

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

Orhan Hudatlı

Ankara- 2016

T.C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hasan İşgüzar

Orhan Hudatlı

Ankara- 2016

İÇİNDEKİLER

KAYNAKÇA.....	i
KISALTMALAR.....	v
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI, BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI, UYGULAMADAKİ ÖRNEKLERİ VE ÖZELLİKLE FİDİC TİP SÖZLEŞMELERİ.....	3
§1. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI VE BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI.....	3
I. Eser sözleşmesinin tanımı.....	3
A. Genel olarak sözleşme.....	3
B. Eserin tanımı.....	7
II. Eser sözleşmesinin hukuki niteliği.....	11
III. Eser sözleşmesinin unsurları.....	17
A. Bir eseri meydana getirme.....	17
B. Ücret vaadi.....	19
C. Taraflar arasında anlaşma.....	21
IV. Eser sözleşmesinin benzer sözleşmelerden farkı.....	23
A. Hizmet sözleşmesinden farkı.....	23
B. Vekalet sözleşmesinden farkı.....	24
C. Satım sözleşmesinden farkı.....	25
D. Yayım sözleşmesinden farkı.....	26
V. Joint venture.....	27
§2. FİDİC TİP SÖZLEŞMELERİ.....	30
I. FİDİC'in tanımı.....	30
II. FİDİC kapsamında inşaat işleri için sözleşme şartları.....	32
III. FİDİC şartnamelerinin öngördükleri inşaat sözleşmeleri biçimi.....	34

IV. FİDİC Genel İdari Şartnamesinin Uygulamada Sık Başvurulan Maddeleri Hakkında Açıklamalar (Denetim ve Kabul).....	36
--	----

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI.....	38
--	-----------

§3. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI.....	38
---------------------------------------	-----------

I. Yüklenicinin eseri teslim ve imal borcu.....	38
II. Yüklenicinin işi bizzat kendisinin yapma borcu.....	41
III. Yüklenicinin işi bizzat yapma borcunun istisnaları (Alt müteahhit sözleşmesi).....	43
IV. Yüklenicinin işe zamanında başlama borcu ve devam etme borcu.....	46
V. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu.....	47
A. Maddi ayıp - Hukuki ayıp.....	48
B. Açık ayıp - Gizli ayıp.....	48
C. Tam önemli ayıp - Daha az önemli ayıp.....	48
D. Asli (birincil) ayıp - Tali (ikincil) ayıp.....	49
VI. Yüklenicinin sadakat ve özen borcu.....	49
A. Sadakat borcu.....	49
B. Özen borcu.....	50
VII. Yüklenicinin eserin imalinde kullanılan malzemeye ilişkin borcu.....	50

§4. İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI.....	51
---------------------------------------	-----------

I. Ücret ödeme borcu.....	51
II. Götürü ücreti.....	53

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİ AÇISINDAN TEMERRÜDÜN SONUÇLARI..... 55

§5. TEMERRÜDÜN ŞARTLARI..... 55

I. Genel anlamda eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü..... 55

A. Yüklenicinin temerrüt süresince meydana gelen beklenmeyen hallerden sorumluluğu..... 61

B. Eserin meydana getirilmesinin tamamen imkansız hale geldiği durumlar..... 62

C. Eserin meydana getirilmesinin kısmen imkansız hale geldiği durumlar..... 63

D. Eserin yeniden meydana getirilmesinin mümkün olduğu durum..... 64

II. Kurtuluş kanıtı..... 65

§6. TBK 473/1'e GÖRE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ..... 66

I. Teslim borcunun muaccel olması..... 68

II. Teslim vadesi..... 69

III. Teslim vadesinde sonradan meydana gelen değişiklikler..... 73

IV. Temerrüde engel olan durum (İfa imkansızlığı)..... 74

V. Yüklenicinin eseri teslim borcunu ifa etmemiş olması

(Ayıplı ifa)..... 76

A. Ayıp sayılan durumlar..... 76

1. Sözleşmede kararlaştırılmış olan vasıfların eksikliği..... 76

2. Lüzumlu vasıfların (gerekli niteliklerin) eksikliği..... 78

3. Eserin teslimindeki gecikmenin objektif olarak borca aykırı olması..... 78

VI. Eseri teslim borcunda yüklenicinin temerrüdü ve sonuçları.....	80
---	----

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI..... 84

Ş7. İŞ SAHİBİNİN AYNEN İFA VE MÜSBET ZARARIN TALEBİ

İLE, SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİNDE MENFİ ZARAR

TALEP ETMESİ 84

I. Aynen ifa..... 84

A. İş sahibinin aynen ifadan vazgeçerek diğer seçimlik haklarından birini kullanması..... 88

II. İş sahibinin müsbet zararının tazminini talep etmesi..... 90

III. İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi..... 92

A. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması..... 95

B. Sözleşmeden dönme ile ilgili doktrindeki görüşler..... 98

1. Klasik dönme teorisi..... 98

2. Sebepsiz zenginleşme görüşü..... 98

3. Kanuni borç ilişkisi görüşü..... 99

4. Aynı etkili dönme görüşü..... 99

5. Dönüşüm (yeni dönme) teorisi..... 100

C. Sözleşmeden dönmenin üçüncü kişilerin edindiği ayni haklara etkisi..... 101

D. Sözleşmeden dönmeden doğan taleplerin tabi olduğu zamanaşımı..... 102

IV. İş sahibinin menfi zararı talep etmesi..... 103

A. Fiili zarar..... 105

B. Yoksun kalınan kar..... 106

C. Menfi zararın hesaplanması..... 107

SONUÇ (önerilerim).....	109
ÖZET.....	111
ABSTRACT.....	112

KAYNAKÇA

- ARAL, FAHRETTİN / AYRANCI, HASAN** : Borçlar Hukukunda Özel Borç Ankara 2012.
- ALTAŞ, HÜSEYN** : İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006.
- BAŞPINAR, VEYSEL** : Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu 2. Bası, Ankara 2004.
- BAYGIN, CEM** : Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmelerinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.
- BUZ, VEDAT** : Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- BÜYÜKAY, YUSUF** : Roma Borçlar Hukukunda Hata, Ankara 2007.
- : Eser Sözleşmesi, Ankara 2014.
- DAYINARLI, KEMAL** : İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara 2003.
- : Joint Venture Sözleşmesi, Ankara 2007.
- ERDOĞAN, İHSAN** : İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırması SÜHFD., C III.
- EREN, FİKRET** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.

- ERMAN, HASAN** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri
İstanbul 2010.
- FEYZİOĞLU, FEYZİ NECMEDDİN** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I,
İstanbul 1976.
- GÖKYAYLA, EMRE** : Eser Sözleşmesinde Müteahhidin
Sadakat ve Özen Borcu, Kemal
Oğuzmana Armağan, İstanbul 2002.
- KAPLAN, İBRAHİM** : İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler
ve Müteahhide Süre Uzatımı
Verilmesini Geciktiren Durumlar, Faruk
Erene Armağanı, Ankara, 1999.
- : Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık
Sözleşmesi ve Mimarın sorumluluğu,
Ankara. 1983.
- : İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri
Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013.
- KARADAŞ, İZZET** : Eser Sözleşmeleri, Ankara 2009.
- KOCAAĞA, KÖKSAL** : İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014.
- KILIÇOĞLU, AHMET** : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya
Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu,
AÜHFD, 1975, C. XXXII S. 1-4.
- KURT, LEYLA MÜJDE** : Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda
Temerrüdü, Ankara 2012.
- OĞUZMAN, KEMAL /
ÖZ, TURGUT** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler,
İstanbul 2010.
- OZANOĞLU, HASAN SEÇKİN** : İstisna Sözleşmelerinde Müteahhidin
Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine
Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart,

GÜHFD, C III.

ÖZ, TURGUT

: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden
Dönmesi, İstanbul 1984.

: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat,
İstanbul 2006.

: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden
Dönmesi, İstanbul 1989.

SALİH ŞAHİNİZ, Cevdet

: Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan
Sorumluluğu, İstanbul 2014.

SELİÇİ, ÖZER

: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin
Sorumluluğu, İstanbul, 1978.

SEROZAN, RONA

: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1979.

: İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme,
İstanbul 2009.

ŞENOCAK, ZARİFE

: Eser Sözleşmesinde Ayıbın
Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara
2002.

TANDOĞAN, HALUK

: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri,
Ankara, Cilt II.

UÇAR, AYHAN

: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin
Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara
2003.

YAVUZ, CEVDET

: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2012.

Yararlanılan İnternet kaynakları

1. <http://ardda.gov.az/NewSite/wp-content/uploads/2012/07/Mulki-Mecelle.pdf>
2. [file:///C:/Users/user/Downloads/5000072177-5000096647-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/5000072177-5000096647-1-PB%20(1).pdf)
3. http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_2_2.pdf
4. http://www.imo.org.tr/resimler/dosya_ekler/651feb4934251ff_ek.pdf?dergi=182
5. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1282>

KISALTMALAR

AMM	: Azerbaycan Mülki Mecellesi (Azerbaycan Medeni Kanunu)
a.g.e.	: Adı geçmiş eser
a.g.m.	: Adı geçmiş makale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Endtitüsü Dergisi
B.	: Baskı
b.	: bent
bkz.	: Bakınız
E.	: Esas
C.	: Cilt
eBK	: Eski Borçlar Kanunu
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: karar

m.	: Madde
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
vb.	: ve başkaları
vs.	: ve saire
Yarg. HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

GİRİŞ

Günümüzde yapılaşmanın bu denli artmış olması ve özellikle de inşaat sektörünün bu kadar geniş hal alması sebebiyle eser sözleşmesi araştırılması gereken konuların başında gelmektedir. Eser sözleşmesi, içeriği itibariyle bir çok konuyu kapsayan, hem gerçek hem de tüzel kişiler tarafından sıkca başvurulmuş sözleşme türüdür. Aynı zamanda eser sözleşmesi bir çok özgü niteliklere sahiptir. Şöyle ki, eser sözleşmesiyle alakalı olarak ihtilaf yarandığında çoğu zaman somut olay üzerinden her bir eser sözleşmesinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekiyor.

Yapmış olduğum bu araştırma 4 bölüme oluşuyor. Birinci bölümde eser sözleşmesinin tanımı, hukuki niteliği, unsurları, benzer sözleşmelerden farklı yönleri ve FİDİC tip sözleşmeleri incelenmiştir. İkinci bölümde ise eser sözleşmesinde tarafların borçları ve özellikle de yüklenicinin ve iş sahibinin borçları ayrı ayrı işlenmiştir. Üçüncü bölümde, yüklenici açısından temerrüdün şartları ve sonuçları: yüklenici temerrüdünün şartları, eseri teslim borcunda yüklenicinin temerrüdünün sonuçları incelenmiştir. Dördüncü bölümde ise, yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda iş sahibinin sahip olduğu aynen ifa, müsbet zararı talep etme veya sözleşmeden dönme haklarının özelliklerine yer verilmiştir.

Konu dahilinde eser sözleşmesinde edimi yapmakla sorumlu olan şahıs, yer yer müteahhit yer yer de yüklenici olarak adlandırılacaktır. Eser sözleşmelerinin genellikle büyük kısmı inşaatla alakalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebepten dolayı, işlemiş olduğum bu konuda belirttiğim unsurların önemli bir kısmı sırf inşaat sözleşmelerine has nitelikleri barındırıyor. Aynı zamanda eser sözleşmeleri ile ilgili uluslararası çapta kabul görmüş FİDİC tip sözleşmelerine de yer verilmiştir. Aynı

zamanda konuyla ilgili bazen Azerbaycan hukuk mevzuatına da yer verilmiştir. Şöyle ki, Türk Borçlar Kanunu baz alınarak işlemiş olduğum bu konuda aynı olayla alakalı Azerbaycan Medeni Kanunda¹ hangi düzenlemeye yer verildiğini belirtdim.

Eser sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 470 vd. (eBk m. 355 vd) maddelerinde düzenlenmiştir. Yüklenicinin işin icrasında yani eserin meydana getirilmesinde gecikmesi BK m. 473 f. 1 hükmüyle özel olarak düzenlendiği halde, eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi ve bunun sonuçlarına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdünün koşulları ve sonuçları bakımından Borçlar Kanunu'nun borçlu temerrüdüne ilişkin genel nitelikleri hükümleri olan TBK m. 117 vd. ve de bununla ilgili doktrinde yer alan görüşler baz alınmıştır.

¹ Türkiye'dekinin aksine Azerbaycanda Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu diye bir ayırım yoktur. Bir tek Medeni kanun vardır ki, bu Kanun da her ikisini (TMK ve TBK) kapsar. Azericede orijinali ise Azerbaycan Mülki Mecellesi (AMM) diye adlanır. 1325 maddeden oluşan bu Kanun Azerbaycan'nın özel hukuk alanında en temel Kanun'dur. Hatta şöyle ki, özel hukuk alanında Mülki Mecelle'nin bir maddesi ile başka bir Kanun maddesi zıt düşerse, o zaman mutlak bir şekilde Mülki Mecelle'nin maddesi uygulanmalıdır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI, BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI, UYGULAMADAKİ ÖRNEKLERİ VE ÖZELLİKLE FİDİC TİP SÖZLEŞMELERİ

Ş1. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, UNSURLARI VE DİĞER SÖZLEŞMELERDEN FARKI

I. Eser sözleşmesinin tanımı

A. Genel olarak sözleşme

6098 sayılı TBK'nın 1. maddesinde sözleşmenin tanımı yapılarak, “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur” denilerek, sözleşmenin kuruluş şekli açıklanmıştır. TBK m.1 f. 2'ye göre irade açıklaması, açık veya örtülü olabilir. Görülüyor ki, bir sözleşmenin varlığını kabul edebilmek için öncelikle “iki tarafın” bulunması gereklidir. Zira sözleşme ile kişiler arasında hukuki bağ kurulur, değiştirilir veya ortadan kaldırılabilir. Taraflar, sözleşme yapma iradesini açıkça veya örtülü şekilde açıklayabilir. Bu irade doğrudan açıklanabileceği gibi vekil, mümessil, veli veya vasi tarafından da kullanılabilir. Tüzel kişilerde bu iradeyi tüzel kişiliği dışı karşı temsil yetkisi bulunan temsilci kullanır.

Gerek uygulamada, gerekse bilimsel öğretilerde sözleşme; “akit”, “ mukavele” ve “bağıt gibi” sözcüklerle de ifade edilmektedir. Ne şekilde söylenirse söylensin bunların aynı anlama geldiği kuşkusuzdur. Şöyle ki, akit deyimi, tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile oluşan hukuki muamele için kullanıldığı gibi, bu

hukuki muamele ile kurulan hukuki ilişkiyi, yani akdi ilişkiyi ifade etmek üzere de kullanılmaktadır².

Geçerli bir sözleşmeden bahsedebilmek için, bizzat sözleşmenin yapılmasının, sözleşme ile öngörülen edimin, sözleşmenin amacının hukuk kuralları ile yasaklanmaması gerekir³. Aksi takdirde hukuka aykırılık söz konusu olur. Emredici hukuk kurallarına aykırılık aynı zamanda hukuka aykırılık anlamına gelmektedir. Sözleşmenin içeriğinin başlıca kamu düzenine, genel ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olması durumunda da hukuka aykırılık söz konusu olur⁴.

Sözleşmenin meydana gelmesi için iradesini ilk açıklayan kişiye “icapçı” (öneren) bu kişinin irade beyanına da “icap” (öneri), icapçının (önerenin) irade beyanını uygun bulduğunu bildiren tarafın beyanına ise “kabul” denir. Yasadaki tarif uyarınca icap (öneri) ve kabulün birbirine uygun olması şarttır. İcapçı (öneren), icabı ile (önerisiyle) bağlı olmama hakkının saklı olduğunu açıkça belirtirse veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, icabı (önerisi) kendisini bağlamaz. Görüldüğü gibi, tarafların yukarıdaki yasa kuralları doğrultusunda “karşılıklı ve birbirine uygun iki irade beyanı” oluşmuşsa ve bu irade sözleşmenin konusu ile onun esaslı noktalarında birleşmiş ise sözleşme meydana gelmiş sayılır (TBK m.2). Tarafların irade beyanları, sözleşmenin objektif ve subjektif yönden bütün esaslı noktaları üzerinde mutlaka birbirine uygun olmalıdır⁵. Fakat her halde sözleşmenin meydana gelip-gelmediği sonucuna varmak

² **Oğuzman**, Kemal/ Öz Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 39.

³ **Büyükcay**, Yusuf: Eser Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 70.

⁴ **Eren**, Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 287.

⁵ **Eren** a.g.e., s. 211.

için olayın özelliği, hal ve şartları, dürüstlük kuralları ile güven ilkesine bakmak gerekir⁶.

Bir şey yapmak üzere sanat ehlinden biriyle anlaşma yapmak anlamına gelen – istisna- kelimesiyle, ayırma, ayrı tutma, kural dışı bırakmak anlamına gelen –istisna- kelimesi genelde birbiriyle karıştırılmaktadır. Belki de bu nedenden dolayıdır ki, ‘istisna akdi’ sözcüğü yerine TBK’da “eser sözleşmesi” sözcüğü kullanılmıştır. İstisna kelimesi arapça kökenlidir. Sanat ve beceriyi gerektiren emek sarfı ile bir şey meydana getirme, ortaya çıkarma anlamındadır. TBK’da ve uygulamada sonuç olarak ortaya çıkartılan şeye ise eser denilmektedir. El emeği ile meydana getirilen küçük bir vazo, yapım işi veya baraj, otoyol gibi büyük inşaat işleri de eser sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser sözleşmeleri, günlük yaşantımızda bilerek veya bilmeyerek en çok uygulama alanı bulan sözleşme türlerinden biridir.

Eser sözleşmesi, özel hukuk hükümlerine tabi inşaat işleri ile idare hukuku hükümlerine tabi kamu ihalelerinin, çekirdeğini oluşturan bir sözleşmedir. İnşaat sözleşmesi TBK’nın 470-486. (art. 363-379 OR; eBK m. 355-371) maddeleri arasında düzenlenmiş olan “Eser Sözleşmesi”nin uygulamada ön planda görülen önemli uygulama biçimlerinden biridir.⁷ İnşaat sözleşmesine uygulanacak hükümler açısından sadece özel hukuk hükümlerine tabi kamu inşaatlarıyla ilgili inşaat ihalesi sözleşmelerini birbirinden ayırt etmek gerekir.

6098 sayılı TBK’nın 470. maddesine göre, “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi

⁶ Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I İstanbul 1976 s. 63.

⁷ Kaplan, İbrahim: İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013, s.43.

üstlendiği sözleşmedir”. eBK’nın 355. maddesinde istisna sözleşmesinin tanımı aşağıdaki şekilde yapılmıştır:

“İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder”. İstisna sözleşmesine ait bu tarif İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki Fransızca metnin aynen tercümesidir.

Doktrinde ise eser sözleşmesi, “iş sahibinin ödemeyi taahhüt etdiyi ücret karşılığında, müteahhiddin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği iki taraf için hak doğuran ve borç yükleyen bir sözleşme” şeklinde tanımlanmaktadır⁸. Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeği üstlendiği sözleşmedir. Böylelikle uygulamada müteahhit yerine kullanılan “yüklenici” sözcüğü de yasal bir tabir haline gelmiştir.

Eser sözleşmesi, sanat ve beceriyi gerektiren, emek sarfi ile meydana getirilen her şeyi kapsar. Buradaki eser, maddi mallar olabileceği gibi, örneğin; bir fikri çalışma sonucu ortaya çıkan fikri bir eser de olabilir.

Sonuç olarak, eser sözleşmesi, karşılıklı edimleri içeren bir ‘iş görme’ sözleşmesidir. Yüklenicinin edimi, eseri meydana getirerek teslim etmek, iş sahibinin karşı edimi ise bedel (ücret) ödemektir. Ücret mutlaka para olarak ödenmesi gerekmez. Şayet ücret “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde” olduğu gibi- taşınmazdan belli bir payın mülkiyeti geçirilerek- ödenecekse, karma sözleşmeden bahsedilir.

⁸ Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 315.

B. Eserin tanımı

Eser sözleşmesinde yüklenicinin iş görme ediminin sonucu olan eser kavramına maddi varlığı bulunan iş görme sonuçlarının dahil olduğu ihtilafsızdır⁹. Yüklenicinin üstlendiği iş görme sonucunun çalışmanın konusunu oluşturan şey üzerinde değişiklik yapılmak suretiyle maddi biçimde ortaya çıktığı tüm durumlarda, maddi bir eser vardır. Buna göre maddi eser, (örneğin, elbise dikimi, makine imali, bina inşasında olduğu gibi) yüklenicinin imal etmeyi taahhüt ettiği taşınır veya taşınmaz yeni bir şey olabilir¹⁰. Mevcut bir taşınır veya taşınmaz üzerinde gerçekleştirilecek çalışma sonuçları (örneğin, otomobil tamiri, bir binanın duvarlarının boyanması) da maddi eserdir¹¹. Aynı zamanda insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen (örneğin, manikür, saç boyama gibi) çalışma sonuçları da maddi eser niteliğindedir¹². Eser kavramının sadece maddi varlığı bulunan şeylerden ibaret olup olmadığı, diğer bir deyişle *maddi varlığı olmayan çalışma sonuçlarının* da eser sayılıp sayılmayacağı konusu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, sadece maddi varlığı bulunan çalışma sonuçları eser olarak kabul edilir. Bu görüş taraftarlarına göre, maddi varlığı olmayan iş görme sonuçlarının muayeneyi sağlamak üzere teslim edilmeleri söz konusu olmadığından, ayrıca bu tür çalışma sonuçlarının değerinin objektif olarak belirlenmesi zorluk arz ettiğinden, bu çalışma sonuçları bakımından Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesi için düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması yerinde olmaz.

⁹ **Kurt**, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 27.

¹⁰ **Aral**, Fahrettin/ **Ayrancı** Hasan, a.g.e., s. 321.

¹¹ **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara C. II, s.23.

¹² **Aral**, Fahrettin/ **Ayrancı** Hasan, a.g.e., s. 322.

Buna karşılık, hakim görüşe göre, maddi varlığı olmayan çalışma sonuçları da bir bütün teşkil etmek ve ekonomik bir değer taşımak kaydıyla eser sözleşmesine konu olabilir. Bu görüşe göre, Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesine ilişkin bazı hükümlerin maddi varlığı bulunan eserler esas alınarak düzenlenmiş olması maddi varlığı bulunmayan çalışma sonuçlarının eser sözleşmesine konu olamayacağı anlamına gelmez¹³. Eser sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin sadece maddi varlığı olan eserlere uygulanabileceği iddiası da pek mantıklı değil. Zira İsviçre Federal Mahkemesi'nin ayıba karşı tekeffül hükümlerini fikri eserlere başarıyla uyguladığı örnekler de mevcuttur. Ayrıca kanun koyucunun eser kavramını yalnız cismani varlığı bulunan şeylerle sınırlandırmak yönünde tespit edilebilir bir iradesi de bulunmamaktadır. Bugün gerek İsviçre Federal Mahkemesi, gerekse de Yargıtay¹⁴ bir çalışma sonucunun maddi bir varlığa sahip olsun ya da olmasın eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceğini, yani geniş anlamda eser anlayışını kabul etmektedir.

Bu sonuçlardan sonra denilebilirki, eser sözleşmesi anlamında *eser*; yüklenicinin gerçekleştirmeyi taahhüt *etdiği iş görme ediminin* maddi varlığı bulunan

¹³ Örneğin, eserde kullanılacak malzemeye ilişkin TBK m. 472 hükmü, eserin tesliminden sonra muayene edilip ayıp ihbarında bulunmasını düzenleyen TBK m. 474 hükmü gibi hükümler maddi eserler bakımından uygulama alanı bulur. Örnekler ve bu görüş için bkz. **Şenocak**, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 1998, s.18.

¹⁴ Yarg. HGK ., 18.11.2009T., 2009/15-459 E., 2009/541 K.: “ Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşmede önmeli olan çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabil olan sonuçtur. (...) Bir yapı planı çizilmesi, bir kitap yazılması, bir tablo yapılması, yeni bir buluşun uygulanması suretiyle bir ley vücuda getirilmesi, bir film için senaryo hazırlanması gibi. Giderek, insan emeği ürünü olup bir bütün görünüşünü arz eden ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, bir eser sayılmaktadır.

veya bulunmayan *sonucudur*. Buna göre, maddi eser sözleşmesi ve fikri eser sözleşmesi olmak üzere iki tür eser sözleşmesinden söz edilebilir (Borçlar Kanununda böyle bir ayırımın olmamasına rağmen). Ancak her iş görme sonucu aynı zamanda zihni bir çabanın ürünü olduğundan, maddi ve fikri eser arasında oldukça kaygan bir sınır bulunduğu da belirtilmelidir. Kuşkusuz her maddi olmayan çalışma sonucu eser olarak nitelendirilemez. Bir *fikri çalışmanın* sonucunun eser olarak nitelenebilmesi için, bu sonucun yüklenici tarafından *objektif olarak taahhüt edilebilir* olması gerekir¹⁵. Bunun anlamı, yüklenicinin yapacağı çalışmadan beklenen sonucu objektif olarak gerçekleştirebilecek durumda olması, sonucun başarıyla gerçekleşmesinde onun üzerinde etki edemeyeceği unsurların belirleyici olmamasıdır. Örneğin, eğitim verme faaliyetinin sonucu, bir davanın akıbeti ve tıbbi bir müdahalenin etkileri, yüklenicinin taahhüdünün konusu olamaz. Zira öğrencinin öğrenmesi, davanın kazanılması, hastanın iyileşmesi gibi sonuçların gerçekleşmesi yüklenici üzerinde etkili olamayacağı pek çok etkene bağlıdır. Öte yandan, eser sözleşmesine konu olacak iş görme sonucunun belirlenebilir, diğer bir deyişle objektif esaslara göre değerlendirilebilir olması gerekir..

