

T.C.
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ESER SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN ÖZEN BORCUNA AYKIRI
DAVRANMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

TEZİ YAZAN
Birgöl YİĞİT

Danışman: Doç. Dr. Mehmet ÜÇER (Dicle Üniversitesi)
Jüri Üyesi: Doç. Dr. Nedim MERİÇ (Akdeniz Üniversitesi)
Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Selen YILMAZ

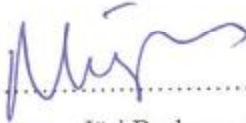
YÜKSEK LİSANS TEZİ

MERSİN / HAZİRAN 2018

ONAY

T.C
ÇAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ' NE

20113039 numaralı öğrencimiz olan **BİRGÜL YİĞİT** tarafından hazırlanan “ **Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Özen Borcuna Aykırı Davranması Ve Hukuki Sonuçları**” başlıklı bu tez çalışması jürilerimiz tarafından **oy birliği** ile **Özel Hukuk Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ** olarak kabul edilmiştir.



Üniv. Dışı - Tez Danışmanı - Jüri Başkanı: Doç. Dr. Mehmet ÜÇER
(Dicle Üniversitesi)



Üniv. Dışı - Jüri Üyesi: Doç. Dr. Nedim MERİÇ
(Akdeniz Üniversitesi)

Üniv. İçi - Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Selen YILMAZ

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.



21 /06 / 2018

Doç. Dr. Murat KOÇ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Not: Bu tezde kullanılan özgün ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

İTHAF

Hukukun Üstünlüğüne İnananlara

ETİK BEYANI

Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
 - Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
 - Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
 - Kullanılan verilerde ve ortaya çıkan sonuçlarda herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
 - Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,
- bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim. 21 / 06 / 2018

21/06/2018

Birgül YİĞİT

TEŞEKKÜR

Bu çalışmamda, yoğun çalışma temposuna rağmen, kıymetli zamanını ayıran ve beni sabırla motive eden, saygıdeğer hocam DOÇ. DR. MEHMET ÜÇER' e içtenlikle teşekkür ediyorum.



ÖZET

ESER SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN ÖZEN BORCUNA AYKIRI DAVRANMASI VE HUKUKİ SONUÇLARI

Birgöl YİĞİT

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Mehmet ÜÇER

Haziran 2018, 156 sayfa

Türk Borçlar Kanunu'nun 470- 486. Maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi, uygulaması en fazla olan sözleşmelerin başında yer aldığı için, doktrinde bir çok yazar tarafından inceleme konusu yapılmış ve sayısız esere konu olmuştur. Eser sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin borçları uygulamada çokça ihtilaflara yol açtığı için çalışmamızda yüklenicinin özen borcu ve aykırı davranışın hukuki sonuçları ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır. Yüklenicinin özen borcuna aykırı davranışı nedeniyle iş sahibinin hakları; Tazminat talebi, eserin yüklenicinin kendisine düzeltilmesi veya üçüncü kişiye yaptırılması ve sözleşmeyi feshetme hakları Türk Borçlar Kanunu, ilgili diğer kanunlar ve Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir. Bunun yanında eser sözleşmesinde yüklenicinin özen yükümlülüğüne aykırı davranışın hukuki sonuçları ile ilgili kitaplar, makale ve her türlü yazılı ve internet kaynakları ve doktrinde hakim görüşlerden de yararlanılmıştır. Çalışmamızın temel hedefi, eser sözleşmelerinde yüklenicinin özen yükümlülüğü ve aykırı davranışın hukuki sonuçları ile ilgili faydalı bir tez ortaya çıkarmak olup bu yönde çaba harcanmıştır.

Anahtar kelimeler: Türk Borçlar Kanunu, eser sözleşmesi, eser sözleşmesinde yüklenicinin özen borcu ve borca aykırı davranışın hukuki sonuçları, tazminat, fesih.

ABSTRACT

LEGAL RESULTS OF THE CONTRACTOR’S DUTY OF CARE AND UNETHICAL ACTS

Birgöl YİĞİT

Master Thesis, Department of Public Law

Supervisor: Assoc Prof. Dr. Mehmet ÜÇER

June 2018, 156 pages

The contract of construction, which is coordinated in Articles 470-486 of Turkish Code of Obligations, has been the subject of numerous studies and has been investigated by many researchers since it is at the top of the contracts with the greatest number of applications. Because the contractor’s debts, which is the side of the contract of construction, caused many disputes in practice, duty of care and unethical acts have been discussed in details in the current study. Due to the unethical acts of contractor, the rights of business owners has been examined in the lights of claim for compensation, contractor’s correction of his own work or correction by a third party, and right to terminate the contract, Turkish Code of Obligations, other relevant laws, and supreme court decisions. In addition, the researcher benefited from the dominant views while using books, articles, all kinds of written sources and internet resources, and the doctrine related with the legal results of the contractor’s duty of care and unethical acts. The main purpose of this present study is to give a beneficial thesis about the legal results of the contractor’s duty of care and unethical acts.

Key words: Turkish Code of Obligations, contract of construction, legal results of the contractor’s duty of care and unethical acts, compensation, rescission.

ÖNSÖZ

‘‘Eser sözleşmelerinde yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması ve hukuki sonuçları’’ adlı çalışma Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ana bilim dalı yüksek lisans programı kapsamında Yüksek Lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Tez hazırlık sürecimde bilgisi tecrübeleriyle ve sabırla desteğini hiç eksik etmeyen ve her zaman yol gösteren değerli hocam sayın Doç. Dr. Mehmet ÜÇER’e teşekkürü bir borç bilirim. Yüksek Lisans eğitimim süresince bilgi ve deneyimleriyle mesleki yaşamıma katkı sunan değerli hocalarıma sonsuz teşekkürler.

21/06/2018
Birgöl YİĞİT

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
KAPAK.....	I
ONAY.....	II
İTHAF.....	III
ETİK BEYANI.....	IV
TEŞEKKÜR.....	V
ÖZET.....	VI
ABSTRACT.....	VII
ÖNSÖZ.....	VIII
İÇİNDEKİLER.....	IX
KISALTMALAR.....	XIV
EKLER LİSTESİ.....	XVI
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ, BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI

1.1. Sözleşme Kavramı Ve Eser Sözleşmesinin Tanımı.....	3
1.2. Eser Sözleşmesinin UNSURLARI.....	6
1.2.1. Eser Meydana Getirme Taahhüdü.....	7
1.2.1.1. Eser kavramı.....	7
1.2.1.2. Meydana Getirme Kavramı.....	11
1.2.2. Bedel Ödeme Taahhüdü.....	13
1.2.3. Tarafların Anlaşması.....	15
1.3. Eser Sözleşmesinin Tarafları.....	16
1.3.1. Yüklenici.....	16
1.3.2. İş Sahibi.....	18
1.4. Eser Sözleşmesinin Hukukî Niteliği.....	19
1.5. Eser Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Farkı.....	22
1.5.1. Eser Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesinden Farkı.....	22
1.5.2. Eser Sözleşmesinin Vekâlet Sözleşmesinden Farkı.....	24

1.5.3. Eser Sözleşmesinin Satış Sözleşmesinden Farkı	26
1.5.4. Eser Sözleşmesinin Yayımlar Sözleşmesinden Farkı	27
1.5.5. Joint-Venture Sözleşmesinden Farkı	28

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI VE HAKLARI

2.1. Yüklenicinin Borçları	31
2.1.1. Yüklenicinin bir eser meydana getirme borcu	31
2.1.1.1. Yüklenicinin Eseri Şahsen Meydana Getirme Veya Kendi Yönetiminde Başkasına Yaptırma Borcu	32
2.1.1.1.1. Yüklenicinin Eseri Başkasına Yaptırma Yetkisi	33
2.1.1.1.2. Yüklenicinin Sözleşmeyi Bir Bütün Olarak Devir Yetkisi	38
2.1.2. Yüklenicinin Araç Ve Gereç Sağlama Borcu	38
2.1.3. Yüklenicinin Malzeme Sağlama Borcu	39
2.1.3.1. Malzemenin Yüklenici Tarafından Sağlanması	40
2.1.3.2. Malzemenin İş Sahibi Tarafından Sağlanması	41
2.1.4. Yüklenicinin İhbar (Bildirim) Yükümlülüğü	42
2.1.5. Yüklenicinin İş Zamanında Başlama Ve Yürütme Borcu	43
2.1.5.1. İş Başlama Ve Teslim Süresi Belli Olan İşlerde	45
2.1.5.2. İş Başlama Ve Teslim Süresi Belli Olmayan İşlerde	46
2.1.6. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğu	48
2.1.6.1. Eser Tamamlanarak İş Sahibine Teslim Edilmiş Olmalıdır	49
2.1.6.2. Eser Ayıplı Olmalıdır	50
2.1.6.3. Ayıp İş Sahibine Yüklenmemelidir	50
2.1.6.4. İş Sahibi Muayene Ve İhbar Külfetini Yerine Getirmiş Olmalıdır ..	53
2.1.6.5. Eser Teslim Edilmiş Haliyle Kabul Edilmemiş Olmalıdır	54
2.1.6.6. İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları	54
2.1.6.6.1. Sözleşmeden Dönme Hakkı	55
2.1.6.6.2. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı	57
2.1.6.6.3. Tazminat İsteme Hakkı	58
2.1.6.6.4. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Kullanılmasında Zamanaşımı	60

2.1.7. Yüklenicinin Özen Ve Sadakat Yükümlülüğü.....	61
2.2. İş Sahibinin Hak ve Borçları.....	62
2.2.1. İş Sahibinin Bedel Ödeme Borcu.....	63
2.2.1.1. Bedel Türleri	65
2.2.1.1.1. Götürü Bedel	65
2.2.1.1.2. Toptan Götürü Bedel	66
2.2.1.1.3. Global Götürü Bedel	67
2.2.1.1.4. Sabit Birim Fiyatlı Götürü Bedel.....	67
2.2.1.1.5. Götürü Bedelin Değiştirilememesi Kuralı Ve İstisnaları..	69
2.2.1.2. Yaklaşık Bedel (Değere göre bedel).....	73
2.2.1.2.1. Genel Olarak Yaklaşık Bedel	73
2.2.1.2.2. Yaklaşık Bedelin Aşırı Oranda Aşılması.....	73
2.2.1.2.3. Yaklaşık bedelin aşılmasında iş sahibinin hakları	75
2.2.1.2.3.1. Eser iş sahibinin arsası üzerine yapılmışsa	75
2.2.1.2.3.2. Eser İş Sahibinin Arsası Üzerine Yapılmamışsa	76
2.2.1.3. Taraflar Sözleşmede Bedel Tutarını Belirlememişlerse	77
2.2.1.4. Bedel Ödeme Zamanı Yeri Ve Tabi Olduğu Zamanaşımı	78
2.2.2. İş Sahibinin Eseri Muayene Ve Ayıbı Bildirme Borcu (TBK m. 474).....	79
2.2.3. Yüklenicinin Garanti Verme Borcundan İş Sahibi Yararına Doğan Haklar .	80

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN ÖZEN BORCU VE ÖZEN BORCUNA AYKIRI DAVRANMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

3.1. Yüklenicinin Sadakat Borcu Kanuni Dayanağı Ve Görünüm Halleri.....	83
3.1.1. Yüklenicinin Sadakat Borcuna Aykırı Hareket Etmesinin Hukukî Sonuçları.....	86
3.2. Yüklenicinin Özen Borcu, Özen Borcunun Uygulama Halleri, Özen Borcunun Niteliği, Görünüm Şekilleri, Ölçüsü Ve Özen Borcuna Aykırılığın Hukukî Sonuçları	88
3.2.1. Yüklenicinin Özen Borcu	88
3.2.1.1. Yüklenicinin Başlıca Özen Yükümlülükleri.....	91

3.2.1.1.1. Yüklenicinin İş Sahibini Aydınlatma Bilgilendirme	
Yükümlülüğü	92
3.2.1.1.2. Yüklenicinin İş Sahibinin Şahıs Ve Malvarlığı	
Değerlerini Koruma Yükümlülüğü.....	93
3.2.1.2.3. Yüklenicinin Diğer Özen Yükümlülükleri	94
3.2.2. Özen Borcunun Uygulama Halleri	94
3.2.2.1. Sözleşmenin Kurulması Aşamasında Yüklenicinin Özen Borcu	95
3.2.2.2. Sözleşmenin Kurulmasından Eserin Teslim Anına Kadarki Sürede	
Özen Borcu	95
3.2.2.3. Eserin Meydana Getirilmesinden Sonraki Aşamada Özen Borcu	96
3.2.3. Özen Borcunun Niteliği	97
3.2.4. Özen Borcunun Görünüm Halleri.....	98
3.2.4.1. TBK m. 472/ II Düzenlemesinin Görünüm Halleri	99
3.2.4.2. TBK m. 472/ III Düzenlemesinin Görünüm Halleri.....	99
3.2.4.3. TBK m. 473 Düzenlemesinin Görünüm Halleri	101
3.2.4.4. TBK m. 476 Düzenlemesinin Görünüm Halleri.....	102
3.2.5. Özen Borcunun Derecesi Ve Ölçüsü	103
3.2.6. Özen Borcuna Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları	108
3.2.6.1. Tazminat Talebi	108
3.2.6.2. Eserin Yüklenicinin Kendisine Düzelttirilmesi Veya Üçüncü	
Kişiye Yaptırılması	113
3.2.6.2.1. TBK M. 473/ II Gereği İşin Üçüncü Kişiye	
Yaptırılmasının Şartları.....	114
3.2.6.2.1.1. İşin Devamı Esnasında Eserin Ayıplı Veya	
Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağı Kesin	
Olarak Tahmin Edilmelidir.....	114
3.2.6.2.1.2. Eserin Ayıplı Ve Sözleşmeye Aykırı Şekilde	
İmali Yüklenicinin Kusuruna Dayanmalıdır	116
3.2.6.2.1.3. Yükleniciye, İş Düzeltmesi İçin Süre	
Verilmeli Ve Bu Süre İçinde Düzeltmeyi	
Yapmazsa İşin Başkasına Yaptırılacağı	
İhtarında Bulunulmalıdır	117
3.2.6.2.2. TBK M. 473/II Sonuçları.....	118

3.2.6.2.2.1. İş sahibinin işi üçüncü kişiye yaptırma hakkı	118
3.2.6.2.2.2. İş Sahibinin TBK M. 125’ de Düzenlenen Diğer Seçimlik Haklardan Yararlanması.....	121
3.2.6.2.2.2.1. İş Sahibinin Müspet (Olumlu) Zararın Tazminini İsteme Hakkı	121
3.2.6.2.2.2.2. İş Sahibinin Olumsuz (Menfi) Zararını İsteme Hakkı	123
3.2.6.3. Sözleşmenin Feshi	127
SONUÇ	132
KAYNAKÇA	135
EKLER	139
ÖZGEÇMİŞ	140

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BİĞŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BK	: 818 Sayılı Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
com.	: communication
D	: Dergi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK	: Devlet İhale Kanunu
dn.	: Dipnot
E	: Esas
FSEK	: Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu
gov.	: government
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KVK	: Kurumlar Vergisi Kanunu
m	: Madde
M	: Mecmua
Örn.	: Örnek
S	: Sayı
s.	: Sayfa
SÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TL	: Türk Lirası
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Vd.	: Ve devamı

www.	: world wide web
Y. Lisans Tezi	: Yüksek Lisans Tezi
Yarg.	: Yargıtay
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YİGŞ	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi
YÜED	: Yaşar Üniversitesi Ekonomi Dergisi



EKLER LİSTESİ

Sayfa No:

EK 1: Etik Kurul Karaarı 139



GİRİŞ

Eser sözleşmesi, günlük hayatımızda en fazla karşılaştığımız sözleşmelerdendir. İnsanlıkla birlikte doğmuştur diyebileceğimiz bu sözleşmeler; önceleri bir terzinin diktiği elbise, bir oymacının yaptığı oymacılık işine konu olmuşken, teknoloji ve çağın ilerlemesiyle çok daha karmaşık ve büyük kapsamlı işlere konu olmuştur. Köprü/ viyadük, otoban yapımı gibi işlerin yanı sıra; bir diş hekimine implant yaptırılması, bir plastik cerraha estetik ameliyat yaptırılması da eser sözleşmesine konu olabilmektedir. Kısacası eser sözleşmelerinin uygulama sahası zamanla genişlemiştir. Bu sahanın genişlemesi doğal olarak beraberinde birçok sorun ve hukuki ihtilafı da getirmiş, bu sorunlara çözüm bulabilmek hem mahkemeleri hem de doktrini hayli meşgul etmiştir.

Hukukumuzda eser sözleşmesi, 04 Şubat 2011 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 470 – 486. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Çalışmamızda her ne kadar Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili bu maddeleri daha ayrıntılı irdelenmiş ise de zaman zaman ilgili kanunlar olan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi, Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunlarının ilgili maddelerine de atıflar yapılmıştır. Ayrıca çalışmanın daha anlaşılır kılınabilmesi için Yargıtay ilgili dairelerinin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları da irdelenmiştir.

Eser sözleşmelerindeki uyuşmazlıkların son yıllarda artış göstermesinin temel nedenlerinden biri, her ne kadar inşaat ve yapılaşmanın artması ise de eser sözleşmesi kapsamına giren diğer alanlarda da önemli sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu sorunlardan biri de yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden sorumluluk kapsamına girmeyen ancak iş sahibinin zararına olan yüklenicinin özen ve sadakat borcuna aykırı davranışlarıdır. İşte bu çalışmada, eser sözleşmesinin taraflarından yüklenicinin özen yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe uymadığı takdirde sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin sahip olduğu haklar ve bu hakları nasıl ve hangi şartlarda kullanabileceği ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde; eser sözleşmesinin tanımı, unsurları, tarafları, hukuki niteliği, diğer benzer sözleşmelerden farkı ele alınmıştır. Çalışmamızın ikinci bölümünde sözleşmenin tarafları olan yüklenici ve iş sahibinin hakları ve borçları ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Üçüncü bölümde, asıl çalışma konumuz olan yüklenicinin özen borcu incelenmiş yanı sıra sadakat borcu da özen borcunu kapsadığı

için fazla ayrıntıya girmeden incelenmiştir. Yüklenicinin zen borcu en ince ayrıntısına kadar irdelenmiş, bu borca aykırı davranılması halinde yüklenicinin karşılaşabileceği yaptırımlar, iş sahibinin ise hakları incelenmiştir. Dördüncü bölümde ise, sonuç kısmına yer verilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ, BENZER SÖZLEŞMELERDEN FARKI

1.1. Sözleşme Kavramı Ve Eser Sözleşmesinin Tanımı

“Sözleşme” kavramı, hukuk uygulamasında farklı terimlerle karşımıza çıkmaktadır. Çeşitli yasalarda, günlük hayatımızda ve hukuk uygulamasında sözleşme terimi yerine “akit, mukavele, protokol, tutanak, anlaşma” gibi terimler kullanılmaktadır. Latince bir terim olan ve sözleşme anlamında kullanılan “contractus” teriminin dahi güncel hayatımızda kullanıldığını ve halk arasında Fransızcadan gelen “contrat” kelimesinin kira sözleşmelerinde kontrat olarak karşımıza çıktığını görmekteyiz¹. Bu terimler içinde, 818 sayılı Borçlar Kanunumuz, kabul edildiği tarihteki literatüre uygun olarak “akit” terimini kullanmaktaydı. Ancak günümüzde hukuk literatüründe ve gündelik yaşamda, sade ve anlaşılır olması sebebiyle “sözleşme” terimi kullanılmaktadır. Nitekim yürürlükte bulunan Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 1.maddesinde “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur”² denilerek akit değil, sözleşme terimi tercih edilmiştir³.

Yasamızın bu hükmüne göre, bir sözleşmenin kurulabilmesi için karşılıklı iki tarafın bulunması ve tarafların bir hukukî sonuç doğurmak üzere birbirine uygun şekilde irade beyanında bulunmaları zorunludur; aksi takdirde sözleşme kurulmuş olamaz. Görüldüğü gibi, kanunumuz herhangi bir tanım getirmemiş fakat sözleşmenin kurulması için gerekli hususları açıklamıştır.

Sözleşmeler çeşitli açılardan sınıflandırılmaktadır. Sözleşmenin taraflarının borç altına girmesi bakımından yapılan tasnifte, “tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler/tek taraflı sözleşmeler” ve “iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler/iki taraflı sözleşmeler” ayrımı yapılmaktadır.

Tarafların zorunlu olarak karşılıklı edimler yüklenmesi ve edimlerin değiş- tokuş edildiği sözleşmelere “*iki taraflı (Yunanca’da synallagmatique, Latince’de bilateral)*”

¹ Aydoğdu, Murat/ Kahveci, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku**, Ankara, 2017, s. 3.

² 11.1.2011 tarihinde kabul edilerek, 4.2.2011 tarih 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu** 6101 sayılı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 11. Maddesi uyarınca 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³ Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2010, s.1.

sözleşme denir.” Bu sözleşmelerde karşılıklı edimler değiş tokuş edilir. Örneğin satış sözleşmesinde bir şey ile bir miktar para, kira sözleşmesinde kiralanan ve bir miktar para, mal değişimi sözleşmesinde (trampada) iki şey birbiriyle, hizmet sözleşmelerinde yapılan iş ve karşılığında ücret değiş tokuş edilir. Bahsettiğimiz bütün bu sözleşmeler, iki taraflı sözleşme sınıfına girer⁴.

Aynı zamanda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak adlandırılan sinallagmatik sözleşmeler, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden ayrılırlar. Taraflardan her birinin asli bir borcu vardır ve taraflardan birinin borcu diğerinin borç üstlenmesini oluşturacak şekilde bir değiş tokuş ilişkisi içindedir⁵.

Sözleşmenin tarafları ise “alacaklı” ve “borçlu” olarak adlandırılırlar. Bir sözleşmede, kural olarak en az bir alacaklı ve bir de borçlu bulunmalıdır. Ancak birden fazla kişinin alacaklı ya da borçlu sıfatını taşıması mümkündür. Bir tarafta birden fazla kişinin bulunması, sözleşmenin iki taraf arasında kurulmuş olması sonucunu değiştirmez⁶.

Sözleşme, niteliği gereği iki tarafı gerektirir. Tek tarafın irade beyanı, tek taraflı hukukî işlem olur fakat sözleşme olmaz. Taraflarda yer alan kişi sayısı, tarafın kaç kişiden oluşacağı önemli değildir. Önemli olan iki tarafın bulunmasıdır. Örneğin; bir taşınmazın beş hissedarı kiralayan sıfatıyla taşınmazlarını bir kişiye kiraya verebilecekleri gibi, karı koca müşterek malik oldukları taşınmazlarını iki kardeşe satabilirler⁷.

Sözleşme; tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan bir borç kaynağı olduğuna göre, iki iradeye ve bunların açıklanmasına ihtiyaç vardır. BK' muz açıklanan bu iradelerden birine öneri (icap) diğerine ise kabul adını vermektedir. (BK. m.3- 11). (BK. m. 3- 10). Öneride (icapta) iradeyi açıklayan kişiye öneren (icapçı), kabul adını verdiğimiz iradeyi açıklayan kişiye ise kabulcü denilmektedir⁸.

Öneri; öneride bulunanın karşısındaki kişiye sözleşme yapmayı, kurulması artık sadece muhatabının (karşısındakinin) kabulüne bağlı olacak şekilde teklif etmesidir. Dolayısıyla özel içerikli bir irade beyanıdır. Sözleşmenin kurulması için, önerenin teklif

⁴ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s. 53.

⁵ Tercier, Pierre / Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016, s. 82.

⁶ Akipek, Şebnem/ Küçükgüngör, Erkan, **Sözleşmeler Rehberi**, Ankara, 2002, s. 19.

⁷ Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2013, s. 53

⁸ Kılıçoğlu, s. 55.

ettiği sözleşmenin (objektif ve sübjektif) esaslı unsurları ile bağlanma iradesinin beyan edilmesi gerekir⁹.

Kabul, sözleşmenin kurulma aşamasında bulunması gereken irade beyanlarının ikincisidir. Kabul beyanında bulunan kabulcü, diğer tarafın kendisine yönelttiği öneriye bu öneri açık olduğu sürece uymakla yükümlüdür. Böylece önerilen sözleşme, kabulün yenilik doğurucu etkisi ile ve kabulün gönderildiği andan itibaren kurularak hüküm doğurur¹⁰.

Eser sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355 vd. maddelerinde "istisna akdi" adıyla düzenlenmişti. Oysa 6098 sayılı TBK, yasanın dilini sadeleştirmeye yönelik genel karakterine uygun olarak, "Eser sözleşmesi" kavramını tercih etmiş ve m. 470 vd. hükümlerinde bu sözleşme tipini hükme bağlamıştır. TBK m. 470'e göre "Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir" şeklinde ifade edilmiştir¹¹.

Yasanın bu tanımına göre yüklenici (müteahhit), iş sahibinin vermeyi üstlendiği ücret karşılığında; bir şeyin (eser- yapıt) yapılmasını, üretilmesini, değiştirilmesini ya da onarılmasını yüklenmektedir. Kaynak yasadaki dilimize imal edilecek şey diye çevrilen sözcüğün yeni yasada, kaynak yasanın Fransızca karşılığı olan "ouvrage" Almanca karşılığı "werk" sözcüklerinin anlamlarına uygun olarak dilimize "eser" olarak çevrilmesi, sözleşmenin amacına ve işlevine daha uygun olmuştur¹².

BK. 355. maddesinde sözleşmenin tanımı yapılırken "semen mukabilinde" ve "bir şey imalini" ibareleri değiştirilerek daha önce yapılmış olan hata düzeltilmiştir. Kanunda geçen "semen" terimi her ne kadar satış bedelini ifade etmekte ise de yükleniciye ödenecek karşılığın "bedel" terimiyle ifade edilmesi daha isabetli olmuştur. "Bir şey imali" ibaresi yerine ise "bir eser meydana getirme" ibaresinin kullanılması yerinde olmuştur. Zira "şey" ile "eser" kastedilmektedir. Ayrıca "imal" sözcüğü yerine mevcut bir eser üzerinde yapılacak değişikliklerinde eser sözleşmesine konu olabilmesi nedeniyle "meydana getirme" sözcüklerinin kullanılması daha uygun olmuştur. TBK sadeleştirme ve düzeltme dışında hükmün esasında bir değişiklik yapmamıştır¹³.

Eser sözleşmesiyle yüklenici, iş sahibi için bir iş görmeyi üstlenmektedir. Fakat buradaki iş görme, yüklenicinin taahhüt ettiği işi belirli bir sonucu yaratmayı

⁹ Tercier / Pichonnaz / Develioğlu, s. 189.

¹⁰ Tercier/ Pichonnaz/ Develioğlu, s. 193.

¹¹ Ürem, Müge, **Eser Sözleşmesinde Erken Dönme**, İstanbul, 2017, s. 5.

¹² Erzurumluoğlu, Erzan, **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Ankara, 2011, s. 130.

¹³ Günay, Cevdet İlhan, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, 2012, s.1423- 1424.

borçlanmış olmasıdır. Üstlenilen bu sonuç kanunda “eser” deyimiyle anılmaktadır. Eser sözleşmesini kendine özgü (suigeneris) hale getiren ve onu diğer iş görme amacı güden sözleşmelerden ayıran da bu temel özelliğidir¹⁴.

1.2. Eser Sözleşmesinin Unsurları

TBK. m. 470’ de tanımı yapılan eser sözleşmesinde, en tipik unsur yasada vurgulandığı üzere “eser meydana getirme” unsurudur. Eser, yüklenicinin sanat ve becerisinin emeğiyle meydana getirdiği bir sonuçtur. Böylelikle yüklenici, bir şey meydana getirmekte veya meydana getirilmiş bir şeyi tamir ya da tadil ederek değiştirmekte ya da fikri¹⁵ bir şey ortaya çıkarmaktadır. Yüklenici eseri meydana getirirken, iş sahibine karşı aynı zamanda bir faaliyet taahhüt etmektedir. Buna göre baraj yapım işi ve köprü yapımı eser sözleşmesine konu olabileceği gibi; motor onarımı, heykeltraşın heykel yapımı veya mevcut bir binanın yıkımı da eser sözleşmesine konu olabilir¹⁶.

Eser sözleşmesinin konusu olan eser kavramının, maddi varlığı olan eserlerle sınırlandırılması söz konusu değildir. Maddi (cismani) bir varlığı olmayan hizmet edimleri sonucunu da TBK. m. 470 anlamında eser kavramı içinde değerlendirmek gerekir. Yani objektif olarak tespit edilmesi mümkün olan ve maddi olmayan bir sonucun taahhüt edilmesi de eser sözleşmesinin konusu olabilir. Örneğin bir metnin tercüme edilmesi, özel bir ihtiyaç için bilgisayar programı hazırlanması, film ve fotoğraf çekimi, bir proje çizimi, bir gazeteye ilan verilmesi, bir arazi ölçümü gibi¹⁷.

Eser sözleşmelerinin ikinci unsuru, meydana getirilen eser karşılığında bir bedel ödenmesi ya da bedel ödeme vaadinde bulunulmasıdır. Kural, eser sözleşmesinde bedel olarak bir miktar paranın ödenmesi ya da vaat edilmesidir. Paradan başka bir şey karşılığında eser meydana getirilmiş ise eser sözleşmesi değil de bir vekâlet ilişkisinden bahsedilebilir¹⁸.

Tunçomağ’a göre¹⁹; Karşılığın satımda olduğu gibi, mutlaka para olarak belirlenmesine gerek yoktur. Taraflar nadiren para yerine parasal değeri olan bir eşya ya

¹⁴ Zevkliler/ Gökyayla, s. 344.

¹⁵ Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2017, s. 588. ; Karadaş, İzzet, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara, 2016, s. 40

¹⁶ Karadaş, s. 40, 41.

¹⁷ Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2015, s. 361; Büyükkay, Yusuf, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, 2014, s. 32.

¹⁸ Karadaş, s. 41. ; Büyükkay, s. 36. ; Eren, Özel, s. 595.

¹⁹ Tunçomağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Cilt II Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 1977, s. 957.

da çalışmayı karşılık olarak kararlaştırabilirler. Eğer karşılık olarak bir eşya belirlenmişse trampa sözleşmesi değil, iki tipli sözleşme söz konusudur. Aynı şekilde eser sözleşmesinde karşılık olarak bir hizmet edimi (örneğin tıbbi veya hukuki bir iş) şeklinde kararlaştırılmışsa, ortada yine iki tipli bir sözleşme vardır. Buna ısmarlanan yönünden eser sözleşmesi, karşı taraf yönünden ise duruma göre, vekâlet ya da hizmet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması gerekir.

Eser sözleşmesi gereği, yükleniciye bir ücret ödenmesinin kararlaştırılması zorunlu ise de bu ücretin miktarının önceden belirlenmesi şart değildir. Ücret (bedel), taraflarca önceden kararlaştırılmamışsa; TBK. m. 481 hükmü gereğince, eserin bedelinin önceden belirlenmeme ya da yaklaşık olarak belirlendiği hallerde bedel, eserin yapıldığı yer ve zamandaki değerine ve yüklenicinin yaptığı giderlere bakılarak da belirlenebilir²⁰.

Rızai bir sözleşme olan eser sözleşmesinin kurulabilmesi için gereken bir diğer unsur da taraflar arasında bir anlaşmanın varlığıdır. Tarafların, meydana getirilecek eser ve bu eser karşılığında ödenecek bedel konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Bu anlaşmaya göre, bir eser meydana getirme borcu altına giren kişi yüklenici, esere karşılık bedel ödeme borcu altına giren kişi ise iş sahibidir. Satış sözleşmesinde bedel ifa yer ve zamanındaki ortalama piyasa değerine göre belirlenirken (TBK. m. 231/I), eser sözleşmesinde bedel, eserin yapıldığı yer ve zamandaki eserin değeri ve yüklenicinin giderine göre belirlenmektedir. Anlaşmanın şekli hususunda belirli bir şekil şartı bulunmamaktadır, sözlü olarak da yapılabilir ancak yazılı yapılması taraflar açısından ispat kolaylığı sağlar²¹. Yazılı şekil şartı gereken istisnai yasal düzenlemelere ise unsurların tek tek irdelendiği başlık altında değinilecektir.

1.2.1. Eser Meydana Getirme Taahhüdü

1.2.1.1. Eser kavramı

Eser sözleşmesi, iş görme yükümlülüğü doğuran bir sözleşmedir. Sözleşmenin temel kavramı olan eser, yüklenicinin meydana getirme faaliyeti sonunda ortaya çıkardığı sonuçtur denilebilir. Eser sözleşmesinde önemli olan, bir faaliyet sonucunda meydana gelen ve objektif olarak gözlemlenmesi mümkün olan sonuçtur²².

²⁰ Karadaş, s. 41; Aral/ Ayrancı, s. 366. ; Büyükay, s. 36.

²¹ Karadaş, s. 41; Aral/ Ayrancı, s. 367.

²² Ürem, s. 8- 9.

Eser Sözleşmesinin konusu; yeni bir eser meydana getirilmesi, var olan bir eşyaya eser ilave etmek ya da tamir etmek şeklinde olabileceği gibi; değişiklik yapmak, temizlemek, hatta yok etmek şeklinde de olabilir. Bu eylemlerin tamamı, eser imali kavramına girmektedir. Eser meydana getirirken önemli olan harcanan emek sonucunda ortaya çıkan şeyin niteliği ve niceliği değil, tarafların niyetlerine ve işlerde yaygın inanışlara göre eskisinden farklı hukukî bir varlık ortaya çıkmasıdır. Yeni bir araç yapmak, su tesisatı yapmak, yol, köprü inşa etmek, makina imali, elektrik tesisatı onarmak gibi faaliyetler eser meydana getirme kavramına girmektedir²³.

Meydana getirme, sadece yeni bir şey yapma kavramından çok daha geniş kapsamlıdır. Bir bina yapmak meydana getirme kavramının kapsamında değerlendirilirken; aynı şekilde binanın boyanması²⁴, tamiri, yıkanması, bir elbisenin kuru temizlemecide temizlenmesi de meydana getirme kavramı kapsamında değerlendirilir. Esas olan, meydana getirme sonucu eskisinden değişik bir eserin ortaya çıkmasıdır²⁵.

Yargıtay son yıllarda eser sözleşmesinin kapsamını genişletme yoluna giderek; yeniden tasarım, restorasyon projelerinin tanıtım ve dosyaların hazırlanması işi, bilgisayar otomasyonu, kuyu sondajı, sanatçının gazinoda şarkı söylemesi, düğün organizasyonunda kameralı çekim, fotoğraf çekme, beste yaptırma gibi konuların eser sözleşmesi olabileceğine hükmetmiştir. Yargıtay'ın son yıllarda verdiği kararlardan ekonomik değer taşıyan, bütünlük arz eden bütün hukuksal varlıkları, maddi değere sahip olup olmadığına bakılmaksızın eser olarak kabul ettiğini görmekteyiz²⁶.

Eser sözleşmesinden bahsedebilmek için, meydana gelen sonuç bağımsız bir hukukî varlık olarak bir bütünlük arz etmelidir. Ortaya çıkan sonuç, bir emek neticesi meydana gelmiş olmasına rağmen bütünlük arz etmiyorsa eser sözleşmesinden bahsedilemez. Örneğin bir işin görülmesi, bir mimarın yapım işlerini kontrol etmesi, öğrenciye özel ders verilmesi, bir hastanın tedavi edilmesi gibi durumlarda bir bütünlük bulunmadığından, eser sözleşmesinden değil, vekâlet ilişkisinden bahsedilebilir²⁷.

²³ Aydoğdu/ Kahveci, s. 760- 761

²⁴ “Binanın dış cephesinin boyanması için getirilen ustanın yaptığı iş hizmet akdi değil istisna akdi olduğundan, dolayısıyla kazanın iş kazası sayılmayacağı düşünülmeksizin yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir”. Yarg. 10. HD. 24. 03. 2005 tarihli ve 2004/12320 E., 2005/3188 K. sayılı kararı, <https://kararara.com>, (e.t. 8. 12. 2017)

²⁵ Altaş, Hüseyin, **Eserin Teslimden Önce Telef Olması**, Ankara, 2002, s. 45.

²⁶ Ürem, s. 13.

²⁷ Zevkliler, Aydın, **Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2004, s. 277.

Eser kavramı, inceleme konumuz olmayan Fikir Ve Sanat Eserleri Kanununda²⁸ düzenlenen eser ve TBK. m.69 da düzenlenen yapı eserleri kavramından farklıdır. *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) uyarınca “eser” kavramı ile eser sözleşmesinin konusu olabilen şeyin karşılığı olarak “eser” kavramı birbirinden farklıdır. FSEK’ nın tanımlar yan başlığı altında yapılan düzenlemenin m. 1/B’nin “a” bendinde eser “Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri” şeklinde tanımlanmıştır. Böylece FSEK anlamında eserden söz edebilmek için, “sahibinin hususiyetini taşıması”, “sahibinin hususiyetini yansıtacak şekilde şekillenmiş olması”, “FSEK’ te öngörülen eser türlerinden birine dâhil olması” ve “fikri çabanın ürünü olması” şeklinde özetlenebilecek zorunlu unsurların bulunması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. FSEK anlamında eserden söz edebilmek için bu şartlar veya sınırlamaların aranmasına karşılık, Borçlar Hukuku anlamında eser kavramı ve sözleşmesinden söz edebilmek için bu koşulların bulunması zorunluluğu yoktur. Her iki kavramın birbiriyle ilgili yahut bağlantılı düşünülmesi doğru değildir. FSEK, kendine has bir yapı içerisinde eser kavramını teknik bir kavram olarak değerlendirilmekte ve buna bir koruma sağlamaktadır. Bu kavramın düzenleme alanı ve amacı farklı olan Borçlar Kanununda düzenlenmiş başka bir kurumun açıklayıcı unsuru olarak düşünülmesi doğru olmaz. Bu nedenle eser sözleşmesi anlamında eser kavramı değerlendirilirken, düşünce yapısının FSEK ile sınırlandırılmaması, FSEK anlamında eser sayılma ile sayılmamanın Borçlar Hukuku anlamında eser bakımından otomatik bir sonucunun bulunmadığının bilinmesi gerekir. Böylece bir inşaat projesi çizilmesi, bir kitap yazılması, tablo yapılması FSEK anlamında eser sayılsa bile bunların eser sözleşmesinin konusu olabilip olamayacağı ayrıca değerlendirilmelidir. Bu bakımından doktrinde sıkça yapılan, iki kanundaki eser kavramlarının birbiriyle “daha geniş” yahut “daha dar” şeklinde yapılan karşılaştırmalar doğru değildir²⁹.*

²⁸ 5. 12. 1951 tarihinde kabul edilerek, 13. 12. 1951 tarih 7981 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan **5846 sayılı Fikir Ve Sanat Eserleri Kanunu**.

²⁹ Kurşat, Zekeriya, **Eser Ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirme Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü**, İÜHFİM., 2009, C. LXVII, S. 1- 2, s. 148.; YHGK., 18.11.2009 T., E. 15- 459, K. 541 sayılı kararında: “Taraflar arasındaki uyuşmazlık, eser sözleşmesinin haksız feshine dayalı cezai şart ve tazminat istemine ilişkindir. Temyiz incelemesi talebi, yerel mahkemenin uyuşmazlık konusunun Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nin görev alanına girdiği gerekçesiyle görevsizlik kararı vermesinden kaynaklanmaktadır.

Yerel mahkemenin görevsizliğine dair kararının bozulması talebiyle, incelenmesi üzerine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 06.02. 2008 gün ve 2008/ 7916 E.- 2009/ 599 K. sayılı ilamı ile; “Davanın dayanağı taraflar arasında yapılmış olan 25. 06. 2006 tarihli sözleşmedir, sözleşmenin konusu, (3.)maddesinde açıklanmış olup; bu madde hükmüne göre, 16.07.2006 tarihi ile 01.07.2009 tarihi

arasında, taraflarca ortaklaşa belirlenecek (TV) kanalında yayınlanmak üzere; ... Show veya ismi birlikte kararlaştırılacak Talk Show ve taraflarca ortaklaşa belirlenecek (TV) dizisinde ya da dizilerinde, yarışma programlarında davalının, sunuculuk, oyunculuk işlerini yapması taraflarca kararlaştırılmıştır.

Taraflar arasındaki sözleşmenin konusu ve hükümleri değerlendirildiğinde; sözleşmenin, Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde tanımlanan bir “eser” sözleşmesi olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu hukuksal sebeple mahkemece, uyuşmazlığın esasına girilerek sonuçlandırılması gerekirken; yazılı gerekçelerle, uyuşmazlığın çözümünde İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin görevli olduğundan bahisle dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmesi doğru olmamış” denilerek yerel mahkeme kararı bozulmuş fakat yerel mahkeme; Yerel mahkeme programın içeriği itibarıyla şahsı ile kaim olup, kişisel hususiyetini taşıyan bir eser niteliğinde bulunduğunu, davanın 5846 Sayılı Yasa kapsamında değerlendirilmesi ve Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nde görülmesi gerektiğini belirterek, davanın reddine karar vererek önceki kararında direnmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; ” taraflar arasındaki sözleşmenin hukuksal niteliğinin ne olduğu, eldeki davaya genel hükümlere göre Asliye Ticaret Mahkemesi'nde mi, yoksa 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümlerine göre Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nde mi bakılması gerektiği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın niteliği gözetilerek, öncelikle 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen eser, fikir ve sanat hakları ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi kavramlarına ilişkin bazı açıklama ve tespitlere ihtiyaç duyulmuştur; Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku'nun temel kavramı “eser” dir. Nitekim 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (FSEK' in) “Tanımlar” başlığını taşıyan 1/ B/ a maddesinde eser; “sahibinin hususiyetini taşıyan, ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eseri sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri” olarak tarif edilmiştir. Tariften de anlaşılacağı gibi bir eserin, yasa karşısında eser niteliğini kazanabilmesi için iki unsur gereklidir. Birincisi objektif unsur ki, yasa bunu mahsul (ürün) olarak belirtmiştir. Buna göre eser, evvela temellüke, tasarrufa elverişli maddi bir varlık olarak var olmalıdır. İkincisi de, sübjektif unsur olup eserin sahibinin özelliğini taşıyan bir fikir ve sanat eseri olmasıdır. O halde, bir eserden bahsedebilmek için, ortada “sahibinin” hususiyetlerini taşıyan bir fikir ve sanat “mahsulünün” bulunması gereklidir. Diğer yandan, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun “Amaç” başlıklı 1. maddesi; “Bu kanunun amacı fikir ve sanat eserlerini meydana getiren eser sahipleri ile bu eserleri icra eden veya yorumlayan icracı sanatçıların, seslerin ilk tespitini yapan fonogram yapımcıları ile filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren yapımcıların ve radyo televizyon kuruluşlarının ürünleri üzerindeki manevi ve mali haklarını belirlemek, korumak, bu ürünlerden yararlanma şartlarını düzenlemek, öngörülen esas ve usullere aykırı yararlanma halinde yaptırımları tespit etmektir” hükmünü içermektedir.

Aynı yasanın 2. ve devamı maddelerinde, fikri ve sanat eserleri; ilim ve edebiyat eserleri, müzik eserleri, güzel sanat eserleri, sinema eserleri, işlenme eserler ve derlemeler olarak gruplara ayrılır.

Bir eserin sahibi olanlar manevi ve mali haklara sahiptirler.

Manevi haklar; umuma arz yetkisi, eserde adının belirtilmesini istemek ve eserde değişiklik yapılmasını engellemek şeklinde özetlenebilir.

Maddi haklar ise; işleme hakkı, çoğaltma hakkı, yayma (kiralamak, ödünç vermek, satmak, dağıtım yapmak) hakkı, temsil hakkı, işaret, ses veya görüntülü araçlarla kamuya sunma hakkı ve pay ve taksim hakkı şeklinde ifade edilir.

Bu haklara sahip kişiler genel olarak bizzat eseri meydana getirenlerdir. Bu kişilerden bu hakları miras yoluyla kazananlar veya sözleşme yaparak devralanlar da mali ve manevi hakları koruyabilirler.

2001 ve 2004 değişiklikleri ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na dahil edilen bağlantılı hak sahipleri de çeşitli haklara sahiptirler. Eser sahibinin izni ile; bir eseri yorumlayan, tanıtan, anlatan, söyleyen, çalan ve çeşitli biçimlerde icra eden sanatçılar, bir eserin icrasını ve diğer sesleri ilk defa tespit eden fonogram yapımcıları, radyo ve televizyon kuruluşları ve filmlerin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcıları bağlantılı hak sahipleridir.

Bağlantılı hak sahipleri; eserlerde isimlerinin belirtilmesi, değişiklik yapılmasını engelleme, mali hakların izinsiz kullanımlarını yasaklama, işaret, ses veya görüntülü araçlarda kamuya sunulmasını yasaklama haklarına sahiptirler.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na (FSEK'e) göre, yukarıda belirtilen hakların; eser veya bağlantılı hak sahipleri veya devrettikleri diğer hak sahibi kişilerden izinsiz kullanılması ve saldırıya konu olması hallerinde; eser sahibi tarafından, eser sahibinin tespiti davası, saldırının tespiti davası, saldırının kaldırılması davası, saldırının önlenmesi davası, maddi ve manevi tazminat davaları açılabilir.

5846 sayılı FSEK 'in 76. maddesi hükmü gereğince; bu kanunun düzenlediği hukuksal ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi görevlidir. Ancak

1.2.1.2. Meydana Getirme Kavramı

Eser sözleşmesinde meydana getirme kavramı, yüklenicinin taahhüt ettiği sonucu elde etmek için yaptığı ve belirli sürece yaydığı faaliyetidir. Yüklenicinin bu faaliyeti bir eserin meydana getirilmesi ile sonuçlanmalıdır³⁰.

Sözleşmenin meydana getirme unsuru, uygulamada ekseriyetle yaratıcı bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada kastedilen yaratıcılık faaliyeti, Fikir Ve Sanat Eserleri Hukukunun konusu olan edebiyat eseri, güzel sanat eseri ya da bir ilim eserinin meydana getirilmesi şeklindeki yaratıcılık değildir³¹.

Yüklenici yapacağı işle birlikte aynı zamanda sonucu da yüklediğinden, eser sözleşmesi sonuç sözleşmeleri arasında yer alan bir sözleşme türüdür³². Eser sözleşmesinin ana unsuru eser meydana getirmek ise de, eserin meydana getirilmesi ile yüklenicinin borcu sona ermez. Yüklenicinin eser meydana getirme borcu, eserin teslimi ile sona erer.

TBK, 806 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak “imal” kavramı yerine “meydana getirme” kavramını kullanarak yerinde bir düzenleme yapmıştır. Zira “imal”

bunun için öncelikle, davacı yanın, davada “Fikri mülkiyet hakkına veya hak sahipliğine” dayanması gereklidir.

Somut olayda ise, 5846 Sayılı Yasada korunan haklardan hiç birisine dayanılmadan; TV kanalında yayınlanmak üzere; “Talk Show” programı yapılması veya dizi veya yarışma programlarında sunuculuk, oyunculuk yapmasına ilişkin olarak yanlar arasında imzalanan 26. 06. 2006 tarihli sözleşmenin haksız feshine dayalı cezai şart ve tazminat istenmiştir.

Borçlar Kanunu' nun 355. maddesinde eser sözleşmesi; “İstisna, bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder” olarak tanımlanmıştır.

Eser sözleşmesinin unsurlarını, eser imal etme, ücret, taraflar arasında anlaşma ve sözleşmenin şekli olarak belirlemek mümkündür.

Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşmede önemli olan çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabul olan sonuçtur. Bugün için artık söz konusu sonucun mutlaka maddi bir şeyde kendisini göstermesi gerekmediği görüşü gerek öğretide ve gerekse uygulamada baskın bulunmaktadır. İnsan emeği ürünü olmak ve maddi bir varlıkta devamlı olarak kendini göstermek kaydıyla, maddi olmayan şeylerin, örneğin fikri çalışma ürünlerinin dahi eser kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. Bir yapı planı çizilmesi, bir kitap yazılması, bir tablo yapılması, yeni bir buluşun uygulanması suretiyle bir şey vücuda getirilmesi, bir film için senaryo hazırlanması gibi.

Eser sözleşmesinin açıklanan tanımı ve unsurlarına göre, yanlar arasında ileri sürülen temel ilişki değerlendirildiğinde, hukuksal niteliğince bir “eser” sözleşmesi (istisna akdi) olduğu ve eldeki davada da bu sözleşmeye dayalı olarak tazminat ve cezai şart alacağı istendiği anlaşılmaktadır.

Şu durumda davalı, yukarıda FSEK kapsamında unsurları açıklanan bir eserin henüz sahibi olmamasına ve davanın “Fikri mülkiyet hakkına veya hak sahipliğine” dayanmadığının belirgin olmasına göre, Fikir ve Sanat Eserleri Yasası'nın koruyucu hükümlerinden yararlanamaz. Diğer bir ifade ile olaya 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Yasası hükümlerinin uygulanma olanağı yoktur. Dolayısıyla Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin görev alanına giren bir olgunun varlığından söz edilemez.<http://www.kazanci.com.tr>. (e. t. 9. 12. 2017)

³⁰ Ürem, s. 14

³¹ Zevkliler/ Gökyayla, s. 348, 349.

³² Ürem, s. 14.

daha önce ortada olmayan yeni bir eser meydana getirmek iken “eseri meydana getirme” kavramının kapsamı çok daha geniştir. TBK m. 470 de düzenlenen “meydana getirme” hükmü 818 sayılı BK’ da bahsi geçen yeni bir şeyi imal etme ediminin yanı sıra bir şeyin onarılması, ıslah edilmesi şeklinde olabileceği gibi ilaveler yapılması ya da şeklinin değiştirilmesi suretiyle eskisinden farklı hukukî bir varlık oluşturabilir³³.

