müjde:** *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Ankara 2012, s.65; **Ürem, Erken Dönme, s.46; **Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, s.133; **Avcı,** "Sadakat ve Özen Borcu", s.373; **Güleç, Şafak:** *Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi*, Ankara 2009, s.30; Yargıtay 15. HD'nin 03.12.2012 tarih 2012/2356 E. 2012/7573 K. " Somut olayda, 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. Davacı yüklenicinin bu tutum ve davranışları 'güven sarsıcı' niteliktedir. 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."; Yargıtay 15. HD'nin 07.02.2005 tarih 2004/3589 E. 2005/526 K., "Dava konusu sözleşme 30.7.1998 tarihinde imzalanmış, yükleniciler tarafından açılan akdin feshi davası ise reddedilerek 22.12.2002'de kesinleşmiştir. Bu davada akdin feshi şartlarının oluşmadığı belirlenmiş ise de davadan sonra yükleniciler tarafından davalılara 4.4.2003 tarihli ihtarname çekilerek, akdin belediyenin değiştirdiği imar durumuna uygun hale getirilmesi, tapuda gerekli intikal işlemlerinin yapılması talep olunmuştur. Arsa sahiplerinden ...'in dosyada mevcut veraset ilamına göre 22.2.1993 tarihinde yani sözleşmeden önce vefat ettiği ve halen tapuda intikal işlemlerinin yapılmadığı anlaşılmaktadır. İntikal işlemi yapılmadan belediyece inşaat ruhsatı verilememiştir. İnşaat********************

disinin veya kendisine yardımcı olacak kişilerin gerçekleştiremeyeceği çalışmaları baştan reddetmesi sadakat borcunun gereğidir<sup>13</sup>.

Yüklenicinin sadakat ve özen borcu TMK m.2 hükmü uyarınca düzenlenen dürüstlük kuralının bir uzantısıdır<sup>14</sup>. Yargıtay kararları uyarınca da bu durumun ahde vefa ilkesinin bir gereği olduğunu ve yüklenicinin üstlendiği işi, kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınarak yerine getirmesi gerektiği ve tarafların kendilerine düşen yükümlülükleri objektif iyiniyet kuralları içinde yerine getirmeleri gerektiği belirtilmiştir<sup>15</sup>.

Yüklenicinin sadakat borcunun kapsamı somut olayın şartlarına göre belirlenmektedir<sup>16</sup>. Sadakat borcu yalnızca sözleşmenin ifası sırasında değil, onun öncesinde, kurulmasında ve hatta ifasından sonra da geçerli bir borç olarak tanımlanmaktadır<sup>17</sup>. Sözleşmenin kurulmasından önceki sorumluluk culpa in contrahendo esasına dayanmaktadır<sup>18</sup>. Yüklenicinin sadakat borcu, inşaat sözleşme-

ruhsatı alınmadan inşaata başlanması yükleniciden beklenemez. Öte yandan imar durumunun değiştiğini ileri süren davacıların dava konusu arsaya 40 yerine 32 daire yapılabileceği ve sözleşmenin uyarlanması talepleri haklı görülmesi bile yanlarca sürdürülen olumsuz tutum ve aradan geçen uzun bir zaman dikkate alındığında, tarafların birbirlerine duydukları güven duygusunu yitirdikleri ve ortak kusurları sonucunda akdin ifasında değişen imar durumu da dikkate alındığında yarar kalmadığından akdin feshinin gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır." (Legalbank)

<sup>13</sup> Eren, "Sona Erme", s.77; Kurt, *Eseri Teslim Borcu*, s.65.

<sup>14</sup> Karataş, *İnşaat Yapım*, s.139; Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.369; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s.29; Enli, İsa: *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü*, Ankara 2017, s.42; Gümüş, *Özel Hükümler*, s.46; Gümüşsoy Karakurt, Güler: *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, İstanbul 2017, s.89.

<sup>15</sup> Yargıtay 15. HD'nin 5.05.2014 tarih 2014/118 E. 2014/3380 K., "Sözleşme hükümlerine uyulması, hukukta temel ilke olan "ahde vefa" kuralı gereğidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi, kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. İş sahibi de, işin ifayla sonuçlanması için kendi sözleşmeyle kendisine yüklenilen edimleri zamamında ifa etmekle yükümlüdür. Tarafların kendilerine düşen yükümlülükleri objektif iyiniyet kuralları içinde yerine getirmeleri gereklidir (BK.81.md ve TMK.2. md). Somut olayda taşeronun sözleşme uyarınca iş programını hazırlayarak yüklenicinin onayına sunmamış olması sözleşmeye aykırı kusurlu imalât yapması, iş sahasında yeterli ekip ve malzeme bulundurmaması nedenleriyle kusurlu olduğu ortadadır. Davacı yüklenicinin ise 'Anlaşma protokolü' uyarınca iş bedeline karşılık verdiği çekleri ödemekte temerrüde düşmesi, bir kısım çeklerin kendisine iade edilip karşılığında taşerona yeni vadeli çekler verilmesine rağmen bu çekleri de ödemelerini geciktirmesi bu suretle ödemeleri zamanında gerçekleştirmemiş olması nedenleriyle sözleşmeye aykırı hareket ettiği sabittir." (Legalbank)

<sup>16</sup> Gümüş, *Özel Hükümler*, s.46; Gümüşsoy Karakurt, *Borca Aykırılık*, s.89.

<sup>17</sup> Seliçi, *Sorumluluk*, s.86; Zevkliler/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.523; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.786; Gümüş, *Özel Hükümler*, s.46; Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.369; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.95; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.371; Eren, "Sona Erme", s.90; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s.29; Gümüşsoy Karakurt, *Borca Aykırılık*, s.90; Yalçınduran, *Alt İstisna*, s.62; Duman, İlker Hasan: *İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralı*, 3. Bası, Ankara 2016, s.208; Dayınlarlı, *Temerrüt*, s.36; Bedir, "Özen ve Sadakat Borcu", s.181; Çetintepe, *Fesih*, s.68.

<sup>18</sup> Seliçi, *Sorumluluk*, s.86; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.786; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.371; Yalçınduran, *Alt İstisna*, s.62; Bedir, "Özen ve Sadakat Borcu", s.181.

sinin sona ermesinden sonra da devam etmektedir<sup>19</sup>. Zira yüklenicinin, işsahibinden öğrenmiş olduğu bir inşaat tekniğini ve yöntemini, işsahibinden izin almadan sözleşme sona erdikten sonra şahsi işlerinde kullanamayacaktır<sup>20</sup>. Yüklenicinin bu durumun aksine davranışları hem fikir ve planı sağlayan işsahibine karşı olan sadakat borcuna hem de plan ve projeyi çizen mimarın telif hakkına aykırılık teşkil edecektir<sup>21</sup>. Yüklenicinin sadakat borcuna aykırı davranmaması için inşaat sözleşmesine ilişkin sırların saklı tutulması ve rekabet yasağına ilişkin hükümler konulması tavsiye edilmektedir<sup>22</sup>.

Sadakat borcu, çift karakterli bir niteliğe sahip olup; yüklenicinin bir taraftan işsahibinin yararına olan şeyleri yapması ve diğer yandan da işsahibinin zararına olan durumlardan kaçınması gerekmektedir. Bu durumda sadakat borcu hem yapma hem de yapmama borcu niteliği taşımaktadır<sup>23</sup>.

İnşaat sözleşmesinin ifa sürecinde sadakat borcu ile özen borcu iç içe geçmiş bulunmaktadır<sup>24</sup>. İfa aşamasından önceki veya sonraki süreçte genellikle özen borcu değil, sadakat borcu söz konusu olacaktır<sup>25</sup>.

Yüklenicinin sadakat borcunun varlığı, inşaat sözleşmesi sonradan hükümsüz hâle gelse dahi devamlılığı olması gereken bir yükümlülüktür. Zira yüklenici, sözleşmenin irade sakatlığı, temyiz kudretinin olmaması gibi sebeplerle geçersiz olsa dahi, sözleşme kapsamında yer alan sırları saklamakla ve işsahibinin zararına oluşabilecek durumlardan kaçınmakla yükümlü olacaktır<sup>26</sup>.

Yüklenicinin sadakat borcu uyarınca, kanun hükümlerinde açıkça öngörülmemiş olmakla beraber genel bir bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>27</sup>. Yüklenici, üstlenmiş olduğu iş bakımından uzman bir kişi olarak, işsahibini aydınlatma, tavsiyede bulunma ve inşaatın meydana getirilmesi bakımından önem taşıyan her konu ve olay hakkında bilgilendirme yapmakla yükümlüdür<sup>28</sup>. Yüklenicinin eserin meydana getirilmesi sırasında ortaya çıkan olum-

<sup>19</sup> Seliçi, Sorumluluk, s.86; Eren, "Sona Erme", s.77; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s.29; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s.95; Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.373; Duman, Dürüstlük Kuralı, s.208; Kurt, Eseri Teslim Borcu, s.65; Yalçınduran, Alt İstisna, s.62; Yakuppur, Teslim Borcu, s.38;

<sup>20</sup> Seliçi, Sorumluluk, s.86; Eren, "Sona Erme", s.77; Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi, s.95; Kurt, Eseri Teslim Borcu, s.65; Yalçınduran, Alt İstisna, s.62.

<sup>21</sup> Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.50; Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.373.

<sup>22</sup> Dayınlarlı, Temerrüt, s.36.

<sup>23</sup> Zevkliler/Gökyayla, Özel Borç İlişkileri, s.524; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.786.

<sup>24</sup> Seliçi, Sorumluluk, s.87; Zevkliler/Gökyayla, Özel Borç İlişkileri, s.524; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.787.

<sup>25</sup> Seliçi, Sorumluluk, s.87; Zevkliler/Gökyayla, Özel Borç İlişkileri, s.524; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.787.

<sup>26</sup> Zevkliler/Gökyayla, Özel Borç İlişkileri, s.524; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.787; Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.372.

<sup>27</sup> Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.49; Dayınlarlı, Temerrüt, s.35; Yalçınduran, Alt İstisna, s.62.

<sup>28</sup> Seçer, Öz: "İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, s.145-146, 2016, s.728.

suzlukları iş sahibine derhâl bildirme borcu, yüklenicinin özen ve sadakat borcunun bir uzantısıdır<sup>29</sup>. Yüklenici, sadece malzemeye veya arsaya ilişkin ayıpları değil, ifanın gerçekleşmesini tehlikeye sokan diğer durumları da derhâl iş sahibine bildirmelidir<sup>30</sup>. TBK m.483/2'ye göre, yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini talep edebilmesi için, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmesi gerekmektedir<sup>31</sup>. Yüklenicinin bu tehlikeli durumlar konusunda iş sahibini aydınlatması ve uyarması gerekmektedir<sup>32</sup>. Bu aydınlatma ve bildirim yükümlülüğü, yüklenicinin özen ve sadakat yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır<sup>33</sup>. Yüklenicinin mevcut ayıp ve yanlışlıkların eserin yok olacağına ilişkin olarak iş sahibine yapacağı bu bildirim, iş sahibini bu konu hakkında kesin bilgi sahibi yapacak şekilde açık ve belirli olması gerekmektedir<sup>34</sup>.

## B. Yüklenicinin Sadakat Borcuna Aykırı Davranmasının Sonuçları

Yüklenicinin sadakat borcuna aykırı davranması, başlı başına inşaat sözleşmesine aykırılık teşkil edecektir<sup>35</sup>. İnşaat sözleşmesine konu olan yapı, kararlaştırılan nitelik ve zamanında teslim edilmiş olsa dahi yüklenicinin sadakat borcuna aykırı davranışı yüzünden uğranılan zararın tazmini talep edilebilecektir<sup>36</sup>. Yüklenicinin sadakat borcuna aykırı hareketi hâlinde doğan zararın tazmini, inşaat, sözleşmeye uygun olarak vücuda getirilmiş ve teslim edilmiş olsa dahi talep edilebilecektir<sup>37</sup>. Ayrıca iş sahibinin zararı olmasa bile, yüklenicinin sadakat borcuna aykırı olarak iş sahibine ait eşya, bilgi ve bilgileri, plan, projeleri kullanarak kendisine çıkar sağlaması durumunda iş sahibi, TBK m.530 uyarınca caiz olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre elde etmiş olduğu çıkarları iş sahibine vermekle yükümlü olacaktır<sup>38</sup>. TBK m.530 uyarınca iş sahibi, yüklenicinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda elde ettiği kazancın devrini talep edilebilecektir<sup>39</sup>.

<sup>29</sup> Seçer, "Bildirim Borcu", s.728.

<sup>30</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.49; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, İstanbul 2014, s.1002; Dayınlarlı, *Temerrüt*, s.35.

<sup>31</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.324; Eren, *Özel Hükümler*, s.704; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.236; Gümüş, *Özel Hükümler*, s.94; Altaş, Hüseyin: *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, Ankara 2002, s.103; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.256; Seçer, "Bildirim Borcu", s.728; Selimoğlu, *Eser Sözleşmesi*, s.540; Karataş, *İnşaat Yapım*, s.526; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1279.

<sup>32</sup> Gümüş, *Özel Hükümler*, s.46; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.236.

<sup>33</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s.704; Altaş, *Telef Olma*, s.103; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.1279.

<sup>34</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s.704.

<sup>35</sup> Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s.147; Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.388.

<sup>36</sup> Zevkililer/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.524; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.786; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s.140; Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.388.

<sup>37</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.50.

<sup>38</sup> Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s.140; Gümüş, *Özel Hükümler*, s.46; Yavuz/Acar/Özen, *Özel Hükümler*, s.1002.

<sup>39</sup> Gümüş, *Özel Hükümler*, s.46; Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.388.

## II. Yüklenicinin Özen Borcu

### A. Genel Olarak

Güven ilişkisi sözleşme görüşmelerinin başlaması ile birlikte kurulmaktadır. Bu nedenle sözleşme tarafları, sözleşmenin müzakeresi ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatmalı, dürüstlük ilkesine uygun davranmalı, sözleşme süresince ve sonrasında hak ve yükümlülükleri yerine getirmeye özen göstermelidir. Özen yükümlülüğü ise hukukî işlemlerde, tarafların birbirlerine karşılıklı olarak göstermekle sorumlu oldukları TMK'nın 2. maddesinde belirtilen dürüstlük kuralı ile belirginleşmektedir. TMK'nın dürüstlük kuralı da özen borcunun konusunu ve temelini oluşturmaktadır. Zira borçlu, dürüstlük kuralı gereğince, edimin borç ilişkisinin amacına uygun olarak gerçekleşmesi için her şeyi yapmak ve bunu engelleyen davranışlardan kaçınmakla mükelleftir<sup>40</sup>. Bu bilgiler ışığında özen yükümlülüğü, öngörülebilir bir hak ihlalden kaçınabilmek için ilgili kişinin faaliyetleri sırasında kendisinden objektif olarak talep edilebilir tüm tedbirleri almasını ve gerekli dikkati göstermesini öngören bir yükümlülüktür<sup>41</sup>. Yüklenicinin azim, irade ve dikkatinin yanı sıra sahip olduğu veya olması gereken fikri ve bedeni yetenek gibi istenilen özelliklerin tamamı özen yükümlülüğü içerisinde yer almaktadır. Özen yükümü, kullanıldığı anlam dışında, bir iş yapılırken kişinin normal şartların üzerinde dikkat ve çaba göstermesi anlamını da taşımaktadır<sup>42</sup>.