Tartışmalı olan bir nokta da, fikri eser sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için, çalışmanın maddi olmayan sonucunun maddi bir şey üzerinde somutlaştırılarak sürekli hale getirilmesinin gerekip gerekmediğidir. Geniş anlamda eser kavramını kabul eden ve fikri çalışma sonuçlarının da eser teşkil edebileceğini savunan görüş yanlıları arasında bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır¹⁶. Bu konuyla alakalı olarak bazı yazarlara göre, fikri bir çalışmayı konu alan sözleşmeyi,

¹⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s. 21.

¹⁶ **Şenocak**, a.g.e., s.13.

bu çalışma iş sahibine maddi bir varlık üzerinde somutlaşmış biçimde sunulduğu takdirde eser sözleşmesi sayma, aksi takdirde vekalet sözleşmesi olarak değerlendirmek suni bir ayırımdır¹⁷. Örneğin, bir sanatçı belirli bir tarihte düzenlenecek etkinlikte konser vermeyi taahhüt ettiğinde bunu vekalet sözleşmesi saymak, sanatçı bir televizyon kanalında yayınlanmak üzere, yani banda alınacak biçimde konser vermeyi taahhüt ettiğinde ise, fikri çalışma bir şey üzerinde somutlaştığından ötürü bunu eser sözleşmesi olarak değerlendirmek yerinde değildir. Fikri eserlerin maddi bir varlık aracılığıyla dış dünyaya açıklanması koşulunun aranmasının, özellikle çalışma sonucunun ne zaman gerçekleştiğinin tespitinde ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasında kolaylık sağlayacağı doğrudur. Ancak bu durum, maddi bir şey üzerinde somutlaşmayan fikri çalışmaların eser sözleşmesinin konusu dışında tutulmasını gerektirmez.

Sonuç olarak, maddi olmayan bir çalışma sonucunun, eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi için, yüklenici tarafından objektif olarak taahhüt edilebilir olması ve objektif esaslara göre belirlenebilir olması aranmalıdır. Buna karşılık, bu fikri çalışmanın cismani varlığı olan bir şey üzerinde kendisini göstererek belli ölçüde maddileşip maddileşmediği, eser niteliğinin tespitinde belirleyici olmamalıdır. İvaz karşılığı taahhüt edilmiş olmak kaydıyla, tablo yapmak, mimari bir plan ve ya proje hazırlamak,¹⁸ bilgisayar yazılımı hazırlamak, bir arazinin ölçümünü yapmak, bilirkişi raporu veya bir konuda mütalaa yazmak, tercüme yapmak, nikah törenini kameraya almak, estetik ameliyat yapmak gibi faaliyetler eser sözleşmesine konu

¹⁷ **Kurt**, Leyla Müjde: a.g.e., s. 32.

¹⁸ **Kaplan**, İbrahim: Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara. 1983, s.106.

olabilir. Öte yandan, sinemada film göstermek, sportif bir etkinlik düzenlemek, müzikal veya tiyatro oyunu oynamak, konser vermek gibi maddi bir varlık üzerinde somutlaşmayan çalışmalar da, eser sözleşmesine konu olabilir.

II. Eser sözleşmesinin hukuki niteliği

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik), rızai, şekle bağlı olmayan, ani ve sürekli edim karmaşığı borç içeren, bir sözleşmedir¹⁹.

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her iki taraf da birbirilerine karşı asli edim yükümlülüğü altına girerler. Borçlanılan edimler, bir karşılıklılık ilişkisi içindedirler. Sözleşme, esas olarak bu edimlerin karşılıklı değişimini konu edinir. Taraflar aksini kararlaştırmadığı veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadığı takdirde, yüklenici işin tesliminde ücrete hak kazanacaktır²⁰. Eser sözleşmenin kurulması ile birlikte yüklenici, eseri imal etme, iş sahibi de ücret ödeme borcu altına girmektedir. Tarafların elde ettikleri alacak hakları, karşılıklı olarak birbirlerinin sebebini (causa) oluştururlar. Bu sebeple, bu sözleşme karşılıklı (sinallagmatik) sözleşmeler olarak da anılır.

Eser sözleşmesi, rızai bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları yeterlidir. Sözleşmenin kurulması için

¹⁹ **Büyükay**, Yusuf: a.g.e., s. 42

²⁰ TBK. m. 479: “İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur”. Y. 15. HD. E. 2007/2946, K. 2008/2380, T. 11.04.2008.

ilave bir unsura, örneğin, bir malın karşı tarafa teslimi ya da mülkiyetin devrine ihtiyaç duyulmamaktadır.

Eser sözleşmesinin kurulması kanun tarafından kural olarak bir şekle bağlanmamıştır²¹. TBK. m. 12 hükmüne göre, sözleşmelerin geçerliği, kanunda açıkça belirtilmediği sürece bir sıhhat şekline tabi değildir. Bu sebeple tarafların bu sözleşmeyi hiçbir şekle bağlı olmadan kurmaları mümkündür. Yüklenici ile iş sahibi arasında yapılacak sözlü anlaşma ile dahi bir inşaat sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması, hatta bu sözleşmenin zımni irade açıklamaları ile de kurulması mümkündür. Eser sözleşmesinin kapsamının çok hacimli ve önemli olması durumunda, içeriğini ve ilkelerini yazılı olarak tespit etmek, ispat yönünde yararlı olacağını söylemek mümkündür²².

Kanun tarafından şekle bağlanmamış olan bu sözleşmenin iradi olarak şekle bağlı yapılmasının kararlaştırılması ise mümkündür. Bu durumda anlaşmaya rağmen, kararlaştırılan şekle uyulmaması durumunda ise sözleşme geçersiz kabul edilecektir²³. Tek istisna ise, eser sözleşmesi ile taşınmaz vaadi sözleşmesinin unsurlarının bir araya getirilmesi ile oluşan, karma nitelikteki²⁴ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerli olarak yapılması ise, istisnai olarak taşınmaz satış vaadini içermesi sebebiyle resmi şekle bağlanmıştır²⁵.

²¹ **Büyükcay**, Yusuf, a.g.e., s. 42.

²² **Dayınarlı**, Kemal: İstisna akdinde müteahhidin ve iş sahibinin temerrüdü, Ankara, 2003, s.23.

²³ Bkz. TBK. m.17.

²⁴ **Erman**, Hasan: Arsa payı İnşaat sözleşmesi, İstanbul, 2010, s.4.

²⁵ Bkz BK m. 213, TMK. m. 706.

Eser sözleşmesi ani, sürekli ya da her ikisinin karmaşığı bir borç ilişkisi olup olmadığı hususunda da doktrinde farklı görüşler ifade edilmektedir. Kabul edilen görüşe bağlı olarak, özellikle sözleşmenin sona ermesinde çok farklı hukuki sonuçlara ulaşılması mümkün olacaktır. Bu nitelenmenin en önemli hukuki sonucu, müteahhidin teslim günü gelmesine rağmen, binanın büyük bölümünü tamamlaması, ancak, bağımsız bölümleri teslim edememesi nedeniyle temerrüde düşmesi durumunda, iş sahibi sözleşmeyi sona erdirmesi (fesih-dönme) halinde, sözleşmenin geçmişe etkili olarak mı, yoksa ileriye etkili olarak mı ortadan kalkacağı tartışmasını doğuracak olmasıdır. Yani, eser sözleşmesinde, özellikle borçlunun temerrüdünde geçmişe etkili dönmenin mi, yoksa ileriye etkili feshin mi söz konusu olacağı aydınlatılmalıdır²⁶. Sözleşme ani edimli olarak nitelendirildiği takdirde, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve bunun sonucunda da yüklenici, o ana kadar yaptığı işin ve kullandığı malzemelerin bedelini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre alabilecektir. Buna karşılık sözleşmeye sürekli borç ilişkisi uygulandığında, örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa payının sözleşmeyi sona erdirmesi ileriye etkili sonuç doğuracak ve yerine getirilmiş olan kısım ifa olarak varlığını koruyacaktır.²⁷

Bir görüşe göre²⁸, eser sözleşmesi ani edimi ihtiva eden sözleşmedir. Bu görüşe göre, eser, ister maddi veya gayri maddi ve fakat belirlenen bir çalışma sonucu olarak, isterse yalnız bir maddi sonuç olarak kabul edilsin, “edim sonucunun gerçekleşmesi” eserin teslimi ile bir anda olmaktadır. Bu yüzden de eser

²⁶ **Öz**, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s.16.

²⁷ **Erman**, a.g.e., s. 9.

²⁸ **Öz**, a.g.e., s.18.

sözleşmesinden doğan borç ilişkisinin ani edimli bir borç ilişkisi olduğunu kabul etmek gerekecektir.

Eser sözleşmesini ani edimli borç ilişkisi sayanlara göre, iş sahibinin çıkarı bir anda sağlanmış olur. Yine müteahhit bakımından bir zaman dilimi boyunca süren edim fiilleri sürekli borç ilişkisi yaratmaz. Bunlar sadece müteahhidin ifa için yaptığı hazırlama faaliyetleri olarak nitelendirilmelidir. Bu hazırlama faaliyetleri sürerken bir yandan da ifa gerçekleşiyor denemez. Sözleşmede saptanan sonuç tam olarak ifa edilinceye kadar henüz ifadan söz edilemez. Eserin hazırlanması için sürdürülen çalışmalar ne denli kapsamlı ve vakit alıcı olursa olsun, iş sahibini ilgilendirmez. Onun sözleşmeden beklediği tek şey, son bir tamamlayıcı hareketle gerçekleşecek olan sonuçtur²⁹.

Bir diğer görüşe göre ise, eser sözleşmesi, sürekli edim içeren bir borç ilişkisi niteliği taşımaktadır. Bu görüşü savunanlar, eseri maydana getirme unsurundan hareket etmektedirler. Eser sözleşmesinde müteahhit sadece sonucun gerçekleşmesini taahhüt etmemekte, ayrıca bu sonucun gerçekleşmesi için faaliyette bulunma yükümü altına da girmektedir. İşte bu faaliyetler müteahhit açısından iş görme edimini oluşturmaktadır. İş görme edimlerinin nitelikleri gereği zamana yaygın olmaları nedeniyle, bu tür edimleri içeren sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığı savunulmuştur³⁰.

Gerçekten, borçlunun “edim fiili” açısından bakıldığı zaman, müteahhidin ediminin “vakit alıcı” nitelikde olduğu görülür. Müteahhit, “edim sonucunu”

²⁹ **Tandoğan**, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara C. II. s. 50.

³⁰ **Serozan**, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, s. 174.

hazırlamak için bir süre faaliyette bulunacaktır. “İş görme” niteliğinde olan bu edim fiilini kanun özel hükümlerle düzenlemek ihtiyacı duymuştur. Eser sözleşmesinde borçlunun edim fiilinin özel olarak düzenlenmesinin nedeni, taraflar arasında daha sıkı bir güven ilişkisinin kurulmuş olması, alacaklının menfaatinin gerçekleşmesinin, borçlunun hazırlama sırasındaki davranışına daha sıkı bağlı olduğudur. Bu yüzden kanun koyucunun eser sözleşmesinde borçlunun edim fiilini düzenlerken “sürekli borç ilişkilerine” özgü kuralları göz önünde tutmuş olduğu görülür³¹.

Kanaatimize göre, eser sözleşmesi, ani-sürekli edimli karmaşığı edim içeren bir borç ilişkisidir. Katıldığımız bu görüşe göre, eser sözleşmesini mutlak şekilde ne sürekli ne de ani edimli bir borç ilişkisi olarak nitelendirmek mümkündür³². Eserin yapım süreci bu konuda belirleyici olmalıdır. Yani yapılması taahüt edilen edim kısa sürede ve az masrafla yapılabiliyorsa o zaman bu ilişki ani edimli eser sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Çünkü bu zaman sözleşme geçmişe etkili olarak daha kolay ortadan kalkacaktır. Ancak edimin yapılması uzun süre alarsa ve de edim yapılmasına büyük miktarda masraf harcanmışsa, o zaman bu eser sözleşmesi sürekli edim niteliği taşımaktadır.

Özel hüküm bulunmayan durumlarda eser sözleşmesine ani edimli borç ilişkisi hükümlerinin mutlak olarak uygulanacağı söylenemez. Hakim, karşısına gelen olaya çıkarlar dengesini göz önüne alarak bazen ani edimli bazen de sürekli borç ilişkilerine özgü kuralları uygulayabilecektir. Örneğin, yüklenicinin temerrüdü

³¹ Selçi, Sürekli, s. 26.

³² Serozan, a.g.e., s.173.

nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda, somut olayın özelliklerine göre, geçmişe etkili dönme veya ileriye etkili fesih bulunduğu kabul edilebilecektir³³.

Eser meydana getirilirken, müteahhidin uzun süreyi gerektiren faaliyetlerini edim dışında saymak ve hazırlayıcı faaliyetler olarak görmek doğru olmaz. Bütünlük arzeden sonucun meydana gelmesinden önce de edimler, zaman içinde ve bölümler halinde yerine getirilmektedir. Borçlar Kanunu da eser sözleşmesine ilişkin hükümleri, sürekli borç doğuran sözleşmelere özgü kuralları göz önünde tutarak düzenlenmiştir. Genellikle bu tür sözleşmelerde binanın belli aşamalara gelmesine göre, edimler de peyderpey ifa edilmektedir³⁴. Örneğin, inşaatın belli bir seviyeye ulaşması durumunda hakediş düzenlenmekte ve müteahhidin ücret alacağı ödenmektedir. Müteahhidin eseri hazırlama faaliyetlerine ilişkin bazı hükümler de ilk bakışta bu görüşü destekler niteliktedir. Örneğin, eserdeki önemli olmayan bazı ayıplarda sözleşmeden dönme yerine onarım istenmesine ve bedelin ayıp oranında indirilmesine ilişkin TBK. m. 475/I-1,2 iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlarda aşırı zarar gerekçesiyle sözleşmeden dönmeyi yasaklayan TBK. m. 475/II ve iş sahibine eser bitmeden önce yapılan kısmın bedeli ile müteahhidin zararını tazmin etmek koşuluyla sözleşmeyi her zaman feshetme hakkı tanıyan TBK. m. 484 hükümleri, sürekli borç ilişkilerinin niteliğine uygun kurallardır³⁵. Böylece, eser sözleşmesine tipi veren bu edim faaliyetinin özelliğinden yola çıkılarak, müteahhidin meydana getirme yükümünün taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kuracağı ileri sürülmüştür. Bu görüş müteahhidi oldukça elverişli bir duruma getirecektir. Nitekim,

³³ **ÖZ**, a.g.e., s.19.

³⁴ **Erman**, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2010, s. 8.

³⁵ **ÖZ**, a.g.e., s.17.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 25.01.1984 tarihli kararı da bu yöndedir.

III. Eser sözleşmesinin unsurları

Eser sözleşmesinin unsurlarını, bir eseri meydana getirme, bedel ödeme ve tarafların anlaşması olarak sıralamak mümkündür³⁶. Eser sözleşmesi'nin en tipik unsuru yasada da vurgulandığı üzere “eseri meydana getirme” unsurudur³⁷.

A. Bir eseri meydana getirme

Eser sözleşmesinin tanımının yapıldığı 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde kullanılan, “bir şeyin imali” kavramı doktrinde ağırlıklı olarak eleştirilmekte ve isabetli bir kavram olmadığı düşünölmekteydi. 6098 sayılı TBK.'nda bu eleştiriye uygun olarak, bu kavram yerine “bir eseri meydana getirme” kavramı kullanılmıştır. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edildiği gibi, “eser” kavramı, sadece maddi niteliği bulunan sonuçlara özgülenecek bir kavram değildir. Maddi niteliği bulunmasa bile, kesin olarak vaad edilebilen sonuçlar, “eser” kavramı içinde görölebilecektir³⁸. Yani, objektif olarak, tespiti mümkün olan ve maddi olmayan bir sonucun meydana getirilmesi de eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir³⁹. Maddi veya fikri olsun, bir sonucun hazırlanmasının borçlanıldığı bütün sözleşmeler eser sözleşmesinin unsurlarını gerçekleştirmektedir.

³⁶ **Erdoğan**, İhsan : İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, s. 135.

³⁷ **Karadaş**, İzzet: Eser Sözleşmeleri, Ankara, 2009. s. 127.

³⁸ **Yavuz**, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2012 s.492.

³⁹ **Dayınarlı**, a.g.e., s.10.

TBK.'da ifade edilen “meydana getirilen eser” kavramının, doktrinde ifade edilen eleştirilerin bir neticesi olduğunu, bu kavramın, taşınmaz malların yanında, taşınır mallar ile maddi varlığı olmayan ancak sonucu vaat edilebilen edimleri içerdiğini söylemek mümkündür.

Eser kavramının, TBK. m. 69'da ifade edilen “bina ve diğer yapı eserleri” kavramından daha geniş bir kavram olduğunu belirtmek gerekir. Yeni düzenleme ile sadece arza bağlı olan yapıları konu edinen bu maddeni eski hali (BK m.58) etrafında yürütülen tartışmalar, maddi varlığı bulunup da taşınır olan malların madde kapsamına girip girmeyeceği konusu etrafında şekillenmekteydi. Oysa TBK.'nun 69. maddesine göre, arza bağlı olan bina ve diğer yapılar madde kapsamına girmektedir. Buna ilave olarak, sonucu vaat edilebilen, ancak maddi varlığı bulunmayan hususlar da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir⁴⁰. Yargıtay kararlarında da genellikle maddi bir varlığa sahip olmayan edim sonuçlarının da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabileceği kabul edilmektedir.

Eser sözleşmesinin iş görme sözleşmeleri içinde yer almasına yol açan “meydana getirme” (imal) unsurudur. Yüklenici, zaten hazır olan ya da kendi faaliyeti olmaksızın gerçekleşecek bir eseri sağlamağı taahhüt etmemekte, bilakis, bu eseri hazırlama veya kendi nezaretinde hazırlatma edimin üstlenmektedir⁴¹.

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin bir eseri meydana getirme borcu söz konusu olup, bu eserin yeni olması zorunluluğı bulunmamaktadır. Vakıa, çok defa meydana

⁴⁰ **Tandoğan**, a.g.e., s.3.

⁴¹ **Baygın**, Cem: Türk Hukukuna göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğı Hükümler, İstanbul, 1999. s. 12.

getirilen eser, yeni bir şeyin meydana getirilmesini içermiş olabilecektir. Örneğin, bir köprünün, barajın yapılması, geminin inşası, bir elbisenin dikilmesi gibi. Ancak, mevcut bir şeyi tamir etmek, eski bir binayı restore etmekte olduğu gibi, yeni olmayan bir şey üzerinde de meydana getirme borcunun ifa edilmesi mümkündür.

B. Ücret vaadi

Eser sözleşmesinin ikinci unsurunu “ücret ödeme” borcu oluşturmaktadır. Ücret ödeme borcunun karşılığı olarak BK. m. 355’de “semen” kavramının kullanılmasının karşılık TBK. m. 470’de “bedel ödeme” kavramı kullanılmıştır. Ancak, doktrinde ağırlıklı olarak kullandığı ve yerleşik bir kavram olduğu için “ücret ödeme borcu” kavramını kullanmağı tercih ediyoruz⁴².

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan eser sözleşmesinde, yüklenicinin eser meydana getirme borcunun karşılığını, iş sahibinin ücret ödeme borcu oluşturmaktadır. Hiçbir özellik taşımayan iş sahibinin ücret ödeme borcunun, eser sözleşmesine özelliğini vermekten uzak olduğu açıktır. Ne var ki varlığı, eser sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırmaya yetmeyen bu ücret ödeme borcunun para şeklinde belirlenmiş olması şarttır⁴³. Bir eser meydana getirme borcunun karşılığında ücretin kararlaştırılmadığı sözleşmelerin eser ya da vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu tür bir sözleşme, isimsiz bir sözleşme halini almaktadır. Aynı şekilde, eser meydana getirme borcu karşılığında, yine bir eser meydana getirmenin üstlenildiği durumlarda da eser sözleşmesi değil, isimsiz bir

⁴² **Büyükcay**, Yusuf: a.g.e., s. 35.

⁴³ **Öz**, a.g.e., s. 2.

sözleşme meydana gelecektir⁴⁴. Buna karşılık iş sahibinin borcunun ücret ödeme olarak kararlaştırıldığı sözleşmelerde, sonradan, iş sahibinin bu borcun yerine başka bir edimi ifa ederek borcunu ifa edebileceğinin kabul edilmesi durumunda, “ifa yerine edim” (datio in solutum) veya “ifa uğruna edim” söz konusu olur ki bu durum sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğini değiştirmez. Örneğin, iş sahibinin ücret ödeme borcunu bono vererek ifa etmek istemesi böyledir⁴⁵.

Ücret konusunda taraflar açıkça veya zımnen anlaşmış olabilirler. Alışagelmiş olarak ücret kararlaştırıldığında, meydana getirilen eserler için ücret verileceği hususunda zımnen uyuşulduğu karine olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu hususda eserin çeşidine ve tarafların amacına bakmak uygun olacaktır. Genellikle meslek sahiplerinin ve sanatkarların gördükleri işlerin ücret karşılığı olduğu söylenebilir⁴⁶.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, müteahhidin eseri meydana getirme borcunun karşılığında iş sahibi, mülkiyetinde bulunan arsa paylarını müteahhide devretmeyi borçlanmaktadır. Bu niteliği sebebiyle, bu sözleşme karma nitelikli sözleşme olarak kabul edilmektedir⁴⁷.

⁴⁴ **Baygın**, Cem: Türk Hukukuna göre İstisna Sözleşmelerinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s.16.

⁴⁵ **Öz**, a.g.e., s. 2.

⁴⁶ **Tandoğan**, a.g.e. s. 24.

⁴⁷ **Erman**, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010, s. 4.

C. Taraflar arasında anlaşma

Eser sözleşmesinin kurulabilmesi için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını açıklamaları gerekir. Uyuşma (consensus), sözleşmenin esaslı unsurlarını kapsamalıdır⁴⁸. TBK. m. 2/1'e göre, “ *taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır*”. Sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan zorunlu unsurlara sözleşmenin objektif esaslı noktaları denir⁴⁹. Objektif esaslı noktalar, kurulmak istenen sözleşmenin asgari içeriğini oluşturur. Eser sözleşmesinde bu unsurlar, bir eser meydana getirme ve ücret vaadidir. Bu anlaşmanın taraflarını, bir eser meydana getirme borcu altına giren müteahhit (yüklenici) ile eser karşılığı ücret ödeme borcu altına giren iş sahibi oluşturmaktadır⁵⁰.

Taraflar, sözleşmenin tali, ikincil noktaları üzerinde hiç durmamışlarsa, bu durum sözleşmenin kurulmasını engellemez. Ancak taraflar, ikinci derecedeki noktaları, anlaşmak suretiyle ya da taraflardan biri bunu hissettirmek şartıyla sözleşmenin subjektif esaslı noktalar haline getirebilir. Objektif yönden esaslı olmayan bir noktayı taraflardan biri sözleşme yapma iradesinin zorunlu şartı (condicio sine qua non) yani, subjektif yönden esaslı bir nokta olarak öngörüyorsa, bu hususu açık olarak karşı tarafa bildirmek zorundadır. Aksi halde bu durum, ikinci derecedeki nokta sayılır ve sözleşmenin kurulmasını engellemez. Tarafların irade

⁴⁸ **Büyükcay**, Yusuf: Roma Borçlar Hukukunda Hata, Ankara, 2007, s. 33.

⁴⁹ **Eren**, a.g.e., s. 210.

⁵⁰ **Yavuz**, Cevdet: a.g.e., s. 497.

beyanları, sözleşmenin objektif ve subjektif yönden bütün esasları üzerinde mutlaka birbirine uygun olmalıdır⁵¹.

Tarafların sözleşmenin objektif esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmalarına rağmen, ikinci derecedeki noktalar üzerinde hiç durmamışlar ya da bu konudaki anlaşmayı ertelemişler ve zamanı geldiğinde de bu konuda anlaşma sağlanamamışsa, bu durum bir sözleşme boşluğuna yol açar. Hakim bu boşluğu TBK. m. 2/II'yi dikkate alarak, “*İkinci derecedeki noktalarda uyuşmazsa hakim, uyuşmazlığı işin özelliğine bakarak karara bağlar*” hükmü gereği, dolduracaktır. Bu hüküm, hakimi, genel ve soyut hükümlerden ziyade somut ve özel sözleşme şartlarını hukuk kurallarından istifade edebilir ve tarafların muhtemel iradelerini gözönünde bulundurur⁵².

Yüklenici olarak, bir gerçek veya tüzel kişinin bulunması mümkün olduğu gibi, iki veya daha fazla kişinin birlikte taahhüt altına girmeleri de mümkündür. Birden fazla yüklenicinin, bütünlük arzeden bir işi birlikte üstlenmeleri durumunda, kendi aralarında bir adi ortaklık oluşturmuş sayılırlar. Adi ortaklık her ne kadar ortaklar arasında bir sözleşme ise de, Türk Borçlar Kanunu'nun adi ortaklığı düzenleyen hükümleri (TBK. m. 620-645; eBK. m. 520-541) ortaklarının üçüncü kişilerle yaptıkları sözleşmeleri de etkilemektedir. Bu tür sözleşmeler genellikle konsorsiyum, bazen de joint venture şeklinde ortaya çıkmaktadır. Çoğunlukla kabul edildiğine göre, ortakların aldıkları inşaat işinin hangi bölümünü yapacakları kararlaştırılmış ise konsorsiyum, şayet bütün müteahhitler elbirliği ile tüm işleri yapacaksa joint venture

⁵¹ Eren, a.g.e., s. 211.

⁵² Oğuzman/ Öz, a.g.e., s. 74.

söz konusu olacaktır. Her ikisinde de değişmeyen husus, tüm müteahhitlerle iş sahibi arasında bir ve aynı sözleşmenin yapılmasıdır.

IV. Eser sözleşmesinin benzer sözleşmelerden farkı

A. Hizmet sözleşmesinden farkı

Eser sözleşmesi, taahhüt edilen belli bir sonuç ve bağımsızlık unsurları yönüyle hizmet sözleşmesinden ayrılmaktadır⁵³. Eser sözleşmesinde tipik unsurlar, ücret karşılığında bir eserin meydana getirilmesi iken, hizmet sözleşmesinde yine ücret karşılığında, sonuç taahhüdü olmaksızın, işverene bağımlı olarak, belirli bir süre çalışma şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁵⁴. Örneğin bir fabrikada belirli menkul malların imali için işe alınan işçi ile işveren arasında bu sebeple hizmet sözleşmesi bulunacaktır. İşçinin özenle hareket etmesine rağmen, sonucun ortaya çıkmaması durumunda işçi, sözleşmeye aykırı davranmış olmayacaktır.