Doktrinde çok tartışılan tıbbî müdahaleler, vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilirler. Bu kabulün temelinde, Tıbbi Deontoloji kurallarının hekime sonuç garantisi vermesini yasaklaması vardır. Oysa estetik ameliyatlarda, hasta için sonuç önem arz etmektedir. Estetik ameliyatlara ilgili doktrinde eser sözleşmesi mi yoksa vekâlet sözleşmesi mi olduğu konusunda çok fazla tartışmalar yapılmıştır ve bu tartışmalar halen devam etmektedir. Yüklenilen edim bir sonuç vadetmekte ve insan vücudu üzerinde saç ekimi yapılması, manikür pedikür yapılması, estetik ameliyat yapılması gibi bir işlem de eser meydana getirme kavramı olarak değerlendirilmektedir³⁴.

Doktrinde yapılan bu tartışmalara Yargıtay son noktayı koyarak estetik ameliyatların eser sözleşmesine konu olabileceğine karar vermiştir³⁵.

³³ Ürem, s. 16.

³⁴ Aydoğdu / Kahveci, s. 762.

³⁵ Petek, Hasan, **Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk**, DEÜHFD, 2006, Cilt 8., S. 1., s. 190- 191.; Yarg. 15.HD., 3.11.1999 T., 4007/3868 K sayılı kararında “Estetik ameliyatlarda, ameliyatı yapan doktor, estetik görünüm konusunda belli bir teminat vermişse, taraflar arasındaki bu sözleşme, eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde de, vekâlet akdinde olduğu gibi yüklenici, işi sadakat ve özenle yapmakla borçlu olup davalı doktor, mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini ispatla zorunludur... Davada dayanan maddî olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde, böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi hâlin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir. Gerçekte de bu sözleşmedeki yükümlülük vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan bir iş görme niteliğinde değildir. Çünkü burada vekâlet akdindeki unsurların aksine çalışma sonunda; istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir...” Yarg. 13. HD., 5.4.1993, 131/2741 sayılı diğer bir kararına göre de “Eser (istisna) sözleşmelerinde, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda “eser” denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse zarardan yüklenici sorumlu olur. Dövmeyi estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor eser sözleşmesinin niteliği itibariyle izi tamamen yok etmeyi taahhüt etmiş sayılır... Bir hasta ile onu tedavi eden doktor ve bir avukat ile onun müvekkili arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturur. Doktor, hastasına tıbbî yardımda ve avukat da hukukî yardımda bulunmayı taahhüt ederler; ancak, hastayı iyileştirme ve davayı kazanma gibi bir sonucun taahhüdü, vekâlet sözleşmesinde söz konusu olamaz. Hasta ölse veya dava kaybedilse dahi tıbbî yardımda bulunan doktor ile hukukî yardımda bulunan avukat yaptıkları yardımın karşılığı olan ücrete hak kazanırlar ve kusurları dışında sorumlu olamazlar. Eser (istisna) sözleşmelerinde ise, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda eser denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse, meydana gelen zarardan yüklenici sorumlu olur. Bir diş doktorunun, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbî müdahalesi (olayımızda olduğu gibi) işi, BK’nın m. 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser)sözleşmesinin konusunu oluşturur. Eser sözleşmesi uyarınca davalı doktorun tedavi niteliği olmayan tıbbî müdahalede bulunması ifa yönünden, yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın ayıpsız (kusursuz) olarak ortaya çıkması da

1.2.2. Bedel Ödeme Taahhüdü

Eser sözleşmesi ivazlı ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir. Diğer deyişle, aynı sözleşmeden doğan ve biri öbürünün karşılığı bulunan borçları içeren bir sözleşmedir³⁶.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan eser sözleşmesinde; yüklenici eseri meydana getirme borcu yönünden borçlu sıfatında iken, eser sahibinden bedel isteme konusunda ise alacaklı sıfatına sahiptir. Aynı şekilde eser/ iş sahibi eserin meydana getirilip kendisine teslim edilmesi konusunda yükleniciden alacaklı sıfatına sahipken, yükleniciye bedel ödeme konusunda borçlu sıfatına sahiptir.

Eser sözleşmesine hazırlık niteliğindeki bazı çalışmalar, bilhassa bir inşaat için plan yapılması, keşif bedeli hesaplanması ve benzeri durumlarda açıkça ücret kararlaştırılmamış olsa bile ücret istenip istenmeyeceği tartışma konusudur³⁷.

İnşaatı üzerine alacak mimar veya mühendise plan, proje, keşif bedeli hesabı yaptırılmışsa; sonradan bu planlar ve hesaplar uygulanmayacak olsa bile, ücret verilmesi gerektiği genel kabul gören görüştür. Bu tür işler karşılıksız görülecekse, bu husus taraflarca açıkça kararlaştırılmalıdır. “*Taahhüdü gerektirmeksizin*” (*sansengagement*) deyimini kullanılmak suretiyle plan ısmarlanması halinde, yapılan iş için ücret ödenmeyeceğini değil, iş sahibinin planı uygulayıp uygulamayacağı konusunda özgür olduğunu gösterir. Bu deyim yorumunda hataya düşen iş sahibi, mimar ya da mühendisin kötü niyetli olmaması halinde ancak onun zararını ödeyerek sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürebilir³⁸.

Eser sözleşmelerinde, taraflar arasında kararlaştırılan bedel ödeme borcunun mutlaka para olması gerekmemektedir. İş sahibinin edimi, para ile ölçülebilen ve devamlı mali değeri olan herhangi bir şey de olabilmektedir. Yani paradan başka bir şey de bedel olarak kararlaştırılabilmektedir. Karma bir sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde imal olunacak kat karşılığı iş sahibine bedel olarak kararlaştırılan arsa payı devir borcu yüklenmesinde olduğu gibi paradan başka bir şey

gerekir. Davacının kolundaki dövme estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan doktor, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de, eser sözleşmesinin niteliği itibariyle taahhüt etmiş sayılır. Oysa, dosya kapsamına ve fotoğraflara göre, davacının kolunda eski durumu aratırcasına sağlıklı ve çirkin görünümlü yeni bir iz, cerrahî müdahalenin izi olarak ortaya çıkmıştır. Yapılan İş BK.nun360. maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir...” diyerek estetik ameliyatları eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir. (YKD., 2000/5, s.723-724)

³⁶ Uygur, Turgut, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt 2.**, Ankara, 2012, s. 2130.

³⁷ Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 1987, s.25.

³⁸ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri 1987, s. 25.

de bedel olarak kararlaştırılabilir³⁹. Ayrıca doktrinde, bir bedel karşılığında eser meydana getirme borcunun yüklenilmesi durumunda (esere karşı eser), mal değişimi (trampa) değil eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁴⁰.

Ücret unsurunun kararlaştırılmış olması yeterlidir. Ayrıca, kararlaştırılan ücretin miktarının açıkça belirtilmesi de şart değildir; açıkça olmayan, kapalı (zımni) bir şekilde taahhüt edilen ücret de yeterlidir. Karşılıksız yapılmadığı herkesçe bilinen iş söz konusu ise karşılığın zımni olarak belirlendiği kabul edilmelidir. Ancak taraflar arasında ücretle ilgili bir uyuşmazlık çıktığında ispat külfeti yükleniciye düşer⁴¹.

Yüklenici meydana getireceği eseri yapmayı ücretsiz olarak taahhüt etmiş ise, eser sözleşmesinin değil vekâlet sözleşmesinin söz konusu olacağı ileri sürülmekte⁴² ise de eser sözleşmesi benzeri isimsiz (karma) sözleşmenin söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir⁴³. Karma sözleşmelerde taraflar, aralarında düzenledikleri sözleşmede yasada düzenlenen sözleşme tiplerinden birini seçmek yerine bunların esaslı unsurlarından birkaçını bir araya getirerek, bağımsız yeni bir sözleşme oluştururlar. Bağımsız olarak meydana getirilen bu yeni sözleşmede, kanunda düzenlenen sözleşmelerin unsurlarının bir kısmının bulunması şarttır⁴⁴.

Sözleşmede kararlaştırılan ücret ya kesin ve sabit ya da yaklaşık biçimde tayin edilebilir. Kesin olarak tayin edilen ücret, götürü ücret olarak adlandırılır ve kural olarak artırılmaz. Ücretin belirlenmediği ya da yaklaşık olarak belirlendiği durumlarda ücret, eserin değerine ve yüklenicinin masraflarına göre tayin edilir⁴⁵.

³⁹ Eren, Fikret, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2014, s. 2130. ; Karadaş' a göre; İş sahibinin meydana getirilen esere karşılık ödeyeceği ücret genellikle bir miktar paradır. Fakat ücret, para yerine hizmet, kira, arsa payı devri veya başka bir şey de olabilir. (Karadaş, s. 292); Eren'e göre; Bedel ilke olarak parayla belirlenir. Ancak, bunun istisnai hallerde bir mal veya emekle belirlenmesi de mümkündür (Eren, Özel Hükümler, s. 656).

⁴⁰ Duman, İlker, **İnşaat Hukuku**, Ankara, 2016, s. 95, Altaş, s. 44. ; Eren'e göre; Bedelin bir malla belirlenmesi halinde mal değişim sözleşmesi söz konusu olmaz. Bu takdirde çift tipli (çift edimli) karma bir sözleşme ile karşılaşılır. Durum, bedelin emekle belirlenmesi halinde de böyledir. Bu takdirde de çift tipli karma bir sözleşme mevcuttur. Bu son durumda sözleşmeye yüklenici yönünden eser sözleşmesinin; iş sahibi yönünden ise duruma göre hizmet veya vekâlet sözleşmesinin hükümleri uygulanır (Eren, Özel Hükümler, s. 656).

⁴¹ Eren, Genel, s. 2130; Duman, s. 95.

⁴² Aral, s. 322, dipnot 50 de adı geçen yazarlar.

⁴³ Aral, s. 322.

⁴⁴ Kayıhan, Şaban, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2016, s. 98.

⁴⁵ Zevkliler/ Gökyayla, s. 351.

1.2.3. Tarafların Anlaşması

Rızaî bir sözleşme olan eser sözleşmesinin kurulabilmesi için, meydana getirilecek eser karşılığında ödenecek ücret konusunda tarafların anlaşmış olması gereklidir. Yapılan anlaşmanın tarafları, eseri meydana getirme borcunu yüklenen “yüklenici” ile bedel ödemekle yükümlü olan “iş sahibi” dir⁴⁶.

Eser sözleşmesi, eser olarak somutlaşacak iş görme sonucu üzerinde tarafların anlaşmalarıyla herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olmadan kurulur. Yüklenicinin eseri teslim borcu ile iş sahibinin ücret ödeme borcu sözleşmenin kendiliğinden doğan sonuçlarındandır⁴⁷.

Örtülü irade beyanıyla dahi kurulabilen eser sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan kurulabilen bir sözleşmedir. Ancak adi yazılı şekilde yapılması ispat açısından yararlıdır⁴⁸. Zira HMK. m. 200’e göre konusu belli bir tutarı aşan⁴⁹ sözleşmelerin varlığı ancak yazılı belge ile ispatlanabilir. Ancak bu madde uyarınca öngörülen şekil geçerlilik şekli olmayıp, sadece usul hukuku açısından bakıldığında taraflar arasında bir ihtilaf doğduğunda belli bir miktarın üzerindeki uyuşmazlıkların çözümü için gereklidir. Her ne kadar eser sözleşmesinde zorunlu şekil şartı bulunmamağaysa da uygulamada en çok rastlanan eser sözleşmesi türü olan inşaat sözleşmelerini taraflar yazılı ve resmi şekilde yapmaktadırlar⁵⁰.

Resmi (yazılı) şekil, kamu güvenine sahip resmi bir memur tarafından bu konuda yasada öngörülmüş usul ve esaslara uyularak gerçekleştirilen şekildir. Hukuk sistemimizde resmi şekil, kamu hizmetinin yerine getirdikleri bizzat kanun tarafından belirtilen (Noterlik K. m.1) noterler genel olarak yetkili kılınmışlardır. Noterlik K. m. 60/b.2 gereği “Kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukukî işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak” noterlerin görevleri arasındadır. Kanun, noterler dışında kalan bazı resmi memurlara da resmi şekli gerçekleştirme imkânı tanımıştır. Örneğin, taşınmazlar üzerindeki aynı

⁴⁶ Yavuz, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2017, s. 498.

⁴⁷ Altaş, s. 46.

⁴⁸ Yavuz, Nihat, **Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Eser Ve Hizmet Sözleşmeleri**, Ankara, 2011, s.37.

⁴⁹ 6100 Sayılı HMK’ nun 200/ 1. maddesi: “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukukî işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri iki bin beş yüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir.” 2017 yılı için kesin delille ispat zorunluluğu sınırı, 2.590. TL’dir .<http://mevzuat.basbakanlik.gov.tr/>. (e. t. 18. 12. 2017)

⁵⁰ Erzurumluoğlu, s. 132.

haklarla ilgili bazı işlemleri yapma yetkisi sadece tapu sicil müdürlerine verilmiştir⁵¹. Aynı şekilde, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca bu kanun kapsamına giren inşaat işleriyle ilgili ihalelerin, kamuya karşı yapılan işlere ilişkin sözleşmelerin şekle bağlanmalarını ve sözleşmelerdeki imzaların noterlerce onaylanarak sözleşmelerin geçerli hale gelebileceği yasada düzenlenmiştir⁵².

İnşaat sözleşmelerinden arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde, taşınmazın mülkiyetinin karşı tarafa geçirilmesi söz konusu olduğundan, satım ve istisna sözleşmesinin karması olan bu sözleşmenin geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması zorunludur. Eser sözleşmesi her ne kadar belli bir şekil şartına tabi değilse de, gayri menkulün devrini içeren satım sözleşmesinin geçerli olabilmesi için resmi şekil şartı gerekmektedir⁵³.

1.3. Eser Sözleşmesinin Tarafları

1.3.1. Yüklenici

TBK. m. 470’de yüklenici “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” denilerek, eser sözleşmesinin tanımı içerisinde yüklenici de tanımlanmaya çalışılmış ise de bu tanım kanaatimizce yeterli olmamıştır.

Yüklenici; ısmarlanan, sipariş verilen eseri meydana getirme borcu altında olan⁵⁴, eseri meydana getirme işini yüklenirken ekonomik bakımdan olduğu gibi zaman ve mekân bakımından iş sahibine bağımlı olarak çalışmayan ve sonuç rizikosunu da üstlenen kişidir⁵⁵. Gerçek kişilerin yanı sıra tüzel kişiler de yüklenici olabilir. Taraf, kamu hukuku tüzel kişisi olabileceği gibi özel hukuk tüzel kişisi de olabilir. Günlük hayatta daha çok kamu tüzel kişilerinin taraf olarak karşımıza çıktığını görmekteyiz. Böyle bir durumda yüklenici ile yapılan sözleşme özel hukuk karakterlidir. Yüklenici

⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme**, İstanbul, 2014, s. 26, 27.

⁵² Erzurumluoğlu, s. 132.

⁵³ Yarg. 15. HD’ nin 28.04.2003 tarihli ve 2002/6353 E, 2003/2228 K. sayılı kararı: Kural olarak istisna (eser) sözleşmelerinin geçerliliği şekil koşuluna bağlı değildir. Sözlü olarak da istisna (eser) sözleşmesi bağlanabilir. Ancak bedel olarak taşınmaz mülkiyetinin devrini öngören istisna (eser) sözleşmeleri, mülkiyetinin nakli borcunu içerdikleri için resmi biçimde (MK eski 634 md. yeni 706 md, MK. 213. md, Tapu Kanunu 26. mad. Noterlik Kanununun 60. mad.) yapılmış olmadıkça geçerlilik kazanmazlar (BK. 11/11.md.). Edimlerin ifasından sonra, taraflardan birinin, sözleşmenin şeklen ileri sürmesi iyiniyetle bağdaşmaz. Somut olayda, taraflar arasında yapılan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri yukarıda açıklanan şekle uygun yapılmadığından geçersizdir”.<http://kararara.com> (e. t. 18. 12. 2017)

⁵⁴ Zevkliler/ Gökyayla, s.356.

⁵⁵ İlgelen, Abdullah Cem, **İstisna Sözleşmelerinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi**, İstanbul, 2010, s.21.,www.tezyok.gov.tr, (e.t. 19. 12. 2017)

eseri bütünüyle yüklenebileceği gibi kısmen meydana getirme borcuyla da yüklenebilir. Eserin tümünü tamamlayıp teslim borcu ile borçlanan yükleniciye “genel yüklenici” denilmektedir⁵⁶.

Genel yükleniciye daha çok eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde rastlanır. Genel yüklenici aynı zamanda projeleri hazırlama yükümlülüğü de yüklenmişse “Tam yüklenici” olarak isimlendirilir. Eserin bütününe meydana getiren yükleniciler arasında, sadece belirli kısımların inşasını yüklenen yüklenici için İsviçre hukukunda “Teilunternehmer”(Kısmi yüklenici) terimi kullanılmaktadır. Eserin sadece bir kısmını meydana getiren ve “Teilunternehmer” olarak adlandırılan yüklenici doğrudan doğruya iş sahibine karşı sorumlu ise “Nebenunternehmer” (Yan yüklenici) olarak isimlendirilmektedir. Görüldüğü gibi bazen iş sahibi birden fazla yüklenici ile ayrı ayrı sözleşme yapmaktadır. Örneğin iş sahibi fabrika binası için bir yüklenici ile fabrikanın elektrik tesisatı için diğer yükleniciyle, bahçe duvarlarının inşası için de başka bir yüklenici ile ayrı ayrı sözleşme yapabilir. Bu durumda yükleniciler arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaz. Yüklenici bazen işin belirli kısımlarının ifası amacıyla alt yüklenicilerle (Subunternehmer) de anlaşabilir. Böyle hallerde alt yüklenici ile iş sahibi arasında ise herhangi bir sözleşme yoktur⁵⁷.

Eser sözleşmesini düzenleyen TBK. m. 471/ 3. maddesinde de “Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir” denilerek alt yükleniciden bahsedilmektedir.

Yasadan açıkça anlaşıldığı üzere, eserin niteliğine göre yüklenicinin kişisel niteliklerinin önemli olmadığı hallerde, yüklenicinin üstlendiği işi başkalarına yaptırabileceği hüküm altına alınmıştır. Yüklenicinin üstlendiği işi eser sözleşmesi ile başkalarına yaptırması durumunda alt eser sözleşmesinin varlığı bahis konusu olur⁵⁸.

Eser sözleşmesinin tarafları iş sahibi ve yüklenici, alt eser sözleşmesinin tarafları ise yüklenici ve alt yüklenicidir. Asıl yüklenici her iki sözleşmenin de tarafını oluşturmaktadır. Yüklenicinin alt eser sözleşmesi ile kendi borçlarının tamamının veya bir kısmının ifasını bıraktığı kişiye alt yüklenici denir. Diğer bir deyişle yüklenicinin

⁵⁶ Zevkliler/ Gökyayla, s. 357.

⁵⁷ Zevkliler/ Gökyayla, s. 357.

⁵⁸ Yalçınduran, Türker, **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara, 2000, s. 24.

eseri meydana getirme borcunun ifasını, kendi ad ve hesabına yaptığı bir eser sözleşmesi ile kısmen veya tamamen bıraktığı kendi hesabına çalışan yardımcı kişiye alt yüklenici denir. Yüklenici bu sözleşmeyi kendi adına ve hesabına yapar. Alt yüklenici de bu sözleşmeyle, asıl yükleniciden bağımsız olarak hareket edebilme yetkisine sahiptir. Yüklenicinin işin tamamını veya bir kısmını alt yükleniciye yaptırması, kendisinin iş sahibine karşı olan sorumluluklarında herhangi bir değişiklik meydana getirmez, iş sahibine karşı sorumluluğu devam eder⁵⁹.

Yüklenici, TBK. m.83'te belirtilen kuralın aksine, işin niteliğine göre şahsi yeteneklerinin önemli olmadığı haller hariç olmak üzere, üstlendiği şeyi bizzat kendisi yapmak veya kendi yönetim ve denetimi altında yaptırmak zorundadır (TBK m.470/3). Burada yüklenicinin üstlendiği işi, yönetim ve denetimi altındaki kişiler vasıtası ile yaptırabileceğinin kabulü, özellikle boyutu itibarıyla çok büyük ve yapım süresi uzun zaman alacak işlerin imalinde yüklenicinin işini kolaylaştırmaktadır. Asıl yüklenicinin işi kendi yönetimi altında, yardımcı kişilere yaptırabilmesi için eserin meydana getirilmesinde, kişisel becerisinin, uzmanlığının önem taşımaması gerekir. Böyle bir durumun söz konusu olması halinde yüklenici yardımcı kişi kullanamaz. Bir heykeltıraşa ısmarlanan heykelin meydana getirilmesi, bu duruma örnek olarak gösterilebilir⁶⁰.

Yüklenicinin işin tamamını veya bir bölümünü alt yükleniciye devredebilmesi, TBK. 470/ 3 maddesi çerçevesinde mümkündür. Yasanın bu düzenlemesine göre, işin niteliği gereği iş başkası tarafından yapılmaya elverişli ise yüklenicinin devir yetkisi vardır. Ancak yüklenicinin devir yetkisi bulunmadığı hallerde asıl yüklenici iş sahibi adına ve hesabına başkasına devir yaparsa iş sahibi ile aralarındaki sözleşmeye aykırı davranmış olur. Sözleşmeye aykırı olarak, alt yüklenici kullanan yüklenici hem TBK.m.112 hem de TBK. m. 116 ya göre iş sahibine karşı sorumlu olacaktır⁶¹.

1.3.2. İş Sahibi

Eser sözleşmesinde iş sahibi; eseri ısmarlayan, sipariş veren, işin görülmesini talep eden⁶² sözleşmeye konu olan eseri ücret karşılığında imal ettiren ve imal edilen

⁵⁹ Yalçınduran, s. 25.

⁶⁰ İlkelen, s. 22.

⁶¹ İlkelen, s. 23.

⁶² Zevkliler/ Gökyayla, s. 356.

eseri teslim almakta menfaati olan gerçek ve tüzel kişiler, ortaklıklar ya da gruplaşmış müesseselerdir⁶³.

Eser sözleşmesinin taraflarından olan iş sahibini ifade etmek için “ısmarlayan” “amir” gibi sözcükler de kullanılmaktadır. İnceleme konumuzda TBK’ nun benimsediği “iş sahibi” deyimini kullanılacaktır⁶⁴.

1.4. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Eser sözleşmesinin unsurları açıklanırken görüldüğü üzere, yüklenici eseri meydana getirme borcu altındayken, iş sahibi bunun karşılığında bedel ödeme borcu ile yükümlüdür. Bu sebeple eser sözleşmesi hem ivazlı bir sözleşme hem de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir⁶⁵.

Yasada kural olarak eser sözleşmesinin meydana gelmesi için herhangi bir şekil şartı aramamıştır. İşte bu sebeple eser sözleşmesi, sadece tarafların irade beyanlarının uyuşmasıyla kurulabileceği için, bu yönüyle rızaî bir sözleşmedir. Şekle tabi olmayan rızaî niteliğe sahip eser sözleşmesinde, sözleşmenin kurulması için eserin teslimi gerekmemekte, yüklenici ve iş sahibinin karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile sözleşme kurulmuş olmaktadır. Eserin teslimi bu sözleşmelerde sözleşmenin kurulması ile değil, ifa süreciyle ilgili bir husustur⁶⁶. İfanın tarzı bakımından, eser sözleşmesinin ani edimli mi sürekli edimli bir sözleşme mi olduğu konusu uygulama ve doktrinde hayli tartışma konusu olmuştur.

Bir görüşe göre; eser sözleşmesinde yüklenicinin bir bütün teşkil eden, aynı zamanda sonuç vaat eden bir edimi yüklenmesi ve iş sahibinden bağımsız olarak işini görmesi, onun ani edimli sözleşme olduğunun göstergesidir. Bu özellikler, aynı zamanda eser sözleşmesini, benzer nitelikli vekâlet sözleşmesi, yayım sözleşmesi ve hatta satış sözleşmesinden ayırt edilmesini sağlayacaktır⁶⁷.

Eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olduğunu savunan görüşe göre; eserin meydana getirilmesi için uzun bir zamana ihtiyaç vardır zira iş görme deyimleri nitelikleri itibarıyla zamana yayıldıklarından, aynı zamanda iş görme faaliyeti gerektiren eser sözleşmeleri de sürekli edimli sözleşmelerdir⁶⁸.

⁶³ Karadaş, .s. 39; İlkelen, s. 23.

⁶⁴ Yavuz, Cevdet, s. 497.

⁶⁵ Ürem, s. 27.

⁶⁶ Altaş, s. 49.

⁶⁷ Yavuz, Cevdet, s. 499.

⁶⁸ Altaş, s. 49.

Ani-sürekli sözleşme karışımı olarak kabul edilen ve bizim de katıldığımız karma görüş, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri nedeniyle ortaya çıkmış bir görüştür. Bu görüşe göre eser sözleşmesi geçici-sürekli karışımı bir sözleşmedir⁶⁹.

Yargıtay'ın 25. 1. 1984 tarih, 1983/3 E, 1984/1 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında⁷⁰ "İş görme sözleşmeleri arasında yer alan eser sözleşmesi" genel olarak 'ani edimli' sözleşmeler grubunda kabul edilmekte ise de eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman sürecine yayılmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanundaki düzenlemeye bakıldığında da sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. Hukuk Genel Kurulu kararında da inşaat sözleşmelerinin "geçici-sürekli karmaşığı" bir özellik taşıdığı kabul edilmiş olup doktrindeki baskın görüş de bu şekildedir. Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, yüklenicinin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukukî sonuçları farklı olan iki ayrı kural ile karşılaşmaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretide ifade edilmektedir. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır? Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuç doğuracaktır?

İnşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki, böyle bir durumda yüklenicinin bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (yüklenicinin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve yüklenici de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa yüklenicinin olaydaki kusuru, borçlar hukuku yönünden yüklenicinin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir (BK. m. 98/2, 43). Görülmektedir ki 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkûm edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkâr olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde bu adalete aykırı sonuçlar nasıl

⁶⁹ Ürem, s. 34.

⁷⁰ <http://kararara.com/yargitay/ibk/k4851.htm> (e. t. 09. 12. 2017)

giderilebilecektir? İşte bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü ancak Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü Türk- İsviçre Hukukuna göre, bu gibi durumlarda Medeni Kanun'un 1. maddesinden değil, 2. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından" yararlanılabilir. Bugün hâkim olan fikre göre hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hâkime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağlamaktır.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Medeni Kanun'un 2/2. maddesindeki kuralla kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilmektedir. Ancak bu kuralın taliliği de gözetilerek, öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da 2/2. maddedeki kural haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır: Şayet olayın niteliği (yüklenicinin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK' nun 106- 108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa, sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukukî sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda inşaat sözleşmesinin yüklenicinin edim borcu özelliği de sonucu etkilemez. Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da mütemerrit yüklenicinin kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de yüklenicinin kusuruna bağlı tüm zararlarını yükleniciden talep edebilecek ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

Sonuç olarak eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde; uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine, ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanun'un 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına" dair verdiği karar ile eser sözleşmesinin geçici/sürekli karmaşığı özelliği bulunduğunu kabul ederek özellikle uygulamadaki tartışmalara son verilmiştir.

Yargıtay'ın eser sözleşmesini geçici/ sürekli karmaşığı sözleşme olarak kabulü ile sözleşmeyle ilgili bilhassa sona erme hallerinde somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiğı kanaatindeyiz.

Eser sözleşmesinin ani edimli mi sürekli edimli bir sözleşme mi olduğı konusunun doktrinde ve uygulamada bu kadar tartışma konusu olması, bilhassa sözleşmenin sona ermesi noktasında önem arz etmektedir. Sürekli borç doğuran bir sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğuracak iken, ani edimli bir sözleşmeden dönme ise geriye etkili sonuçlar doğuracaktır⁷¹. Sözleşmenin ileriye veya geriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshinin sonuçları, inceleme konumuzun son bölümünde sözleşmenin feshi başlığı altında ayrıntılı bir şekilde anlatılacaktır.

1.5. Eser Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Farkı

1.5.1. Eser Sözleşmesinin Hizmet Sözleşmesinden Farkı

Eser sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi arasında önemli farklar vardır, bu farklar özellikle konu ve bağımsızlık unsurunda daha fazla göze çarpmaktadır⁷². Hizmet sözleşmesinin konusu insan emeğı ve bu emek karşılığında kararlaştırılan ücrettir. Bu ücret genellikle zaman esası üzerinden saptanır. Örneğin, haftalık, aylık gibi⁷³. Eser sözleşmesinin konusu ise bedel karşılığında bir eser meydana getirilmesidir. Ücret meydana getirilecek esere göre belirlenir.

Hizmet sözleşmesinde işçi; işverene bağılı olarak, işverenin emir ve talimatlarına göre hareket ederken eser sözleşmesinde iş sahibinin yükleniciye talimat verme yetkisi yüklenilen işin sonucuna yöneliktir. Hizmet sözleşmesinde emir ve talimat verme yetkisi işverene aittir. Aynı zamanda işçinin işe başlama, işi bitirme ve çalışılacak mekân işverence tespit edilir ve kararlaştırılır. Eser sözleşmesinde ise tüm bu hususları belirleme yetkisi yükleniciye aittir⁷⁴.

Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi üstlenmesidir. Kısmi süreli iş görmeler de hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilir⁷⁵. Hizmet sözleşmesinin belirleyici ve ayırıcı unsuru zaman

⁷¹ Altaş, s. 49.

⁷² Uygur, s. 2139; Büyükay, s. 47

⁷³ Uygur, s. 2139.

⁷⁴ Uygur, s. 2139.

⁷⁵ Erzurumluoğlu, s. 124.

ve bağımlılıktır⁷⁶. Hizmet akdinde işçi; iş aletlerinin seçiminde, işin düzenlenmesinde, çalışma usullerinin belirlenmesinde ve işin görülmesinde, işverenin emir ve talimatlarına sıkı sıkıya uymakla yükümlüdür. İşçi yükümlü olduğu işi işverenin gözetim ve denetimi altında, ona bağımlı olarak ifa eder. Bu açıdan işçi işle ilgili planlama ve organizasyon yapamaz, planlama ve organizasyon faaliyeti işverence yapılır. İşçi işverenin emir ve talimatları doğrultusunda işi yaparken, istenilen sonuç ortaya çıkmamışsa bundan sorumlu değildir. Oysa eser sözleşmesinden kaynaklanan iş görme edimini ifasında yüklenici, iş sahibine zaman ve iş anlamında bağımlı değildir. Yüklenici, kararlaştırılan sonucu meydana getirmek için gereken aletlerin seçimi, işin düzenlenmesi ve yardımcı şahısların belirlenmesi ve çalıştırılması gibi konularda,

⁷⁶ Yarg. 21.HD.13.05.2008 Tarih, 2008/4586 E, 2008/7667 K sayılı kararında “Dava, nitelikçe Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı tarafından karşılanmayan zararın giderilmesi istemine yöneliktir. Davanın bu niteliği dikkate alındığında, davacılar murisinin ölümü ile sonuçlanan olayın iş kazası olması, bunun için de öncelikle davacılar murisinin davalı işyerindeki çalışmasının hizmet akdine dayalı olması gerekir.

Davacılar murisinin, davalı U... Metal Sanayi Ltd. Şti. tarafından O... Sanayi Sitesi'nde yeni kiralanan işyerinin, sac ile çatı ve yan örtü kaplamalarının yapılması sırasında kaza geçirdiği, davalı U... Metal Sanayi Ltd. Şti'nin faaliyet konusunun galvanizli sac alım satımı olduğu uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, davacılar murisinin hizmet akdine mi, yoksa istisna akdine mi dayalı olarak çalıştığı belirlenmesi noktasında toplanmaktadır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden, davacılar murisi ile davalı U... Metal Sanayi Ltd. Şti. arasındaki hukuksal ilişkiyi hizmet akdi olarak yorumlamak mümkün bulunmamaktadır.

Hizmet akdinin unsurları;

- 1- Hizmetin belirli veya belirli olmayan bir zaman içinde görülmesi,
- 2- Hizmet akdinin konusu olan edimin işverene ait işyerinde yerine getirilmesi,
- 3- Edimin ifası sırasında işverenin denetim ve gözetimi altında bulunması,
- 4- Edimin ücret karşılığında yapılması ve ücretin zaman esası üzerinden saptanmasıdır.

Ücret zaman itibarıyla olmayıp yapılan işe göre verildiği takdirde dahi belirli ya da belirli olmayan bir zaman için alınmış veya çalışılmış oldukça hizmet akdi yine mevcuttur.

İstisna akdinde ise; bir eserin ücret karşılığında yaratılması söz konusudur. İstisna akdinde ücretin tespiti eser göz önünde tutulur. İş sahibinin talimat verme yetkisi ise, elde edilecek sonuç içindir. Halbuki hizmet akdinde emir ve talimat yetkisi işçinin çalışma yerinin, işe başlangıç ve sona eriş saatinin işverence tespiti biçimindedir.

Hizmet akdinin belirleyici ve ayırıcı unsurları zaman ve bağımlılıktır. Zaman ve bağımlılık unsurlarını birlikte gerçekleştirecek biçimde çalışmanın varlığı halinde aradaki ilişkinin hizmet akdine dayalı olduğunun kabulü gerekir. Somut olayda ise, davacılar murisi ile davalı işverenler arasında hizmet akdinin ayırıcı unsurlarından olan zaman ve bağımsızlık unsuru yoktur. Davacılar murisinin kendi nam ve hesabına demir doğrama işi ile uğraştığı, ayrı işyerinin ve vergi mükellefiyetinin olduğu, vergi mükellefliliğinin ölümünden sonra eşi tarafından verilen dilekçe ile kaza tarihinden önceye çekilecek şekilde sonlandırıldığı, davalı U... Metal Sanayi Ltd. Şti. işyerinin, sac ile çatı ve yan örtü kaplamalarının yapılması işinin davacılar murisinin de aralarında bulunduğu 4 kişi tarafından üstlenildiği, anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, davacılar murisi ile davalı U... Metal Sanayi Ltd. Şti. arasındaki hukuksal ilişkinin eser sözleşmesi olduğu açık ve seçiktir. Başka bir anlatımla, davalı U... Metal Sanayi Ltd. Şti., davacılar murisinin işvereni değildir. Kazalının kendi adına bağımsız çalışması nedeniyle Bağ-Kur kaydının bulunmamasının, keza SGK Başkanlığının olayı iş kazası olarak değerlendirerek iş kazası sonucu ölüm nedeniyle hak sahiplerine gelir bağlamasının, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin mahiyetinin belirlenmesi ve değerlendirilmesi için yeterli olmadığı da söz götürmez.

Hal böyle olunca da, istisna akdine dayalı bir çalışma söz konusu olduğuna göre, 506 sayılı Yasa'nın 2. maddesi dikkate alındığında, davacılar murisinin anılan yasa kapsamında bir çalışması bulunmadığından, ölümle sonuçlanan olayın iş kazası olarak kabulü mümkün değildir”.

www.sinerji.com (e.t. 18.12.2017)

işverenin bazı talimatlarına tabi olsa bile, temelde onun talimatlarıyla bağlı değildir. İş sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesi, önceden belirlenmiş ve hukukî bütünlük teşkil eden bir "*emek sonucu*" nun meydana getirilmesini hedefler ve bu sonucun ortaya çıkmaması yüklenicinin özen borcunu ifa etmediği anlamını taşır. Yüklenici iş sahibine bağımlı olmadığı için, iş sahibi yüklenicinin edimini ifa ederken verdiği zarardan TBK. m. 66' ya göre sorumlu tutulamaz⁷⁷. Hizmet sözleşmesinde iş işverene ait iş yerinde görülmekte iken eser sözleşmesinde böyle bir zorunluluk yoktur⁷⁸.

1.5.2. Eser Sözleşmesinin Vekâlet Sözleşmesinden Farkı

Vekâlet sözleşmesi; vekile müvekkilinin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuç elde etmeye yönelik bir iş görmeyi, belli bir zamanla sınırı olmaksızın ve kısmen bağımsız olarak yapma borcunu sonucun elde edilememesinin rizikosu müvekkile ait olmak üzere, yüklediği sözleşmelerdir⁷⁹. Eser ve vekâlet sözleşmelerinin ortak özelliği taraflardan birinin belli bir işi yüklenmesidir. Her ne kadar her iki sözleşmenin ortak özelliği bir iş yüklenme ise de aralarında farklılıklar da bulunmaktadır.

Eser sözleşmesinde taraflardan biri, bir eser meydana getirip teslim etme diğer taraf ise bunun karşılığında bir bedel ödeme yükümlülüğü ile yüklenmektedir. Vekâlet sözleşmeleri ise sözleşmenin taraflarından birinin diğeri yararına, nispeten bağımsız olarak, zaman sınırlaması olmaksızın ve sonuç riski yüklenmeksizin bir iş görmesini ön gören buna karşılık sözleşmenin diğer tarafının belli bir bedel ödeme zorunluluğunun bulunmadığı sözleşmelerdir⁸⁰.

Yasanın düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere vekâlet sözleşmesinde "**iş görme borcu**" vurgulanmış olmasına rağmen ne "**sonuç**" unsuruna ne de "**Bedel**" unsuruna vurgu yapılmamıştır. Dolayısıyla eser sözleşmesinden farklı olarak her iki unsurun da vekâlet sözleşmesi bakımından "**zorunlu unsur**" olmadığı söylenebilir⁸¹.

Eser sözleşmesinin önemli bir özelliği yüklenicinin kural olarak işi bir başkasına gördürebilmesi iken vekâlet sözleşmesinde işi yüklenen vekilin iş görme edimini bizzat yerine getirmesi beklenir. Ayrıca vekâlet sözleşmesinde sözleşmeden dönme ve vekili

⁷⁷ Akkurt, Sinan Sami, **Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler Ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi**, DEÜHFD. , C. 10, S. 2, İzmir, 2008, s. 49, 51, 52.

⁷⁸ Uygur, s. 2140.

⁷⁹ Büyükkay, s. 48.

⁸⁰ Kurşat, s.145; Büyükkay, s. 48.

⁸¹ Kurşat, s. 146.

azletme sözleşmesinin her aşamasında mümkün iken eser sözleşmesinde sıkı şartlara bağlanmıştır⁸².

Eser sözleşmesi temelde bir iş görme sözleşmesi olsa da iş görme eylemini değil, iş görme sonucunda bir sonuca varmayı (eser meydana getirmeyi) vaadetmektedir. Diğer iş görme sözleşmelerinden farkı, işin görülmesi neticesinde ortaya bir sonucun çıkmasıdır. Sonuçta eser meydana getirilmemişse borç ifa edilmiş sayılmadığından bedel hak edilmez. Sonuç meydana getirme, sözleşmenin yasada belirlenen esaslı unsurlarındandır⁸³. Vekâlet sözleşmesinde ise eser sözleşmesinden farklı olarak, işin görülme süreci belirleyici olmaktadır. İşin sonucunun borcun ifa edilmiş olması bakımından etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle vekâlet sözleşmesinde vekil, eser sözleşmesindeki yükleniciden farklı olarak iş görmesinin sonucunda başarı elde etme taahhüdünde bulunmuş olmaz, vekilin işi görürken sadakat ve özenle hareket etmesi yeterlidir. Vekilin yaptığı iş bir sonuç meydana getirmiş olsa da vekâlet sözleşmesinin bu niteliği değişmez⁸⁴.

Eser sözleşmesinde yüklenici de vekil gibi iş sahibine/işverene bağımlı değildir. Ancak eser sözleşmesinde yüklenici, sözleşme nedeniyle ortaya çıkan masraflara katlanmak zorundayken, müvekkil (vekâlet veren) sözleşmeden kaynaklanan masrafları vekiline ödemekle yükümlüdür⁸⁵.

Vekâlet sözleşmesinde, vekil gördüğü iş nedeniyle bir zarara sebep olmuş ise ancak kusurluysa sorumlu olur (TBK. m. 506). Eser sözleşmesinde ise yüklenici kusursuz olsa dahi teslim ettiği eserdeki ayıplardan sorumludur (TBK. m. 475)⁸⁶.

Her iki sözleşme fesih yönünden de farklı özelliklere sahiptir. Vekâlet sözleşmesinde vekil sözleşmeyi feshederse, ilkesel olarak sorumlu olmaz (TBK. m. 512). Buna karşılık eser sözleşmesinde sözleşmeden dönen iş sahibi, yüklenicinin sözleşmeden dönülmesi nedeniyle uğradığı zararın tamamını tazmin etmek zorundadır (TBK. m. 484)⁸⁷.

⁸² Akipek, Şebnem, **Alt Vekâlet**, Ankara, 2003, s. 52.

⁸³ Coşkun, Mahmut, **İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar**, Ankara, 2017, s. 127; Kurşat, s. 147.

⁸⁴ Kurşat, s. 147; Eren, Özel Hükümler, s. 600.

⁸⁵ Akipek, s. 52.

⁸⁶ Eren, Özel Hükümler, s. 600.

⁸⁷ Eren, Özel Hükümler, s. 601, 602.

1.5.3. Eser Sözleşmesinin Satış Sözleşmesinden Farkı

Türk Borçlar Kanunu 207. maddesine göre “Satış sözleşmesi, satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir”. Satış ve eser sözleşmesi birbirine çok benzeyen ve hatta çok karıştırılan sözleşmelerdir. Ancak aralarında önemli farklılıklarda bulunmaktadır.

Satış sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterlidir, satım konusu şeyin teslimine ihtiyaç yoktur⁸⁸. Eser sözleşmesinin kurulabilmesi için ise bir eser meydana getirme ve eserin meydana getirilmesinden sonra teslimi şarttır. Eserin teslimi sözleşmenin zorunlu unsurlarındandır.

Satış sözleşmesinde satıcı, ekseriyetle bir başkasının meydana getirdiği mevcut bir şeyi devir/ teslim etmekte, eser sözleşmesinde ise yüklenici sözleşme kurulurken var olmayan bir şeyi emeğini de katarak meydana getirip teslim etme ya da var olan bir şey üzerinde değişiklik yapma, onarma taahhüdünde bulunmaktadır⁸⁹.

Satış sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir, sürekli bir borç ilişkisi değildir. Satım akdinin içerdiği asli edimler sürekli değil, kararlaştırılan zamanda bir defada yerine getirilir ve taraflar borcundan kurtulur. İstisnai olarak art arda teslimli satım sözleşmelerinde borç ilişkisi devamlı borç ilişkisi şeklinde de karşımıza çıkabilir⁹⁰. Eser sözleşmesi ise ani/sürekli karmaşığı olan bir sözleşmedir, yüklenilen edimin meydana getirilme sürecine göre ani edimli olabileceği gibi bir otoyolun yapımında olduğu gibi sürekli diyebileceğimiz uzun süreli de olabilir.

Eser sözleşmesinde bir eser meydana getirme, edim konusu eseri meydana getirirken emek harcama baskındır. Satış sözleşmesinde ise satılan şey, yani malzeme ön plandadır⁹¹. Teslim edilecek şey monte (kurma) koşuluyla satılmışsa, satıcının satılanı alıcının gösterdiği yere kurması edimini ifadır. Teslim edilecek şeyin monte edilmesi, bağlanması, yerleştirilmesi yeni bir anlaşma çerçevesinde yan edim olmaktan çıkarılıp asli edim yükümlüğü haline getirilmiş ise⁹² yani emek unsuru ağır basıyor ise,

⁸⁸ Aral, s. 62.

⁸⁹ Köken, Çiğdem, **Eser Sözleşmesinde Götürü Bedelin Aşılması**, Y. Lisans Tezi, Ankara, 2011, s. 33. www.tezyok.gov.tr. (e. t. 1. 12. 2017)

⁹⁰ Aral, s. 63.

⁹¹ Köken, s.33.

⁹² Köken, s. 33.

eser sözleşmesinin malzeme unsuru ağır basıyor ise satım sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir⁹³.

Yargıtay da emek unsurunun ön planda tutulduğu hallerde eser, mal tesliminin üstün tutulduğu hallerde ise satış sözleşmesinin varlığını kabul etmektedir. Ayrıca satıştan farklı olarak, eser sözleşmesinin asli ediminin yani eser meydana getirmenin yaratıcı bir faaliyet içerdiği açıktır⁹⁴.

Eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibinin talimatları doğrultusunda hareket etmekle yükümlü iken satış sözleşmesinde tarafların böyle bir yükümlülüğü yoktur.

Günlük hayatta sıklıkla karşılaştığımız kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmamış bir arsa üzerine inşaa edilecek veya edilmekte olan binadaki bağımsız bölümün üçüncü kişilere noterde satış vaadinde bulunulması, eser değil satış sözleşmesidir⁹⁵.

1.5.4. Eser Sözleşmesinin Yayım Sözleşmesinden Farkı

TBK m. 487'ye göre “Yayım sözleşmesi, bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşmedir”. Hazırlanması ve bastırılması ısmarlanan bir eser yayım sözleşmesinin konusu olabileceği gibi eser sözleşmesini de konusu olabilir⁹⁶.

Bir eserin bedel karşılığında basımı üstleniliyorsa eser sözleşmesi, hem basım hem yayımı üstleniliyorsa yayım sözleşmesi söz konusudur. Yayımcının eseri yayma yükümlülüğü bulunmakta iken eser sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin böyle bir yükümlülüğü yoktur⁹⁷.

Eserini çoğaltması için bir kişi ile sözleşme imzalayan eser sahibi, çoğaltılan eseri kendi adına piyasaya süren, çoğaltan kişiye bir ücret ödemek üzere sözleşme yapar. Bu bağlamda imzalanan bu sözleşme eser sözleşmesidir. Ancak yayım sözleşmesinde, yayımcı eser sahibine bir ücret ödemek suretiyle eser sahibinin eseri üzerindeki haklarını aralarındaki sözleşmeye göre bir süreye bağlı olmak üzere kullanır.

⁹³Büyükcay, s. 52.

⁹⁴ Zevkliler/ Gökyayla, s. 364.

⁹⁵ Köken, s. 34

⁹⁶ Zevkliler/ Gökyayla, s. 364.

⁹⁷ Köken, s. 40.

Yayımcı eserden elde ettiği gelirden kendisi yararlanırken, eser sahibine yazarlık hakkı öder⁹⁸.

Eser sözleşmesinde yayımlanan eserin hasar ve yararı iş sahibine ait iken yayım sözleşmesinde yayımcıya aittir⁹⁹.

1.5.5. Joint-Venture Sözleşmesinden Farkı

Joint- venture, iki veya daha fazla kişi veya tüzel kişiliği haiz şirketin iktisaden ve hukuken bir birinden bağımsız veya bir ticaret ortaklığı kurarak ya da böyle bir ortaklık kurmaksızın kâr elde etmek amacıyla, tek bir işin ya da süreklilik arz eden bir faaliyetin gerçekleştirilmesini üstlendikleri sözleşmelerdir. Yükleniciler taahhüt edilen işin yapılmasından müştereken ve müteselsilen sorumludurlar¹⁰⁰.

Joint- Venture sözleşmelerinin aksine eser sözleşmelerinde, yüklenici tek kişi olabilmektedir. Mevzuatımızda *Joint-Venture* sözleşmelerini bütün yönleriyle ele alan bir yasal düzenleme mevcut değildir. Mevcut ve kısıtlı mevzuatın izin verdiği çerçeve ve süreler içerisinde belli koşullar altında ve belli usullere uyarak birbirinden farklı nitelikler taşıyan *Joint- Venture* sözleşmeleri yapılmaktadır. “*Genel olarak joint-venture sözleşmeleri hukukumuz bakımından adi şirket sayılır. Bu nedenle TBK. m.620 vd maddelerinde yer alan adi şirket hükümleri joint- venture mahiyeti ile telifi kabil olduğu ölçüde, doğrudan doğruya (directement) uygulanır*”¹⁰¹.

Joint- Venture, yalnız ulusal değil uluslararası düzeyde de sıklıkla karşımıza çıkan iş birliği modelidir. Büyük çapta sermaye ve teknoloji gerektiren, yüksek riskli projeler genellikle uluslararası ve çok uluslu *joint- venture*’lar tarafından gerçekleştirilir¹⁰². Eser sözleşmelerinde ise bazen bir kuaförün saç kesmesi, bir terzinin elbise dikmesi gibi çok küçük faaliyetler bile konu olabilmektedir.

Joint- venture sözleşmeleriyle ilgili her ne kadar mevzuatta ayrıntılı bir düzenleme bulunmamakta ise de Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK)’ nun 2/7 maddesinde “Müşterek iş ortaklığı, sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmelerin, kendi aralarında şahıs ortakları veya gerçek kişilerle belirli bir işin birlikte yapılmasını müştereken taahhüt

⁹⁸ Köken, s. 40.

⁹⁹ Zevkliler/Gökyayla, s. 364; Eren, Özel Hükümler, s. 603.

¹⁰⁰ <http://dergipark.gov.tr/%20download/%20article-file/337025>, (e. t. 13. 12. 2017)

¹⁰¹ Dayınlarlı, Kemal, *Joint- Venture Sözleşmeleri*, Ankara, 2000, s. 270, 271.

¹⁰² Hudatlı, Orhan, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları*, Y. Lisans Tezi, Ankara, 2016, s. 27, [http://www.tezyok.gov.tr\(e.t. 3. 12. 2017\)](http://www.tezyok.gov.tr(e.t. 3. 12. 2017))

etmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardır” şeklinde tanımlamıştır.

Yargıtay, *Joint-Venture* sözleşmesini, vermiş olduğu bir kararında “...Diğer bir anlatımla müşterek teşebbüs ortaklığı (*Joint- Venture*) iki veya daha ziyade hukuken ve iktisaden birbirinden bağımsız kişi veya tüzel kişiliğe haiz şirketlerin müştereken belli bir amacı gerçekleştirmek ve kâr elde etmek için kurdukları ve müştereken yönettikleri tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan bir ortaklıktır...” şeklinde tanımlamıştır¹⁰³.