Kanun hükümleri incelendiğinde yüklenicinin sadakat ve özen borcuna ilişkin birçok düzenleme yer almaktadır. Yüklenicinin üstlendiği edimleri sadakat ve özenle ifa etmek zorunda olduğunu genel açıdan ifade eden TBK m.471/1 hükmü dışında, özen borcunun ölçüsünü belirleyen m.471/2, eserde kullanılacak malzemenin özenle kullanılmasını ele alan m.472/2, eserin meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek hâllerin işsahibine bildirimine ilişkin m.472/3, yüklenicinin işe başlama ve yürütümüne ilişkin m.473 ve eserin ayıplı olması durumunda işsahibinin sorumlu olacağı durumlara ilişkin m.476 hükümleri yüklenicinin sadakat ve özen borcunun diğer somut görünümleri olarak yer almaktadır<sup>43</sup>. İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin sadakat ve özen borcuna işaret eden hükümler sadakat ve özen borcuna ışık tutacak nitelikte değildir<sup>44</sup>. TBK m.471/1 hükmü sadakat ve özen borcunu bütün olarak ele alır gözükmekte iken; TBK m.471/2 ve m.472/2

<sup>40</sup> Aral, *Kötü İfa*, s.118.

<sup>41</sup> Tiryaki, **Betül**: "Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S.3-4, 2008, s.271.

<sup>42</sup> Başpınar, **Veysel**: *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Bası, Ankara 2004, s.124; **Avcı**, "Sadakat ve Özen Borcu", s.374; **Akansel, İsa**: *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Özen Borcu*, Ankara 2021, s.33.

<sup>43</sup> **Taşatan, Caner**: "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Özen Borcunun Ölçüsü", *Sorumluluk Hukuğu*, (Ed. Başak Baysal), 2017, s.360.

<sup>44</sup> **Taşatan**, "Özen Borcu", s.360.



yalnızca özen borcunu ifade etmekte, diğer hükümler içerisinde sadakat ve özen ifadeleri dahi yer almamaktadır<sup>45</sup>. Yüklenicinin sadakat ve özen borcu arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Bu sıkı ilişki sebebiyle doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Doktrinde bir görüş<sup>46</sup> uyarınca özen borcu, sadakat borcunun bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bizim de katıldığımız görüş<sup>47</sup> ise, sadakat borcunun özen borcundan daha geniş bir kavram olması sebebiyle, iş sahibinin yararına davranması ve zarar verici davranışlardan kaçınması gerektiğini belirtmiştir. Sadakat borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve iş sahibine zarar verecek her türlü hareket ve davranıştan kaçınma ve sözleşme sayesinde elde etmiş olduğu pozisyonu kendi çıkarına kullanmama anlamını taşıdığından özen borcuna göre üst bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır<sup>48</sup>. Doktrinde yer alan başka bir görüş<sup>49</sup> ise, özen borcunun içerisinde her şeyden önce yüklenicinin sadakat borcu ile işi özenle, şahsen veya kendi yönetimi altında yapma borcunun yer aldığı belirtmektedir. Yargıtay uygulamalarına bakıldığında ise genellikle sadakat ve özen borcunun bir bütün olarak ele alındığı görülmektedir<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> Taşatan, "Özen Borcu", s.360.

<sup>46</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.49; Yargıtay 15. HD'nin 25.01.1999 tarih 1998/4289 E. 1999/115 K., "Özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur. Yüklenici, sözleşmeye uygun olmayan proje ve bu projeye aykırı iş yapmakla sadakat ve özen borcunu ağır biçimde ihmal etmek, davacıda varolan güveni kökünden sarsmakla kusurlu olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin imar kurallarına uymamakla da başka bir neden aranmaksızın kusurludur. Sadece bu nedenle dahi iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının varlığı ortadadır. Dairemizin süregelen uygulaması da bu doğrultudadır. İşin devamı süresinde yapılan uyarılara kayıtsız kalan yüklenicinin kasıtlı bu tutumu karşısında, davacının sözleşmeden dönme hakkının varlığının duraksamaya yer olmaksızın kabulü gerekir. Başlanıldıktan kısa süre sonra adli ve idari mercilerce işin durdurulmasına, yüklenicinin başvurusu üzerine, işin ruhsat, fen ve teknik kurallara uygun hale getirilmesi koşuluna bağlı olarak durdurma ve tedbir kararları kaldırılmış olmasına rağmen, olanak varken geri dönüp aksaklıkları giderme çabasını göstermeyen yüklenicinin işe sözleşmeye, alınan ruhsata, fen ve teknik kurallara aykırı biçimde devam ettiği yükdeğerini teyit eden muhtelif bilirkişi raporları ile ortadadır. Statüüne güven duyulmayan, sözleşmede öngörüldüğü halde ileride yeni kat ilavesi mümkün olmayan binayı kabule iş sahibinin zorlanması nispet kaidesine aykırıdır. Satım akdinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinde olduğu gibi bu halde iş sahibinin fesih hakkı geriye etkili olup, sözleşmenin butlan sonuçlarıyla ortadan kaldırılması gerekir. Olayda kal isteminin kabulü de bu nedenle zorunlu ve adil olan sonuçtur. Burda müteahhit, duraksamaya yer kalmaksızın ağır kusurlu, kendi çıkarı için kasıtlı tutum içindedir. Özellikle mühendislik hizmetlerinden fen ve teknik kurallardan yoksun binanın konut olarak kullanılması kimseden beklenilmeyeceğine göre 'yaratılan değerlerin korunması', şeklinde bir düşüncenin de olayda yeri bulunmadığından, doğacak zarar üzerinde durulmaksızın binanın kal'ine dair istemin de kabulü gerekir. Benzer olaylarda Dairemizin örnek kararı da bu yöndedir (15.H.D. T. 12.3.1980, E.268, K.613). Açıklanan nedenlerle, hukuken himayesi gereken hakkın varlığına bakılmaksızın, kabulü yerine, davanın reddine dair karar usul, yasa ve hakkaniyete aykırı olmakla bozulması gerekir." (Legalbank)

<sup>47</sup> Seliçi, *Sorumluluk*, s.86; Zevkliler/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.524; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.786; Ergezen, Muaz: *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*, Ankara 2007, s.43; Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.371; Gümüşsoy Karakurt, *Borca Aykırılık*, s.90.

<sup>48</sup> Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.370.

<sup>49</sup> Eren, "Sona Erme", s.75.

<sup>50</sup> Yargıtay 15. HD'nin 01.03.2017 tarih 2016/1295 E. 2017/865 K., "Eser yüklenicinin sanat ve beceriyi gerektiren emek sarfıyla gerçekleştirdiği bir sonuçtur. Eser sözleşmelerinde; yüklenici sadakat

Mülga Borçlar Kanunu içerisinde yüklenicinin özen borcu ile ilgili olarak, hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere yollama yapılmıştır. Yüklenicinin genel özen borcunu düzenleyen mülga BK m.356/1, “müteahhidin mes’uliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mes’uliyetine dair olan hükümlere tabidir”. Bu hüküm, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki ifade biçimi göz önünde tutularak, yüklenicinin işi yaparken, hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen derecede özen göstermekle yükümlü olduğu şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>51</sup>. Mülga Borçlar Kanunu döneminde yüklenici hizmet ilişkisinde işçinin göstermek zorunda olduğu özenin aynısını göstermekle yükümlü tutulmuştur. Mülga Borçlar Kanunu’nun, işçinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere atıf yapması isabetli bulunmamıştır. Bu yollamaya rağmen yüklenici ile işçinin göstermek zorunda oldukları özenin derecesi aynı seviyede bulunmadığı kabul edilmekte idi<sup>52</sup>. Zira gerek işsahibi ile olan ilişki gerekse de taahhüt edilen edimler bakımından bu iki sözleşme arasında önemli farklar bulunmaktadır<sup>53</sup>. Yüklenici kural olarak mesleki bakımdan belli bir uzmanlığa sahip olup, işçi gibi işsahibinin emir ve talimatlarıyla bağlı bulunmamaktadır<sup>54</sup>. Bu bakımdan yüklenicinin özen borcu, işçinin özen borcuna oranla daha katı kurallara bağlanmalı ve yükleniciden, işçiden beklenen özenden daha fazlası beklenmeli ve istenmelidir<sup>55</sup>. Yüklenici, benzer bir işi taahhüt eden yükleniciden beklenen her türlü özeni göstermekle yükümlü olacaktır<sup>56</sup>. Hizmet sözleşmesinde işçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumlu olup; bu sorumluluğun belirlenmesinde işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulmaktadır. İnşaat sözleşmesi bakımından ise işsahibi, yüklenicinin

ve özen borcu gereği eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek zorundadır. Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü bu zorunluluktan kaynaklanır. Başka bir deyişle akdin gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye sokan her halî yüklenici iş sahibine derhal haber vermeye mecburdur (TBK 472). Bu uyarı borcunu dar bir çerçevede ifade etmemek gerekir. Çünkü bu borç ifa aşamasında ve sonrasında olaylar ortaya çıktıkça ve ihlal edildikçe kendini, sonuçlarını, iş sahibi üzerinde göstereceğinden uyarı borcunu yerine getirmeyen yüklenici iş sahibinin zararından BK’nın 112. maddesi uyarınca sorumludur. Bu madde uyarınca borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” (Legalbank)

<sup>51</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.54; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.95.

<sup>52</sup> Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.95.

<sup>53</sup> Kocaağa, Köksal: “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağına Anlaşılması Halinde İşsahibinin BK. m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Hakları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, s.1, 2004, s.177; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.95; Baygın, *Ücret*, s.25.

<sup>54</sup> Eren, “Sona Erme”, s.74; Kocaağa, “Özen Yükümü”, s.177; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.96; Baygın, *Ücret*, s.25.

<sup>55</sup> Eren, “Sona Erme”, s.74; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Bası, Ankara 2021, s.392; Kocaağa, “Özen Yükümü”, s.177; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.96; Baygın, *Ücret*, s.25.

<sup>56</sup> Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.96.

yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bilmesi gerekse dahi yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir. Zira yüklenicinin gerekli uzmanlığa sahip olmadığı bir işi üstlenmesi veya işin yerine getirilmesi için uzmanlardan yararlanmaması kendisi için kusur teşkil edecektir<sup>57</sup>. Mülga Borçlar Kanunu'nun aksine Türk Borçlar Kanunu, yüklenicinin özen borcu konusunda hizmet sözleşmesinde işçinin sorumluluğuna ilişkin kanun hükümlerine atıf yapmak yerine bu konuyu açık bir şekilde düzenlemiştir. Zira TBK m.471/1 uyarınca yüklenicinin üstlenmiş olduğu edimleri işsahibinin haklı menfaatlerini gözeterek özenle ifa etmek zorunda olduğu ifade edildikten sonra; 2. fıkrada yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınacağı hüküm altına alınmıştır<sup>58</sup>. Tüm bunların dışında yüklenicinin özen ve sadakat borcuna işaret eden diğer hükümler olan TBK m.472/2, m.472/3, m.473 ve m.476 hükümleri, mülga Borçlar Kanunu'nda yer alan m.357/2, m.357/3, m.358 ve m.361 hükümlerinin birebir aynısı olduğu görülmektedir<sup>59</sup>.

Doktrinde özen borcunun hukukî niteliğine ilişkin görüşler mevcuttur. Doktrinde bir görüş<sup>60</sup>, yüklenicinin özen borcunun, aslî edim yükümlülüğü niteliğinde olduğunu, zira özen borcunun yüklenicinin edim yükümlülüğünün yanında yer aldığını ve kişisel özenli bir davranışa özel bir yükümlülük olmadığını, doğrudan yüklenicinin edim yükümlülüğü içinde yaşayan bir vasıf olduğu savunulmaktadır. Doktrinde diğer bir görüş<sup>61</sup> ise, eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcu, aslî edim yükümlülüğü niteliğinde olmayıp yan edim yükümlülüğü niteliğinde olduğunu, aslî edim yükümlülüğü ihlal edilmeden yan yükümlülük niteliğinde olan özen borcunun ihlal edilmesinin mümkün olduğunu, yüklenicinin yan yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda aynen ifayı talep hakkı bulunmayacak olup, bunun yerine uğranılan zararın tazmininin talep edilebileceğini belirtmiştir. Doktrinde bir diğer görüş<sup>62</sup>, özen borcunun yükleniciye sözleşmedeki işi yapmanın yanında bu işi yaparken kendisinden beklenecek özeni gösterme borcu da yüklediğini, yüklenici sadece işi fiziksel olarak yapmakla sorumluluktan kurtulamayacağını, bu işi kendisinden beklenecek özenle yapması gerektiğini ve bu şekilde davranması durumunda doğacak borçlardan sorumlu olacağını belirtmektedir. Bizim de katıldığımız görüş<sup>63</sup> uyarınca özen borcunun niteliği onun aslî edimini oluşturmayacaktır. Ancak sözleşmeden dönme gibi ağır sonuçlar meydana getirebilecek bir sorumluluk olup; yüklenici ayıpsız, sözleşmeye uygun ve edimini kararlaştırılan

<sup>57</sup> Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.96.

<sup>58</sup> Aral/Ayrancı, *Özel Borç İlişkileri*, s.393; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.96.

<sup>59</sup> Taşatan, "Özen Borcu", s.361.

<sup>60</sup> Başpınar, *Vekilin Özen Borcu*, s.148.

<sup>61</sup> Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s.147.

<sup>62</sup> Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s.136.

<sup>63</sup> Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.377; Akansel, *Özen Borcu*, s.51.

sürede yerine getirmiş olsa dahi, iş sahibine bir şekilde menfaatine aykırı bir davranış ile zarar vermişse bu zarardan ötürü sorumlu olacaktır.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin özen borcu üç aşama olarak karşımıza çıkmaktadır. Yüklenicinin sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşmenin kurulmasından teslim anına kadar geçen sürede ve inşaatın meydana getirilmesinden sonraki aşamada da yüklenicinin özen borcu devam etmektedir. Yargıtay HGK'nın bir kararında, "...yüklenici, bir işi yüklenirken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise, sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi hâlde, özen borcuna aykırı davranmış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder." ifadesine yer vermiştir<sup>64</sup>. İnşaat sözleşmesinde, yapı tamamlanmış olsa da yüklenicinin özen borcu devam edecektir. Zira inşaat hâlen yüklenicinin elinde bulunmaktadır. Bu süre zarfında yapının korunması, değer ve niteliğini kaybetmemesi için yüklenici tarafından özen gösterilmesi gerekmektedir<sup>65</sup>.

Yüklenicinin özen borcu, kendisinin diğer borçlarından farklı olarak genel niteliktedir. Yüklenici, tüm borçlarının yerine getirilmesi aşamasında özenli davranmak zorundadır<sup>66</sup>. Özen borcuna aykırı davranarak işinde gerekli özeni göstermeyen yüklenici sorumlu olacaktır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu m.471/1 uyarınca, yüklenicinin üstlendiği işi iş sahibinin haklı menfaatlerini gözetenek özenle ifa etmesi gerektiği açıkça hükme bağlanmıştır. Yüklenicinin özen borcunun genel nitelikte olması, sözleşmenin her kısmında ve yerine getirmesi gereken borçların tamamında işini özenle yapması anlamını taşımaktadır<sup>67</sup>.

<sup>64</sup> Yargıtay HGK 09.10.1991 tarih 1991/15-340 E. 1991/467 K.

<sup>65</sup> **Avcı**, "Sadakat ve Özen Borcu", s.382.

<sup>66</sup> **Zevkililer/Gökyayla**, *Özel Borç İlişkileri*, s.524; **Gökyayla**, "Sadakat ve Özen Borcu", s.787; **Koçaağa**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.95; **Ergezen**, *Sona Erdirme*, s.42; **Avcı**, "Sadakat ve Özen Borcu", s.374; **Akansel**, *Özen Borcu*, s.39; **Yakuppur**, *Teslim Borcu*, s.39.