İşçi, işverenin düzenleme ve talimatlarına uymak zorunda olduğu halde⁵⁵, yüklenicinin, iş sahibinin talimatlarına kural olarak uyma borcu bulunmamaktadır. Buna karşılık, yüklenici borcunu, iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.

⁵³ **Tandoğan**, a.g.e., s. 36.

⁵⁴ **Büyükkay** Yusuf, a.g.e., s. 47.

⁵⁵ TBK m. 399: “ İşverenin, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemele yapılabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar”; YHGK. E. 1995/10-146, K. 1995/280, T. 12.4.1995.

B. Vekalet sözleşmesinden farkı

Vekalet sözleşmesi, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelik bir iş görmeyi, bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesinin rizikosunu ona (müvekkile) ait olmak üzere yüklediği sözleşmedir⁵⁶. Vekalet sözleşmesinde vekil, belirli sonucun elde edilmesi için değil, belli bir yönde çalışmak için taahhüt altına girmektedir. Vekil, özen ve sadakatla çalışmış olmasına rağmen arzu edilen sonuç elde edilmemiş olsa bile sözleşmeye uygun davranmış olacaktır.

Türk hukukunda, vekalet sözleşmesinde ücret, sözleşmenin zorunlu unsuru değildir⁵⁷. Ancak, tarafların anlaşması ile sözleşmenin ücretli olarak yapılması durumunda da sözleşmenin niteliğinin değişmediği kabul edilmektedir. Doktrinde, her iki sözleşmenin ayırt edilmesi bakımından, (ücretli veya ücretsiz) belirli bir sonucun vaad edilip edilmediğinin yanında, işin bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinin zorunlu olup olmaması, iş görmenin gerektirdiği masraflara kimin katlanacak olması ölçütlerinin de dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁸.

Hekim ile hasta arasında yapılan sözleşmeler de sonucun vaad edilip edilmemesi kriterine göre, eser veya vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Ancak doktrinde, tedavi sözleşmelerinin niteliği konusunda farklı görüşler de irili sürülmektedir. Alman hukukunda ağırlıklı olarak temsil edilen görüşe göre, bu sözleşme hizmet sözleşmesidir. Türk hukukunda ise, tedavi sözleşmesinin vekalet

⁵⁶ **Tandoğan**, a.g.e., s 356.

⁵⁷ **Erdoğan**, İhsan: İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırması SÜHFD., C III. s. 170.

⁵⁸ **Tandoğan**, a.g.e., s 40.

sözleşmesi olduğu görüşü ağır basmaktadır. Ancak, bazen, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi de mümkündür. Diş protezinin hazırlanmasında olduğu gibi.

C. Satım sözleşmesinden farkı

Satım sözleşmesinde satıcı, alıcının üstlendiği ücret mukabilinde bir malı teslim ve mülkiyeti ona geçirmeyi taahhüt etmektedir. Satım konusu malın, sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olması durumunda satış sözleşmesinin; sözleşme konusunun, sözleşme anında mevcut olmayıp, iş sahibinin vereceği malzeme ile meydana getirilecek olması durumunda ise eser sözleşmesinin varlığı kolayca görülebilir. Ancak, yüklenicinin kendi malzemesi ile üretilen iş sahibine teslim edeceği eser teslimi sözleşmelerini irelide imal edilecek şeylerin satımından ayırt etmek son derece güçlük arz etmektedir⁵⁹.

Gelecekte üretilecek olan menkul malların üretimi ve satışının taahhüt edildiği sözleşmelerin niteliği konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Bu tür sözleşmelerde, borçlu, menkul bir malın önce üretimini ve sonrasında teslimini yapmaktadır. Tartışma, bu tür sözleşmelerin (emptio rei futurae) geleceğe ilişkin malların satımı sözleşmesi mi, yoksa eser sözleşmesi mi olduğu noktasında toplanmaktadır⁶⁰. Bir görüşe göre, bu noktada, edim borcunun cins ya da parça borcu

⁵⁹ Tandoğan, a.g.e., s 42.

⁶⁰ Baygın, a.g.e., s 13.

olması, diğer görüşe göre ise, emek ya da malzeme unsurlarının ağırlıkları dikkate alınmalıdır⁶¹.

Teslim edilecek şeyin monte edilmesi, (takılması, bağlanması, yerleştirilmesi) söz konusu olan hallerde, genellikle emek unsuru ağır basıyorsa istisna akdinin (eser sözleşmesinin), malzeme unsuru üstün ise, satım akdinin varlığı kabul edilmektedir.

Yargıtay ise bir kararında, kamera sistemi satımı ve monte edilmesinin satım sözleşmesi değil, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bir başka kararda ise, satım sözleşmesi ve eser sözleşmesi arasındaki farkı belirleme bakımından isabetli bir ölçü getirilmektedir. Söz konusu kararda, satım sözleşmesinde, satım anında malın alıcı tarafından kullanılmasının mümkün olduğunu, eser sözleşmesinde ise, bu mallar kullanılarak bir imalatın yapılması gerektiği vurgulanmaktadır.

D. Yayım sözleşmesinden farkı

TBK m. 487’de yayım sözleşmesi, “bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır”. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir yayım sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için, yayınlanan, bir fikir ve sanat eserini yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan yayıncının da bu eseri çoğaltmayı ve yayımlamayı üstlenmiş olması gerekir. Görüldüğü üzere, yayınlanan borcu, bir fikir ve sanat eserini

⁶¹ Öz, a.g.e., s 11.

yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmak, yayıncının borcu ise eseri çoğaltmak ve yaymaktır. Ücret sözleşmenin unsurları arasında zikredilmediği için, tarafların bu işin karşılığında ücret talep etmesi mümkün değildir. Aksi takdirde sözleşmenin niteliğinin değişmesi, karma bir sözleşmenin kurulması söz konusu olacaktır. Yayınlanan, eserin teslimi ile yayımcı ise eseri çoğaltmak ve yayma ile sözleşmeden kaynaklanan edimini yerine getirmiş olmaktadır. Eser metninin yalnızca basılıp çoğaltılması için yayınevi ya da matbaa sahibine verilmesi durumunda yayın değil eser sözleşmesi söz konusudur.

V. Joint venture

Joint venture, yalnız ulusal düzeyde değil, uluslararası düzeyde de sıkça başvurulan bir işbirliği modelidir. Zira günümüzde, büyük çapta sermaye ve teknoloji gerektiren, risk unsuru taşıyan projeler genellikle uluslararası nitelikte olup, bu projeler çok uluslu teşebbüslerin katılımıyla oluşturulan joint venture'lar tarafından gerçekleştirilmektedir. Türk hukukunda joint venture kurumunun bütün yönleriyle (unsurları, hüküm ve sonuçlarıyla) ele alındığında bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte, bu kurumla ilgili birtakım hükümler mevzuatda yer almaktadır. Mevzuata 3.6.1949 tarih ve 5422 sayılı eski Kurumlar Vergisi Kanunu'nda 4.12.1985 tarih ve 3239 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle girmiş olan joint venture⁶² bu kanunda "iş ortaklığı" şeklinde ifade edilmiştir. İş ortaklığı, bu kanunun

⁶² Yapılan bu değişiklikle, kanunun 1. Maddesine E bendi eklenerek, kazançları Kurumlar Vergisine tabi kurumlar arasına, bu bentle "iş ortaklıkları" da alınmıştır. Aynı kanuna eklenen mükerrer 6. Maddede ise, iş ortaklığı tanımlanmıştır.

mükerrer 6. maddesinde, tüzel kişiliği haiz kurum ve ortaklıkların, kendi aralarında, şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerle belli bir işin birlikte yapılmasını müştereken taahhüt etmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklar şeklinde tanımlanmıştır. 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nu yürürlükten kaldıran 13.6.2006 tarih ve 5520 sayılı yeni Kurumlar Vergisi Kanunu’nda (m.2) aynı tanım yer almaktadır⁶³. Doktrinde ise joint venture’ın çeşitli şekillerde tanımlandığı, üzerinde ittifak edilen bir tanımın olmadığı görülmektedir. Esasen joint venture’ın çeşitli türleri söz konusu olduğundan, iş veya faaliyetin özellik ve niteliğine göre farklı tanımlar yapılması normaldir. Joint venture’ın en önemli özelliklerinden biri, esnek bir yapıda olması ve belirli bir kalıbın bulunmamasıdır.

Bir tanıma göre, “joint venture, iki veya daha çok hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız kişi veya tüzel kişiliği haiz şirketlerin müştereken belli bir amacı gerçekleştirmek ve kar elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklıktır”. Yargıtay ise bir kararında joint venture’ı şu şekilde tanımlamıştır: “Müşterek iş (teşebbüs) ortaklığı iki veya daha fazla sermaye katılımı bulunan teşebbüslerin belli bir sahada (sektörde) hizmet vermek ve bir amacı gerçekleştirmek için oluşturdukları bir teşebbüs ve ortaklıktır”⁶⁴.

TBK. m. 683/3 uyarınca, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça müteahhit ortaklar iş sahibine karşı sözleşmede ayrı ayrı belirtilmiş olsa bile, aksi

⁶³ **Kocaağa**, Köksal, İnşaat sözleşmesi; Ankara, 2014, s. 36.

⁶⁴ Yargıtay 13. HD,2.10.1995, E. 1995/7761, K. 1995/8331.

kararlaştırılmadıka, ifanın yapılmasını veya ifa etmemeden dolayı zararın tazminini dilediği müteahhitten talep edebilir⁶⁵.

Eser sözleşmesinde bir ücret ödeme taahhüdü yeterli olup, bunun miktarının da sözleşme yapılırken belirlenmiş ya da belirlenebilir kılınmış olmasına gerek yoktur. Bu yüzden, eser ücretinin miktarı eser sözleşmesinin objektif esaslı bir unsur değildir. Meydana getirilecek eser karşılığı ücret ödenmesi kararlaştırılmış ve fakat bunun miktarı sözleşmede belirlenmemiş ise, yine de eser sözleşmesi kurulmuş sayılır. Söz konusu sözleşme boşluğu tamamlayıcı bir yedek hukuk kuralı olan, TBK. m. 481'den istifade edilmek suretiyle hakim tarafından doldurulur⁶⁶: “*Eserin bedeli önceden belirlenmiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir*”.

İş sahibinin bu ücret (bedel) ödeme borcu, hizmet sözleşmesindeki işverenin ücret ödeme borcu, vekalet sözleşmesindeki müvekkilin ücret ödeme borcu ile satım sözleşmesindeki ücret ödeme borcundan nitelik bakımından farksızdır. Hiçbir özellik taşımayan, iş sahibinin ücret ödeme borcunun eser sözleşmesine özelliğini vermekten uzak olduğu açıktır. Ne var ki varlığı eser sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırdetmeye yetmeyen bu bedel ödeme borcunun para şeklinde kararlaştırılması şarttır. Eser sözleşmesinin niteliğini belirleyen unsur, iş sahibinin değil, müteahhidin edim borcudur⁶⁷.

⁶⁵ Öz, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat ; İstanbul, 2006, s. 48.

⁶⁶ Baygın, a.g.e., s.15; BK. m. 366.

⁶⁷ Öz, a.g.e., s.2.

Ücretin hesaplanış tarzı da eser sözleşmesinin niteliğini belirlenmesinde büyük önem arzmemektedir. Ücretin bütün eser için tek bir rakam olarak veya çeşitli işler ve masraflar için çalışma günlerine veya saatlerine, ölçü veya ağırlığına göre veya parça başına birim fiyatları üzerinden belirlenmesi mümkündür⁶⁸. Eser sözleşmesine hazırlayıcı bazı çalışmalar, özellikle bir inşaat için açıkça ücret kararlaştırılmamış olması durumunda, ücret istenip istenemeyeceği hususu ise tartışmalıdır⁶⁹.

Eser sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesinin bir diğer şartı da sözleşme tarafların sözleşme yapma ehliyetlerinin ve tasarruf yetkilerinin bulunmasıdır. Tarafların tam olarak fiil ehliyetine sahip olmaları durumunda hiçbir onaya ihtiyaç duyulmadan geçerli sözleşme yapmaları mümkündür. Tarafların sınırlı ehliyetsiz olmaları ya da kendilerine yasal danışman atanması durumunda ise kanuni temsilci ya da yasal danışmanlarının onayını almaları zorunludur⁷⁰.

Ş2 FİDİC TİP SÖZLEŞMELERİ

I. FİDİC'in tanımı

1913 yılında İsviçrenin Lozan kentinde kurulmuş bulunan “Federation Internationale des Ingenieurs Conseils” (Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu) ve “Federation Internationale du Batiment et des Travaux Publics”

⁶⁸ **Tandoğan**, a.g.e., s.27.

⁶⁹ Tartışmalar için bkz. **Tandoğan**, a.g.e., s.25.

⁷⁰ TMK. m. 451; m 429/4.

(Konut ve Bayındırlık İşleri Uluslararası Federasyonu) adlı iki meslek örgütü, FİDİC Tip Sözleşmelerini müştereken hazırlayarak 1957 yılında ilk baskısını yapmışlardır.

FİDİC'in üyeleri; Türk Müşavir Mühendisler ve Mimarlar Birliği de dahil 67 ülkenin ulusal müşavir mühendis birlikleridir. Federasyon, dünya teknik müşavirlik kurallarını hazırlamakta ve ilgili dökümanları yayınlamaktadır.

EFCA ise (Avrupa Müşavir Mühendis Birlikleri Federasyonu), 1992 yılında kurulmuştur ve 24 Avrupa ülkesinden 25 ulusal müşavir mühendis birliğini çatısı altında toplamaktadır. Bağımsız bir mesleki organizasyon olan EFCA, müşavir-mühendislik hizmetlerini etkileyen direktiflerin ve tüzüklerin hazırlanması, meslek ve toplum için adil olabilmesi için Avrupa Birliğini temsil eden organizasyonlarla sürekli iletişim içindedir.

FİDİC Tip Sözleşmeleri, 1969 yılında Asya ve Batı Pasifik Müteahhitleri Birlikleri Uluslararası Federasyonu tarafından ve 1971 yılında "Amerikan Birleşik Devletleri Genel Müteahhitleri Birliği" ve "Uluslararası Amerikan İnşaat Endüstrisi Federasyonu" tarafından kabul ve tasdik protokollerinin imzalanması sonucunda kesin biçimde uluslararası bir hüviyete kavuşmuştur⁷¹.

FİDİC Tip Sözleşmelerinde iş sahibi ve yükleniciye karşı mühendisin bağımsızlığı ve tarafsızlığı esas alınmıştır⁷². FİDİC Sözleşmelerinin ilk baskısından sonra, zaman içerisinde uygulamanın getirdiği tecrübeler sonucunda bazı önemli değişiklikleri içeren yeni baskıları uygulanmıştır. FİDİC, kendi tip sözleşmelerini

⁷¹ [file:///C:/Users/user/Downloads/5000072177-5000096647-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/5000072177-5000096647-1-PB%20(1).pdf)

⁷² http://www.imo.org.tr/resimler/dosya_ekler/651feb4934251ff_ek.pdf?dergi=182

hazırlarken, İngiltere'deki "Institute of Civil Engineers" (ICE) tarafından 1945 yılında ilk baskısı yayınlamış olan tip sözleşmelerden esinlenmiştir.

Teknik şartname ve çizimlerde inşaat işlerinin kapsam ve niteliği açık bir şekilde tanımlandığı gibi, yapım işlerinin hukuki dayanağını oluşturan inşaat projesinin istenen zamanda ve bütçe dahilinde tanımlanabilmesi için her aşamanın nasıl gerçekleştirileceği, risk ve sorumlulukların neler olduğu açık ve kesin bir şekilde tanımlanmalıdır. 1987 yılında yayınlanan ve "Kırmızı Kitap" olarak bilinen FİDİC İnşaat İşleri İdari Şartnamesinin 4'ncü baskısı, uluslararası inşaat işlerinde çok yaygın bir biçimde kullanılmakta olup, müteahhit ile iş sahibi arasında adil bir risk dengesi kurduğundan dolayı, dünya çapında çok sayıda büyük ölçekli altyapı projesinin başarıyla tamamlanmasına katkı sağlamıştır. FİDİC Tip Sözleşmeleri esas itibariyle genel ve özel hükümlerden oluşan bir ehber olarak ele alınmalıdır⁷³.

II. FİDİC kapsamında inşaat işleri için sözleşme şartları

1. İnşaat İşleri İdari Şartnamesi (Conditions of Contract for Construction): "Kırmızı Kitap" da denilen bu şartname, ihale ve inşaat sözleşmesinin temel ilkelerini tespit etmektedir⁷⁴. Bu şartnamede işin projesinin işveren tarafından hazırlanıp veya hazırlatılıp müteahhide inşaat işinin yaptırılması öngörülmektedir.

2. (Endüstriyel) Tesis ve Tasarla-Yap Modeli İşler için İnşaat Sözleşmesi Şartları (Conditions of Contract for Plant and Design-Build): "Sarı Kitap"da denilen

⁷³ http://www.imo.org.tr/resimler/dosya_ekler/651feb4934251ff_ek.pdf?dergi=182

⁷⁴ [file:///C:/Users/user/Downloads/5000072177-5000096647-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/5000072177-5000096647-1-PB%20(1).pdf)

bu şartname, tasarımı ve inşaatı veya montajı müteahhit tarafından yapılacak olan yapım ve mühendislik işlerinde kullanılmak için hazırlanmıştır.

3. Mühendislik, Satın Alma, Yapım/Anahtar Teslimi Projeler için İnşaat Sözleşmesi Şartları (Conditions of Contract for EPC/Turkey): “Gümüş Kitap” da denilen bu şartname, enerji santrali, fabrika veya arıtma tesisi gibi anahtar teslimi yapılacak işler için öngörülmektedir.

4. Kısa Sözleşme (Short Form of Contract): “Yeşil Kitap” da denilen bu şartnamede, önceki şartnamelere göre farklı bir düzenleme öngörülmektedir. Bu farklı düzenlemeye göre FIDIC, sözleşme bedeli 500.000 ABD Dolarından daha az olan ve 6 ayda bitirilmesi öngörülen bina veya herhangi bir mühendislik işi için kontrolörlük hizmetlerinin işveren idare tarafından yapılabileceğini kabul etmek suretiyle, inşaat işinin kontrolörlüğü için müşavir mühendis istihdamını zorunlu kılmamıştır.

Yukarıda kısaca tanıtılan kitaplar (şartnameler) iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım, sözleşmelerde yer verilmesi gereken genel ilkelere yer verirken; ikinci kısım ise, her ihalede işin özelliği esas alınarak birinci kısma uygun olarak hazırlanacak özel şartların hazırlanmasına rehberlik edecek niteliktedir. Yapılan değişiklikler ile şartnameler sistematik olarak hem birbirlerine daha uyumlu hale getirilerek, birinci kısımları 20 madde olarak düzenlenmiş hem de ikinci kısımları madde ve başlık olarak birinci kısım ile ilişkilendirilmiştir. Türkiyede yapım işlerinde daha çok Kırmızı Kitap uygulanmaktadır.

III. FİDİC Şartnamelerinin Öngördükleri İnşaat Sözleşmeleri Biçimi

FİDİC Başkanı Julian S.Tritton, şartnamenin 1957 yılında yayınlanan ilk baskısının tanıtımında FİDİC şartnamelerinin amacını, “risklerin iş sahibi ile müteahhit arasında adilane biçimde dağılımını sağlamak” olarak ifade etmiştir. Bu bağlamda, FİDİC şartnamelerinin bir denge kurmayı, hatta ağırlıklı olarak müteahhidin işveren karşısında ezilmesini önlemeyi hedeflediği gözlenmektedir. Tritton, inşaat sözleşmelerinin dünyadaki tatbikatından edinilen tecrübelerin bir ürünü olan FİDİC şartnamelerinin birçok hükümlerinin istikrarlı şekilde uygulanan genel hükümler olduğunu, bazı hükümlerin ise inşaat işinin bulunduğu mahal ve şartlara göre zaruri olarak değişeceklerini ve bu nedenle FİDİC şartnamelerinin birincisi Genel Şartlar, ikincisi ise Özel Uygulama Şartları olmak üzere iki kısımdan oluştuğunu açıklamıştır. FİDİC şartnamelerinin birinci ve ikinci kısımlarını birbirlerinden ayırmak mümkün değildir. Uluslararası kabul görmüş ana kurallar ile teçhiz edilmiş olan birinci kısım ile, işin yapılacağı yerdeki jeolojik şartların yanısıra o ülkedeki sosyo-ekonomik şartları, işverenin işe müdahale arzusunun sınırlarını, işin tamamının veya kısım kısım teslimi gibi değişken şartları içeren ikinci kısım, birlikte tek bir FİDİC şartnamesini oluşturmaktadır⁷⁵. Taraflar aralarındaki inşaat ilişkisini FİDİC kurallarını esas alarak düzenlemeleri durumunda, taraflara kanunlarca tanınan irade serbestisi sınırları çerçevesinde FİDİC kuralları uygulanacaktır⁷⁶

⁷⁵ [file:///C:/Users/user/Downloads/5000072177-5000096647-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/5000072177-5000096647-1-PB%20(1).pdf)

⁷⁶ http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/18_2_2.pdf

Birinci kısım “Genel İdari Şartname” başlığı altında 72 madde ve bu maddelerin 160 alt maddesinden oluşmaktadır. Bu kısım da bir inşaat sözleşmesinin nasıl düzenleneceği hakkında temel ilkeler belirlenmiştir.

İkinci kısım ise “Özel İdari Şartname ve Hazırlama İlkeleri” başlığı altında, birinci kısımdaki ilkelerden hareketle, işverenlerin her bir ayrı inşaat sözleşmesinde işin ve yerel şartların gereği nasıl bir düzenleme yapabileceklerini niteliğinde örnek olarak açıklamaktadır.

FİDİC şartnameleri, temelde bir özel hukuk sözleşmesi olan inşaat sözleşmesinin tabi olacağı hükümleri düzenlediği için tarafların anlaşması şartıyla sözleşme ve şartnamelerde işin her aşamasında değişiklik yapılması söz konusu olabilir. Oysaki kamu adına ihale yapan yetkileri, özel bir işveren değil kamunun temsilcisidirler ve sorumlulukları kamuya karşıdır. FİDİC Genel İdari Şartnamenin (Kırmızı Kitabın) 51-52’nci maddelerinde “iş değişiklikleri” düzenlenmiştir. Bu maddelere göre, mühendis, işe başladıktan sonra önceden öngörülmemiş işle ilgili bir takım yeni imalat ve benzerlerinin yapılmasını müteahhitten isteyebilir. Müteahhit, mühendisin bu taleplerini yerine getirmek zorundadır. Bu hususta müteahhite tanınan itiraz hakkı sınırlıdır.

FİDİC şartnameleri, uluslararası ihale konusu işlerde genel kullanım için tavsiye edilmekle birlikte, ulusal düzeydeki ihalelerde de kullanıma uygundur. Uluslararası İnşaat sözleşmelerinde taraflar arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesinde nihai çözüm uluslararası tahkimdir⁷⁷. FİDİC şartnameleri hazırlanırken, bazı maddelerin

⁷⁷ <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1282>

genelde uygulanacağı bazılarının ise işlerin özelliğine ve yerine göre değişikliklere uğratılması gerekeceği kabul edilmiştir. Genel İdari Şartnamede yer verilen genelde uygulanacak maddeler, normal olarak hazırlanan inşaat sözleşmesi metinlerine, hazırlandıkları gibi dahil edilebilmelerini kolaylaştıracak bir şekilde basılmışlardır. FIDIC Genel İdari Şartname (Birinci Kısım) ve Özel İdari Şartname (İkinci Kısım), tarafların haklarının ve görevlerinin tamamını kapsayan bir bütünlük kazanmıştır. Bu nedenle ikinci kısım için standart bir form üretilmemiştir; zira ikinci kısmın her ihale için ayrıca hazırlanması gerekecektir. Bu bağlamda FIDIC'in yayınladığı Özel İdari Şartname Klavuzunun amacı, çeşitli maddeler için gerekirse seçenekler vermek suretiyle bu konuda yardımcı olmaktır.

IV. FIDIC Genel İdari Şartnamesinin Uygulamada Sık Başvurulan Maddeleri Hakkında Açıklamalar (Denetim ve Kabul).

Ödeme veya kısmi ödemeler genellikle ona dayanarak yapıldığı için bir inşaat sözleşmesinin yönetim sürecinde işin veya tamamlanmış işin ilerleyen safhalarının kabulü önem arz etmektedir. Bu husus, sözleşmede genellikle özel bir özenle düzenlenmektedir. Çoğu zaman inşaat sözleşmeleri, geçici kabul ve kesin kabul hallerini ayrı ayrı düzenlenmektedir⁷⁸. Tarafların düzenlenmesine göre, mühendis olurlarını verecektir ve böylece paranın bir kısmı daha müteahhide ödenir hale gelecektir.

⁷⁸ [file:///C:/Users/user/Downloads/5000072177-5000096647-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/5000072177-5000096647-1-PB%20(1).pdf)

Büyük bir inşaat işini başlangıçtaki orijinal projesine (ve çizimlere) göre gerçekleştirmek çok nadiren mümkün olabildiği için bir inşaat sözleşmesi hükümlerinde sonradan yapılacak değişikliklere, çıkarmalara ve ilavelere ilişkin olarak uygulamada büyük zorluklar doğmaktadır. Bu hususta FİDİC Genel İdari Şartnamesinin 52.1'nci maddesi, oranların ve fiyatların sabit tutulması hakkında detaylı kurallar içermektedir. Bu maddeye: “Yukarıdaki 51'nci maddede değinilen tüm değişiklikler ile sözleşme bedeline yapılan ve işbu 52'nci madde uyarınca tespit edilmesi istenilen zamlar (işbu madde kapsamındaki adıyla “miktarı değiştirilen iş”), kontrollükçe de (yani mühendisçe de) uygun görülürse sözleşmede verilen fiyatlara ve birim fiyatlara göre değerlendirilir⁷⁹ .