Tandoğan *Joint- Venture* sözleşmesini “Bazen büyük yapı (bayındırlık) işlerinin yapılmasını birden fazla müteahhit birlikte üstlenmek üzere bir adf ortaklık kurarlar; bu ortaklığa uygulamada müteahhitler konsorsiyumu veya Amerikan hukukundan gelme bir deyimle joint- venture denilmektedir” şeklinde tanımlamıştır¹⁰⁴.

Joint-venture sözleşmelerinde amaç, kâr elde etme ve bu kârın ortaklar arasında paylaşmaktır. *Joint-venture* bu özelliğiyle, dernek ve sendika gibi kişi birliklerinden ayrılmaktadır. Diğer bir deyişle, ortakların varlıkları ve kişisel çabaları kâr elde etmek ve kârı paylaşmak için değil de kişisel kullanım için bir malvarlığı oluşturmaya özgülünmüşse ortada bir *joint- venture* ilişkisi yoktur. Kâr elde etme amacı *joint-venture*’ın temel unsurudur¹⁰⁵. Eser sözleşmelerinin temel amacı kâr elde etmek ise de birden fazla kişinin bir araya gelmesi şartı bulunmadığı için yüklenicinin elde ettiği kârı paylaşması da söz konusu değildir.

Eser sözleşmesinin zorunlu unsuru olan bedel unsurunun, sözleşme yapılırken ayrıca ve açıkça belirlenmesi şart değildir. Bu nedenle bedelin miktarı sözleşmenin objektif esaslı unsuru değildir. Meydana getirilecek eser için ödenecek bedel kararlaştırılmış fakat bedelin miktarı açıkça belirlenmemiş olsa da eser sözleşmesi kurulmuş sayılır. Sözleşmede meydana gelen bu tür boşluk hallerinde hâkim, boşluğu tamamlayıcı yedek hukuk kurallarından, TBK. m. 481’den “Eserin bedeli önceden belirlenmiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir” yararlanarak giderir¹⁰⁶.

Bedel unsuru *Joint- Venture* sözleşmelerinin de zorunlu unsurudur ancak eser sözleşmesinin aksine *Joint- Venture*lerde bedel miktarının açıkça belirtilmesi şarttır. *Joint- venture*lerde de sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, tarafların

¹⁰³ Yargıtay 13. HD, 2.10.1995, E. 1995/7761, K.1995/ 8331, <http://www.hukuk1.net> (e.t., 14.12.2017)

¹⁰⁴ Tandoğan, s. 96.

¹⁰⁵ Tile, Latif, **Türk Hukuku’nda Joint- Venture Düzenlemeleri**, Y.Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s.

8. www.tezyok.gov.tr (e. t. 15. 12. 2017)

¹⁰⁶ Hudatlı, s. 29., BK. m. 366.

sözleşme yapma ve tasarruf yetkisine sahip olmaları gerekir. Yani tarafların tam fiil ehliyetine sahip olmaları şarttır¹⁰⁷.



¹⁰⁷ Hudatlı, s. 30

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI VE HAKLARI

2.1. Yüklenicinin Borçları

Eser sözleşmelerinde, yüklenicinin borçları TBK. m. 471–474 arasında düzenlenmiştir. TBK. m. 471’ 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 meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.

Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir. Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır”. Yasadan anlaşılacağı üzere göre yüklenicinin borçları; bir eser meydana getirme, eseri teslim etme ve özen göstermektir.

2.1.1. Yüklenicinin bir eser meydana getirme borcu

Hizmet sözleşmesinde işçinin işi kendisinin bizzat yapması durumunda olduğu gibi eser sözleşmesinde de yüklenici, kural olarak işi kendisi yapmak ya da kendi gözetim ve denetiminde yaptırmak zorundadır¹⁰⁸.

Yüklenici ile iş sahibi arasında, eserin meydana getirilmesi aşamasında sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu ilişki kısa sürebileceği gibi uzun da sürebilir. Uzun süreli ilişkiler doktrinde, büyük inşaat işlerinde olduğu gibi sürekli sözleşme benzeri sözleşme olarak nitelendirilmektedir. İş sahibi eser meydana getirilirken yükleniciye doğrudan doğruya talimat verebileceği gibi, dolaylı olarak bir temsilci vasıtasıyla da talimat verebilir. İş sahibinin verdiği talimat eser hakkında olabileceği gibi, eserin meydana getiriliş tarzına yönelik de olabilir¹⁰⁹. Yüklenicinin eseri meydana getirme borcu, eseri şahsen meydana getirme ile araç, gereç ve malzeme sağlama borcudur.

¹⁰⁸ Erzurumluoğlu, s. 136.

¹⁰⁹ Eren, Özel, s. 608.

2.1.1.1. Yüklenicinin Eseri Şahsen Meydana Getirme Veya Kendi Yönetiminde Başkasına Yaptırma Borcu

TBK. m. 471/III' e göre yüklenici eseri kendisi meydana getirmek ya da kendi yönetimi altında başka bir kişiye yaptırmakla yükümlüdür. Madde metninden anlaşılacağı üzere yüklenici meydana getireceği eseri bizzat kendisi yapmak ya da kendi yönetim ve gözetimi altında üçüncü bir kişiye yaptırmakla yükümlüdür. Borçlanılan edimin doğrudan doğruya yüklenici ya da onun gözetiminde başkası tarafından yerine getirilmesi, eser sözleşmesinde yüklenicinin yetenek ve becerilerinin, kişiliğinin önem taşıması düşüncesinin sonucudur. İş sahibi yüklenicinin kişiliği, yetenek ve becerilerini göz önünde tutarak onunla sözleşme yapmaktadır¹¹⁰.

Meydana getirilecek eserde sanat eserlerinde olduğu gibi yüklenicinin maddi ve bireysel fikir ve yetenekleri ön plandaysa, yüklenicinin gözetim ve denetimi altında da olsa başkasına yaptırması mümkün değilse, yüklenici eseri bizzat meydana getirmek zorundadır. Zira böyle bir durumda eser özgün yapısını ve değerini, onu yapanın kişiliğinden alır, bir başkası kullanılamaz¹¹¹. Bir heykeltıraşın heykel yapması, bestekârın beste yapması gibi edimler içeren eser sözleşmesinde yüklenicinin borcu kişiye sıkı sıkıya bağlı borçtur. Yüklenici borcun ifasını başkasına devredemez, devir kesinlikle yasaktır. Yüklenici işi şahsen yerine getirmekle yükümlüyken buna aykırı davranırsa, iş sahibi TBK. m.112 veya 125'e göre hareket edebilir¹¹².

İstisnai haller dışında, genellikle yüklenici işi kişisel yönetim ve gözetimi altında başkasına yaptırabilir. Ancak yüklenici tüzel kişi ise işi bizzat yapamaz, böyle bir şey fiilen de mümkün değildir. Tüzel kişiler, edimlerini ancak organları veya gerçek kişilerin kişisel yönetimi altında yaptırabilirler. Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri, becerisi ve yetenekleri önemli değilse işi kendi kişisel yönetimi altında olmaksızın kendi adına ve hesabına anlaşma yaptığı başkalarına da (alt yüklenicilere de) yaptırabilir¹¹³.

İşin niteliğine göre yüklenicinin, kişisel özellikleri önemli olmadığından kendi yönetimi altında yerine getirme zorunluluğu yoksa; örneğin bir inşaatın düzeltilmesi işi,

¹¹⁰ Eren, Özel, s. 608; Aral/ Ayrancı, s. 369- 370; Büyükay, s. 81.

¹¹¹ Uygur, s. 2146; Büyükay, s. 81; Aral/ Ayrancı, s. 370.

¹¹² Eren, Özel, s. 609.

¹¹³ Uygur, s. 2147; Karadaş, s. 121.

bir reklam arabasının dolaştırılmasında olduğu gibi, işin yerine getirilmesinin üçüncü bir kişiye devrine karşı yüklenicinin itiraz etmesi hukuken geçerli değildir¹¹⁴.

Yüklenicinin edimini şahsen ya da kendi yönetim ve gözetimi altında başkaları aracılığıyla yerine getirmesi kanunun emredici değil, düzenleyici hükmüdür. Dolayısıyla taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler. Mesela sözleşmede eserin meydana getirilme işinin bir kısmının ya da tamamının alt yükleniciye devredilmesi kararlaştırılabileceği gibi tamamının ya da bir kısmının alt yükleniciye devri yasaklanabilir¹¹⁵.

2.1.1.1.1. Yüklenicinin Eseri Başkasına Yaptırma Yetkisi

TBK. m. 471/ III' göre "Yüklenici meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşııyorsa, işi başkasına da yaptırabilir" denilerek yüklenicinin edimi şahsen ifa etmesi, ancak bir tek istisnai halde başkası tarafından edimin ifasının mümkün olduğu düzenlenmiştir.

TBK. m. 83'e göre kural olarak, borçlu borcunu şahsen ifa ile yükümlü olmadığı halde TBK. m. 471/ III de yüklenicinin borcunun şahsi niteliği karene olarak kabul edilmiştir. Yüklenici eserin meydana getirilmesinde kişisel niteliklerinin önemi olmadığını ispatlamak zorundadır¹¹⁶.

Yüklenicinin yapılacak eserin niteliğine göre kişisel yetenek ve becerileri önemli değilse, eseri bir başkası kanalıyla yaptırması mümkündür. İşte böyle bir durumda yüklenici eserin bir kısmını ya da tamamını bir başkasına yani alt yükleniciye (taşeron) yaptırabilir. Asıl yüklenicinin eserin meydana getirilmesi için alt yüklenici ile yaptığı bu sözleşme de eser sözleşmesidir¹¹⁷.

Yüklenici ile alt yüklenici arasında yapılan alt yüklenicilik sözleşmesi denilen bu sözleşmeyi düzenleyen özel bir hüküm yoktur. Alt eser sözleşmesi de bir eser sözleşmesi sayıldığı için eser sözleşmesinin TBK. m. 470 ve devamı maddeleri bu sözleşmeye de uygulanır. Eser sözleşmesi iş sahibi ile yüklenici arasında bir eserin meydana getirilmesine ilişkin olup, alt yüklenicilik sözleşmesinin konusu ise

¹¹⁴ Becker, H., **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Borçlar Hukuku II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri**, Bern, 1934, s. 600.

¹¹⁵ Eren, Özel, s. 609; Büyükcay, s. 81

¹¹⁶ Yavuz, C, s. 510,

¹¹⁷ Eren, Özel, s. 610.

yüklenicinin üstlendiği işi kişisel yeteneklerinin ve becerilerinin önemli olmaması durumunda üçüncü bir kişiye bir eser sözleşmesi ile yaptırmasıdır¹¹⁸.

Asıl yüklenici alt yükleniciyle yaptığı bu sözleşmeyi kendi adına ve hesabına yapar, iş sahibinin değil. Alt yüklenici, sözleşme gereği borcunu ifa ederken kendi adına bağımsız olarak hareket etme yetkisine sahiptir. Yüklenicinin bağımlı değil bağımsız yardımcısı konumunda olan alt yüklenici, yüklendiği iş konusunda belli bir uzmanlığa sahiptir. Mesela asıl yüklenicinin bir inşaatın elektrik tesisat işini veya sıhhi tesisat işinin yapımını üçüncü bir kişiye devretmesi halinde bu kişi alt yüklenicidir¹¹⁹. Yüklenicinin işin tamamını veya bir bölümünü alt yükleniciye yaptırması, kendisinin iş sahibine karşı olan sorumluluğunda bir değişiklik meydana getirmez. İş sahibine karşı sorumluluğu aynı şekilde devam eder. Günümüzde yüklenicinin şahsen eseri meydana getirmekle yükümlü olduğu eser sözleşmeleri artık istisnai olarak yapılmaktadır. Çünkü artık sözleşmenin tarafları, yüklenicinin eserden şahsen sorumlu bulunmasına onun işi kendisinin yapmasından daha çok önem vermekteler. Öte yandan tekniğin büyük eserleri, rasyonelize edilmiş ve bölümlere ayrılmış bir çalışmanın ürünüdür. Bu tür eserlerde eserin şahsen yüklenici tarafından meydana getirilmesi fiilen mümkün değildir¹²⁰.

Asıl yüklenicinin, alt yüklenici üzerinde denetim ve gözetim yetkisi yoktur ve alt yüklenici, asıl yükleniciye bağlı olarak hareket etmekle yükümlü değildir. Ancak tarafların sözleşmeyle kararlaştırmaları veya işin niteliğinin gerektirmesi halinde alt yüklenicinin asıl yüklenicinin yönetimi altında çalışması mümkündür. Taraflar bu amaçla iki sözleşme arasında bağlantı kaydı koyabilirler¹²¹.

Eserin meydana getirilme işinin, bir kısmının ya da tamamının alt yükleniciye devredilmesi üç durumda mümkündür. Birincisi eser sözleşmesinde bu hususun açıkça kararlaştırılması, ikincisi devrin iş sahibinin izni ile olması, üçüncüsü ise TBK m. 471/II uyarınca işin niteliği gereği bir başkası tarafından yapılmasında sakınca bulunmamasıdır. Yüklenicinin işin bir kısmını ya da tamamını alt yükleniciye devredilebileceği yönündeki yetki, sözleşme yapıldığı sırada ya da daha sonra ayrı bir sözleşme ile verilir. Sözleşmede işi başkasına devretme yetkisi verilebileceği gibi, devir yasaklanabilir de¹²².

¹¹⁸ Yalçınduran, s. 24.

¹¹⁹ Eren, Özel, s. 610.

¹²⁰ Yalçınduran, s. 25.

¹²¹ Eren, Özel, s. 611.

¹²² Yalçınduran, s. 26; Karadaş, s. 122.

TBK' nun eser sözleşmesini düzenleyen 470-486. madde hükümlerine tabi olan alt yüklenicilik sözleşmesinde, taraflar sözleşme özgürlüğü kuralı gereğince sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüne sahiptirler. Bu temel kural gereği kimse sözleşme yapmaya zorlanamaz. Ancak bu kuralın dürüstlük kurallarından, kanundan ya da anlaşmadan doğan istisnaları vardır¹²³. Alt yüklenicilik sözleşmesine taraflar arasında konulmuş özel hükümler, bu yönde hüküm yoksa TBK. m. 470-486 hükümleri uygulanır. Bu özel hükümlerle uyumsuzluk çözülmezse, TBK.'nun genel hükümlerine bakılmalıdır¹²⁴.

Alt yüklenicilik sözleşmesine, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK) ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin (BİĞŞ) ilgili hükümlerinin de uygulandığı görülmektedir. DİK. m. 66'da "sözleşmenin devri" başlığı altında yüklenicinin işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hükmün kapsamına, işin alt yükleniciye gördürülmesinin de girdiği kabul edilmektedir. Yine BİĞŞ. m. 4, aynı başlık altında şu düzenlemeyi getirmektedir:

"Yüklenici üstlenmiş olduğu işi tümüyle veya kısımlar halinde, hiçbir özür ve nedenle başkasına devredemez. Devredebilmesi için birinci derece veya yetkili bulunan ikinci derece ita amirinin yazılı izninin alınması gereklidir. Ayrıca devir ve alacaklarda ilk ihaledeki şartlar aranır. Yüklenicinin izinsiz devir yapması halinde sözleşme bozulur ve yüklenici hakkında 2886 sayılı kanunun 62. m. hükümleri uygulanır". Aynı şekilde BİĞŞ. m.18/ 5'e göre "İdare, taşeronlar aracılığıyla yapılması sakıncalı gördüğü herhangi bir iş bölümünün doğrudan doğruya yüklenici tarafından yapılmasını her zaman isteyebilir. Taşeronların idareye karşı hiçbir sıfat ve yetkileri olmayıp, bunlara yaptırılan tüm işlerden yüklenici sorumludur" 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) m. 15' e göre "İhale konusu işin özelliği nedeniyle ihtiyaç görülmesi halinde, ihale aşamasında isteklilerden alt yüklenicilere yaptırmayı düşündükleri işleri belirtmeleri, sözleşme imzalamadan önce de alt yüklenicilerin listesini idarenin onayına sunmaları istenebilir. Ancak bu durumda, alt yüklenicilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluğu yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz"¹²⁵.

Asıl yüklenici, alt yüklenici aracılığıyla işi görürken bir takım hukukî sorunlar ortaya çıkabilmektedir, şöyle ki;

¹²³ Kılıçoğlu, s. 75-76.

¹²⁴ Yalçınduran, s. 26.

¹²⁵ Yavuz, C, s. 513, 514.

(i) Alt yüklenici ile asıl yüklenici arasındaki ilişki, asıl yüklenicinin kendi ad ve hesabına yaptığı bir alt sözleşme olan eser sözleşmesine dayanır. Alt yüklenici sözleşmede öngörülen eseri, sözleşmeye göre malzemeyi kendisi sağlayarak ya da sağlamayarak, bir ücret karşılığında meydana getirmek ve asıl yükleniciye teslim etmekle yükümlüdür. Alt yüklenici meydana getirdiği eserdeki ayıplardan dolayı asıl yükleniciye karşı sorumludur¹²⁶.

(ii) İş sahibi ile alt yüklenici arasında herhangi bir sözleşme bulunmadığından, iş sahibinin alt yükleniciye ilkesel olarak herhangi bir ücret ödeme borcu yoktur. Ancak sözleşmeyle iş sahibinin de asıl yükleniciyle birlikte alt yükleniciye karşı müteselsil borçlu sıfatıyla ve kefil olarak ücret ödeyeceği kararlaştırılmış ise, iş sahibinin de alt yükleniciye ücret ödeme borcu doğmuş olur¹²⁷.

Asıl yüklenicinin, alt yüklenicinin fiillerinden dolayı, asıl iş sahibine karşı sorumluluğu konusunda ise, şu şekilde ayırım yapılmaktadır;

(a) Asıl yüklenici, yetkisi olmadığı halde işi kısmen veya tamamen bir alt yükleniciye devretmiş ve alt yüklenici de işi gereği gibi ya da hiç yapmayarak iş sahibinin zarara uğramasına sebep olmuş ise, asıl yüklenici sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle TBK' nun 112 maddesi uyarınca sorumlu tutulur. Bu çözüm, vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK' nun 507'nci maddesinin 1. Fıkrasına da uygundur. Yüklenici işi kendi yönetimi altında yaptırma borcunu gereği gibi yerine getirmediğinden iş sahibi zarara uğrarsa, yüklenici kusuru olmadığını ispatlamadıkça iş sahibinin zararını TBK. m. 112 uyarınca tazmin etmekle yükümlüdür¹²⁸.

(b) Asıl yüklenici işi alt yükleniciye devretme yetkisine dayanarak devretmiş olsa dahi, alt yükleniciyi seçmekte ve ona talimat vermekte kusurlu ise kusurundan dolayı iş sahibine karşı sorumlu olur. Asıl yüklenicinin alt yükleniciye nezaret etmemekten dolayı sorumluluğu yoktur¹²⁹. TBK. m.507/II¹³⁰ kıyasen uygulandığı takdirde, asıl yüklenici alt yükleniciyi iyi seçtiğini ve ona doğru talimat verdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir. Aksi halde asıl yüklenicinin TBK. m. 116 gereği sorumluluğu söz konusu olacaktır¹³¹.

¹²⁶ Yavuz, C, s. 514.

¹²⁷ Eren, Özel, s. 613.

¹²⁸ Uygur, s. 2150.

¹²⁹ Uygur, s. 2149.

¹³⁰ TBK. m. 507/ 2 “Vekil başkasına vekâlet vermeye yetkili ise, sadece seçmede ve talimat vermede gerekli özeni göstermekle yükümlüdür”.

¹³¹ Uygur, s. 2149.

(iii)Yüklenici, iş sahibinden aldığı yetkiye dayanarak işi alt yükleniciye yaptırmış olsa da iş sahibi ile alt yüklenici arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaz. Dolayısıyla iş sahibi, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşmede taraf olmadığından, iş sahibi ve alt yüklenici bu sözleşmeye dayanarak birbirlerinden talepte bulunamazlar¹³². Alt yüklenicilik sözleşmesinin bu özelliğinden şu iki önemli sonuç çıkarılabilir;

(a) İş sahibinin alt yükleniciye, eserin yapımı edimini yerine getirmesini isteme ve eser meydana getirilirken talimat verme hak ve yetkisi yoktur. Ancak şartlar gerçekleşirse alt yüklenicinin, iş sahibine karşı haksız fiil sorumluluğu TBK. m. 49 vd. söz konusu olabilir. Bu kuralın da iki istisnası vardır¹³³. Şöyle ki;

(a/1) Alt yüklenici, asıl yüklenici tarafından kendisine verilen işleri ayıpsız ve tam yapacağı konusunda iş sahibine karşı da yükümlülük altına girmiş olabilir. Böyle bir durumda alt yüklenici, yüklendiği işi hiç ya da gereği şekilde yerine getirmezse iş sahibine karşı da sözleşme gereği sorumlu olacaktır¹³⁴.

(a/2) Alt yüklenicilik sözleşmesinin tam üçüncü kişi (iş sahibi) yararına sözleşme niteliği taşıdığı durumlarda, alt yüklenici asıl iş sahibine karşı TBK. m. 129 gereği sorumlu olur¹³⁵. Bilindiği üzere üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, alacaklı ifanın kendisine değil de ilişkinin dışında bulunan üçüncü kişiye yapılması şart koşturmuştur. Bu durumda ifa, alacaklının gösterdiği üçüncü kişiye (yararına sözleşme yapılan) yapılır¹³⁶.

(a/3) Eser sözleşmesinde, vekâlet sözleşmesinde müvekkile alt vekile karşı doğrudan talep hakkı veren TBK. m.507/3 benzeri bir düzenleme yoktur. Ancak bu hüküm eser sözleşmelerine de kıyas yoluyla uygulanabilir. Böyle bir durumda asıl iş sahibi, asıl yükleniciye karşı ileri sürebileceği tüm hakları alt yükleniciye karşı da ileri sürebilir¹³⁷.

(b) Asıl iş sahibinin alt yükleniciye ücret ödeme yükümlülüğü olmadığını önceki başlığımızda incelemiştik. Ancak alt yüklenici, asıl iş sahibinin taşınmazı üzerinde bir yapı ya da bir eser meydana getirmiş ise, asıl yükleniciden olan ücret alacağı için, bahse

¹³² Uygur, s. 2148.

¹³³ Yavuz, C, s. 515.

¹³⁴ Yavuz, C, s. 515.

¹³⁵ Yavuz, C, s. 515.

¹³⁶ Kılıçoğlu, s. 581.

¹³⁷ Yavuz, C, s. 515.

konu taşınmaz üzerinde TMK' nın m. 893/ 3 ve m. 895 ve devamı olan hükümleri uyarınca kanunu bir ipotek hakkının tescilini isteyebilir¹³⁸.

2.1.1.1.2. Yüklenicinin Sözleşmeyi Bir Bütün Olarak Devir Yetkisi

Asıl yüklenici, iş sahibinden izin almak koşuluyla onun ad ve hesabına sözleşmeyi üçüncü bir kişiye devredebilir. Yüklenici burada iş sahibinin vekili veya temsilcisi gibi hareket etmektedir. İş sahibi adına yapılan bu sözleşmenin devrinin alt yüklenicilik sözleşmesiyle bir ilgisi yoktur. Yüklenici iş sahibinin izni olmadan sözleşmeyi devrederse, yetkisiz temsil (vekâletsiz iş görme) hükümleri gereğince sorumluluğu doğar¹³⁹. Yani temsil olunan (iş sahibi) yetkisiz temsile dayanan bu işlemle bağlı olmaz. İş sahibi yapılan bu işlemle bağlı olmadığı halde, üçüncü kişi (sözleşmeyi yükleniciden devralan) bununla bağlıdır. Ancak üçüncü kişi sebepsiz zenginleşme ya da haksız inşaat hükümlerine başvurabilir. İş sahibinin yapılan işlemle bağlı olmaması kuralı mutlak değildir, yasa böyle bir durumda dilerse temsil olunan kişiye (iş sahibine) bu işleme onam (icazet) verme olanağı tanımıştır¹⁴⁰.

2.1.2. Yüklenicinin Araç Ve Gereç Sağlama Borcu

Araç ve gereç, eserin meydana getirilmesi için bulunması ve kullanılması gerekli vasıtalar. Çalışma araçları olarak da ifade edilen araç ve gereçler; eser tamamlandıktan sonra eserden ayrılabilen, malzeme gibi eserin bünyesine dahil olamayan, mülkiyeti yükleniciye ait olduğu için eserin tesliminden sonra yüklenicinin alıp götürebileceği şeylerdir. İş makineleri, geçici köprü ve yollar, geçici enerji hatları, elektrik, su, mazot, şantiye binası bu kapsamdadır. TBK. m. 471/ IV' e göre "Aksine adet ve anlaşma olmadıkça, yüklenici eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır". Bu borç niteliği gereği bir yan edim yükümlülüğüdür. Bu borcu düzenleyen hüküm düzenleyici bir hüküm olduğu için taraflarca sözleşmeyle aksi kararlaştırılabilir¹⁴¹.

Sözleşmeyle aksi kararlaştırılmamışsa, yüklenici araç ve gereç için ayrıca özel herhangi bir karşılık isteyemez¹⁴². *Zevkliler/ Gökyayla'ya göre*¹⁴³; Çalışma araçlarını

¹³⁸ Yavuz, C, s. 516.

¹³⁹ Eren, Özel, s. 615.

¹⁴⁰ Kılıçoğlu, s. 247; Büyükay, s. 88.

¹⁴¹ Eren, Özel, s. 615; Zevkliler/ Gökyayla, s. 392; Karadaş, s. 128.

¹⁴² Uygur, s. 2153.

¹⁴³ Zevkliler/ Gökyayla, s. 392

sağlama yükümlülüğü yükleniciye ait ve yüklenici araçlara ilişkin masrafları karşılamakla yükümlü ise de masraflar iş sahibine yansıtılır. Bu görüş bizce doğru bir görüş değildir zira; iş sahibi, yüklenicinin daha sonraki işlerinde de sürekli kullanacağı araç/gereçlerin bedelini ödemekle yükümlü olmamalıdır. Ancak yüklenicinin kullandığı araç ve gereçler iş yapılırken yıprandığından amortisman bedelinin iş sahibine yansıtılması beklenebilir.

Taraflar sözleşmeyle araç ve gereç sağlama borcunun iş sahibine ait olacağını kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda yüklenici bunları özenle kullanmalıdır. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa araç gereç sağlama borcu yükleniciye ait olduğu için, yüklenicinin hem kararlaştırılan işte kullanılmaya elverişli hem de yeterli araç ve gereç sağlaması gerekir. Yüklenici yetersiz, elverişsiz ya da ayıplı araç gereç sağlamışsa iş sahibi TBK. m. 473/ II ye göre hareket edebilir¹⁴⁴.

Yüklenici sözleşmeyle üstlendiği edimini ifa ederken ne miktarda araç, gereç ve malzeme gerektiğini kendisi belirler. Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 20. ve BİGS' nin 25. maddesinde de taahhüdün yerine getirilebilmesi için kullanılması gereken araç ve gerecin kural olarak yüklenici tarafından temin edilmesi gerektiği düzenlenmiştir¹⁴⁵.

2.1.3. Yüklenicinin Malzeme Sağlama Borcu

Malzeme, araç ve gereçten farklı bir kavramdır. Eserin meydana getirilmesinde kullanılan ve esere dahil olan, eserden ayrılmayan maddelerdir. Tuğla, kum, cam, lavabo, tesisat, kumaş vb. malzeme olarak kabul edilmekteyken inşaatın üzerine inşa edileceği arsa ve planlar malzeme olarak kabul edilmemektedir. Eser sözleşmesinde eserin meydana getirilmesinde kullanılacak araç ve gerecin edim ifa edilirken hangi tarafça karşılanacağı yasada düzenlenmişken malzemenin kim tarafından sağlanacağına dair TBK. da düzenleme bulunmamaktadır¹⁴⁶. Taraflar malzemenin hangi tarafça karşılanacağını sözleşmeyle kendileri kararlaştırabilirler.

Malzemenin sağlanması yönünden eser sözleşmesi, olağan eser sözleşmesi ve eser teslim sözleşmesi olmak üzere ikiye ayrılır. Malzeme iş sahibi tarafından sağlanıyorsa olağan eser sözleşmesinden bahsedilir ve eser yüklenici tarafından meydana getirilir. Eser teslim sözleşmesinde ise malzemeyi sağlayan yüklenici aynı zamanda eseri de meydana getirir. Yasa koyucu, malzeme sağlama borcu yönünden her

¹⁴⁴ Eren, Özel, s. 616; Aral/ Ayrancı, s. 377.

¹⁴⁵ Zevkliler/ Gökyayla, s. 391- 392.

¹⁴⁶ Zevkliler/ Gökyayla, s. 392.

iki sözleşmeye de aynı hükümleri uygulamaktadır. TBK. m. 472/I ve 471/IV’ ten malzeme sağlama yükümlülüğünün kural olarak iş sahibine ait olduğu anlaşılmaktadır. Bu konuda şüphe olduğu takdirde, malzeme sağlama borcunun iş sahibine ait olduğu kabul edilmelidir¹⁴⁷.

Tandoğan’a göre¹⁴⁸; TBK. m. 472/ I’e karşılık gelen “BK. m. 657/ I’in “Müteahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta satıcı gibi mükelleftir” biçimindeki ifadesi, malzemenin iş sahibi tarafından verilmesine ilişkin ikinci fıkradan önce yer alması, kural olarak malzemeyi müteahhidin getireceği yorumuna daha elverişlidir. Bayındırlık işlerinde de BİGŞ.’ nin malzeme ocaklarına ilişkin 6. Ve 29. maddeleriyle “müteahhide ait giderler” kenar başlığını taşıyan 25. maddesinden malzemenin kural olarak müteahhit tarafından sağlanacağı, dolaylı olarak da olsa anlaşılmaktadır”.

Bühler’e göre¹⁴⁹; Malzemelerin iş sahibi tarafından sağlanacağına ilişkin bir karine bulunmamaktadır.

Tercier’e göre¹⁵⁰; Uygulamada aksi çözüm kabul edilmekteyse de sistemden kural olarak malzemeyi iş sahibinin temin edeceği sonucu çıkmaktadır. Şüphe halinde konuyu sözleşmede tespit etmek taraflara ait olacaktır.

Biz de Tandoğan ve Bühler gibi malzemenin yüklenici tarafından sağlanması gerektiği kanaatindeyiz, zira iş sahibi meydana getirilecek eser için en iyi malzemenin hangisi olacağı konusunda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmayabilir ancak yüklenici işin ehli olduğu için, en iyi malzemenin hangisi olduğu konusunda en doğru tercihi yapacak ve eser sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilmiş olacaktır.

2.1.3.1. Malzemenin Yüklenici Tarafından Sağlanması

Sözleşmede malzemeyi sağlama borcunu yüklenici üstlenmişse, ortada eser teslim sözleşmesi vardır. Eser teslim sözleşmesi de niteliği itibarıyla bir eser sözleşmesidir. Yüklenici malzeme sağlama edimini yerine getirirken, iyi cinsten yani ayıpsız meydana getirilecek esere uygun olarak sağlamak zorundadır. Ayıpsız malzeme, sözleşmede belirtilen ya da dürüstlük kuralına göre bulunması gereken nitelikleri sahip malzemedir. Malzeme istenilen kaliteye sahip, eserin tür itibarıyla sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirilmesine elverişli ise iyi cins malzemedir. Taraflar arasında

¹⁴⁷ Eren, Özel, s. 617; Aral/ Ayrancı, s.377.

¹⁴⁸ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s. 105; Aral/ Ayrancı, s. 378.

¹⁴⁹ Aral/ Ayrancı, s. 378, dipnot 44 de adı geçen eser

¹⁵⁰ Aral/ Ayrancı, s. 378, dipnot 45 de adı geçen eser

malzemenin kalitesiyle ilgili bir uyuşmazlık çıkması halinde, ihtilaf dürüstlük kuralına göre çözümlenir¹⁵¹.

Yüklenici sağladığı malzemenin ayıplı olması halinde sorumlu olduğu gibi, üçüncü bir kişinin malzemeler üzerinde üstün hak iddia etmesi halinde zapttan da sorumludur. TBK. m. 472/I de “Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa, yüklenici bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı satıcı gibi sorumludur” hükmü ile yüklenicinin malzeme sağladığı hallerde, satış sözleşmesinin zapttan sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir. Ayıptan sorumluluk halinde, satış sözleşmesine değil eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Zapttan sorumlulukta ise satış sözleşmesine ilişkin TBK. m.214- 218 maddelerinde düzenlenen hükümler uygulanır¹⁵².

Yüklenici her ne kadar malzemenin ayıplı olmasından sorumlu ise de malzemenin veya aletin bozukluğundan dolayı meydana gelen zarardan ancak malzemeyi seçmede kusurlu davranmış ise sorumludur. Yoksa kendisinin malzemeyi imal borcu olmadığı gibi, malzemeyi aldığı fabrika da kendisinin yardımcısı olmadığı için sorumluluğu söz konusu değildir¹⁵³.

Yüklenici iş sahibinin istediği malzemeyi kullanmışsa, kullandığı parça ayıplı değilse ve sözleşmeyle belirlenen bütün nitelikleri taşıyorsa sorumluluğu yoktur. Eğer iş sahibi belli bir malzemenin kullanılmasını istemiş (bozuk olmadığı halde) fakat bu malzeme eserin meydana getirilmesi için elverişli değilse, yüklenici iş sahibini özen borcu gereği uyarmalıdır. Ancak, iş sahibi malzemenin kullanılmasında ısrar etmiş ise yüklenici meydana gelecek zarardan sorumlu olmayacaktır¹⁵⁴.

2.1.3.2. Malzemenin İş Sahibi Tarafından Sağlanması

Eser sözleşmesinde aksine bir düzenleme yoksa, malzeme kural olarak iş sahibi tarafından sağlanır. İş sahibi malzemeyi kendisi temin ederek yükleniciye teslim edebileceği gibi, iş sahibinin temsilcisi sıfatıyla yüklenici de üçüncü şahıslardan temin edebilir. İş sahibi tarafından satın alınan malzeme, satıcı tarafından yükleniciye teslim edilerek malzemenin temin edilmesi sağlanabilir. İş sahibi tarafından temin edilen malzemeyi yüklenici özenle kullanmak, korumak, artanı iade etmek, ayıplı olanları

¹⁵¹ Eren, Özel, s. 617; Aral/ Ayrancı, s. 379.

¹⁵² Eren, Özel, s. 619; Aral/ Ayrancı, s. 379.

¹⁵³ Tunçomağ, s. 996;

¹⁵⁴ Tunçomağ, s. 996.

derhal iş sahibine bildirmek ve iş sahibine hesap vermekle yükümlüdür. Yüklenici, malzemenin muhafazası için gerekli önlemleri almalıdır. Örneğin parkelerin yağmurdan ıslanmasını engelleyici önlemler almasında olduğu gibi. Malzemenin yüklenici tarafından sağlanacağı kararlaştırılmışsa, taşıma giderleri de yüklenici tarafından karşılanmalıdır¹⁵⁵.

Malzemenin sigorta edilmesi gerekiyorsa, sigorta ettirme yükümlülüğü kural olarak iş sahibine aittir. Ancak taraflar sözleşmeyle aksini kararlaştırarak yükleniciye bu borcu yükleyebilirler. Sigorta ettirme yükümlülüğü iş sahibine yüklenmiş ve malzeme özel bir tehlikeye maruz kalırsa, yüklenici iş sahibine bu durumu derhal bildirmelidir. Acil hallerde yüklenicinin masrafı iş sahibinden daha sonra alınmak üzere, onun adına malzemeyi sigorta ettirmesi gerekir¹⁵⁶.

2.1.4. Yüklenicinin İhbar (Bildirim) Yükümlülüğü

Yüklenici özen ve sadakat borcu gereği, eseri iş sahibinin menfaatine olacak şekilde ve esere zarar vermeden meydana getirmekle yükümlüdür. Yüklenicinin genel ihbar borcu, bir anlamda sadakat ve özen borcunun gereğidir. Sözleşmenin gereği gibi ve vaktinde ifasını tehlikeye sokan her hali yüklenicinin iş sahibine derhal bildirme (ihbar) yükümlülüğü vardır. Örneğin, yüklenici yalnızca işin devamı sırasında malzemedeki ayıpları veya arsa üzerine inşaat yapmakta ise arsanın ortaya çıkan elverişsizliğini değil, iş sahibinin verdiği malzemeyi kullanmakta ise bu malzeme üzerindeki alacaklıların istihkak iddiasını veya eser yaklaşık maliyeti çok aşacak bir fiyata meydana gelecekse (TBK m. 482) bu durumu da iş sahibine bildirmelidir¹⁵⁷.

Yüklenicinin ihbar yükümlülüğü TBK. m. 472/ son “Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu duruma hemen iş sahibine bildirmek zorundadır bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur” hükmü ile düzenlenmiştir.

Yüklenici ihbar yükümlülüğünü yerine getirmezse, doğacak zarardan bilhassa gecikmeden kaynaklanan zarardan TBK. 112 ve 472/III maddeleri gereğince sorumlu olur. Yüklenici hemen ihbarda bulunursa; iş sahibi yüklenicinin zararını tazmin ederek

¹⁵⁵ Zevkliler/ Gökyayla, s. 394.

¹⁵⁶ Eren, s. 619.

¹⁵⁷ Karadaş, s. 164; Zevkliler/ Gökyayla, s. 395.

sözleşmeyi feshedebileceği gibi (TBK. m. 484), sözleşmeye devam edilmesinde ısrar da edebilir. Sözleşmenin devamında ısrar edilmesi halinde yapılan şey telef olursa TBK. m. 483/III uygulanır. Yüklenici yaptığı işin bedelini ve diğer masraflarını iş sahibinin kusurlu olması koşuluyla, zararın tazminini talep edebilir. İş sahibinin ısrarı hasarı ona geçirir. Yüklenicinin gerekli uyarı görevini yerine getirmemesi birlikte kusur oluşturur¹⁵⁸.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarda ihbar yükümlülüğünü yerine getirmeyen yüklenicinin sorumlu olacağını kabul etmiştir¹⁵⁹.

İhbar; yüklenici ya da temsilcisi tarafından, iş sahibinin kendisine ya da temsilcisine, yazılı ya da sözlü olarak yapılmalıdır. Yüklenici ihbardan sonra iş sahibinin işe devam edilip edilmeyeceği hususundaki kararını beklemek zorundadır. İş sahibi ayıp ya da zararı yükleniciden değil de başka bir şekilde öğrenmişse, yüklenici böyle bir durumda istisnai olarak ihbar yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmaz¹⁶⁰.

2.1.5. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Ve Yürütme Borcu

Yüklenicinin, işe zamanında başlama ve işi sürdürme borcu, eseri sadakat ve özenle meydana getirme borcunun sonucudur (TBK m. 473/ I). Eserin meydana getirilmesi, işin kapsamına göre uzun ya da kısa bir zaman alabilir. İşe ne zaman başlanacağını, tamamlanan eserin ne zaman teslim edileceğini taraflar belirler¹⁶¹.

Taraflar bazı hallerde, sözleşmeyle işe başlama zamanını kesin olarak belirlememiş olabilirler. Örneğin, inşaatın yapım süresi işe başlanmasından itibaren 30 aydır gibi bir teslim süresi belirlemişler fakat yüklenicinin işe başlama tarihini

¹⁵⁸ Uygur, s. 2158.

¹⁵⁹ Yarg. 15. H.D., 12/07/2004, E. 2003/ 6666, 2004/3894 K sayılı karar “Bir meslek adamı olan yüklenici, mesleki bilgisi itibariyle yapımını yüklediği işin uzmanı sayıldığından, işi inşaat tekniğine, sözleşme koşullarına ve kendisine duyulan güvene uygun olarak yapmak zorundadır. Aksi halde yüklenici, "özen" borcunu yerine getirmemiş olur (BK m.356). Mahkemece, uyuşmazlığın çözümü, özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiği halde, bu yönde bir inceleme yapılmadan, yüklenicinin yanlar arasındaki sözleşme koşullarına uygun şekilde yüklediği edimini ifa ettiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa, yapılan su basmanın "yakın gönyeden kayması" sebebiyle BK m.360 gereğince kabul edilemeyecek derecede ayıplı yapılmış olması sonucu yıkıldığı ileri sürülmektedir.

BK m.357/son gereğince, eser imal edilirken, iş sahibinin verdiği malzemelerin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır veya işin noktası noktasına düzenli olarak meydana getirilmesini tehlikeye koyacak başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek, eğer bildirmez ise, bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Yüklenici, sadakat borcundan kaynaklanan ihbar yükümlülüğünü yerine getirmişse sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca, yüklenicinin belirtilen ihbar yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği, işin ayıplı olup olmadığı ve ayıplı ise derecesi yanlar arasındaki sözleşme hükümleri de değerlendirilerek saptanmalıdır”.www.sinerji.com. (e. t. 26. 12. 2017)

¹⁶⁰ Eren, Özel, s. 620; Tunçomağ, s. 1002.

¹⁶¹ Karadaş, s. 155

belirtmemişlerse, bu hüküm yükleniciye işe başlamak üzere dilediğinde süre tanındığı anlamına gelmez. Böyle bir hükmü objektif (makul) bir süre olarak yorumlamak gerekir. Yarg. 15. HD. 11. 11. 2002 T., 3551/ 5068 K sayılı kararı “*Davacı ile davalı arsa sahibi Ş arasında 1. 12. 1995 tarihinde düzenleme biçimde yapılan taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre 7910 Ada 4 parselde yapılacak bina 9 katlı olacaktır. 4. 11. 1997’ ye değin işe başlanılmamış arsa bu tarihte Ş tarafından diğer davalı O’ya satılmıştır. O. ile dava dışı kimse arasında yapılan sözleşme uyarınca inşaat başlanılmıştır. Bu hususlar çekişme konusu değildir. Mevcut inşaatın ruhsatına göre yapılacak bina, bir bodrum ile 3 kat olacaktır. Bu haliyle sözleşmede öngörülen 9 katın imar bakımından yapılması olanaklı değildir. Öte yandan arsanın satıldığı tarihe değin geçen yaklaşık 2 yıllık süre içerisinde davacının hangi girişimde bulunduğu neden sonuç alınamadığı, niçin inşaat başlanamadığı anlaşılamamıştır.*

İnşaatın süresi “işe başlanılmasından itibaren 30 ay ise de bu husus davacının işe başlamak için dilediği kadar süresi olduğu anlamında yorumlanamaz. O halde davacı geçen süre içerisinde işe başlamamasını makul nedene dayandırmazsa, 9 katlı bina yapılmasının olanaklı bulunduğunu ispatlayamazsa kendisine bir mehil tanınmasına gerek kalmaksızın (BK m. 106, 107) davalı Ş’nin arsa mülkiyetini diğer davalıya devretmek suretiyle örtülü biçimde sözleşmeden vazgeçmiş olması da haklı olduğunun kabulü gerekir”¹⁶².

Eserin teslim hazırlanır hale getirilmesi için geçen süreye de “ifa süresi- teslim süresi” denilmektedir. Yüklenici ifa süresinde iş görmeyi değil eseri meydana getirip teslim etmeyi taahhüt etmektedir. Dolayısıyla temerrüt bu sürenin dolmasıyla gerçekleşmiş olur. Ancak TBK m. 473/ 12’ deki koşullar gerçekleşmişse, iş sahibi teslim süresi dolmadan sözleşmeden dönebilir. Madde hükmü emredici nitelikte olmadığından, sözleşme özgürlüğü prensibi gereği taraflar aksini kararlaştırabilirler¹⁶³.

¹⁶² Karadaş, s. 155.

¹⁶³ Karadaş, s. 155; Büyükay, s. 89; TBK m. 473: “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 ihtarla bulunabilir”.

2.1.5.1. İşe Başlama Ve Teslim Süresi Belli Olan İşlerde

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin işe başlama ve teslim süresi taraflarca kararlaştırılmışsa, TBK m. 473 hükmü uygulanacaktır. TBK m. 473/ I' e göre, yüklenici eseri taraflarca kararlaştırılan zamanda teslim etmek için, işe zamanında başlamak ve devam etmek zorundadır. Yüklenici işe zamanında başlamaz veya işi geciktirirse ya da iş sahibinin kusuru olmadığı halde herhangi bir sebeple işi sözleşmede kararlaştırılan sürede teslim edemeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim gününü beklemeksizin TBK m. 125 gereği sözleşmeden dönebilir. Böyle bir durumda iş sahibi isterse yükleniciye ek süre verebilir. İş sahibinin yükleniciye ek süre vermesi fayda sağlamayacaksa, iş sahibi TBK m. 473/ II' e göre sözleşmeden dönerek isterse TBK m. 125'deki iki yoldan birine bilhassa ifadan vazgeçip olumlu zararının giderilmesini isteyebilir. Ancak işin mahiyetinden yüklenicinin hemen işe başlamasının mümkün olmayacağı anlaşılıyorsa, iş sahibi borcun ifasını talep edemeyecektir. Örneğin inşaat yapım işinde iş sahibi tarafından verilecek projeler henüz hazır değilse, yüklenici tarafından monte edilmesi gerekli bir makine için tabanın yapılmasında iş sahibi gecikmiş ise, yükleniciden işe başlaması istenemez. Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarına göre iş sahibinin sözleşmeden dönmesi, sözleşmeyi hiç yapılmamış gibi ortadan kaldırmaz. Dönme beyanı yükleniciye ulaştığında sözleşmenin içeriği değişerek taraflar arasındaki ilişki devam eder. Taraflar daha önce verdiklerini sebepsiz zenginleşme değil sözleşmeye dayanarak geri alabilirler. İş sahibi sözleşmeden dönme nedeniyle yükleniciden olumlu zararının tazminini talep ettiğinde, yüklenici kusursuz olduğunu¹⁶⁴ kanıtlayarak tazminat ödemekten kurtulabilir (TBK. 125/III)¹⁶⁵.

TBK. m. 473/II' e göre “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”. Yasadan da anlaşılacağı üzere, yüklenici, başladığı işi yarıda bırakır ya da kusurlu davranışları nedeniyle, ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirirse, iş sahibi bu duruma müdahale ederek, yükleniciye ihtar gönderir.

¹⁶⁴ Yarg. 15. H.D. 29. 01. 2008, E. 2007/ 7750, K. 2008/ 507 “ *Ruhsat alma mükellefiyeti kendisine ait olan yüklenicinin, iradesi dışında inşaat ruhsatının geç alınmasının bürokratik engellerden kaynaklanması durumunda gecikme varsa, taraflara kusur izafe edilemeyeceğinden, bu gecikmeden kusursuz olan yüklenicinin sorumlu tutulması mümkün değildir*”. [www.sinerji \(e. t. 27. 12. 2017\)](http://www.sinerji(e.t.27.12.2017))

¹⁶⁵ Becker, s. 608.; Aydoğdu/ Kahveci, s. 770-771; Karadaş, s. 158.

İhtarda yükleniciye uygun bir süre vererek, ayıbın ya da aykırılığın giderilmesini, aksi halde, hasar ve masrafı kendisine ait olmak üzere, onarım veya işin üçüncü bir kişiye gördürüleceğini bildirir. İş sahibi bu ihtar mahkeme kanalıyla yapabileceği gibi noter kanalıyla da yapabilir. Genellikle büyük çaplı işlerde mahkeme kanalıyla ihtar yolu tercih edilir. Zira bu yolun tercih edilmesi, taraflar arasında ihtilaf çıkması halinde, yapılan ihtarın haklı bir ihtar olup olmadığı ve işin üçüncü bir kişiye yaptırılması halinde, kimin tazmin sorumluluğu olduğunun tespiti açısından mahkemenin işini kolaylaştıracaktır¹⁶⁶.

2.1.5.2. İşe Başlama Ve Teslim Süresi Belli Olmayan İşlerde

İşe başlama ve teslim süresi belli olmayan eser sözleşmelerinde, TBK m. 473 hükmü kıyasen uygulanır. Taraflar eserin teslimi için belli ya da belirlenebilir bir süre kararlaştırmamışlar ve sözleşmeden de aksi anlaşılmıyorsa, TBK m.90 gereği “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur”.

Üçer’in deyimiyle¹⁶⁷: “Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde borcun hemen ifa ve derhal icrası talep edilebilir. Bu Kural Roma hukukundan gelen bir ilkeye dayanır "*quod sine diede betur, statim debetur* " yani süresiz borçlanılan şey, derhal itfa edilmek üzere borçlanılmıştır. Eğer sözleşmede taraflar belli bir vade kararlaştırılmamışlarsa, o takdirde borcun derhal ifası şarttır. Fakat derhal ifa ile kastedilen, daha ziyade makul bir süre içinde ifa edilmedir. Buna göre bir taşınmaz satımı veya bir köle satımı konusunda bir sözleşme yapılmışsa, alacaklı sözleşmenin ifası için yeterli bir süre tanımaksızın ifayı talep edemez. (Ins. 3. 19. 27) Makul bir süre somut olayın koşullarına göre değişir”.

TBK m. 90’ dan anlaşılacağı üzere, sözleşme yapılır yapılmaz işe hemen başlanmalıdır. Aksi takdirde iş sahibi, TBK m. 125’teki seçimlik haklarından yararlanabilecektir. Yüklenici işi benzer işlerdeki hız ve rutinde yürütmüyorsa, iş sahibi TBK m. 125’deki seçimlik haklarından faydalanabilecektir. Yüklenicinin çalışma temposu ölçülürken, işin niteliğinin yanında yüklenicinin mesleki beceri ve yetenekleri de göz önünde bulundurulmalıdır¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Aydoğdu/ Kahveci, s. 771.