<sup>67</sup> **Zevkililer/Gökyayla**, *Özel Borç İlişkileri*, s.524; **Gökyayla**, "Sadakat ve Özen Borcu", s.787; **Avcı**, "Sadakat ve Özen Borcu", s.375; **Akansel**, *Özen Borcu*, s.39; Yargıtay 15. HD'nin 08.05.2018 tarih 2017/353 E. 2018/1820 K., "Taraflar arasındaki sözleşme karşılıklı edimleri içeren eser sözleşmesi niteliğindedir. Sözleşme tarihi itibarıyla yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinde, karşılıklı yükümlülükleri içeren sözleşmelerde borcun yerine getirilmemesi veya gecikme halinde, alacaklının hakkını nasıl kullanacağı düzenlenmiştir. Özellikle BK'nın 106/II. maddesinde borcun yerine getirilmesinde direnilmesi halinde alacaklıya, üç seçimlik hak verilmiştir: bunlar 1- Her zaman gecikmiş işi yerine getirme (ifayı) ve gecikme tazminatı isteme; 2- Sözleşmenin yerine getirilmesinden vazgeçilerek olumlu (müsbet) zararını isteme; 3- Sözleşmeden dönme (fesih) ve olumsuz (menfi) zararı isteme olarak açıklanmıştır. Hukuk öğretisinde ve Dairemizin yerleşmiş görüşüne göre borcun yerine getirilmemesi halinde, alacaklı, BK 106/II'deki hakkını 'her zaman' kullanabilir; ancak kullanmak zorunda da değildir. Bu nedenle alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve gecikme tazminatını zamanaşımı içerisinde isteyebilir davacı olan alacaklı, bu seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde, sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat istediği yolunda «bir karinenin varlığı kabul edilir. Bu karinenin dayanağı da yüklenicinin 'özen borcu' dur. Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre «daha yüksek özen» göstermelidir (BK. m.356/I). Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur.

Yüklenici, üstlenmiş olduğu inşaatın yapımında ve bunun iş sahibine tesliminde, inşaat işlerinde hâkim olan anlayışa göre, benzer bir inşaatın yapımını üstlenen basiretli bir yükleniciden beklenen her türlü dikkat ve çabayı göstermek, bilim ve teknolojinin temel kurallarını uygulamak zorundadır<sup>68</sup>. Zira TBK

Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder (Emsal Yargıtay HGK 1991/15-340 Esas 1991/467 Karar 09.10.1991 tarih) Yüklenicinin bu sorumluluğunun bulunması nedeniyle iş sahibi fesih hakkını kullanmaması nedeniyle zararın artmasına sebep olmakla kusurlu kabul edilemez. Somut olayda taraflar arasındaki sözleşmede işin teslim edileceği tarih belirlenmiş, yapılacak ödemelerde ilk ödeme dışında kalanlar işin teslimi şartına bağlanmıştır. Bu durumda davalı işi kararlaştırılan sürede yerine getirmek zorunda olup, iş sahibi sözleşmeyi feshe zorlanamayacağından sözleşme ayakta olduğu sürece gecikme cezasına isteme hakkına sahiptir. Bu nedenle Mahkemenin davalının sözleşmeyi feshetmediği sadece 10 günlük ceza istenebileceğine ilişkin gerekçesi doğru olmamıştır. Ancak yine 818 sayılı BK'nın 161/son maddesi uyarınca hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkisle mükelleftir. Hukuk Genel Kurulu'nun 20.03.1974 gün, 1970/T-1053 Eesas 1974/222 Karar sayılı kararı uyarınca, ceza, tacirin İktisaden mahvına neden olabilecek derecede ağır ise tamamen kaldırılabilir gibi, tenkis yoluna da gidilebilir (Emsal Yargıtay 15. HD. 2009/635 Esas 2010/64 Karar 18.01.2010 tarih). Bu nedenle mahkemece davalının işin gecikme nedenleri ile ilgili savunmalarını inceleyerek gerektiğinde bilirkişi heyetinden ek rapor da alınarak belirlenecek gecikme süresine göre uygulanması gereken cezanın hesabı sırasında BK'nın 161. maddesi gereğince tenkis konusunda da değerlendirme yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur.”; Yargıtay 15. HD'nin 18.06.2015 tarih 2014/4603 E. 2015/3495 K., “Taraflar arasındaki akdî ilişki sözleşme tarihi itibarıyla uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Yasa'sının 355. ve devam eden maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Aynı Yasa'nın 357. maddesi hükmüne göre yüklenici eseri iş sahibinin yararına ve ona hiçbir zarar vermeden yapmak zorundadır. Eserin yapılmasını tehlikeye koyacak halin varlığında, bunların giderilmesi için iş sahibini uyarmak yüklenicinin özen borcunun sonucudur. Özen borcunun yerine getirilmemesi halinde yüklenici eserde oluşacak gizli ve açık kusurlardan sorumlu olur. Yüklenici eseri meydana getirirken özen borcu gereği iş sahibini bilgilendirmekle yükümlü olduğu gibi iş sahibinin verdiği malzemenin, projenin veya gösterdiği iş yerinin kusurlu olduğunu görünce, ya da işin devamına engel bir durum ile karşılaşırsa derhal iş sahibini uyarmak ve bilgilendirmek ile yükümlüdür. Özen borcunun içerisinde eseri koruma yükümlülüğü de vardır. Bu yükümlülük ise eserin iş sahibine teslim edilmesine kadar devam eder. Somut olayda davalı yaptığı izolasyon işini davacıya teslim etmiş, davacı da başka taşeronlara inşaatın diğer imalâtlarını yaptırmıştır. Açıklanan genel kurallar dikkate alındığında mahkemenin sonraki taşeronların yaptıkları imalâtlar sırasında verdikleri zarardan davalı taşeronu sorumlu kabul etmesi yerinde değildir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda derz bölgelerinde ve döşeme birleşim yerlerinde yetersiz uygulamalardan bahsedildiğinden yapılması gereken iş bilirkişilerden alınacak ek rapor ile davalının yaptığı imalâtlardan sonraki imalâtlar sırasında zarar görmemiş kısımlarda ayıp bulunup bulunmadığını var ise bunların giderilme bedellerini belirleyip sonucuna göre karar verilmesinden ibarettir. Açıklanan bu gerekçe ile eksik inceleme ve hatalı yoruma dayalı kararın bozulması gerekmiştir.” (Legalbank)

<sup>68</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s.632; Eren, “*Sona Erme*”, s.74; Zevkliler/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.524; Gökyayla, “*Sadakat ve Özen Borcu*”, s.787; Aral/Ayrancı, *Özel Borç İlişkileri*, s.393; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.96; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.374; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.193; Ergezen, *Sona Erdirme*, s.42; Gümüşsoy Karakurt, *Borca Aykırılık*, s.92; Karataş, *İnşaat Yapım*, s.140; Güleç, *Fesih*, s.31; Atamulu, İsmail: *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Ankara 2014, s.64; Karaduman, Ece: *Kentsel Dönüşüm Mevzuatı Çerçevesinde İnşaat Sözleşmesi*, Ankara 2021, s.209; Yargıtay 15. HD'nin 13.11.2006 tarih 2005/5256 E. 2006/6439 K., “Yüklenici eseri, iş sahibinin yararına olacak şekilde amacına uygun ve özenle meydana getirmekle yükümlüdür. Sözleşmelerde geminin yat haline dönüştürülmesi amaçlandığına göre işinin uzmanı sayılan ve basiretli tacir gibi hareket etmek zorunda olan yüklenici ifayı amaca uygun gerçekleştirmek zorundadır. Hükme dayanak raporda bu hususlar üzerinde durulmamış, yeterli inceleme yapılmadan ödemelere oranlanarak sonuca varılmıştır. Bu haliyle raporun Yargıtay denetimine elverişli ve itirazları cevaplandırılacak nitelikte olmadığı açıktır. O halde yapılması gereken iş, yeniden

m.471/2, "Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır." hükmüne yer vermiştir. Yüklenicinin tacir olması durumunda TTK m.18/2 uyarınca basiretli bir iş insanı şeklinde hareket etme yükümlülüğü bulunduğundan, onun işçinin işverene gösterdiğinden daha ağır bir özen borcu bulunmaktadır<sup>69</sup>.

Yüklenicinin meydana getirilecek inşaat sırasında özen borcuna uygun davranması gerekmektedir<sup>70</sup>. Bu özen, alışveriş hayatında geçerli olan bakış açısından hareketle yükleniciden beklenebilecek olan özen olarak tanımlanmaktadır<sup>71</sup>. Bu bakımdan yüklenicinin göstermek zorunda olduğu bu özene "objektif özen" denilmektedir<sup>72</sup>. Bununla birlikte, inşaatın meydana getirilmesi bakımından, sübjektif birtakım kıstasların da dikkate alınması gerekmektedir. İnşaatın yapılmasında ölçü alınacak özenin derecesi, özellikle teknik kurallar ve sözleşme çerçevesinde tespit edilebilecektir<sup>73</sup>.

oluşturulacak uzman bilirkişilere dosya, -gerektiğinde tekne üzerinde- inceleme yaptırılarak, davacının tekneyi denize elverişli hale getirme mükellefiyeti ve teknenin mevcut haliyle kabul edilebilir niteliği ayrıntılı biçimde tartışılıp denetime elverişli itirazları cevaplandırılan rapor alınmalıdır (HUMK 284, madde). Bu hususlar üzerinde durulmadan eksik incelemeyle ve yetersiz bilirkişi raporuyla davanın kısmen kabulü doğru olmamış kararın bozulması uygun bulunmuştur." (Legalbank)

<sup>69</sup> **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s.55; **Erman, Hasan**: *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 2. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2007, s.35; **Gökyayla**, "*Sadakat ve Özen Borcu*", s.791; **Büyükkay**, *Eser Sözleşmesi*, s.150; **Kocaağa**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.97; **Gümüşsoy Karakurt**, *Borca Aykırılık*, s.95; **Duman**, *İnşaat Hukuku*, s.193; **Ergezen**, *Sona Erdirme*, s.42; **Atamulu**, *Sona Erme*, s.62; **Akansel**, *Özen Borcu*, s.41; **Bedir**, "*Özen ve Sadakat Borcu*", s.158; Yargıtay 15. HD'nin 10.01.2017 tarih 2015/6030 tarih 2017/92 K., "Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre eser sözleşmesi ilişkisinde konunun uzmanı yükleniciler olduğundan gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de yüklenicilere aittir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355 ilâ 371 arası maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi hükümlerine göre, zararlandırıcı olayın gerçekleşmesine etkili olan yüklenici kusurunun tespitinde, iş güvenliği mevzuatından da yararlanılması mümkündür. Çünkü, yüklenici işinin uzmanı sayılan, sorumlu meslek adamıdır. Yüklenici, eser sözleşmesi ile yüklediği edimini yerine getirirken veya sözleşmenin hazırlanması aşamasında gerekli tüm tedbirleri almakla ödevlidir. Yüklenici, işçi sayılmayacağından iş sahibinin denetimine de tâbi değildir. Yüklenicilerin, iş sahibine karşı Borçlar Kanunu'nun 357. maddesi hükmünden kaynaklanan sadakat borcu ve aynı Kanun'un 356. maddesi hükmüne dayalı özen borcu söz konusudur. Borçlar Kanunu'nun 356. maddesi hükmüne göre, yüklenicinin sorumluluğu, aynı Kanun'un 321. maddesinde belirtilen işçinin hizmet akdindeki sorumluluğu gibidir. Ancak, iş sahibine nazaran bağımsız çalışması, işin ehli olması da göz önünde bulundurularak sorumluluğu hizmet akdine göre çalışan işçiye nazaran daha ağır kabul edilmektedir. İş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınması, yüklenicinin "özen borcu" kapsamındadır. Açıklanan bu hukukî sebeplerle; kural olarak eser sözleşmesi ile yüklenilen edimlerin ifası sırasında veya sözleşmenin hazırlanması aşamasında gerçekleşen zararlı olayların oluşumunda etkili olan yüklenicinin kusurunun, daima iş sahibinin kusurundan daha ağır derecede olması gerekir." (Legalbank)

<sup>70</sup> **Yavuz/Acar/Özen**, *Özel Hükümler*, s.1003; **Aral/Ayrancı**, *Özel Borç İlişkileri*, s.393.

<sup>71</sup> **Yavuz/Acar/Özen**, *Özel Hükümler*, s.1003.

<sup>72</sup> **Yavuz/Acar/Özen**, *Özel Hükümler*, s.1003; **Aral/Ayrancı**, *Özel Borç İlişkileri*, s.393; **Kocaağa**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.97; **Eren**, "*Sona Erme*", s.74; **Zevkililer/Gökyayla**, *Özel Borç İlişkileri*, s.524; **Gökyayla**, "*Sadakat ve Özen Borcu*", s.790; **Şenocak**, *Ayıbın Giderilmesi*, s.28; **Ergezen**, *Sona Erdirme*, s.42; **Duman**, *İnşaat Hukuku*, s.193.

<sup>73</sup> **Kocaağa**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.97; **Zevkililer/Gökyayla**, *Özel Borç İlişkileri*, s.526; **Gökyayla**, "*Sadakat ve Özen Borcu*", s.791.

Basiretli bir yüklenicinin, işin mali kısmını önceden belirlemesi, iş sahibinin önceden yaptırdığı zemin fizibilite raporlarının fenne ve gerçeğe uygun olup olmadığını incelemesi ve varsa hata ve eksikliklerinin iş sahibine bildirilmesi, kendisi tarafından sağlanan malzemenin ayıplı olmamasına özen göstermesi, bu malzemelerin kullanılmasında özen göstermesi, malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa bu kısmın geri verilmesi, malzeme veya yapının ayıplı olması durumunda derhâl bu durumun iş sahibine bildirilmesi, yapacağı inşaatın muhtemel tehlikelerden korunması ve oluşabilecek zararların önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmasında özen göstermesi gerekmektedir<sup>74</sup>. Ayrıca idarenin taraf olduğu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tabi olan işlerde uygulanan Yapım İşleri Genel Şartnamesi m.14/3 hükmü, "Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yere, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır. Bununla birlikte yüklenici, kendisine verilen projelerin ve/veya şartnamelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya fen ve sanat kurallarına uymadığı hususundaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alışı tarihinden başlayarak on beş gün içinde (özellikli bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, yüklenicinin isteği hâlinde bu süre idarece artırılabilir) idareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu sürenin aşılması hâlinde yüklenicinin itiraz hakkı kalmaz. Yüklenicinin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde yüklenici, bu uygulamanın so-

<sup>74</sup> **Karaduman, Kentsel Dönüşüm**, s.209; Yargıtay 4. HD'nin 26.11.2015 tarih 2015/12493 E. 2015/13679 K., "Bilirkişi raporlarında belirtildiği ve mahkemece de değerlendirildiği üzere; polis lojmanlarının inşa edildiği zeminin % 45 eğimli olup diğer özellikleri de dikkate alındığında üzerine yapılacak yapılar için risk teşkil ettiği, hem A Blok'un hem de doğu yönünde meydana getirdiği dolgunun bu riskli zemine olumsuz yük kuvveti uyguladığı, kooperatif kazısının ise topuktan malzeme olarak heyelan açısından ikinci bir olumsuz etki yarattığı anlaşılmaktadır. Davacı idare tarafından bu riskli zemine yapı inşa edilirken, zemin etüdünün yapılması, buna göre zemin ıslahı veya diğer gerekli tedbirlerin alınması, zemin meylinin fazla olması dikkate alınarak, yapı temelinin zemin cinsine göre seçilmesi, inşaat alanının kademeli hafriyat yapılarak sağlam zeminde olmasının sağlanması, yarmadan çıkan toprağın zemin yükünü artıracak şekilde dolguda bırakılmayarak başka yere nakledilmesi, kanalizasyon tesisinin su sızmasına meydan vermeyecek şekilde yapılması, inşaat alanına ulaşan suların uzaklaştırılmasını sağlayan kanal veya beton kaplamaların yapılması, inşaat alanı dışında kalan alanların yüzeyindeki bitki örtüsünün korunması gibi tedbirler alması gerekirken bu hususlarda ihmal gösterdiği bilirkişi raporları ile sabittir. Bu nedenle somut olayda davacının da müterafik kusurlu sayılması gerektiğine dair mahkeme kabulü yerinde ise de; takdir edilen kusur oranları dosya kapsamına uygun değildir. Yukarıda belirtilen nedenler karşısında; davaya konu zararın meydana gelmesinde ağır kusurlu olan yanın davacı idare olduğunun kabulü gerekir. Davalıların sorumluluğu buna göre belirlenmeli, tazminattan daha üst düzeyde bir indirim yapılmalıdır. Mahkemece belirlenen kusur oranı somut olaya uygun görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir." (Legalbank)

nunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur.” hükmüne yer vermiştir<sup>75</sup>. Bu hüküm uyarınca idarelerin taraf olduğu sözleşmelerde yüklenicinin özen yükümlülüğüne vurgu yapılmış ve sorumluluktan kurtulabilme durumlarına yer verilmiştir.