Sözleşmede miktarı değiştirilen işe uygulanabilecek fiyat veya birim fiyat yoksa değerlendirme bazı olarak makul olduğu ölçüde, sözleşmedeki bu fiyat ve birim fiyatlar kullanılır; bu da mümkün değilse kontrollüğün, işveren ve yüklenici ile yaptığı danışmalarından sonra kontrollük ile yüklenici arasında uygun fiyatlar veya birim fiyatlar üzerinde bir anlaşmaya varılır.

⁷⁹ [file:///C:/Users/user/Downloads/5000072177-5000096647-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/5000072177-5000096647-1-PB%20(1).pdf)

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

§1. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak eser sözleşmesinde tarafların bir takım borçlarının Borçlar Kanunu hükümleri ile açıkça öngörülmesine ilave olarak, dürüstlük kuralından ve işin niteliğinden kaynaklanan bir takım yan borçların var olduğunu söylemek de mümkündür. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanun'unun 471 ila 475. maddeleri arasında (BK. m. 346-363) müteahhidin borçları ifade edilmiştir. Bu bağlamda, müteahhidin borçları, “genel olarak”, “malzeme bakımından”, “işe başlama ve yürütme”, “ayıp sebebiyle sorumluluk” konuları etrafında düzenlenmiş olup, düzenleme tarzı bakımından 818 sayılı eBK'nun sistematığının takip edildiğini söylemek mümkündür. Yüklenicinin borçlarından bazıları, eserin sözleşmeye uygun olarak hazırlanması ile ilgili olup, işi sadakat ve özenle yapma, işi bizzat yapma (istisnası mümkündür), araç ve gereçlerle malzemeye ilişkin borçlar, işe zamanında başlama ve devam etme, genel ihbar yükümlülüğü olarak; bazıları ise, meydana getirilen eserin teslimi ile ilgili olup, bunlar eseri teslim borcu, ayıba karşı tekeffül borcu ve eserin hasarına katlanma borcu olarak sayılabilecektir⁸⁰.

I. Yüklenicinin eseri teslim ve imal borcu

Eserin teslimi, eserin tamamlanmasını gerektirmektedir ve bunun için bazı durumlarda yalın bir bildirim yeterli kabul edilmektedir⁸¹. Çok ilginçtir ki

⁸⁰ Yavuz, a.g.e., s.505.

⁸¹ Tandoğan, a.g.e., s.125.

yüklenicinin eseri teslim borcu ne eBK. ne de TBK. tarafından açıkça düzenlenmemiştir. Bunula birlikte, bu borcun kanun koyucu tarafından zımnen kabul edildiğini söylemek mümkündür⁸². Her ne kadar eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlarını düzenleyen TBK. m. 470 (eBK. m. 356) hükmünde eserin tesliminden söz edilmemişse de (özellikle TBK. m.474, 477, 478, 483; eBK. m. 359,360,362,363,364 ve 371) kanun koyucu tarafından kullanılan teslim, teslim zamanı ve işin kabulü kavramları ile müteahhidin imal mükellefiyetinin yanında bir de teslim borcunun bulunduğuna işaret edilmektedir. Teslim, genellikle tamamlanmış olan eserin sözleşmenin ifası amacıyla verilmesi anlamını taşımasına karşılık bazen taraflar, eserin tamamlanmasından önce kısmi teslimini öngörebilirler.

Teslim mükellefiyeti, yüklenicinin borçları arasında açıkça zikredilen ayıba karşı tekeffül borcunun da bir ön şartını oluşturmaktadır. Buna ilave olarak, yüklenici eserin tesliminde gecikirse iş sahibi borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Yüklenicinin eseri ayıplı olarak teslim etmesi durumunda ise ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Eser sözleşmelerinde eserin teslimi ile işin kabulü kavramları birbirinden farklı kavramlar olup, yüklendikleri anlam ve sonuçlar da birbirinden farklıdır. Genel olarak taşınırlarda teslim, taşınmazlarda kabul kavramı kullanılmaktadır⁸³.

Teslim kavramının da birden çok anlam ve fonksiyonunun bulunduğunu belirtmek gerekir. Öncelikle olarak teslim, bitirilen bir menkul eserin, iş sahibine teslimi ve mülkiyetin ona geçirilmesi anlamını taşımaktadır. Ancak, bazı durumlarda

⁸² **Yavuz**, a.g.e., s.550.

⁸³ **Seliçi**, a.g.e., s.36

örneğin, iş sahibinin mülkiyetinde bulunan ve müteahhide teslim edilen bir mal üzerinde eserin imal edilmiş olması durumunda teslim, sadece zilyetliğin devri anlamına gelecektir. Bazı durumlarda ise ne mülkiyetin devri ne de zilyetliğin geçirilmesi söz konusu olacaktır. Örneğin, iş sahibinin evinin boyanması durumunda, ne mülkiyeti ne de zilyetliği devredilecek bir hak bulunmaktadır. Bu durumda yüklenicinin iş tamamladıktan sonra, bunu iş sahibine bildirmesi ve orayı terketmesi teslim olarak nitelendirilecektir⁸⁴.

Teslim kavramı, imal edilen şeyin niteliğine göre de farklılık arzedecektir. Sözleşmenin konusunun menkul bir mal olduğu durumlarda, teslim, tamamlanan eser üzerindeki zilyetliğin iş sahibine verilmesiyle mümkündür. Eserin maddi niteliğinin bulunmadığı, örneğin, fikri bir emeğin sonucu olması durumunda, eserin üzerinde biçimlendiği şeyin, örneğin bir hukuki mütalaanın yazıldığı kağıdın, müziğin kaydedildiği malzemenin işin sahibine teslimi ile de teslim borcu yerine getirilmiş sayılacaktır.

Eser sözleşmesinde eserin teslim anı, yarar ve hasarın iş sahibine geçmesi, ayıba karşı tekeffülde muayene ve ihbar sürelerinin işlemeye başlaması, ayıba karşı tekeffülden doğan davalarda zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması ve müteahhidin ücret alacağıının muaccel olması bakımından önem taşımaktadır⁸⁵.

İmal edilen eserin teslim yeri malın niteliğine ve tarafların anlaşmasına göre farklılık gösterebilecektir. Bir taşınmazın imalinde, eserin teslim edileceği yer,

⁸⁴ **Uçar**, Ayhan: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003. s. 515 vd.

⁸⁵ **Aral/Ayrancı**, a.g.e., s. 346.

taşınmazın bulunduğu yerdir. Menkul bir malın söz konusu olması ve tarafların aksini kararlaştırmamaları durumunda ise, bu tür borçlar aranılacak borçlar olup, iş sahibi tarafından aranmalıdır. TBK. m. 89/2 hükmüne göre, “*Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde*” ifa olunacaktır.

Yüklenicinin eseri teslim borcunu zamanında yerine getirememesi durumunda, borçlu temerrüdü şartlarından biri oluşmuş demektir. Gecikmenin tek başına temerrüde yol açıp açmadığı, somut olayın özelliklerine göre incelenmelidir.

Eserin tesliminde gecikmede müteahhidin temerrüdü özel hükümlerle düzenlenmemiştir. Bu durumda, borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK. m. 117-122 ile tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün düzenlendiği TBK. m. 123-126 uygulama imkanı bulmaktadır. Yüklenicinin işe zamanında başlamaması ya da işin vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması durumlarında, iş sahibine sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanıyan TBK. m. 473 hükmü doktrinde, “vadeden önce temerrüt” olarak nitelendirilmektedir⁸⁶. Bu hüküm, belirli durumlarda, sadece iş sahibine sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanımaktadır.

II. Yüklenicinin işi bizzat kendisinin yapma borcu

TBK. m. 83’e göre, borçlu kural olarak borcunu bizzat kendisi ifa etmek zorunda değildir. Ancak, borcun bizzat kendisi tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaatinin bulunması durumunda, borçlu borcunu bizzat ifa etmek ya da yönetimi

⁸⁶ Tandoğan, a.g.e., s.130.

altında ifasını sağlamak zorundadır⁸⁷. Borcun müteahhit tarafından bizzat ifa edilmesinde alacaklının menfaatinin bulunmadığı durumlarda ise müteahhit eseri imal ve teslim borcunu üçüncü kişiler aracılığı ile gerçekleştirebilirler.

Ancak yapılacak eser, sanat eserlerinde olduğu gibi, yüklenicinin maddi ve fikri bireysel yeteneklerinden, başkası onun kişisel yönetimi altında olsa bile, aynı eseri ortaya çıkaramayacak derecede etkileniyorsa, işin müteahhit tarafından bizzat yapılması zorunludur; bu gibi hallerde eser özgün yapısını ve değerini onu yapanın kişiliğinden alır ve yerine başkası konulamaz.

Tarafların TBK. m. 471’de ifade edilen işi yüklenicinin bizzat yapması kuralını sözleşme ile değiştirmeleri mümkündür. Örneğin, başkaları da tamamen aynı nitelikte eser meydana getirebilecek durumda olsalar bile sözleşmede yüklenicinin işi bizzat yapma borcu şart kılınabilir; yahut işin imalinde yüklenicinin nitelikleri önem arzetmese bile, işin yine de bizzat yüklenici tarafından imal ve teslimi sözleşme ile kararlaştırılabilir. İşin imali için yüklenicinin şahsi niteliklerinin önemli olması ihtimalinde de, sözleşme ile işin bir üçüncü kişiye yaptırılması kararlaştırılabilir⁸⁸.

İşin bir kısmının üçüncü kişiye yaptırılması, ya işin niteliğinin böyle bir davranışı zorunlu kılması ile ya da bu durumun taraflarca açıkça kararlaştırılması durumunda söz konusu olabilir. Asıl yüklenicinin işin bir kısmını üçüncü kişiye yaptırma yetkisi sözleşme yapıldığı sırada verilebileceği gibi, sonradan da izin yada icazet şeklinde verilmesi mümkündür.

⁸⁷ **Kılıçoğlu**, Ahmet, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFĐ., 1975, C. XXXII, S. 1-4, s. 185.

⁸⁸ **Tandoğan**, a.g.e., s.73.

III. Yükelnicinin işi bizzat yapma borcunun istisnaları (alt müteahhit sözleşmesi)

Alt müteahhit, müteahhitte yaptığı bir eser sözleşmesi ile müteahhidin asıl iş sahibine karşı borçlandığı işin bir kısmının veya tamamının yerine getirilmesini taahhüt eden kişi olarak tanımlanmaktadır⁸⁹. Hukukumuzda alt müteahhitlik sözleşmesini doğrudan tanımlayan bir hüküm olmaması nedeniyle, doktrinde genellikle, alt müteahhitlik sözleşmesinin tanımlanması yoluna gidilmektedir. Alt müteahhitlik sözleşmeleri, genel olarak inşaat sektöründe ve büyük inşaat projelerinin gerçekleştirilmesinde gündeme gelmektedir. Özellikle metro, stadyum, baraj, alışveriş merkezi ve otel gibi birçok uzmanlık alanı gerektiren büyük işlerin ifasına ilişkin inşaat sözleşmelerinin gereği gibi ifa edilmesi için, farklı kişilerin uzmanlığına ihtiyaç duyulabilir. Bu nedenle müteahhit aldığı işin bir kısmını veya tamamını her biri kendi alanında uzman olan başka kişilerle istisna (eser) sözleşmesi yaptırma yolunu seçer. Ancak, müteahhidin böyle bir yola başvurabilmesi için eser meydana getirmede kişisel özelliklerinin önem taşıması gerekir.

Asıl müteahhit, kendi adına ve hesabına yerine getirmeyi borçlandığı edimi ya da edimin bir kısmının meydana getirilmesini, sonraki bir eser sözleşmesi ile alt müteahhite bırakmaktadır. Asıl eser sözleşmesinde müteahhidin edim alacaklısı iş sahibi iken, alt eser sözleşmesinde edim alacaklısı ilk müteahhittir. Alt sözleşmesinin kurulması durumunda, sözleşmenin tarafları ilk müteahhit ile alt müteahhittir. Alt müteahhit ile iş sahibi arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmamaktadır. Alt müteahhit, eseri ilk müteahhit adına ve hesabına yapmaktadır. Edim yükümlüğünden dolayı

⁸⁹ Aral/ Ayrancı, a.g.e., s. 327.

sorumluluğu da ilk müteahhide karşıdır. Sözleşme ile aksi kararlaştırılmamış ise, alt müteahhidin iş sahibine karşı herhangi bir borcu ve iş sahibinden bir alacağı doğmamaktadır.

Alt müteahhit sözleşmesinde, alt müteahhit ücret karşılığında, asıl müteahhide karşı bir eseri yapma borcunu üstlenmiş olmaktadır. Yaptığı işi ona teslim borcunun yanında, eksik imalat ya da ayıplardan dolayı da müteahhide karşı sorumluluğu bulunmaktadır. Alt müteahhitlik sözleşmesi kurulması bakımından asıl eser sözleşmesinden bağımsızdır⁹⁰.

Alt müteahhidin sözleşme şartlarına aykırı imalat yapması durumunda, asıl iş sahibi bu edimleri dikkate alarak, asıl müteahhide karşı kanunun kendisine tanıdığı haklardan istifade edebilecektir. Örneğin, alt müteahhidin işe zamanında başlamaması, asıl müteahhidin işe zamanında başlamaması olarak nitelendirilebilir ise, iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Aynı şekilde yapılan imalat ayıplı ise, iş sahibi asıl müteahhide karşı ayıplı imalattan doğan haklarını kullanabilir. Alt müteahhidin iş sahibinden ücret talep etme hakkı bulunmamaktadır. Ancak sözleşme ile aksi kararlaştırılabilir.

İş sahibi ile sözleşme imzalayan ilk müteahhit, sözleşmeye aykırı olarak, eser sözleşmesini bir üçüncü kişiye devredemez⁹¹. Sözleşmenin devri, alt eser sözleşmesinden hukuki niteliği ile farklı bir kavramdır. Burada, asıl müteahhidin iş sahibinin bir temsilcisi olarak hareket etmesi söz konusudur. Böyle bir sözleşmenin hukuken hüküm ifade edebilmesi, iş sahibinin izin ya da icazetine bağlıdır. Aksi

⁹⁰ Aral/ Ayrancı, a.g.e., s. 329.

⁹¹ Ayrancı, Hasan: Sözleşmenin Yüklenmesi (Devri), Ankara, 2003, s. 106.

takdirde, ilk müteahhit, yetkisiz temsili sıfatıyla hareket etmiş olur ve yapılan sözleşme iş sahibini bağlamaz.

Alt müteahhitlik kurumu ve buna bağlı olarak alt müteahhitlik sözleşmesi, uluslararası alanda da uygulama alanı bulan bir durumdur. 1913 yılında İsviçre'nin Lozan şehrinde kurulmuş olan 'Federation International des Ingenieurs Conseils' (Müşavir Mühendisler Uluslararası Federasyonu) tarafından hazırlanan FIDIC Tip Sözleşmeleri ve Şartnameleri'nde de, işverenin izni ve onayı olmadan müteahhidin sözleşmeyi ve onun bir bölümünü başka birine devretmesinin yasak olduğu durumlarda, genellikle müteahhidin sözleşmenin belirli bölümlerinin yerine getirilmesini alt müteahhitlere devredebileceği kabul edilmektedir.

Asıl müteahhidin kişisel özelliklerinin önemine ilişkin bir değerlendirme yapılırken, iş sahibi ile asıl müteahhit arasındaki güven ilişkisi de göz önüne alınmalıdır. Çünkü bir müteahhide işinin ifası için başvuran iş sahibinin sonuçta ulaşmak istediği amaç bellidir. Bu amaca en iyi şekilde ulaşmayı düşünen ve işinin gereği gibi ifa edilmesini isteyen iş sahibinin asıl müteahhide başvurması sonuçta bir güven ilişkisinin sonucudur. İş sahibi asıl müteahhide işini verirken, onunla arasındaki şahsi ilişkilerini, müteahhidin maddi durumunu, işi zamanında bitirip bitiremeyeceğini dikkate alır.

Son olarak, alt müteahhitlik sözleşmesinin unsurları şu şekilde sıralanabilir:

- Eser
- Meydana getirme (İmal)
- Ücret ödeme taahhüdü (Bedel ödeme yükünlülüğü)

- Anlaşma

IV. Yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam etme borcu

Yüklenici öncelikli olarak işe zamanında başlamak zorundadır. İşe başlaması için belirli vade kararlaştırılması durumunda, bu vadede işe başlamak gerekir. İşe başlama zamanı belirli bir takvim günü olarak belirlenbileceği gibi, başka bir olaya da bağlanabilir. İşe başlama hususunda her hangi bir vadenin belirlenmediği durumlarda ise, TBK. m. 90 hükmüne göre, yüklenicinin hemen işe başlaması gerekir.

Sözleşmede kararlaştırılan işe ne zaman başlamış sayılacağı da ayrı bir hukuki sorundur. Örneğin malzeme temini, proje yapılması, ruhsat alınması gibi işlemler işe başlanması için yeterli olacağı tartışmalı konudur. Kural olarak eser sözleşmesinde her somut olaya göre durumu değerlendirmek gerekir.

Eserin, zamanında ve noksansız iş sahibine teslimi, zorunlu olarak, yapım sürecindeki iş görme ediminin geciktirilmeden, gereği gibi yerine getirilmesine bağlıdır. Kanun koyucu iş görme sürecindeki gelişmelerin, mutlak teslim borcuna yansiyarak, zamanında teslimi olanaksız kılacağı anlaşılan hallerde, iş sahibine teslim zamanına kadar boşu boşuna beklemeden sözleşmeden dönme imkanı tanımaktadır.

İş sahibinin, eserin teslim zamanından önce, sözleşmeden dönebilmesi için, yüklenicinin işe zamanında başlamaması ya da başlamış olmasına rağmen, iş programına göre işin yürütülememesi veyahut da iş sahibine yüklenmeyecek bir

sebepten dolayı işin vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması gerekir. İş sahibinin yüklenicinin işe başlamaması ya da vadeye yetişmeyeceğinin anlaşılması durumlarında dönme hakkını kullanabilmesi için, yüklenicinin kusurlu olması gerekmemektedir⁹². Onun sadece sözleşmeye aykırı davranışı dönme için yeterli olacaktır⁹³. Bu bakımdan da Kanun iş sahibini oldukça koruma altına alıyor.

V. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu

TBK.'da yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu açıkça ifade edilmese bile, m. 474'de, iş sahibinin ayıpları bildirme yükümlülüğünden bahsedilmiş olması, müteakip maddelerde iş sahibinin sahip olduğu hakların ve bunların kullanma tarzlarının belirtilmesi, yüklenicinin kanundan doğan bir ayıba karşı tekeffül sorumluluğu bulunduğu sonucunu doğurmaktadır⁹⁴. İş sahibi yükleniciden ayıpsız, yani sözleşmeyle açıkça kararlaştırılan ve çeşidi ile kullanım amacına uygun vasıflara sahip bir eser meydana getirilmesini ve teslimini talep edebilir.

Eserin ayıplı olup olmadığının tespitinde öncelikli olarak, taraflar arasında kurulmuş sözleşme hükümleri dikkate alınacaktır. Bu konuda genel bir kriter getirmek mümkün değildir. Her somut sözleşme ve olay şartları ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Şayet taraflar, sözleşme edimin niteliklerini kesin olarak belirlememiş iseler, bu durumda kanun hükümleri ve dürüstlük kuralları dikkate alınarak, eserin ayıplı olup olmadığı tespit edilecektir.

⁹² **Altaş**, a.g.m., s. 99.

⁹³ **Tandoğan**, a.g.e., s. 115.

⁹⁴ **Şenocak**, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002, s. 30.

Eserde oluşa bilecek ayıp türleri aşağıdakilerdir:

A. Maddi ayıp- Hukuki ayıp

Maddi ayıp, eserdeki fiziki vasıf eksikliğini⁹⁵, bir bozukluğu ifade etmektedir. Eserde maddi ayıp bulunup bulunmadığı, sözleşme hükümlerine, dürüstlük kuralına ve kanun hükümlerine göre tespit edilir. Hukuki ayıplar ise daha çok kamu hukukundan doğan, binalar, makinalar, araçlar, diğer imal olunan şeylerin kullanılması ve işletilmesi için güvenlik veya başka açılardan koyduğu kurallara aykırı davranılması durumunda varlığı kabul edilen ayıplardır.

B. Açık ayıp- Gizli ayıp

Eserin teslim alınmasından sonra, açıkça görülen ve usulüne göre yapılan bir muayene⁹⁶ ile görülebilen ayıplar açık ayıp, bu şekilde tespit edilemeyen ayıplar ise gizli ayıp olarak nitelendirilir.

C. Tam önemli ayıp - Daha az önemli ayıp

TBK. m. 475/I'e göre "iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı" olan ayıplar tam önemli ayıp, sözleşme hükmüne açıkça aykırı olmayan ve iş sahibinin kullanmasını engellemeyen ve hakkaniyet gereği kendisinin kabul

⁹⁵ Şenocak, a.g.e., s. 103

⁹⁶ Erman, a.g.e., s. 125.

zorunluluğu bulunulduğu durumlardaki ayıplar ise daha az önemli ayıp olarak tanımlanmaktadır⁹⁷.

D. Asli (birincil) ayıp – Tali (ikincil) ayıp

Asli ayıplar, eserin teslimi sırasında mevcut olan ayıplardır. Buna karşılık tali ayıplar, asli ayıbın sonradan yol açtığı ayıplardır. Ancak eserin teslimden sonra bozulması ve bazı vasıflarının kaybetmesi, daha önceki ayıpla bağlantılı değilse, ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamaz⁹⁸.

VI. Yüklenicinin sadakat ve özen borcu

A. Sadakat borcu

TBK. m. 471/I-II'e göre “*Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır*”.

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

En geniş anlamıyla sadakat yükümü, yüklenicinin eseri sözleşmeye göre tamamlama dışında, iş sahibinin her alandaki çıkarlarını gözetme ve sözleşme ile

⁹⁷ Erman, a.g.e., s.127.

⁹⁸ Tandoğan, a.g.e., s.166.

elde ettiği pozisyonlarını kendi çıkarlarına kullanmama yükümlerini içermektedir⁹⁹. Sadakat yükümlülüğünün eser sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam edeceği kabul edilmektedir¹⁰⁰. Örneğın, eser sözleşmesinin ifa ile sona erdiği durumlarda, yüklenici, işın ifası sebebiyle öğrendiğı, iş sahibine ait sırları açıklanmaması gibi.

B. Özen borcu

Özen, “asıl borcun ifası için, zaruri dikkat, itina, fikri ve bedeni yetenek gibi, borçludan istenen özelliklerin tamamı” olarak tanımlanmaktadır¹⁰¹. Yüklenicinin özen borcunun belirlenmesinde, somut eser sözleşmesi hükümlerinin büyük önemi vardır¹⁰².

VII. Yüklenicinin eserin imalinde kullanılacak malzemeye ilişkin borcu

Malzeme, eserin imalinde kullanılan ve onun bünyesine dahil olan maddelerdir. TBK’da malzemenin kimin tarafından temin edileceğine dair bir hüküm bulunmamaktadır. Eğer malzeme yüklenici tarafından temin ediliyorsa, o zaman malzeme eserin sözleşmede aranılan nitelikleri taşıyacak biçimde imaline elverişli olmalı, aksine anlaşma yapılmış olmadıkça en az orta kalitede bulunmalıdır¹⁰³.

⁹⁹ Öz, İnşaat, s. 108.

¹⁰⁰ Tandoğın, a.g.e., s.49.

¹⁰¹ Başıınar, a.g.e., s.124.

¹⁰² Büyükay, a.g.e., s.137.

¹⁰³ Tandoğın, a.g.e., s.106.

TBK. m. 472/II, “*Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür*” hükmünü içermektedir. İş sahibi eser için elverişli olmayan belli bir malzeme çeşidinin kullanılmasında yüklenicinin ihtarına rağmen ısrar ederse, yüklenicinin tekeffülü ortadan kalkacaktır.

§4. İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI

İş sahibinin ücret ödeme borcu, sözleşme ile kararlaştırılması durumunda malzemeyi sağlama borcu, yüklenici ile dayanışma yükümlülüğü, eseri muayene ve ayıpları ihbar yükümlülüğü gibi borçları mevcuttur¹⁰⁴. Ancak bu borçlar içerisinde tabii ki, en temeli ücret ödeme borcudur. Nitekim diğer borçları sözleşme ile kararlaştırılacağı takdirde yaranacaktır.

I. Ücret ödeme borcu

İş sahibinin ücret ödeme yükümlülüğü eser sözleşmesinin zorunlu bir unsurdur. Ücretin hiç kararlaştırılmadığı sözleşmeler ise isimsiz akitler grubunda yer almaktadır. Eğer, ücretin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı tartışmalı ise, ücretin kararlaştırıldığını ispat yükü yüklenicinin üzerindedir.

¹⁰⁴ **Kaplan**, a.g.e., s.125.

Ücretin sözleşme ile belirlendiği durumlarda, götürü ücreti ya da yaklaşık ücret olarak belirlenmesi mümkündür¹⁰⁵. Bu ücretlerden götürü ücreti kural olarak iş sahibinin menfaatine olduğu halde, yaklaşık ücretin tespit edilmesi genellikle yüklenicinin yararınadır. Ücretin açıkça kararlaştırılmadığı durumlarda ise ücretin ne şekilde belirleneceği açıkça kanunda gösterilmiştir.

Eser sözleşmesinde ücretin belirlenmemesi¹⁰⁶ durumunda, “göre bedel” başlığını taşıyan TBK. m. 481 (BK. m. 366) hükmüne göre hareket edilecektir: “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir”.

Yaklaşık ücretin kararlaştırıldığı sözleşmelerde ücret, tahmini bir bedel olarak belirlenmekte, fakat bu tahminlere dayanarak yapılan hesaplar ile fiilen yapılan harcamalar arasında farklılığın ortaya çıkması durumunda ücret, fiilen yapılan gerçek duruma göre belirlenmektedir. Yani, ücretin yaklaşık olarak tespit edildiği eser sözleşmelerinde, iş sahibinin yükleniciye ödeyeceği miktar, eser tamamlandıktan sonra yapılan keşifle ortaya çıkacaktır¹⁰⁷.