¹⁶⁷ Üçer, Mehmet, **Roma Hukukunda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, 2007, s.59.

¹⁶⁸ Yavuz, Cevdet, s. 518.

Taraflar işe başlama süresini kararlaştırmış ancak eserin teslimi için bir süre kararlaştırmamışlarsa, işin mahiyetine göre kural olarak iş sahibi yükleniciye makul bir süre vermelidir. Yüklenici bu süre içinde eseri tamamlamazsa, iş sahibi fesih hakkını bundan sonra kullanabilir¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Büyükay, s. 93; **YHGK.**, E. 2012/13-164, K. 2012/219, 21. 03. 2012 tarihli kararı “Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmakta olup; eserin geç teslimi nedeniyle mahrum kalan kira bedelinin tazmini istemine ilişkindir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; davalılar TOKİ ile Gölcük Belediye Başkanlığı arasında yapılan 31.05.2006 tarihli protokoldeki onaltı aylık teslim süresinin, davalı belediyeyi davacıya karşı bağlayıp bağlamayacağı; davacının, davalı belediyeden geç teslimden kaynaklanan mahrum kaldığı kira bedellerini isteyip isteyemeyeceği noktalarında toplanmaktadır.....Taraflar arasında düzenlenen sözleşme içeriğinde yüklenicinin işe başlama ve bağımsız bölümleri davacıya teslim etme sürelerine ilişkin herhangi bir şart kararlaştırılmamıştır. Başka bir anlatımla, sözleşmede eserin teslim süresi kararlaştırılmamış, teslim süresini belirleme yetkisi davalıya tanınmıştır. Ancak; davalı, bu yetkisini kullanırken, objektif iyiniyet kurallarına uygun davranmalı ve haklı nedenlere dayalı gecikmeler hariç, eserin niteliğinin ve büyüklüğünün gerektirdiği imalat süresi içinde eseri tamamlamalıdır.

Bir hakkın kullanılmasının açıkça adaletsizlik oluşturduğu ve gerçek hakkın tanınması ve bireyin korunması için tüm hukukî yolların kapalı bulunduğu zorunluluk hallerinde, Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi uygulama alanı bulur ve hakime olağanüstü bir imkân sağlar; haksızlığı düzeltici, yasa ve sözleşmedeki kuralları tamamlayıcı işlevini yerine getirir. O halde, sözleşme konusu iş, eserin teslimi gereken uygun sürenin belirlenmesi, eser bu süreden önce tamamlanmış olarak teslim olunmuş ise o teslim tarihinin saptanması zorunludur.

Taraflarca eserin teslim süresinin belirlenmediği durumda, davalı-yükleniciye eserin teslimi için sınırsız bir sürenin tanınmış olduğu gibi bir anlam ortaya çıkar ki bunu da gerek sözleşme hukukunun ana ilkeleri ile ve gerekse de TMK' nun 2. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile bağdaştırmak mümkün değildir.

Ancak yukarıda da etraflıca açıklandığı üzere, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü için alacağın muaccel olmasının yanında, borcun aynen ifası için alacaklı tarafından borçluya uygun bir mehil (BK. m.106/1) verilmelidir. Bu süre sonunda borçlu edimini yerine getirmez ise alacaklı BK' nun 106/2. maddesindeki seçimlik haklarından birisini kullanabilir.

Ne var ki, BK' nun 107.maddesinde ise, alacaklı tarafından borçluya süre verilmeden de BK' nun 106/2.maddesindeki seçimlik haklardan birisinin kullanılabileceği durumlar sayılmıştır.

Alacaklı tarafından borçluya “süre verilmesi etkisiz olacak” ise borçluya aynen ifa için herhangi bir süre verilmeden de alacaklı tarafından seçimlik haklar kullanılabilmektedir.

Somut olayda da, davalı-yüklenici Gölcük Belediye Başkanlığı, davacı ile düzenlediği 03.07.2006 tarihli “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” nden önceki bir tarih olan 31.05.2006 tarihinde TOKİ ile inşaat yapım işi konusunda anlaşmış, aralarındaki bu sözleşme gereğince de inşaatın yapım işini TOKİ'ye bırakmıştır. Aradan üç yıldan fazla bir süre geçmiş, bu sürede yüklenici/Gölcük Belediye Başkanlığı tarafından bağımsız bölümler davacıya teslim edilmeyince, davacı defalarca gerek yüklenici olan Gölcük Belediyesi'ne ve gerekse de Belediyenin akidi olan TOKİ'ye defalarca başvurmuş; ancak, bağımsız bölümlerin teslimi konusunda herhangi bir sonuç elde edememiştir.

Davacı her iki davalıya gönderdiği 14.12.2009, 08.03.2010 ve 10.03.2010 tarihli yazılar ile de bağımsız bölümlerinin teslim edilmesini istemiş ancak davalılar tarafından verilen cevabi yazılarda, bağımsız bölümlerin teslimi konusundaki sorumluluk, davalılar tarafından birbirlerinin üzerine atılmış ve bağımsız bölümler davacıya teslim edilmemiştir. Hal böyle olunca, artık davacının, davalı yükleniciye süre vermesinin aynen ifa için etkisiz olacağı(BK.m.107/1) her türlü duraksamadan uzaktır.

Davacı ise davalı-yüklenici-borçlunun temerrüdünden dolayı seçimlik haklarından “aynen ifa ve gecikmeden dolayı tazminat” isteme hakkını kullanmış ve bağımsız bölümlerin tesliminin gerektiği tarihten itibaren her ay için rayiç kira bedeli kadar tazminat talebinde bulunmuştur. Bu durumda mahkemece yapılacak iş konusunda uzman bilirkişiler ile mahallinde keşif yapılarak, yüklenici tarafından derhal işe başlanılmış olmak suretiyle mücbir ve haklı sebepler hariç tutularak- davaya konu bağımsız bölümlerin inşaat ruhsatının ne kadar sürede alınabileceğinin, bundan sonra da ne kadar sürede (makul süre) inşaatın

Tamamlanarak deprem vs gibi mücbir ve haklı sebepler de gözetilmek suretiyle iskan ruhsatının alınabileceğinin, emsal inşaatlar da dikkate alınıp tespit edilerek, bu konuda ayrıntılı, açıklayıcı ve

2.1.6. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğu

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin meydana getirdiği eserdeki ayıptan sorumluluğu, TBK m. 474- 478 arasında düzenlenmiştir. Yüklenicinin ayıpsız bir eser meydana getirerek iş sahibine teslim borcu vardır¹⁷⁰. Satış sözleşmelerinde olduğu gibi, eser sözleşmesinde de yüklenici, meydana getirdiği eserdeki ayıplardan sorumludur. Benzerlik gösteren satış sözleşmesinin ayıptan sorumlulukla ilgili hükümleri, eser sözleşmesinin ayıptan sorumlulukla ilgili hükümlerini de etkilemiştir. Ancak satış sözleşmesinin hükümleri, kıyas yoluyla da olsa eser sözleşmesine uygulanamaz¹⁷¹.

İş sahibi yükleniciden sözleşmede kararlaştırılan, nitelik ve kullanım amacına uygun, ayıpsız bir eser meydana getirip teslim edilmesini isteme hakkına sahiptir. Yüklenici bu borcundan ancak edimini borçlandığı eserle aynı niteliğe sahip bir eser teslim etmekle kurtulabilir. Yüklenicinin meydana getirip teslim ettiği eser, sözleşmeyle taahhüt edilen niteliklere sahip değilse ya da iş sahibinin yararına olmadığı açıkça ortada ise ayıplı olduğunu kabul etmek gerekir¹⁷².

Eserin ayıplı olup olmadığı tespit edilirken öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine bakılır. Taraflar arasındaki sözleşme hükümleri yeterince açık değilse, kanun ve dürüstlük kuralına göre eserin ayıplı olup olmadığı tespit edilir.

Yüklenicinin eseri ayıpsız olarak teslim borcuna aykırı davranması halinde, iş sahibinin eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerini düzenleyen TBK m. 475 ile birlikte genel borca aykırılık hallerinin düzenleyen TBK m.112 hükümlerine dayanıp dayanmayacağı doktrinde uzun tartışmalara sebep olmuştur. Bizim de katıldığımız yazarın görüşüne göre; iş sahibi serbest bırakılarak dilerse özel hükümlere, dilerse de genel hükümlere dayanabilmelidir. İş sahibinin özellikle eseri muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği hallerde bu serbestlik önemlidir. Böyle bir durumda iş sahibi TBK. m. 112 ye göre hareket edebilir¹⁷³.

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin meydana getirdiği eserdeki ayıptan dolayı sorumlu olabilmesi için bazı şartların bulunması gerekir: Eser tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olmalıdır, eser ayıplı olmalıdır, ayıp iş sahibinden kaynaklanmamalıdır, iş sahibi muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş olmalıdır, eser teslim edilmiş

denetime elverişli bir rapor alınması, davacının talebinin, taleple bağılılık ilkesi de gözetilerek değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesinden ibarettir”.

<https://kararara.com> (e. t. 29.12.2017)

¹⁷⁰ Eren, s. 634; Büyükkay, s. 97

¹⁷¹ Eren, s. 634

¹⁷² Büyükkay, s. 97.

¹⁷³ Büyükkay, s. 100.

haliyle kabul edilmemiş olmalıdır. Aşağıda inceleyeceğimiz bu şartlardan herhangi biri oluşmadığı takdirde yüklenicinin sorumluluğundan bahsetmek mümkün değildir.

2.1.6.1. Eser Tamamlanarak İş Sahibine Teslim Edilmiş Olmalıdır

Yüklenicinin, ayıptan sorumlu tutulabilmesi için, eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olması gerekir. İş sahibinin eseri inceleyip ayıpları tespit etmesi ve yükleniciye bildirebilmesi için tabii olarak eseri tam olarak teslim almış olması gerekir. Aksi takdirde TBK m. 474 vd. hükümlerine göre, ayıp nedeniyle yükleniciye başvurma imkanından söz edilemez¹⁷⁴.

Eseri teslim etme ve teslim alma, eser ancak tamamlanmış ise mümkündür. Tamamlanmamış ya da kısmen tamamlanmış bir şeyi yüklenici teslim edemeyeceği gibi iş sahibi de teslim alıp kabul etmek zorunda değildir. Teslim, taraflar arasında kararlaştırılan sözleşmeye uygun olarak bir eserin yüklenici tarafından meydana getirilip iş sahibine maddi bir cisim olarak sunulup onun hakimiyetine sokulmasıdır. Teslim bir tablo yapma ediminde olduğu gibi, sözleşme konusu eşyanın iş sahibinin hakimiyet alanına terk edilmesinde olduğu gibi, zilyetliğin geçmesi şeklinde olabileceği gibi, taşınmaz yapım ediminde olduğu gibi, tapuda tescil işlemi şeklinde de olabilir¹⁷⁵.

Yüklenicinin eseri teslim kavramı, iş sahibinin eseri kabul kavramının karşılığıdır. Yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için, eserin kesin kabulü şarttır, geçici kabul durumunda eserin teslim edildiğinden bahisle ayıp nedeniyle sorumluluk yollarına başvurulamaz¹⁷⁶.

Her iki tarafın yararına olan eser sözleşmelerinde, iş sahibi yönünden tamamlanmış eseri kabul etmek bir hak olduğu gibi aynı zaman da bir borçtur. Eğer eser henüz yapılmadan iş sahibi eseri kabul etmeyeceğini bildirirse, borcun konusu yapma borcu olduğu için yüklenici sözleşmeden dönebilecektir¹⁷⁷.

İş sahibinin yüklenicinin eseri teslimine rağmen eseri teslim almaktan kaçınması halinde, alacaklının temerrüdü hükümleri uygulanarak alacaklı temerrüde düşürülmüş olur. Böyle bir durumda eserin bir yere bırakılması (tevdii) mümkünse, yüklenici tarafından bir yere tevdi edilir¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Büyükay, s. 101; Aral/ Ayrancı, s.400; Tandoğan Özel II, s. 160.

¹⁷⁵ Eren, Özel, s. 622,

¹⁷⁶ Büyükay, s. 101;

¹⁷⁷ Üçer, Alacaklının Temerrüdü, s. 29.

¹⁷⁸ Eren, Özel, s. 622.

Teslimden sonra eserdeki yarar ve hasar iş sahibine geçer. İş sahibinin eseri muayene ve ayıp varsa bildirme yükümlülüğü de bundan sonra başlar. Eserin teslim yeri taraflarca sözleşmede kararlaştırılabileceği gibi, eğer sözleşmede teslim yeri kararlaştırılmamışsa TBK. m. 89 hükmü gereği; taşınır bir eserin teslimi söz konusu ise aranacak borçtan bahsedilir, bir taşınmazın teslimi söz konusu ise teslim ifa yerinde, yani taşınmazın bulunduğu yerde gerçekleşir¹⁷⁹.

2.1.6.2. Eser Ayıplı Olmalıdır

Eserin ayıplı olması, yüklenicinin meydana getirip teslim ettiği eserin taraflar arasındaki sözleşmede belirtilen niteliklere ya da dürüstlük kuralı gereği taşıması gerekli niteliklere sahip olmamasıdır. Eş deyişle olması gereken nitelik ile mevcut nitelik arasındaki farktır¹⁸⁰.

Ayıp, yükleniciden kaynaklandığı gibi yüklenicinin yardımcısından da kaynaklanabilir. Kimin ayıba sebep olduğunun bir önemi yoktur, zira her iki halde de yüklenicinin sorumluluğu söz konusudur¹⁸¹.

Sözleşmede meydana getirilecek eserin bütün nitelikleri, özellikleri belirlenmemiş ise yüklenici, MK m. 2 gereğince, o şeyin kullanılacağı yeri göz önünde bulundurarak eseri meydana getirmelidir. Çünkü dürüstlük kuralı, sözleşmelerin yorumlanmasında da uygulanır. Yüklenici dürüstlük kuralına uymayarak nasıl olsa sözleşmede belirtilmemiş, istediğim kalite ve özellikte malzeme kullanayım mantığıyla hareket ederse, iş sahibi ayıp hükümlerine dayanabilir. Örneğin eski bir anıtta kullanılmak üzere çini sipariş edilmiş, fakat kullanılacak çinin kalitesiyle ilgili sözleşmede herhangi bir hüküm belirtilmemişse, yüklenici çinin kullanılma amacını da göz önünde bulundurarak dayanıklı nitelikte çini kullanmak zorundadır. Yüklenici böyle durumlarda TBK m. 86 gereği sözleşmede en azından orta kalitede bir eser teslim etmelidir¹⁸².

2.1.6.3. Ayıp İş Sahibine Yüklenmemelidir

Yüklenicinin eserdeki ayıptan sorumlu olabilmesi için, ayıbın iş sahibinden kaynaklanmaması gerekir. TBK. m. 476, “Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça

¹⁷⁹ Eren, Özel, s. 622.

¹⁸⁰ Aydoğdu/ Kahveci, s. 774; Tandoğan, Özel II, s. 161; Aral/ Ayrancı, s. 400.

¹⁸¹ Eren, 634.

¹⁸² Tunçomağ, s. 1016; Büyükay, s. 102,

yaptığı ihtar karşın iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz” hükmünü ihtiva etmektedir¹⁸³.

Yasadan açıkça anlaşılacağı üzere, eserdeki ayıp iş sahibinin bir kusurundan dolayı ortaya çıkmışsa, kusurun ağırlığına göre iş sahibinin ayıptan kaynaklanan hakları tamamen veya kısmen kaldırılabilir. Böyle bir durumda TBK m. 476, TBK m. 52/1 birlikte uygulanır. İş sahibinin kusuruyla ayıp arasında illiyet bağı varsa, ayıp iş sahibinin ortak kusurundan meydana gelmişse, iş sahibinin tazminat ve ayıptan doğan diğer hakları doğrudan etkilenir¹⁸⁴.

Yüklenici eseri meydana getirirken, iş sahibinin bağlayıcı talimatlarına göre hareket etmiş ve bu talimatlara uyduğu için eser ayıplı meydana getirilmişse, yüklenicinin sorumluluğu yoktur. Ancak bağlayıcı olmayan teklif, tavsiye ve telkinler bağlayıcı talimat sayılmaz¹⁸⁵.

İş sahibinin yükleniciye verdiği talimat; işin nasıl yapılacağı, eser meydana getirilirken izlenecek yöntem, kullanılacak malzeme ile ilgili olmalıdır. İş sahibi eserin meydana getirilmesi için verdiği malzeme ya da arsanın ayıplı olmasından sorumlu olduğu gibi, yükleniciye eseri meydana getirirken belli bir alt yükleniciyle çalışması yönünde talimat verebilir. Yüklenici alt yüklenicinin işin ehli olmadığı ya da yetersiz olduğunu gördüğünde, iş sahibini bu hususta uyarmasına rağmen iş sahibi bu uyarıları dikkate almazsa alt yüklenicin kusuru ile meydana gelecek ayıptan yüklenici değil, iş sahibi sorumlu olacaktır¹⁸⁶.

İş sahibi kendi davranışlarından olduğu gibi yardımcılarının davranışlarından da TBK m. 116 gereği sorumludur. Yardımcıların nitelikli olup olmaması, mimar, mühendis, şehir plancısı gibi işin uzmanı olup olmaması da sonucu değiştirmez¹⁸⁷.

Yüklenicinin iş sahibini aydınlatma ve uyarma borcu, iş sahibinin verdiği talimatın yanlışlığı konusunda içerik ve biçim yönünden yeterli ölçüde olmalıdır. Yüklenici iş sahibinin talimatına uyduğu takdirde eserin ayıplı olacağı hususunda iş sahibini açıkça uyarmalı, meydana gelecek ayıptan sorumlu olmayacağını bildirmelidir.

¹⁸³ Aral/ Ayrancı, s. 400.

¹⁸⁴ Eren, Özel, s. 635; Aral/ Ayrancı, s. 401.

¹⁸⁵ Büyükay, s. 123; Aral/ Ayrancı, s. 401.

¹⁸⁶ Eren, Özel, s. 636; Yavuz, C, s. 526.

¹⁸⁷ Eren, Özel, s. 636- 637.

Eleştiri mahiyetindeki sözler, aydınlatma ve uyarı değildir. Uyarı yükleniciye yapılabileceği gibi yardımcısına da yapılabilir¹⁸⁸.

Yüklenici TBK m. 477'ye göre "Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder. İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır. Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa, iş sahibi gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır".

İş sahibi eseri teslim aldıktan sonra; yüklenicinin sakladığı, gizlediği ayıpları daha sonra fark ederse, yüklenici iş sahibinin eseri teslim alıp kabul ettiği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulmaz. Zira yüklenicinin gizlediği ayıp, sonradan ortaya çıkmış ve açıkça görülmeyen bir ayıptır. Yüklenici kabule rağmen sorumlu tutulacaktır. Ancak iş sahibi, ayıbı görür görmez yükleniciye ihbarda bulunmalıdır. İş sahibi ihbar yükümlülüğünü hemen yerine getirmezse, eseri kabul etmiş sayıldığı için ayıptan kaynaklı haklarını kullanamaz¹⁸⁹.

Yüklenicinin ayıplı eser teslim ettiği hallerde, iş sahibi yükleniciye TBK m. 478' e göre; "Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar teslim tarihinden başlayarak taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar".

Tacirler arasında yapılan ticari eser sözleşmelerinde ise bu süre; teslimden itibaren altı ay, taşınmaz inşaatlarında beş yıl geçmekle, iş sahibinin ayıp nedeniyle dava açma hakları zamanaşımına uğrar¹⁹⁰.

DİK m. 87'nin uygulandığı işlerde dava açma zamanaşımı süresi; gayrimenkullerin yapım ve onarımı üstlenilmiş ise eserin kesin kabulünden itibaren beş yıl içinde, malzemenin ayıplı ve hileli olması yapım veya onarımın ya da teknik ihtiyaçları karşılamıyorsa, ortaya çıkan zarar TBK m. 475 gereği, TBK m. 478' de düzenlenen sürede tazmin ettirilir. İdare böyle bir durumda sorumlulardan zarar ve

¹⁸⁸ Eren, Özel, s. 637.

¹⁸⁹ Yavuz, C, s. 526.

¹⁹⁰ Yavuz, C, s. 527.

ziyanın tazmini, zararın tespiti için sorumlular hakkında, DİK. m. 86 gereği ceza kovuşturması yapılması için yetkili mercilere bildirimde bulunmakla yükümlüdür¹⁹¹.

2.1.6.4. İş Sahibi Muayene Ve İhbar Külfetini Yerine Getirmiş Olmalıdır

İş sahibinin eseri muayene etmesi ve ayıp varsa yükleniciye bildirmesi, ayıp nedeniyle sahip olduğu haklarını kullanabilmesinin ön koşuludur. İş sahibi aynı zamanda külfet de olan bu yükümlülüğe uymadığı zaman, eserdeki ayıptan dolayı yükleniciye karşı sahip olduğu hakları kullanmaktan mahrum kalır¹⁹².

TBK. m. 474/ I- II, “İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Taraflardan her biri giderini karşılayarak, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesini isteyebilir”.

Muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilebilmesi için, eserin tamamlanıp iş sahibine teslim edilmiş olması gerekir. Teslimden sonra iş sahibi öncelikle eseri muayene etmeli, muayeneden sonra ayıp tespit ederse bunu olanak bulur bulmaz yükleniciye bildirmelidir. Yasada muayene ve bildirim için belli bir süre tayin edilmemiştir. Muayene ve bildirim için belli bir teamül yoksa, iş sahibi ayıbı olanak bulur bulmaz sonradan ortaya çıkan bir ayıp söz konusu ise öğrenir öğrenmez gecikmeksizin iş sahibine bildirmelidir¹⁹³.

TBK m. 474’ de muayene yükümlülüğü eserdeki açık ayıplar için geçerlidir, gizli ayıplar ve yüklenicinin bilerek sakladığı ayıplar için söz konusu değildir. Yüklenicinin bilerek sakladığı ayıplar, gizli veya açık ayıp niteliğinde olabilir. Böyle durumlarda da yüklenici ayıptan sorumlu tutulacaktır. Yüklenici ayıbı kendisi muayene ederek tespit edebileceği gibi bir bilirkişiye de yaptırabilir. Sözleşme veya teamül aksini gerektirmiyorsa, iş sahibi bilirkişi ya da uzmana muayene ettirmek zorunda değildir¹⁹⁴.

İş sahibi ya da yetkili temsilcisi, eserdeki ayıbın farkına varır varmaz yükleniciye ya da temsilcisine bildirmelidir. Eser teslim edilirken yüklenicinin bildiği ya da sakladığı ayıpların, iş sahibi tarafından yükleniciye bildirilmesine gerek bulunmamaktadır¹⁹⁵.

¹⁹¹ Yavuz, C, s. 530.

¹⁹² Büyükkay, s. 116. s

¹⁹³ Zevkliler/ Gökyayla, s. 404- 405; Aral/ Ayrancı, s. 404; Karadaş, s. 236.

¹⁹⁴ Büyükkay, s. 117- 118.

¹⁹⁵ Büyükkay, s. 119.

İş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğüyle ilgili yasal düzenlemeler tamamlayıcı hukuk kuralları olduğundan, taraflar sözleşmeyle bu yükümlülüğün hangi sürede yerine getirileceğini kararlaştırabilirler. Ayıp ihbarı herhangi şekle tabi değildir, şekil ispat açısından önemlidir. İhbar mektupla, telgrafla, faksla, e-mail ile yapılabileceği gibi, telefonla bile yapılabilir. Önemli olan ayıbın yükleniciye bir şekilde bildirilmiş olmasıdır. Bu nedenle taraflar aralarında ihbarın ne şekilde yapılacağını kararlaştırabilirler. Şekil ve kuralların çok katı uygulandığı tacirler arasındaki ayıp ihbarlarında bile belli bir şekil aranmamaktadır¹⁹⁶.

2.1.6.5. Eser Teslim Edilmiş Haliyle Kabul Edilmemiş Olmalıdır

İş sahibi yüklenici tarafından teslim edilen eseri kabul ederse, yüklenici sorumluluktan kurtulur. Telsim edilen eser iş sahibi tarafından mevcut haliyle, hiç itiraz edilmeden kabul edilmişse veya iş sahibi eseri sözleşmeye uygun bulduğunu açıklamışsa, artık ayıp nedeniyle yükleniciye başvuramaz. Ancak yüklenici eserdeki ayıbı kasten gizlemişse, iş sahibi ayıp nedeniyle yükleniciyi sorumlu tutabilecektir¹⁹⁷.

İş sahibi eseri kabul ettikten sonra kabul iradesinden geri dönemez, kabul kesindir. Yani iş sahibi kabulden sonra, kabulü geri alarak ayıp nedeniyle yükleniciye karşı tekeffül hükümlerinden yararlanamaz. Ancak iş sahibi ihtirazi kayıtlı eseri kabul edebilir¹⁹⁸.

2.1.6.6. İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları

TBK. m. 475' göre "Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:

¹⁹⁶ Büyükcay, s. 121; İlkelen, s.126; Yarg. 15 HD., T. 12. 06. 2009 E. 2009/2567, K. 2009/2953 sayılı kararında; "Eser sözleşmelerinde yüklenicinin kararlaştırılan iş bedeline hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve eklerine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayarak teslim etmesi gerekir. Eserin, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerine, ya da iş sahibinin beklediği amaca uygun olmaması veya lüzumlu bazı vasıflardan bir ya da bir kaçının bulunmaması halinde ayıplı yapıldığının kabulü gerekir. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre ayıp ihbarının yapılması şekle tabi değildir. Her türlü delille, hatta tanık beyanı ile dahi kanıtlanması mümkündür. Eserin ayıplı olması ve süresinde ayıp ihbarı yapılmış olması halinde iş sahibi BK'nın 360. maddesinde öngörülen haklarını kullanabilir. Dinlenen davalı tanığı ayıp ihbarının süresinde yapıldığını beyan etmiştir". <https://baronet.istanbulbarosu.org.tr/> (e. t. 30. 12. 2017)

¹⁹⁷ Tunçomağ, s. 1021; Zevkliler/ Gökyayla, s. 403;

¹⁹⁸ Büyükcay, s. 114

1. Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.
2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.
3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.

İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Eser iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz”.

İş sahibinin ayıp sebebiyle sahip olduğu bu haklar yenilik doğuran, kullanılmakla tükenen ve geri alınması mümkün olmayan haklardır. İş sahibi bu haklardan birini kullanırken, şartlar varsa tazminat da talep edebilir. Ancak bu durumda yüklenicinin kusurlu olması şarttır¹⁹⁹.

2.1.6.6.1. Sözleşmeden Dönme Hakkı

TBK. m. 475/I’ de, iş sahibinin eserin ayıplı olması halinde sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir. Meydana getirilen eser kullanılmayacak haldeyse ve iş sahibinin eseri bu haliyle kabul etmesini beklemek hakkaniyet ve dürüstlük kurallarına uygun değilse iş sahibi sözleşmeden dönebilir²⁰⁰.

Eser sözleşmelerinde, yüklenici edimini yerine getirirken uzun ve masraflı bir hazırlık süreci geçirdiği için yasa koyucu ancak belirli bir ağırlığa sahip ayıpların varlığı halinde sözleşmeden dönebilir²⁰¹.

¹⁹⁹ Zevkliler/ Gökyayla, s. 407.

²⁰⁰ Zevkliler/ Gökyayla, s. 407; Aral/ Ayrancı, s. 406.

²⁰¹ Büyükay, s. 134 ; Yarg. 15. HD.,T. 23.01. 2006 E. 2005/7623, K. 2006/166 sayılı kararında, “Tüm bu yönler gözetilip dava konusu olaya dönüldüğünde temel uyumsuzluk eserdeki ayıpların eserin reddini gerektirecek derecede olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Borçlar Yasası'nın 360. maddesi uyarınca eser ısmarlayanın kullanamayacağı veya hakkaniyete göre kabul etmesi beklenmeyecek derecede önemli ayıplı ya da başkaca akde aykırı olursa iş sahibi (ısmarlayan) eseri red edebilir ve müteahhidin kusuru varsa giderim isteyebilir. Ayıplar veya sözleşmeye aykırılıklar daha az önemli ise iş sahibi ücretten eserin değer düşüklüğüne uygun bir indirme yapabilir veya müteahhide aşırı masrafı mucip olmadığı takdirde, eserin ücretsiz olarak düzeltilmesini ve kusur halinde tazminat verilmesini isteyebilir.

Dosyada mevcut tespit raporu ile yargılama sürecinde yerinde yapılan keşif sonucu düzenlenen bilirkişi raporlarında malzeme ve işçilik nazara alınıp zarar miktarı hesaplanmış ancak eser bir bütün olarak ele alınıp tüm imalat değerlendirilip kusur ve ayıpların eserin reddini gerektirecek derecede olup olmadığı eğer reddi gerekiyorsa sadece kullanılan malzemelerin değerinin ne kadar olduğu hususları her türlü tereddüt ve kuşkudan uzak bir şekilde saptanmamıştır” <http://www.emsalyargi.com>(e. t. 31.12 2017)

Sözleşmeden dönme beyanı, açık ve örtülü biçimde kullanılabilir ancak tacirler arasındaki sözleşmeden dönmelerde TTK m. 18/ III “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır”.

Eserin kabul edilmeyecek derecede ayıplı olup olmadığı; somut olaya, hakkaniyete ve tarafların menfaatine göre belirlenir. Sözleşmeden dönme iş sahibine fayda sağlamayacağı gibi yükleniciye de zarar verecekse, sözleşmeden dönme yerine diğer hakların tercihi yoluna başvurulmalıdır. Bazı hallerde ise ücretten indirim ve onarımın iş sahibine faydası olmayacaksa sözleşmeden dönme hakkının kullanılması daha doğru olacaktır²⁰².

Meydana getirilen eser, tarafların aralarındaki sözleşmeye açıkça aykırı olmayabilir. Böyle bir durumda iş sahibinin eseri kabulü hakkaniyet gereği mümkünse sözleşmeden dönemez. Ancak iş sahibinin eseri kullanabilmesi mümkün olmasına rağmen, sözleşme şartlarına uygun olmayan ve hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olan eserin, iş sahibi tarafından kabulü zorunluluğu yoktur. Böyle bir durumda iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Örneğin bir evin yerlerine döşenen seramiklerinin her birinin farklı renklerde döşenmesi halinde, iş sahibinin eseri bu haliyle kullanabilmesi mümkün ise de sözleşme şartlarına aykırılık ve hakkaniyet gereği, eseri kabul etmek zorunda değildir²⁰³.

TBK m. 475/ III, “Eser iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz” hükmü gereği; eserin iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı, sökülüp kaldırılmasının büyük zarara sebep olduğu hallerde, sözleşmeden dönme yerine ücretten indirim ya da eserin onarılması istenebilir. Yasa koyucu bu şekilde ekonomik açıdan değerli malların korunması ve tahrip edilmemesini gözetmiştir²⁰⁴.

Büyükay’a göre²⁰⁵; İş sahibinin arsası üzerine yapılan binanın ayıplı olması ihtimalinde, iş sahibinin seçimlik haklarını belirlerken, binanın sökülüp kaldırılmasının aşırı bir zararı doğuracak olması şartı yanında, maddenin birinci fıkrasında ifade edilen

²⁰² Zevkliler/ Gökyayla, s. 408.

²⁰³ Büyükay, s. 135.

²⁰⁴ Zevkliler/ Gökyayla, s.408.

²⁰⁵ Büyükay, s. 136; Yarg. 15. HD. 12.03.1980, E. 268/K. 613 “Yüklenicinin yaptığı inşaatın, her türlü mühendislik hizmetlerinden ve yönetmeliklerden yoksun olarak yapıldığı ve bu nedenlerle binanın konut olarak kullanılmasının sakıncalı olduğu mahkemece bilirkişilere saptatılmış ve bina yıktırılmıştır”.Büyükay, a. g. e., s. 136 dan naklen

iş sahibinin eseri kullanamaması veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamaması şartlarını da birlikte aramak gerekir. Pekala sökülüp kaldırılması aşırı bir zarara yol açan, iş sahibinin de nihayetinde kullanamayacağı ve hakkaniyet gereği de kabule zorlanamayacağı bir binanın yapılıp teslim edilmesi durumunda sözleşmeden dönme hakkı sınırlandırılmamalıdır. Müteahhidin ağır kusurlu veya kasıtlı hareket etmesi durumunda sözleşmeden dönme hakkı mevcut olmalıdır.

Tunçomağ’a göre²⁰⁶; İş sahibinin arsası üzerinde meydana getirilmiş eserlerde dönme hakkı kısıtlanmıştır. Çünkü arazinin, üzerine kurulan binaya kıyasla çok büyük bir iktisadi değeri vardır. Gerçekten BK m. 360/ III (TBK 475/ III) deki hallerde yüklenici ancak ücretin indirilmesi veya eserin düzeltilmesini isteyebilir. O halde böyle bir durumda iş sahibi ancak eserin ortadan kaldırılması yükleniciye aşırı derecede büyük zararlar vermeyecekse, sözleşmeden dönmeye yetkilidir. BK m. 330/ III “fazla bir zarar” sözlerinin maddemizin aslı temel alınarak, “aşırı bir zarar” şeklinde anlaşılması ve bunun takdirinde yanların karşılıklı çıkarlarının tartılması gerekir. Şu halde zararın aşırı olup olmadığı tayin edilirken, inşaatın arazi ile birlikte taşıdığı değer ve arazi olmaksızın taşıdığı değer karşılaştırılmalıdır.

2.1.6.6.2. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı

TBK 475. Maddesine göre; meydana gelen eserde aşırı masraf gerektirmeyecek bir ayıp varsa, iş sahibi yükleniciden eserin onarılmasını isteyebilir. Masraf ve giderler yükleniciye aittir. İş sahibinin ayıbın giderilmesini talep edebilmesi için, eserdeki ayıp objektif olarak giderilebilecek nitelikte ve onarımın da çok büyük masraf gerektirmemesi gerekir. İş sahibi yükleniciye ayıbın giderilmesi için başvurduğunda, yüklenici ayıbı gidermeye yanaşmazsa ya da ayıbı onaracak imkana sahip değilse, iş sahibi masraflar yükleniciden alınmak üzere eserdeki ayıbın giderilmesini üçüncü bir kişiden isteyebilir²⁰⁷.

Ayıplı eserin onarılmasını isteme hakkı iş sahibine tanınan bir haktır, yüklenicinin böyle bir hakkı yoktur. Onarım hakkı kullanılırken, onarım masrafı yüklenici açısından, sözleşmeden dönme ve ücretten indirim hakkından daha ağır bir sonuç doğurmamalıdır. Ancak yüklenici eserin niteliklerini açıkça vadetmişse, masraf ne kadar büyük olursa olsun yüklenici eseri onarmak zorundadır²⁰⁸.

²⁰⁶ Tunçomağ, s. 1032- 1033.

²⁰⁷ Zevkliler/ Gökyayla, s. 409, 410

²⁰⁸ Uygur, s. 2177.

İş sahibi eserin onarılmasını istemesine rağmen yüklenici onarmazsa, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Yüklenici, ayıbın giderilmesi için kendisine başvuran iş sahibinin bu talebini derhal yerine getirmek için faaliyetlere başlamalı ve makul süre içerisinde ayıbı gidermelidir. Aksi takdirde iş sahibi, yükleniciye karşı borçlunun temerrüdü hükümleri gereği başvurabilir²⁰⁹.

2.1.6.6.3. Tazminat İsteme Hakkı

TBK m. 475/ II gereği iş sahibi; ayıplı eseri kabul etmeyerek sözleşmeden dönmek, bedelden indirim istemek, ayıbın giderilmesini (onarılmasını) istemek hakkına sahip olduğu gibi ayıp nedeniyle zararın tazminini de isteyebilir. İş sahibi yasadan kaynaklanan tüm bu haklarını birlikte kullanabileceği gibi, yalnızca tazminat hakkını da kullanabilir²¹⁰.

Ayıp nedeniyle meydana gelen zarardan yüklenicinin sorumlu olabilmesi için kusurlu olması şarttır. Ayıp sonucu ortaya çıkan zararlar, illiyet bağı bulunmak ve yüklenicinin kusurlu davranması şartıyla tazmin edilebilir. Yüklenicinin buradaki kusurlu davranışı özel şarttır. TBK m. 475 gereği tazmin edilecek zararlar, sözleşmeden kaynaklanan tüm zararlar değildir; yalnızca eserin ayıplı olmasından dolayı meydana gelen zararlardır²¹¹.

İş sahibinin tazminat isteme hakkı, başlı başına eserdeki ayıptan doğan bir hak değildir, ayıp sonucu iş sahibinin uğradığı zarardan kaynaklanan bir haktır. Eserin bizzat kendisinin ayıplı olmasından kaynaklanan zararlar, daha çok bedelin indirilmesi ve ayıbın onarılması şeklinde giderilmektedir. Takip eden zarar, ayıbın sonrasında ayıp

²⁰⁹ Zevkliler/ Gökyayla, s. 410. ; Günay, s. 1376; Yarg.15.HD.,11.04.2008 T. E.2008/657, K. 2008/2343 sayılı kararında “*Borçlar Kanunu’nun 359 ve 360. maddeleri uyarınca iş sahibinin, eseri teslim aldıktan sonra işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz muayeneye ve kusurları varsa müteahhide bildirmeye mecbur olup, yapılan eser iş sahibinin kullanamayacağı, kabul edemeyeceği derecede kusurlu olduğu takdirde iş sahibinin eseri reddetme, eserdeki ayıp, eserin reddini gerektirmeyecek derecede ağır değilse, fiyatı tenzile ve eseri tamir ettirmeye hakkı vardır. Dava konusu olayda, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda eserdeki ayıbın, eserin reddini gerektirecek derecede olup olmadığı, tamir yoluyla kullanılması mümkün ise bunun için gerekli giderin ne olduğu açıklanmamıştır. Bu nedenle mahkemece bilirkişiden ek rapor alınıp eserin tamamen reddi gerekiyor ise eserin davalıya iadesi şartıyla, davalıya eser bedeli olarak ödenen miktarın taraflardan sorulup ve ödemeyi ispat külfeti de davacıya yükletilerek, davacıya iadesine karar verilmelidir. Eserdeki ayıp reddi gerektirmeyip tamirle giderilebiliyorsa, bu durumda bedelden tenzili gereken miktarın saptanıp, bu miktardan davacı iş sahibinin sorumlu olmayacağı dikkate alınarak hüküm kurulmalıdır*”. www.sinerji.com , (e. t. 04. 01. 2018)

²¹⁰ Uygur, s. 2178.

²¹¹ Becker, s. 618; Şahin, Turan, **Borçlar Kanunu Ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, SDÜHFD., C. I, S. 2, Y. 2009, s. 148- 149.

nedeniyle ortaya çıkan zarardır. Örneğin bir giyim mağazasında kalorifer tesisatından kaynaklanan ayıptan dolayı yangın çıkmış ve mağazadaki giyim eşyalarından büyük bir kısmı yanmışsa, ayıbı takip eden zarar söz konusu olup tazmini gerekmektedir²¹².

Ayıp nedeniyle ortaya çıkan zarar; bedel indirimi, sözleşmeden dönme ya da eserin onarılması ile giderilemeyen ve ancak eserdeki ayıp sonucu ortaya çıkan zarardır. Yüklenici eserdeki ayıba kendisi sebep olabileceği gibi yardımcıları da sebep olabilir. Zararın tazmini açısından ayıba kimin sebep olduğunun hiçbir önemi yoktur. Yüklenicinin ve yardımcılarının ayıplı ifa dışındaki; eserin teslimini geciktirme, işi görürken özen yükümlülüğüne aykırı davranarak iş sahibinin başka şeylerini bozmaları, eserin nasıl kullanılacağı ile ilgili iş sahibini uyarmamalarından dolayı bir zarar meydana gelmiş ise ayıp sonucu zarardan söz edilemez²¹³.

Yüklenicinin ayıp sonucu zarardan sorumlu tutulabilmesi için, özel şart olarak yüklenicinin kusurlu olması gerekmekte ise de kusuru bulunmadığı halde sorumlu olduğu haller de vardır. Eserdeki ayıp, yüklenicinin yardımcılarının eylemlerinden meydana gelmiş ise yüklenicinin kusuru bulunmazsa dahi meydana gelen zarardan sorumludur. Yüklenici işi kendisi yapacak olsa ve işi yaparken yardımcısı gibi davranırsa, bu davranışının kusurlu sayılmayacak olduğunu ispatlarsa sorumluluktan kurtulur²¹⁴.

İş sahibinin tazminat istemini düzenleyen TBK m. 475/II “İş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır” hükmü gereği iş sahibinin tazminat talep etme hakkı, TBK m.112’ ye göre yani genel hükümlere göre çözülür²¹⁵.

Kılıçoğlu’na göre²¹⁶; TBK m. 112 gereğince sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, borçlunun borca aykırı bir eylemde bulunması gerekir. Borçlunun borca aykırı eylemi; borcu hiç ifa etmemesi, eksik ifa etmesi, yerinde ve zamanında ifa etmemesi, kötü ifa etmesi (gereği gibi ifa etmemesi) vs. şeklinde doğabilir. Bunlardan hiçbirisi mevcut değilse, bu durumda alacaklının bir zararı bulunsa bile borçlunun sorumluluğundan söz edilmez. Örneğin; yüklenicinin tüm uyarılarına rağmen arsa sahibi apartmanın dış cephesini ahşap kaplama yaptırmış, yağışlar sonucunda bu bozulmuş ise, borçlunun bundan doğan zarardan sorumluluğu söz konusu olamaz. Bu genel hüküm eser sözleşmelerinde, tazminat istemi söz konusu olduğunda da uygulanır.

²¹² Zevkliler/ Gökyayla, s. 410- 411.

²¹³ Uygur, s. 2178.

²¹⁴ Uygur, s. 2179.

²¹⁵ Büyükkay, s. 142; TBK m. 112 “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”.

²¹⁶ Kılıçoğlu, s. 639- 640.

Sonuç olarak ayıp nedeniyle zararın tazminin istenebilmesi için; eser ayıplı olmalıdır, ayıp nedeniyle iş sahibi zarara uğramalıdır, ayıp ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır ve yüklenici kusurlu olmalıdır.

2.1.6.6.4. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Kullanılmasında Zamanaşımı

İş sahibinin eserdeki ayıplardan dolayı ayıba karşı tekeffül hakkını kullanabilmesi için belli bir süre gerekmektedir. TBK. m. 478 “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar teslim tarihinden başlayarak taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar” hükmünü içermektedir.

Düzenlemeye göre ayıp nedeniyle iş sahibinin sahip olduğu haklar, satım sözleşmesinde alıcının sahip olduğu haklara uygulanacak zamanaşımı süresine tabidir. Taşınmaz inşaata ilişkin ayıplarda ise iş sahibinin yükleniciye ve inşaata katılan mimar ve mühendislerle karşı ileri süreceği talepleri, eserin tesliminden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu hüküm TBK m. 146 da düzenlenen genel hükme göre daha özel bir düzenlemedir²¹⁷.

Yüklenici kasıt ve ağır kusuru ile eseri hiç ya da gereği gibi meydana getirmemiş veya ayıplı malzeme kullanarak eseri meydana getirmişse, iş sahibi TBK m. 146 hükmü gereği on yıllık genel zamanaşımı süresi içerisinde ayıptan kaynaklanan haklarını kullanabilir. Bu süre eserin tesliminden itibaren işlemeye başlar, eserin taşınır ya da taşınmaz olmasının bir önemi yoktur²¹⁸.

²¹⁷ Şahin, s. 150; Tandoğan, Özel II, s. 222; TBK m. 146 “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir”.

²¹⁸ Zevkliler/ Gökyayla, s. 411; Yarg. 4.H.D., T. 03/02/2005, E. 2004/7039, K. 2005/74 sayılı kararında , “Davacılar, 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen deprem nedeniyle binanın çökmesi sonucu yakınlarını kaybettiklerini, binanın davalılar tarafından yapıldığını, zararın oluşumuna davalıların hukuka aykırı eylemlerinin neden olduğunu belirterek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur. 1979 yılında yapıpı tamamlanan binanın, yönetmeliğe aykırı olmasına karşın, o tarihte zarar doğmadığından davacının anılan tarihte bir talep hakkı da olmayacaktır. Bir hakkın bu bağlamda ödence isteminin doğmadığı bir tarihte, zamanaşımının başlatılması hakkın istenmesini, elde edilmesini güçleştirir, hatta olanaksız kılar. Binanın yapım tarihinde, davalının hukuka aykırı olan eylemi gerçekleşmiştir. Ancak ortada henüz bir zarar bulunmamaktadır. Somut olayda olduğu gibi, her hukuka aykırı eylem, zararın oluşmasına neden olmayabilir. Binanın yapımı sırasında ki hukuka aykırılık eylemi nedeniyle, depremin oluşumu sonucu zarar doğmuştur. Davaya konu edilen olaydaki deprem, yani zarar doğurucu sonuç 17. 8. 1999 günü meydana gelmiş olup, eldeki iş bu dava ise 24.1.2000 günü yani bir yıllık süre içinde açılmıştır. Bu süre TBK 'nın 60 maddesinde öngörülen bir yıllık süreye uygun düşmektedir. Davanın açıldığı tarih itibariyle daha uzun süreli bu bağlamda ceza zamanaşımının uygulanıp uygulanmaması konusunun tartışılması eldeki bu dava için gerekli değildir”. www.karara.com. (e. t. 05. 01. 2018)

Kanunda taşınmaz inşaata ilişkin ayıplarda daha uzun süre olan beş yıllık zamanaşımı süresinin belirlenmesinin nedeni, taşınmaz inşaat eserlerindeki ayıpların ortaya çıkmasının gerek hava koşulları gerekse jeolojik şartlardan dolayı daha uzun zaman almasındandır²¹⁹.

4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun ile özel sorumluluk hali getirilmiştir. Sorumluluklar ve yapılamayacak işler başlıklı 3. maddeye göre²²⁰;

“Bu Kanunun uygulanmasında, yapı denetim kuruluşları imar mevzuatı uyarınca öngörülen fennî mesuliyeti ilgili idareye karşı üstlenir.

Yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar. Bu sorumluluğun süresi; yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren, yapının taşıyıcı sisteminden dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan diğer kısımlarda ise iki yıldır.

Yapıda, yapı kullanma izni alındıktan sonra, ilgili idareden izin alınmadan yapılacak esaslı tadilattan doğacak yapı hasarından, izinsiz tadilat yapan sorumludur. Yapı denetim kuruluşu; yazılı ihtarına rağmen yapı sahibi tarafından önlemleri alınmayan, parsel dışında meydana gelen ve yapıda hasar oluşturan yer kayması, çığ düşmesi, kaya düşmesi ve sel baskınından doğan hasarlardan sorumlu değildir.

Yapı denetim kuruluşlarının yöneticileri, ortakları, denetçi mimar ve mühendisleri ile proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi; bu Kanunun uygulanmasından dolayı ortaya çıkan yapı hasarından sorumludur”.

2.1.7. Yüklenicinin Özen Ve Sadakat Yükümlülüğü

TBK m. 471 gereği, yüklenici borçlandığı edimi iş sahibinin haklı menfaatlerine uygun olarak, sadakat ve özenle ifa etmekle yükümlüdür. Düzenlemeden anlaşılağı üzere, yüklenicinin özen ve sadakat yükümlülüğü eser sözleşmesinin kurulması ile başlayıp eserin iş sahibine teslimine kadar devam eden bir süreçtir. Yüklenicinin özen ve sadakat yükümlülüğü, hizmet akdindeki işçinin özen ve sadakat borcu gibidir. Ancak genelde tacir olan yüklenici, işçiye göre hatta iş sahibine göre daha profesyonel ve

²¹⁹ Şahin, s. 150.

²²⁰ 26. 06. 2001 tarihinde kabul edilerek, 13. 07. 2001 tarih 24461 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan **4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun**, <http://www.resmigazete.gov.tr> (e. t. 06. 01. 2018)

işinin ehli bir kişidir. Bu nedenle yükleniciden beklenen özen borcu, işçinin özen borcundan daha ağır bir sorumluluktur²²¹.

Yüklenicinin özen borcunun ölçüsü TBK m. 471/ II “Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır” göre belirlenir²²².

Yüklenici iş sahibine karşı, eserin eksiksiz ve işin niteliğine uygun biçimde teslim edilmesinden sorumludur. Teslim edilen eserin işin niteliğine uygun olmadığı hallerde, iş sahibi özellikle ayıptan sorumluluk hükümlerine göre yükleniciye başvurabilir. Ancak bazen eser ayıplı olmadığı halde, iş sahibinin beklentileri ve menfaatlerini karşılamayabilir. Böyle bir durum ya da benzer bir durumda özen borcuna aykırılıktan söz edilebilir. Özen borcu, ayıptan sorumluluk sonucu doğurmaz fakat iş sahibine karşı yerine getirmek zorunda olduğu bir borçtur²²³.

Tamamlanan eser teslim edildiğinde taraflarca kararlaştırılan niteliklere uygun olmadığı ortaya çıkarsa, iş sahibi ayıptan sorumluluk hükümlerinden kaynaklanan hakları için başvurabilir. Ancak eserde ayıptan ileri gelmeyen, özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanan zararlar da meydana gelebilir²²⁴.

İnceleme konumuz yüklenicinin özen/sadakat yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe aykırı davranmanın hukukî sonuçları olduğu için ayrıntılı incelememizi üçüncü bölümde yapacağız.