Yüklenici, üstlendiği inşaatı yapma borcunu yerine getirirken, işin yapıldığı zamanda bilinen mesleki ve teknik kurallara uymak zorundadır<sup>76</sup>. Bu anlamda yüklenici, inşaatın temelini atılması, inşaatın yapılması, malzeme, araç ve gereçlerin kullanılması ve güvenlik önlemlerinin alınması konusunda, bunların icrası sırasında bilinen tüm mesleki ve teknik kuralları uygulamakla yükümlüdür<sup>77</sup>. Genellikle bilinen teknik kurallar, teorik olarak doğruluğu kabul edilmiş

<sup>75</sup> Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi m.13/3, “Müteahhit, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak teknik ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, teknik ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yeri, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır.”

<sup>76</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.55; Yavuz/Acar/Özen, *Özel Hükümler*, s.1003; Aral/Ayrancı, *Özel Borç İlişkileri*, s.393; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s.151; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.97; Dayınlı, *Temerrüt*, s.38; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.200; Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s.378; Bedir, *Özen ve Sadakat Borcu*, s.162.

<sup>77</sup> Yargıtay 15. HD'nin 03.05.2016 tarih 2015/4163 E. 2016/2515 K., “Asıl davada davalı, birleşen davada davacı ...'nın diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; Asıl davada davacı, birleşen davada davalı yükleniciler ...İnş. San. ve Tic. A.Ş. ile ... Tur. San. ve Tic. A.Ş. ortak girişim olarak asıl davada davalı birleşen davada davacı iş sahibi ...'ne ait ... Havaalanı yeni apron, taksirüt yapılması ile müteahhim binalar inşaatı işinin yapımını üstlenmişler, yanlar arasında 26.05.1999 tarihli sözleşme düzenlenmiş taahhüdün 1998 yılı birim fiyatlarıyla keşif tutarı 1.410.000,00 TL ihale bedeli 950.622,00 TL olarak belirlenmiş, ihale şartnamesi, özel idari şartnameler, fenni şartnameler, birim fiyat tarifleri ve eki 1998 yılı birim fiyatı listeleri, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, projeler, ... kontrol yönetmeliği, keşif özeti cetvelleri, toprak işleme şartnamesi, beton kaplama şartnamesi, bitümlü astar tabakası, bitümlü yapıştırıcı tabaka, drenaj şartnamesi, beton asfalt binder satıh kaplaması, kırma malzeme temel tabakası, zayıf beton şartnamesi, yeraltı beton kanalı ile menhol ve mendhol şartnamesi 88/... sayılı kararname, ihrazat bedeli, ödenecek malzeme listesi vs. sözleşmenin ekleri olarak kabul edilmiştir. Asıl davada davacı birleşen davada davalı yüklenici ortak girişim işe başlamış, edimini kısmen ifa etmiştir. Asıl davadaki uyumsuzluk işin sözleşme ve eklerine uygun yapıldığının ve davalı tarafa sözleşmeye konu ... Hava Meydanı yeni apron taksirüt ile müteahhim binalar inşaatı işinden dolayı borçlu olunmadığının tespitine, konusuz kalan Bankasya A.Ş. ... Şubesi'ne ait 19.12.2006 tarihli, ... nolu 246.660,00 TL bedelli ... A.Ş. ... Şubesi'ne ait 19.12.2006 tarihli ... nolu 81.460,00 TL bedelli ... A.Ş. ... Şubesi'ne ait 25.05.2005 tarihli ... nolu 10.925,00 TL bedelli ... A.Ş. ... Şubesi'ne ait 25.05.2005 tarihli ... nolu 1.840,00 TL bedelli olmak üzere toplam 340.885,00 TL bedelli 4 adet banka teminat mektuplarının iptaline ve iadesine, Birleşen davada ise işin 22.08.2002 tarihinde geçici, 22.08.2003 tarihinde ise kesin kabulünün yapıldığı ancak zaman içerisinde iş kapsamında yapılan apron ve taksirüt yolunda deformasyonların meydana geldiği söz konusu ayıpların bildirilmesine rağmen yüklenici firma tarafınca ayıbın giderilmediği, dava dışı ... Taah. İnş. San. Tic. Ltd. Şti.'ne ihale edilerek yaptırıldığı bu nedenle zarara uğrandığı davalı şirketler nam ve hesabına yaptırılan iş bedeli olan 1.232.266,55 TL'den davalı tarafın 194.261,12 TL alacağı düşüldüğünde 1.038.005,43 TL alacağın kaldığı bu bedelin tahsili gerektiği noktasında toplanmaktadır. Yerel mahkemede yapılan yargılama sürecinde 26.05.1999 tarihli sözleşme ve ekleri hakediş örnekleri, ayıpların giderilmesine ilişkin dava dışı ... Taah. İnş. San. Tic. Ltd. Şti. ile yapılan 18.10.2007 tarihli sözleşme özel şartname, geçici ve kesin kabul tutanağı, ihtarname, teminat mektuplarının fotokopi suretleri, Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2007/ Değişik iş sayılı ihtiyati tedbir dosyası ve ihale evrakları getirilmiş,



olan ve ilgili uzmanların çoğunluğu tarafından pratikte uyulması gereken kurallardır<sup>78</sup>. Bu nitelikteki kuralların, bilinen teknik kurallar olduğu kabul edilmektedir. Bir kuralın teknik kural olarak kabul edilmesi için, bunun herkes tarafından kayıtsız şartsız uygulanması ve yazılı olması gerekmektedir olup; bu kuralın bilim ve uygulamada uzman kişilerce doğru kabul edilmiş ve başarıyla uygulanması yeterli sayılmaktadır<sup>79</sup>. Buna karşılık, bilimin en son düzeyine uygun olmakla birlikte, uygulamada başarıyla uygulanmamış kurallar, bilinen teknik kural olarak kabul edilemeyecektir<sup>80</sup>. Belirli bir olaydaki teknik kuralların varlığı her türlü delille, özellikle de bir uzman bilirkişi aracılığıyla ispatlanabilecektir<sup>81</sup>. Teknik kurallar, bilim ve teknikteki gelişmeler karşısında zamanla eskiyebilecek olup; böyle bir durumda artık eskiyen kurallar, teknik kural olarak kabul edilemeyecektir<sup>82</sup>. Taraflar inşaat sözleşmesinde bu tür eski kurallara atıf yapmış olsalar dahi, sözleşmenin yeni kuralları da içerdiği kabul edilmeli ve özellikle şüphe hâlinde işin yapımı sırasında yürürlükte olan kuralların geçerli sayılması

tarafının göstermiş oldukları diğer kanıtlar da toplandıktan sonra dosya üzerinden ve keşfen olmak üzere 20.07.2009, 21.02.2011 ve 30.04.2014 tarihli üç ayrı bilirkişi kurulundan rapor alınmıştır. Birinci bilirkişi raporunda ayıplı ifa nedeniyle %52 oranında zarar meydana geldiği iş sahibi idarenin %70 yüklenicilerin %30 oranında kusurlu hareket ettiği, ikinci raporda ayıbın etkisi dolayısıyla gizli olduğu ifade edilmiş ancak kesin hesaba yönelik bir tespit yapılmamıştır. 30.04.2014 tarihli son bilirkişi heyeti raporunda havaalanı apron ve taksiyolu beton kaplamalarının %52'lik kısmında yüzeysel bozulmalar olduğu, dava konusu inşaatla kullanılması gereken beton sınıfının idare tarafından önerilmesi, testi ve kontrolü yapıldığı için davalı idarenin %70 oranında davacı yüklenicinin mevzuat gereği işin uzmanı olması beton sınıfının yöre iklim koşullarında yeterli olmadığını bilecek konumda olması nedeniyle %30 oranında kusurlu hareket ettikleri, mevcut beton kaplama üzerine yapılan asfalt kaplama iş bedelinin 1.232.266,55 TL olduğu kesin hesap sonucuna göre yüklenici tarafın bakiye 245.933,05 TL tutarında alacağının bulunduğu rapor edilmiştir. Her üç rapor dosya kapsamı belgelerle birlikte bir bütün halinde değerlendirildiğinde eserdeki %52 oranındaki gizli ayıbın varlığı 1.232.266,55 TL iş bedeli, kesin hesap sonucu yüklenici tarafın bakiye 245.933,05 TL tutarında alacağının bulunduğu tespiti konusunda herhangi bir usulsüzlük görülmemiştir. Ancak bilirkişi kurullarınca kusur yönünden yapılan değerlendirme yerinde görülmemiştir. Şöyle ki; eser sözleşmesi taraflara karşılıklı haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme akdidir. Yüklenici yapımını üstlendiği eseri sözleşmeye, teknik ve sanatsal ilkelere ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle iş sahibi de eserin bedelini ödemekle mükelleftirler. Kural olarak yüklenicinin basiretli bir tacir gibi eseri fen ve sanat kurallarına uygun meydana getirmeyi üstlendiği kabul edilir. Çünkü yüklenici işinin ehli, iş sahibine göre konunun uzmanıdır. Hizmet akdinde olduğunun aksine iş sahibine bağlı olarak ve onun talimatlarıyla hareket etmez. İşinde bağımsızdır. Bu niteliklerinden dolayı yükleniciden tecrübeli ve uzman bir kimsenin teknik ve sanat kurallarına uygun hareket tarzını ölçü alması beklenir. Bu bakımdan dava konusu somut olayda yükleniciler özen borcunun gereğini yerine getirmemişlerdir (818 s.BK.md.356). Olayda tam kusurlu hareket etmişlerdir. İdareye herhangi bir kusur izafe edilmesi ise usul ve yasaya uygun görülmemiştir." (Legalbank)

<sup>78</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.55; Eren, "Sona Erme", s.74; Aral/Ayrancı, *Özel Borç İlişkileri*, s.393; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.374; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.97.

<sup>79</sup> Aral/Ayrancı, *Özel Borç İlişkileri*, s.393; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.374; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.97.

<sup>80</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.55; Aral/Ayrancı, *Özel Borç İlişkileri*, s.393; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.97.

<sup>81</sup> Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.374.

<sup>82</sup> Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.98.

gerekmektedir<sup>83</sup>. Meslek odalarınca yayınlanan kurallar, yayımlandıkları sırada bilinen kurallar sayılmaktadır<sup>84</sup>.

Yüklenicinin özen borcuna ilişkin TBK m.471 hükmü, emredici nitelikte olmayıp taraflarca bu hükmün aksi kararlaştırılabilecektir<sup>85</sup>. Bunun sonucunda inşaat sözleşmesi ile yüklenici, inşaatın tamamını kendisinin meydana getirebileceğini taahhüt edebileceği gibi işsahibi de inşaatın yeni teknik kurallara göre inşasından feragat edebilecektir<sup>86</sup>. Yüklenicinin özen yükümlülüğünü azaltan sözleşme hükmü bir tür sorumsuzluk anlaşması sayılacağından, bu hükmün geçerliliği TBK m.115'e göre belirlenecektir<sup>87</sup>. İnşaat sözleşmeleri karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulacağından sözleşmeye konulan sorumsuzluk kayıtlarının da karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulması gerekmektedir<sup>88</sup>. Bu anlaşma, sözleşme içerisine konulacak bir ek hüküm ile yapılabileceği gibi ayrı bir sözleşme ile de düzenlenebilmektedir<sup>89</sup>. Sorumsuzluk anlaşması, zarara uğrayan tarafın, zarar doğurucu fiilin gerçekleşmesi hâlinde ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin oluşmasını kısmen veya tamamen ortadan kaldıran, zarar veren ile açık veya örtülü olarak önceden yapılan bir hukukî işlemdir<sup>90</sup>. Nitekim TBK'nın 115. maddesinin 1. fıkrası, "Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür." ifadesine yer vermiştir. Zira madde hükmünde borçlunun ağır kusurundan sorumlu olamayacağına ilişkin kayıtlar sözleşme içerisine konulamayacaktır. Sorumsuzluk kayıtlarının denetlenmesinde kullanılan en önemli kaynak TMK'nın 2. maddesinin yardımıyla uygulama alanı bulan güven ilkesidir. Yüklenicinin objektif özen yükümlülüğüne aykırı olabilecek hükümleri, sorumsuzluk kaydı adı altında inşaat sözleşmesine koyması durumunda bu kayıtlar geçersiz olacaktır.

Yüklenici bir işi üstlenirken kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olup olmadığını iyice tartmalı ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmalıdır<sup>91</sup>. Yüklenicinin üzerine aldığı iş için gerekli uzmanlı-

<sup>83</sup> Eren, "Sona Erme", s.75; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.98.

<sup>84</sup> Eren, "Sona Erme", s.75; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.98.

<sup>85</sup> Eren, "Sona Erme", s.75; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s.148; Gümüşsoy Karakurt, *Borca Aykırılık*, s.92.

<sup>86</sup> Eren, "Sona Erme", s.75.

<sup>87</sup> Gümüşsoy Karakurt, *Borca Aykırılık*, s.92.

<sup>88</sup> Akman, Galip Sermet: *Sorumsuzluk Anlaşması*, İstanbul 1976, s.17; Karabağ Bulut, Nil: "Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 1, İstanbul 2009, s.831.

<sup>89</sup> Akman, *Sorumsuzluk*, s.17; Karabağ Bulut, "Sorumsuzluk", s.831.

<sup>90</sup> Başalp, Nilgün: *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, İstanbul 2011, s.8; Karabağ Bulut, "Sorumsuzluk", s.828; Akman, *Sorumsuzluk*, s.7.