¹⁰⁵ **Tandoğan**, a.g.e., s.234.

¹⁰⁶ **Gökyayla**, Emre: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Kemal Oğuzman’a Armağan İstanbul, 2002, s. 217.

¹⁰⁷ **Baygın**, a.g.e., s.42.

II. Götürü ücreti

Götürü ücretinin, toptan götürü ücret, global götürü ücret ve sabit birim fiyatlı ücret olmak üzere başlıca üç çeşidi bulunmaktadır.

Toptan götürü ücret, anahtar teslimi sabit ücret olup, eserin tamamı karşılığı önceden belirlenen tek ve sabit bir ücrettir. Bu yüzden maliyetlerin artması, yüklenicinin beklediği karı elde edememesi, hatta bir miktar zarar etmesi ücretin artırılmasına temel olmaz¹⁰⁸. Götürü ücret eser karşılığında ödenecek en yüksek, aynı zamanda en düşük ücrettir.

Global götürü ücret, emek ve malzeme unsurlarındaki artışın yansıtılacağı kaydını içeren götürü ücretidir. Global götürü ücret, sabit götürü ücretinin bir türü olmakla birlikte, sözleşmede, pahalık veya fiyat farkı ödenmesi, müteahhit lehine saklı tutulmaktadır. Götürü sabit ücretle global götürü ücret arasındaki tek fark, global götürü ücrette ayrıca fiyat farkı ödenmesi, götürü sabit ücrette ise bunun ödenmemesidir.

Sabit birim fiyatlı götürü ücret de toptan götürü ücretin bir uygulama çeşididir. Sabit birim fiyatlı ücrette, eserin meydana getirilmesinde kullanılan birimlerin bedeli önceden kesin olarak belirlenir. Ücret yapılan işin kullanılan malzemenin miktarına göre tayin edilir.

TBK. m. 480/II, (BK. m. 365/II) özel bir hüküm getirmiştir. Bu hükme göre, “*Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedeli ile eserin yapılmasına*

¹⁰⁸ Aral/Ayrancı, a.g.e., s.369.

engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hakimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir''.

Bu norm, tarafların ücret çeşidini (götürü ücreti) önceden seçmek suretiyle riziko paylaşılmasını kabul ettikleri, sabit ücrette söz konusudur. Maddenin amacı, müteahhidin sözleşmede kararlaştırılan sabit fiyata bağlılığını kabul edilebilir bir ölçü ile sınırlandırmaktır. Bu görüş, doğruluk ve dürüstlük kuralından doğan sözleşmeye bağlılık ilkesinin yine bu temel kural tarafından sınırlandırılmasına dayanmakta, böylece sözleşmeye bağlılık ilkesi, MK. m. 2'deki kural gereğince, tarafların karşılıklı durumlarının dikkate alınması fikrinin gerisinde kalmasını temin etmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİ AÇISINDAN TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

§5. TEMERRÜDÜN ŞARTLARI

I. Genel anlamda eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü

Yüklenicinin temerrüdü; yüklenicinin, muaccel ve ifası mümkün bir borcun ifasını objektif olarak borca aykırı biçimde geciktirmesi anlamına gelir. Borçlu temerrüdü temel olarak borçlunun borcun ifasında gecikmesine ilişkin bir kavram olmakla birlikte, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler, borçlunun sonraki ifayı hiç gerçekleştirmediği durumlarda da uygulanır¹⁰⁹.

Yüklenici eser sözleşmesi ile üstlendiği edimin ifasında gecikirse, borçlunun temerrüdünün şartları uyarınca temerrüt durumuna düşer. Yüklenicinin temerrüdünde iki durumu ayırt etmek gerekmektedir. Öncelik sırasına göre;

- Birinci durum; İnşaatın teslim süresinden önce, sözleşme imzalandıktan sonra, inşaat edimlerinin ifa sırasında temerrüt durumudur (TBK m. 473; Art. 366 OR; eBK m.358). buna “İnşaat yapmada temerrüt” demek mümkündür.

- İkinci durum ise, inşaatın tamamlanıp, tesliminde teslim süresinin aşılması halinde ortaya çıkan temerrüt durumudur (TBK m.117 vd; Art 102 ff. OR; eBk m.101 vd). Buna ise teslimde temerrüt denmektedir.

¹⁰⁹ Eren, a.g.e., s.1046.

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü eser sözleşmesinin konusunu oluşturan esere ilişkin muaccel ve ifası mümkün bir teslim borcu bulunan, ancak bu borcunu zamanında ifa etmeyen, ifa etmemeyi mazur kılan bir sebepten de yararlanamayan yüklenicinin, kural olarak iş sahibinin ihtarını ile içine düştüğü, elverişsiz hukuki durum olarak tanımlanabilir¹¹⁰. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için bu koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir. Yüklenicinin temerrüdünün maddi koşulları; teslim borcunun muaccel olması, bu borcun ifasının mümkün olması, teslimin gerçekleşmemiş olması ve teslimdeki gecikmenin objektif olarak borca aykırı olmasıdır. Temerrüt ihtarının gerekli olduğu hallerde ihtarın yapılması ise temerrüdün şekli koşuludur.

TBK'nın "İşe başlama ve yürütme" kenar başlığı taşıyan 473. maddesinde, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.

"Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi 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 ihtarında bulunabilir" hükmü yer almış bulunmaktadır.

¹¹⁰ Serozan, a.g.e., s. 215.

Eser sözleşmesi ile yüklenici, TBK m. 470 uyarınca, eseri yapmak ve meydana getirmekle yükümlüdür. Eser sözleşmesinin yapılmasının asıl hedefi, yalnızca eserin yapılması değil ortaya çıkan, tamamlanan eserin iş sahibine teslim edilmesidir. İş sahibi, yükleniciye eserin ücretini, yüklenicinin çalışması için değil, eseri tamamlanıp sözleşmedeki niteliklere haiz, kullanıma hazır olarak teslim etmesi için vaat etmektedir.

Kanunun 473. maddesi iş sahibine, yüklenicinin üstlendiği eserin icrasında, nitelikli bir temerrüt durumunda bulunuyorsa 1. fıkra hükmünde sözleşmeden dönme hakkı veya sözleşme ile üstlendiği eseri, kusurlu olarak icrasını geciktirmesi halinde inşaatı üçüncü kişiye yaptırma hakkı tanımaktadır.

İş sahibi kendisine kanunun 473. maddesinde tanınmış önceden kullanma imkanına sahip olduğu koruyucu haklarını kullanmak zorunda da değildir. İş sahibi bu koruyucu hakların yerine (hakkın kötüye kullanılması), esas olarak eserin tamamlanmasını veya teslim tarihini bekleyip, ayıpa karşı güvenceden doğan haklarını veya yüklenicinin temerrüdünden kaynaklanan haklarını ireli sürebilir.

Yüklenici, borcuna aykırı olarak eseri teslim vadesi geldiğinde teslim etmezse, ihtar gereken bir durum varsa iş sahibinin ihtarı üzerine, ihtar gerekmeyen hallerde ise vadenin geçmesi ile birlikte eseri teslim borcunda temerrüde düşer. Bu durum, aynen ifa yükümlülüğü üzerinde herhangi bir etki yaratmaz.

Borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmez¹¹¹. Temerrüdün bazı sonuçları da kusurdan bağımsızdır.

¹¹¹ Oğuzman/Öz, Cilt 1, s. 404.

Örneğin, iş sahibinin yükleniciden aynen ifayı talep etmesi veya aynen ifadan vazgeçerek eser sözleşmesinin dönmesi, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı değildir.

Buna karşılık, borçlu temerrüdünün bazı sonuçları yüklenici ancak eseri teslim borcunda kusuru ile temerrüde düşmüşse, uygulama alanı bulur. Örneğin,

- İş sahibinin temerrüde bağlı olarak yükleniciden tazminat talep edebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekir. Kusur koşulu, temerrüde bağlı tüm tazminat talepleri bakımından aranır. Örneğin, aynen ifa talebine bağlı olan gecikme tazminatı (TBK m. 118); ifa yerine talep edilen müsbet zarar tazminatı (TBK m.125 f.2) ve sözleşmeden dönmeye bağlı menfi zarar tazminatı (TBK m. f.3) talepleri için yüklenicinin kusuru şarttır.

- Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, yüklenici sadece kusuruyla temerrüde düştüğü takdirde, eserin teslimindeki gecikme sebebiyle cezai şart ödemek zorundadır.

- Kusurlu yüklenici, temerrüt süresince eserin meydana getirilmesinin ve tesliminin kazaen imkansız hale gelmesinden de sorumludur (TBK m. 119 f. 1).

Yüklenicinin eseri tesliminde temerrüde düşmekte kusurlu olmasından anlaşılması gereken, onun kasten veya ihmalle, eserin zamanında teslimi için gerekli olan tedbirleri almamış veya eksik tedbir almış olmasıdır. Yüklenicinin temerrüde düşmekteki kusuru sözleşmenin kurulmasından önceki döneme dayanabileceği gibi sözleşme kurulduktan sonra da ortaya çıkmış olabilir. Örneğin, yüklenicinin eseri meydana getirebileceği süreyi azımsayıp gerekenden daha kısa bir sürede eseri teslim

etmeyi üstlenmiş olması veya olanaklarının eseri meydana getirmeye yeteceği kuşkulu olduğu halde kayıtsız şartsız bir eserin yapımını üstlenmesi durumlarında yüklenicinin kusuru daha sözleşme kurulurken mevcuttur. Buna karşılık, eserin teslimi, yüklenicinin işi kötü organize etmesi, yeterli sayıda veya vasıfta işçi istihdam etmemesi, TBK m. 472 f. 3'e aykırı olarak eserin zamanında teslimini tehlikeye sokan durumları iş sahibine derhal bildirme yükümlülüğünü ihlal etmesi gibi sebeplerle gecikmişse, yüklenicinin temerrüde düşmekteki kusuru sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmıştır¹¹². Yüklenici eseri vadede teslim etmediğinde, onu bu borca aykırı davranışında kusurlu olduğu, yani kusuruyla temerrüde düştüğü varsayılır (TBK m. 112). Bu sebeple, temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat yükü yükleniciye aittir. Yüklenici, eserin vadede teslim edilmemesine bir beklenmeyen halin sebep olduğunu ortaya koyarsa temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlamış olur. Örneğin, yüklenicinin inşa ettiği binaya yıldırım düştüğü için binanın çatısı yıkılmış ve çatının tekrar yapılması sebebiyle teslim gecikmişse, yüklenicinin eserin teslimindeki gecikmede kusurlu olduğu söylenemez.

Yüklenicinin kusuruyla temerrüde düştüğünün kabulü bakımından onun kusurunun derecesi önemli değildir. Yüklenicinin kusuru, kasıt veya ağır ihmal ya da hafif ihmal biçiminde gerçekleşebilir. Yüklenici, eseri meydana getirmek ve vadede teslim etmek için kendisinden beklenen özeni göstermemişse temerrüde düşmekte kusurludur. Yükleniciden beklenen özenin ölçüsü, objektif esaslara ve somut olayın özelliklerine göre belirlenmektedir. O halde, yüklenicinin söz konusu iş bakımından mesleği gereği sahip olması gereken bilgi ve yetenekler göz önünde tutularak, onun

¹¹² Kurt, Leyla Müjde, a.g.e., s. 185.

somut olayda ifanın gecikmesini önlemek bakımından kendisinden beklenebilecek özeni gösterip göstermediği tespit edilmelidir. Yüklenici eserin teslimindeki gecikme bakımından yalnız kendi kusurundan değil, aynı zamanda yasal temsilçisinin ve başvurduğu yardımcı kişilerin (TBK m. 116) gecikmeye sebep olan kusurlarından da iş sahibine karşı sorumludur. Yüklenicinin eserin meydana getirilmesi ediminin tamamının veya bir kısmının ifasını kendilerine tevdi ettiği kişiler, onun ifa yardımcılarıdır (örneğin alt müteahhit). Yüklenicinin ifayı tamamen veya kısmen bıraktığı kişilerin yükleniciden bağımsız olarak iş görmeleri, bu kimselerin TBK m. 116 anlamında yardımcı kişi olarak kabul edilmelerine engel değildir. Yüklenici bu kişilerin sebep oldukları gecikmelerden kendisine yüklenebilecek farazi bir kusur bulunduğu takdirde iş sahibine karşı sorumludur. Hatta yüklenici, alt yüklenicinin istihdam ettiği kişilerin veya işin yapılmasında başvurduğu ifa yardımcılarının eserin tesliminin gecikmesine yol açan davranışlardan da sorumludur¹¹³. Buna karşılık, tedarikçiler, yani yükleniciye malzeme, araç gereç sağlayan kişiler, TBK m. 116 anlamında ifa yardımcısı değildir. Zira bu kişiler, eserin meydana getirilmesi ve teslimi işine katılmamaktadırlar.

Yüklenicinin yardımcı kişilerin davranışlarından doğan sorumluluğu açısından kusur özellik arz eder. Başkasının fiilinden sorumluluğu düzenleyen bir hüküm olan TBK m. 116 bakımından aranan kusur “farazi kusur” dur. Buna göre yardımcı kişinin hareketi veya hareketsizliği, borçlunun kendisi aynı biçimde hareket etmiş veya hareketsiz kalmış olsaydı, borçlu bakımından kusur teşkil edecek idiyse, borçlu, kenidisinin ya da yardımcı kişinin gerçek bir kusuru bulunmasa dahi, yardımcı

¹¹³ Öz, Dönme, s. 273.

kişinin davranışından sorumlu tutulmaktadır¹¹⁴. Yüklenici, yardımcı kişinin kusurunun bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Şöyle ki, borcun ihlali bakımından yardımcı kişinin kusuru bulunmasa da, işin yardımcı kişiye bırakılmasının riskine yüklenici katlanacağından, yüklenici yine de iş sahibine karşı sorumludur¹¹⁵.

A. Yüklenicinin temerrüt süresince meydana gelen beklenmeyen hallerden sorumluluğu

Eseri teslim borcunda temerrüde düşen yüklenici, temerrüt süresince beklenmedik hal sebebiyle meydana gelecek zarardan da sorumludur (TBK m. 119 f.1). Buna göre, temerrüt süresince meydana gelen kaza sonucu eserin sözleşmeye uygun biçimde tamamlanıp teslim edilmesinin tamamen veya kısmen imkansız hale gelmesinin olumsuz sonuçlarına yüklenici katlanır. Yüklenicinin kazadan sorumlu olması, yüklenicinin iş sahibinin kazadan ötürü uğradığı zararı tazmin etmek zorunda olduğu ayrıca tamamlanarak teslimi imkansız hale gelen eseri için veya eserin meydana getirilen kısmı kaza sonucunda telef olmuşsa telef olan bu kısım için iş sahibinden herhangi bir ücret talep edemeyeceği anlamına gelir. Yüklenicinin meydana getirmeye başladığı eser beklenmeyen hal sonucu telef olup, bunun sonucunda eserin meydana getirilmesi kısmen veya tamamen imkansız hale gelebilir. Örneğin, yüklenicinin tadilatına başladığı ancak henüz tadilatını tamamlamadığı ev temerrüt esnasında çıkan bir yangında yanarsa durum budur. Ancak, beklenmeyen

¹¹⁴ Öz Dönme, s. 272.

¹¹⁵ Eren, a.g.e., s. 1038.

hal sebebiyle eserin meydana getirilmesinin imkansız hale gelmesi için yüklenicinin eseri meydana getirmeye başlamış olması ve yapımına başlanan eserin telef olması zorunlu değildir. Bunun dışında, eser yok olmaksızın beklenmeyen hal sonucunda eserin tamamlanarak tesliminin kısmen veya tamamen imkansız hale geldiğinde de yüklenici bu beklenemeyen halden TBK m. 119 f. 1 gereği sorumludur.

Temerrüt sırasında meydana gelen beklenmeyen hal, iş sahibinin risk alanından doğan bir sebepten ileri gelmiş, örneğin kazaya iş sahibinin sağladığı ayıplı malzeme veya arsa ya da verdiği hatalı talimat yol açmış olabilir. Bu durumda dahi, temerrüde düşen yüklenici, TBK m. 483 f. 2’de tanınan imkandan yararlanamaz, yani eserin yok olan kısmına ilişkin olarak işin değerini ve buna girmeyen masrafını isteyemez. Hatta, yüklenici TBK, m. 119 f. 2’de düzenlenen kurtuluş kanıtlarından birini getirmediği, iş sahibinin risk alanına giren sebeplerin yol açtığı beklenmeyen halden dahi sorumludur¹¹⁶.

B. Eserin meydana getirilmesinin tamamen imkansız hale geldiği durumlar

Eserin meydana getirilmesi edimi yüklenici temerrüt halinde iken meydana gelen bir beklenmeyen hal sonucu tümüyle imkansız hale gelmiş olabilir. Örneğin, yüklenicinin yapıyı üzerinde inşa etmeyi taahhüt ettiği arazi, temerrüt sırasında sit alanı ilan edilmiş veya imar mevzuatında yapılan bir değişiklik sonucu bu araziye inşaat yasağı getirilmiş olabilir. Eserin tamamlanarak teslim edilmesi ediminin

¹¹⁶ Kurt, Leyla Müjde, a.g.e., s. 190.

beklenmeyen hal sonucu tamamen imkansız hale gelmesi ile birlikte yüklenicinin eseri teslim borcu sona erer (TBK 136 f. 1). İş sahibi de tamamlanması ve teslimi tamamen imkansız hale gelen eserin karşılığı olan bedel ödeme borcundan kurtulur (TBK m. f. 2). Temerrüt sırasında meydana gelen kazadan sorumlu olan yüklenici, eserin meydana getirdiği ancak telef olan kısma ilişkin olarak iş sahibinden bedel talep edemez. Böylece iş sahibi, yükleniciye ne inşaatın meydana getirilen ancak yıkılacak olan kısmı için, ne de inşaat yasağı sebebiyle artık meydana getirilmesi mümkün olmayan kısmı için bedel ödemek zorundadır.

Temerrüt sırasında meydana gelen beklenmeyen hallerden TBK m. 119 f. 1'e göre sorumlu olan yüklenici, iş sahibi eserin kazaen telef olması sonucunda bir zarara uğradıysa bu zararı da tazmin etmek zorundadır. Örneğin, yüklenicinin iş sahibi tarafından sağlanan malzeme ile yapımına başladığı inşaatın, temerrüt sırasında idarece getirilen inşaat yasağı gereği yıkılması gerekirse, iş sahibi yapının yıkılan kısmıyla birlikte telef olan inşaat malzemelerinin bedeli kadar bir zarara uğramış olur. İşte yüklenici, iş sahibinin meydana gelen kazadan ötürü uğradığı bu zararı da tazminle yükümlüdür.

C. Eserin meydana getirilmesinin kısmen imkansız hale geldiği durumlar

Kaza sonucu yüklenicinin ediminin ifası tamamen değil, kısmen imkansız hale gelmiş de olabilir. Bu tür bir durumda yüklenici, eserin meydana getirilmesi artık imkansız olan kısmı bakımından iş sahibinden bedel talep edemez. Buna karşılık, yüklenici, üstlenmiş olduğu sonuç borcuna uygun olarak, halen ifası mümkün olan

edimleri yerine getirmek zorundadır. İş sahibi de yüklenicinin eserin yapımı halen mümkün olan kısmını meydana getirmesine, bu kısım kendisi için kullanılabilir olduğu takdirde, izin vermek zorundadır.

Eserin meydana getirilen kısmı kaza sonucu kısmen veya tamamen telef olmuş olabilir. Eserin kısmen telef olduğu durumlarda, telef olmayan kısmının akıbeti bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Eserin yüklenici tarafından hali hazırda meydana getirilmiş olan ve beklenmeyen hal sonucunda yok olmayan bölümü iş sahibi bakımından kullanılabilir ise, iş sahibi, bu kısmı kabul etmek ve bedelini ödemek zorundadır (TBK 486'ya kıyasen). Buna karşılık, yüklenicinin hali hazırda meydana getirmiş olduğu eser kısmı iş sahibi tarafından kullanılması mümkün değilse, iş sahibi bu kısmı kabul etmeyi ve bedelini yükleniciye ödemeyi reddedebilir.

D. Eserin yeniden meydana getirilmesinin mümkün olduğu durum

Yüklenici eserin teslimi borcunda temerrüde düştüğü sırada beklenmeyen hal sonucu kısmen veya tamamen yok olan eserin, yeniden meydana getirilerek iş sahibine teslim edilmesi halen mümkün olabilir. Eserin meydana getirilmesinin halen mümkün olduğu durumlarda, ifa imkansızlığı söz konusu olmadığına ve temerrüt hali de yükleniciyi sözleşmeden doğan borcuyla bağlılıktan kurtaran bir durum olmadığına göre, yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcu devam etmektedir. Telef olan eserin yeniden meydana getirilmesinin gerektirdiği ek masraflara yüklenici katlanır¹¹⁷. Bu durum onun telef olan eser sebebiyle bedel talep

¹¹⁷ Kurt, Leyla Müjde, a.g.e., s. 193.

etme hakkının bulunmamasının bir sonucudur. Bununla birlikte, telef olan eseri yeniden imal ederek iş sahibine teslim eden yüklenici, eser sözleşmesinde kararlaştırılmış olan bedele hak kazanır. Temerrüde düşen yüklenici, kural olarak, temerrüt sırasında gerçekleşen beklenmeyen hal sebebiyle iş sahibinin uğradığı zararları tazmin etmek zorundadır. Bu halde, iş sahibi, eseri yeniden meydana getiren yükleniciden eserin teslimindeki gecikmeden kaynaklanan müsbet zararın tazminini de talep edebilir.

II. Kurtuluş kanıtı

Temerrüde düşen yüklenici, temerrüde düşmekte kendisine yüklenebilecek bir kusur bulunmadığını kanıtladığı takdirde, temerrüt sırasında meydana gelen beklenmeyen halden sorumlu olmaz. Yüklenici işin ifasında yardımcı kişi kullanmışsa, temerrüdün gerçekleşmesinde yüklenicinin başvurduğu bu ifa yardımcılarının yükleniciye izafe edilebilecek farazi bir kusurlarının da bulunmaması gerekir. Yüklenici kendisinin ve yardımcı kişilerin beklenmeyen halin meydana gelmesinde kusursuz olduklarını ispat ederek beklenmeyen halden sorumluluktan kurtulamaz. Burada aranan kusursuzluk, temerrüdün gerçekleşmesinde kusurun bulunmamasıdır¹¹⁸. Yüklenici, temerrüde düşmeseydi dahi beklenmeyen halin iş sahibinin zararına olarak esere isabet edeceğini ispatlayarak da, beklenmeyen halden sorumluluktan kurtulabilir. O halde kanun koyucu beklenmeyen halden sorumluluk bakımından temerrüt ile beklenmeyen hal arasında hiç değilse tabii bir illiyet bağının bulunmasını aramıştır. Fakat yüklenici kurtuluş kanıtı getirdiği durumlarda, temerrüt

¹¹⁸ Kurt, Leyla Müjde, a.g.e., s. 194.

sırasında meydana gelen beklenmeyen halden sorumluluktan kurtulur. Bu defa da TBK m. 483 f. 1’de yer alan ve eser sözleşmesinde riskin dağılımını düzenleyen hüküm çerçevesinde eserin tesliminden önce yok olmasından sorumlu olmaya devam eder. Bu itibarla, yok olan eserin bedelini iş sahibinden talep edemez.

§6. TBK 473/1’e GÖRE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

TBK’ 473. maddesinin 1. fıkrasında, yüklenicinin eserin yapılması borcunda, üç tür temerrüt durumu düzenlenmiştir. Bu üç temerrüt durumunda, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının mevcut olduğu öngörülmüştür:

- eseri yapımına zamanında başlamaması,
- eseri sözleşme hükümlerine aykırı olarak geciktirmesi,
- yüklenicinin üstlendiği eseri kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması durumunda.

Bazı yazarlara göre, yüklenicinin eseri teslim süresinden önceki temerrüde düşme durumları, yalnızca üç temerrüt durumu ile sınırlı değildir. Eseri yapım süresindeki her gecikme durumu bu madde kapsamındadır ve bu hükmün uygulanması gerekir.

Yüklenicinin temerrüdü onun sözleşmede üstlendiği eseri yapımını objektif olarak sözleşmeye aykırı surette geciktirmesi ve bu geciktirmenin gerekli ise TBK

117'e göre ihbar edilmesi ile gerçekleşir. Yüklenicinin temerrüdü madde metninde belirtilen sadece üç durumdan ibaret değildir. Yani, yüklenicinin temerrüdü, onun eseri yapım borcunu, objektif olarak geciktirmesi anlamındadır. Ayrıca önceki aşamalarda eseri yapmayı reddetmek, sonuçta daima, (önceden- baştan) eseri teslimini de reddetmek anlamını taşır.

Aynı zamanda yüklenicinin eseri yapma borcundan dolayı temerrüdünü, eseri başlamada temerrüt ile eserin yapımının bitmesinden sonra temerrüt şeklinde ikiye ayırmak mümkündür.

Birinci durumun gerçekleşmesi halindeki temerrüdü "Tam-Total temerrüt, İkinci halin gerçekleşmiş olması durumundaki temerrüdü, kısmi temerrüt" olarak adlandırmak normatif önemi olmasa bile, temerrüdün değerlendirilmesini daha kolaylaştırmaktadır. Ancak temerrüt durumunda iş sahibinin hukuken caiz olan "ifadan vazgeçme" kapsamını tayin açısından ortaya "Total temerrüt" yoksa "kısmi temerrüt" mü, mevcut olduğunu bilmek gerekmektedir..