2.2. İş Sahibinin Hak ve Borçları

İş sahibinin hak ve borçları ile ilgili TBK madde 479 ve 481 de bahsi geçen “bedele, ücrete” ilişkin düzenleme dışında ayrıntılı bir düzenlemeye rastlanmamaktadır. İş sahibinin hak ve borçları bedelden ibarettir demek mümkün değildir. Yasanın ilgili diğer maddelerini incelediğimizde başka hak ve borçlarının da bulunduğunu görmekteyiz²²⁵. Örneğin sözleşmede taraflarca kararlaştırılması halinde malzemeyi sağlama borcu, yüklenici ile dayanışma yükümlülüğü, eseri muayene ve ayıpları

²²¹ Erzurumluoğlu, s. 137; Tandoğan, Özel II, s. 54.

²²² Aydoğdu/ Kahveci, s. 767.

²²³ Zevkliler/ Gökyayla, s. 377.

²²⁴ Zevkliler/ Gökyayla, s. 377.

²²⁵ Erzurumluoğlu, s. 132.

yükleniciye bildirme borcu²²⁶. Biz bu başlık altında yapacağımız incelemeyi, iş sahibinin, en temel borçları ile sınırlı tutacağız.

İş sahibinin hakları, işin yüklenicinin kendisi tarafından ya da yönetimi altında özen gösterilerek sözleşmeye uygun surette ve vaktinde ifasını, eserin ayıpsız olarak teslimini talep etmektir. Yüklenici iş sahibinin bu haklarının karşılığı olan yükümlülüklerini yerine getirmediginde; iş sahibi sözleşmeyi feshetme, ücreti indirme, eserin ıslahını veya ayıpların giderilmesini isteme, tazminat talebinde bulunma haklarına sahip olur. İş sahibinin daha önceki başlıklarda incelediğimiz malzeme sağlamak ve genel uyarma yükümlülüklerini, ayıplı eseri muayene ve ihbar külfetleri de vardır²²⁷.

2.2.1. İş Sahibinin Bedel Ödeme Borcu

İş sahibinin bedel ödeme borcu, eser sözleşmesinin zorunlu ve objektif esaslı unsurlarından biridir. Bedel borcu, ilke olarak para olarak belirlenir. Bazen mal veya emek şeklinde ödenmesi de mümkündür. Bedel mal olarak kararlaştırılmış ise mal değişim sözleşmesi söz konusu değildir. Bu sözleşme aynı zamanda çift tipli (çift edimli) karma sözleşmedir. Bu durumda sözleşmeye yüklenici açısından eser sözleşmesinin, iş sahibi açısından ise bazı hallerde hizmet bazı hallerde ise vekâlet sözleşmesinin hükümleri uygulanır²²⁸.

Tam iki tarafa borç yükleyen, rızaî ve herhangi bir şekil şartına tabi olmayan eser sözleşmelerinde, yüklenici kararlaştırılan ücret karşılığında bir eser meydana getirme borcu altına girer²²⁹.

Eser sözleşmesinde, taraflar bedeli götürü ya da yaklaşık olarak tespit edebilirler. TBK' da temel olarak bu iki tür bedel düzenlenmiş ve tercih sözleşmenin taraflarına bırakılmıştır. Aynı götürü bedelini daha çok iş sahibi tercih etmektedir, zira iş sahibinin menfaatine uygun olan bu ücret türüdür. Yaklaşık bedeli ise yüklenici tercih etmektedir, zira yüklenicinin menfaatine olan bu bedel türüdür²³⁰.

Karşılıklı borç doğuran sözleşmelerden olan eser sözleşmesinde, esaslı unsurlardan olan bedel-ivaz konusunda taraflar arasında herhangi bir anlaşma sağlanmamış ya da bedel miktarı üzerinde hiç durulmamış olması sözleşmenin geçerli

²²⁶ Büyükay, s. 161; Tunçomağ, s. 1048; Tandoğan, Özel II, s. 234.

²²⁷ Tandoğan, Özel II, s. 234.

²²⁸ Eren, Özel, s. 656.

²²⁹ Büyükay, s. 161.

²³⁰ Büyükay, s. 162.

olarak kurulmasına engel değildir. Böyle bir durumda taraflar arasında bedel ile ilgili ihtilaf çıktığında, çözüm için yasada özel düzenlemeler yapılmıştır²³¹.

TBK m. 481 “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir” Buradaki “eserin değeri” ibaresi kaynak kanuna göre “işin değeri” şeklinde anlaşılmalıdır²³². İşin değeri-kabul edilecek görüşe göre, işin fiilen yapıldığı veya teslim anındaki rayice göre belirlenir (TBK m. 522).

Belirtilen bu durumlarda ivazlı bir sözleşme söz konusudur. Taraflardan biri temlik ya da iş görme borcunu yerine getirirken diğer taraf bunun karşılığında bir bedel ödeyecektir. Bedelin miktarı sözleşmede kararlaştırılmamış ya da taraflar bunun üzerinde durmamış ise sözleşmedeki bu boşluk yedek hükümlerle doldurulur. TBK m. 233/I hükmü gereği bu tip sözleşmelerde, son aşamada ifa zamanında piyasa değeri veya emsal bedel esas alınabilir. Taraflar yine anlaşamazsa sözleşmedeki bu boşluğu hâkim doldurur. Hâkim bu boşluğu doldururken, teâmülen benzer işlerde ne miktarda ücret ödeniyorsa o şekilde uygun bir ücrete hükmeder²³³.

İsviçre Hukuku, taraflar arasında bedel ile ilgili anlaşmanın bulunmadığı hallerde, TBK m. 481’deki düzenlemede olduğu şekilde, bedeli yüklenicinin masraf ve yaptığı işin değerine göre tespit etmekte; Alman Hukuku ise farklı bir çözüm yolu bularak, eser sözleşmesinde eser sözleşmesi ile ilgili bir bedel tarifesi mevcutsa ona göre, yoksa mutata bedele göre belirlenip ödeneceğini benimsemiştir²³⁴.

Yargıtay 15. H.D.’nin 27.05.1996 gün ve 1196/2686- 2945 sayılı kararına göre “Eser sözleşmesinde, işin bedeli kararlaştırılmamış veya kararlaştırılan bedel kanıtlanamamış ise, BK’ nın 366. (TBK m. 481) maddesi uyarınca, yapıldığı tarihteki mahalli rayice göre bilirkişi marifetiyle bedelin saptanması gerekir...”²³⁵ şeklinde hüküm kurmuştur.

²³¹ Nomer, Haluk Nami, **Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Aktelerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?**, Yaşar Üniversitesi Ekonomi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 2013, C. 8, Özel Sayı, s. 2053- 2074

²³² Nomer, s. 2057.

²³³ Nomer, s. 2058.

²³⁴ Mamük, Damla, **Eser Sözleşmesinde Götürü Bedel Ve Sonuçları**, Y. Lisans Tezi, Ankara, 2016, s. 25.

²³⁵ Mamük, s. 25.

2.2.1.1. Bedel Türleri

Eser sözleşmesinin temel, objektif unsuru olan bedel; götürü bedel ve yaklaşık bedel olmak üzere ikiye ayrılır.

2.2.1.1.1. Götürü Bedel

TBK m. 480' e göre "Bedel götürü olarak belirlenmişse, yüklenici eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile, yüklenici belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.

Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse, yüklenici hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme ve bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda, yüklenici ancak fesih hakkını kullanabilir.

Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür."

Yasadaki düzenlemeden anlaşılacağı üzere götürü bedel, tarafların meydana getirilecek eser için ödenecek bedeli sözleşmede önceden kesin olarak belirledikleri ücret türüdür. Mesela, 7 milyon TL karşılığında arabanın tamirinin yapılması işinin kararlaştırılması. Belirlenen 7 milyon TL götürü bedeldir. Götürü bedel, anahtar teslimi kesin ve sabit bedeldir. Bedel olarak para değil de başka bir şey ya da başka bir eser kabul edilmişse, yine ücretin götürü olarak tespit edilmiş saymak gerekir²³⁶.

Miktarı tam ve kesin olarak kararlaştırılan götürü bedel aynı zamanda hem asgari hem azami bedeldir. Kararlaştırılan bu bedel taraflar için bağlayıcıdır. Kesin olarak belirlenen bu ücret kural olarak taraflarca arttırılamayacağı gibi ücretten indirim de mümkün değildir. Meydana getirilen eser kararlaştırılan ücretten daha pahalıya mal olduğunda, yüklenici ücretin attırılmasını isteyemeyeceği gibi eser daha az bedelle meydana getirildiğinde iş sahibi bedelden indirim de talep edemez. Eserin maliyeti arttığında, yüklenici maliyet artışından kaynaklanan riske katlanmak zorundadır²³⁷.

²³⁶ Eren, Özel, s. 657; Tandoğan, Özel II, s. 236.

²³⁷ Zevkliler/ Gökyayla, s. 415; Karadaş, s. 301; Günay, s. 1390, Yarg. 15. H.D., 07.02.2008, E. 2007/ 7487, K. 2008/ 716 sayılı kararında "Dava, eser sözleşmesine dayalı fazla yapılan imalat bedelinin ödenmesi istemiyle açılmıştır. Götürü pazarlıkta yüklenici yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla emek ve gideri gerektirse bile, yüklenici bedelin arttırılmasını isteyemez".

Tarafların başlangıçta öngöremedikleri ya da öngördükleri halde dikkate almadıkları olağanüstü hallerin ortaya çıkması halinde, kararlaştırılan götürü bedel eserin meydana getirilmesine engel olur veya güçleştirirse, yüklenici hâkimden sözleşmenin öngörülme-yen bu yeni şartlara uyarlanmasını isteme hakkına sahiptir. Uyarlamanın da mümkün olmadığı hallerde yüklenici sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği hallerde yüklenici sözleşmeyi feshetme hakkını da kullanabilir²³⁸.

Götürü bedel; toptan götürü bedel, global götürü bedel ve sabit birimli götürü bedel olmak üzer başlıca üç çeşittir.

2.2.1.1.2. Toptan Götürü Bedel

Toptan götürü bedel, anahtar teslimi sabit bedel olup eserin tamamının karşılığının önceden belirlenen sabit ve tek bedel türüdür. Bedel satış sözleşmesindeki bedel (semen) gibi sabittir ve taraflarca daha işin başında bilinmektedir. Yüklenicinin meydana getireceği eserin bedeli kesin olarak tarafları bağlayıcı bir biçimde tespit edilmiş ve kararlaştırılmıştır. Eser meydana getirilirken harcanacak emek ve masrafların bedele bir etkisi yoktur. Taraflar sözleşme konusu binanın tamamı veya bir kısmı, örneğin yalnız boyası ya da çatısının onarımı veya tamir edilecek bir arabanın tamamı veya yalnız motorunun tamiri için tek bir bedel tespit etmişlerse, toptan bedel söz konusudur. Bu tür bedelde maliyetler daha sonra artsa bile yüklenici kararlaştırılan bedelin artırılması talebinde bulunamaz. İşin ehli olan yüklenicinin imalat giderlerini, meydana gelebilecek muhtemel artışları ve karşılaşılabilecek riskleri öngörmesi gerekir²³⁹. Toptan götürü bedel, para dışında başka bir şey olarak da kararlaştırılabilir. Bunun en fazla uygulandığı sözleşme, kat karşılığı inşaat sözleşmeleridir. Sözleşmeye göre yüklenici, meydana getireceği inşaatın kaç bağımsız bölümün kendisine ait olacağını kesin olarak belirlemişse ve iş sahibiyle bu hususta mutabakata varmışsa, toptan götürü bedelli sözleşmeden bahsedilir²⁴⁰.

Sabit götürü bedelli işlerde, bazen yükleniciler işi tamamlamadan teslim ya da terk edebilmektedirler. Böyle hallerde, yüklenici işi tamamlamış gibi götürü bedelin

²³⁸ Günay, s. 1389; Tandoğan, Özel II, s. 239.

²³⁹ Zevkliler/ Gökyayla, s. 416; Eren, Özel, 658.

²⁴⁰ Mamük, s. 36; Yarg. 15. H.D. 'nin 01.02.1994 gün ve 1994/1084-472 sayılı kararına göre: " Eser sözleşmesinde, arsa sahibi, yükleniciye arsadaki tapu payını devretmeyi ve yüklenici de, buna karşılık daireler yapıp vermeyi kararlaştırmışlarsa, arsa payı olarak ödenen bu bedel, götürüdür. Götürü bedelde KDV dahildir." www.karara.com. (e. t. 07. 01. 2018)

tamamını isteyemez. Ancak tamamladığı kısmın; teslim, terk veya fesih tarihi itibariyle, işin tamamına olan fiziki oranı bulunarak ve bulunan bu oran kararlaştırılan götürü bedele uygulanmak suretiyle ödenir²⁴¹.

2.2.1.1.3. Global Götürü Bedel

Emek ve malzeme unsurlarındaki artışın bedele yansıtılacağı kaydını içeren götürü ücrete, global götürü ücret denilmektedir. Global götürü ücret, sabit götürü ücretin bir türü olmakla birlikte sözleşmede pahalılık zammı ve fiyat farkı ödenmesi yüklenici lehine saklı tutulmaktadır. Taraflarca sözleşmeye maliyetlerdeki artışın yanında azalmanın da bedele yansıtılacağı kaydı konulabilir. Esasında global götürü ücrette, sabit ücret karakteri bizzat sözleşme ile bozulmaktadır²⁴².

Götürü sabit ücret ile global götürü ücret arasındaki tek fark, global götürü ücrette ayrıca fiyat farkı ödenmesi götürü sabit ücrette ise bunun ödenmemesidir²⁴³.

2.2.1.1.4. Sabit Birim Fiyatlı Götürü Bedel

Sabit birim fiyatlı götürü bedel, toptan götürü bedelin bir uygulama çeşididir. Sabit birim fiyatlı bedelde, eserin meydana getirilmesinde kullanılan birimlerin bedeli önceden kesin olarak belirlenir. Bedel yapılan işe ve kullanılan malzemeye göre belirlenir. Yüklenicinin yaptığı iş miktarı ölçülerek, tartılarak, sayılarak bazen de tahmini olarak hesaplanır. Örneğin inşaatla kullanılacak demirin kilosu, yapılacak sıvanın metre karesi, doğramanın metre küpü şu kadar dolardan ödenecek şeklinde kararlaştırılmışsa durum böyledir. Sabit birim fiyatlı götürü bedele daha çok kamu kuruluşlarının inşaat yapım ihalelerinde rastlanmaktadır²⁴⁴.

Kamu kuruluşlarının inşaat yapım ihalelerinde, inşaatteki her bir kalemin rayiç bedeli her yıl tespit ve ilan edilen fiyat analizleri yardımıyla belirlenir, inşaat işlerinin

²⁴¹ Mamük, s. 36; Yarg. 15. H.D. 13. 05. 1992 gün ve E. 1992/ 6064, K. 1992/ 2535 kararına göre: "Götürü bedel ile yapılan eser sözleşmelerinde, yüklenicinin alacağı BK' nın 366. maddesine göre değil, inşaatın gerçekleştirilen fiziki oranına göre belirlenir. Yapılan kısmın işten el çekme tarihi itibariyle tüm esere göre fiziki oranı bulunarak, bu oran götürü bedeli olan 17.500.000 bin liraya uygulanarak yüklenicinin alacağı bulunur ve bu alacaktan, ihtilafsız olan ödemeler düşünerek tarafların alacak borç miktarları bulunur".; Yine Yarg. 15. H.D.'nin 19. 06. 2002 gün ve 2002/ 1799 - 3309 sayılı kararında "Taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan bedel götürüdür. Bu haliyle kararlaştırılan bedele göre, fesih tarihinde yüklenicinin yaptığı iş miktarının, yapacağı işe göre oranının saptanması, bulunacak, oranın götürü bedele yansıtılması suretiyle hak kazanılan bu ücretin bulunması gerekirken, birim fiyatlarla hazırlanmış raporla bağlı kalınarak, sonuca gidilmesi doğru olmamıştır" ifadelerine yer verilmiştir .www.karara.com (e. t. 08. 01. 2018)

²⁴² Büyükkay, s. 165.

²⁴³ Büyükkay, s. 165.

²⁴⁴ Büyükkay, s. 165; Eren, Özel, s. 659.

poz numaraları ile birlikte fiyat cetvelleri bir liste halinde hazırlanır. Hazırlanan listeler sözleşmenin eki olarak imzalanır. Yüklenici sözleşmenin eki olarak imzaladığı bu listedeki birim fiyatların gerçeği yansıtmadığı gerekçesi ile yeniden değerlendirilmesi talebinde bulunamaz. Federal mahkeme bir kararında ihaleye katılarak fiyat teklifinde bulunan yüklenicinin, fiyatların hesaplanmasında hata yapıldığını ileri süremeyeceğini, TBK m. 31 gereği hataya veya karşı tarafın sözleşme öncesi kusuruna dayanılamayacağını, tarafların birim fiyat hesabını birlikte yapmadıklarını, yüklenicinin yaptığı hesap hatasından, hesabın nasıl yapıldığını bilmeyen iş sahibinin sorumlu tutulamayacağını belirterek, yüklenicinin talebini reddetmiştir. Birim fiyatlarındaki yanlışlık sonradan ortaya çıkan bazı verilere dayanılarak ortaya çıkmış ise temel hatasına değil TBK m. 480/ II hükmüne dayanılabileceği kabul edilmektedir²⁴⁵.

Taraflar arasında uyuşmazlık yaşanır, birim fiyatların varlığını ve birim miktarını ispat külfeti yüklenicidedir. Zira bundan fayda sağlayacak olan yüklenicidir. Birim fiyatlara ilişkin liste ve tutanaklar kesin delil sözleşmesi niteliğindedir²⁴⁶.

Sabit birim fiyatlı bedelde toptan götürü bedelden farklı olarak, meydana getirilecek eserin karşılığı ödenecek miktar değil her bir birimin miktarı sabittir. Her iki bedel türünde de maliyetin ve kârın az ya da çok olması önemli değildir. Toptan götürü bedelde harcanacak birim miktarı önemli değilken, sabit birim fiyatlı bedelde işin özenli ifasının gerektirdiği miktardaki birimin karşılığı olan bedel istenebilir. Birim miktarı sözleşmenin başında belirli olmasa da belirlenebilir niteliktedir. İşin özenli ifasının kapsamını aşan miktar ise yüklenicinin eser karşılığında alması gereken bedelin belirlenmesinde dikkate alınmaz. Taraflar arasında kullanılan birimin işin özenli ifası kapsamında yer alıp almayacağı konusunda anlaşmazlık çıkarsa, yüklenici kullanılan birimin işin özenli ifası için gerekli olduğunu ispat etmekle yükümlüdür²⁴⁷.

Sözleşmenin tarafları uygulamada toptan götürü bedel ile birim fiyata dayalı götürü bedelin bazı unsurlarını bir araya getirerek, karma götürü bedel yöntemleri de oluşturabilmektedirler²⁴⁸.

²⁴⁵ Zevkliler/ Gökyayla, s. 420

²⁴⁶ Zevkliler/ Gökyayla, s. 420; Eren, Özel, s. 659.

²⁴⁷ Zevkliler/ Gökyayla, s. 421.

²⁴⁸ Eren, Özel, s. 659.

2.2.1.1.5. Götürü Bedelin Değiştirilememesi Kuralı Ve İstisnaları

Eser sözleşmelerinde taraflarca kararlaştırılan götürü bedel kural olarak değiştirilemez. Taraflar arasında, kararlaştırılan götürü ücret bağlayıcıdır. Yüklenici götürü olarak tespit edilen bedeli, yüklendiği edimi ifa etmek; iş sahibi de bunun karşılığında sadece kararlaştırılan bedeli ödemek zorundadır. İş sahibi bu ücretin çoğunu ödemekle yükümlü olmadığı gibi daha azını da ödeme hakkına sahip değildir. Götürü bedel eserin maliyetinden ve eserin niteliğinden bağımsız olduğundan, sözleşmenin kurulduğu zamana göre daha sonra işçilik, maliyetlerdeki artışlar, azalma taraflara değişiklik hak ve yetkisi vermez²⁴⁹.

Tarafların önceden kesin olarak tespit ettikleri götürü bedel, işin başında sabit ve kesin olarak belirlendiği için, eser daha yüksek maliyetle meydana getirilse dahi yüklenici bedelin artırılması talebinde bulunamaz. TBK m. 480/ III “Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür”. Maliyet artışlarındaki riske yüklenici katlanmak zorundadır. Aynı şekilde eser, başlangıçta tarafların tahmin ettiğinden daha az emekle meydana getirilmiş olsa dahi iş sahibi bedelin indirilmesi talebinde bulunamaz, kararlaştırılan bedelin tamamını ödemek zorundadır. Eserin daha az maliyetle meydana getirilmesinden yüklenici faydalanır²⁵⁰.

Bedelin götürü bedel olarak kararlaştırıldığı eser sözleşmelerinde, bedelin değiştirilmezliği kuralı mutlak değildir. İş sahibi ya da yüklenici bazı istisnai hallerde ücretin değiştirilmesini talep edebilir²⁵¹.

Götürü bedelin değiştirilememesi kuralının istisnaları;

a) Sözleşmenin kurulmasından sonra olağanüstü bir durumun ortaya çıkması

TBK m. 480/II’ e göre; “Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin

²⁴⁹ Büyükkay, s. 166.

²⁵⁰ Büyükkay, s. 168; Yarg. 15 H.D . 10. 06. 2002 tarih, 946/ 3107 sayılı kararı “ Taraflar arasındaki uyuşmazlık 16. 06. 2000 tarihli Yalova, Subaşı 2. Bölge’de yapılacak 528 adet konutun anahtar teslimi 5. 068. 800. 000. 000 TL. bedelle, yapımına ilişkin sözleşmeden kaynaklanmıştır. (BK. 365. m.) Kural olarak ücretin götürü olarak tespiti, ücret miktarının kısmen veya tamamen, yüklenicinin işe başladıktan sonra fiilen yaptığı giderlere veya eserin ortaya çıkınca taşıdığı bağlı tutulmamasını şart kılar. Götürü pazarlıkta yüklenici yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla emek ve gideri gerektirse bile, yüklenici bedelin arttırılmasını isteyemez”. www.karara.com. (e. t. 09. 01. 2018)

²⁵¹ Büyükkay, s. 168.

yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediğı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürürlük kurallarının gerektirdiğı durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir”.

Bu düzenleme ile götürü bedelin mutlak olmadığını kabul edilerek, sözleşmenin kurulmasından sonra olağanüstü durumların ortaya çıkması halinde bedelin artırılmasını veya sözleşmenin feshedilmesi hakkının sadece yüklenici açısından mümkün olduğunu görmekteyiz. Oysa sözleşmenin kurulmasından sonra eserin maliyetleri olağanüstü durumdan dolayı çok düşmüş olabilir, taraflarca kararlaştırılan iş sahibinin ödeyeceğı bedel ile yüklenicinin edimi arasında iş sahibinin kabul etmesi beklenmeyecek derecede bozulmuş olabilir. Böyle bir durumda karşılıklı edimler arasında, iş sahibi aleyhine bir oransızlık oluşmuştur²⁵².

Tarafların götürü ücret türünü tercih ettikleri, riziko paylaşılmasını kabul ettikleri, sabit ücrette söz konusu olan yukarıda belirtmiş olduğumuz durumlarda iş sahibinin ücrette indirim isteyip isteyemeyeceğı doktrinde çok tartışılmış ve sonuçta TBK m. 480/ II hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle iş sahibinin ücretten indirim talep edebileceğı kabul edilmiştir²⁵³.

İşlerin olağan gidişine göre öngörölemeyen, havaların olağanüstü derecede bozuk olması gibi doğal olaylar ya da çok uzun süren grev nedeniyle işçilerin çalıştırılamaması, savaş gibi nedenlerden dolayı malzeme fiyatlarındaki aşırı yükselme, sözleşme yapılırken mevcut ve gündemde olmayan fakat daha sonra konulan yükleniciye çok ağır gelecek vergiler, arsanın özenle incelenmesine rağmen sonradan elverişsiz olduğunun ortaya çıkması gibi doğal, sosyal, teknik ve ekonomik olaylar söz konusu olabilir. Önceden tahmin edilememe, aynı meslek alanında yaygın görüşlere ve yetkili kişilerin ortalama düşünce tarzına göre objektif olarak belirlenir. İşin uzmanı olmayan iş sahibinin değil işin uzmanı olan yüklenicinin öngörme olanağına bakılır, işin uzmanı olan iş sahibi, yükleniciye bir fiyat bildirmişse böyle bir durumda yüklenicinin öngörüsü aranmaz²⁵⁴.

Tarafların öngörebilecekleri fakat meydana gelmeyeceğini kabul ettikleri olağanüstü olaylar meydana gelirse, iyi niyet kuralları gibi bu olayların ortaya çıkması kabul edildiğı takdirde sözleşmenin yapılmamasını gerektiriyorsa, bu olaylar bedeli artırma veya fesih sebebi olarak göz önüne alınabilmektedir. Örneğın baraj yapılacak

²⁵² Büyükay, s. 170.

²⁵³ Büyükay, s. 170.

²⁵⁴ Tandoğan, Özel II, s. 240.

tabandaki sondajlardan arazinin su geçirmezlik derecesi doğru olarak tespit edilmemiş veya bir yapının temel kazısında önceden tespit edilemeyen büyük yeraltı suları ortaya çıkması gibi²⁵⁵.

Burada sözleşmenin gerekli unsurlarında temelinde hataya benzer bir durum vardır. (TBK m. 31 b. 4) Taraflar, masrafları arttırabilecek bazı hallerin ortaya çıkabileceğini öngörmekte, fakat yaptıkları incelemelerde böyle şeyin ortaya çıkmayacağı sonucuna varıp bu sonuca göre açıkça veya zımnıen götürü ücreti tespit ederek anlaşılmaktadır. Ancak daha sonra öngörülmesine rağmen meydana geleceğine ihtimal vermedikleri olay meydana geldiğinde yanılmış olduklarını görmektedirler. Federal Mahkeme bir kararında, yüklenici fiyatı tespit ederken sonradan ortaya çıkan bazı verilere dayanmamışsa, temel hatasını düzenleyen TBK. m. 31 b. 4' e değil, daha özel bir düzenleme olan TBK m. 480/ II' ye başvurulması gerektiğine karar vermiştir²⁵⁶.

b) Ortaya çıkan olağanüstü hal, eserin tespit edilen götürü ücretle tamamlanmasına engel olmalı veya aşırı derecede güçleştirmiş olmalıdır. Hâkim halin icabına göre, masrafların artmasının rizikosunun yükleniciye yüklenip yüklenmeyeceğini kendisi takdir edecektir. Burada mutata riziko değil asıl olan aşırı riziko (*Superrisiko*) söz konusudur; sözleşmeyi aynen uygulamanın yüklenici açısından doğuracağı zarar ile iş sahibi için doğuracağı zarar arasında aşırı bir oransızlık olup olmadığı tartışılmalıdır. Sözleşmeye devam etmenin, yüklenicinin iktisaden mahvına sebep olması şart değildir. Yüklenicinin hiç kâr etmemesi de ücretin arttırılması için yeterli bir sebep değildir²⁵⁷.

²⁵⁵ Tandoğan, Özel II, s. 242.

²⁵⁶ Tandoğan, Özel II, s. 242 "Federal Mahkemenin bahsi geçen kararındaki olayda, bir merdiven tırabzanının yapımını üstlenen yüklenici inşaata gidip merdivenin döner biçimde, olduğunu görmeden düz merdivene göre fiyat vermiştir"; Eren, Özel, s. 663, 664.

²⁵⁷ Tandoğan, Özel II, s. 244, 245; Yarg. 15. D. 11. 06. 1974, E. 548/ K. 538 sayılı kararı; "Tacir niteliği bulunan davacının tedbirli davranması yasanın ona yüklediği bir ödev olup, böyle bir işe girişmeden önce yerinde, gerekli ön çalışmaları yapması ve ona göre ihaleye girmesi gerekirdi. Sözleşmede "müşkülât ve su çıkması zammı" ödeneceğinin kararlaştırılmamasının sonuçları ile bağlı tutulmayı, sözleşmeye imzalamakla kabul etmiş demektir. Üstelik, su çıkması yüzünden, davacının kullanmak zorunda kaldığı giderlerin derecesi, sözleşme konusu eserin kapsamı göz önünde tutulunca, eserin meydana gelmesine engel olma ya da aşırı derecede güçleştirme koşulunun olayda gerçekleşmediğini kanıtlar. Öyle ki, kâr kadar zarar etme olasılığı, ticari hayatın gereğindendir. Davacının ihalenin bedeli olan 659.414.01 liranın içinde, öngördüğü kâr da vardır. Su çıkması yüzünden 105.232 lira istendiğine göre, bu tutar zararı olsa bile 659.414.01 liranın kapsamındaki kâr göz önünde tutulunca, ihalenin tümü yönünden davacının aşırı derecede bir zarara uğrayabileceği asla kabul edilemez. O kadar ki, davacı, bu işin tümünden elde edebileceği kârın, su çıkması nedeniyle ek olarak 105. 232 liranın ödetilmesini istemiştir. Öbür yandan Borçlar Yasasının 36/ 2 maddesinde iki koşulun gerçekleşebilmesi, ortaya çıkan güçlüğün mutata müteahhit rizikosu içinde sayılabilecek cinsten olmamasına bağlıdır. Oysa "her türlü zeminde çukur açmak, direk dikmek" işinin böyle bir rizikoyu taşıyabileceği olayların normal akışına bakılarak ve hayat tecrübesine dayanılarak kabul edilmek gerekir.

c) Olağanüstü hallerin ortaya çıkması yükleniciye isnat edilmemelidir. Ek masraflara dayalı edimler arası “olağanüstü oransızlığa” yol açan “olağanüstü hallerin” yükleniciye yüklenmemesi gerekir. Bu nedenle fiyat artışının yüklenicinin, alt yüklenicinin kusurlu davranışından veya yüklenicinin gevşek ve özensiz hazırlık veya iş görme faaliyetinden doğması; TBK m. 480/ II’ yi uygulanmaz kılar²⁵⁸.

d) Taraflar fesih veya bedelin arttırılması yönüne gidilemeyeceğini sözleşmede kararlaştırmamış olmalıdırlar. Şu halde taraflar, TBK m. 480/II’ nin aksine geçerli olarak sözleşme yapabilirler. Örneğin olağanüstü hallerden dolayı malzeme fiyatlarında artış olsa dahi yüklenicinin bedel arttırılması talebinde bulunamayacağı sözleşmede kararlaştırılabilir²⁵⁹.

Yüklenicinin TBK m. 480/ II’ deki haklarından feragat ettiğini ispat külfeti iş sahibine aittir. Taraflar sözleşmede “değiştirilemez fiyatlar” veya “sabit fiyatlar” gibi deyimler kullanmışlar ise bu feragatın kabulü için yeterli değildir²⁶⁰.

TBK m.480/ II’ nin uygulanması için şartlar gerçekleştiğinde, yüklenici hâkimden “sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme” hakkına sahiptir. Talep üzerine hâkim sözleşmeyi yeni şartlara uyarlayacaktır. Yüklenicinin bu talebi hiçbir şekilde sözleşmenin sona erdirilmesi anlamına gelmez. İş sahibinin uyarlama talebi ise TBK m. 138 hükmüne dayanmaktadır²⁶¹.

Yüklenicinin, uyarlama talebi üzerine hâkim çoğu zaman bedel artırımını şeklinde karar vermektedir. Ancak hâkim, iş görme süresini uzatmak veya yüklenicinin iş görme miktarını (edimini) azaltmak şeklinde de karar verebilir. Ancak yüklenicinin uyarlama talebini değerlendiren hâkim, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasının mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemeyeceği sonucuna varırsa, bu sonucun tespitine dair tespit hükmü vermekle yetinir. Uyarlamayı gerçekleştiremeyen hâkim, kendiliğinden sözleşmenin geçmişe ve ileriye etkili olarak sona ermesi yönünde karar veremez. Dönme veya fesih kararı verme yetkisi yükleniciye aittir. Yüklenici uyarlama talebinde bulunma hakkını kullanmadan dönme ve fesih hakkını kullanamaz²⁶².

İşte yukarıda anlatılanlar ışığı altında davacının Borçlar Yasasının 365/ II maddesi hükmünden yararlanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır". (Yayınlanmamış)

²⁵⁸ Gümü, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, İstanbul, 2014, s. 93.

²⁵⁹ Tandoğan, Özel II, s. 247.

²⁶⁰ Tandoğan, Özel II, s. 249.

²⁶¹ Gümü, s. 94.

²⁶² Gümü, s. 94.

2.2.1.2. Yaklaşık Bedel (Değere göre bedel)

2.2.1.2.1. Genel Olarak Yaklaşık Bedel

Bedel eser sözleşmesinin objektif esaslı (zorunlu) unsuru olmasına rağmen, miktarı esaslı unsur değildir. Dolayısıyla, tarafların eserin bir bedel karşılığında yapılacağını açık veya örtülü olarak kararlaştırmış olmaları sözleşmenin geçerli olarak meydana gelmesi için yeterlidir²⁶³.

Taraflar sözleşmede ödenecek bedel miktarını önceden kesin olarak belirleyebilecekleri gibi, yaklaşık olarak da belirleyebilirler. Tarafların yaklaşık olarak belirledikleri bedele yaklaşık bedel denir. Yüklenicinin lehine olan yaklaşık bedel iş sahibinin aleyhinedir ve bedel riski iş sahibine aittir²⁶⁴.

Eser sözleşmesinin taraflarınca TBK m. 481 anlamında yaklaşık bedel kararlaştırılmışsa, ödenecek bedel ile ilgili bir anlaşma mevcut değildir. Belirlenen yaklaşık bedelin temel işlevi; bedel niteliği taşımayan ve bağlayıcılığı bulunmayan, eser sözleşmesinin kurulmasına yol açtığı ölçüde, tarafları sözleşmeyi yapmaya yönelten “saik niteliğinde” bir işlem temeli oluşturmaktan ibarettir. Yaklaşık bedel, bu anlamda sağlam bir bedel tahmininden öteye geçmemektedir. Taraflar yapılacak işin değerini ve masrafları aşağı yukarı tahmini olarak belirleyip sözleşmeyi yapmaktadırlar. Tarafların keşif bedelinden hareketle yaptıkları anlaşmada, yükleniciye ödenecek tutar kesin ve net olmadığından, bedel tutarı TBK m. 481 uyarınca işin değeri ve yapılan giderlere göre belirlenecektir. Tarafların yaklaşık masraf tahminine dayalı (yaklaşık bedel üzerinden) eser sözleşmesini yapmalarının ek işlevi, iş sahibine işin görülmesi sırasında yaklaşık keşif bedelinin aşırı aşılması halinde işlem temelinin çökmesi nedeniyle TBK m. 482/I ve 482/II’ de öngörülen hukuksal olanaklardan yararlanma imkânı tanınmasıdır. Yaklaşık bedelin kararlaştırıldığı durumlarda, kesin bir bedel mevcut olmadığı için TBK m. 480/II’ nin kıyasen uygulanması mümkün değildir²⁶⁵.

2.2.1.2.2. Yaklaşık Bedelin Aşırı Oranda Aşılması

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

²⁶³ Eren, Özel, s. 671.

²⁶⁴ Eren, Özel, s. 671.

²⁶⁵ Gümüüş, s. 81.

Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılıyorsa iş sahibi bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir”.

TBK m. 482, BK m. 367 ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) m. 3752 de olduğu gibi, yaklaşık gider tahmininin aşılması halinde değil yaklaşık bedelin aşılması halinde iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. İş sahibinin sözleşmeden dönmesi için başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen masraf tahmininin değil, yaklaşık masrafın aşırı şekilde aşılmış olması gerekmektedir²⁶⁶.

İş sahibinin TBK m. 482/ I’ in “yaklaşık bedelinin aşırı ölçüde aşılması hali için” TBK m. 482/II’ nin kapsamına girmeyen eserlerde, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır²⁶⁷.

İş sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için bazı şartların bulunması gerekmektedir;

-Taraflar sözleşmeyi yaparken aralarında yaklaşık bir bedel belirlemiş ve bu bedel üzerine anlaşmış olmalıdırlar. Yaklaşık bedelden kastedilen, eserin muhtemel maliyeti hakkında fikir vermeye yarayan değil iş sahibinin, iş tamamlandığında yükleniciye ödeyeceği gerçek bedeldir. Yaklaşık bedel, gider tahmininin aksine tarafları bağlar²⁶⁸.

-Yüklenici TBK. m. 482/ I’ in “aşırı ölçüde aşılabacağı anlaşılırsa” şeklinde vurguladığı gibi, yaklaşık bedelini “aşırı” bir şekilde aşmış olmalıdır. Neyin aşırı gider olarak kabul edileceği konusunda kesin bir ölçü yoktur, ancak kural olarak aşırı olmayan yani tolerans sınırının (kural olarak %10) altındaki gider artışlarının yükleniciye ait olacağı, böyle hallerde TBK m. 482/ I deki kuralın uygulanamayacağı kabul edilmektedir²⁶⁹.

-İş sahibinin TBK. m. 482/I’ deki sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, yüklenicinin bu artışta kusurlu olması şart değildir. Öğretide bazı yazarlar ve İsviçre Federal Mahkemesi aşırılığın tespitinde TBK m. 482’de düzenlenmeyen subjektif bir şartı TBK m. 32’ ye paralel olarak kabul etmektedir. Buna göre “iş sahibi, sözleşme kurulurken eserin, beklediğinden çok daha pahalıya meydana

²⁶⁶ Eren, Özel, s. 674.

²⁶⁷ Gümüş, s. 82; Eren, Özel, s. 673.

²⁶⁸ Eren, Özel, s. 674.

²⁶⁹ Gümüş, s. 83; Tunçomağ, s. 1067; Eren, Özel, s. 674.

getirilebileceğini bilseydi, eseri hiçbir şekilde yaptırmayacaktı, denilebiliyorsa, yaklaşık bedelin aşılmasından bahsedilir”²⁷⁰.

- Yaklaşık bedelin aşırı aşılmasına iş sahibi sebep olmamalıdır. Artış ile iş sahibinin davranışı, özellikle verdiği bir talimat arasında illiyet bağı varsa iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz. Doktrinde illiyet bağı bulunduğu takdirde iş sahibinin kusurlu olma şartının aranmayacağı kabul edilmektedir. İş sahibinin talimatına gösterilebilecek en çok rastlanan örnek, proje değişikliği ve iş artışı talebidir²⁷¹.

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi, ayrıca yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılmasına ve yüklenicinin isteklerine onay vermemesine bağlıdır. Yüklenici yaklaşık bedelin aşırı derecede artacağını fark ettiğinde iş sahibine hemen haber vermelidir, yüklenicinin bu yükümlülüğü özen borcundan kaynaklanmaktadır²⁷².

İş sahibinin bozucu yenilik doğuran hakkı olan TBK m. 482/I’ deki sözleşmeden dönme hakkı, bir yenilik doğurucu işlemle kullanılması ile birlikte eser sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Dönme hakkını kullanan iş sahibi, uğradığı zararın, TBK m. 35’e paralel olarak, yaklaşık bedelin aşırı aşılmasında kusuru bulunan yükleniciden tazmin edilmesini isteyebilir²⁷³.

2.2.1.2.3. Yaklaşık bedelin aşılmasında iş sahibinin hakları

Yaklaşık bedelin aşılmasında iş sahibine tanınan haklar, eserin iş sahibinin arsası üzerine yapılıp yapılmamasına göre değişir.

2.2.1.2.3.1. Eser iş sahibinin arsası üzerine yapılmışsa

- İş sahibinin arsa veya arazisinde yapılan yapılarda üst arza tabidir kuralı gereği yapı iş sahibinin mülkiyetinde olacağından, iş sahibi ancak bedel indirimi veya hakkaniyete uygun olacak uygun bir bedel karşılığında sözleşmenin feshini isteyebilir. İş sahibi, kusurlu yükleniciden tazminat da talep edebilir. TBK m. 482/ II uygulaması bakımından sözleşmeden dönme hakkına yer yoktur²⁷⁴.

²⁷⁰ Gümüş, s. 83.

²⁷¹ Eren, Özel, s. 675.

²⁷² Eren, s. 675.

²⁷³ Gümüş, s. 85.

²⁷⁴ Gümüş, s. 85; Erzurumluoğlu, s. 134,

İş sahibi, bedelden indirim ve sözleşmeyi feshetme hakkı arasında seçimlik hakka sahip olup, hâkim iş sahibinin haklar arasındaki seçimiyle bağlıdır, talep dışı karar veremez²⁷⁵.

- İş sahibinin, bedelden indirim isteme hakkı; İş sahibinin bedelden indirim istemesi halinde, indirim tutarını hâkim takdir eder. Öğreti ve yargı uygulamasında indirim tutarı kural olarak tolerans sınırı ile yaklaşık keşif bedelini aşan miktar arasındaki fark, yarı yarıya iş sahibi ile yükleniciye paylaştırılması ile bulunur. Bu kural kesin bir kural olmayıp, somut olaya göre tolerans sınırı ile yaklaşık keşif bedelini aşan miktar arasındaki farkın yarıdan fazlası ya da azı yükleniciye yüklenebilir²⁷⁶.

- İş sahibi, kusurlu olarak, yaklaşık bedeli aşırı aşan yükleniciden tazminat talep edebilir.

- İş sahibinin sözleşmeyi fesih hakkı; İş sahibi, arsası üzerine yapılan eser henüz tamamlanmamışsa, tamamlanan kısım için hakkaniyet uygun bir bedel ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir. Eser tamamlanmışsa iş sahibi sözleşmeyi feshetme hakkına sahip değildir. İş sahibinin fesih hakkı, nitelik olarak, geleceğe yönelik, yenilik doğurucu bir haktır²⁷⁷.

Aşırı bedel artışı, yüklenicinin kusurlu davranışı nedeniyle meydana gelmiş ve bu aşırı bedel artışı nedeniyle iş sahibi sözleşmeyi feshetmek zorunda kalırsa, uğramış olduğu zararın yükleniciden tazminini isteyebilir. Burada kastedilen zarar menfi zarardır²⁷⁸.

2.2.1.2.3.2. Eser İş Sahibinin Arsası Üzerine Yapılmamışsa

Eser, iş sahibinin arsası üzerine yapılmamışsa, iş sahibi eser tamamlanmadan ya da tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir. Böyle bir durumda iş sahibi bedelden uygun bir miktarın indirilmesi talebinde bulunamaz²⁷⁹.

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi nitelik olarak yenilik doğurucu bir haktır. İş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullandıktan sonra bundan geri dönemez, bu hakkı şarta bağlayamayacağı gibi kötüye de kullanamaz. Sözleşmeden dönme, sözleşmeyi ortadan kaldırmadığı gibi varlığına da dokunmamaktadır, sadece içeriğini değiştirmektedir. Dönme neticesinde taraflar henüz ifa etmedikleri borçlarını ifa

²⁷⁵ Eren, s. 676.

²⁷⁶ Gümüş, s. 86.

²⁷⁷ Eren, Özel, s. 677.

²⁷⁸ Eren, Özel, s. 677.

²⁷⁹ Eren, Özel, s. 677.

etmeyecekleri gibi sözleşme gereği aldıklarını da karşı tarafa iade etmekle yükümlüdürler. Tarafların iade borcunun tabi olduğu zamanaşımı süresi 10 yıldır²⁸⁰.

Eser tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönülmüş ve eser teslim edilmişse, iş sahibi TBK m. 482/ II kıyas yoluyla uygulanarak hakkaniyet gereği sözleşmede kararlaştırılan bedelin yükleniciye ödenmesi gerekmektedir²⁸¹.

2.2.1.3. Taraflar Sözleşmede Bedel Tutarını Belirlememişlerse

Taraflar sözleşmede ödenecek bedelin tutarını belirlememişlerse veya yaklaşık olarak belirlendiği hallerde yükleniciye ödenmesi gereken bedel tutarı, TBK m. 481 gereği, işin değeri ve yüklenici tarafından yapılan giderlere göre belirlenir. TBK m. 481’de “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir” şeklinde ifade edilmiştir²⁸².

TBK m. 481 hükmü incelendiğinde “işin değeri” kavramı kullanılması gerekirken “eserin değeri” kavramı kullanılmışsa da eserin değeri kavramını gördüğümüzde işin değeri olarak anlamamız gerekmektedir²⁸³.

Bedel yaklaşık olarak dahi belirlenmemişse, daha sonra yapılan işin değeri ve yapılan masrafa göre tayin edilen ücret, beklenenden fazla olsa bile iş sahibi bu ücreti ödemek zorundadır. Böylece götürü ücrette, giderlerin ücretten fazla olmasının rizikosunu kural olarak yüklenici, yaklaşık keşif bedelinde ise (yaklaşık bedel) ücretin ancak makul oranda aşılması rizikosunun iş sahibine ait olmasına karşılık, bedelin önceden hiçbir şekilde belirlenmediği, sonradan işin değeri ve masraflara göre tayin edilen ücretin fazla olmasının rizikosu tamamen iş sahibine aittir²⁸⁴.

Eser sözleşmelerinde bazen taraflar ücretin miktarının ne olacağını ilerideki bir anlaşmayla tespitini saklı tutarlar ve bu saklı tutmanın eser sözleşmesinin bağlayıcı olarak kurulmasını engellemediğini kabul ederler. Bu engellememe açıkça kararlaştırılmamış olsa bile, bedel miktarı hususunda ilerideki anlaşmanın saklı tutulması, bu noktanın sübjektif bakımdan esaslı sayılmaması karine oluşturur. Taraflar ileride bedel miktarı konusunda anlaşamazlarsa, hâkim “işin mahiyetine bakarak” bedel

²⁸⁰ Eren, Özel, s. 678.

²⁸¹ Eren, Özel, s. 678.

²⁸² Gümüş, s. 87; Aral/ Ayrancı, s. 420.

²⁸³ Gümüş, s. 87.

²⁸⁴ Tandoğan, s. 298.

tain eder ve çoğu zaman TBK m.481' ye göre bedelin tayini işin mahiyetine daha uygun düşer²⁸⁵.

2.2.1.4. Bedel Ödeme Zamanı Yeri Ve Tabi Olduğu Zamanaşımı

TBK m. 479 bedelin muacceliyeti başlığı altında “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” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, yüklenicinin bedel alacağı eserin tesliminden önce (tamamlanması anında) ya da daha sonra teslim anında muaccel olmaktadır. İş görme borcu doğuran sözleşmelerdeki önce işin görülmesi, sonra paranın alınması genel kuralı eser sözleşmelerinde de kabul edilmiştir²⁸⁶.

TBK m. 479/I deki düzenlemenin aksine sözleşme yapılabilir, taraflar bedelin bir kısmının ya da tamamının teslimden önce veya teslimden sonra ödenmesini kararlaştırabilirler. TBK m. 479/ I daha çok yüklenicinin büyük yatırımlar gerektirmeyen küçük el zanaatlarının meydana getirilmesi işleri için yapılan sözleşmelerde daha çok uygulanır. Büyük yatırımlar, kaynaklar gerektiren ve büyük giderler söz konusu olan makinaların yapımı veya yapı işlerine ilişkin eser sözleşmelerinde, iş sahibi eser bitmeden onun yapılması giderlerine katkıda bulunmasını öngören hükümlere yer verilir. Sözleşmede iş sahibinin ne zaman ne miktarda ödemelerde bulunacağı belirlenebileceği gibi belirlenmemişse teamül ya da genel teslim şartlarına göre tespit edilebilir. Eser sözleşmesinde, eser tamamlanmadan ileriye etkili olarak feshedildiği veya münfesihi olduğu istisnai hallerde eserin tamamlanmış kısmı için bedel alacağı, fesih açıklamasının ulaştığı anda ya da infisah anında muaccel olur²⁸⁷.

Yüklenicinin bedel alacağının muaccel olabilmesi için, eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun şekilde tamamlanarak teslim edilmiş gerekir. Eser ayıplı olarak teslim edilmek isteniyorsa, iş sahibi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini TBK m. 97 hükmüne kıyasen ileri sürmek veya ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına dayanmak suretiyle ayıp giderilene kadar bedel borcunu ödemekten kaçınabilir. İş

²⁸⁵ Tandoğan, Özel II, s. 298.

²⁸⁶ Yavuz, C, s. 542; Karadaş, s. 328; Aral/ Ayrancı, s. 422.

²⁸⁷ Yavuz, C, s. 543.

sahibi böyle bir durumda ayıba karşı tekeffülden doğan, bedelin indirilmesini takas yoluyla ileri sürme hakkına sahiptir²⁸⁸.

Peşin ödemeli ve malzemesi yüklenici tarafından sağlanan taşınır eser teslimi sözleşmelerinde genel kabul gören görüş, iş sahibinin eseri muayene etmedikçe bedel ödemek zorunda olmadığı ve yüklenicinin eseri ödemeli olarak iş sahibine gönderme yetkisinin bulunmadığı yönündedir. Yapı işlerinde yüklenici ayıbı kabul etmiş ve iş sahibiyle bu ayıbın giderilmesi hususunda anlaşmış ise, tereddüt halinde bedel borcunun ödenmesinin ayıpların giderilmesinden sonraya bırakıldığı kabul edilmelidir²⁸⁹.

Yüklenicinin bedel alacağı, muaccel olduğu günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar (TBK m. 147/b. 6). Yasada kabul edilen bu süre BİGŞ.'ne tabi yapı işlerinde kesin hesabın çıkarılması gününden itibaren işlemeye başlar²⁹⁰.

Yarg. 15. H. D. 11.02.1988, E. 1987/ 2052, K. 1988/ 494 sayılı kararında “Karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde zamanaşımı süresi alacağın muaccel duruma geldiği tarihten başlar. Bu gibi durumlarda zamanaşımı süresi beş yıldır”²⁹¹.

Eser sözleşmesinde bedelin ödeme (ifa) yeri, tarafların açık ya da zımni iradelerine göre belirlenir. Aksine anlaşma olmadıkça, TBK m. 89/I de “Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde” ifa edilir, genel hükmü eser sözleşmelerinde de geçerlidir²⁹².