<sup>91</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.56; Zevkililer/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.526; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.791; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s.139; Duman, *İnşaat Hukuku*, s.195; Yargıtay HGK 30.09.1991 tarih 1991/15-373 E. 1991/533 K., "Davalı yüklenicinin, davacı arsa sahibi ile yaptığı kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre inşa ettiği binada kullandığı malzemelerin cins ve kaliteleri

ğâ sahip olmadığı hâlde bir işi alması ve işin ifasında uzmanlara danışmaması özen borcunun ihlal edilmesi olarak nitelendirilmektedir<sup>92</sup>. İş sahibinin yüklenici ile sözleşme imzalarken, yüklenicinin ekonomik veya mesleki bazı yetersizliklerini biliyor olması, ayrıca sorumsuzluk anlaşması yapılmadıkça kusursuzluk sebebi sayılamayacaktır<sup>93</sup>. Yüklenici, kendi ekonomik veya mesleki durumunu değerlen-

itbarıyla bilirkişi raporlarında da açıkça belirtildiği üzere sözleşmede öngörülen şartlara aykırı bulunduğu kesin olarak saptanmıştır. Hukuk Genel Kurulunun 9.10.1991 gün 340-467 sayılı kararında da açıkça vurgulandığı üzere, eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak işin görülmesi ve tesliminde işçiye göre 'daha yüksek özen' göstermelidir (BK.356/1). Yüklenici, bir işi yüklenir iken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise, sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde, özen borcuna ayırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder (Tandoğan Borçlar Hukuku. Özel Borç ilişkileri. Cilt II 1987 başı sayfa 56-58). Yine sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması Pacta Sunt Servenda-Ahte Vefa ilkesinin ve ayrıca doğruluk ve dürüstlüğü gereğidir. Nitekim kusur halinde iş sahibinin hakkı başlığını taşıyan B.K.nun 360. maddesinde yapılan şey...» veya mukavele şartlarına muhalif olursa» iş sahibinin o şeyi kabulden imtina edebileceği hükme bağlamıştır. Bu itibarla, yerel mahkemece, işin özelliği gözetilerek, mevcut delillerin değerlendirilmesi suretiyle davanın kabul edilmesi doğrudur. O halde usul ve yasalara uygun bulunan direnme kararı onanmalıdır.; Yargıtay 4. HD'nin 01.06.1978 tarih 1978/2225 E. 1978/7342 K., "BK.nun 356 ile 363. maddelerinde müteahhidin yani ismarlananın borçları düzenlenmiştir. Bu borcun başlıcası ve en önemlisi eseri hazırlama borcudur. İsmarlanan (müteahhit) Borçlar Kanununun 356/1. maddesi hükümlerine göre olarak, hizmet sözleşmesinde işçinin göstermek zorunda olduğu özenden sorumludur. O halde, bu özen borcunun niteliği ve kapsamı az önce anılan maddenin yollama yaptığı aynı yasanın 321. maddesi gereğince belirlenmesi gerekir. Şu halde, ismarlananın (müteahhidin) göstereceği özenin derecesini tespit, sözleşme veya hal ve durumun esas alınması gereklidir. Ancak burada önemle üzerinde durulması gereken bir yön, BK.nun 321/11. maddesinde öngörülen hükmün eser sözleşmesine uygulanıp uygulanamayacağıdır. Doktrinde de oybirliği ile kabul edilen fikre göre işçinin genel bilgi derecesi ve mesleki bilgisi ile kabiliyet ve nitelikler yüzünden işi gereken özenle yapamayacağını işverenin bildiği ya da bilmesi gerektiği durumlarda işçide aranacak özen derecesinde bir hafifletme yapılmasını emreden BK.nun 321/11. maddesi hükmü, eser sözleşmesinde uygulama yeri bulamaz (K. Tunçomağ-age- 508. vd.). Bu görüşün yasal dayanağı şudur. Eser sözleşmesinde müteahhit yani ismarlanan kural olarak bir ihtisas sahibi olmasına karşın, iş sahibi yani ismarlayan bu konuda özel bilgi sahibi değildir ve üstelik müteahhidin işçi derecesinde iş sahibinin talimatlarına uyma borcu da yoktur. Diğer bir deyimle eser sözleşmesinde taraflar arasında bir tabiiyet ilişkisi (müstaahdem istihdam ilişkisi) de yoktur. Bu yüzden, yeter bilgisi olmadan bir işi üzerine alan ve bilgisi olanlara da başvurmayan müteahhit, kusurlu sayılmalıdır. O halde müteahhit durumunda olan davacıların desteklerinin, bir akar yakıt kazanını tamir ederken, özellikle onu onarıırken, içinde buharlaşmaya müsait akar yakıt artıkları bulunduğunu ve oksijen kaynağı ile yapılan tamirat sırasında bu artıkların buharlaşip genişleyeceğini ve kazanı patlatacağını düşünüp bununla ilgili tüm önlemleri kendiliğinden alması veya bu işi yetenekli müteahhisslar nezaretinde yapması gerekirdi. Çünkü, bu konuda gerekli emniyet önlemlerini almak görev ve ödevi tamamen müteahhide ait bir borçtur. Müteahhidin eseri özenle yerine getirme borcu, kendisine emniyet edilmiş, örneğin onarması veya düzeltmesi için bırakılmış eşyayı özenle kullanma ve koruma borcunu da içine alır; nitekim bu yön BK.nun 357/11. maddesinde açıkça dile getirilmiştir. Müteahhidin onarım işini iş sahibinin nezdinde yapmış olması halli, sonuca asla etkili değildir. Yine yukarıda anılan kurallar, gerek müteahhidin ve gerekse iş sahibinin zararının söz konusu olduğu hallerde de istisnasız uygulanır. Bundan başka, davacılar; davalı Ömer'in hiç bir önlem alınmadan ve desteklerinin açık olarak karşı koymasına rağmen kazanın iç temizlenmeden tamir edilmesi konusunda desteklerine ısrarla emir ve talimat verdiğini de iddia ve ispat edemediklerine göre, olayda BK.nun 361. maddesi hükmünün uygulanması olanağı da mevcut değildir." (Legalbank)

<sup>92</sup> **Yavuz/Acar/Özen**, *Özel Hükümler*, s.1004; **Seçer**, *Tam Tazminatla Fesih*, s.374; **Avcı**, "Sadakat ve Özen Borcu", s.378.

<sup>93</sup> **Öz**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.139; **Yalçınduran**, *Alt İstisna*, s.65.

dirmek ve almış olduğu işe uygun olup olmadığını takdir etmekle yükümlü olup; yerine getiremeyeceği işi almakla başlı başına kusurlu sayılacaktır<sup>94</sup>. Zira iş hacmi küçük, ekonomik gücü sınırlı, büyük işlerin altından kalkması mümkün olmayan yüklenicinin, bir baraj veya boru hattı ya da tünel yapım inşaatını üstlenmekten kaçınması gerekmektedir<sup>95</sup>.

Yüklenicinin, inşaatın meydana getirilmesine engel olabilecek hukukî ve fiilî engellerin olup olmadığını araştırması gerekmektedir<sup>96</sup>. Yüklenicinin talep edilen yapının meydana getirilmesi için gerekli ön şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini de araştırması gerekmektedir<sup>97</sup>. Zira yüklenicinin kendisinden meydana getirilmesi talep edilen bir yapının veya bir makinenin, daha önceden hazırlanmış olan ve esas alınması istenilen plan, proje, kroki veya taslakların, meydana getirilecek yapının tahsis edilecek amaca uygunluğu ile kullanılması kararlaştırılan malzemenin, istenilen nitelikte bir yapının meydana getirilmesi için yeterli olup olmadığını araştırması gerekmektedir<sup>98</sup>.

İnşaatın kapsamının iş sahibi tarafından eksik olarak belirlenmiş olduğu bir durumda, yüklenicinin işi alırken eksiklikleri iş sahibine bildirmesi ve teklifi buna göre yapması gerekmektedir<sup>99</sup>. Ayrıca inşaat sözleşmesi gereği, malzeme ve araç, iş sahibi tarafından karşılanacak ise, yüklenici daha işi üstlenirken ne kadar malzeme ve araç kullanılması gerektiğini de doğru biçimde hesap etmesi gerekmektedir<sup>100</sup>. Zira yüklenici meydana getirilecek olan inşaat için ne kadar malzemeye ihtiyacı olduğunu işe başlarken doğru hesap etmesi ve iş sahibine doğru bir hesap çıkarması, işin maliyeti ve kendisinin ücreti hakkında bilgilendirmesi gerekmektedir<sup>101</sup>.

Yüklenicinin inşaatı meydana getirirken iş sahibinin hukuk tarafından korunan haklarını, özellikle yaşama hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi ifa konusu dışında kalan şahısvarlığı ve malvarlığı değerlerini tehlikeye sokacak, bunları ihlal edecek her türlü davranıştan kaçınmak ve gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür<sup>102</sup>. Zira yüklenici, binanın tuğlalarını örmesi sırasında, sıva yaparken, kiremit döşerken vb. durumlarda iş sahibinin veya o sırada oradan geçmekte olan kişilerin vücut bütünlüklerini ihlal edecek davranışlardan kaçınması gerekmektedir<sup>103</sup>.

<sup>94</sup> Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s.139; *Yalçınduran, Alt İstisna*, s.65.

<sup>95</sup> *Zevkililer/Gökyayla, Özel Borç İlişkileri*, s.527; *Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu"*, s.791.

<sup>96</sup> *Tandoğan, Özel Borç İlişkileri*, s.56; *Zevkililer/Gökyayla, Özel Borç İlişkileri*, s.528; *Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu"*, s.791.

<sup>97</sup> *Tandoğan, Özel Borç İlişkileri*, s.56; *Dayınlarlı, Temerrüt*, s.40.

<sup>98</sup> *Tandoğan, Özel Borç İlişkileri*, s.56; *Zevkililer/Gökyayla, Özel Borç İlişkileri*, s.528; *Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu"*, s.791.

<sup>99</sup> *Seliçi, Sorumluluk*, s.12.

<sup>100</sup> *Zevkililer/Gökyayla, Özel Borç İlişkileri*, s.528; *Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu"*, s.791.

<sup>101</sup> *Zevkililer/Gökyayla, Özel Borç İlişkileri*, s.528; *Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu"*, s.791.

<sup>102</sup> *Eren, "Sona Erme"*, s.76; *Aral/Ayrancı, Özel Borç İlişkileri*, s.395; *Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi*, s.99; *Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu"*, s.381.

<sup>103</sup> *Kocaağa, İnşaat Sözleşmesi*, s.99.

İnşaataın meydana getirildiği şantiye alanının güvenliğinden ve önleyici tedbirlerin alınmasından yüklenicinin sorumluluğu bulunmaktadır<sup>104</sup>. Aynı şekilde yüklenici ifaya yardımcı olan kişiler de koruma tedbirlerini almakla yükümlü olup; yüklenici, inşaataın yapımını bitirdikten sonra bunu iş sahibine teslim edinceye kadar korumakla yükümlüdür<sup>105</sup>.

<sup>104</sup> **Seliçi**, *Sorumluluk*, s.26; Yargıtay 15. HD'nin 11.03.2008 tarih 2007/4780 E. 2008/1576 K., "Mahkemece hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda, tarafların kusurları ve davalıların sorumlu oldukları tazminat miktarı İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatı hükümleri dikkate alınarak tespit edilmiştir. Oysa taraflar arasındaki hukuki ilişki hizmet sözleşmesi olmayıp, bir eser sözleşmesidir. Bu nedenle somut olaya uygulanması gereken hükümler BK.nun eser sözleşmesine ilişkin olan 355 ve devamı maddeleri ile BK.nun genel hükümleridir. Yüklenici, üstlendiği iş konusunda uzman olup, iş sahibine karşı bağımsızdır. İş sahibinden işin nasıl yapılacağı konusunda talimat almaz, talimat olsa bile bu talimat sadece iş sahibinin istediği sonucun (eserin) nasıl olması gerektiği hususundadır. Eser sözleşmesinin konusu olan "her çeşit imal veya inşa" Türk Ticaret Kanunu'nun 12/III. maddesi uyarınca ticari bir iş olduğundan yüklenici, basiretli bir tacir gibi davranmak, gereken özeni göstermek ve gereken güvenliği kendisi sağlamak durumundadır. Yüklenici işin ifası sırasında yanında işçi çalıştırıyorsa, çalıştırdığı işçiyile aralarındaki hizmet akdine ilişkin olarak işçisine karşı işveren durumunda olup, çalıştığı yerin ve çalıştırdığı işçilerin güvenliğinden ve güvenliğin nasıl sağlanması gerektiğinden İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatına göre sorumludur. İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatının gerektirdiği bir önlemin alınmamasından dolayı hizmet akdinde işveren sorumlu ise de, eser sözleşmesinin tarafı olan iş sahibi bu mevzuata göre sorumlu tutulamaz. Ancak iş sahibinin bunun dışında kusuru varsa ondan sorumlu olur. Dava konusu olayla ilgili olarak bu davadaki davalılar hakkında ceza davası açıldığı ve mahkumiyet kararı verildiği anlaşılmakta ise de, verilen kararın kesinleştiği hususunda dosyada bir belge veya bilgi bulunmamaktadır. BK.nun 53. maddesi hükmü gereğince, ceza mahkemesinin belirlediği kusur oranı ve beraat kararı ile hukuk hâkimi bağlı değilse de, ceza mahkemesince verilen mahkumiyet kararı, eylemin haksızlığını değerlendirmede hukuk hâkimini bağlar. Eldeki davada BK.nun 355 ve devamı maddelerine göre alınacak raporda davalılara kusur izafe edilmese dahi, kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile davalıların eylemlerinin haksız eylem olarak kabul edilip hukuka aykırılığın varlığının tesbit edilmiş olması dikkate alınarak tarafından durumlarına göre davacılar yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. Bu nedenle açılan ceza davasının sonucu araştırılmalı, yukarıda açıklanan hukuki durum da değerlendirilerek bu konuda uzman bilirkişiden alınacak rapor doğrultusunda dava sonuçlandırılmalıdır. Olayın değerlendirilmesinde yanılığya düşölerek hazırlanmış rapora göre karar verilmiş olması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir." (Legalbank)

<sup>105</sup> **Eren**, "*Sona Erme*", s.76; **Kocaağa**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.99; Yargıtay 15. HD'nin 25.09.2014 tarih 2014/4182 E. 2014/5491 K., "Yukarıdaki açıklamalar ışığında, davalı R. K.'nın şartname-leri davalı kooperatif başkanı sıfatıyla imzaladığı, şahsi sorumluluğuna dair ayrıca düzenleme bulunmadığı anlaşıldığından bu davalı, hakkındaki davanın reddi doğrudur. Davacı ile davalı ... A. Tarımsal Kalkınma Kooperatifi arasında ise, kesim, sürükleme ve taşımaya ilişkin eser sözleşmesi bulunmaktadır. Eser sözleşmelerinde yüklenicilerin iş sahibine karşı sadakat ve özen yükümlülükleri vardır. Yükleniciler, sözleşme konusu işlerin ifası sırasında iş sahibinin yararına hareket etmek, işin gerektirdiği her türlü önlemi almak zorundadır. Sadakat ve özen borcunun sonucu olarak yükleniciler üçüncü kişilerin haksız eylemleri ve taşeronların sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle verilen zarardan iş sahibine karşı sorumludurlar. Açıklanan nedenle davalı kooperatif hakkında açılan davanın esasını incelenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru olmamıştır. Diğer yandan Orman Genel Müdürlüğü 5018 Sayılı Kanuna göre genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinden olmadığından Harçlar Kanunu'nun 13/j maddesi uyarınca yargı harçlarından muaf değildir. 3234 sayılı Orman Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin Değerştirilerek Kabulü Hakkındaki Kanunda da harç muafiyeti ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Kararda davacı Orman Genel Müdürlüğü'nün yargı harçlarından muaf olduğunun belirtilmesi de yasaya aykırı olmuştur. Açıklanan nedenlerle kararın bozulması gerekmiştir." (Legalbank)

Yüklenicinin inşaatı meydana getirmesi sırasında komşu arsaya veya binalara zarar vermemesi gerekmektedir<sup>106</sup>. Uygulamada özellikle arsanın kazılması sırasında arsaya veya binalara zarar verilmektedir<sup>107</sup>. Yüklenici inşaatı meydana getirirken komşu arsaya yığıldığı molozlar veya komşu binaya vermiş olduğu zarar sonucunda işsahibi taşınmaz maliki sıfatıyla veya komşuluk hukuğu uyarınca bu kişilere tazminat ödemek zorunda kalmışsa, yüklenici özen borcuna aykırı davranması sebebiyle bu zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır<sup>108</sup>.