Yüklenicinin total-tam temerrüdü olarak adlandırılabilen bu temerrüt durumunun şartları şunlardır:

- Birinci şart; eser yapabilme edimlerinin muaccel olması,
- İkinci şart; ihtar veya ihtarı gerektirmeyen ihtar yerine geçen durumların bulunması,
- Üçüncü şart; iş sahibinin "kusurunun" bulunmaması,
- Dördüncü şart; eser ediminin ifasının mümkün olması,

- Beşinci şart; yüklenicinin hukuken geçerli özel def'i nedeniyle, ifayı reddetmesi durumu,

I. Teslim borcunun muaccel olması

Borçlu temerrüdünün zamana ilişkin koşulu, borcun muaccel olmasıdır¹¹⁹. TBK. m. 90'a göre "*İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.*" Yüklenicinin eseri teslim borcunun ifa edilebilir olması ile muaccel olması birbiriyle karıştırılmamalıdır. Eseri teslim borcunun ifa edilebilir olması, yüklenicinin borcunu ifa etme ve böylece geçerli biçimde borcundan kurtulma yetkisinin bulunmasını ifade eder. TBK. m. 96'ya göre, sözleşme hükümlerinden veya sözleşmenin özelliğinden ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadığı takdirde, borçlu borcunu vadeden önce ifa edebilir. O halde yüklenici, kural olarak, eseri teslim vadesinin gelmesinden önce teslim etme yetkisine sahiptir.

Yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel olması ise, iş sahibinin alacağıının konusunu oluşturan edimi yükleniciden talep ve dava edebilme yetkisinin bulunmasını ifade eder. Yüklenicinin eseri teslim borcu, taraflarca kararlaştırılan veya işin niteliğinden çıkarılan bir teslim vadesi varsa, bu vade geldiği anda; aksi halde, borcun doğumu anında muaccel olur.

¹¹⁹ Serozan, İfa, s. 54.

II. Teslim vadesi

Eserin teslim vadesi, yüklenicinin eserin bütününe tamamlanmış olarak teslim etme borcunu ifa etmekle yükümlü olduğu tarihtir. Teslim vadesi geldiğinde, yüklenicinin eseri teslim borcu muaccel olur, yani artık iş sahibi eserin teslimini edimini talep ve dava edebilir; yüklenici de bu talebe uygun olarak eseri teslim etmekle yükümlüdür. Sözleşmenin kurulmasından teslim vadesine kadar geçen zaman aralığına ise *teslim süresi* denir¹²⁰. Teslim vadesi tespit edilirken bu tarihin taraflarca kararlaştırılmış olup olmadığına göre bir ayırım yapılmalıdır.

Borçlu temerrüdünün zamana ilişkin koşulu, borcun muaccel olmasıdır. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için, öncelikle onun teslim borcunun muaccel olması gerekir (TBK m.117 f. 1). TBK 90'a göre "İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden analımadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur".

Yüklenici, kural olarak, eseri teslim vadesinin gelmesinden önce teslim etme yetkisine sahiptir. Ancak, örneğin, iş sahibinin bir eseri üretim sürecine belirli bir sırayla katılmaları kararlaştırılan birden çok yükleniciye imal ettirdiği durumlarda, bu yüklenicilerin işleri arasında uyumun sağlanması bakımından, yüklenicilerin her birinin kendilerine düşen bölümü belirli bir program dahilinde iş sahibine teslim etmeleri gerekebilir. Bu tür durumlarda yüklenici, işin niteliği gereği, imalini üstlendiği kısmı iş sahibine teslim vadesinden önce teslim etme yetkisine sahip değildir.

¹²⁰ Kaplan, a.g.e., s. 380.

Yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel hale geldiği andan itibaren, iş sahibi yükleniciden eserin teslimi edimini ifa etmesini talep edebilir; yüklenici de iş sahibinin ifa talebine uyararak eseri teslim borcunu ifa etmekle yükümlüdür.

Eserin teslim vadesi, yüklenicinin eserin bütünü tamamlanmış olarak teslim etme borcunu ifa etmekle yükümlü olduğu tarihtir. Teslim vadesi geldiğinde, yüklenicinin eseri teslim borcu muaccel olur. Teslim vadesi tespit edilirken bu tarihin taraflarca kararlaştırılmış olup olmadığına göre bir ayırım yapılmalıdır:

Tarafların teslim vadesini kararlaştırmış olmaları

Yüklenicinin eseri teslim borcunun ne zaman muaccel olacağı, öncelikle tarafların bu konudaki iradelerine göre belirlenir. Taraflar çoğunlukla eser sözleşmesi kurulurken teslim vadesini kararlaştırırlar. Ancak teslim vadesi, eser sözleşmesinin objektif bakımdan esaslı bir unsuru değildir. Bu sebeple, taraflarca subjektif bakımından esaslı bir unsur haline getirilmedikçe, teslim vadesinin eser sözleşmesi kurulurken belirlenmiş olmaması sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez. Buna göre iş sahibi ve yüklenici sözleşmenin kurulmasından sonra da eserin teslim vadesi üzerinde anlaşma sağlayabilirler¹²¹.

Tarafların teslim vadesini kararlaştırmamış olmaları

Teslim vadesi, doğrudan belirli bir takvim günü olarak veya sözleşmenin kurulması ile işlemeye başlayan ve bitiminde teslim borcunun muaccel olacağı bir zaman süreci, yani teslim süresi tayin edilerek kararlaştırılması da mümkündür (bu durumda vade, teslim süresinin son günüdür). Tarafların aralarında anlaşarak teslim

¹²¹ Kurt, Leyla Müjde, a.g.e., s. 90.

vadesini tayin etme yetkisini iş sahibine tanımış olmaları da mümkündür. Bu durumda vade, iş sahibinin kendisine tanınan bu yetkiyi kullanmasıyla, yani “muacceliyet ihbarı” ile belirlenir.

Eser sözleşmesinde taraflar bazen de teslim süresinin başlangıcını arsanın veya eserde kullanılacak malzemenin yükleniciye teslim edilmesi, inşaat ruhsatının ya da temel üstü ruhsatının alınması gibi ileride gerçekleşecek belirli bir olaya bağlarlar. Bu tür durumlarda teslim süresi, sürenin bağlandığı olay fiilen gerçekleştiğinde işlemeye başlar ve teslim süresinin son günü, teslim vadesini ifade eder. Kimi zaman, teslim süresinin yüklenicinin bir fiilinden sonra işlemeye başlayacağı kararlaştırılır. Taraflar anlaşmalarında yüklenicinin bu fiili ne zaman gerçekleştirmek zorunda olduğunu belirtmemişlerse, yüklenici bu fiili gerçekleştirmekten kaçınarak sürenin işlemeye başlamasına ve teslim borcunun muaccel olmasına engel olabilir mi? Bu soruya olumsuz cevap verilmelidir. TBK m. 90’da vadesi belirlenmemiş borçlar bakımından getirilen düzenleme dikkate alındığında, bu tür durumlarda da yüklenicinin ilk uygun zamanda gecikmeksizin yükümlü olduğu davranışı gerçekleştirmesi gerektiği sonucuna varılır. Yüklenicinin teslim süresini belirleme yetkisini kötüye kullanıp kullanılmadığı incelenmelidir.

Taraflar, sözleşmenin kurulması sırasında veya daha sonra bir teslim vadesi kararlaştırmadıkları takdirde, bir sözleşme boşluğu söz konusudur. Böyle bir hal yükleniciye eseri dilediği tarihte teslim etme yetkisi vermez. Yüklenicinin eseri teslim borcunun “muaccel” hale geleceği an taraflarca belirlenmediği takdirde,

teslim vadesi, olayın tüm şartları dikkate alınarak, “hukuki ilişkininin özelliğine” göre belirlenir¹²².

Yalnız tamamlama vadesi kararlaştırılan durumlarda teslim vadesinin belirlenmesi

Eserin tesliminden söz edebilmek için, eserin tamamlanmış, yani meydana getirilmiş olması gerekir. Taraflar eser sözleşmesinde teslim vadesi ile birlikte veya teslim vadesi kararlaştırmaksızın yalnız tamamlama vadesi kararlaştırabilirler. Tamamlama vadesi, yüklenicinin eseri meydana getirmeye ilişkin çalışmalarını bitirmesi gereken en son anını ifade eder.

Başlangıç vadesi veya ara vadelere riayet etmenin zorunlu olarak teslim vadesinde de gecikme anlamına gelmemesi

Eser sözleşmesinde taraflar, tamamlama vadesi ve teslim vadesi dışında, başlangıç vadesi veya ara vadeler de kararlaştırabilirler. Başlangıç vadesi, tamamlama veya teslim süresinin işlemeye başladığı andır. Bu vade, bazen aynı zamanda yüklenicinin eseri meydana getirmeye başlamakla yükümlü olduğu anı da ifade eder¹²³. Ara vadeler ise, yüklenicinin belirli bir ana kadarki çalışmasıyla önceden belirlenmiş ilerlemeyi kaydetmiş olması, diğer bir deyişle eseri belli bir aşamaya getirmiş olması gereken zaman noktalarıdır¹²⁴. Başlangıç vadesi ve ara vadeler de tıpkı diğer vadeler gibi taraflar için hukuken bağlayıcıdır. Başlangıç vadesine veya ara vadeye uymayan yüklenici, eseri meydana getirmeye başlama ve

¹²² **Tandoğan**, C. II, s.129.

¹²³ **Kaplan**, Süre uzatımı, s. 380.

¹²⁴ **Ozanoğlu**, s. 67.

devam etme borcunda yaptırımlarla karşı karşıya kalabileceği gibi, sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde, cezai şart da ödemek zorunda kalır.

III. Teslim vadesinde sonradan meydana gelen değişiklikler

Taraflar, eser sözleşmesi ile kararlaştırdıkları vadeyi, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, ifanın herhangi bir aşamasında ve herhangi bir sebeple, karşılıklı anlaşarak değiştirebilirler. Teslim vadesinin değişmesine sözleşmede yer alan bazı düzenlemeler sebep olabileceği gibi, bazen de sözleşmede bu yönde bir düzenleme bulunmadığı halde vadedeki değişiklik kanuna dayalı olarak gerçekleşir. Bu bakımdan, teslim vadesindeki sonradan meydana gelen değişiklikleri, teslim vadesindeki değişikliklerin sözleşme hükümlerine dayandığı ve kanundaki düzenlemelerden kaynaklandığı durumlar olarak ikiye ayırabiliriz.

- Sözleşmede süre değişikliğine ilişkin düzenleme bulunması

Eser sözleşmesinde, yüklenici ile iş sahibi, sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kalmak kaydıyla, eserin tamamlanmasındaki veya teslimindeki gecikmeye ilişkin kanuni risk dağılımını sözleşmeyle değiştirebilirler¹²⁵. Böylece kanuni risk dağılımına göre belirli bir durumda gecikmenin riskine taraflardan biri katlanmak zorunda olduğu halde, diğer taraf bu riski sözleşme ile üstlenebilir. Taraflar, aksine anlaşma yapmadıkları takdirde teslim süresinin uzamasına yol açmayacak bir durumun teslim süresini uzatacağını kararlaştırarak gecikeminin riskini yükleniciden alıp, iş sahibine aktarabilirler. Yahut tersine, aksine anlaşma bulunmadıkça teslim

¹²⁵ Kurt, Leyla Müjde, a.g.e., s. 97.

süresini uzatacak bir durumun teslim süresini uzatmayacağı üzerinde anlaşarak gecikme riskini iş sahibinden alıp, yükleniciye yüklemiş de olabilirler. Sözleşmede yer alan bu tür düzenlemeler, emredici hukuk kurallarına, genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmadıkları takdirde, geçerlidirler. Eser sözleşmesinde belirli durumların gerçekleşmesi halinde eserin teslim vadesinde değişiklik yapılacağına dair hükümlere yer verilmiş olabilir.

Yüklenici temerrüdü, ancak ifası mümkün olan borçlar bakımından söz konusu olur. Borçlanılan edimin ifası mümkün değilse, edimin vadede ifa edilmemesi borçlunun temerrüde düşmesine yol açmaz¹²⁶.

IV. Temerrüde engel bir durum: İfa imkansızlığı

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdünden söz edebilmek için, eserin meydana getirmesinin ve tesliminin hem sözleşme kurulurken, hem de sözleşme kurulduktan sonra mümkün olması gerekir¹²⁷. Türk Borçlar Kanunu anlamında ifa imkansızlığı, objektif ve sürekli (subjektif) bir imkansızlıktır.

Yüklenicinin taahhüt ettiği eserin meydana getirilmesi ve teslimi ediminin ifası, henüz eser sözleşmesi kurulurken objektif ve sürekli olarak imkansızsa, sözleşme batıldı. Yüklenicinin eseri teslim borcu hiç doğmamış olacaktır.

Eseri teslim borcu bakımından objektif imkansızlık, ne eser sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin, ne de başka herhangi bir yüklenicinin taahhüt edilen eseri

¹²⁶ Öz, Dönme, s. 155.

¹²⁷ Oğuzman/Öz, C. I, s. 402.

meydana getirecek ve teslim edecek durumda olmamasıdır. Eserin meydana getirilmesi veya yüklenici bakımından imkansız olmakla birlikte bir başka kimse için mümkünse, subjektif imkansızlık söz konusudur. Örneğin, yüklenicinin mali durumunun kötüleşmesi sebebiyle eseri tamamlayamaması halinde, subjektif bir ifa imkansızlığı söz konusudur.

Bir borcun ifasını borçlu bakımından aşırı gayret gerektiren hale getiren olağanüstü ve öngörülemez durumların meydana gelmesini ifade eden aşırı ifa güçlüğü de, objektif ifa imkansızlığından farklı bir kavramdır. Aşırı ifa güçlüğü söz konusu olduğu durumlarda, borçlu edimini ifa edebilir. Ancak onun edimini ifa etmesi için göstermesi gereken çaba, alacaklının karşı edimi nazara alındığında, aşırıdır. Aşırı ifa güçlüğü, objektif ifa imkansızlığı olarak değerlendirilemeyeceğinden, örneğin, sözleşme kurulduktan sonra eserin meydana getirilmesinin veya tesliminin aşırı maliyetli hale gelmesi durumunda, teknik anlamda bir imkansızlık söz konusu değildir. Bu durumda yüklenici eseri anlaşmaya uygun olarak vadede teslim etmediği takdirde, kural olarak, temerrüde düşer.

Objektif imkansızlık, sürekli nitelikte olmalıdır. Geçici ifa imkansızlığı veya güçlüğü, kural olarak, borçluyu aynen ifa borcundan kurtaran teknik anlamda bir imkansızlık değildir. Buna karşılık, ne zaman sona ereceği kesin olarak öngörülemeyen, örneğin toplumsal kargaşa, halk ayaklanması gibi engellerin imkansızlık sebebi sayılıp sayılmayacağı tereddüt yaratabilir¹²⁸. Bu gibi durumlarda, olayın öngörülebilir gelecekte sona ermesi makul olarak beklenemiyorsa ve bu

¹²⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 998-999.

durum eserin amacını veya yüklenicinin esere ilişkin menfaatini tehlikeye atıyorsa, engelin sürekli olduğu kabul edilmelidir.

V. Yüklenicinin eseri teslim borcunu ifa etmemiş olması (ayıplı ifa).

Temerrüdün temel şartı borcun ifa edilmemesi olduğuna göre, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdünden söz edebilmek için, onun, teslim vadesi geldiği halde eseri iş sahibine tamamlanmış olarak ve bütünüyle teslim etmemiş olması gerekir¹²⁹. Eserin ayıplı olması, eserin sözleşmeye göre sahip olması gereken niteliklere (vasıflara) sahip olmaması halidir. Bu da, ya eserin sözleşmeyle kararlaştırılan niteliklere sahip olmaması ya da bu hususta özel bir anlaşma bulunmasa dahi, sözleşmenin içeriği dikkate alındığında, eser dürüstlük kuralına göre var olması gereken niteliklerin eksikliği şeklinde ortaya çıkar. Diğer bir ifadeyle, teslim edilen eserin ayıplı olması, eserin sözleşmede kararlaştırılmış olan ya da dürüstlük kuralı gereğince taşınması gereken vasıfları taşıyamaması anlamına gelir¹³⁰.

A. Ayıp sayılan durumlar

1. Sözleşmede kararlaştırılmış olan vasıfların eksikliği

Buna göre, her şeyden önce, teslim edilen eser sözleşmeyle kararlaştırılmış olan vasıflara sahip değilse ayıplıdır. Taraflar eser sözleşmesini yaparken sözleşmede

¹²⁹ Tandoğan, C. II, s. 125 vd.

¹³⁰ Cevdet a.g.e., s. 101.

meydana getirilmesi kararlaştırılmış olan eserin taşıyacağı vasıflar hakkında da açık ya da örtülü şekilde anlaşma yaparlar. Bu anlaşmalar, eserin ya genel vasıflarına ya da özel vasıflarına ilişkin olabilir. Genel vasıflara, eserin şekli, ölçüsü, rengi, işin görülüş tarzı gibi eseri somut olarak belirleyen vasıflardır. Örneğin, binanın gri renge boyanacağı kararlaştırılmış ve fakat bina mavi renge boyanmış ise bina (eser) ayıplıdır. Aynı şekilde, binanın odalarının mermer ile döşenmesi kararlaştırılmış ve fakat odalar ahşap parke ile döşenmiş ise, eser ayıplıdır. Özel vasıflar ise, genel vasıflar itibariyle belirlenen eseri daha yakından tanımlayan özelliklerdir. Örneğin, bir makinenin veya tesisatın hassasiyet derecesi, bir makinenin üretim kapasitesi, klima tesisatının ısıtma ve soğutma derecesi, bir köprünün belirli bir taşıma kapasitesi, bir tesisatın harcayacağı elektriğin belli bir miktarı geçmemesi gibi. Eser sözleşmede kararlaştırılan bu özel vasıfları taşıyorsa da ayıplıdır. Sözleşmede özel olarak kararlaştırılmış olan vasıfların eksikliği durumunda, bu eser tekniğin genel kabul görmüş kurallarına uygun şekilde meydana getirilmiş olsa dahi ayıplıdır. Örneğin, teknenin sözleşmede kararlaştırılandan başka bir renge boyanmış olması ya da makinenin sözleşmede kararlaştırılandan farklı bir malzeme ile imal edilmiş olması halinde, eser ayıplıdır. Sözleşmeye göre bulunması gereken bir vasfın bulunmaması halinde, bu eser kararlaştırılan eserle aynı derecede kullanıma elverişli olsa dahi ayıplı sayılır. Eserin bu haliyle daha değerli ve kullanıma daha elverişli olması da bu durumu değiştirmez. Ancak böyle durumlarda, eserin ayıplı olması nedeniyle sözleşmeden dönme, bedelden indirim yapılması veya ayıbın giderilmesi haklarının (TBK m. 475/f. 1) şartları bulunmayabilir ve dolayısıyla iş sahibi meydana getirilen eserle yetinmek zorunda kalabilir. Ayrıca, bu tip durumlarda, bu seçimlik hakların kullanılması hakkın kötüye kullanılması da oluşturabilir.

2. Lüzumlu vasıfların (gerekli niteliklerin) eksikliği

İmal edilen eser, sözleşmede açık ya da örtülü olarak kararlaştırılmış olan vasıfların yanında, ayrıca sözleşmenin içeriğine ve yüklenici tarafından bilinen ya da bilinmesi gereken tahsis (kullanım) amacına göre lüzumlu bazı vasıfları da taşımalıdır. Zira dürüstlük kuralı, sözleşmede kararlaştırılmış olmasa bile, yüklenicinin aksi öngörülmediği sürece, kullanıma elverişli ve normal yapıdaki bir eserin vasıflarını taşıyan nitelikte bir eser teslim etmek zorundadır.

3. Eserin teslimindeki gecikmenin objektif olarak borca aykırı olması

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesinden söz edebilmek için, onun edimi zamanında yerine getirmemiş olmasının, yani ifadaki gecikmesinin “objektif olarak borça aykırılık” teşkil etmesi gerekir. Aksi halde, ifasında gecikilen bu borç bakımından, tanım itibarıyla bir borca aykırılık durumu olan borçlu temerrüdü gerçekleşmez. Yüklenicinin eseri teslim etmede gecikmesinin, onun yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmediği hallerde, “*haklı gecikme*” söz konusu olur¹³¹. Ancak, yüklenicinin eseri teslim borcunda gecikmesinin hangi hallerde borçlu temerrüdüne yol açmayacağına, diğer bir deyişle gecikmenin mazur görülebileceğine ilişkin özel bir düzenleme Borçlar Kanun’nda bulunmamaktadır.

Yüklenicinin muaccel ve ifası halen mümkün olan eseri teslim borcunu objektif olarak borca aykırı biçimde yerine getirmemesi, kural olarak, onun eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için yeterli değildir. Yüklenici, kural olarak, iş

¹³¹ Tandoğan, C. II, s.131.

sahibinin kendisine yönelteceği temerrüt ihtarı ile temerrüde düşer. Şöyle ki, TBK. m. 117 f. 1'e göre, "muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer". İhtar, alacaklının borçluya yönelttiği ve borçludan edimin ifasını talep ettiği tek taraflı bir irade beyanıdır. Eser sözleşmesinde yükleniciyi eserin teslimi borcunda temerrüde düşürmek için yapılan ihtar da, iş sahibinin yükleniciden eserin tamamlanmış olarak teslimini talep ettiği açık bir beyandan ibarettir. İhtar ancak, iş sahibi ve onun yetkili temsilcisi tarafından yapılabilir ve ihtarda ifası istenen borcun konusu açıkça belirtilmelidir¹³². Taraflar ihtarın özel bir şekilde uyularak yapılmasını kararlaştırmış olmadıkça, ihtar sözlü olarak hatta bazı durumlarda zımmen dahi yapılabilir. Borçlu temerrüdü, ihtarın hüküm doğurduğu anda meydana gelir. İş sahibi ihtarında muaccel olan eserin teslimi edimini ya hemen ya da tespit ettiği belirli bir zamanda ifa edilmesini talep eder.

Ancak, borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar şartının aranmadığı durumlar da mevcuttur. Kural olarak ihtar gereken bir durum bulunsa dahi, taraflar eser sözleşmesinde temerrüt için ihtarın gerekli olmadığını kararlaştırmışlarsa, yüklenici ihtarsız temerrüde düşebilir. Belirli teslim tarihini tespit etme yetkisi, sözleşme ile taraflardan birine, özellikle iş sahibine bırakılmış da olabilir. Kendisine belirli vadeyi tespit etme yetkisi tanınan taraf, yapacağı muacceliyet ihbarı ile belirli vadeyi tespit edip karşı tarafa bildirmişse, bu ihbarla tayin edilen günde eseri teslim etmeyen yüklenici, ayrıca ihbar gerekmeksizin kendiliğinden temerrüde düşer (TBK. m. 117 f. 2).

¹³² Oğuzman/Öz, C. I, s. 397.

Eser sözleşmesi kurulurken kararlaştırılan belirli teslim vadesi, daha sonra belirsiz hale gelebilir. Özellikle iş sahibinin risk alanından doğan sebeplerden ötürü tarafların başlangıçta belirlediği teslim vadesinin haklı gecikmeye uygun olarak kendiliğinden uzadığı durumlarda, bu yeni teslim vadesi, taraflarca kararlaştırılmış bir vade olmadığından, artık TBK m. 117 f. 2 anlamında bir belirli vade değildir:

- Aynı zamanda ihtarın yapılmasının hiçbir amaca hizmet etmeyeceği açıksa, ihtara gerek yoktur. Örneğin, yüklenici eseri tamamlayıp teslim etmeyeceğini açıkça iş sahibine bildirmişse veya inşaat sözleşmelerinde işin tamamlanan kısmı bütününe nazaran çok azsa ya da iş sahibi inşaat alanını kesin olarak terk edip gitmişse, eseri vadede teslim etmeyen yüklenici, ihtar gerekmeksizin temerrüde düşer.

- İfa zamanını, iş sahibi değil, ancak yüklenici bilebiliyorsa, ihtar gereksizdir.

VI. Eseri teslim borcunda yüklenicinin temerrüdü ve sonuçları

Yüklenici, borcuna aykırı olarak eseri teslim vadesi geldiğinde teslim etmezse, ihtar gereken bir durum varsa iş sahibinin ihtarı üzerine, ihtar gerekmeyen hallerde ise vadenin geçmesi ile birlikte eseri teslim borcunda temerrüde düşer. Bu durum onun aynen ifa yükümlülüğü üzerinde herhangi bir etki yaratmaz. Diğer bir deyişle, temerrüde düşen yüklenici halen eseri tamamlayarak teslim etme yükümlülüğü altındadır; iş sahibi de halen eserin teslimini yükleniciden talep etme hakkına sahiptir¹³³. Aynen ifade ısrar eden iş sahibi, yüklenici kusurlu ise ondan gecikme tazminatı talep edebileceği gibi, kararlaştırılmışsa cezai şart da isteyebilir. Öte

¹³³ Eren, Borçlar Genel, s.1055.

yandan, yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu ise, temerrüt süresince meydana gelecek kazalardan da sorumlu olur.

Borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekmez. Temerrüdün bazı sonuçları da kusurdan bağımsızdır. Örneğin, iş sahibinin aynen ifayı talep etmesi veya aynen ifadan vazgeçerek eser sözleşmesinden dönmesi, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı değildir¹³⁴. Buna karşılık, borçlu temerrüdünün bazı sonuçları yüklenici ancak eseri teslim borcunda kusuru ile temerrüde düşmüşse, uygulama alanı bulur. Örneğin,

- İş sahibinin temerrüde bağlı olarak yükleniciden tazminat talep edebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekir. Kusur koşulu, temerrüde bağlı tüm tazminat talepleri bakımından aranır.

- Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, yüklenici sadece kusuruyla temerrüde düştüğü takdirde, eserin teslimindeki gecikme sebebiyle cezai şart ödemek zorundadır.

- Kusurlu yüklenici, temerrüt süresince eserin meydana getirilmesini ve tesliminin kazaen imkansız hale gelmesinden de sorumludur.

Yüklenicinin eseri vadede teslim etmediğinde, onun bu borca aykırı davranışında kusurlu olduğu, yani kusuruyla temerrüde düştüğü varsayılır (TBK. m. 112). Bu sebeple, temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat yükü yükleniciye

¹³⁴ Oğuzman/Öz, C. I, s. 405.

aittir. Yüklenici, eserin vadede teslim edilememesine bir beklenmeyen halin sebep olduğunu ortaya koyarsa temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlamış olur¹³⁵.