2.2.2. İş Sahibinin Eseri Muayene Ve Ayıbı Bildirme Borcu (TBK m. 474)

TBK m. 474 “İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır”.

Yasa, tarafların isterlerse meydana getirilen eseri masrafları kendilerine ait olmak üzere bilirkişiye muayene ettirebileceklerini ve bu muayene sonucunu bir raporla tespit ettirme hakları olduğunu düzenlemiştir. Ancak taraflar isterlerse muayenenin nasıl yapılacağını ve muayene sonucu ayıp varsa hangi süre içerisinde ihbarın yapılacağını sözleşmede kararlaştırabilirler. Sözleşmede bu konuda açıklık yoksa somut olay ve koşulları dikkate almak gerekir. Eserin kabulünden sonra ortaya çıkan gizli ayıpların öğrenilir öğrenilmez ihbar edilmesi gerekir. (TBK m. 477) İş sahibinin eseri muayene

²⁸⁸ Yavuz, C, s. 543.

²⁸⁹ Yavuz, C, s. 544.

²⁹⁰ Yavuz, C, s. 544; Aral/ Ayrancı, s. 422;

²⁹¹ Günay, s. 1388.

²⁹² Yavuz, C, s.544.

ve ayıbı bildirme borcu, yüklenicinin garanti (tekeffül) borcunun doğması için bir koşuldur. Zira iş sahibinin eseri açık ya da üstü örtülü bir biçimde kabul etmesi, yükleniciyi kural olarak her türlü sorumluluktan kurtarır. Yüklenici, kasten sakladığı kusurlarından sorumludur. İş sahibi sonradan ortaya çıkan ayıbı öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirmek zorundadır. Aksi halde eseri ayıplı haliyle kabul etmiş sayılır²⁹³.

YGHK. “İşin gereğinden uzun bir süre geçmiş olması tekeffül borcunu kaldırabilir. Böyle bir durumda hileye dayanmadıkça, gizli ayıp iddiasında bulunulamaz”²⁹⁴.

Yarg. 15 HD, 04.03.2008, E. 2007/2157, K. 2008/ 1382 sayılı kararında “Ayıp bir malda sözleşme ve yasa hükümlerine göre, normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken işlerin olağan gidişine göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve kusurları varsa açık ayıpları yükleniciye derhal bildirmek zorundadır. Yüklenicinin kasten sakladığı ayıplarla, usulüne uygun yapılan gözden geçirmede fark edilmeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Ayıp, sonradan ortaya çıkarsa, yükleniciye derhal bildirilmelidir. İş sahibi bu yükümlülüğünü yerine getirmemişse, eseri zımnen kabul etmiş sayılır”²⁹⁵.

2.2.3. Yüklenicinin Garanti Verme Borcundan İş Sahibi Yararına Doğan Haklar

TBK m. 475 de, kusur halinde iş sahibinin hakları düzenlenmiştir. Yüklenicinin kullandığı malzeme, imal edilen ya da üretilen eserde ortaya çıkan ayıplar nedeniyle garanti verme borcu vardır ve bu borç genellikle alım satım sözleşmesinde olduğu gibidir (TBK m. 216 vd). Bununla birlikte TBK m. 475’ e göre, ortaya çıkan eser, iş sahibinin kabul edemeyeceği kadar kötü ve kusurlu ise, iş sahibi eseri kabulden kaçınabilir ya da sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme sözleşmeyi geriye etkili olarak bozma iradesi içerir, dolayısıyla alınanların iadesini gerektiren ani edimli borç ilişkilerinde söz konusu olur. İş sahibinin sözleşmeden dönme nedeniyle zararı varsa onu da talep etme hakkı vardır²⁹⁶.

Eserin kusurlu ya da sözleşmeye aykırı olması TBK m. 475/ I de belirtildiği derecede önemli değilse, iş sahibi eserin değerinin düşüklüğü oranında bedelin düşürülmesi ve eğer eserin onarımı ya da ıslahı büyük masraf gerektirmiyorsa,

²⁹³ Erzurumluoğlu, s. 134.

²⁹⁴ Erzurumluoğlu, s. 134.

²⁹⁵ Günay, s. 1383.

²⁹⁶ Erzurumluoğlu, s. 135.

yükleniciyi eseri onarmaya zorlayabilir. Ancak bunlar yüklenicinin kusurundan kaynaklanıyorsa, iş sahibi aynı zamanda zararının tazminini de isteyebilir²⁹⁷.

Eser iş sahibinin arsası üzerine yapılmış ancak niteliği gereği ortadan kaldırılması ve yıkılması (kal'î) fazla zarara sebep olacaksa, yüklenici kusurlu olmak şartıyla, iş sahibi yalnızca TBK m. 475/ II de öngörülen veya kendisine tanınan hakları kullanabilir. Meydana getirilen eserdeki ayıplar iş sahibinin emir ve direktiflerinden kaynaklı olarak ortaya çıkmışsa iş sahibi eserin kusurlu olmasından doğan haklarını kullanamaz. (TBK m. 476) İş sahibi, eseri açık ya da zımni olarak kabul etmiş (kabul fiili ve hukukî anlamda olmalıdır) ise bahsedilen hakları kullanamaz. Ancak yüklenicinin kasten sakladığı veya usulüne uygun olarak yapılan gözden geçirmede görülemeyen kusur ya da ayıplardan sorumluluğu devam eder²⁹⁸.

İş sahibi, eserin ayıplı olmasından kaynaklanan haklarını belirli bir süre içinde kullanmalıdır. TBK m. 478 de, yapılan işin ayıplı olması halinde iş sahibinin bu haklarını hangi süreler içinde kullanılacağı belirtilmiştir. Aynı zamanda TBK m. 147/ 6' da taşınmaz inşaatına ilişkin ayıp ve kusurlardan dolayı, iş sahibinin yükleniciye ve inşaatı görev alan mimar ve mühendise karşı talepte bulunması, işin teslim tarihinden itibaren başlayarak beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir²⁹⁹.

²⁹⁷ Erzurumluoğlu, s. 135.

²⁹⁸ Erzurumluoğlu, s. 136.

²⁹⁹ Erzurumluoğlu, s. 136.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN ÖZEN BORCU VE ÖZEN BORCUNA AYKIRI DAVRANMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Yüklenici üstlendiği edimleri, iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle hareket ederek ifa etmekle yükümlüdür³⁰⁰. TBK m. 471/ I- II, “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 meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır” hükmünü içermektedir. Yüklenicinin sadakat borcu ise özen borcuna göre daha geniş bir kavram olup, yüklenicinin iş sahibinin faydasına olacak şeyleri yapma, zararına olacak her türlü eylemden kaçınmasıdır. Örneğin sadakat borcu gereği, yüklenici eserin meydana getirilmesi için iş sahibi tarafından kendisine verilen iş sırlarını saklamalı, plan ve projeleri üçüncü kişilerin eline geçmesinin önleyecek şekilde korumalıdır³⁰¹.

İnceleme konumuz her ne kadar yüklenicinin özen borcu ve aykırı davranışın hukuki sonuçları ise de yüklenicinin özen borcunu da kapsayan ve daha geniş kapsamlı bir borç olan sadakat borcunu da kısaca irdelemek gerekmiştir.

Yüklenicinin özen borcu, eser sözleşmesinin kurulmasıyla başlar ve eserin iş sahibine teslimine kadar devam eder. Yüklenici eseri meydana getirirken, eseri teslim ederken iş sahibinin bütün menfaatlerini korumakla yükümlüdür. TBK. m. 471/ II hükmü gereği yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenirken, benzer alanlardaki işleri yüklenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır. Yüklenici aynı zamanda tacir ise, işinin ehli ve basiretli bir tacir olarak, borçlandığı edimi fen ve sanat kurallarına, sözleşmeye, amacına uygun tamamlayarak teslim etmek zorundadır. Örneğin yüklenicinin işçisi, duvar boyama işini yapmaya başlamadan önce koruyucu önlemler almazsa ve iş sahibinin mobilyaları zarar görürse, iş sahibi özen borcuna aykırılık nedeniyle yüklenicinin sorumluluğuna gidebilir. Ayrıca TBK m. 472/ II ve III gereği, malzeme iş sahibi tarafından temin

³⁰⁰ Ürem, s. 46; Büyükay, s. 142.

³⁰¹ Ürem, s. 46.

edilmişse, yüklenici malzemeyi gereken özeni göstererek kullanmak ve bundan dolayı iş sahibine hesap vermek ve artan malzemeyi iade etmekle yükümlüdür³⁰².

3.1. Yüklenicinin Sadakat Borcu Kanuni Dayanağı Ve Görünüm Halleri

Bir eser meydana getirip teslim etmeyi üstlenen yüklenicinin, kural olarak iş sahibine sözleşme, kanunlar ve ahlaki değerler çerçevesinde eseri yapıp teslim etme sözü verdiği kabul edilmektedir. Bu söz kendisini yüklenicinin sadakat borcu olarak gösterir. Yüklenicin sadakat borcu TBK m.471/ I “Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu sadakat borcunun özellikle edimin ifası sırasında olması gerektiğini kabul etmişse de sadakat borcunun sözleşme öncesi, edimlerin ifası ve sözleşme sonrasında da varlığını kabul eden görüş dikkate alınarak, yeni düzenlemede belirtilmemiş olsa da ifa öncesi, ifa sırasında ve sonrasında da yüklenicinin sadakat borcunun varlığı kabul edilmelidir³⁰³.

Bu borç bir yandan kaynağını dürüstlük kuralında bulan, diğer yandan eser sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi oluşundan kaynaklanan bir borçtur. İş görme sözleşmelerinde de temel unsurlardan biri, kararlaştırılan işi yerine getirmekle yükümlü olan borçlunun işi görürken alacaklının menfaatlerine göre hareket etmekle yükümlü olmasıdır³⁰⁴. Sadakat borcu, iş görenin iş sahibinin yararına olan şeyleri yapmasını, zararına olan her türlü davranıştan kaçınmasını gerektirir. Vekâlet sözleşmesine ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu (İBK) m. 398’de, vekilin özen borcuyla birlikte sadakat borcundan da söz edilmiştir. Bu hüküm dilimize çevrilirken BK m. 390’ da hüsnü surette ifa, iyi bir surette ifa, deyimleri kullanılmış fakat sadık olarak ifa kısmı atlanmıştır³⁰⁵.

Sadakat borcu ile özen borcu arasında sıkı bir ilişki vardır. Özen borcunun sadakat borcunun bir sonucu olduğu öğretide olduğu gibi Yargıtay’ca da kabul edilmektedir³⁰⁶. Ancak sadakat borcu, özen borcundan daha kapsamlı bir kavram olup iş

³⁰² Ürem, s. 47.

³⁰³ Avcı, Ali; “**Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat Ve Özen Borcu**” TBB Dergisi, S. 119, 2015, Temmuz-Ağustos, s. 373-374

³⁰⁴ Gökyayla, K. Emre; “**Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin Sadakat Ve Özen Borcu**” Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ a Armağan, GÜHFD, Ocak- 2002, S.1, s.785.

³⁰⁵ Tandoğan, s. 49.

³⁰⁶ Yarg. 15. HD. , E. 1998/ 4289, K. 1999/ 115, T. 25. 01. 1999“Sözleşmede yer verilme dahi işin imar mevzuatına, fen ve teknik kurallara uygun yapılması zorunludur. Bu husus kamu düzeninden olup mahkemece de doğrudan gözetilecek hususlardandır. Somut olayda işin anılan kurallara uygun yapılmadığı, Mercince verilen durdurma kararı ve çeşitli aşamalarda alınan fenni bilirkişi görüşleriyle

sahibinin yararına davranarak zarar verici eylemlerden kaçınmayı kapsayan her türlü hareket ve davranışı ifade eder. Sadakat borcu çifte karakterli bir niteliğe sahip olduğu için yüklenicinin bir taraftan iş sahibinin menfaatine olan şeyleri yapmasını, diğer taraftan ise iş sahibinin zararına olanlardan kaçınmasını gerekir. Sadakat borcu ile özen borcu arasındaki ilişki, özellikle ifa sırasında daha belirgin olarak kendini gösterir. Bu aşamada özen borcu ile sadakat borcunun adeta ayırt edilemeyecek derecede iç içe girdiği, ifa aşamasından önceki veya sonraki dönemlerde ise genellikle özen borcunun değil, sadakat borcunun söz konusu olduğu belirtilmektedir³⁰⁷.

TBK m. 471’de yüklenicinin sadakat borcunun iki özel görünüm şekli düzenlenmiştir³⁰⁸.

Sadakat borcunun özel görünüm şekillerinden biri, malzemenin iş sahibi tarafından sağlanması halinde, yüklenici iş sahibine hesap vermek ve artanı da iade etmek zorundadır. Bir diğer görünüm şekli ise TBK m. 476 gereği, iş sahibinin verdiği talimatın uygun olmaması ve yüklenicinin bunu bilmesi halinde iş sahibini uyarmakla yükümlü olmasıdır. Yüklenicinin iş sahibini uyarmaması halinde borca aykırı davranması nedeniyle sorumluluğu söz konusu olacaktır. İş sahibi böyle bir durumda ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını ileri sürebilir, şartları oluşmuş ise tazminat da isteyebilir. Yüklenici uyarma yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen, iş sahibi talimatına uyulması konusunda ısrar eder ve yüklenici de iş sahibinin talimatı doğrultusunda hareket ettiği için bir zarar meydana gelirse yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkar. Eser, iş sahibinin talimatına uyulduğu için telef olursa, yüklenici yaptığı işin değerini ve masraflarının karşılığını isteyebilir. Yüklenici TBK m. 483/ II hükmüne göre, iş sahibinin sağladığı malzemenin ayıplı olması ve arsanın uygun olmaması halinde, yüklenici meydana gelebilecek zararlar konusunda iş sahibini uyarmakla yükümlüdür³⁰⁹.

sabit ve mahkemenin de kabulündedir. Sözleşme hükümlerine uyulması ise hukuk da temel ilke olan "ahde vefa" kuralı gereğidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur. Yüklenici, sözleşmeye uygun olmayan proje ve bu projeye aykırı iş yapmakla sadakat ve özen borcunu ağır biçimde ihmal etmek, davacıda var olan güveni kökünden sarsmakla kusurlu olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin imar kurallarına uymamakla da başka bir neden aranmaksızın kusurludur. Sadece bu nedenle dahi iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının varlığı ortadadır.” <http://www.hukuki.net> (e .t. 18. 01. 2018)

³⁰⁷ Avcı, s. 371; Karadaş, s. 139; Gökyayla, s. 787.

³⁰⁸ Tandoğan, s. 49.

³⁰⁹ Tandoğan, s. 50; Büyükay, s. 144; Yarg. 15. HD.,T. 22.3. 2010, E. 2009/ 1859, K. 2010/ 1605 sayılı kararında “Yüklenici tarafından eser hazırlanırken ya da iş yapılırken iş-eser sahibinin verdiği malzemenin kusuru olduğu anlaşılır veya eserin noktası noktasına düzenli olarak yani gereği gibi veya zamanında meydana getirilmesini tehlikeye koyacak başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenici, bu

Yüklenicinin sadakat borcu; imali kendisine bırakılmış şeylerin yapılmasında uygulanan, ilk kez ortaya çıkmış bir fikri, bir ihtira beratına konu olsun ya da olmasın, kendi hesabına kullanmamak ve başkasından da saklamak yükümlülüğü yükler, bu yükümlülük eser sözleşmesi sona erdikten sonra da devam eder. Keza yüklenici, bir inşaat için kendisine teslim edilmiş olan planları ve bunlardaki yeni fikirleri başka inşaatlarda kullanmamalıdır, aksine davranması hem planı veren iş sahibine karşı olan sadakat borcuna hem de planı çizen mimarın telif hakkına aykırı bir davranış olur ve aynı zamanda sorumluluğunun doğmasına sebep olur³¹⁰.

Sadakat borcunun eser sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devam etmesi gerektiğini yukarıda belirtmiştik, bu sözleşmenin art etkisinden kaynaklanmaktadır. Ancak sadakat borcunun devamında hukuksal menfaati bulunan iş sahibi bunu ispatlamakla yükümlüdür. Hatta sadakat borcu, sözleşme geçerli olmasa bile kabul edilmelidir. Dolayısıyla yüklenici; sözleşme irade sakatlığı, temyiz kudretinin yokluğu gibi nedenlerle geçersiz olsa bile öğrendiği sırları saklamakla, iş sahibinin zararına olabilecek davranışları yapmaktan kaçınmakla da yükümlüdür³¹¹.

Tandoğan³¹²; Yüklenici sadakat borcuna aykırı davrandığı için bir kâr elde etmişse, TBK m. 530 kıyas yoluyla uygulanarak, iş sahibi kârın kendisine devrini talep edebilir demektir.

Büyükcay³¹³; Yüklenicinin sadakat borcuna aykırı davranması kendisi için haksız bir kazanca sebep olmuş ise, bu durumda iş sahibi gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre yükleniciden tazminat talep etme hakkına sahiptir demektir.

durumu hemen iş-eser sahibine bildirmek, eğer bildirmezse, bunun sonuçlarına kendisi katlanmak zorundadır. Yanlar arasındaki sözleşmenin (2.) ve (12.) maddeleri hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; yüklenici davalı şirketin, Bayındırlık Bakanlığı Asansör Şartnamesi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Asansör Yönetmeliği hükümleri ile TSE'nin asansörle ilgili Genel Kaideler Bölümü (1,2.) ve (1,3.) maddelerinde geçen standart normlar ve açıklamalarına göre yüklendiği işin yapımını yüklediği görülmektedir. Ayıplı iş, sözleşme ve yasa hükümlerine göre eserde bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken unsurların bulunmasıdır. Eksik iş ise, hiç yapılmayan iştir. Özetle eksik ve ayıplı işlerin yapılan tanımı gözetilerek sözleşme hükümleri çerçevesinde ve fen ve sanat kurallarına göre yüklenici tarafından yapılan işin değerlendirilmesiyle hangi işlerin eksik, hangilerinin ayıplı iş olduklarının gerekirse yerinde keşif yapılarak, asansör işini bilir makine mühendisi aracılığıyla yaptırılacak inceleme sonucu mahkemece belirlenmesi gerekir. İşin uzmanı olan yüklenici davalının, özen borcuna uygun olarak objektif ölçüler içinde yüklendiği işi, davacı iş sahibinin kullanabileceği şekilde yapmakla ödevli olduğu gibi; az yukarıda açıklandığı üzere, sadakat borcu gereğince Borçlar Kanunu'nun 357. maddesi uyarınca genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse, bunun sonuçlarına da katlanmak durumundadır ”. <http://karara.com>. (e. t. 16. 01. 2018)

³¹⁰ Tandoğan, s. 50.

³¹¹ Avcı, s. 372; Gökyayla, s. 786.

³¹² Tandoğan, s. 51.

³¹³ Büyükcay, s. 145.

Örneğin iş sahibinin yükleniciye teslim ettiği plan, proje ve know- how' un iş sahibinin yükleniciye teslim ettiği başka bir işin imalinde kullanılması durumunda olduğu gibi.

Yüklenicinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarına şu örnekler verilebilir: Yüklenicinin iş sahibine ait fabrikasyon ve işletme sırlarını açıklaması, yüklenicinin iş sahibinin kendisine teslim ettiği yapı planını başka bir iş sahibinin yapı imal işinde kendisine aitmiş gibi kullanması, aynı şekilde iş sahibi için sır oluşturan bir tasarıma uygun olarak bir makine yapan yüklenicinin bir endüstriyel tasarım hakkı ile korunamayan tasarıma ilişkin olarak kendi adına tescil ettirmesi. Yüklenicinin aydınlatma yükümlülüğü de sadakat yükümlülüğünün en yaygın görünümlerinden birisini oluşturur³¹⁴.

3.1.1. Yüklenicinin Sadakat Borcuna Aykırı Hareket Etmesinin Hukukî Sonuçları

Yüklenicinin, sadakat borcuna aykırı davranmasının birtakım sonuçları vardır. İş sahibi, yüklenicinin sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesinden dolayı uğramış olduğu müspet zararının yüklenici tarafından tazminini talep edebilir³¹⁵. Müspet zarar, akdin hiç ifa edilmemesi ya da gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardır ve aynı zamanda kâr mahrumiyetini de içerir. Mesela şey vaktinde teslim edilseydi başkasına satılıp kâr elde edilecekken bu kârdan mahrumiyet, ya da şey başkasına satılmayacaksa onun kıymeti müspet zararı oluşturur³¹⁶.

İş sahibi, yüklenicinin sadakat yükümünü ihlal etmesi nedeniyle uğramış olduğu müspet zararının tazminiyle yetinebileceği gibi şartlar gerçekleşmişse haklı sebeple ve TBK m. 484 “İş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir” hükmü gereği yükleniciye tam tazminat ödemeksizin sözleşmeyi feshedebilir³¹⁷.

TBK m. 484 hükmü gereği; iş sahibi eser tamamlanmadığı sürece, o zamana kadar yapılmış kısmın bedelinin ödenmesi ve yüklenicinin bütün zararlarının tazmini şartıyla, her zaman sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Yasanın bu hükmü, sözleşme özgürlüğü prensibi ile işin yapılmasının yüklenici için sadece borç olduğu hak olmadığı, yüklenicinin faaliyetinin iş sahibinin yararına olmasından dolayı, iş sahibinin istediği zaman bu menfaattinden vazgeçebileceği düşüncesi ile açıklanmaktadır. Bu nedenle

³¹⁴ Gümüş, s. 48.

³¹⁵ Gümüş, s. 48.

³¹⁶ Tandoğan, Haluk, **Türk Mes' uliyet Hukuku**, İstanbul, 2010, s. 426.

³¹⁷ Gümüş, s. 48.

yüklenici o zamana kadar borcuna uygun ve özenle işini yapmış olsa bile, iş sahibi yüklenicinin müspet zararını ödeyerek, sözleşmeye son verme hakkına sahiptir³¹⁸.

TBK m. 484 hükmü gereği, iş sahibi sözleşmeden dönmesi nedeniyle yüklenicinin zararını tazmin etmesi düzenlenmiş ise de yüklenicinin ağır kusur ve sadakatsiz davranışları nedeniyle sözleşmeden dönülüyorsa, iş sahibi yukarıda da belirttiğimiz üzere tam tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönebilir.

Öğretide bir diğer görüşe göre; yüklenici sadakat yükümlülüğüne aykırı davranarak bir kâr elde etmişse, TBK m. 530 “İş sahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, iş görmeden doğan faydaları, edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, iş görenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür” hükmü kıyas yoluyla uygulanarak, iş sahibi kârın kendisine devrini talep edebilir. Diğer yandan eser tamamlanmadan yüklenici sadakat borcunu ağır şekilde ihlal ederse, iş sahibi TBK m. 484’e veya TBK m. 473/ I ile birlikte TBK m. 125’e dayanarak sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Bu durumda iş sahibi, sadakat borcuna uyulmamasından doğan tazminat alacağıyla sözleşmenin eser tamamlanmadan feshi dolayısıyla yüklenicinin ileri sürebileceği alacağı takas edebilir³¹⁹. Takas; karşılıklı, muaccel ve aynı cinsten iki borcun, borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanı ile sona ermesidir. Takas edilen borçlar aynı miktarda ise her iki borç da tamamen, biri diğerinden daha küçük ise, küçük borç kadar sona erer³²⁰. Örneğin yüklenicinin rakip firma ile anlaşarak, sözleşme yaptığı firma aleyhine bir takım faaliyetlerde bulunmayı taahhüt ettiği ortaya çıkarsa, iş sahibi yapılan şey bitmeden yapılan kısmın bedelini verip yüklenicinin fesih yüzünden uğrayacağı zararları tazmin etmek kaydıyla sözleşmeyi feshedebilir (TBK m. 484)³²¹.

Yüklenicinin sadakat borcuna aykırı davranışı nedeniyle sözleşmeden haklı olarak dönen iş sahibinin TBK m. 125 hükmü gereği sahip olduğu haklardan biri de menfi (olumsuz) zararının tazmini talep etme hakkıdır. Olumsuz zarar, karşısındaki kişiye güvenerek eser sözleşmesi yapan tarafın, bu sözleşme karşı tarafça yerine getirilmediği için uğradığı hayal kırıklığının yanı sıra, malvarlığında da fiili olarak

³¹⁸ Büyükcay, s. 193; Gümüş, s. 101; Tandoğan, Özel II, s. 51.

³¹⁹ Gümüş, s. 48. ; Tandoğan, Özel II, s. 51.

³²⁰ Aral, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Ankara, 2010, s. 21, 22.

³²¹ İlkelen, s. 32.

meydana gelen zarardır. İşte bu azalmaya olumsuz zarar denmektedir³²². İş sahibi işte bu zararını da kusurlu, sadakatsiz yükleniciden talep edebilir.

3.2. Yüklenicinin Özen Borcu, Özen Borcunun Uygulama Halleri, Özen Borcunun Niteliği, Görünüm Şekilleri, Ölçüsü Ve Özen Borcuna Aykırılığın Hukuki Sonuçları

3.2.1. Yüklenicinin Özen Borcu

Özen; asıl borcun ifası için zaruri dikkat, itina, fikri ve bedeni yetenek gibi borçludan istenen özelliklerin tamamıdır³²³. Türkçe’ de özen kavramı birden fazla anlama gelmektedir, sözlük anlamı olarak “itina”, “fazla dikkat etme”, “ehemniyetle çalışma”, “dikkat”, “ihtimam”, “bir işi yaparken gösterilen özel dikkat”, “bir şeyi yapmada ve sürdürmede gösterilen titizlik”, “bir işi elden geldiğince iyi olmasına dikkat etme”, “dikkatli ve özenli davranma” gibi ifadelerle dile getirilmektedir³²⁴.

Özen kavramı genellikle olumlu şeyleri bünyesinde barındıran, insan davranışlarında bir sonuca ulaşmak için, akıl ve iradenin birlikte kullanılmasını gerekli kılar. Özen borcu, TMK m. 2’de “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır” düzenlenen dürüstlük kuralının eser sözleşmelerindeki görünümüdür. Esasında, tüm hukukî ilişkilerde taraflardan beklenen dürüstlük kuralına uygun hareket edilmesidir³²⁵.

Yasa koyucu, özenin tarifini yapmamış ancak TBK’ nun bazı maddelerinde farklı şekilde ifade edilmiştir. Örneğin, “gerekli özeni göstermek (TBK m. 66/ II, 67/

³²² Selimoğlu, Yaşar Engin, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, 2017, s. 398; Yarg. 15. HD. 11. 07. 2005 gün ve 5821-4163 sayılı kararı “Taraflar arasındaki 22.11.1995 tarihli Düzenleme Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesine göre; Davacı arsa sahibine ait 15 ve 1 Parseller üzerine tevhit edilerek yapılacak binanın ruhsat tarihinden itibaren 20 ay sonunda, 28.8.1998 tarihinde bitirilip teslim edilmesi gerekmektedir. Davacı tarafından, İzmir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2000 /320 D. İş dosyası ile yaptırılan tespitte alınan bilirkişi raporuna göre, 22. 12. 2000 tarihi itibarıyla inşaatın gerçekleşme oranı %49’ dur. Davacı arsa sahibi, bu nedenle sözleşmenin feshini talep etmekte haklıdır. Mahkemece, davacı arsa sahibinin daha önce davalıya gönderdiği 18.9.2000 tarihli ihtarla sözleşmeyi feshetmiş olması nedeniyle fesih talebi ile ilgili olarak bir karar verilmemiş olması doğru görülmemiştir....Somut olayda, davacı talepleri arasında yer alan ve sözleşmenin 20.maddesinde düzenlenen, inşaatın yapımı süresince oturulacak ev için ödenmesi gereken kira bedeli ile yıkılan binanın enkaz bedeline yönelik talepler, menfi (olumsuz) zarar kapsamında bulunduğundan, buna ilişkin davacı taleplerinin hüküm altına alınması yerine, taleplerin tümünün müspet zarar kapsamında olduğundan bahisle davanın tamamen reddi doğru olmuştur”. [http://karara.com\(e.t. 19.01.2018\)](http://karara.com(e.t. 19.01.2018))

³²³ Büyükkay, s. 145

³²⁴ Başpınar, Veysel, **Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, Ankara 2004, s. 122.

³²⁵ Makas, Recep, **Türk Borçlar Kanunu Ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu Ve Borca Aykırılığın Hukukî Sonuçları**, GÜHFD, C. XVI, Y. 2012, S. 4, s. 151

II)”, “özenle kullanmak (TBK m. 316/ I)”, “dikkat ve özen (TBK m. 377/ I, 507/II), “İşi özenle yapmak (TBK m. 396/ I), “gereken özeni göstermek (TBK m. 529/ I)” ifadeleri ile anlatılmaya çalışılmıştır³²⁶.

Özen borcu, niteliği itibariyle tali nitelikte bir borçtur. Eser sözleşmesinin asli edimi olan, eserin meydana getirilmesi borcu hiç yerine getirilmemişse ya da sözleşme geçersiz ise özen borcundan söz edilemez. Öte yandan özen yükümlülüğünün ihlali sonucu işin kötü ifası, asli edim yükümü olan eserin meydana getirilmesi borcunun ihlali anlamını taşır. Bu nedenle özen yükümlülüğüne aykırılık bağımsız bir hukukî talep konusu yapılamamakta, asıl edimin hiç ya da gereği gibi ifa edilememesi halinde kusurun tespitinde bir ölçüt olarak kullanılabilir³²⁷. Yüklenicinin yan yükümlülüğüne aykırı davranması halinde aynen ifayı talep hakkı yoktur, bunun yerine uğranılan zararın tazminini talep etme hakkı vardır. Örneğin bir binanın üst katında duvar tamiraty yapan yüklenicinin kurduğı iskelenin çökmesi neticesinde alt kattaki bölümün camlarının kırılmasına neden olması halinde, yüklenici özen borcuna aykırılık nedeniyle kırılan camlar dolayısıyla meydana gelen zararı tazmin etmek zorundadır. Bir spor veya havai fişek gösterisi sırasında yaralanan seyirciler, bu gösteri eser sözleşmesine dayandırıldığı takdirde, gösteriyi düzenleyenlerden ayıba karşı tekeffül dolayısıyla değil özen yükümlülüğüne aykırı davranışından dolayı tazminat talep edebileceklerdir³²⁸.

TBK m. 471/ I, “Yüklenici, üstlendiğı edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır” demektedir. İlkesel olarak yüklenici, mesleki açıdan uzman kişidir. İş sahibiyle yakın bir ilişki içinde olsa da onun yardımcısı değildir. Yüklenici, iş sahibine karşı bağımsızdır ve onun emri altında çalışmamaktadır. Bu nedenle yüklenicinin özen borcu, yasada işçinin özen borcuna oranla daha ağır ve katı kurallara tabidir. Eser sözleşmesinin niteliğı, günümüz ihtiyaçları ve teknolojisindeki hızlı gelişmeler bunu haklı kılmaktadır. Yasa koyucu bu durumu göz önünde tutarak, TBK m. 471/II’ de “Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas

³²⁶ Başpınar, s. 122.

³²⁷ Makas, s. 152, 153.

³²⁸ Büyükkay, s. 146.

alınır” denilerek, yasa koyucu bu düzenlemeyle yüklenicinin özen yükümlülüğünü objektifleştirmiştir³²⁹.

Yüklenicinin özen borcu, sözleşmeye egemen olan genel bir niteliğe sahiptir, sadakat borcunun somutlaştırılmış şeklidir. Yüklenici, sözleşmenin her aşamasında ve yüklendiği edimlerin tamamında işini özenle yapmalıdır. İş kendisinin yapması ya da başkasına kendi yönetimi altında yaptırma borcunda, malzeme ve araçlara ilişkin borçlarda, bildirim yükümlülüğünde, işe zamanında başlama ve eserin teslimine kadar ki süreçte özenle hareket etmek zorundadır. Hatta yüklenici, sözleşme kurulmadan, gerekli araştırma ve çalışmaları yapmakla da yükümlüdür³³⁰.

Yüklenicinin özen yükümlülüğü, iş sahibinin doğru bilgilendirilmesi alanında da ortaya çıkmaktadır. Yüklenici iş sahibini eserin meydana getirilmesinin önündeki engelleri, maliyetlerle ilgili alternatif bilgiler konusunda doğru bilgilendirmekle yükümlüdür. Örneğin trafik kazası neticesinde zarar görenin, uğradığı zararın tazmini için izlemesi gereken yollar, zararın, zarar veren tarafın zorunlu mali sorumluluk sigortasından ya da zarara uğrayanın kaskosundan karşılanması ihtimallerinde tamirin tamamlanma süreci, sonuçta kendisine yansıyacak ilave bir maliyetin bulunup bulunmadığı hususunda iş sahibi doğru şekilde bilgilendirilmelidir. Yüklenicinin eksik ya da yanlış bilgilendirilmesi neticesinde iş sahibi zarar görürse, özen borcuna aykırılık dolayısıyla tazminat talep etmek mümkündür³³¹.

³²⁹ Eren, Özel, s. 624; Karadaş, s. 145; Yarg. 15. HD., T. 13.11.2006, E. 2005/ 5256, K. 2006/ 6439 sayılı kararda “Taraflar arasında 04.09.1995 tarihinde gemi tadilat işlerinin yapımı ve bedeli konusunda sözleşme imzalanmış, tarihsiz ek sözleşmeyle de ekstra işler ile bedelleri ödeme şekli kararlaştırılmıştır. Ek sözleşmede gösterilen 25.02.1996 tarihinde 180.000 DM ödeme yapılmadığından eldeki dava açılmıştır. Mahkeme sözleşme detaylı yazılmadığı, teknik şartnamesi bulunmadığı ve hiçbir uyumsuzluk olmaksızın 445.000 Alman Markının ödenmesi gözetilerek alacak, hesaplayan bilirkişi raporuna itibarla hükmeye varmıştır. Gerçekten asıl sözleşmede yapılacak işler açık seçik sayılmamıştır. Ek sözleşmenin ödeme planında bir kısım işler sayılmış, son dilim ödemenin de geminin denizde teslim edileceği gün yapılacağı belirtilmiştir. Dava dilekçesinde teknenin önemli ölçüde tamir ve tadili ile tenezzüh teknesi (yat) haline getirilmesi konusunda sözleşme yapıldığı açıklanmıştır.

Kural olarak BK' nın 355 ve devamı maddelerinde yer alan eser sözleşmelerinde, yüklenicinin sorumluluğu işinin hizmet akdindeki sorumluluğuna dair olan hükümlere tabidir (BK. 356/ l.md. BK. 321.md. yollamasıyla). Yüklenici eseri, iş sahibinin yararına olacak şekilde amacına uygun ve özenle meydana getirmekle yükümlüdür. Sözleşmelerde geminin yat haline dönüştürülmesi amaçlandığına göre işinin uzmanı sayılan ve basiretli tacir gibi hareket etmek zorunda olan yüklenici ifayı amaca uygun gerçekleştirmek zorundadır. Hükmeye dayanak raporda bu hususlar üzerinde durulmamış, yeterli inceleme yapılmadan ödemelere oranlanarak sonuca varılmıştır. Bu haliyle raporun Yargıtay denetimine elverişli ve itirazları cevaplandırarak nitelikte olmadığı açıktır. O halde yapılması gereken iş, yeniden oluşturulacak uzman bilirkişilere dosya, -gerektiğinde tekne üzerinde- inceleme yaptırılarak, davacının tekneyi denize elverişli hale getirme mükellefiyeti ve teknenin mevcut haliyle kabul edilebilir niteliği ayrıntılı biçimde tartışılıp denetime elverişli itirazları cevaplandıran rapor alınmalıdır (HUMK 284. madde). Bu hususlar üzerinde durulmadan eksik incelemeyle ve yetersiz bilirkişi raporuyla davanın kısmen kabulü doğru olmamıştır”. www.sinerji.com (e. t. 28. 01. 2018)

³³⁰ Zevkliler/ Gökyayla, s. 376, 377

³³¹ Büyüyükay, s. 146.

Eser ayıplı olarak teslim edildiğinde, ayıba karşı tekeffül yanında bu ayıptan ileri gelmeyen, fakat özen yükümlülüğüne aykırı davranıştan doğmuş zararlar ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda, ayıba karşı tekeffül yanında özen borcuna dayanan sorumluluk da ileri sürülebilecektir. Buna karşılık ayıplı teslimden doğan zararlar için, daha özel mahiyetteki ayıba karşı tekeffül hükümleri özen sorumluluğunu içerir ve bu ayıp bir özensizlikten ileri gelmiş olsa da ancak ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanılarak tazminat istenebilir; ancak, muayene ve ihbar külfetleri yerine getirilmemiş ise böyle bir tazminat talep edilemez³³².

Tamir işlerinde özen borcundan kaynaklanan sorumluluğu, ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluktan ayırmak pek de kolay değildir. Yüklenicinin özen yükümlülüğü her şeyden önce tamire verilen şeyin özenli bir işleme tabi tutulmasında ve dikkatle kullanılmasında kendini gösterir. Bundan başka; yüklenici, uzman olarak şeyin tamire elverişli olup olmadığını incelemeli ve bu konuda iş sahibini uyarmalıdır. Şeyi tamire elverişli bulursa, eski parçaları onarmak yerine yeni yedek parçalar takmak ucuza mal olacaksa bu yola gidilmelidir. Aksi halde özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş, hem de ayıplı ifade bulunmuş sayılır. **Gautschi**³³³, tamir işlerinde durumun kısa zamanda açıklığa kavuşması bakımından mümkün olduğu kadar özen sorumluluğunun sonuç sorumluluğu tarafından içerilmesi ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması fikrini savunmaktadır.

Diğer yandan malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı ve işin yüklenicinin kendi yerinde yapılıp bitmiş eserin teslim edildiği eser sözleşmelerinde, malzemenin ayıpları için tekeffül ve imalat bozuklukları içinde sonuç sorumluluğu, ayrıca özen sorumluluğuna yer bırakmamaktadır. Bu gibi sözleşmelerde yüklenicinin, işi ifa ederken gerekli özeni göstermediği için, iş sahibinin kişiliğinin veya mal varlığının doğrudan doğruya bir zarara uğraması veya üçüncü kişinin bu yüzden uğradığı zarardan sorumlu tutulması ihtimali hemen hemen yoktur³³⁴.

3.2.1.1. Yüklenicinin Başlıca Özen Yükümlülükleri

Yüklenicinin göstermek zorunda olduğu özen yükümlülüğünün uygulamada karşılaşılan bazı somut türleri vardır. Özen borcunun bu somut türlerinin bazıları bizzat

³³² Tandoğan, Özel II, s. 53

³³³ Tandoğan, Özel II, s. 53, 54 (Naklen)

³³⁴ Tandoğan, Özel II, s. 54.

TBK m. 472/ II ve III' te; diğ er bazıları da   ğreti ve uygulamayla oluşturulmuştur. Y  klenicinin  zen borcu içerisinde; bağılılık (sadak at) borcu, iş sahibini aydınlatma borcu, iş i şahsen veya kendi yönetimi altında yürütme borcu, sır saklama borcu yer alır. Buna göre yüklenicinin, iş sahibinin eserin meydana getirilmesi ile ilgili olarak vermiş olduğu talimatlara sadık ve bağılı kalması, iş sahibinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermekt n özenle kaçınması ve özellikle malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi halinde malzemeyi koruması, özenle kullanması ve nihayet iş sahibini aydınlatması gerekir³³⁵.

Yüklenicinin  zen borcu, eserin meydana getirilme zamanı göz önünde bulundurulduğunda    e ayrılır. Bunlar eserin meydana getirmesinden önceki (sözleşme kurulurken), eserin meydana getirilmesi sırasındaki ve eserin meydana getirilmesinden sonraki  zen borçlarıdır. Sonuç olarak  zen borcu, borcun ifasının her aşamasında sözleşme, fen ve sanat kuralları ile sözleşmeden beklenen maksada uygun olarak kendisini gösterir ve somutlaşır denilebilir³³⁶.

3.2.1.1.1. Yüklenicinin iş Sahibini Aydınlatma Bilgilendirme Yükümlülüğü

Yüklenici; üstlendiği edimi ifa etme, eseri meydana getirme yönünden uzman kişidir. Bu nedenle yüklenici; iş sahibini aydınlatma, ona tavsiyelerde bulunma ve bilhassa eserin meydana getirilmesi yönünden önemli olan her husus ve konuyla ilgili iş sahibine bilgi vermekle y k ml d r³³⁷.

Yüklenicinin aydınlatma borçları arasında en başta iş sahibi, temsilcisi veya yetkili yardımcıları tarafından; eserin meydana getirilmesiyle ilgili olmak üzere verilen talimatlar, proje ve planlar, malzeme seçimi konularında aydınlatma, bilgilendirme yükümlülüğü gelmektedir (TBK m. 476). Ayrıca yüklenicinin iş sahibini, onun tarafından eserin meydana getirilmesi amacıyla verilen malzeme veya arsanın ayıpları hakkında da aydınlatma yükümlülüğü vardır (TBK m. 472/ II). Bunların yanı sıra yüklenici, eserin muntazam ve zamanında meydana getirilmesini geciktirecek ya da tehlikeye düşürecek, eserin maliyetini önemli ölçüde artıracak nitelikte olağanüstü bir durum meydana gelirse, bunu da iş sahibine derhal bildirme yükümlülüğü vardır. (TBK m. 472/ III, 480/ II). Yüklenici iş sahibini işin akışı içinde meydana gelen maliyet fiyatlarının büyük artışlarından da haberdar etmek zorundadır. iş sahibinin ödeyeceği

³³⁵ Eren,  zel, s. 626.

³³⁶ Eren,  zel, s. 626; Karadaş, s.148.

³³⁷ Eren,  zel, s. 626.

bedelin, birim fiyat ya da maliyete göre belirlenip belirlenmediğinin bir önemi yoktur, yüklenici her halûkarda böyle bir durumda, iş sahibini bilgilendirmek zorundadır³³⁸.

Yüklenici iş sahibine eserin meydana getirilmesi ve kullanılmasıyla ilgili her türlü bilgiyi vermek, gerekli tavsiyelerde bulunmak, iş sahibini verdiği talimatlar hatalı ya da tutarsız ise bunlarla ilgili aydınlatmakla yükümlüdür. Yüklenici aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken belli bir şekle uymak zorunda değildir, yasada bu konuda her hangi bir hüküm yoktur. Ancak ispat kolaylığı açısından yazılı bir şekilde yapılması tavsiye edilmektedir³³⁹.

3.2.1.1.2. Yüklenicinin İş Sahibinin Şahıs Ve Malvarlığı Değerlerini Koruma Yükümlülüğü

Yüklenici üstlendiği edimi, yani eseri meydana getirirken iş sahibinin hukukça korunan mutlak haklarını, bilhassa kişilik değerlerini, yaşama hakkını, sağlık ve vücut bütünlüğünü, malvarlığı değerlerini tehlikeye sokacak, bunları ihlal edecek her türlü yapma veya yapmama fiilinden kaçınmakla yükümlüdür. Mesela, kuaför olan yüklenicinin, iş sahibi olan müşterisinin saçlarına işlem yaparken, yine havai fişek gösterisi yapan yüklenicinin, müşterisinin veya seyircilerin vücut bütünlüklerini ihlal edecek davranışlardan kaçınmalıdır. Aynı şekilde yüklenici ifaya yardımcı koruma tedbirlerini de almakla yükümlüdür. Yüklenici bilhassa eseri meydana getirdikten sonra, eseri teslim edinceye kadar en iyi şekilde korumak zorundadır³⁴⁰.

³³⁸ Eren, Özel, s. 627; Yarg. 15. HD., T. 28.12.2004, 2004/ 2426 E, 2004/ 6805 K sayılı kararına göre “Kural olarak işinin ehli ve konusunun uzmanı olan yüklenicinin, basiretli bir tacir gibi eseri, teknik ve sanat kurallarına göre meydana getirmeyi üstlendiği kabul edilir. BK ‘nun 357/ son maddesi uyarınca iş sahibinin verdiği malzemenin kusurlu olması ya da bu malzemenin kullanılması halinde eserin yapılmasını tehlikeye sokacak veya iş sahibinin zarara uğramasına neden olacak halin varlığında bunların giderilmesi için iş sahibini uyarma görevi yükleniciye aittir. Aksi takdirde uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenici bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır ”. www.sinerji. com (e. t. 28. 01. 2018)

³³⁹ Eren, Özel, s. 627; Yarg. 20. HD., T. 26. 11. 2007, 2007/ 4709 E, 2007/ 7534 K sayılı kararında “Dava, davacıya ait iki katlı evin damına, davalı tarafından yapılan izolasyon imalatının ayıplı olmasından kaynaklanmıştır. Davacı yüklenici, yapılacak işin uzmanı olup yüklenilen işi amacına, tekniğine ve sözleşmesine uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır. Kullanılan malzemenin veya iş sahibine ait yerin kusurlu olduğunun anlaşılması halinde yüklenici BK ’nın 357.maddesi uyarınca durumu derhal iş sahibine haberdar etmelidir. Aksi takdirde bunların neticelerine tahammül etmekle mükelleftir. Davalı, davacıya ait binaya kararlaştırılan şekilde izolasyon yapılması halinde işin amacına ulaşamayacağını ve davacıyı bundan haberdar ettiğini savunmakta ise de, bu savunmasını doğrulayan bir delil sunmamıştır. Yapılan imalatın tekniğine uygun bulunmadığı ve yeniden sökülüp yapılması gerektiği tespit raporu ve mahkemece alınan bilirkişi raporu ile saptanmıştır. Bu durumda mahkemece, davalıya işin bedeli olarak ödenen miktarın davacıya iadesine, davalıya başkaca borçlu bulunmadığının tespitine ve su sızıntısı nedeniyle davacıya ait evin kartonpiyerlerinde oluşan zararın tespiti ile davalıdan tahsiline karar verilmesi...”<http://www.hukuk.medeniyeti.org> (e. t. 28. 01. 2018)

³⁴⁰ Eren, Özel, s. 628.

3.2.1.2.3. Yüklenicinin Diğer Özen Yükümlülükleri

Yüklenici, iş sahibine sadakat borcuna uygun şekilde davranmakla yükümlüdür. Bu anlamda yüklenici, iş sahibinin kendisine bıraktığı ya da işin görülmesi sırasında öğrendiği sırları, bilgi ve kararları, iş ve üretim plan, formül ve buluşları üçüncü kişilere açıklamaktan kaçınmakla yükümlü olduğu gibi başka amaçlarla kullanmaktan da dikkatle kaçınmak zorundadır. Örneğin iş sahibi tarafından inşaatta kullanılmak üzere yükleniciye verilen planların, yüklenici tarafından başka işlerde kullanılması ya da kendisine mal edilmesi sadakat borcuna aykırılık oluşturur. Yüklenicinin sadakat borcu bazı durumlarda sözleşme sona erdikten sonra da devam eder. Yüklenici bilhassa iş sahibinin kendisine sağladığı bir inşaat fikir ve tekniğini, onun izni olmadan sözleşme sona erdikten sonra da kendi işlerinde kullanamaz³⁴¹.

Yüklenici, iş sahibini üçüncü kişilere sorumlu yapacak her türlü davranıştan, yapma ve yapmama fiillerinden kaçınmakla yükümlü olduğu gibi idare hukukundan kaynaklanan kurallara da uymak zorundadır. Özellikle iş sahibinin TBK m. 69 ve TMK m. 730'dan kaynaklanan sorumlulukları söz konusu olabilir. Yüklenici, yapamayacağı üstesinden gelemeyeceği işleri de kabul etmemekle yükümlüdür³⁴².

3.2.2. Özen Borcunun Uygulama Halleri

TBK. m.471/ II düzenlemesi yükleniciye, sözleşmeyle yüklenilen edimi, işi özenle ifa etme borcu yükler. Başka bir deyişle yüklenici sadece işi fiziksel olarak yapmakla sorumluluktan kurtulamayacaktır, edimi kendisinden beklenen özenle yerine getirecek aksi takdirde doğacak sonuçlardan sorumlu olacaktır. TBK' nın bu düzenlemesi ile yüklenicinin özen borcu, sözleşmenin kurulması ile başlayacak, eserin teslim ve sonrasına kadar devam edecektir³⁴³.

³⁴¹ Eren, Özel, s. 628.

³⁴² TMK m. 730 “Bir taşınmaz malikinın mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hâline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir.

Hâkim, yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir; TB. m. 69 “Bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki eksikliklerden doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

İntifa ve oturma hakkı sahipleri de, binanın bakımındaki eksikliklerden doğan zararlardan, malikle birlikte müteselsilen sorumludurlar. Sorumluların, bu sebeplerle kendilerine karşı sorumlu olan diğer kişilere rücu hakkı saklıdır”; Eren, Özel, s. 628.

³⁴³ Avcı, s. 380.

3.2.2.1. Sözleşmenin Kurulması Aşamasında Yüklenicinin Özen Borcu

Yüklenici, sözleşmeyle yüklendiği işin uzmanı olan kişidir. Yüklenici işi üstlenirken kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün yüklendiği iş için yeterli olup olmadığını iyice tartmalı ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmalıdır. Aksi takdirde özen borcuna aykırı davranmış sayılır ve bundan sorumlu olur³⁴⁴. Mesela, küçük bir limited şirketin, konsorsiyum ortaklığının aldığı hava limanı inşaatı işini, alt yüklenici olarak üstlenmek istemesinde böyle bir durum söz konusudur. Yine yüklenici, ısmarlanan eserin meydana getirilmesine engel olabilecek hukukî ve fiili engellerin olup olmadığını da araştırmakla yükümlüdür. Bu anlamda yüklenici plan ve projeleri, kullanılacak malzemeleri incelemeli ve bu malzemelerin meydana getirilecek eser için uygun olup olmadığını belirlemelidir³⁴⁵.