Yüklenicinin inşaatı meydana getirirken henüz denenmemiş bir teknik kullanması, özen borcunun mutlak olarak ihlal edildiği anlamını taşımamaktadır<sup>109</sup>. Özellikle işsahibine danışarak ve işsahibinin onayını alarak yeni bir teknik denemesi durumunda, yüklenicinin özen borcuna aykırı davrandığından söz edileme-

<sup>106</sup> **Duman**, *İnşaat Hukuku*, s.209; Yargıtay 15. HD'nin 21.04.2015 tarih 2014/3646 E. 2015/2097 K., "Davacı yüklenici davasında davalı ile aralarında düzenlenen 13.12.2011 tarihli sözleşme ile davalıya ait 2 bodrum kat, zemin ve 8 normal kattan oluşan mevcut binanın yıkımı işini 105.000,00 TL + KDV bedelle üstlendiğini ayrıca yıkılan binadan çıkacak demir ve benzeri malzemenin de kendisine ait olmasının kararlaştırıldığını, yıkım işini zemin giriş kata kadar yaptığını, ancak davalının bu aşamadan sonra yıkımın bitişik binaya zarar verdiği gerekçesi ile vazgeçtiğini, yıkılan kısım için ödenmesi gereken bakiye 11.000,00 TL ile yıkılamayan kısım için 29.000,00 TL'nin de kendisine ödenmesi gerektiğini, böylece toplam alacağına 40.000,00 TL + KDV olduğunu, ayrıca yıkılmayan kısımdan elde edilmesi gereken demir ve enkaz malzemesinden de mahrum kaldığını belirterek çıkarılmayan enkaz ve demir için fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 500,00 TL, ödenmeyen alacak için 40.000,00 TL + KDV'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Mahkemece sözleşmenin davalılar tarafından haksız olarak feshedildiği, fesihten sonra tarafların aralarında düzenledikleri hakediş ve ödeme tutanağı ile belirlenen 11.000,00 TL ile 500,00 TL'lik kâr mahrumiyeti taleplerinin kabulüne karar verilmiştir. Taraflar arasındaki akdi ilişki sözleşme tarihi itibarıyla uygulanması gereken 818 sayılı Borçlar Yasasının 355. ve devam eden maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Aynı Yasa'nın 357. maddesi hükmüne göre yüklenici eseri iş sahibinin yararına ve ona hiçbir zarar vermeden yapmak zorundadır. Eserin yapılmasını tehlikeye koyacak halin varlığında, bunların giderilmesi için iş sahibini uyararak yüklenicinin özen borcunun sonucudur. Özen borcunun yerine getirilmemesi halinde yüklenici eserde oluşacak gizli ve açık kusurlardan sorumlu olur. Yüklenici eseri meydana getirirken özen borcu gereği iş sahibini bilgilendirmekle yükümlü olduğu gibi iş sahibinin verdiği malzemenin, projenin veya gösterdiği iş yerinin kusurlu olduğunu görünce, ya da işin devamına engel bir durum ile karşılaşırca derhal iş sahibini uyararak ve bilgilendirmek ile yükümlüdür. Bu genel kurala uygun olarak taraflar arasında düzenlenen 13.12.2011 tarihli sözleşmenin 5.2. maddesinde de yıkım esnasında komşu parsellerdeki binalar ve çevreye verilebilecek tüm zararlardan yüklenicinin sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Yargılama sırasında davalı taraf savunmasında yıkım işi sırasında yandaki binada yıkım tehlikesi oluştuğunu iddia etmiş, davacı taraf ise 04.09.2012 tarihli duruşma sırasındaki beyanında ve 07.06.2012 tarihli dilekçesinde yıkım tehlikesinin öngörülemez bir durum olduğunu açıklamış bu konuda davalıyı uyardığına ilişkin bir delil sunmamıştır. Bu durumda yukarıda açıklanan genel kural ve buna uygun olarak düzenlenen sözleşme hükmü dikkate alındığında yüklenicinin yandaki binada oluşan yıkım tehlikesi konusunda özen borcunu yerine getirmediğinden davalının sözleşmenin feshinde haksız olduğunun kabulü mümkün değildir. Bunun sonucu olarak mahkemece davacının kar mahrumiyeti kapsamında talep ettiği 500,00 TL'lik kısım ile ilgili olarak davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru olmamış bozulması gerekmiştir." (Legalbank)

<sup>107</sup> **Gökyayla**, "Sadakat ve Özen Borcu", s.793.

<sup>108</sup> **Öz**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.137.

<sup>109</sup> **Zevkiiler/Gökyayla**, *Özel Borç İlişkileri*, s.529; **Gökyayla**, "Sadakat ve Özen Borcu", s.792.

yecektir. Ancak iş sahibinin izninin alınmaksızın yeni tekniklerin denenmesi özen borcuna aykırılık teşkil edecektir<sup>110</sup>.

## B. Yüklenicinin Özen Borcuna Aykırı Davranmasının Sonuçları

### 1. İş sahibinin Tazminat Talebi

Yüklenici, özen borcunu ihlal etmesi durumunda TBK m.112 vd. hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır<sup>111</sup>. Yüklenici, ancak özen borcunun ihlalinde herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>112</sup>.

Özen borcuna aykırı davranış, genel olarak yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerin ihlali biçiminde kendisini göstermektedir<sup>113</sup>. Zira inşaatın veya inşaatın yapımında kullanılan malzemelerin iyi saklanamaması, eğer işin niteliğinden kaynaklanıyorsa veya taraflarca kararlaştırılmışsa sigorta yaptırılmaması, alt yüklenici veya yükleniciye yardımcı kişilerin yeterince denetlenmemesi, iş sahibinin yeterince bilgilendirilmemesi gibi yan yükümlülüklerin veya koruma

<sup>110</sup> Zevkliler/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.529; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.792.

<sup>111</sup> Aral/Ayrancı, *Özel Borç İlişkileri*, s.395; Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.60; Zevkliler/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.533; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.798; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.101; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.376; Büyükkay, *Eser Sözleşmesi*, s.152; Gümüşsoy Karakurt, *Borca Aykırılık*, s.97; Yakuppur, *Teslim Borcu*, s.42; Yalçınduran, *Alt İstisna*, s.67; Avcı, "Sadakat ve Özen Borcu", s.369.

<sup>112</sup> Selici, *Sorumluluk*, s.110; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.376; Gümüşsoy Karakurt, *Borca Aykırılık*, s.97; Yargıtay HGK 12.10.1994 tarih 1994/15-265 E. 1994/600 K., "Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle; davacıya ait kürkün onarım için davalıya, davalı tarafından da işin yapılması için aynı pasajda bulunan dükkan komşusuna teslim edildiği, ancak yağmur sularının dükkana dolması sonucu kürkün bir daha kullanılmayacak hale gelip ekonomik değerini kaybettiği hususunda yanlar arasında çekişme ve yerel mahkemeye Özel Daire arasında da görüş ayrılığı yoktur. Belirtmek gerekir ki, iş sahibinin zarar gördüğü hallerde yüklenicinin sorumluluğu, BK.nun 356/ilk maddesinden kaynaklanır. Anılan madde hükmüne göre yüklenicinin sorumluluğu aynı Kanunun 321. maddesinde belirtilen işçinin hizmet aktindeki sorumluluğu gibidir. Öğreti ve uygulamada yüklenicinin tacir olduğu haller bir yana, iş sahibine nazaran bağımsız çalışması, işin ehli olması da göz önünde bulundurularak sorumluluğu hizmet aktine dayalı olarak çalışan işçiye nazaran daha ağır kabul edilmektedir. İş sahibinin zarara uğramasına neden, olmaktan kaçınması yüklenicinin "özen borcu" gereğidir. Özen borcu BK.nun 96. maddesinde yerini bulan sorumluluğun özel şeklidir. Yasakoyucu istisna akdinde sorumluluğu akdın sonucuna bırakmamış, özel hüküm getirmiş olmakla özen borcuna ne denli önem verildiğini göstermiştir. Bu itibarla aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını ve miktarını ispatlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti ise yükleniciye aittir. Olayda, yüklenici işi bizzat yapmaya zorunlu olmadığı için, kürkü dava dışı kimseye tevdi etmiş olması, iş sahibine karşı akitten doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Mücbir sebep genel olarak sezilemeyen ve karşı konulamayan bir olgudur. Somut olayda ise kürkün ıslanması, meydana gelen olağanüstü bir tabiat olayı sonucu doğmuş sayılamaz. Dükkanın yağmur sularına karşı önleminin alınmış olması aslolandır. Bu nedenlerle kaçınılmazlıktan söz edilemez. Hal böyle olunca davacı zararının giderilmesinden davalının sorumlu olduğunun kabulüyle, zarar miktarına hükmedilmesi gerektiğine işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca aynen benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması yerine önceki kararda direnilmesi doğru değildir. O halde, usul ve yasaya aykırı olan direnme kararının bozulması gerekir." (Legalbank)

<sup>113</sup> Zevkliler/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.533.

yükümlülüklerinin ihlali durumunda, iş sahibinin tazminat talebi ortaya çıkabilecektir<sup>114</sup>.

İnşaatin tamamlanması ve iş sahibine teslim edilmesinden sonra inşaattaki ayıplardan dolayı yüklenicinin sorumluluğu, TBK m.474-478 uyarınca ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine tabi olacaktır<sup>115</sup>. Bu durumda ayıbın özen yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı bir önem taşımamaktadır. Zira burada yüklenicinin genel nitelikteki özen yükümlülüğünün ihlalinden doğan sorumluluğu, özel nitelikteki ayıp sorumluluğu içerisinde erimiştir<sup>116</sup>. Ancak ayıptan doğan zararlardan sorumluluk bakımından özen yükümlülüğü önem taşımaktadır. Bu durumda yüklenicinin kusuru, onun özen yükümlülüğüne aykırı davranışından çıkartılacaktır<sup>117</sup>.

Yüklenicinin özen yükümlülüğüne aykırı davranışından zarar görenin sözleşmeye dayanan tazminat alacağı haksız fiilden doğan tazminat alacağıyla yarışabilecektir<sup>118</sup>. Yüklenici akdi özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sebebiyle iş sahibinin ölümüne sebebiyet verirse, iş sahibinin desteğinden yoksun kalanların tazminat alacağı TBK. m.114/2 uyarınca akdi sorumluluk hükümlerine tabi kılınması gerekmektedir<sup>119</sup>.

İşin yapılmasında gerekli özeni göstermeyen yükleniciden tazminat talep edilmesi hâlinde, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı ile zararın bundan doğduğunu ve miktarını ispatlamak iş sahibine; işin yapımı aşamasında özen göstermede kusursuz bulunduğunu ispat etmek ise yükleniciye ait olacaktır<sup>120</sup>.

<sup>114</sup> Zevkliler/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.533.

<sup>115</sup> Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.102.

<sup>116</sup> Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.102.

<sup>117</sup> Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.102.

<sup>118</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.61.

<sup>119</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.61.

<sup>120</sup> Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.377; Yargıtay 15. HD'nin 20.03.2013 tarih 2012/1993 E. 2013/1868 K., "Eldeki asıl davada iş sahibi ayıp oranında iş bedelinden indirim talep etmiş, ayrıca zarar isteminde bulunmuştur. Davalı yüklenici ise, eserde ayıp bulunmadığını, nitekim doğalgaz boru hattında herhangi bir arıza meydana gelmediğini, davacının işyeri ruhsatını vermediği gibi projeye aykırı imalâtı olduğunu ve 2. kısım imalâtını güçlendirmek için yaptığı masrafları kendilerinden isteyemediğini savunmuştur. Gerçekten ... tarafından iş sahibi aleyhine açılan davada, potansiyel heyelan bölgesinden boru hattının geçirildiği, ... Ltd. Şti.'nin kusuru bulunmadığından tazminat isteminin reddine karar verilmiş, karar, temyiz incelemesinden geçerek kesinleşmiştir. Eldeki davada yüklenici, projenin tarafından hazırlandığı ve inşaa amacına uygun olduğunu, projenin hatalı ve yeterli olmamasından doğabilecek tüm sorumlulukları üstlendiğini, arazi şartlarından iş sahibi tarafından bilgilendirildiğini, sözleşmenin "Müteahhidin Edim ve Sorumlulukları" başlıklı 2.1. maddesinde kabul etmiştir. Eser sözleşmelerinde, iş sahibinin zarar gördüğü hallerde, yüklenicinin sorumluluğu, BK. 356/ilk maddesinden kaynaklanır. Anılan madde hükmüne göre yüklenicinin sorumluluğu, aynı Yasanın 321. maddesinde belirtilen, işçinin hizmet akdindeki sorumluluğu gibidir. 6098 sayılı Borçlar Yasasının 471. maddesinde yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğu, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranış ölçüsünü esas almak biçiminde düzenlenmiştir. İş sahibinin zarara uğramasından kaçınmak, yüklenicinin özen borcu gereğidir. Özen borcu, BK. 96.



Yüklenici, yardımcılarının veya işi devrettiği alt yüklenicinin verdiği zararlardan da TBK m.116 gereğince sorumlu olacaktır<sup>121</sup>.

Yüklenicinin imar kurallarına dikkat etmemesi özen yükümlülüğünün ihlali sayılacaktır. Yapı, imar kuralına aykırılıktan dolayı tamamlanamamış ve teslim edilmişse, ayıba karşı tekeffülden dolayı yükleniciye başvurmamak mümkün olmayacak; bununla birlikte yüklenici, özen borcunu ihlalden dolayı meydana gelen zararları tazmin etmekle yükümlü olacaktır<sup>122</sup>.