Yüklenicinin eserin tesliminde temerrüde düşmekte kusurlu olmasından anlaşılması gereken, onun, kasten veya ihmalle, eserin zamanında teslimi için gerekli olan tedbirleri almamış veya eksik almış olmasıdır. Yüklenicinin temerrüde düşmekteki kusuru sözleşmenin kurulmasından önceki döneme dayanabileceği gibi sözleşme kurulduktan sonra da ortaya çıkmış olabilir. Yüklenicinin kusuruyla temerrüde düştüğünün kabulü bakımından onun kusurunun derecesi önemli değildir. Yüklenicinin kusuru, kasıt veya ağır ihmal ya da hafif ihmal biçiminde gerçekleşebilir.

Yüklenici eserin teslimindeki gecikme bakımından yalnız kendi kusurundan (TBK. m. 112) değil, aynı zamanda yasal temsilcinin ve başvurduğu yardımcı kişilerin (TBK. m. 116) gecikmeye sebep olan kusurlarından da iş sahibine karşı sorumludur¹³⁶. Yüklenicinin ifayı tamamen veya kısmen bıraktığı kişilerin yükleniciden bağımsız olarak iş görmeleri, bu kimselerin TBK. m.116 anlamında yardımcı kişi olarak kabul edilmelerine engel değildir¹³⁷.

Eseri teslim borcunda temerrüde düşen yüklenici, temerrüt süresince beklenmedik hal sebebiyle meydana gelecek zarardan da sorumludur (TBK: m. 119 f.1). Buna göre, temerrüt süresince meydana gelen kaza sonucu eserin sözleşmeye uygun biçimde tamamlanıp teslim edilmesinin tamamen veya kısmen imkansız hale

¹³⁵ **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 474.

¹³⁶ **Tandoğan**, C. II, s.133.

¹³⁷ **Seliçi**, a.g.e., s.125.

gelmesinin olumsuz sonuçlarına yüklenici katlanır. Yüklenicinin kazadan sorumlu olması, yüklenicinin iş sahibinin kazadan ötürü uğradığı zararı tazmin etmek zorunda olduğu ayrıca tamamlanarak teslimi imkansız hale gelen eser için veya eserin meydana getirilen kısmı kaza sonucunda telef olmuşsa telef olan bu kısım için iş sahibinden herhangi bir ücret talep edemeyeceği anlamına gelir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

§7. İŞ SAHİBİNİN AYNEN İFA VE MÜSBET ZARARIN TALEBİ İLE SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİNDE MENFİ ZARAR TALEP ETMESİ

I. Aynen ifa

Eksik bir eserin teslim edilmiş olması halinde iş sahibi, öncelikle, eserin eksiklikleri nedeniyle, TBK m. 147/b. 6'daki genel zamanaşımı süresi içinde, aynen ifa (eksikliklerin giderilmesi) talebinde bulunabilir. Örneğin, yapıdaki eksik mutfak dolaplarının takılması, boyanmamış kısımların boyanması talebinde bulunabilir. İş sahibinin bu hakkını kullanması yüklenicinin kusuruna bağlı değildir. Bu sonuca, aylık ifadan doğan ayıpların giderilmesi hakkının kıyasen uygulanması suretiyle de varılabilir. İş sahibi, eserdeki eksikliğin aynen giderilmesi talebiyle beraber, eksik işlerin zamanında yapılmamış olmasından doğan müspet zararın tazminini de, yüklenicinin söz konusu gecikmede kusuru bulunması şartıyla talep edebilir. Bu zarar daha ziyade, iş sahibinin eseri kullanamamasından kaynaklanan kazanç kaybından oluşur. Örneğin, anahtar teslimi usulüyle yapıp teslim edilmesi gereken yapının bazı kısımlarının henüz yapılmamış olması nedeniyle iş sahibinin uğradığı kira kaybı gibi. Ancak bu zarar sadece yoksun kalınan kazançtan ibaret değildir; ayrıca varsa, iş sahibi fiili zararlarının tazminini de talep edebilir¹³⁸. Öte yandan, eserin eksik teslim edilmesi halinde iş sahibi, bu eksikliğin aynen giderilmesini

¹³⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca benimsenen (9.12.1992 tarih 1992/649 Esas ve 1992/732 Karar sayılı ilamı) kararlılık kazanan uygulamaya göre, bağımsız bölümlerdeki yüzölçümü noksanlığı, “eksik iş” olarak kabul edilmektedir.

(aynen ifasını) talep ettiği takdirde, bu eksiklik giderilene kadar, eksikliğin giderilmesini karşılayacak oranda ödemezlik defini kullanarak, teslimle muaccel olan bedel ödeme borcunun bir kısmını ifa etmekten kaçınabilir. İş sahibinin ödemezlik definin kullanılmak suretiyle bedel borcunun ne kadarını ödemekten kaçınabileceğine gelince:

Doktrinde, ayıplı eser teslimi halinde de, iş sahibinin eserdeki ayıbın giderilmesine ilişkin seçimlik hakkını kullanmak suretiyle ayıbın giderilmesini talep etmesi halinde, ödemezlik define bulunmak suretiyle muaccel olan bedel borcunu ödemekten kaçınabileceği kabul edilmektedir. Bu görüş taraftarlarından bazılarında göre, iş sahibi ancak ayıbın giderilmesi çalışmalarını için gerekli olan bedel kısmını yükleniciye ödemekten kaçınabilir¹³⁹. Bu kısım, iş sahibinin ayıbın giderilmesi işini üçüncü bir kişiye tevdi etmesi ihtimalinde ortaya çıkacak olan muhtemel masraflara göre belirlenir. İş sahibi, sadece bu tutarı aşan bedel kısmını yükleniciye ödemekten kaçınamaz.

FİDİC şartnameleri, müteahhidin sözleşme hükümlerine uymaması halinde işveren ve mühendise çok önemli yetkiler tanımıştır. Bu konuyu düzenleyen Genel İdare Şartnamesinin 63.1'nci maddesi, müteahhidin iflasından başlayarak tasfiyeye veya feshe gitmesi, aciz duruma düşmesi, kayyum atanması ve benzeri mali zorluklar nedeniyle yükümlülüklerini yerine getirememesi, ayrıca mühendislikçe müteahhidin sözleşme hükümlerine uymadığı kanaatine varılması, müteahhidin geçerli bir özürü olmadan işlere başlamadığı, işleri yeterince hızlı yürütemediği, kabul edilmeyen malzemeleri 28 gün içinde kaldırmadığı, yazılı uyarılara rağmen

¹³⁹ Salih Şahin, Cevdet: Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, s. 84.

yükümlülüklerini sürekli ihmal ettiği ve işleri izinsiz olarak taşeronla verdiği durumları ele almaktadır.

Yukarıda zikredilen durumlarda mühendis durumu işverene bildirip bu yazının bir kopyasını da müteahhide iletirse, işveren müteahhide 14 gün süreli bir bildiri verip işyerine ve işlere el koyabilir. Ayrıca; işveren sözleşmeyi feshetmeksizin, müteahhidi sözleşmedeki yükümlülüklerinden affetmeksizin ve sözleşmenin işveren idareye ve mühendise tanıdığı haklara ve yetkilere helal getirmeksizin müteahhidi işyerinden çıkarabilir. Bu durumda işveren, işleri kendisi bitirebileceği gibi başka bir müteahhide de vererek tamamlayabilir. Böyle bir durumda işveren, eski müteahhidin teçhizat ve donanımının, tesis ettiği geçici işlerin ve malzemenin uygun gördükleri kullanabilir.

Kanun koyucu, alacaklıya temerrüde düşen borçludan edimin aynen ifasını ve borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olduğu takdirde gecikme tazminatı talep etme hakkı tanımıştır (TBK. m. 118, TBK. m. 125 f.1). Bu, borçlu temerrüdünün genel sonucudur. Bir de eser sözleşmesine özel olarak, iş sahibi, yüklenici eserin teslimi borcunda temerrüde düştüğünde, ilk olarak edimin aynen ifasında ısrar edip etmeyeceğine karar vermelidir. İş sahibi, aynen ifada ısrar edebilir veya aynen ifadan vazgeçebilir. Aynen ifadan vazgeçtiği takdirde iş sahibini bir başka seçim daha beklemektedir. Aynen ifadan vazgeçen iş sahibi, müsbet zararının tazminini talep edebileceği gibi, bunun yerine eser sözleşmesinden dönmeyi de tercih edebilir.

Seçimlik hakların kullanılmasının ön şartı olarak ek süre tayini

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan eser sözleşmesinde, yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düştüğünde, iş sahibi ona eseri teslim etmesi için uygun bir ek süre tayin eder veya hakime tayin ettirir. Aynen ifa ve gecikme tazminatı borçlu temerrüdünün TBK m. 118’de düzenlenen genel sonucu olduğundan, iş sahibi, yükleniciye ek süre tayin etmeksizin de temerrüdün bu sonucundan yararlanabilir. Ancak, o, aynen ifadan vazgeçerek kendisine tanınmış diğer iki seçimlik hak olan müsbet zararın tazminini talep etme veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanmak istiyorsa, kural olarak, yükleniciye ek süre vermek zorundadır.

Ek süre tayini, hukuki niteliği itibariyle; tek taraflı, ulaşması gereken, hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır¹⁴⁰. Hukuki işlem benzeri olmasının sonucu olarak, kanunun ek süre tayin edilmesine bağladığı sonuçlar kendiliğinden gelişir. Bu itibarla, iş sahibinin ek süre tayin ederken yükleniciyi bu süre içinde eseri teslim etmemesinin sonuçları bakımından uyarması gerekmez.

Borçlar Kanunu’nda ek süre tayini herhangi bir şekil şartına tabi kılınmış değildir. Ancak, TTK. M. 18 f.3’e göre tacirler arasında ek süre tayininin ‘*noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telegrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile*’ yapılması gerektiğinden, iş sahibi de, yüklenici de tacirse, iş sahibi ek süre tayin ederken bu usullerden birine uymak zorundadır¹⁴¹. Bununla birlikte, taraflar, ek sürenin belirli bir şekle uyularak tayin edileceği

¹⁴⁰ Eren, Borçlar Genel, s.1068.

¹⁴¹ Oğuzman/ Öz, C. I, s. 538.

konusunda anlaşmışlarsa, iş sahibinin ek süre tayin ederken bu şekilde uyması gerekir¹⁴². İş sahibinin ek süre tayini ile ilgili beyanının içeriğinden, yüklenicinin eseri ne zamana kadar teslim edebileceği açıkça anlaşılabilir.

Ek süre, yüklenici temerrüde düşmeden verilemez. Ancak, yükleniciyi temerrüde düşürecek olan ihtarla birlikte ek süre verilmesine de engel yoktur. Ek süre boyunca yüklenicinin temerrüt durumu devam eder. Bu sebeple, yüklenici, bu ek sürede gecikme zararlarından ve meydana gelebilecek beklenmeyen hallerden sorumludur (TBK. m.118, TBK. m. 119).

Aynı zamanda aşağıdaki hallerde ek süre tayin etme gerekli değildir:

- Yüklenicinin davranışlarından ek süre vermenin yararsız olduğunun anlaşılması;
- Aynen ifanın iş sahibi için yararsız hale gelmesi;
- Eser sözleşmesinin kesin vadeli olması nedeniyle.

A. İş sahibinin aynen ifadan vazgeçerek diğer seçimlik haklarından birini kullanması

Aynen ifadan vazgeçme, yenilik doğuran bir haktır¹⁴³. İş sahibi, bu hakkı; tek taraflı, yükleniciye ulaşması gereken, şekle tabi olmayan bir irade beyanı ile kullanır. Edimin aynen ifasından vazgeçen iş sahibi, ifanın gerçekleşmemiş olmasından dolayı tazminat talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir (TBK. m. 125). Aynen ifadan

¹⁴² Öz, Dönme, s.47.

¹⁴³ Eren, Borçlar Genel, s. 1072.

vazgeçen iş sahibi, bu beyanını geri alamaz. Diğer seçimlik haklar da hukuki nitelik itibariyle, yenilik doğuran haklardır¹⁴⁴.

İş sahibi, aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme haklarını, zamanaşımı süresi içinde kalmak kaydıyla, her zaman kullanabileceği halde, aynen ifadan vazgeçerek müsbet zararının tazminini talep etmeyi veya sözleşmeden dönmeyi seçecekse seçimlik haklarını derhal kullanmak zorundadır (TBK. m. 125 f.2).

İş sahibi müsbet zarar tazminatı talep etme veya sözleşmeden dönme haklarında birini tercih ettikten sonra, bu seçimini değiştirip değiştiremeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yenilik doğuran beyanların geri alınamazlığı kuralı mutlak şekilde uygulanmalıdır. Bu doğrultuda, iş sahibi sözleşmeden dönmüşse, artık hiçbir durumda müsbet zararının tazmini talep edemez; müsbet zararın tazmini talep etmişse artık hiçbir durumda sözleşmeden dönemez. Dönme hakkının kullanılması ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını savunan yazarlardan bazıları da dönmeden tazminata geçişin mantıken mümkün olmadığı gerekçesi ile yapılan seçimin değiştirilmesini reddetmektedirler.

Diğer bir görüşe ise, muhatabın korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı durumlarda, müsbet zararın tazminatı talebinden sözleşmeden dönmeye veya sözleşmeden dönmeden müsbet zarar tazminatı talebine geçiş mümkün olmalıdır.

¹⁴⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.709.

II. İş sahibinin müsbet zararının tazminini talep etmesi

Eserin yüklenici tarafından tamamlanarak teslim edilmesinden, yani aynen ifadan vazgeçen iş sahibi, eserin vadede teslim edilmemiş olmasından doğan müsbet zararının tazminini talep edebilir. İş sahibinin müsbet zararın tazminini talep etme hakkı, değiştirici yenilik doğuran bir haktır. İş sahibi, müsbet zararının tazminini talep etmeyi seçerse, eser sözleşmesi yürürlükte kalmaya devam eder.

Müsbet zarar, alacaklının edimin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesine ilişkin menfaatinin gerçekleşmemesi sebebiyle uğradığı zarardır. Müsbet zarar, alacaklının malvarlığının hali hazırda bulunduğu durum ile borçlu borcunu gereği gibi ifa etmiş olsaydı bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir¹⁴⁵. Müsbet zarar başlıca iki unsurdan oluşuyor: ifa edilmeyen edimin değeri ve gecikmeden doğan diğer zararlar.

- İfa edilmeyen edimin değeri, iş sahibinin yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü sebebiyle uğradığı müsbet zararın asgari içeriğini oluşturur. Zira, yüklenici taahhüt ettiği edimi yerine getirmiş olsaydı, yani eseri tamamlayarak vadede teslim etmiş olsaydı, sözleşme konusu eserin değeri iş sahibinin malvarlığına dahil olacaktı.

- Gecikmeden doğan diğer zararlarla amaçlanan, alacaklının sadece edimin ifasına değil, edimin tam ve doğru diğer bir deyişle, sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesine ilişkin menfaattir. Bununla ilgili olarak, yüklenici iş sahibinin eserin teslimindeki gecikme, yani temerrüt sebebiyle uğradığı ve gecikme ile illiyet bağı

¹⁴⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 1073.

içinde bulunan tüm zararları da tazmin etmek zorundadır. Eserin teslimindeki gecikmeden ötürü iş sahibinin uğradığı zararlar, fiili zarar ve yoksun kalınan kardır.

Fiili zarar, zarar görenin malvarlığındaki azalmayı ifade eder. Bu azalma, malvarlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir artış şeklinde meydana gelir.

İş sahibinin yoksun kaldığı kar da onun eserin teslimindeki gecikmeden ötürü uğradığı zararlar arasında yer aldığından, bu zararın da müsbet zarar tazminatı kapsamında tazmini gerekir.

Müsbet zarar mübadele veya fark teorisine göre tazmin edilir. Bu teorilerden hangisi uygulanırsa uygulansın, yüklenici tarafından tazmini gereken kapsamı değişmez. Sadece, müsbet zarar tazminatı bakımından fark teorisi uygulandığı takdirde, iş sahibinin karşı ediminin değeri de hesaplanır; ifa edilmeyen edimin değeri ile gecikme zararlarından oluşan toplam müsbet zarardan iş sahibinin karşı ediminin değeri indirilir. Kalan kısım yükleniciden talep edilir. Mübadele teorisi uygulandığında ise, iş sahibi karşı edimin aynen ifa edeceğine göre, bu edimin değerinin hesaplanması gerekmez.

İfa edilmeyen edimin değeri, bir görüşe göre, eserin tamamlanmış halinin değeridir. Bu değer inşaat sözleşmeleri bakımından bağımsız bölümlerin rayiç satış bedelidir.

Zamanaşımı

Müsbet zararın tazmini edimi, yüklenicinin eser sözleşmesindeki asli edimi olan eseri meydana getirme ediminin yerini almıştır. Bu itibarla, müsbet zarar tazminatı alacağına ilişkin zamanaşımı da bu asli edimin tabi olduğu zamanaşımı

süresine tabidir. Eser sözleşmesinden doğan talepler, yüklenicinin temerrüde düşmekte ağır ihmali veya kastı bulunduğu durumlarda 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tabi iken (TBK. m. 146), kusursuz olduğu veya hafif ihmalinin olduğu durumlarda 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Yüklenicinin asli ediminin tabi olduğu bu zamanaşımı süreleri, onun iş sahibinin müsbet zararını tazmin etme edimi bakımından da geçerlidir. Zamanaşımı süresi, iş sahibinin müsbet zararının tazmini seçeneğini seçtiğini yükleniciye veya yetkili temsilcisine beyan ettiği andan itibaren işlemeye başlar. Zira tazminat alacağı ancak bu anda doğar¹⁴⁶.

III. İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi

Aynen ifa talebinden iş sahibi, temerrüde düşen yükleniciden ifa yerine müsbet zararı tazminatı talep edebilir veya bunun yerine eser sözleşmesinden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilir. (TBK m. 125 f. 2,3). Sözleşmeden dönmenin amacı, tarafların sözleşme öncesi buldukları durumu (status quo ante) yeniden tesis etmektir¹⁴⁷. Sözleşmeden dönme hakkı yenilik doğuran bir haktır¹⁴⁸. Bu sebeple, iş sahibi şartları gerçekleştiğinde, tek taraflı olarak kullanılan, yükleniciye varması gereken, herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmayan, kullanıldıktan sonra tek taraflı olarak geri alınamayan bir irade beyanı beyanı ile eser sözleşmesinden dönebilir¹⁴⁹. Buna göre, iş sahibinin sözleşmeden dönme beyanı hukuki sonuçlarını, yüklenicinin kabulü veya mahkemedен bu yönde bir karar almak gerekmeksizin, yüklenicinin

¹⁴⁶ **Oğuzman/Öz**, C I, s. 544.

¹⁴⁷ **Buz**, Dönme s. 78.

¹⁴⁸ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar; s. 52.

¹⁴⁹ **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 48.

hakimiyet alanına girdiği anda doğurur. Sözleşmeden bu anda tasfiye ilişkisine dönüşür ve tarafların karşılıklı iade borçları doğar¹⁵⁰. Yüklenicinin bu hakkın kullanımına itiraz ederek, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının koşullarının gerçekleşmediği iddiasıyla dava açması durumunda, mahkemenin bu koşulların somut olayda gerçekleştiğini tespit eden kararı kurucu değil, bildirici niteliktedir¹⁵¹.

Yargıtay, eser sözleşmeleri bakımından iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının tek taraflı irade beyanı ile kullanabileceğini genel olarak kabul etmektedir. Buna karşılık, Yargıtay son yıllarda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını ancak yüklenicinin kabulü ile yüklenici dönmeye muvafakat etmediği takdirde mahkeme kararıyla kullanabileceğine hükmetmektedir¹⁵².

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekli değildir. Yüklenicinin kusurlu olması, iş sahibinin sözleşmeden dönmeye bağlı olarak yükleniciden menfi zarar tazminatı

¹⁵⁰ İş sahibi eser sözleşmesinden dönem hakkını kullanmak için dava açmak zorunda değildir. Ancak yüklenici, iş sahibinin tek taraflı irade beyanı sonucu doğan iade borcunu yerine getiremediği takdirde, iş sahibi sözleşmeden dönme ile birlikte muaccel olan bu iade borcunun ifasını sağlamak için dava ve takip yollarına başvurmak zorunda kalır. **Buz**, Yenilik doğuran haklar, s. 67.

¹⁵¹ Bu yönde Yargıtay 15. HD., 30.5.1994 T., 1993/5917 E., 1994/3378 K.: İş sahibinin yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden döndüğü bir olayda “*Feshin hukuki sonuç doğurması için karşı tarafın kabulüne gerek yoktur. Tek taraflı irade beyanı karşı tarafa ulaştırılınca sözleşme ilişkisi son bulur. (...) Feshin haklı nedenlere dayandığının yapılan yargılama sonunda anlaşılması halinde hukuki sonuçlarını, mahkeme kararının kesinleştiği tarihte meydana getirdiği anlamına gelmez. Çünkü mahkemece verilen karar evvelce meydana gelmiş hukuki sonucunun saptanmasından ibarettir. Mahkemenin bu husustaki kararı (...) tespit kararı niteliğindedir.*”

¹⁵² **Kurt**, Leyla Müjde, a.g.e., s. 285.

talep edebilmesi bakımından zorunludur (TBK m. 125 f.3). Ancak Yargıtay bazı kararlarında, iş sahibinin eser sözleşmesini “haklı sebep” bulunuyorsa geriye etkili olarak feshedebileceğine (sözleşmeden dönebileceğine) hükmetmektedir. Bu ifade tarzı yanlış anlaşılmaya elverişli olduğundan isabetli değildir¹⁵³. Yargıtay bazı kararlarında da yüklenicinin gecikmede kusurlu olmasının iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için “haklı sebep” teşkil ettiğini, iş sahibinin buna dayanarak sözleşmeden dönebileceğini ifade ederek sözleşmeden dönmeyi adeta borçlunun kusuruna bağladığı izlenimini uyandırmaktadır¹⁵⁴.

İş sahibinin yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü sebebiyle kullandığı sözleşmeden dönme hakkının sonuç doğurabilmesi için, bu hakkın kullanılmasının koşullarının somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. İfa yerine müsbet zararın tazmini talebinden farklı olarak, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması aranmaz. Bu itibarla, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının koşullarının gerçekleşmemesi örneğin, iş sahibinin gerekli olduğu halde yükleniciyi ihtarda bulunarak temerrüde düşürmemiş olması, sözleşmeden dönme beyanından önce yükleniciye ek süre tayin etmemiş olması gibi durumlarda söz konusu olur. Bir görüşe göre, iş sahibinin geçerli olmayan sözleşmeden dönme beyanı, TBK m. 484’e göre tam tazminat karşılığı eser sözleşmesinin feshi beyanına tahvil edilir. Diğer görüşe göre ise, iş sahibinin temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönme beyanının bu hakkın kullanılmasının şartları

¹⁵³ Yargıtay’ın iş sahibinin yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmesini “haklı sebeple fesih” kurumuna dönüştürdüğüne dair haklı eleştiriler için bkz. **Gümüş**, Borçlar Özel, s. 80-81.

¹⁵⁴ Yargıtay 15. HD., 12.5.1998 T., 1998/525-1942: “Kat karşılığı eser sözleşmesinin arsa sahibince fesih talep edilmiş ve akdin yüklenicinin kusuru ile bozulduğu kabul edilerek karar kesinleşmiştir.

gerçekleşmediği için eser sözleşmesinin tam tazminat karşılığı fesih beyanına tahvil edilmesi, iş sahibine istemediği ağır hukuki sonuçlar yüklemek anlamına geleceğinden, mümkün değildir.

Ayrıca, sözleşmeden dönme hakkının koşullarının oluşmadığına ilişkin ortaya çıkan ihtilaf sebebiyle işin ifasında gecikme meydana gelmişse, (örneğin, iş sahibi beyanının geçersiz olduğu anlaşılana kadar yükleniciyi araziye sokmamışsa) bu gecikme iş sahibine isnad edilebilen bir gecikmedir. Bu takdirde, eser sözleşmesinin süresi uzar ve yüklenici gecikmeden doğan müsbet zararının tazminini iş sahibinden talep edebilir¹⁵⁵. İş sahibi işi bu arada bir başka yükleniciye yaptırmış ise, ifayı kusuruyla imkansız hale getirmiş olur.

A. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı kullanılması

Sözleşmeden dönme hakkı, tek taraflı, ulaşılması gerekli bir irade beyanı ile kullanılabilen bozucu yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmeden dönme hakkı dava dışında kullanılabileceği gibi, dava yoluyla da kullanılabilir. Dava yoluyla kullanıldığı takdirde, hakimin verdiği karar yenilik doğuran bir karar değildir. Uyuşmazlık durumunda hakimin vereceği karar, bu hakkın geçerli olarak kullanılıp kullanılmadığı ve şartların oluşup oluşmadığı hususunda bir tespit kararıdır. Dönme hakkının kullanılabilmesi için, yüklenicinin muvafakatine de gerek yoktur. Dönme beyanı, yüklenicinin bu hakkın kullanılmasına muvafakati olup olmadığından bağımsız olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Kısacası, dönme hakkı yenilik

¹⁵⁵ Kurt, Leyla Müjde, a.g.e., s. 290.

doğuran bir hakk olduğu için, kullanılması yüklenicinin kabulüne veya bir mahkeme kararına ihtiyaç göstermez¹⁵⁶.

Fakat Yargıtayın yerleşik içtihatlarında, eser sözleşmesinin bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden, ancak yüklenicinin kabulü veya mahkeme kararıyla dönülebileceği (veya ireliye etkili olarak fesedilebileceği) kabul edilmektedir. Buna gerekçe olarak da, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinin taşınmaz mülkiyetinin nakli borcunu da içermesini ve dolayısıyla geçerliliğinin kanun tarafından resmi şekle bağlanmış olmasını göstermektedir. Buna göre, yüklenici dönme kabul etmezse, dönme hakkının yasal koşullarının oluştuğu sonucuna varırsa, sözleşme mahkemenin vereceği bozucu yenilik doğuran bir kararla sona erecektir.