3.2.2.2. Sözleşmenin Kurulmasından Eserin Teslim Anına Kadarki Sürede Özen Borcu

Yüklenicinin özen borcu, sözleşmenin kurulma aşamasından teslim aşamasına kadar devam eder. Yüklenici sadece işin başında gerekli tedbirleri almakla yetinmemeli, eserin meydana getirilmesinde hatta teslim aşamasına kadar özen borcuna uygun şekilde davranmalıdır. Çünkü yüklenici mesleğinin gerektirdiği bilgi, beceri ve teknik esasları eserin teslim edilmesine kadar uygulamak ve gözetmekle yükümlüdür. Bu süreçte yüklenici, hem iş sahibinin hem de üçüncü kişilerin zarara uğramalarını önlemek amacıyla gerekli tedbirleri almak zorundadır. Yüklenicinin bu davranışı özen borcunun gereğidir. Örneğin, yüklenici inşaatın kazımı sırasında yan binaların zarar görmemesi veya iş sahibinin aynı mahalde bulunan malzemelerini korumak için gerekli önlemleri almalıdır³⁴⁶.

Yüklenici eseri meydana getirirken, iş sahibinin hukukça korunan mutlak haklarını, kişilik değerlerini, mal varlığı değerlerini tehlikeye düşürecek, bunları ihlal edecek fiillerinden kaçınmakla yükümlüdür. Yine yüklenici, ifaya yönelik olarak eserin, iş sahibine teslimine kadar ki sürede eseri korumak için gerekli önlemleri almak zorundadır³⁴⁷.

³⁴⁴ Tandoğan, Özel II, s. 56.

³⁴⁵ Gökyayla, s. 791; Avcı, s. 380, 381.

³⁴⁶ Avcı, s. 381; Gökyayla, s. 792.

³⁴⁷ Avcı, s. 381; Aral/ Ayrancı, s. 383.

İş sahibi ile arasında kurulan sözleşme ilişkisi gereği, yüklenicinin koruma yükümlülüğü de vardır ve bu koruma yükümlülüğünün ihlali, akdin müspet ihlali kapsamında değerlendirilir. Burada tarafların edim ilişkisinden kaynaklanan ifa menfaatlerinin değil, güven ilişkisinden kaynaklanan korunma (bütünlük) menfaatlerinin, yani kişi ve mal varlığı değerlerinin edimin ifası sırasında veya ifası vesilesi ile ihlali söz konusudur. Örneğin eve gelen tesisatçının, musluğu iyi bir şekilde tamir etmesine rağmen tamir sırasında banyo fayanslarını kırması edimin ifası sırasında koruma yükümlülüğünün ihlalini oluşturur. Burada zarar ayıplı ifa değil, edim menfaatini eksiksiz olarak karşılayan ifanın yapılış tarzından doğmaktadır. Edimini iyi bir şekilde yerine getiren tesisatçının ev sahibinin cüzdanını çalması durumunda ise koruma yükümlülüğü ifa vesilesi ile ihlal edilmiştir. Örnekte verilen zararın edimin ifası ile ilgisi yoktur, dolayısıyla burada edim ilişkisinin veya edim ilişkisi anlamında sözleşmenin ihlalinden bahsedilemez. Ancak bu durumda borçlu, karşı tarafın edim menfaatlerinin dışında kalan hukukî değer ve menfaatlerine ilişkin koruma yükümlülüğünü yerine getirememiştir. Yüklenici tesisatçı ile ev sahibi arasındaki sözleşme, basit bir edim ilişkisinden ibaret değildir, aynı zamanda bir güven ilişkisine dayandığı açıktır. Gerçekten taraflar arasındaki sözleşme, zarara uğrayan kişinin sadece edim menfaatinin değil, edim menfaatinin dışında kalan diğer şahıs ve mal varlığı değerlerini de karşı tarafın etkisine açılması sonucunu doğuran, en yoğun görünümüyle bir hukukî işlem temasını ifade eder. Ev sahibinin tesisatçıyı evine almasının, böylece hukukî değer ve menfaatlerini onun etkisine açmasının sebebi, aralarındaki sözleşmedir, bu sözleşme ilişkisi sebebiyle ev sahibi, menfaatlerinin karşı tarafça korunacağına dair belli bir güvene sahiptir. Bu sebeple tarafların, koruma yükümlülüklerini ifa vesilesiyle ihlal etmeleri de, aralarında ilk işlem temasından itibaren süregelen güven ilişkisini ihlal ettiği ölçüde, sözleşmenin ihlali sayılır. Aksi bir düşünce, yani edim menfaatinin tam ve doğru bir biçimde karşılandığı durumlarda ifa vesilesi ile verilen zararları sözleşmenin ihlali kapsamında değerlendirmemek, sözleşme ilişkisinin bir güven ilişkisi olma özelliğinin göz ardı edilmesi ve basit bir edim ilişkisine indirgenmesi anlamına gelir³⁴⁸.

3.2.2.3. Eserin Meydana Getirilmesinden Sonraki Aşamada Özen Borcu

Yüklenicinin özen borcu eser tamamlandıktan sonra hatta eserin teslimine kadar devam eder. Çünkü bu aşamada eser hala yüklenicinin elinde ve hakimiyet alanındadır.

³⁴⁸ Demircioğlu, Huriye Reyhan, **Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Ankara, 2009, s. 149, 150.

Bu aşamada yüklenici eseri korumalı, değerini ve niteliğini kaybetmeyecek şekilde muhafaza etmelidir. Ve gerektiğinde iş bittikten sonra eser teslim edilirken eserin kullanımı konusunda iş sahibini aydınlatmalıdır³⁴⁹.

3.2.3. Özen Borcunun Niteliği

Yüklenici, eseri meydana getirirken ve teslim ederken MK m. 2' de düzenlenen dürüstlük kuralına uygun davranarak dikkat ve özenle hareket etmekle yükümlüdür. Yüklenici, sadece dürüst davranmakla sorumluluktan kurtulamamaktadır. Aynı zamanda bilim ve tekniğin temel kurallarını uygun davranarak, bu kuralları gerekli ise uygulamak zorundadır. Yüklenicinin göstermek zorunda olduğu bu özen borcu objektif özen yükümlülüğü olup, aynı alanda faaliyet gösteren meslek adamlarının göstereceği özendir. Özen borcunun niteliği konusunda, doktrin ve uygulamada görüş birliği bulunmamaktadır. Özen yükümlülüğünü genel yan yükümlülük, tali bir yükümlülük, sadakat yükümlülüğünün somutlaşması, edim yükümlülüğün bir parçası olarak kabul eden görüşler bulunmaktayken, bir edim yükümü ve yan yüküm olarak kabul etmeyen, görüşler de bulunmaktadır. Diğer bir ayrıma göre ise, özen borcu asli bir edim veya asli edimin ifasına hizmet eden, asli edimden bağımsız niteliği bulunmayan bir borç niteliğindedir. Bu görüşe göre, eğer yüklenici, asli edimini ayıpsız olarak yerine getirirse sadece özen borcuna aykırı davrandığı için ayrı bir tazminattan sorumlu olmayacaktır. Ancak, özen borcuna aykırılığı asli edimin ifasından ayrı ve bağımsız bir borç olarak kabul eden görüşe göre, yüklenicinin özen borcuna aykırı davranışı tazminat sorumluluğunu doğurur. Çünkü bu son halde tazminat talebi, asli edimden bağımsızdır³⁵⁰.

Büyükay'a göre³⁵¹;Eser sözleşmesinde müteahhidin özen borcu, asli edim yükümlülüğü niteliğinde olmayıp, yan yükümlülük niteliğindedir. Asli edim yükümlülüğü ihlal edilmeden, yan yükümlülük niteliğinde olan özen borcunun ihlal edilmesi mümkündür. Müteahhidin yan yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda aynen ifayı talep etme hakkı bulunmamaktadır. Bunun yerine uğranılan zararın tazmini talep etmek mümkündür. Örneğin, bir binanın dış cephe boyama işini üstlenen yüklenicinin edimini ifa ederken, binanın yanında park halinde bulunan aracın üstüne, boya yapmak için kurduğu iskelenin düşmesi neticesinde araca verdiği zararı tazmin

³⁴⁹ Avcı, s. 382.

³⁵⁰ Gümüş, Mustafa Alper; Başpınar, Veysel; Öz, M. Turgut; Avcı, s. 376, 377 naklen

³⁵¹ Büyükay, s. 146.

etmek zorundadır. Bir konser sırasında kurulan platformun çökmesi sonucu, platforma yakın duran seyircilerin yaralanmasında, platformu kuranlardan, konseri tertipleyenlerden ayıba karşı tekeffül dolayısıyla değil, özen yükümlülüğüne aykırılıktan tazminat talep edilebilecektir.

Tandoğan'a göre de ³⁵²; Eser sözleşmesinde, yüklenicinin bir iş görme ve bir şey vermeye ilişkin iki ana borcu vardır. Bundan başka bu iki ana borçtan doğan, bu borçların sözleşmeye uygun surette ifasını sağlayan diğer bir takım yan borçların da TBK da açıkça yer aldığı veya işin mahiyetinden çıkarıldığı görülmektedir. Bunlardan bazıları, iş görme ediminin iyi surette ifası, eserin sözleşmeye uygun olarak hazırlanması ile ilgilidir: İş sadakat ve özenle ve bizzat yapma borçları, araç gereçlerle malzemeye ilişkin borçlar gibi.

Yüklenicinin özen borcunun niteliği, onun asli edimini oluşturmaz. Fakat yüklenicinin sorumluluğunu doğuran bir durumdur ve ihlalin ağırlığına göre iş sahibine sözleşmeyi feshetme hakkı verebilecek önemli bir sorumluluk halidir. Bunun sonucunda yüklenici üstlendiği edimi, belirlenen sürede ve ayıpsız olarak bitirmiş olsa da edimini ifa ederken ya da teslim sırasında bir şekilde iş sahibinin çıkarına aykırı bir davranışı ile zarar vermişse bundan sorumlu olacaktır. Örneğin yüklenici inşaat alanından çıkardığı hafriyatı komşu parselde döktüğü için orda bir zarara sebep olmuşsa, verdiği bu zarardan dolayı iş sahibine karşı sorumlu olacaktır. Yine yüklenici, inşaat aşamasında İmar Kanunu'nun ve Çevre Kanunu'nun aradığı tedbirleri almayarak ve iş sahibini uyarmayarak, iş sahibini, belediye zabıtasınca para cezası ya da başka bir cezai yaptırımına muhatap kılmışsa, bu zarardan da özen borcuna aykırı davranışı nedeniyle sorumlu olacaktır³⁵³.

3.2.4. Özen Borcunun Görünüm Halleri

TBK' nın bazı hükümlerinde yüklenicinin sadakat ve özen borcu açıkça düzenlenmesine rağmen bazı düzenlemelerle ilgili doktrinde fikir birliği yoktur. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz TBK m. 472/ II, 472/ III, düzenlemelerinin sadakat borcu mu özen borcu mu olduğu konusunda fikir ayrılığı bulunmasına rağmen baskın görüş özen yükümlülüğü olduğu yönündedir. TBK. m.472/ II, 472/ III, 473 ve 476 düzenlemelerini, özen yükümlülüğünün görünüm halleri açısından değerlendireceğiz³⁵⁴.

³⁵² Tandoğan, Özel II, s. 48.

³⁵³ Avcı, s. 377,378.

³⁵⁴ Avcı, s. 382.

3.2.4.1. TBK m. 472/ II Düzenlemesinin Görünüm Halleri

TBK m. 472/ II “Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür”. Yüklenicinin özen borcunun somutlaşmış bir görünümü olan bu düzenleme, yükleniciye üç alt yüküm yüklemektedir.

i. Yüklenici öncelikle, iş sahibinin verdiği malzemeyi özenle kullanmak zorundadır. Özenli davranış, verilen malzemenin değerinin ve elverişliliğinin korunması, gerekli şekilde saklanması ve üçüncü kişilerin müdahalesine karşı da korunmasını ifade eder³⁵⁵. Örneğin, yüklenici iş sahibince verilen değerli fayansları açıkta bırakmış ve fayanslar yağın karda zarar görmüş veya üçüncü kişilerin saldırısı sonucu kırılmışsa, yüklenici TBK. 472/ II gereği özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için sorumlu olacaktır³⁵⁶.

ii. Yüklenici, iş sahibince verilen malzemenin harcanması ile ilgili olarak iş sahibine hesap vermekle yükümlüdür. Taraflar hesap vermeyle ilgili olarak ayrıntılı ve hesap vermenin ne şekilde olacağı hususlarını sözleşmeyle ayrıca belirleyebilirler³⁵⁷.

iii. Yüklenici, eserin meydana getirilmesinde ihtiyaç kalmayan ya da artan malzemeyi iş sahibine iade etmelidir³⁵⁸. Yüklenicinin bu yükümlülüğünü sadakat borcu kapsamında değerlendiren görüşler de vardır.

3.2.4.2. TBK m. 472/ III Düzenlemesinin Görünüm Halleri

TBK m. 472/ III “Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur”.

Yasal düzenlemeye göre eser meydana getirilirken, iş sahibince sağlanan malzemenin ya da gösterdiği arsanın ayıplı olduğu anlaşılırsa veya işin zamanında yapılmasını ya da gereği gibi görülmesini tehlikeye düşürecek bir durum söz konusu olursa yüklenici derhal, vakit geçirmeksizin iş sahibine ihbarda bulunmakla

³⁵⁵ Tandoğan, s. 109: İnşaatla kullanılmak üzere iş sahibi tarafından müteahhide teslim edilen eşyayı, müteahhit muhafaza etmek zorunluluğu altındadır. Bu itibarla, bu eşyanın çalınması olayında kendisinin bir tedbirsizliği olmadığını müteahhidin ispat etmesi gerekir.

³⁵⁶ Gümü, s. 19.

³⁵⁷ Gümü, s. 19.

³⁵⁸ Gümü, s. 19.

yükümlüdür. Yüklenicinin ihbarda bulunmaması ya da ihbarı zamanında yapmaması, kendi lehine olacak sonuçlardan faydalanmaması aksine zararına olacak bazı sonuçlarla karşı karşıya kalmasına sebep olacaktır. Buradaki ihbar yükümü bir aydınlatma yükümü olarak, TBK m 4718/ I' deki yüklenicinin özen ve aynı zamanda sadakat yükümünün özel bir görünümüdür³⁵⁹.

Yargıtay, yüklenicinin bu yükümlülüğünü sadakat borcu olarak kabul etmektedir. Yargıtay 15. HD., 22. 03. 2010 T., 2009/1859 E, 2010/1605 K sayılı kararına göre *".... Yüklenici yüklendiği edimini sözleşme ve yasa hükümleri ile fen ve sanat kurallarına uygun olarak ifa etmekle, yani yerine getirmekle yükümlüdür. Yüklenicinin belirtilen bu yükümlülüğü, iş-eser sahibine karşı olan "özen borcu" gereğidir (BK m. 356).*

Ayrıca, yüklenici tarafından eser hazırlanırken ya da iş yapılırken iş-eser sahibinin verdiği malzemenin kusurlu olduğu anlaşılır veya eserin noktası noktasına düzenli olarak yani gereği gibi veya zamanında meydana getirilmesini tehlikeye koyacak başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenici, bu durumu hemen iş-eser sahibine bildirmek, eğer bildirmezse, bunun sonuçlarına kendisi katlanmak zorundadır. Yanlar arasındaki sözleşme hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; yüklenici davalı şirketin, Bayındırlık Bakanlığı Asansör Şartnamesi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Asansör Yönetmeliği hükümleri ile TSE'nin asansörle ilgili Genel Kaideler Bölümü (1,2.) ve (1,3.) maddelerinde geçen standart normlar ve açıklamalarına göre yüklendiği işin yapımını yüklendiği görülmektedir.

Ayıplı iş, sözleşme ve yasa hükümlerine göre eserde bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken unsurların bulunmasıdır. Eksik iş ise, hiç yapılmayan iştir. Özetle eksik ve ayıplı işlerin yapılan tanımı gözetilerek sözleşme hükümleri çerçevesinde ve fen ve sanat kurallarına göre yüklenici tarafından yapılan işin değerlendirilmesiyle hangi işlerin eksik, hangilerinin ayıplı iş olduklarının gerekirse yerinde keşif yapılarak, asansör işini bilir makine mühendisi aracılığıyla yaptırılacak inceleme sonucu mahkemece belirlenmesi gerekir. İşin uzmanı olan yüklenici davalının, özen borcuna uygun olarak objektif ölçüler içinde yüklendiği işi, davacı iş sahibinin kullanabileceği şekilde yapmakla ödevli olduğu gibi; yukarıda açıklandığı üzere, sadakat borcu gereğince Borçlar Kanunu'nun 357. maddesi uyarınca genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse, bunun sonuçlarına da katlanmak

³⁵⁹ Gümüş, s. 19.

durumundadır. Yenimahalle Belediye Başkanlığı'nın 30.11.2005 tarih ve 20076 sayılı yazısı incelendiğinde; yönetmelik gereği CE'li olması gereken tüm malzemelerin CE'li olmadığı, asansör uygulama projelerinin yapılmadığı, AT uygulama beyanı ve AT tip inceleme belgesinin olmadığı Belediye yetkililerince tespit edilip davacıya bildirildiği görülmektedir...”³⁶⁰

Yargıtay, yukarıda belirtilen kararından ve benzer kararlarından anlaşılaçağı üzere ihbar yükümlülüğünü sadakat borcu kapsamında değerlendirmektedir. Yüklenicin ihbar yükümlülüğü, bizim de katıldığımız, doktrindeki genel kabul görüşe göre özen yükümlülüğü olduğı yönündedir.

3.2.4.3. TBK m. 473 Düzenlemesinin Görünüm Halleri

TBK m. 473 “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 bitiremeyeceğı açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir”.

Yüklenici, işe zamanında başlama ve işi durdurmama yükümü ile yükümlüdür. Bununla yüklenici henüz temerrüde düşmeden bazı davranışlarından dolayı sorumlu olacaktır, bu durum yüklenicinin özen borcuyla ilgilidir. Böyle bir durumda her ne kadar işi, iş sahibi durduruyor ve yavaşlatıyor görünse de bu gecikmeye yol açan asıl neden yüklenicinin özen borcuna aykırı davranışdır. Örneğin, bir bina inşası işine giren yüklenici hafriyatı hatalı yürüttüğü için bitişik gayrı menkulün zarar görmesine sebep olarsa, yakın tehlike karşısında iş sahibi çalışmaları durdurabilir ve gecikmeden yüklenici sorumlu olur³⁶¹.

Yüklenicinin işini yavaşlatan ya da görülmesine engel olan sebepler dış etkenlerden kaynaklanmakta ise de yüklenici bunlar hakkında iş sahibine zamanında gerekli ihtarlarda bulunmalıdır. Yüklenici zamanında iş sahibine ihtarla bulunmuş olsa idi söz konusu gecikmenin meydana gelmeyeceğı anlaşılırsa yüklenici sorumlu olacaktır. Böyle bir durumda da yüklenicinin iş sahibine ihtarla bulunmaması özen

³⁶⁰ www.kararara.com (e. t. 02. 02. 2018)

³⁶¹ Avcı, s. 385.

yükümlülüğünün ihlalidir ve yüklenici bu nedenlerle iş sahibinin uğrayacağı zararlardan sorumlu olacaktır³⁶².

Yüklenicinin TBK m. 473/ I' e göre zarardan sorumlu tutulabilmesi için, işin ertelenmesinin yükleniciye yüklenebilen sebeplerden kaynaklanması gerekir. İşin daha hızlı yapılması yükleniciden beklenemiyorsa TBK m. 473/ I' i uygulama imkânı yoktur. Örneğin, temel kazımı sırasında ortaya çıkan kaya tabakasının kırılmasının sebep olduğu yavaşlama, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı vermeyeceği gibi yüklenicinin özen yükümlülüğüne uymadığı gerekçesiyle sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır³⁶³.

3.2.4.4. TBK m. 476 Düzenlemesinin Görünüm Halleri

TBK m. 476 “Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz”.

Yasaya göre yüklenici, iş sahibinin uygun olmayan talimatlarına karşı kendisini uyarmalıdır. Yükleniciye yükletilen bu ödev, TBK m. 471'deki özen yükümlülüğünün bir uzantısıdır. Yüklenicinin bu yükümlülüğüne aykırı davranışı özen borcuna aykırılıktan sorumluluğunu doğuracaktır. Yüklenicinin özen borcu kapsamında değerlendirilen “aydınlatma ve bilgi verme borcu” her şeyden önce iş sahibi veya temsilcisi, yetkili yardımcıları tarafından eserin meydana getirilmesiyle ilgili olarak verilen talimatlar, plan ve proje, malzeme seçimi hakkında aydınlatma ve bilgilendirme gelir³⁶⁴.

Tandoğan'a göre bu yükümlülük, yüklenicinin sadakat borcu gereği uyması gereken bir yükümlülüktür. “Yüklenici iş sahibinin akdin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye düşürecek, maksada elverişli olmayan talimatı karşısında onu uyarmalıdır. Yüklenici bu uyarma yükümlülüğünü yerine getirip de ona rağmen iş sahibi talimatına uyulmasında ısrar ettiği takdirde, yüklenicinin bu yüzden doğacak zarardan sorumluluğu ortadan kalkar ve eser bu talimata uyulması nedeniyle telef olacak olursa, yüklenici yaptığı işin değerini ve masraflarının karşılığını isteyebilir”³⁶⁵. “**Yavuz'da** bu yükümü yüklenicinin sadakat borcu kapsamında değerlendirmekte ve

³⁶² Avcı, s. 385.

³⁶³ Gümüş, s. 22.

³⁶⁴ Eren, Özel, s. 627, 637.

³⁶⁵ Eren, Özel, s. 50.

sadakat borcunun ihbar yükümlülüğü şeklinde kendisini gösterdiği özel bir durum olarak kabul etmektedir”³⁶⁶.

Yargıtay ise yasanın bu düzenlemesini aydınlatma yükümlülüğü olarak kabul etmiş ancak özen mi sadakat borcu mu olduğu hususunu açıklığa kavuşturmamıştır³⁶⁷.

3.2.5. Özen Borcunun Derecesi Ve Ölçüsü

Yüklenicinin özen borcunun belirlenmesinde MK’ da düzenlenen dürüstlük kuralı³⁶⁸, sanat, meslek ve tekniğin bilinen kuralları ile taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin (veya hal ve durumun) temel alınması gerekir³⁶⁹.

Yüklenicinin özen borcunun belirlenmesinde somut eser sözleşmesi hükümleri önemlidir. Sözleşme özgürlüğü prensibi gereği taraflar aralarında geçerli bir hukuk düzeni yaratma yetkisine sahiptirler. Bu düzen tarafların kurdukları mikro hukuk düzeni olup, bağlayıcılığı şahsi ve kısmidir. Kanuna uygun olarak yapılmış sözleşmeler, sözleşmeyi yapanlar hakkında kanun yerine geçer, prensibi gereği taraflar sözleşme ile yükleniciden beklenen özen derecesini arttırabilecekleri gibi azaltmaları da mümkündür. Dolayısıyla her şeyden önce özen borcunun belirlenmesinde somut sözleşme hükümlerinin dikkate alınması gerekir³⁷⁰.

818 sayılı BK. m. 99 hükmü gereği yüklenicinin özen borcunun kapsamının taraflarca sözleşme ile daraltılabileceği kabul edilmekte idi. Ancak yasanın bu hükmü,

³⁶⁶ Avcı, s. 386.

³⁶⁷ Avcı, s. 387; Yarg. 15. HD., 29.12.2008 tarihli, 2007/ 7604 E, 2008/ 7725 K sayılı kararı “Davalı yüklenicinin mukayeseli keşifte sözleşme kapsamından çıkartılan imalatlarla ilgili olarak uyarı ve aydınlatma görevini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Ayıpların kullanım hatası sonucu oluştuğuna dair savunma ise kanıtlanamamıştır. Bu durumda eserdeki ayıpların tamamen yüklenici kusurundan kaynaklandığının kabulü gerekir”.

³⁶⁸ Yarg. 15. HD., T. 8. 6. 2004, E. 2003/ 6368, K. 2004/ 3196 sayılı kararı “Yanlar arasında icap ve kabul suretiyle oluşan sözleşmeye göre, davalıya 2.8.2001 tarihinde teslimi yapılan iş P.B. transfer v. 1. 0. modulüdür. Kural olarak yüklenicinin, eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde meydana getirmesi ve bu şekilde teslim etmesi yüklenicinin sadakat ve özen borcu gereğidir. Aslında sadakat ve özen borcu TMK’nun 2. maddesindeki dürüstlük kuralının da bir uzantısıdır”. <http://ihalekararisor.com/> (e.t. 04.02.2018)

³⁶⁹ Tunçomağ, s. 988; Büyükay, s. 146.

³⁷⁰ Büyükay, s. 147; Kocağa, Köksal, **Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. m. 358/ II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar**, DEÜHFD., C. 6, S. 1, İzmir, 2004, s. 178.; 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun (RG 22. 01. 2002/ 24648) 53 maddesine dayanılarak, iş sahibi idareler tarafından 05. 01. 2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu’ na (RG 22. 01. 2002/ 24648) göre sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işlerinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasları tespit etmek amacıyla hazırlanan Yapım İşleri Genel Şartnamesi’ nin 15/ III maddesinde açıkça belirtilmektedir. “Yüklenici üstlendiği işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen projeye ve/ veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/ veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yere, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır”.

TBK m. 115 ile sınırlandırılmıştır³⁷¹. "Uzmanlık gerektiren bir hizmet meslek veya sanat ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür". Maddenin değişiklikten önceki halinde³⁷² böyle bir durumda hafif kusurdan sorumlu olunmayacağına dair anlaşmanın geçerli olarak yapılmasına imkân tanınmakta, sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılması hususunda hâkime takdir yetkisi verilmişti. Yasadaki yeni düzenleme ile bu imkân ortadan kaldırılmıştır³⁷³.

TBK m. 471/ II "Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır" hükmünü içermektedir. Yasadan anlaşılabileceği üzere yüklenicinin, özen borcunun belirlenmesinde temel ölçü aynı ya da benzer işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranıştır. Bu hüküm ile özen borcunun belirlenmesinde objektif kriterin esas alındığını söyleyebiliriz. Bu hüküm ile yüklenicinin özen sorumluluğunun "mesleki teknik kurallar" ve "basiretli bir yüklenici" ifadeleriyle ağır ve net olarak belirlendiği görülmektedir. Kanunda düzenleme bulunmamasına rağmen "sanat kuralları" nında mesleki ve teknik kurallar kavramı içinde anlaşılması gerekir³⁷⁴.

Yüklenicinin özen derecesinin tespitinde, tecrübeli ve uzman bir kimsenin teknik ve san'at kurallarına uygun hareket tarzının ölçü olarak kabul edileceği, BİGŞ. m. 13'de açıkça belirtilmiş bulunmaktadır³⁷⁵. BİGŞ. m. 13 "Sözleşmeye bağlanan her türlü yapıım ve hizmet işleri, İdare tarafından görevlendirilen kontrol teşkilatının denetimi altında ve kontrol yönetmeliğine uygun olarak, müteahhit tarafından yönetilir ve gerçekleştirilir. Herhangi bir işin kontrol teşkilatının denetimi altında yapılmış olması; müteahhidin üstlenmiş olduğu işi bütünüyle projelerine, sözleşme ve şartnamelerine, teknik ve sanat

³⁷¹ TBK m. 115 "Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür".

³⁷² BK m. 99/ II: "Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mesuliyetten beraeti tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salahiyetine istinat ile hâkim, bu şartı batıl addedebilir".

³⁷³ Büyükay, s. 147.

³⁷⁴ Büyükay, s. 147, 148.

³⁷⁵ Tandoğan, Özel II, s. 55.

kurallarına uygun olarak yapmak hususundaki yükümlülüklerini ve bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Müteahhit üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak teknik ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, teknik ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yeri, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır.

Bununla birlikte müteahhit kendisine verilen projelerin ve/veya teknik belgelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya teknik ve sanat kurallarına uymadığını ileri sürerse bu husustaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alış tarihinden başlayarak on beş gün içinde (nitelik ve özelliği bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, müteahhidin isteği halinde bu süre idarece arttırılabilir.) hem kontrol teşkilatına, hem de idareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu süre aşılnca müteahhidin itiraz hakkı kalmaz. Müteahhidin iddia ve itirazlarına rağmen, idare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde müteahhit, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur.

Önemli görülen durumlarda müteahhit isteklerini idare veya kontrol teşkilatına, aynı şekilde idare veya kontrol teşkilatı da istek ve talimatlarını müteahhide yazı ile bildirir. Söz üzerine yapılmış işler ve işlemler hakkında müteahhidin istek ve iddiaları, idare tarafından dikkate alınmaz³⁷⁶.

Özen borcu kapsamında ölçü olarak kabul edilen teknik ve sanat kuralları, bilimde kuramsal olarak doğruluğu kabul edilmiş olan ve ilgili uzmanların çoğunluğunca da pratikte uyulması gerekli sayılan kurallardır. Ancak bu kuralların mutlaka bilimsel olması da gerekmemektedir, pratik deneyimlerden doğmuş (el sanatlarında olduğu gibi) ilgili uzman çevrelerce de doğru olarak kabul edilerek benimsenmiş ve başarı ile uygulanmış kurallar da olabilir. Bir teknik kuralın mutlaka hiç kimse tarafından çözülemeyecek veya yazılı bir kural olması gerekmez, somut olayın koşullarına göre uygulanacak kural farklı olabilir. Fazla masraftan kaçınma veya başka nedenlerle doğruluğu, tanınmış kurallardan ayrılan fiili (kötü) alışkanlıklar ilgili çevrede yaygın olsalar bile mesleki (teknik) kurallar olarak kabul edilemezler. Bilim

³⁷⁶ www.kikkarari.com (e. t. 04. 02. 2018)

çevresinde en son düzeye ulaşmış ancak uygulamada yerleşmemiş kurallar tanınmış teknik kural olarak kabul edilemez, bunları uygulamak isteyen yüklenici, varsa rizikoları konusunda iş sahibini uyarmak ve muvafakatını da almak şartıyla ancak uygulayabilir. Uygulanacak meslek ve sanat kuralları ise ilgili bakanlık, meslek kuruluşları ve Türk Standartları Enstitüsü tarafından yayınlanmaktadır³⁷⁷.

Özen borcunun derecesi genellikle objektiftir. Genel ölçü bu olmasına rağmen bazı eserlerin meydana getirilmesi bakımından subjektif birtakım kıstaslarında dikkate alınması zorunludur. Örneğin bir inşaatın yapılmasında ölçü alınacak özenin derecesi özellikle teknik kurallar ve sözleşme çerçevesinde objektif biçimde tespit edilebilir. Buna karşılık bir heykeltıraşın yapacağı heykel bakımından özen borcunun ölçüsü objektif olmaktan çok subjektiftir. Çünkü heykeltıraşın yeteneğinin de heykelin yapımında önemli bir rolü vardır³⁷⁸.

Yüklenici işi üstlenirken kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olup olmadığını iyice tartmalı, durumu yükleneceği işe elverişli değilse sözleşme yapmaktan kaçınmalıdır. Aksi takdirde özen borcuna aykırı davranıştan sorumlu olacaktır³⁷⁹.

Yüklenici, ısmarlanan eserin meydana getirilebilmesi için gerekli şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini de araştırmalıdır³⁸⁰. Projeler, planlar, inşaat ve masraf hesapları, şartnamede esas olarak kabul edilen diğer durumlar (inşaat yapılacak bölgedeki iklim şartları, arazinin jeolojik yapısı, faydalanacak taşocakları verimliliği, inşa edilecek fabrikada kullanılacak kömürün tozluluk derecesi gibi) teknik bakımdan yanlış hesaplara, eksik incelemelere ve isabetli olmayan farazi yerlere dayanıyorsa, yüklenici bu yanlışlıkları ve eksiklerin düzeltilmesini istemediği, bu hususta iş sahibini uyardığı takdirde meydana gelecek olumsuz sonuçlardan sorumlu olacaktır. Plan ve hesapları bizzat iş sahibi vermiş ve takip etmiş olsa dahi yüklenici bunların yanlış olmasından doğacak sonuçlardan da sorumlu olacaktır. Ancak iş sahibinin kendisi de bu

³⁷⁷ Tandoğan, Özel II, s. 55.

³⁷⁸ Kocağa, s. 179.

³⁷⁹ Tandoğan, Özel II, s. 56.

³⁸⁰ Yarg. 15. HD., T. 25.5.1981, E. 825/ K. 1234 “ Taraflar arasında düzenlenen eser sözleşmesine göre inşaatla ait her türlü plan ve projelerin tanzimi ile mercilere tasdik ettirilmesi yükleniciye ait bulunmaktadır. Sözleşmede öngörülen miktar ve nitelikte konut yapılmasına mevcut mevzii imar planının müsait olmadığı evveleminde bu planın değiştirilmesi gerektiği, dosyadaki evraktan kesin olarak tespit olunmuştur. Nitekim yüklenici bu maksatla bazı girişimlerde bulunmuşsa da başarı sağlayamamıştır. Davalı yüklenicinin, sözleşmeyi yaparken basiretli bir tacir gibi hareket edip, projelerini ve üzerinde 292 konut yapmayı yüklediği işe ait imar durumunu, imar planlarını incelemesi ve buna göre sözleşme ile bağlanması gerekirdi. Sözleşmeden önce de varlığı yüklenici tarafından saptanan bu engelle rağmen, yüklenicinin bu durumu bile bile bu sözleşmeyi yapması, kendisini davacı kooperatifin maruz kaldığı menfi zararın ödemekten kurtaramaz”. <https://www.yargitay.gov.tr/dergiler> (e. t. 04. 02. 2018)

alandan uzman ise ya da plan ve hesapları uzmanlara hazırlanmış ise ve bunların uygulanmasında yüklenici uyarmasına rağmen ısrarla uygulanmasını istemişse yüklenici sorumluluktan kurtulacaktır³⁸¹.

Yüklenicinin tacir olması halinde, beklenen özenin derecesi artacaktır. TTK m. 18/II “Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir” yasanın bu hükmünden anlaşılacağı üzere yüklenicinin tacir olması halinde özen sorumluluğu diğer yüklenicilere göre daha farklı uygulanacaktır³⁸².

Eserin meydana getirilmesinde ön şartların mevcut olup olmadığı, iş sahibi tarafından hazırlatılan projenin uygulanabilir olup olmadığı, iş sahibinin tercih ettiği malzemenin uygun olup olmadığı, çatı kaplaması için uygun malzemenin galvaniz saç olmasına karşın iş sahibinin alüminyum panel malzemeyi tercihi karşısında iş sahibinin uyarılması özen yükümlülüğünün bir sonucudur³⁸³. Yüklenicinin, belirtilen bu inceleme yükümlülüğünün ölçüsü iyi niyet kurallarına göre belirlenmelidir, yapılacak işin veya yapılacak sonucun değeriyle orantılı olmayacak derecede aşırı masrafı ve zaman kaybını gerektirecek incelemeler yükleniciden beklenmemelidir³⁸⁴.

Yüklenici eseri meydana getirirken, koruyucu ve muhtemel zararı önleyici tedbirleri almalı ya da iş sahibinden talep etmelidir. Örneğin toprak kaymasını önlemek için kazılan yerde çıkan suyun boşaltılması gibi³⁸⁵. Yüklenicinin bu yükümlülüğü BİGS m. 7/ VIII-X’ a göre³⁸⁶ “Müteahhit, işin devamı süresince işyerinde yapılacak çalışmalar nedeniyle, işçilerle çevre halkının kazaya uğramalarını, zarar görmelerini ve işlerde hasar ve zarar meydana gelmesini önleyici her türlü güvenlik önlemini almak zorundadır. İş sahasında veya çevresindeki bölgede, yeterli güvenlik önleminin alınmaması nedeniyle doğabilecek hasar ve zararın ödenmesinden müteahhit sorumludur. Müteahhit, kazaların, zarar ve kayıpların meydana gelmesini önlemek amacı ile gereken bütün önlemleri almak ve kontrol teşkilatı tarafından, kaza, zarar ve kayıp ihtimallerini azaltmak için verilecek talimatın hepsine uymak zorundadır. Ayrıca müteahhit, işyerinde kullanılan araç, gereç ve makinelerle patlayıcı maddelerin neden olabileceği kazalardan korunma usullerini ve önlemlerini çalışanlara öğretmek zorundadır. Bütün önlemlere rağmen müteahhidin yaptığı işlerden dolayı üçüncü şahısların kendilerine veya mallarına zarar verilmesi ihtimaline karşı da müteahhit,

³⁸¹ Tandoğan, Özel II, s. 56.

³⁸² Büyükay, s. 148; Tandoğan, Özel II, s. 55.

³⁸³ Büyükay, s. 148.

³⁸⁴ Tandoğan, Özel II, s. 57.

³⁸⁵ Tunçomağ, s. 988;

³⁸⁶ www.kikkarari.com. (e. t. 04. 02. 2018)

zarara uğraması ihtimali olan malların bedelini karşılayacak miktarda sigorta yaptıracaktır” şeklinde düzenlenmiştir. Yüklenici özellikle tehlikeli işlerde (patlayıcı maddeler kullanılması gibi) ya da tehlikeli araçların kullanılmasında (vinçler, ağır iş makineleri gibi) gerek iş sahibi gerekse üçüncü kişileri koruyucu önlemleri almalıdır³⁸⁷.

Yüklenici, iş sahibinin rızasını almadan, denenmiş bir inşaat sistemi yerine, yeterince denenmemiş ancak bazı üstünlükleri bulunduğu sanılan başka bir inşaat yöntemine başvurmamalıdır. Eğer uygulanan plan ve tahmini giderler teknik yönden yanlış ise, iş sahibinin rızası bulursa da yüklenici sorumlu olacaktır. Yüklenici ancak bizzat iş sahibinin o konuda teknik bilgi aldığını ve yüklenicinin uyarmalarına rağmen kendi sisteminin uygulanmasında ısrar ettiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Yüklenicinin, özen yükümlülüğü, işin başından sonuna, yani eserin teslimine kadar devam eder³⁸⁸.

3.2.6. Özen Borcuna Aykırı Davranışın Hukuki Sonuçları

Yüklenicinin işin görülmesi sırasında özen borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi halinde, iş sahibinin bazı hakları vardır ve dolayısıyla yüklenici açısından özen borcuna aykırı davranışının bazı hukukî sonuçları söz konusudur. İş sahibinin başvurabileceği yollar şunlardır; Tazminat talebi, eserin yüklenicinin kendisine düzeltilmesi veya üçüncü bir kişiye yaptırılması, akdin feshi³⁸⁹.

3.2.6.1. Tazminat Talebi

Yüklenicinin, özen borcuna aykırı davranışı neticesinde iş sahibi uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebileceği gibi sözleşmeyi feshetme hakkına da sahiptir³⁹⁰.Yüklenicinin özen borcuna aykırı davranışı, eserin ayıpsız teslimini etkilemeyip ancak iş sahibinin başka türlü zararına sebep olacak bir davranış ise iş sahibi, akdin müsbet ihlali teşkil eden bu hareketten doğan zararının TBK m. 112 “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür” hükmüne göre tazminini talep edebilir³⁹¹.

³⁸⁷ Tandoğan, Özel II, s. 58; Aral/ Ayrancı, s. 383.

³⁸⁸ Tandoğan, Özel II, s. 58, 59; Tunçomağ, s. 988; Coşkun, s. 137; Gökyayla, s. 792.

³⁸⁹ Tandoğan, Özel II, s. 60; Büyükkay, s. 150.

³⁹⁰ Büyükkay, s. 150.

³⁹¹ Tandoğan, Özel II, s. 60,

Yargıtay verdiği bir kararda “İş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınması yüklenicinin özen borcu gereğidir. Özen borcu BK’ nun 96’ncı maddesinde (TBK m. 112) yerini bulan sorumluluğun özel şeklidir. Yasa koyucu istisna (eser) akdinde sorumluluğu akdin sonucuna bırakmamış, özel hüküm getirmiş olmakla özen borcuna ne denli önem verildiğini göstermiştir. Bu itibarla aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını ve miktarın ne kadar olduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti ise yükleniciye aittir”³⁹² diyerek yüklenicinin TBK m. 112 gereği sorumlu olacağına hükmetmiştir.

İş sahibi, sözleşmede yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması nedeniyle üçüncü kişilere vereceği zarardan sorumlu tutulacağını şart kılmışsa, bu şartın tam ya da eksik üçüncü kişi yararına şart olmasına göre üçüncü kişinin kendisi veya ona ödenmek üzere iş sahibi yükleniciden tazminat talep edebilir. Aynı şekilde iş sahibi ile birlikte oturan yakınları, işçileri, kiracısı gibi kimseler, yüklenicinin edimine yakınlıkları dolayısıyla uğradıkları zararın tazmini için eser sözleşmesinin kendileri lehine de koruyucu hüküm doğurduğu kuramına dayanabilirler³⁹³.

Sözleşme gereği ifade bulunan yüklenici, üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumlu olacağı gibi hizmet sözleşmesi ile kendine bağlı işçilerin ifaya yardım ederken üçüncü kişilere verdikleri zararlardan dolayı da adam çalıştıran (istihdam eden) sıfatıyla TBK m. 66 gereği sorumlu olacaktır. İşçi ister kusurlu ister kusursuz olsun, (istihdam) eden (yüklenici) daima sorumludur ve bu sorumluluğu yasadan kaynaklanan kusursuz sorumluluktur. Yüklenici, böyle bir durumda üçüncü kişiye ödediği tazminat için zarar vermiş olan işçisine onun sorumlu olduğu oranda rücu hakkına sahiptir. Yüklenici edimini ifa ederken, üçüncü kişilere zarar vermeyecek ve iş sahibini sorumluluk altına sokmayacak şekilde gerçekleştirmek gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Yüklenici (adam çalıştıran) işçisini seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gereken özeni gösterdiğini kanıtladığı takdirde sorumlu tutulamaz. Kural olarak iş sahibinin sorumluluğu yoktur ancak üçüncü kişilerin zarara uğramasında iş sahibinin de kusuru varsa, kusurun derecesine ağır veya hafif kusur oluşuna göre sorumlu tutulur. İş sahibi, sözleşmeye

³⁹² Yargıtay 15. HD. 12. 10. 1994 T., 1994/ 265 E, 1994/ 600 K., www.kararara.com (e. t. 08. 02. 2018)

³⁹³ Tandoğan, Özel II, s. 60,

kendi lehine bir sorumsuzluk hükmü koymuşsa ancak ağır kusurundan sorumlu olacaktır (TBK m. 115/ II). İş sahibi sorumsuz olmasına rağmen, üçüncü kişilere verilen zararlardan dolayı herhangi bir ödemede bulunmuşsa ödediği miktar kadar yükleniciye rücu etme hakkına sahiptir (TBK m. 61- 62)³⁹⁴.

Yargıtay, yüklenicinin kusurlu ve özensiz davranışından dolayı üçüncü kişilerin zarar görmesi nedeniyle, iş sahibinin ödediği tazminat oranında yükleniciye rücu edebileceğini kabul etmiştir. “Dava, rücu tazminat istemiyle açılmış bir davadır. Erdek Mayın Filo Komutanlığında görevli Deniz Yzb. H. Ç’ nin nöbet sırasında kat kaloriferinden sızan gaz nedeniyle ölmesi sonucu mirasçıları tarafından AYİM 2. Dairesinde açılan dava sonucu, davalı idarenin ödemek zorunda kaldığı maddi ve manevi tazminat ile eklentilerinin, davalı yüklenicilerden rücu tahsili için davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Mahkemece illiyet bağı yokluğu nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı idare, iş sahibi, davalılar ise yüklenicidir. Davalı yüklenicilerin kalorifer kazanını değiştirdikleri belirlenmiştir.

Dosya içerisinde bulunan olaya ilişkin Erdek Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2005/491 Esas 2009/210 Karar sayılı dava dosyasının incelenmesinden, davalılar H.D ve İ. E' nin sanık olarak yargılandıkları, yargılama sonucunda davalıların ayrı ayrı 2/8'er oranında kusurlu bulunmaları sonucu, taksirle ölüme sebebiyet verme suçundan cezalandırılmalarına karar verildiği, bu kararın Yargıtay 12.Ceza Dairesi'nin 29.02.2012 tarih 2012/4418 Esas 2012/5591 Karar sayılı ilâmıyla düzeltilerek onandığı ve kesinleştiği belirlenmiştir.

Davacı iş sahibi idare ile davalı yükleniciler arasındaki ilişki Türk Borçlar Kanunu'nun m. 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi niteliğindedir. Davalıların H.Ç’ nin ölümünde kusurları olup olmadığı, varsa oranının belirlenmesi için eser sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirme yapacak konunun uzmanlarından oluşan heyetten rapor alınması zorunludur. Mahkemece eser sözleşmesi hükümlerine göre konunun uzmanlarından oluşturulacak teknik heyetten rapor alınmadan ve ceza yargılaması sonucunda, davalıların tedbirsizlikle ölüme sebebiyet suçundan mahkum oldukları dikkate alınmaksızın illiyet bağı yokluğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.

³⁹⁴ Selimoğlu, s. 487.

Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre eser sözleşmesi ilişkisinde konunun uzmanı yükleniciler olduğundan gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de yüklenicilere aittir. Ayrıca somut olayda yüklenicilerin hiç kusurlarının bulunmaması durumunda dahi, sübuta ilişkin ceza mahkemesinin mahkumiyet kararı hukuk hakimini bağlayacağından, oluşa ve hakkaniyete uygun bir miktar tazminatın karar altına alınması zorunludur.

Yapılacak iş, yukarıda açıklandığı şekilde taraflar arasındaki ilişkinin eser sözleşmesine dayandığı dikkate alınarak, kusur durumlarının belirlenmesi için konunun uzmanı bilirkişilerden oluşturulacak heyetten rapor alınarak kusur durumlarının belirlenmesinden, davalıların ceza yargılaması sonucunda taksirle ölüme sebebiyet suçundan mahkum oldukları da değerlendirilerek sorumlu oldukları miktarlar belirlenip, hüküm kurulmasından ibarettir³⁹⁵.

Yüklenici, sözleşme nedeniyle üstlendiği edimi birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlara, yardımcılara yasaya ve sözleşmeye uygun surette bırakmış olsa bile onların işi yürüttükleri sırada diğer iş sahibine verdikleri zararını gidermekle yükümlüdür. (TBK m.116/ I) İfa yardımcısının kusuru aranmaz, yüklenicinin iş sahibine karşı sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Yüklenici, gereken dikkat ve özeni gösterdiğini kanıtlasa dahi sorumluluktan kurtulamaz. Ancak, yüklenici TBK m. 116/ II gereği, sözleşmeye, işçilerin ve kendisine yardımcı diğer kişilerin ağır kusurları ile dahi olsa sözleşmeyi ihlallerinden dolayı kendisini tamamen veya kısmen sorumlu tutulamayacağına dair bir hüküm koydurmuşsa sorumlu olmayacaktır³⁹⁶.

Yüklenicinin, sorumsuzluk hallerini düzenleyen TBK m. 115/ I³⁹⁷ ile TBK m. 116/ II³⁹⁸ arasında fark vardır. TBK m. 115/ I' de yüklenicinin kendi ağır kusurundan sorumlu olamayacağına dair sözleşme hükmünün geçersizliği; TBK m. 116/ II ise yüklenicinin çalıştıracığı yardımcı kişilerin ağır kusurları olsa bile sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı iş sahibine karşı kendisinin sorumlu tutulamayacağına dair sözleşme hükmünün geçerliliği düzenlenmiştir³⁹⁹.

TBK m. 115/ I gereği, borçlunun ağır kusurundan (kasıt ve ağır ihmal)sorumlu olmayacağına dair önceden yapılmış anlaşmaların kesin olarak hükümsüz olacağı

³⁹⁵ Selimoğlu, s. 407- 408; Yarg. 15. HD., T. 13. 06. 2013, 2013/ 3455, 2013/ 3868 K <http://hukuk.medeniyeti.org> (e. t. 08.02.2018)

³⁹⁶ Selimoğlu, s. 489.

³⁹⁷ TBK m. 115/ I *"Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür"*.

³⁹⁸ TBK m. 116/ II *"Yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir"*.

³⁹⁹ Selimoğlu, s. 489.

hükme bağlanmıştır. Taraflarca sözleşmeye ağır kusurdan sorumsuzluk şartı konulmuşsa, sözleşmedeki bu kayıtlar çıkarılacak ve onun yerine kanun hükmü geçecektir. Yani bu durumda ağır kusurdan sorumsuzluk şartından yararlanılamayacak ve ağır kusurdan dolayı ilgili taraf sorumlu olacaktır⁴⁰⁰.

Üçer' e göre⁴⁰¹; Sözleşmenin taraflarından birine, diğeri aleyhine olmak üzere, keyfi ve iradi olarak ağır kusur ile zarar vermesi halinde verdiği zarardan sorumlu olmama imkanının verilmesi dürüstlük kuralına ahlaka ve sözleşme özgürlüğü ilkelerine aykırıdır. Bu türden sorumsuzluk anlaşmalarının batıl sayılmaması, sözleşmenin diğer tarafında devamlı bir tereddüt ve güvensizlik yaratacağından sonuç itibariyle kamu düzenini de bozar. Bu türden sorumsuzluk kayıtlarını içeren sözleşmeleri, hâkim resen nazara almalı hatta bunun için zarar doğmasını beklemeden açılan bir tespit davasını da hukukî yarar bulunduğu gerekçesiyle kabul etmelidir.

Yüklenicinin yüklendiği edim, belli bir uzmanlık gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat ancak yasa veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütebiliyorsa; yüklenicinin yardımcı kişilerin eylemlerden sorumlu olmayacağına dair yapılan sözleşme hükmü kesin olarak hükümsüzdür (TBK. m.116/ III)⁴⁰². Düzenlemeye göre, yüklenicinin, yüklendiği hizmet resmi bir izne dayanarak yürütülüyorsa, ifa yardımcılarının hafif kusurlarından dahi sorumlu olacaktır⁴⁰³.