## 2. TBK m.473/2 Uyarınca İşsahibinin İşin Devamını Üçüncü Kişiye Yaptırma Hakkı

### a. Genel Olarak

TBK m.473/2, "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." hükmüne yer vermiştir. Madde hükmü uyarınca işsahibinin, yüklenici tarafından yerine getirmesi gereken bir

maddesindeki (TBK. 112. madde) sorumluluğunun özel biçimidir. Yasa koyucu, istisna akdinde sorumluluğu akdin sonucuna bırakmamış, özel hüküm getirmiş olmakla özen borcuna nedenli önem verdiğini göstermiştir. Bu itibarla, aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını ve miktarını ispatlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kasdı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti ise yükleniciye aittir. (HGK. 12.10.1994 gün ve 1994/15-265 E. 1994/600 K.). Somut olayda, tarafların kusur ve zararları konusunda bilirkişi incelemeleri yaptırılmış ise de alınan raporlar yukarıda değinilen genel hükümlere uygun incelemeyi içermediğinden hükme dayanak alınamaz. Zira iş sahibinin zararı yüklenicinin itirazlarına karşın, iş sahibinin dava dışı şahıslardan aldığı faturalar esas alınarak hesaplanmıştır. Mahkemece de bu ödemelerin iksa sisteminin tümüyle kullanılamaz olmasından kaynaklandığı kabul edilerek hükme varılmıştır. Oysa mahkemenin bu kabulü, eserin tümüyle reddedilmeyip ayıplı kısmın bedelinin indirilmesine dair davadaki talebe aykırıdır. O halde mahkemece yapılması gereken iş; HMK'nın 281/3. maddesi uyarınca, yeniden oluşturulacak uzman bilirkişi heyetiyle mahallinde keşif yapmak suretiyle iksa sistemindeki ayıbın, yüklenicinin fen ve tekniğine, projesine aykırı davranışından mı yoksa iş sahibinin 2. etabı güçlendirmek için proje dışında yaptığı imalâtın 1. kısım için toplam bedeli olan 283.300,00 USD + KDV bedel karşılığı 488.057,00 TL'den indirilerek hakettiği iş bedeli alacağı bulunmalı, bundan ihtilâfsız ödeme tutarı 461.865,00 TL de düşüldükten sonra, fazla ödeme var ise asıl davada, kalan alacak var ise birleşen davada hüküm altına alınmalıdır. Yüklenici ...A.Ş.'nin kesin teminata ilişkin birleşen davasına gelince; sözleşmenin 2.8. maddesinde alınan 40.000,00 USD tutarlı teminat mektubunun iş sahibi tarafından irad kaydedildiği anlaşılmaktadır. Sözleşmenin anılan maddesinde, irad kaydedilen teminat bedelinin yüklenici borcuna mahsup edilemeyeceği, dolayısıyla cezai şart niteliği bulunmadığından asıl davada alınacak bilirkişi raporuna göre yüklenicinin borçlu çıkması durumunda teminat bedelinin de borçlarına mahsubuna, kalan teminat bedelinin yükleniciye iadesine karar verilmelidir. Bu hususlar üzerinde durulmadan eksik incelemeyle, talep aşılarak verilen karar, usul ve yasaya aykırı olduğundan bozulmalıdır." (Legalbank)

<sup>121</sup> Aral/Ayrancı, *Özel Borç İlişkileri*, s.395; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.376; Gümüşsoy Karakurt, *Borca Aykırılık*, s.97.

<sup>122</sup> Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.377.

yükümlülüğün yerine getirilmemesi üzerine, işi başkasına yaptırma ve masrafları yükleniciden talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu hüküm uyarınca iş sahibi sözleşmede kararlaştırılan şekilde bir eseri elde etme ve sözleşmeyle hedeflediği menfaatlere sorunsuz bir şekilde kavuşma hakkına sahip olmaktadır<sup>123</sup>.

İş sahibinin yükleniciye uygun bir süre vermesi ve hasar ve masrafı kendisine ait olmak üzere ayıpların giderilmesini talep etmesi veya işin devamının üçüncü kişiye yapılacağı ihtarda bulunması gerekmektedir<sup>124</sup>. Yükleniciye süre verilmesinin amacı verilen bu süre içerisinde eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olarak bitirilmesini sağlamaktır. İş sahibi yükleniciye uygun bir süre verip ihtar da bulunmaksızın işin devamını üçüncü kişiye yaptırması durumunda masrafları yükleniciden talep edemeyecektir. Buna karşılık, yüklenicinin verilen süre içerisinde ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermesi hâlinde, işi sürdürme niyetini ortaya koymuş sayılacak ve iş sahibi tarafından TBK m.473/2 de yer alan haklarını kullanamayacaktır.

İşin üçüncü kişiye bırakılması hâlinde iş sahibi ile onun yerine işi yaptırılacak olan yüklenici arasında, iş sahibi ile ilk yüklenici arasındaki sözleşmeden bağımsız bir inşaat sözleşmesi meydana gelecektir<sup>125</sup>. İş sahibi, yükleniciye karşı sözleşmeden doğan tüm haklara sahip olacağı gibi ona karşı da ücret ödeme borcu altına girecektir. İş sahibi ile ilk yüklenici arasında ise bir tasfiye ilişkisi söz konusu olacak; ilk yüklenicinin inşaat sözleşmesinden doğan borcunun yerini işin üçüncü kişiye yaptırılmasının gerektiği masrafları ödeme borcu alacaktır.

#### b. TBK m.473/2 Hükümünün Sonuçları

TBK m.473/2 hükmünde belirtilen şartlar gerçekleştiğinde iş sahibi için işi başkasına yaptırma hakkı doğacaktır. İş sahibi işi mutlaka başkasına yaptırmak zorunda olmayıp; bu durumda işi başkasına yaptırmak yerine başka haklara da sahip olabilecektir. Buna karşılık iş sahibinin bu hakkı kullanmaya karar vermesi durumunda yalnızca işi başkasına yaptırabileceği gibi, inşaatın yapımına devam

<sup>123</sup> **Gündoğdu, Fatih:** *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı*, İstanbul 2019, s.109; **Hızır, Fatma:** "Türk Borçlar Kanunu MD. 473/II Kapsamında İş Sahibinin İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Y. 9, s.33, s.584; **Kocaağa,** "Özen Yükümü", s.180; **Gümüşsoy Karakurt,** *Borça Aykırılık*, s.212; Yargıtay 15. HD'nin 13.11.2015 tarih 2015/519 E. 2015/5751 K., "818 sayılı BK'nın 358/l. maddesinde yüklenicinin işe zamanında başlamaması ve sözleşme şartlarına aykırı olarak işi erteleme yahut sahibinin kusuru olmaksızın ortaya çıkan gecikme bütün tahminlere göre yüklenicinin işi zamanında bitirmesine imkan vermeyecek derecede olması halinde iş sahibinin teslim için tayin edilen zamanı beklemeksizin sözleşmeyi feshedebileceği düzenlenmiştir. Aynı maddenin II. fıkrasındaki düzenleme ise de imâl sırasında işin yüklenicinin kusuru sebebiyle ayıplı ve sözleşmeye aykırı yapılacağı kesinlikle anlaşılması halinde erken ayıplı eseri düzeltme hakkına ilişkindir. Bu fıkra da ayıp veya sözleşmeye aykırılıkların teslim gününden önce ortaya çıkması durumu düzenlenmektedir." (Legalbank)

<sup>124</sup> **Tandoğan,** *Özel Borç İlişkileri*, s.65; **Seliçi,** *Sorumluluk*, s.113; **Kocaağa,** "Özen Yükümü", s.187; **Hızır,** "Üçüncü Kişi", s.593; **Duman,** *İnşaat Hukuku*, s.336.

<sup>125</sup> **Kocaağa,** "Özen Yükümü", s.187.

edilmesi işini başkasına devredebilecektir<sup>126</sup>. İş sahibi şartların gerçekleşmesi durumunda önce hareketsiz kalıp, bu hakkını daha sonra da kullanabilme hakkına sahiptir<sup>127</sup>.

İş sahibi, inşaatın iyileştirilmesi veya tamamlanması işini üçüncü kişiye devrettiğinde bunun iki yönlü hukukî sonucu olacaktır. İlk olarak iş sahibi başka bir yüklenici ile geçerli bir eser sözleşmesi yaparak TBK m.473/2 uyarınca işi bir başkasına verebilecektir<sup>128</sup>. İş sahibinin yapacağı bu ikinci sözleşme ilkinden bağımsız, tarafları ve konusu ayrı bir sözleşmedir. İlk sözleşmeden doğan edim yükümlülüklerinin akıbeti, ikinci sözleşmenin kapsamına bağlı olacaktır. İş sahibinin yükleniciye karşı ileri sürebileceği ifa talebinin kapsamı, işin hangi kısmının üçüncü kişiye verildiğine göre değişiklik gösterecektir<sup>129</sup>. Yalnızca ayıbın giderilmesi işinin diğer yükleniciye verildiği durumlarda, iş sahibinin ilk yükleniciye karşı ileri süreceği inşaatı tamamlama borcunun ifası devam edecektir. Buna karşılık inşaatın tamamlanması işi üçüncü kişiye verildiğinde, artık ilk yüklenicinin inşaatı meydana getirme borcu sona erecek, iş sahibi ilk yükleniciden aynen ifayı talep edemeyecektir. Her iki durumda da işin üçüncü kişiye yaptırılmasından doğan masraflara ve bu sırada ortaya çıkan hasara yüklenici katlanacaktır.

Verilen süreye rağmen ayıp tehlikesinin giderilmemiş olması hâlinde iş sahibi TBK m.113'teki gibi işi başkasına yaptırabilecektir<sup>130</sup>. Üçüncü kişiye kural olarak işin geri kalan kısmının tamamı değil yalnız düzeltilecek kısım yaptırılacaktır. Fakat yüklenicinin geri kalan kısmı da ayıplı inşa edeceği tahmin edilebiliyorsa ve işin ihtilaf olmaksızın zamanında bitirilemeyeceği anlaşılıyorsa, işin tamamının başkasına yaptırılmasının mümkün olması gerekmektedir<sup>131</sup>.

BK m.473/2 hükmünde iş sahibi tarafından işin üçüncü kişiye nasıl yaptırılacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. İşin üçüncü kişiye yaptırılması, üçüncü kişi ile iş sahibi arasında bir inşaat sözleşmesinin akdedilmesi yoluyla gerçekleşecektir<sup>132</sup>. Sözleşmenin içeriğini ise ya önceki yüklenici tarafından yapımına başlanmış bir yapıdaki ayıbın giderilmesi veya tamamlanması oluşturacaktır. İş sahibi tarafından yalnızca mevcut durumun iyileştirilmesi işinin verildiği hâllerde, ikinci yüklenici yapıda ayıbı giderme çalışmaları yapacak, bu çalışma-

<sup>126</sup> Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.108; Gümüşsoy Karakurt, *Borca Aykırılık*, s.250; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s.205; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s.253; Avcı, Mehmet Özgür: "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, s.3, 2016, s.318.

<sup>127</sup> Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s.253.

<sup>128</sup> Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.108; Gümüşsoy Karakurt, *Borca Aykırılık*, s.250; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s.253.

<sup>129</sup> Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s.254.

<sup>130</sup> Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s.109; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s.219.

<sup>131</sup> Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri*, s.64; Kocaağa, "Özen Yükümü", s.191; Kurşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s.219.

<sup>132</sup> Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s.204; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma Hakkı*, s.257.

lar tamamlandıktan sonra inşaatı ilk yükleniciye teslim edecek, ilk yüklenici ise inşaatı yapmaya kaldığı yerden devam edecek ve tamamlayacaktır. Buna karşın işsahibi üçüncü kişiye inşaatın ayıbın giderilmesiyle birlikte inşaatın yapımına devam etme işini de vermişse, bu durumda artık yapıyı işsahibine vadesinde ikinci yüklenici teslim etmekle yükümlü olacaktır<sup>133</sup>.

İkinci yükleniciyle yapılan sözleşmede yükleniciye, ilk sözleşmenin kapsamı dışında kalan işler de verilmiş olabilecektir. Bu işler ikinci sözleşme çerçevesinde geçerli olmakla birlikte, ilk sözleşme bakımından göz önüne alınmayacaktır. Bu durumda ilk sözleşme kapsamı dışında kalan ve inşaatın ayıbın giderilmesi veya ilk sözleşmeye göre tamamlanması işiyle bağlantısı olmayan işlerin masrafı ilk yükleniciden talep edilemeyecektir<sup>134</sup>. İkinci yüklenicinin kendisine verilen işi yaparken, inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı yapılacağına açıkça anlaşılması hâlinde işsahibi, TBK m.473/2 hükmünde belirtilen duruma ikinci inşaat sözleşmesi bakımından da sahip olacaktır. Dolayısıyla bu durumda işsahibi ihtara rağmen ikinci yüklenicinin durumu düzeltmemesi hâlinde borcun ifasından vazgeçerek ikinci yükleniciye verdiği işi de bir başka yükleniciye yaptırabilecektir. Ancak böyle bir durumda, işin bir başkasına yaptırılması masraflarına, yapılan ilk inşaat sözleşmesindeki yüklenici katlanmak zorunda kalacaktır<sup>135</sup>. İkinci yüklenici, işsahibine ayıplı bir yapı teslim etmişse, bu durum sanki ilk yüklenici yapıyı ayıplı teslim etmiş gibi ele alınacak ve ilk yüklenici bu sefer bu ayıplar için TBK m.475'te sıralanan seçimlik haklarla karşı karşıya kalacaktır<sup>136</sup>. İkinci yüklenici yapıyı ayıplı olarak teslim ederse, ilk yüklenicinin yanı sıra ikinci yüklenici de bu ayıplardan sorumlu olacaktır. Buna göre işsahibi TBK m.475'teki hakları kural olarak her iki yükleniciye karşı da ileri sürebilecektir. Burada yükleniciler arasında müteselsil sorumluluk söz konusu olduğundan, işsahibi dilediği yükleniciye başvurabilecektir<sup>137</sup>. İkinci yüklenicinin ayıplı eser teslim etmesi durumunda işsahibi TBK m.475'ten doğan seçimlik haklardan ayıbın giderilmesi hakkını yalnızca ikinci yükleniciye karşı ileri sürebilecektir<sup>138</sup>.

İşin üçüncü kişiye yaptırılmasından doğan ücret, muhtemel tehlikelerden meydana gelecek zarardan ve kötü işin tevdi edilen kişi tarafından giderilemeyen sonuçlarından doğan sorumluluk yükleniciye ait olacaktır<sup>139</sup>. Yüklenicinin eser meydana getirme edimi, ikame ifanın masrafları ve gerektiğinde tazminat ödeme borcuna dönüşür. İş sahibinin ikinci yükleniciyle sözleşme yaptığı anda ilk yüklenicinin sorumluluğu doğacak ve iş sahibi yaptığı masrafları istemeye hak

<sup>133</sup> **Gündoğdu**, *İş Başkasına Yaptırma Hakkı*, s.258.

<sup>134</sup> **Gündoğdu**, *İş Başkasına Yaptırma Hakkı*, s.258.

<sup>135</sup> **Gündoğdu**, *İş Başkasına Yaptırma Hakkı*, s.261.

<sup>136</sup> **Gündoğdu**, *İş Başkasına Yaptırma Hakkı*, s.267.

<sup>137</sup> **Şenocak**, *Ayıbın Giderilmesi*, s.205.

<sup>138</sup> **Gündoğdu**, *İş Başkasına Yaptırma Hakkı*, s.268.

<sup>139</sup> **Hızır**, *"Üçüncü Kişi"*, s.597.

kazanacaktır<sup>140</sup>. Bunun dışında iş sahibi, üçüncü kişiye ödemiş olduğu tutarı da talep edebilecektir<sup>141</sup>. Bu bir tazminat talebi niteliğinde olmayıp; bilakis eserin tamamlanmasında, üçüncü kişinin kullanılmasından doğan bir alacak hakkıdır<sup>142</sup>.

İlk yüklenicinin sorumlu olduğu masraf miktarı, işin ikinci yükleniciye yaptırıldığı miktarla sınırlı olacaktır. İş sahibi en az maliyetli yükleniciyi seçmek zorunda olmadığı gibi işi en yüksek maliyetle yapan yükleniciyi tercih etme yetkisi de bulunmamaktadır<sup>143</sup>. İş sahibi, ikinci yükleniciyle daha masraflı ve lüks bir metot kararlaştırmışsa, bu masrafları ilk yükleniciden talep edemeyecektir. Burada önemli olan masrafların dürüstlük kuralına uygun yapılmış olmasıdır<sup>144</sup>.

İş sahibi, inşaattaki ayıbın giderilmesi veya tamamlanması işini mutlaka üçüncü bir kişiye yaptırmak zorunda değildir<sup>145</sup>. İş sahibi şartlar oluştuğunda ayıbı giderme veya tamamlama işini başka bir yükleniciye verebileceği gibi, bu işleri kendisi yürütebilecek ve bu durumda da hasar ve masraflar yine yükleniciye ait olacaktır<sup>146</sup>. Her ne kadar TBK m.473/2 hükmünde iş sahibinin işi kendisinin yapabileceği düzenlenmemiş olmakla birlikte, böyle bir durumda TBK m.113/1'in kıyasen uygulanması mümkündür.