İş sahibi eser sözleşmesinden dönerek temerrüde düşen yükleniciden, menfi zararının tazminini talep edebilir (TBK. m. 125 f.2). Sözleşmeden dönmenin amacı, tarafların sözleşme öncesi buldukları durumu (status quo ante) yeniden tesis etmektir.

Sözleşmeden dönme hakkı yenilik doğuran bir haktır¹⁵⁷. Bu sebeple, iş sahibi şartları gerçekleştiğinde, tek taraflı olarak kullanılan, yükleniciye varması gereken, herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmayan, kullanıldıktan sonra tek taraflı olarak geri alınamayan bir irade beyanı ile eser sözleşmesinden dönebilir¹⁵⁸. Sözleşme bu anda tasfiye ilişkisine dönüşür ve tarafların karşılıklı iade borçları doğar.

¹⁵⁶ **Salih Şahiniz**, Cevdet: Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, s. 140.

¹⁵⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1076.

¹⁵⁸ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 302.

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekli değildir¹⁵⁹. Yüklenicinin kusurlu olması, iş sahibinin sözleşmeden dönmeye bağlı olarak yükleniciden menfi zarar tazminatı talep edebilmesi bakımından zorunludur (TBK. m. 125 f.3).

Sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Buna göre, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının sözleşmeden dönmesi iki temel hukuki sonuç doğurur: Öncelikle, sözleşmenin iki tarafı da taahhüt ettiği edimi ifa etme borcundan kurtulur. Böylece tarafların henüz ifa etmedikleri borçları karşılıklı olarak ortadan kalkar. Bu durum, sözleşmeden dönmenin geleceğine ilişkin sonucudur.

Sözleşmeden dönmenin diğer hukuki sonucu ise, geçmişe yöneliktir. Sözleşmeden dönme, iki taraf bakımından da hali hazırda ifa etmiş buldukları edimleri karşılıklı olarak iade etme borcu doğurur.

İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesinin sonuçları

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede borçlunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının sözleşmeden dönmesi iki hukuki sonuç doğurur: Öncelikle, sözleşmenin iki tarafı da taahhüt ettiği edimi ifa etme borcundan kurtulur. Böylece tarafların henüz ifa etmedikleri borçları karşılıklı olarak ortadan kalkar. Bu durum, sözleşmeden dönmenin geleceğe ilişkin sonucudur. Sözleşmeden dönmenin henüz ifa edilmemiş olan borçları sona erdiren borçtan kurtarıcı etkisi konusunda ihtilaf

¹⁵⁹ Serozan, Dönme, s. 239.

yoktur. Sözleşmeden dönmenin diğer hukuki sonucu ise, geçmişe yöneliktir. Sözleşmeden dönme, iki taraf bakımından da hali hazırda ifa etmiş buldukları edimleri karşılıklı olarak iade etme borcu doğurur. Ancak bu iade taleplerinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Aşağıda önce sözleşmeden dönmenin dönülen sözleşmenin geçerliliğine ve bu sözleşmeye dayanılarak yapılan tasarruf işlemlerine etkisine ilişkin görüşlere yer verilmiş, daha sonra tasfiye ilişkisi ele alınmıştır. Zira iade borçlarının hukuki niteliği ve kapsamı, sözleşmeden dönmenin borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemleri üzerinde etkisi bakımından kabul edilecek görüşe göre tespit edilecektir.

B. Sözleşmeden dönme ile ilgili doktrindeki görüşler

1. Klasik dönme teorisi

Klasik teoriye göre, alacaklının sözleşmeden dönmesi ile birlikte geçerli olarak kurulmuş olan sözleşme, kurulduğu andan itibaren, yani geçmişe etkili olarak (ex tunc) ortadan kalkar¹⁶⁰. Diğer bir deyişle, sözleşme hiç kurulmamış sayılır. Bu ortak ön kabulden yola çıkan ancak tarafların iade borçlarını farklı hukuki temellere dayandıran başlıca üç görüş mevcuttur.

2. Sebepsiz zenginleşme görüşü

Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması ile önceden ifa edilen edimlerin hukuki sebebi sona ermiş olur.

¹⁶⁰ Kurt, Leyla Müjde, a.g.e., s. 292.

Artık geçerli bir hukuki sebep bulunmadığından, TBK m. 77 f. 2'deki ifadeyle “sona ermiş bir sebebe” (condictio ob causam finitam) dayanılarak daha önce ifa edilen edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekir. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme borçlandırıcı işlemi, yani sözleşmeyi ortadan kaldırır. Ancak bu durum dönülen borçlandırıcı işlemin ifasına yönelik olarak yapılmış olan tasarruf işlemleri üzerinde etkili değildir.

3. Kanuni borç ilişkisi görüşü

Sözleşmeden dönmenin borçlandırıcı işlemi, yani sözleşmeyi ortadan kaldırdığını kabul eden yazarlardan bazıları, iade taleplerinin hukuki temelini, sebepsiz zenginleşme değil, sözleşmeden dönme üzerine taraflar arasında doğan kanuni borç ilişkisi olduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme üzerine, tarafların iade talepleri doğrudan Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine dayanır. Bununla birlikte dönme üzerine açılacak iade davası, sözleşmeden doğduğu için TBK m. 146'da öngörülen on yıllık zamanaşımına tabidir¹⁶¹.

4. Aynı etkili dönme görüşü

İstihkak teorisi olarak da adlandırılan bu görüşe göre, tasarruf işlemlerinin sebebe bağlılığı ilkesinin bir sonucu olarak, sözleşmeden dönme ile borçlandırıcı işlemin ortadan kalkması, buna bağlı olarak yapılmış olan tasarruf işlemlerini de etkiler. Bu sebeple, dönülen sözleşmeye dayanılarak kazanılan aynı hakların devralana hiç geçmediği kabul edilir. Bu görüş, sözleşmeden dönmenin borçlandırıcı

¹⁶¹ Kurt, Leyla Müjde, a.g.e., s. 293.

işlemi başlangıçtan itibaren ortadan kaldırdığını kabul eden diğer görüşlerden farklı olarak, sözleşmeden dönmeye aynı bir etki tanımaktadır. Bu görüş kabul edildiği takdirde, önceden yerine getirilmiş olan edimlerin iadesi, taşınırlar bakımından "istihkak davası" ile talep edilir.

5. *Dönüşüm (yeni dönme) teorisi*

Alman doktrinde ortaya çıkan, İsviçre doktrinde hakim görüş olan ve Türk doktrinde¹⁶² de çok sayıda yazar tarafından benimsenen dönüşüm (yeni dönme) teorisine göre, sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi ortadan kalkmaz; sadece içerik değiştirir. Sözleşmenin konusunu artık sözleşme ile kararlaştırılmış olan borçların ifası değil, bunların yerini alan sözleşmeyi tasfiye etme borcu oluşturur. Bir başka deyişle, dönülen sözleşmeden doğan borçların yerini, dönmeden önce elde edilen edimleri iade etme, yani geri verme borçları alır. Bu görüşe göre dönülen sözleşme ilişkisi içerik değiştirerek varlığını koruduğu için, dönülen sözleşmeye dayanılarak yapılan tasarruf işlemleri ve bu işlemlerle kazanılan aynı haklar geçerlidir¹⁶³. Bu sebeple, sözleşmeden dönülmeden önce geçerli olarak kazanılan aynı hakların kendiliğinden bunları devreden kişiye dönmesi söz konusu değildir. Fakat taraflar, sözleşmeden dönme sonucunda ortaya çıkan tasfiye ilişkisi çerçevesinde, kazandıkları aynı hakları karşılıklı olarak iade etme borcu altına girerler. Bu iade borcu sözleşmeden doğan bir borçtur.

¹⁶² Serozan, Dönme s. 73.

¹⁶³ Serozan, Dönme s. 91.

C. Sözleşmeden dönmenin üçüncü kişilerin edindiği aynı haklara etkisi

Dönüşüm teorisine göre, sözleşmeden dönme, dönülen sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirilen tasarruf işlemlerini geçersiz kılmaz. İade borçlusunun sözleşmeden dönülmeden önce iade alacaklısından kazandığı aynı haklar, sözleşmeden dönme ile birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz, diğer bir deyişle kendiliğinden eski sahibine dönmez¹⁶⁴. Bunun sonucunda da, kazanım anında gerçek malik konumunda bulunan iade borçlusundan iade konusu taşınır ya da taşınmaz üzerine aynı hak iktisap eden üçüncü kişinin bu kazanımı, geçerliliğini korur. Burada, üçüncü kişilerin aynı hak kazanımları bakımından iyiniyetli veya kötüniyetli olması meselesi de söz konusu değildir.

Aynı etkili dönme görüşünü kabul eden yazarlar hariç, klasik görüş taraftarları da, sözleşmeden dönmenin önceden kazanılmış olan aynı hakların geçerliliği üzerinde etkisi bulunmadığını, tarafların sözleşmeden dönmeye bağlı olarak ortaya çıkan karşılıklı iade taleplerinin şahsi nitelikte talepler olduğunu kabul etmektedirler. Dönüşüm teorisine göre de, tarafların sözleşmeden dönme üzerine birbirilerine yöneltebilecekleri karşılıklı iade talepleri şahsi taleplerdir. Burada sözleşmeden doğan “nispi talepler” söz konusudur. Diğer bir deyişle, bu talepler ancak dönülen sözleşmenin karşı tarafına karşı ireli sürülebilir¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Kurt, Leyla Müjde, a.g.e., s. 326.

¹⁶⁵ Kurt, Leyla Müjde, a.g.e., s. 327.

D. Sözleşmeden dönmeden doğan taleplerin tabi olduğu zamanaşımı

Sözleşmeden dönme halinde tarafların karşılıklı iade talepleri ve alacaklının menfi zarar tazminatı talebi, sözleşmeden doğan taleplerdir. Bu sebeple gerek iade talepleri, gerek menfi zarar tazminatı talebi, kural olarak, sözleşmeden doğan alacakların genel zamanaşımı süresi olan TBK m. 146'da düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresine tabidir¹⁶⁶. Ancak, eser sözleşmeleri bakımından TBK m. 147 hükmünde özel bir düzenleme getirildiğinden, zamanaşımı süreleri bakımından bu hüküm de dikkate alınarak bir ayırım yapılmalıdır. TBK m. 147 b. 6'ya göre, "Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar" beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. O halde yüklenicinin kastı veya ağır ihmali ile temerrüde düştüğü hallerde, iade talepleri ve tazminat talebi, TBK m. 147'nin uygulama dışında kaldığından, genel hüküm olan TBK m. 146'teki on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Buna karşılık, yüklenicinin hafif ihmali ile temerrüde düştüğü hallerde iade talepleri ve tazminat talebi TBK m. 147'de düzenlenen beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu süreler, iade borçlarının ve tazminat borcunun muaccel olduğu andan, yani iş sahibinin sözleşmeden döndüğü andan itibaren işlemeye başlar (TBK m. 149 f. 1).

¹⁶⁶ Serozan, Dönme s. 565.

IV. İş sahibinin menfi zararın tazmini talebi

TBK m. 125 f. 3'e göre, sözleşmeden dönme halinde, "borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir. "Burada düzenlenen zarar türü, menfi zarardır¹⁶⁷. Söz konusu hükümde yer alan "sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğranılan zarar" ifadesi, menfi zarar tazminatının dayanağını açıklamakta yetersiz kaldığından, isabetsiz bir ifadedir. Zira burada düzenlenen tazminatın dayanağı, esasen, sözleşmeden dönen alacaklının sözleşmenin kararlaştırılan yönde, yani ifaya yönelik olarak hüküm ifade etmeye devam edeceğine, diğer bir deyişle, sözleşmenin taahhüt edildiği biçimde ifa edileceğine yönelik güvenin borçlu tarafından boşa çıkarılmış olmasıdır. Borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönen alacaklıya tanınan menfi zarar tazminatı talebi, hukuki niteliği itibariyle sözleşmeden doğan bir taleptir¹⁶⁸.

Sözleşmeden dönen alacaklının borçludan tazminini talep edebileceği menfi zarar, alacaklının döndüğü sözleşmenin kurulmuş olmasından dolayı uğradığı, sözleşme kurulmamış olsaydı uğramayacak olduğu malvarlığı zararıdır¹⁶⁹. Buna göre, sözleşmeden dönen alacaklının mevcut malvarlığı durumu ile sözleşme hiç kurulmamış olsaydı içinde bulunacağı malvarlığı durumu arasındaki fark, onun

¹⁶⁷ Serozan, Dönme s. 588-589

¹⁶⁸ Eren, Borçlar Genel s. 1081.

¹⁶⁹ Yargıtay HGK., 5.7.2006 T., 2006/13-499E., 2006/507 K.: "Menfi zarar, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden , sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar.

menfi zararını oluşturur¹⁷⁰. Buradan da anlaşılacağı üzere, menfi zarar tazminatının amacı, iş sahibinin, eser sözleşmenin kurulmasından önceki malvarlığı durumuna getirmek değil, eser sözleşmesi kurulmasaydı malvarlığı bakımından bugün içinde bulunacağı farazi duruma getirmektedir.

TBK m. 125 f. 3'te yer alan "borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat edemezse" ifadesinden de açıkça anlaşıldığı üzere, sözleşmeden dönen iş sahibi, ancak yüklenici borcun ihallinde, yani temerrüde düşmekte kusurlu ise, ondan menfi zararını tazmin etmesini talep edebilir¹⁷¹. Zararın meydana gelmesinde veya artmasında iş sahibinin ortak (müterafik) kusurunun bulunması, kural olarak onu menfi zarar tazminatı talebinde bulunmasına engel değildir. Örneğin, iş sahibi sözleşme konusu eserin teslim edileceği inancıyla bunun muhafazası için normalde aylığı 200 TL-ye kiralanabilecek bir depoyu 800 TL-ye kiralamışsa, yüklenici eseri teslim borcunda kusuruyla temerrüde düşmüş olsa da, zararın artmasında iş sahibinin de ortak kusuru vardır. İş sahibi bu durumda da menfi zararının tazminini talep edebilir; ancak zararın doğumunda veya artmasında iş sahibinin ortak kusurunun bulunması, menfi zarar tazminatından indirim sebebi teşkil eder. (TBK m. 52 f. 1'e kıyasen)¹⁷².

¹⁷⁰ **Öz.** Dönme s. 284-285

¹⁷¹ Sözleşmeden dönmeye bağlı menfi zararın tazminatı bakımından borçlunun kusuru, onun sözleşmeyi ihlal etmekte kusurlu olmasını ifade eder. **Öz.** Dönme s. 271.

¹⁷² Yargıtay 15. HD., 26.5.2008 T., 2008/296 E., 2008/3347 K.: " haklı nedenlerele sözleşmeyi fesheden taraf (e)BK.nun 108 ve 96. maddeleri uyarınca olumsuz (menfi) zararlarını isteyebilir. Ancak bu zararın hesabında (e)BK.nun 98. maddesinin yollamasıyla 44. madde hükmü gözetilmelidir. Diğer bir anlatımla yeni ihalenin yapılmasında makul süre geçirilmiş ve bu nedenle borçlunun zararı artmışsa artan zarardan borçlu sorumlu tutulamaz. Borçlunun sorumlu olduğu zarar miktarının makul süre içinde yapılacak yeni ihalenin fiyat ve koşullarına göre belirlenmesi gerekir.

Menfi zararın kapsamına gelince: Menfi zarar da müsbet zararda olduğu gibi, temel olarak, fiili zarar (donanım emergens) ve yoksun kalınan kar (lucrum cessans) başlıkları altında toplanabilecek unsurlardan oluřur¹⁷³.

A. Fiili zarar

Fiili zarar başlığı altında toplanabilecek zarar kalemleri esasen sözleşme için yapılmış olan ve sözleşmeden dönme sonucunda konusuz hale gelen, yani boşa çıkan harcamalardan oluşur. Bu harcamaların başlıcaları şunlardır:

- İş sahibinin eser sözleşmesinin kurulması için yaptığı veya buna doğrudan bağlı olan masraflar, iş sahibi bakımından menfi zarar teşkil eder.

- İş sahibinin sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek yaptığı masraflar da bir diğer menfi zarar kalemidir. Bu kapsama öncelikle, yükleniciyi temerrüde düşürmeden önce yapılmış olmak kaydıyla, iş sahibinin kendi ediminin ifası için yaptığı masraflar girer.

- İş sahibinin yükleniciyle akdettiği sözleşmeden dönmesi sebebiyle üçüncü kişilerle akdetmiş olduğu sözleşmelerde kendi borcunu ifa edememesi sonucu üçüncü kişilerle ödediği cezai şart veya tazminatlar da menfi zarar teşkil eder.

- İş sahibinin, temerrüt ihtarında bulunmak, ek süre tayin etmek, sözleşmeden dönme hakkını kullanmak için yaptığı masraflar ile yargılama giderleri ve avukata verilen vekalet creti de iş sahibinin uğradığı menfi zararın kapsamında yer alır¹⁷⁴.

¹⁷³ **Buz**, Dönme, s. 243.

- İş sahibinin sözleşme ilişkisinin tasfiyesi sebebiyle yaptığı masraflar da menfi zarara dahildir¹⁷⁵.

B. Yoksun kalınan kar

Bazı durumlarda menfi zarar, yoksun kalınan kar başlığı toplanabilecek zarar kalemleri de içerir. Menfi zarar bakımından yoksun kalınan kar, müsbet zarardakinden farklı olarak, dönülen sözleşme ifa edilseydi iş sahibinin o sözleşmeden elde edeceği kar değildir. Zira bu tür kar, sözleşmenin ifasına ilişkin bir menfaat olup, ancak müsbet zararın tazmini çerçevesinde talep edebilir. Burada amaçlanan, iş sahibinin döndüğü sözleşme ifa edilseydi içinde bulunacağı farazi duruma getirmektedir. Menfi zarar kapsamına giren yoksun kalınan kar şu başlıklar altında toplanabilir:

- İş sahibinin döndüğü eser sözleşmesini akdettiği için kaçırdığı sözleşme yapma fırsatlarından doğan kayıplar, yoksun kalınan kar kapsamına girer.

- İş sahibinin yerine getirdiği edimi ifa etmiş olmasaydı bu edimden elde edeceği yararlarından mahrum kalmış olması da yoksun kalına kar olarak değerlendirilir.

- Öte yandan iş sahibi sözleşmenin ifası için yükleniciye vermiş olduğu eşyanın yararlarından mahrum kaldığı takdirde de, menfi zarara uğramış olur. Bu

¹⁷⁴ **Eren**, Borçlar Genel s. 1080.

¹⁷⁵ **Buz**, Dönme, s. 245.

durum özellikle tamirat, boyama gibi bağımsız maddi varlığı olmayan eserlerde söz konusu olur¹⁷⁶.

Şunu da belirtmek gerekir ki, gerek iş sahibinin yerine getirdiği kendi ediminden (örneğin, sözleşme bedeli olarak ödediği paradan) elde edemediği yararlarından, gerekse de işin görülebilmesi için yükleniciye teslim ettiği eşyanın yararlarından mahrum kalması bakımından, zararın hesaplanmasında belirleyici olan, yüklenicinin eşyadan fiilen elde etmiş olduğu yararlar değildir. Burada belirleyici olan, zarar gören iş sahibinin para veya şey kendisinde bulunsa idi ondan elde edecek olduğu yararlardır.

C. Menfi zararın hesaplanması

İş sahibinin menfi zararı hesaplanırken, onun döndüğü sözleşme sayesinde elde ettiği yararlar da dikkate alınmalıdır. İş sahibi döndüğü sözleşme ilişkisine girdiği için bazı yararlar elde etmişse, bu yararların onun sözleşmeden dönme sebebiyle uğradığı zarardan mahsup edilmesi gerekir¹⁷⁷. Bu şekilde denkleştirmeye konu olacak yararlar, zarara sebep olan olayla yani iş sahibinin sözleşmeye duyduğu güven ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan yararlarıdır¹⁷⁸. Örneğin, arsasında yeni bir bina inşa edilmesi için eski evini yıktıran iş sahibi, yüklenicinin temerrüdü sonucunda sözleşmeden döndüğünde, yıkılan evin değeri kadar zarara uğramıştır. Ancak iş sahibi yıkımdan arta kalan moloz ve demirleri hurdacıya satarak bir kazanç

¹⁷⁶ **Kurt**, Leyla Müjde, a.g.e., s. 362.

¹⁷⁷ **Öz**, Dönme s. 300.

¹⁷⁸ **Buz**, Dönme s. 273.

elde etmişse, bu kazancın da onun sözleşmeden dönme sebebiyle uğradığı zarardan mahsup edilmesi gerekir¹⁷⁹.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan menfi zarar tazminatının hesaplanması bakımından, TBK m. 114 f. 2’de haksız fiil hükümlerine yapılan atıf gereği TBK m. 50-52 hükümleri kıyasen uygulama alanı bulur. İş sahibi uğradığı menfi zararı ispatlamakla yükümlüdür (TBK m. 50 f. 1). İş sahibinin menfi zararın fiili zarar teşkil eden kalemlerini ispatlaması çoğunlukla güçlük arz etmez. İş sahibi, örneğin, eser sözleşmesi kurulurken bazı harçlar ödemişse, eseri teslim aldığıında muhafaza etmek üzere depo kiralamışsa bunları belge ve makbuzlarla ispat ederek zararın miktarını kesin olarak ortaya koyabilir. Zararın miktarının kesin olarak tespit edilmediği durumlarda ise, hakim, olayların olağan işleyişine ve zarar görenin aldığı önlemlere göre fiili zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak takdir eder.

¹⁷⁹ **Buz**, Dönme s. 273.

SONUÇ

Borçlar Kanunu'nun Eser sözleşmesi ile ilgili kısmına genel olarak baktığımızda, daha fazla yüklenicinin borçları ve yükümlülüklerinin belirtildiğini görüyoruz. İş sahibinin ise yükümlülüklerine çok az değinilmiştir (zaten iş sahibinin ücret ödeme dışında pek fazla da önemsenecek borcu yok). Türk Medeni Kanunu'nun temel prensiplerine baktığımızda hangi koşulda olursa olsun tarafların eşit olduğunu görüyoruz. Buna dayanarak da bence, yüklenici bakımından bu kadar yükümlülüklerin getirilmesi hakkaniyet açısından pek de uygun değildir. Doğrudur, sözleşme gereği edimin yapılmasında en çok işi yüklenici görüyor dolayısıyla da, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranma ihtimali daha büyüktür. Ancak buna karşın kanaatimce, Borçlar Kanunu yükleniciyi yeterince koruyamıyor.

Günlük hayatımızda eser sözleşmesi en çok inşaat yapımları ile ilgili olarak karşımıza çıkıyor. İnşaat yapımcıları da çoğu zaman bu alanda profesyonel kişiler oldukları ve kariyer yaptıkları için sözleşmeye uygun edimi yapmak için ellerinden geleni yapmaya gayret göstereceklerdir. Çünkü, hiç kimse çalıştığı alanda özellikle de inşaat sektöründe kalitesiz biri olarak anılmak istemez. Buna rağmen, kanunlarımıza göre yüklenicilerin temerrüde düşme riski oldukça büyüktür.

Kanaatimce, kanunlarımızda iş sahibini aynen ifaya daha fazla teşvik edecek hükümler bulunmalı (hatta, bazen de emredici hükümler bulunmalı), sözleşmeden dönme zorlaştırılmalı ve mümkün olduğu kadar sözleşme ile kararlaştırılmış edimin bitirilmesine imkan sağlanmalıdır. Yani, mümkün olduğu kadarıyla, iş sahibi açısından diğer seçeneklerin kullanılması yerine, aynen ifanın tercih edilmesi daha

yararlı olabilir. Kaynakların azalmaya doğru gitdiği günümüzde de bence bu ekonomik açıdan da daha uygundur. Yüklenicinin temerrüdü esnasında yaranan hukuki sonuçlar diğer sözleşmelerde olduğu gibi maddi açıdan zararlı sonuçlar doğurduğu gibi eser sözleşmesine has sonuçlar da doğuruyordur. Kanun daha çok iş sahibinin yanındadır.

Alt mütehhit sözleşmesi bakımından da kanaatimce, asıl müteahhitin üstlenmiş olduğu tüm işi başka bir müteahhide devr etmesi, asıl müteahhide iş sahibi arasındaki ilişkini eser sözleşmesi kapsamında çıkarıyor. Sanki bu ilişki eser sözleşmesinden ziyade, komisyon sözleşmesine daha uygundur.

ÖZET

Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi karşılığında iş sahibinin bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Günlük hayatımızda çoğu kişi tarafından farkına varılarak veya varılmadan binlerce eser sözleşmesi yapılmaktadır. Eser sözleşmesi diğer (satım, vekalet vs.) sözleşmelerle ortak niteliklere sahip olduğu gibi kendine has özelliklere (eser karşılığı ödenen bedelin para ile ödenmesi vb.) de sahiptir.

Eserin teslimi ancak onun tamamlanması ile mümkün olduğuna göre, eser sözleşmesinde yüklenicinin eser meydana getirme borcu ve eseri teslim etme borcu olmak üzere iki asli edim borcu bulunmaktadır. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için, onun edimi zamanında yerine getirmemiş olmasının, yani ifadaki gecikmesinin, objektif olarak borca aykırılık teşkil etmesi gerekir. Yüklenicinin temerrüdü zamanı Kanun iş sahibine bazı seçimlik hakları tanımıştır ki, bu da iş sahibinin uğramış olduğu zararın karşılanması içindir.

ABSTRACT

The contract of construction which typically imposes obligation to both parties, is a kind of agreement by which the contractor undertakes bringing about a work, on the other side the party ordering the work pays the consideration. In our daily lives several people consciously or unconsciously are making thousands of construction contract. The contract of construction has not only the general factors like other contracts (sale, attorney, etc.) but also the factors which are special for that (the consideration must be paid in cash, ect.).

The delivery of the work is possible after the completion that is why it is considered that the contractor has two undertaken one finishing the work the other delivering it. For considering the contractor as failed in meeting the obligation of delivering the work objectively he must be unable to deliver the work on time. In that case several rights has been determined for the employer by legislation with aim of fulfilling the loss.