<sup>140</sup> Kocaağa, "Özen Yükümü", s.193.

<sup>141</sup> Hızır, "Üçüncü Kişi", s.597.

<sup>142</sup> Yargıtay 15. HD'nin 12.12.2005 tarih 2005/7466 E. 2005/6769 K., "Asıl dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan bakiye iş bedelinin tahsili için, birleşen dava, eserin ayıplı imal edilmesi nedeniyle uğranılan zararın tahsili için yüklenici ve iş sahibi tarafından yapılan ilamsız icra takiplerine itiraz üzerine itirazın iptali istemlerine ilişkindir. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda yüklenicinin açtığı asıl davanın kabulüne, iş sahibinin açtığı birleşen davanın reddine ve kötüniyet tazminatı ile sorumlu tutulmasına dair verilen karar davalı ve birleşen dosya davacısı iş sahibi vekili tarafından temyiz edilmiştir. Uyuşmazlık, BK'nın 355. ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Eser sözleşmelerinde kural olarak yüklenicinin iş bedelinin tamamına hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve iş sahibinin ondan beklediği amacına uygun ve ayıpsız olarak yapıp teslim etmesi gerekir. Eserin eksik ve kusurlu yapılması nedeniyle iş sahibi eksik ve kusurlu işlerin başkasına yaptırılmasından dolayı alacak talebinde bulunabileceği gibi, eserin tamamen reddini gerektirmiyorsa iş bedelinin eksik ve kusurlu işlere ilişkin kısmını ödemekten kaçınabilir. Somut olayda, yanlar arasında düzenlenmiş yazılı eser sözleşmesi bulunmamakla birlikte, yüklenici tarafından hazırlanıp iş sahibine verilen 13.08.1999 tarihli teklif mektubu iş sahibi tarafından da uygun görülerek imzalanmış olduğundan yüklenicinin icabının iş sahibi tarafından kabul edilmiş olması nedeniyle akdi ilişkinin kurulduğu anlaşılmaktadır. Yüklenicinin teklif mektubunun ikinci sahifesinde yapılacak standın en az sekiz fuar kullanımına uygun olduğu garanti edilmiştir. Standın garanti edilen bu vasıflarına uygun olmaması, eksik ve kusurlu imal edilmiş olması halinde eser, sözleşme ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak yapılmış sayılamayacağından yüklenicinin iş bedelinin tamamına hak kazandığını kabul etmek mümkün olmayacaktır. Bu durumda, dava konusu fuar standının garanti edildiği gibi, sekiz fuar kullanımına uygun yapıp yapılmadığı, var olduğu belirlenen hasarların imalat hatası, kullanım hatası veya harici etkiler sonucu oluşup oluşmadığı iş sahibinin BK 360. maddesine göre bedelde indirim ve tazminat hakkı olup olmadığı ve miktarının bilirkişiler kurulundan alınacak ek raporla saptanarak sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Mahkemece, bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmaması kararın bozulması gerekmektedir." (Legalbank)

<sup>143</sup> Hızır, "Üçüncü Kişi", s.598.

<sup>144</sup> Gümüşsoy Karakurt, *Borca Aykırılık*, s.260; Hızır, "Üçüncü Kişi", s.598.

<sup>145</sup> Kocaağa, "Özen Yükümü", s.193; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s.191.

<sup>146</sup> Gündoğdu, *İş Başkasına Yaptırma Hakkı*, s.255.

İş sahibinin işi bizzat kendisi yapabilmesi için inşaattaki ayıbı giderecek veya tamamlayabilecek bilgi ve tecrübeye sahip olması gerekecektir. İnşaattaki ayıbı giderme veya tamamlama bakımından yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmadan bu işleri kendisi yapmaya kalkan iş sahibi hasar ve masraflara kendisi katlanmak zorunda kalabilecektir<sup>147</sup>.

İş sahibi, işin üçüncü kişiye yaptırılmasından doğacak masrafları karşılamak amacıyla, ilk yükleniciden avans isteyebilecektir<sup>148</sup>. İş sahibinin avans isteyebilmesi için sözleşme görüşmelerine başlanmış olması yeterlidir. Avans en erken, iş sahibinin ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın ilk yüklenici tarafından giderilmesinden vazgeçtiği anda talep edilebilecektir. Avans olarak istenecek miktar, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının muhtemel masraflarına bağlıdır. İlk yükleniciden alınacak bu avans, daha sonra onun ödeyeceği masraflardan indirilecektir. İş sahibinin avans isteyebilmesi için onun işi üçüncü kişiye yaptırma amacının bulunması gerekmekte olup; iş sahibinin böyle bir amacının bulunmadığını ispat yükü de ilk yükleniciye ait olacaktır<sup>149</sup>.

### c. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Yüklenicinin özen borcunun yerine getirilmesi sebebiyle eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde meydana getirileceğini tahmin edebilmesinin kesin olduğu durumlarda, yüklenicinin işi düzeltmesi veya sözleşmeye uygun hareket etmesi için verilen süre içerisinde gerekeni yapmaz veya yetersiz olacağı için hiç süre verilmezse, iş sahibinin işi başkasına yaptırmak yerine sözleşmeden dönme yoluna başvurulup başvurulmayacağı hususunda TBK m.473/2 de bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrin ve uygulamada<sup>150</sup>, bu durumda iş sahibinin, işi üçüncü

<sup>147</sup> **Gündoğdu**, *İş Başkasına Yaptırma Hakkı*, s.255.

<sup>148</sup> **Kocaağa**, "Özen Yükümü", s.194.

<sup>149</sup> **Kocaağa**, "Özen Yükümü", s.195.

<sup>150</sup> **Tandoğan**, *Özel Borç İlişkileri*, s.68; **Seliçi**, *Sorumluluk*, s.113; **Kocaağa**, *İnşaat Sözleşmesi*, s.114; **Kocaağa**, "Özen Yükümü", s.195; Yargıtay 15. HD'nin 30.05.1996 tarih 1996/1303 E. 1996/3035 K., "Taraflar arasındaki uyumsuzluk inşaat sözleşmesinden kaynaklanmış olup davalı iş sahibi, davacı yüklenicinin kusurlu inşaat yaptığını ileri sürerek, akdi feshetmiş; bu yüzden davacının açtığı dava, fesihte davalının kusurlu bulunduğu kabul edilerek, sözleşmenin 33. maddesindeki tazminat ile manevi tazminata hükmedilmek suretiyle sonuçlandırılmıştır. Yanlar arasındaki ihtilaf, inşaatın kötü yapımı, özellikle 20/60 yerine 20/50 ebadında giriş yapımından doğmuş, davalının yaptırdığı tesbitte bu durumun, projeye aykırı olup, düzeltilmesi gerektiği, aksi takdirde binanın statüğü açısından tehlike arzettiği anlaşılmış ve davacıya çekilen ihtarların da sonuçsuz kalması üzerine akit feshedilmiştir. Mahkemece, alınan bilirkişi raporunda da, durumun düzeltilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Kirişlerin 20/60 yerine 20/50 yapılacağı hakkında davalının muvafakatinin olduğu ispat edilemediği gibi, böyle bir halde dahi davacının inşaat için tehlike arzeden bu durumu davalıya bildirip, projeye uygun inşaat yapması, tedbirli bir yükleniciden beklenmesi gereken bir harekettir. O halde; davalı, BK'nun 106. maddesinin sağladığı sonuçlardan yararlanmak üzere, aynı yasanın 358/II. maddesi uyarınca akdi feshedebileceğine ve oluşa göre de, davacıya verilecek bir mihilden de sonuç alınamayacağını (BK. 107. md.) anlaşılmış bulunmasına göre davalı Kooperatifin fesihte haklı olduğunun kabulü gerekir. Bu sebeple, sözleşme kurallarına uymayan yüklenici bu koşula bağlı dönme cezasını isteyemez" (Legalbank)

kişiyi yaptırmak yerine, yükleniciye yeniden süre vermek zorunda kalmaksızın TBK m.125 hükmü içerisinde yer alan seçimlik haklardan birini kullanabileceği kabul edilmektedir. Bir başka ifadeyle yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması durumunda kendisine tanınan süre içerisinde ayıplı veya sözleşmeye aykırı inşaatın düzeltilemeyeceği anlaşılırsa işsahibi sözleşmeden dönebilecektir<sup>151</sup>. Zira işin zamanında tamamlanamayacağı kesinlik kazanmış ve işsahibinin sözleşmeden kaynaklanan menfaati ortadan kalkmıştır. Bu sebeple de işsahibinin işi üçüncü kişiye yaptırmasının zorunlu olduğunu savunmak sözleşmenin amacına uygun olmayacaktır<sup>152</sup>. Burada gerçekleştirilen dönme işlemi geçmişe etkili olarak sona erecektir.

## Sonuç

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin özen ve sadakat borcunun temelini TBK m.471 oluşturmaktadır. TBK m.471 hükmü uyarınca yüklenicinin işsahibi için bir yapı meydana getirmesi sırasında, işsahibinin haklı yararının veya çıkarının gözetmesi gerekmektedir. Yüklenicinin sadakat ve özen borcu TMK m.2 hükmü uyarınca düzenlenen dürüstlük kuralının bir uzantısı olup, Yargıtay kararları uyarınca da bu durumun ahde vefa ilkesinin bir gereğidir. Yüklenicinin üstlendiği işi, kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınarak yerine getirmesi gerektiğini ve tarafların kendilerine düşen yükümlülükleri objektif iyiniyet kuralları içinde yerine getirmeleri gerekmektedir.

Yüklenici, üstlenmiş olduğu inşaatın yapımında ve bunun işsahibine tesliminde benzer bir inşaatın yapımını üstlenen basiretli bir yükleniciden beklenen her türlü dikkat ve çabayı göstermek, bilim ve tekniğin temel kurallarını uygulamak zorundadır. Yüklenicinin özen borcu sadece sözleşmenin kuruluşu aşamasında değil, inşaatı meydana getirirken ve inşaatın meydana getirilmesinden sonra da devam edecektir.

Yüklenicinin inşaatı meydana getirirken işsahibinin hukuk tarafından korunan haklarını, özellikle yaşama hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi ifa konusu dışında kalan şahısvarlığı ve malvarlığı değerlerini tehlikeye sokacak, bunları ihlal edecek her türlü davranıştan kaçınmak ve gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Ayrıca yüklenicinin komşu arsa veya komşu binalara zarar vermekten de kaçınması gerekmektedir.

Yüklenicinin sadakat ve özen borcuna aykırı davranması durumunda, işsahibinin tazminat talebi, işin başka bir üçüncü kişiye yaptırılması ve sözleşmeden dönme hakları bulunmaktadır.

<sup>151</sup> Zevkililer/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.535; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.801.

<sup>152</sup> Zevkililer/Gökyayla, *Özel Borç İlişkileri*, s.535; Gökyayla, "Sadakat ve Özen Borcu", s.802.

**Kaynakça**

- Akansel, İsa:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Özen Borcu*, Ankara 2021.
- Akman, Galip Sermet:** *Sorumsuzluk Anlaşması*, İstanbul 1976.
- Altaş, Hüseyin:** *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, Ankara 2002.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 14. Bası, Ankara 2021.
- Aral, Fahrettin:** *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, Ankara 2011.
- Atamulu, İsmail:** *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Ankara 2014.
- Avcı, Ali:** "Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, S. 119.
- Avcı, Mehmet Özgür:** "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016.
- Ayan, Serkan:** *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Ankara 2008.
- Aydemir, Efrail:** *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, Ankara 2012.
- Başalp, Nilgün:** *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, İstanbul 2011.
- Başpınar, Veysel:** *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Bası, Ankara 2004.
- Baygın, Cem:** *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*, İstanbul 1999.
- Bedir, Cemre:** "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Özen ve Sadakat Borcu", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 89, S. 3, 2015.
- Büyükkay, Yusuf:** *Eser Sözleşmesi*, 3. Bası, Ankara 2019.
- Çetintepe, Ece:** *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Feshi ve Sonuçları*, Ankara 2020.
- Dayınlarlı, Kemal:** *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İşsahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları*, 4. Bası, Ankara 2008.
- Duman, İlker Hasan:** *İnşaat Hukuku*, 9. Bası, Ankara 2018.
- Duman, İlker Hasan:** *İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kuralı*, 3. Bası, Ankara 2016.
- Enli, İsa:** *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü*, Ankara 2017.
- Eren, Fikret:** "İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer", *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, 3. Bası, 2010.
- Eren, Fikret:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 8. Bası, Ankara 2020.
- Ergezen, Muaz:** *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*, Ankara 2007.
- Erman, Hasan:** *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 2. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2007.
- Gökyayla, Emre:** "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu", *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1, S. 1, Ocak 2002.



- Gökyayla, Emre:** *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, İstanbul 2009.
- Gönen, Doruk:** *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, İstanbul 2016.
- Güleç, Şafak:** *Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi*, Ankara 2009.
- Gümüş, Mustafa Alper:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 2, İstanbul 2012.
- Gümüşsoy Karakurt, Güler:** *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, İstanbul 2017.
- Gündoğdu, Fatih:** *Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı*, İstanbul 2019.
- Hızır, Fatma:** "Türk Borçlar Kanunu MD. 473/II Kapsamında İşsahibinin İşin Devamını Üçüncü Kişiye Verme Hakkı", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Y. 9, S. 33.
- Kaplan, İbrahim:** *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, Ankara 2019.
- Karabağ Bulut, Nil:** "Sorumsuzluk Anlaşmaları ve Sonuçları", *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, C. 1, İstanbul 2009.
- Karaduman, Ece:** *Kentsel Dönüşüm Mevzuatı Çerçevesinde İnşaat Sözleşmesi*, Ankara 2021.
- Karataş, İzzet:** *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, 4. Bası, Ankara 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Bası, Ankara 2021.
- Kırmızı, Mustafa:** *Açıklamalı-İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığın İnşaat Sözleşmesi*, Ankara 2018.
- Kocaağa, Köksal:** "Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İşsahibinin BK. m.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 6, S. 1, 2004.
- Kocaağa, Köksal:** *İnşaat Sözleşmesi*, Ankara 2014.
- Kurşat, Zekeriya:** *İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul 2017.
- Kurt, Leyla Müjde:** *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, Ankara 2012.
- Öz, Turgut:** *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 4. Bası, İstanbul 2021.
- Öz, Turgut:** *İşsahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, 2. Bası, Ocak 2021.
- Seçer, Öz:** "İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, 2016.
- Seçer, Öz:** *Eser Sözleşmesinin İşsahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi*, 2. Bası, Ankara 2020.
- Seliçi, Özer:** *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul, 1978.
- Selimoğlu, Yaşar Engin:** *Eser Sözleşmesi*, 5. Bası, Ankara 2021.
- Şenocak, Zarife:** *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara 2002.
- Tandoğan, Haluk:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, İstanbul 2010.
- Taşatan, Caner:** "Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Özen Borcunun Ölçüsü", *Sorumluluk Hukuku*, (Ed. Başak Baysal), 2017.

**Tiryaki, Betül:** "Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 3-4, 2008.

**Ürem, Müge:** *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, İstanbul 2017.

**Yakuppur, Sendi:** *Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları*, İstanbul 2009.

**Yalçınduran, Türker:** *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmesi*, Ankara 2000.

**Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak:** *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 10. Bası, İstanbul 2014.

**Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Kadir Emre:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. Bası, İstanbul 2020.