Yüklenicinin özen borcuna aykırı davranışından zarar görenin sözleşmeye dayanan tazminat alacağı haksız fiilden doğan tazminat alacağı ile yarışabilir⁴⁰⁴. İsviçre ve Türk hukukunda gerek akdi mesuliyetin ve gerekse akit dışı mesuliyetin şartlarının yarıştığı hallerde, zarar gören tazminat davasını dilerse akdin ihlaline dair hükümlere, dilerse haksız fiillerden sorumluluk hükümlerine dayandırabilir ancak akde veya haksız fiile dayanan tazminat taleplerinden biri yerine getirilmişse diğeri ortadan kalkar⁴⁰⁵.

Yüklenicinin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı iş sahibinin ölümüne yol açmışsa, iş sahibinin desteğinden yoksun kalanların tazminat alacağı TBK m. 114/ II gereği akdi sorumluluk hükümlerine tabidir⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ Üçer, Mehmet, **Roma Hukukunda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı**, Ankara, 2013, s. 179.

⁴⁰¹ Üçer, Sözleşmelerin Kısmi Butlanı, s. 180.

⁴⁰² TBK m. 116 “Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”.

⁴⁰³ Selimoğlu, ,s. 489.

⁴⁰⁴ Tandoğan, Özel II, s. 61.

⁴⁰⁵ Tandoğan, Türk Mes’ uliyet Hukuku, s. 537.

⁴⁰⁶ Tandoğan, Özel II, s. 61.

3.2.6.2. Eserin Yüklenicinin Kendisine Düzelttirilmesi Veya Üçüncü Kişie Yaptırılması

İş sahibi, yüklenicinin işi yaparken özen yükümlülüğüne uygun hareket edip etmediğini her zaman denetleyebilir. Bu denetleme, yüklenicinin malzemeyi kendisinin sağlayıp aynı zamanda kendi yerinde hazırlayıp bitince teslim ettiği, taşınır eserlere ilişkin eser sözleşmelerinden (eser teslimi akitleri) ziyade özen yükümlülüğünden doğan sorumluluğun kendini gösterdiği diğer eser sözleşmelerinde önem taşır. Hatta büyük ve önemli inşaat işlerinde denetim için yetkili birini görevlendirmeyen iş sahibinin ortak kusuru bulunduğu kabul edilir⁴⁰⁷.

BİGŞ m. 14/ I' göre “Yüklenici bütün işleri kontrol teşkilatının, sözleşme ve eklerindeki hükümlere aykırı olamamak şartı ile vereceği talimata göre yapmak zorundadır” aynı şekilde BİGŞ m. 13/ II göre “herhangi bir işin kontrol teşkilatının denetimi altında yapılmış olması yüklenicinin, üstlenmiş olduğu işi bütünüyle projelerine, sözleşme ve şartnamelerine, teknik ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak hususundaki yükümlülüklerini ve bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz”⁴⁰⁸.

İş sahibi işin devamı sırasında yüklenicinin işi özen borcuna aykırı şekilde yaptığını gördüğünde, ona karşı ayıp dolayısıyla tekeffül haklarını ve sonuç sorumluluğunu ileri sürmek için beklemesine gerek yoktur⁴⁰⁹. TBK m. 473/ II ye göre “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 ayırlılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir”.

Yasadaki bu hükme göre edimin ifası sırasında, yüklenicinin kusuru sebebiyle işin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı bir şekilde yapılacağı kesinlikle tahmin ediliyorsa, iş sahibi buna engel olmak için yükleniciye uygun bir süre vererek veya hakim vasıtasıyla süre tayin ettirerek verilen mehil içinde yükleniciye işin gereği gibi yapılmasını sağlamadığı takdirde, masrafları ve hasarı ona ait olmak üzere ayıpların giderilmesinin veya işe devamın bir üçüncü kişiye tevdi olunacağı ihtar edilir. Bu ihtar sonuçsuz kalırsa iş sahibi işi başkasına yaptırabilir, yüklenici bu yüzden meydana gelen fazla

⁴⁰⁷ Tandoğan, Özel II, s. 61.

⁴⁰⁸ Tandoğan, Özel II, s. 61.

⁴⁰⁹ Büyükkay, s.150; Tandoğan, Özel II, s. 62.

masraflardan ve işin başkası tarafından yapılması esnasında kazaen meydana gelen zarardan ve kötü işin bırakıldığı kişi tarafından karşılanmayan sonuçlarından sorumlu olur. Burada kaza yüklenicinin kusurlu hareketinin bir sonucu olduğundan, onun bundan sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı değildir. Ancak iş sahibi işi kendisine bıraktığı üçüncü kişinin seçilmesinde ve ona talimat verilmesindeki kusurundan meydana gelen zarara katlanmalıdır⁴¹⁰.

3.2.6.2.1. TBK M. 473/ II Gereği İşin Üçüncü Kişiyе Yaptırılmasının Şartları

TBK m. 473/ II gereği iş sahibinin işi üçüncü kişiyе yaptırabilmesi için yasanın aradığı üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Tek tek ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz bu şartlar;

- 1) Eserin meydana getirilmesi sırasında işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde yapılacağı tahmin edilmelidir,
- 2) Eserin ayıplı ve sözleşmeye aykırı şekilde imali, yüklenicinin kusuruna dayanmalıdır,
- 3) İş sahibi tarafından yükleniciye işi kendisinin düzeltmesi için süre verilmeli ve bu süre içinde düzeltmeyi yapmazsa işin başkasına, yaptırılacağı ihtarında bulunulmalıdır.

3.2.6.2.1.1. İşin Devamı Esnasında Eserin Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağı Kesin Olarak Tahmin Edilmelidir

TBK m. 473/ II, eserin ayıplı şekilde meydana getirilmesi ile sözleşmeye aykırı şekilde meydana getirilmesini birbirinden farklı haller olarak değerlendirmiştir. Ancak bazı yazarlar bu ayrımın gereksiz olduğunu, bu hükümde yalnızca eserin ayıplı yapılmasından bahsedildiği görüşündedirler. Ayıp, eserin, taraflarca kararlaştırılan veya dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen nitelikleri taşımamasıdır. Başka deyişle ayıp, eserde sözleşme veya dürüstlük kuralı gereğince olması gereken nitelik ile fiilen var olan nitelik arasındaki farktır. Eserin ayıplı olması, somut eser sözleşmesinin içeriğine bağlı nispi bir kavram olup, bunun tespiti için sözleşmede öngörülen nitelikler ile meydana getirilen eserin taşıdığı niteliklerin karşılaştırılması gerekir. Bu karşılaştırma yapılırken, iş sahibinin sözleşmenin içeriğine ve dürüstlük kuralına göre

⁴¹⁰ Tandoğan, Özel II, s. 62- 63; Gökyayla, s. 799.

beklentileri esas alınmalıdır. Öyleyse, eser tamamlandığında, onun sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenen nitelikleri taşımayacağı, örneğin çatının su geçireceği, makinenin istenen kapasitede çalışmayacağı anlaşılıyorsa, TBK m.473/II’ de öngörülen eserin ayıplı şekilde yapılacağının tahmin edilmesi şartı gerçekleşmiş olur⁴¹¹.

Yüklenicinin ayıplı malzeme kullanması halinde karşılaşılabilecek yaptırımla ilgili olarak BİGŞ m. 14/ II- IV, şu hükmü içermektedir “Müteahhit kullanacağı her türlü malzemeyi kontrol teşkilatına gösterip iş için elverişli olduğunu kabul ettirmeden iş başına getiremez. Malzemenin teknik şartnamelere uygun olup olmadığını inceleyip gözden geçirmek için kontrol teşkilatı istediği şekilde deneyler yapabilir ve ister iş yerinde ister özel veya resmi laboratuvarlarda olsun, bu deneylerin giderleri sözleşmesinde başka bir hüküm yoksa müteahhit tarafından karşılanır. Müteahhit, deneylerin işyerinde yapılmasını isterse bunun için gerekli araç ve teçhizatı kendisi sağlamak zorundadır.

Müteahhidin işyerine getirdiği malzemenin, teknik şartnamesine veya daha önce alınmış mühürlü örneğine uygun ve işe elverişli olmadığı anlaşıldığı takdirde müteahhit, kontrol teşkilatının bu husustaki yazılı tebligatı tarihinden başlamak üzere on gün içinde bu malzemeyi işyerinden kaldırıp uzaklaştırmak zorundadır. Bunu yapmadığı takdirde kontrol teşkilatı, bu malzemeyi, bütün zarar ve giderleri müteahhide ait olmak üzere, işyeri çevresi dışına çıkarmaya yetkilidir”⁴¹².

TBK m.473/II, yükleniciye işin yapımı sırasında, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılıp teslim edileceğini kesin olarak tahmin edilebildiği durumlarda iş sahibine eserin teslimini beklemeden, müdahalede bulunma hakkı vermektedir. Hükmün uygulanabilmesi için, iş sahibinin müdahalede bulunmaması halinde eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılıp teslim edileceğinin kesin olarak tahmin edilebilmesi gerekir. Eserin meydana getirilmesi sırasında eserde sözleşmeyle kararlaştırılan niteliklerin bulunmaması eser tamamlandığında onun ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağını açıkça gösteriyorsa, TBK m.473/II’ de yer alan “ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın kesin olarak tahmin edilebilmesi” şartı gerçekleşmiş olur⁴¹³.

⁴¹¹ Kocağa, s. 181.

⁴¹² Büyükkay, s. 151; Aral/ Ayrancı, s. 384.

⁴¹³ Kocağa, s. 182- 183; Aral/ Ayrancı, s. 384.

TBK m.473/II’ de geçen “meydana getirilmesi sırasında” deyiminden, eserin yapımına başlanmış ancak tamamlanmamış olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle eser tamamlandıktan veya teslim edildikten sonra ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, TBK. m.473/II uygulanmaz. İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda bunun aksini kabul ederek TBK m. 473/ II’ nin her hangi bir gerekçe gösterilmeden kıyasen uygulanacağına karar vermiştir. Federal Mahkeme’nin bu kararını eleştiren **Gauch’a göre**, TBK. m.473/II’ de, iş sahibine hâkimin iznine gerek olmadan ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini başkasına yaptırma hakkı tanınmasının amacı, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesini engellemek için iş sahibine olabildiğince hızlı davranabilme imkânı sağlamaktır. Oysa eser tamamlandığında, ayıplı ve sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmiş olacağı için engellenmesi diye bir durum söz konusu olamaz. Bununla birlikte Gauch, istisnaen, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesinde acele edilmesi gereken durumlarda, TBK. m. 473/II’ nin kıyasen uygulanabileceğini belirtmektedir. Yazar, ayıbın giderilmesinin acil olmasına örnek olarak; eserdeki ayıbın başka zararlara yol açmasını veya üçüncü kişilere zarar verme tehlikesinin bulunmasını göstermektedir. Yazara göre bu durumlarda acil müdahaleyi gerektiren ihtiyaç, eserin ayıplı olarak meydana getirilmesinin engellenmesi değil, başka bir tehlikenin, yani ayıbın başka zararlara yol açmasının engellenmesidir⁴¹⁴.

Eserin henüz yapımına başlanmadan, ayıp ortaya çıkmazdan veya işe başlamazdan önce eserin ayıplı olacağı kesinlikle anlaşılabiliyorsa böyle bir durumda da TBK m. 473/ II uygulanabilir. Örneğin yapı için elverişli olmayan malzeme iş yerine depo edilmiş olabilir, böyle bir durumda iş sahibi elverişsiz malzemenin oradan kaldırılmasını isteyebilir⁴¹⁵.

3.2.6.2.1.2. Eserin Ayıplı Ve Sözleşmeye Aykırı Şekilde İmalî Yüklenicinin Kusuruna Dayanmalıdır

Sözleşmeye aykırılık ve eserdeki ayıp yüklenicinin kusurundan dolayı meydana gelmiş olmalı, yüklenicinin kusuruyla eserdeki ayıp ve sözleşmeye aykırılık arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Buradaki kusur kavramı geniş yorumlanmalı, kastın yanı sıra ağır ve hafif kusur ile her türlü ihmal kusur kavramı içinde değerlendirilmelidir. TBK m. 476 anlamında iş sahibine yüklenebilir kişisel kusurun bulunmaması halinde,

⁴¹⁴ Kocağa, 183; Aral/ Ayrancı, s. 386.

⁴¹⁵ Tandoğan, Özel II, s. 63; Kocağa, s. 185; Aral/ Ayrancı, s. 384.

sözleşmeye aykırılık veya ayıp, yüklenicinin kusurundan kaynaklanmış sayılır. **Bühler**, bu görüşü kısmen reddetmektedir. Yazara göre, eserdeki ayıp halinde yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için iş sahibinin kusurunun bulunmaması yeterlidir, ancak yüklenicinin sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması ve iş sahibinin de bu kusuru ispat etmesi gerekir⁴¹⁶.

Yüklenicinin TBK m. 473/ II ye göre masrafları yükleniciye ait olmak üzere işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi için yüklenicinin kusurunun aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, iş sahibinin masrafları yükleniciye ait olmak üzere işi üçüncü kişiye yaptırabilmesi için eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması yüklenicinin kusurlu olmasına bağlıdır. Eserdeki ayıp veya sözleşmeye aykırılık yardımcı kişilerin (örneğin alt yüklenicilerin) davranışlarından kaynaklanıyorsa, TBK m. 116 gereği yüklenicinin sorumlu olması gerekir⁴¹⁷.

3.2.6.2.1.3. Yükleniciye, İş Düzeltmesi İçin Süre Verilmeli Ve Bu Süre İçinde Düzeltmeyi Yapmazsa İşin Başkasına Yaptırılacağı İhtarında Bulunulmalıdır

İş sahibinin TBK. m.473/ II' de öngörülen hakları ileri sürebilmesi için; verilen süre içinde ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmemesi hâlinde, işin üçüncü kişiye yaptırılacağını yükleniciye “ihtar” etmesi gerekir. İş sahibi, en geç süre tayini sırasında yükleniciye verilen süre içinde ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermediği takdirde, masrafları ona ait olmak üzere, işi üçüncü kişiye yaptıracığını ihtar etmiş olmalıdır. Verilen sürenin geçmesinden sonra yapılan ihtar geçerli değildir⁴¹⁸.

İş sahibi, süreyi kendisi verebileceği gibi hâkime de tayin ettirebilir. Süre verilmesindeki amaç, yüklenicinin eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun şekilde yapılıp bitirilmesi için gerekli önlemleri almasını sağlamaktır. Verilen süre, yüklenicinin alacağı önlemler için uygun olmalıdır. Örneğin yüklenici kötü malzeme kullanmışsa, verilen süre bu malzemenin değiştirilmesine imkân verecek nitelikte olmalıdır. Yüklenici kendisine verilen sürenin yeterli olmadığını düşünüyorsa derhal itiraz etmelidir, aksi halde daha sonra sürenin yeterli olmadığını ileri süremez. İş sahibi yükleniciye süre verirken, işi üçüncü kişiye yaptıracığını ihtar etmek yerine bu hakkını saklı da tutabilir. Bu hakkını saklı tutarak yükleniciye süre vermişse, verilen süre içinde ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmemesi halinde, iş sahibi sürenin bitiminde

⁴¹⁶ Eren, Özel, s. 632; Tandoğan, Özel II, s. 64.

⁴¹⁷ Kocağa, s. 185.

⁴¹⁸ Kocağa, s. 187; Tandoğan, Özel II, s. 65 ; Aral/ Ayrancı, s.386.

masrafları yükleniciye ait olmak üzere işi üçüncü kişiye yaptırabilmek için, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın yüklenici tarafından giderilmesinden vazgeçtiğini derhal ona bildirmek zorundadır. Buna karşılık iş sahibi, kesin olarak işi üçüncü kişiye yaptıracığını ihtar etmişse, verilen sürenin sonuçsuz kalması halinde, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesinden vazgeçtiğini yükleniciye bildirmesine gerek yoktur; bu durumda sürenin dolmasıyla birlikte, işi üçüncü kişiye yaptırma hakkı kendiliğinden doğar. Aynı şekilde eserdeki ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın, yüklenici tarafından giderilmesi mümkün değilse veya yüklenici ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermeyi önceden açıkça reddetmişse, süre verilmesine gerek yoktur. Bu haller dışında; iş sahibi yükleniciye süre vermeden veya verdiği süre dolmadan, işi üçüncü kişiye yaptıramaz. Aksine davranan yani yükleniciye süre vermeden işi üçüncü kişiye yaptıran iş sahibi, işin üçüncü kişiye yaptırılmasından dolayı yaptığı masrafları yükleniciden isteyemez. Bu durumda iş sahibi, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının masraflarını ancak TBK m. 125' e göre müspet zarar kapsamında talep edebilir⁴¹⁹.

Yüklenici, ayıpları verilen süre içinde düzeltse dahi, iş sahibi işteki gecikmeden dolayı tazminat isteyebilir. Ancak bitmiş eseri ihtirazi kayıt (çekince) ileri sürmeksizin kabul etmiş veya yüklenicinin ücretini ödemişse, iş sahibi bu haktan yararlanamaz⁴²⁰.

3.2.6.2.2. TBK M. 473/II Sonuçları

3.2.6.2.2.1. İş sahibinin işi üçüncü kişiye yaptırma hakkı

İş sahibi yukarıda belirtmiş olduğumuz şartlar gerçekleştiğinde, hasar ve masrafı yükleniciye ait olmak üzere ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini isteyebilir veya işin devamını üçüncü kişiye üçüncü kişiye yaptırabilir (TBK m. 473/II)⁴²¹.

İş sahibinin işin yapımı sırasında meydana gelen ayıpları yükleniciye tamir ettirebileceği gibi gerektiğinde işi üçüncü kişiye yaptırabileceği de Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 16/ VI, m. 26/ I- IV hükümlerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁴²².

Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİĞŞ) m. 26/ I- IV: *“Taahhüt konusu yapım işinin her türlü sorumluluğu, kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanacağı tarihe kadar tamamen yükleniciye aittir. Yüklenici, gerek malzemenin şartnameye uygun olmamasından ve gerekse yapım işlerinin kusur ve eksiklerinden dolayı, idarece gerekli*

⁴¹⁹ Kocağa, s. 187; Karadaş, s. 148; Aral/ Ayrancı, s. 386; Gökyayla, s. 800.

⁴²⁰ Tandoğan, Özel II, s. 65. ; Kocağa, s. 188- 189.

⁴²¹ Kocağa, s. 189.

⁴²² Büyükkay, s. 151; Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİĞŞ)

görülebcek bütün onarım ve düzeltmeler ile sürekli bakım işlerini kendi hesabına derhal yapmak zorundadır.

Yüklenici bu zorunluluğa uymadığı takdirde, idare, kendisinden bir yazı ile yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyecektir. Bu talimatın yükleniciye tebliği tarihinden başlamak üzere işin özelliğine göre, talimat yazısında idarece daha uzun bir süre verilmemişse, yüklenici on gün içinde yükümlülüklerini yerine getirmeye fiilen başlamadığı veya başlayıp da belirlenen süre içinde teknik gereklerine göre işi bitirmediği takdirde idare, söz konusu onarım, düzeltme ve bakım işlerini, bütün giderleri yükleniciye ait olmak üzere 4734 sayılı Kanunda gösterilen usullerden biri ile yaptırabilir. İdare bu işler için yüklenicinin teminatından veya varsa diğer alacaklarından ödeme yapmaya yetkilidir.

İdare, yüklenicinin yaptığı işlerde kesin kabul tarihine kadar geçen zaman içinde herhangi bir aksaklık gördüğü takdirde, bu aksaklıkları yukarıda belirtildiği şekilde düzelttirip onarmakla birlikte, işin niteliğine göre aksaklığı tespit edilen yapım işlerinin kesin kabul işlemlerini uygun bir tarihe erteleyebilir. Bu takdirde kabulü ertelenen kısım için, idarenin uygun göreceği bir miktarda teminat alıkonur.

Yapılan işlerde yüklenicinin kusurundan kaynaklanan ve acilen ele alınması gereken aksaklıklar meydana geldiğinde, yüklenicinin o anda işle ilgilenip konuyu ele alması imkanı yoksa bu takdirde idare, yazılı olarak haber vermek suretiyle yüklenici adına bu aksaklığı giderir. Yüklenicinin tebligat adresinde bulunamaması veya işe ilgi göstermemesi halinde idare, yüklenici hesabına aksaklığı giderip gerekli tedbirleri alır ve yüklenicinin bu uygulamaya itiraz hakkı olmaz.

Yapım işlerinde yüklenici ve alt yükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyandan, yapının tamamı için işe başlama tarihinden itibaren kesin kabul tarihine kadar sorumlu olacağı gibi, kesin kabul onay tarihinden itibaren de on beş yıl süreyle müteselsilen sorumludur. Bu zarar ve ziyan genel hükümlere göre yüklenici ve alt yüklenicilere ikmal ve tazmin ettirilir. Ayrıca haklarında 4735 sayılı Kanunun 27 nci maddesi hükümleri uygulanır”⁴²³.

İşin, üçüncü kişiye bırakılması hâlinde, iş sahibi ile ikame yüklenici diye adlandırılan bu üçüncü kişi arasında önceki sözleşmeden bağımsız bir eser sözleşmesi meydana gelir. İş sahibi, ikame yükleniciye karşı bu sözleşmeden kaynaklanan tüm

⁴²³ www.resmigazete.gov.tr. (e. t. 11. 02. 2018)

haklara sahip olduğu gibi ona ücret ödemekle yükümlüdür. İş sahibi ile ilk yüklenici arasında ise tasfiye ilişkisi söz konusudur. İlk yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borcunun yerini, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının gerektirdiği masrafları ödeme borcu alır. Buna karşılık iş sahibi, eser sözleşmesinde kararlaştırılan ücretin tamamını-henüz ödememişse ilk yükleniciye ödemekle yükümlüdür⁴²⁴.

TBK m. 113'den farklı olarak işi üçüncü kişiye yaptırmak için, hâkimin iznine gerek yoktur; bu husus TBK m. 473/ II' nin acele önlem alınmasını sağlama amacının bir sonucudur. Yasada böyle bir zorunluluk bulunmamasına rağmen, iş sahibi işi üçüncü bir kişiye yaptırmak için hâkimden izin alma yoluna başvurmuşsa bu başvurusunun reddedilmesinin gerekip gerekmediği konusu tartışmalıdır. Ancak ilerde TBK m. 473/ II' nin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, verilen sürenin uygun olup olmadığı konusunda taraflar arasında çıkacak bir uyuşmazlığı önlemek için hâkimden izin istenmesinde hukuki yarar vardır⁴²⁵.

TBK m. 473/ II' ye göre işin ikame yüklenici (üçüncü kişi) tarafından yapıldığı sırada bir hasar oluşursa bundan ilk yüklenici sorumlu olacaktır. Bu nedenle, eserin ikame yüklenici tarafından yapılması esnasında kazaen meydana gelen zarardan ve ikame yüklenici tarafından karşılanmayan sonuçlarından ilk yüklenici sorumlu olacaktır. Ancak iş sahibine yüklenebilecek bir kusurdan dolayı eserde bir zarar meydana gelirse bundan ilk yüklenici sorumlu olmayacaktır. Zarar özellikle iş sahibinin üçüncü kişinin seçilmesinde veya ona talimat verilmesindeki kusurundan kaynaklanıyorsa, kendisi katlanmalıdır⁴²⁶.

İş sahibi işi üçüncü kişiye yaptırmak zorunda değildir, işi bizzat kendisi de yapabilir. İş üçüncü kişiye bırakıldığı halde, ilk yüklenici ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme meydana gelmez. Üçüncü kişi eseri ayıplı olarak meydana getirir veya sözleşmeye aykırı ifade bulunursa, iş sahibi her iki yükleniciye de başvurabilir, ilk yüklenici ile ikame yüklenici (üçüncü kişi) arasında TBK m. 62/ II anlamında bir rücu ilişkisi ortaya çıkar. Böylece, ayıplı veya sözleşmeye aykırı ifadan dolayı kendisine başvurulmuş ilk veya ikame yüklenici, kusuru oranında diğerine rücu edebilir⁴²⁷.

TBK m. 473/ II' ye göre, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının masrafları ilk yükleniciye aittir. İlk yüklenicinin masrafları ödeme yükümlülüğü, iş sahibi üçüncü kişi ile sözleşmeyi yaptığı anda doğar. Ve masrafın miktarı, işin üçüncü kişiye (ikame

⁴²⁴ Kocağa, s. 190.

⁴²⁵ Tandoğan, Özel II, s. 65; Kocağa, s. 191.

⁴²⁶ Kocağa, s. 193; Tandoğan, s. 62- 63.

⁴²⁷ Kocağa, s. 193.

yüklenici) yaptırılmasından doğan masraf miktarıyla sınırlıdır. Ayrıca bu masrafların dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmış olması da gerekir. İş sahibi ikame yükleniciyi seçerken onun güvenilir olması, işi hızlı yapması gibi özelliklerini göz önüne alabilir. Ancak iş sahibi ikame yükleniciyle ilk yükleniciyle kararlaştırmış olduğundan daha lüks ve pahalı bir yöntem kararlaştırmışsa, bu masrafları ilk yükleniciden isteyemez, bunları kendisi karşılamak zorundadır. Aynı şekilde iş sahibi, eser sözleşmeye uygun olarak meydana getirilseydi zaten karşılamak zorunda kalacağı masrafları bizzat ödemek zorundadır. İkame yüklenici tarafından meydana getirilen eser, ilk yükleniciyle yapılan sözleşmeye göre daha fazla değer kazanmışsa, bu fazla değer ilk yüklenicinin ödeyeceği masraflardan düşülmelidir⁴²⁸.

3.2.6.2.2.2. İş Sahibinin TBK M. 125’ de Düzenlenen Diğer Seçimlik Haklardan Yararlanması

Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağının anlaşılması halinde, yüklenici verilen süre içinde ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermezse, iş sahibi işin onarımı veya tamamlanmasını üçüncü kişiye verme yerine sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu gibi TBK m. 125’ de⁴²⁹ yer alan seçimlik haklardan birini kullanabileceği kabul edilmektedir. İş sahibi, seçimlik hak olarak eserin onarımını veya işin devamını üçüncü kişiye yaptıрма (aynen ifa) seçeneğini seçebileceği gibi, bundan (aynen ifadan) vazgeçtiğini derhal bildirmek suretiyle müspet zararın tazmini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyebilir⁴³⁰.

3.2.6.2.2.2.1. İş Sahibinin Müspet (Olumlu) Zararın Tazminini İsteme Hakkı

İş sahibi, yüklenicinin, eseri ayıplı ya da sözleşmeye aykırı bir şekilde yapacağını anladığı takdirde, yükleniciden kendisine verilen süre içinde eserdeki ayıbı

⁴²⁸ Koacağa, s.193- 194.

⁴²⁹ TBK m. 125 “Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini

gerekirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.

Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.

Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir”.

⁴³⁰ Eren, Özel II, s. 633; Koacağa, s. 195- 196; Gökyayla, s. 801.

veya sözleşmeye aykırılığı gidermesini, gidermediği takdirde, TBK m. 125 gereği seçimlik hakkı olan müspet zararının tazmini isteyebilir.

Olumlu zarar, sözleşmenin hiç ya da gereği şekilde kararlaştırılan sürede yerine getirilmemesinden kaynaklanan zarardır. Olumlu zararı inceleme konumuz olan eser sözleşmesi açısından tanımlamak gerektiğinde, iş sahibinin ifaya olan çıkarım ve beklentisinin gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zarardır. Başka bir anlatımla iş sahibinin malvarlığının mevcut durumu ile sözleşme tam ve gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı ulaşacağı durum arasındaki farktır. Kural olarak cebe girmesi beklenen paradır⁴³¹.

Olumlu (müspet) zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere iki kısma ayrılır. Borçlu (yüklenici) ifa etmekle yükümlü olduğu edimini ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir şekilde yerine getirdiği için iş sahibinin mal varlığının aktif kısmının artmasına veya pasif kısmının çoğalmasına sebep olmuşsa meydana gelen bu zarar fiili zarardır⁴³².

“2886 sayılı Devlet İhale Kanunundan önce yürürlükte olan 2490 sayılı Artırma ve Eksiltme ve İhale K. m. 51’e göre yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı idarenin sözleşmeyi feshetmesine neden olmuşsa kalan iş fesih tarihinden itibaren en çok bir ay içinde ikinci ihaleye çıkarılmakta, ikinci artırma neticesinde kararlaşılabacak bedeli layık had görmeyerek üçüncü artırma ve eksiltme yapılmasına ihtiyaç hasıl olduğu takdirde yükleniciden istenecek zarar birinci ihale ile ikinci ihale arasındaki farktan ibaret olmakta idi, üçüncü ihale neticesi yüklenici lehine olduğu takdirde zarar üçüncü ihale ile birinci ihale arasındaki fark tutarında sayılmakta idi”⁴³³.

Yargıtay iş sahibinin iki ihale farkı tazminatı davalarında yüklenicinin zararı tazmin etmesi için ihaleler arasında nicelik ve nitelik bakımından ayniyet aramaktaydı, yani iki ihale arasında fiyatlar hariç bir değişiklik olmamalıydı⁴³⁴.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’ nin bazı kararlarında, sözleşmenin feshinden itibaren bir ay içinde ikinci ihale hazırlıklarına başlanmadığı takdirde, yapılacak olan

⁴³¹ Selimoğlu, s. 406- 407.

⁴³² Eren, Genel, s. 1078.

⁴³³ Tandoğan, Özel II, s. 67.

⁴³⁴ Tandoğan, Özel II, s. 67; Yarg. 15. HD. 29. 5. 1975 E. 2553/K. 2803; 4. HD. 15. 11. 1974, E. 4175/ K. 15816 sayılı kararı

ikinci ihale nedeniyle doğacak fiyat farkının yükleniciden istemeyeceğine karar vermiştir⁴³⁵.

Ancak daha sonra 2886 sayılı K. m. 62, sözleşmenin feshi halinde, zararın iki ihale arasındaki farka göre hesaplanıp tazmininden söz etmemekteyken, kesin teminatın gelir kaydedileceğini ve yüklenicinin hesabının genel hükümlere göre tasfiye edileceğini beyan etmiştir. BİGŞ m. 47/ VI uyarınca, idare bozma işleminden sonra işi 2886 sayılı Kanunda belirlenen usullerden herhangi biri ile ihale etmekte serbesttir. Geri kalan işlerin başka bir yükleniciye ihalesinden dolayı yüklenici, hiçbir hak iddiasında bulunamaz. Yine BİGŞ. m. 47/XII gereğince de idare belirli işleri, müteahhit hesabına yapar ve yaptırırsa bu işlerin yaptırılması bedeli sözleşmeye göre, yükleniciye ödenecek bedelden fazla olursa aradaki fark yüklenicinin, alacaklarından düşülür, alacak kalmamışsa teminattan kesilir⁴³⁶.

Yoksun kalınan kâr da müspet zararın bir parçasıdır. Yüklenici, borca aykırı davranışıyla alacaklının mal varlığının artışı engel olmuşsa buna yoksun kalınan kâr denir. Burada sözleşmenin ihlali malvarlığında meydana gelecek muhtemel bir artışı engellemiş, önlemiştir. Örneğin borçlu tarafından teslim (ifa) edilen bozuk bir makinanın çalışmaması nedeniyle alacaklının elde edemediği kazanç yoksun kalınan kârdır. Zira bir işletmede demirbaş olarak kullanılan makina veya aracı tamir eden tamirci bunu ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirmişse, iş sahibi ya o makinayı kullanamadığı için bir süre işleri aksayacaktır. İşte iş sahibinin işletmesi bir süre faaliyet gösteremeyecek ve o da kazanacağı kârdan mahrum kalacaktır, bu kâr yoksun kalınan kârdır. Yoksun kalınan kâr ya mal varlığının aktif kısmının artmasından ya da pasif kısmının azalmamasından meydana gelir. Farazi bir zarar olan yoksun kalınan kârın miktarını belirlemek bazı durumlarda zordur⁴³⁷.

3.2.6.2.2.2. İş Sahibinin Olumsuz (Menfi) Zararını İsteme Hakkı

Menfi zarar, tarafların geçerli olduğuna ve kurulacağına kesin gözüyle baktıkları sözleşmenin, geçersiz olması ya da kurulmamasından dolayı uğranılan veya sözleşme kurulmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Kısacası menfi zarar, alacaklının mal

⁴³⁵ Tandoğan, Özel II, s. 67; Yarg. 15. HD. 20. 5. 1975, E. 631/ K. 2566, 24. 2. 1967, E. 966- 969 sayılı kararı

⁴³⁶ Tandoğan, Özel II, s. 68.

⁴³⁷ Eren, Genel, s. 1079.

varlığının mevcut durumuyla sözleşme kurulmasaydı göstereceği durum arasındaki farktan ibarettir⁴³⁸.

Sözleşmeden dönme beyanı ile doktrinde baskın görüşe göre, taraflar arasındaki borç ilişkisi geçmişe etkili olarak hükümsüz hale geleceği için, sözleşmeyle aksi kabul edilmemişse iş sahibi sözleşmenin hükümsüz kalması nedeniyle uğradığı olumsuz zararının giderilmesini isteyebilir. Yargıtay'ın da verdiği kararlarından aynı görüşü benimsediğini görmekteyiz⁴³⁹.

Aral' a göre⁴⁴⁰; Olumsuz zarar, güvenin boşa çıkmasından veya güvenden doğan zarardır. Fakat bu deyim, menfi zarar hallerinin hepsi için yerinde sayılmaz. Zira TBK m 125/ II anlamında menfi zarar, yaratılan güvenin boşa çıkmasından değil bilakis geçerli olarak kurulan bir akdin, borçlu tarafından kusurlu bir davranışla ihlal edilmesinden doğmaktadır.

⁴³⁸ Aral, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara 2011, s. 165; Eren, Genel, s.1079.

⁴³⁹ Nomer, Haluk N, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2015, s. 372; Yarg. 15. HD., T. 30. 09. 2013, E. 2012/ 6574, K. 2013/ 5286 sayılı kararı "Asıl dava, taraflar arasındaki eser sözleşmesinden kaynaklanan eksik ve kusurlu işler; birleşen dava ise, sözleşme dışı yapılan işler bedelinin tahsili, sözleşme gereği iş bedeli olarak verilmesi gereken bağımsız bölümün tapusunun iptali ve tescili, olmadığı takdirde dava tarihindeki değerinin tespiti ile bedelinin tahsili, ödemelerin zamanında yapılmaması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi tazminat istemiyle açılmıştır.

Yargıtay Yüksek Hukuk Genel Kurulu'nun 29. 09. 2010 tarih ve 2010/ 14- 386- 427 Esas ve Karar sayılı ilamında da tanımlandığı üzere; müspet zarar, akdin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zarardır. Menfi zarar ise, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Menfi zarar, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hükümsüzlüğü dolayısıyla ortaya çıkar. Burada, alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Sözleşme feshedilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zararın istenmesi mümkün değildir. 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun 108. maddesi hükmüne göre sözleşme feshedilerek hükümsüz olduktan sonra ancak menfi zarara ilişkin taleplerin hüküm altına alınması mümkün olup, sözleşmenin feshinden sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zararın (eksik işler bedelinin) tazmini talep edilemez.

Taraflar arasında düzenlenen 05. 05. 1999 tarihli "Ön Protokol" başlıklı sözleşme davacı iş sahibi kooperatif tarafından alınan 13. 01. 2001 tarih ve 2001/ 384 sayılı yönetim kurulu kararı ile feshedilip, bu karar davalı yükleniciye Ankara 13. Noterliği' nin 20. 04. 2001 tarih ve 17529 yevmiye numaralı ihtarı ile bildirilmiştir. Sözleşmenin feshi halinde, sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça müspet zarar niteliğindeki eksik ve ayıplı işler bedelinin istenmesinin mümkün olmadığı gözetilmeden eksik işler bedeline ilişkin davanın reddi yerine kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.

Birleşen davada ise, taraflar arasında düzenlenen sözleşme götürü bedelli olup, yüklenicinin iş bedeline hak kazanabilmesi için imalatın sözleşmeye ve yasaya uygun tamamlanması gerekir. Ayıplı ve eksik imalatlar bulunduğu tespit edilmesi halinde ise, hak edilen iş bedeli; eksik ve kusurlar da dikkate alınarak, gerçekleştirilen imalatın tüm işe göre fiziki oranı tespit edilip bu oran götürü bedele uygulanarak iş sahibi tarafından kanıtlanan ödeme ile mukayese edilmek suretiyle belirlenmelidir.

O halde mahkemece yapılacak iş, sözleşmenin "İşin Konusu" ve "Hizmet" başlıklı maddelerine göre belediyesinden de sorulmak suretiyle, tespit edilen eksiklikler ve ayıpların yüklenicinin gerçekleştirdiği imalatın, işin bütününe göre fiziki oranı tespit ettirilip belirlenen oran, 77.500,00 TL götürü bedele uygulanarak; sözleşme dışı fazla imalatlar ise yapıldığı yıl piyasa fiyatlarına göre hesaplanarak hak edilen iş bedelinden iş sahibinin kanıtlayabildiği ödemeler mahsup edilecek varsa kalan alacağın birleşen dava tarihinden itibaren reeskont faiziyle tahsiline karar vermekten ibarettir. Belirtilen hususlar dikkate alınmadan eksik inceleme ve hatalı değerlendirmeye dayalı verilen kararın bozulması uygun bulunmuştur". <http://www.hukukmedeniyeti.org> (e. t. 14. 02. 2018)

⁴⁴⁰ Aral, Kötü İfa, s. 165.

Karadaş’ a göre⁴⁴¹; Menfi (olumsuz) zarar, alacaklının dönülen sözleşmeden dolayı uğradığı zarar olarak tanımlanır. Bu tanımlamanın doğal sonucu olarak alacaklının, borçlu ile dönülen sözleşmeyi yapması ile uygun illiyet bağı içinde bulunan bütün zararlar, menfi zarar kapsamına girer. Menfi zarar kalemleri; sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan giderler “fiili zararlar” ve sözleşmeye göre edimin yerine getirileceği düşüncesiyle daha iyi şartlarda sözleşme yapma fırsatından yoksun kalındığı için “kaçırılan fırsat” nedeniyle meydana gelen zararlar olarak sınıflandırılmaktadır.

Nomer’ e göre ise⁴⁴² ; Olumsuz zarar, sözleşmenin geçerliliğine güven nedeniyle meydana gelen zarardır. Diğer bir deyişle sözleşme hiç yapılmayacak olsaydı, alacaklının (iş sahibinin) içinde bulunacağı durumla mevcut durum arasındaki farktır. Olumsuz zararın kapsamına şunlar girmektedir;

- 1) Sözleşmeyi kurma masrafları (harçlar; posta gideri, noter ücreti gibi)
- 2) İfa ve karşı edimin kabulü için yapılan masraflar (örn: banka kredisinin faizi)
- 3) İfa dolayısıyla uğranılan zarar (gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi)
- 4) Sözleşmenin geçerliliğine güvenerek başkaları ile sözleşme yapma fırsatının kaçmasından doğan zararlar.

Yargıtay 15. HD. 07.02. 1992 T., 3250/ 494 sayılı kararında menfi zararı açık bir şekilde izah etmiştir; “*Dava, taraflar arasında eser sözleşmesine dayalı, yüklenicinin direngen duruma düşmesi sonucu sözleşmenin feshi ile ödenen ücret yanında işin yeni fiyatlarla üçüncü şahsa yaptırılması sonucu fiyat farkından doğan zararın tazmini istemine ilişkindir. Bu zarar öğretide “menfi zarar” diye nitelendirilip yasal dayanağını TBK ’nun 125. maddesinde bulur. Menfi zarar a- fiili zararlar (sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılan giderler) b- Yoksun kalınan kazançlar diğer ifadeyle feshedilen sözleşmeye göre edimin yerine getirileceği düşüncesiyle daha elverişli koşullarla sözleşme yapma imkanından yoksun kalındığı için – kaçırılmış fırsat nedeniyle- doğan zararlardan ibarettir. Somut olayda davacı (b) şıkkındaki zararını istemiştir. Bir örnekle açıklamak gerekirse; iş sahibi yükleniciye işi 2 milyon liraya yaptırmak için anlaştığında o tarihte başka bir yüklenicinin 3 milyonluk teklifini reddetmiş, bu defa sözleşmenin feshiyle aynı işi yeni fiyatlarla 5 milyon liraya*

⁴⁴¹ Karadaş, s. 633.

⁴⁴² Nomer, s. 373; Eren, Genel, s. 1080.

yaptırmak zorunda kalmış ise burada iş sahibi 3 milyon liralık teklifi reddettiği için kaçırılan bu fırsattan doğan menfi zarar (5- 3) 2 milyon liradır”⁴⁴³.

5) Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar, örneğin teslim edilmeyen mal yerine başka bir yerden bir mal temin etmenin mümkün olmaması yüzünden üçüncü kişiye teslimde gecikilmiş ve cezai şart ödenmiştir.

6) Açılan tespit davasına ilişkin dava masrafları.

Menfi zarar oluşturulan fiili zarar kalemlerinin ispatı kolaydır. Sözleşmeden dönen alacaklının malvarlığında fiilen bir azalma meydana gelmiş ve bu azalmanın sebebi temerrüde düşen borçluyula yapılan sözleşme arasında uygun illiyet bağı varsa bunu ispatlamak yeterli olacaktır⁴⁴⁴.

Kaçırılan fırsat nedeniyle meydana gelen zarar, fiili değil farazi zarardır. Yargıtay zararın nasıl hesaplanacağını verdiği kararları ile göstermiştir. Yarg. 15. Hukuk Dairesi 11.12. 1996 T., 1996/6203 E, 1996/ 6597 K sayılı kararı “Dava, davalı yüklenicinin, 24. 5. 1989 tarihli sözleşme ile yapımını üstlendiği lojman inşaat işini yarım bırakması nedeniyle, davacı iş sahibinin 28. 5. 1990 tarihinde keşide edilen ihtarının sonuç vermemesi üzerine 12. 9. 1990 tarihinde sözleşmeyi feshederek, yönetim kurulu kararı ile yarım kalan işin emaneten bitirilerek kesin hesabın sonuçlandırılması nedeniyle, davalı yüklenicinin hak ediş ve fiyat farkından doğan alacağının mahsubundan sonra 71. 433. 000.- TL borçlu kalması nedeniyle, bu bedelin yükleniciden tahsili istemine ilişkindir.

Davalı yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği edimini yerine getirmediği ve davacı idarenin sözleşmeyi fesihte haklı olduğu sabittir. Davacı sözleşmeyi feshettiğine göre bu yüzden uğramış oldu menfi zararını talep edebilir. Menfi zarar sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Menfi zararın belirlenmesinde kaçırılan fırsat ile aynı malı almak için ödenmek zorunda kalınan tutar arasındaki fark menfi zararı oluşturur. Bu açıklamadan anlaşılacağı veçhile menfi zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar. Dayanağını da BK’ nun 108 maddesi oluşturur.

Uyuşmazlık konusu olayda başka teklif verenin olmaması ve işin yapılmayan bölümünün emanet usulü ile yaptırılmasının önemi yoktur.

⁴⁴³ Karadaş, s. 633.

⁴⁴⁴ Karadaş, s. 645.

Burada ilk ihale aşamasında ikinci ucuz teklifi verenin bulunmaması önemli olmayacağı için davalı yüklenicinin dışında başka teklif veren olsaydı ne miktarda teklif verilebileceğinin belirlenmesi gerekir. Öte yandan işin kalan bölümünün emanet usulü yaptırılmasının, davalının zararına bir durum yaratıp yaratmadığı da saptanmalı ve bu doğrultuda bilirkişiden yeni bir ek rapor alınarak kaçırılan fırsat dolayısıyla davacı idarenin uğramış olduğu menfi zarar bu yöntemle göre belirlenip hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmelidir”⁴⁴⁵.

3.2.6.3. Sözleşmenin Feshi

Türk Hukuk sisteminde “fesih” ile “dönme” aynı kavramlarmış gibi geliş güzel kullanılmıştır. Fesih teriminin “iptal” ve “geri alma” kavramlarının yerine geçecek şekilde kullanıldığını da görmekteyiz. Oysa fesih, sürekli bir sözleşmeyi ileriye doğru sona erdiren bir olumsuz (bozucu) yenilik doğuran hak ya da işlemdir⁴⁴⁶.

Serozan’ a göre⁴⁴⁷; Dönme sözleşme ilişkisini çözer, fesih ise sözleşme ilişkisini sadece sona erdirir. Tabiat alemine ilişkin oluşumlara teşbihi geliştirecek olursak karşılıklı ifa ile “söndürülen” bir sözleşme ilişkisi dönme ile “çözülür” fesih ile de “sona erdirilir”. Açıkçası: Dönme, yarattığı çözülme ilişkisinde bu ana dek yerine getirilmiş bulunan sözleşmeyi, edimlerinin geri verilmesi yükümünü doğurduğu halde, fesih bu ana dek yerine getirilmiş bulunan sözleşme edimlerinin geri verilmesi yükümü doğurmaz. Eş deyişle fesih işleminin, o ana dek yerine getirilmiş sözleşme edimlerini geri sağlamaya elverişli bir güç ve etkisi yoktur.

Eser sözleşmelerinde sözleşmenin feshi halinde, feshin geriye mi ileriye mi etkili sonuç doğuracağı hususu 25 01. 1984 tarih ve 3/ 1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nda tartışılmıştır. Bu kararın sonuç bölümünde ise istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmesinde, müteahhidin kendi kusuruyla, işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak BK 106-108 maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda MK 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına, karar verildi" görüşüne yer verilmiştir. Bu kararla tam iki taraflı sözleşmelerin feshi halinde, fesih işleminin kural olarak geriye etkili (extunc)

⁴⁴⁵ Karadağ, s. 637- 638.

⁴⁴⁶ Serozan, Rona, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul 2007, s. 115.

⁴⁴⁷ Serozan, s. 118.

sonuç meydana getireceği ilkesine istisna getirilmiş, olayın niteliği ve özelliğinin gerekli kıldığı hallerde feshin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir⁴⁴⁸.

Kocaağa' ya göre⁴⁴⁹; İş sahibinin sözleşmeden dönmesi, ister TBK m. 123- 125 ister TBK m. 473/ I' in kıyasen uygulanmasına dayandırılınsın, bu dönme ilke olarak geçmişe etkili (ex tunç) sonuç doğurur. Bu kuralın bazı istisnaları olup olmadığı, yani bazı hallerde geçmişe etkili dönme yerine, ileriye etkili fesih uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmalar, özellikle işin zamanında bitirilemeyeceğinin önceden belli olması hâlinde sözleşmeden dönmeyi öngören TBK m. 473/I' in ve eserin kararlaştırılan tarihte tamamlanamaması yüzünden yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde TBK m. 123- 125'in uygulanması dolayısıyla ortaya çıkmıştır.

Belirtmek gerekir ki iş sahibinin TBK m. 473/ I uyarınca sözleşmeden dönmesi, esas itibarıyla TBK m. 125'de öngörülen genel hükümlere uygun sonuçlar doğurur. Buna göre, dönmeye sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Bu durumda iş sahibi ücret ödemeyi reddedebileceği gibi, daha önce ödediği ücretin iadesini de isteyebilir. Buna karşılık eserin daha önce yerine getirilmiş kısmını iade eder.

Karadaş'a göre⁴⁵⁰; Gerek “Fesih” gerekse “sözleşmeden dönme” kavramları sonuçlarını, bitirilen sözleşme ilişkisinde tasfiyenin nasıl yapılması gerekeceği noktasında kendisini göstermektedir. Kısaca sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdirmeye seçeneğini “sözleşmeden dönme” sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirmeye seçeneğini de “fesih” olarak ifade etmek TBK' nunda kullanılan terimlere uygun olacaktır.

Fesih kavramı ile ilgili genel bilgilendirmemizden sonra, inceleme konumuz olan yüklenicinin, özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle iş sahibinin sözleşmeyi feshetme hakkından bahsedeceğiz.

Yüklenicinin özen yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde imal edileceğinin kesinlikle tahmin edildiği hallerde, yükleniciye işi düzeltmesi veya sözleşmeye uygun hareket etmesi için verilen sürede, yüklenici gerekeni yapmazsa veya yükleniciye süre verilmesinin yararsız olacağı görüldüğünden süre verilmemişse ya da işin başkasına yaptırılmasının uygun olmayan sonuçlar doğuracağı, özellikle eserin ayıpsız olarak yapılmasının imkansız olduğu

⁴⁴⁸ Karadaş, s. 547- 548.

⁴⁴⁹ Kocaağa, s. 198.

⁴⁵⁰ Karadaş, s. 548.

hallerde sözleşmenin feshi yoluna gidilip gidilmeyeceği hususunda TBK m. 473 / II de açık bir hüküm bulunmamaktadır⁴⁵¹.

Doktrinde yüklenicinin iş sahibince kendisine verilen süre içerisinde eserde gerekli düzeltmeyi yapmaması, özen borcuna aykırılığı gidermemesi, eseri sözleşme de belirtilen şekilde yapmaya yanaşmamasından dolayı, iş sahibinin işi üçüncü bir kişiye yaptırmak yerine sözleşmeyi fesih yolunu tercih edebileceği kabul edilmiştir. İş sahibinin fesih hakkı konusunda TBK m. 473/ II' de bir açıklık bulunmamasına rağmen, işin görülmesi sırasında ortaya çıkan ayıpların yüklenicinin ifada gecikmesinden daha ağır şartlara tabi tutulması için haklı bir sebep bulunmadığı, TBK m. 123-126 maddeleri kıyas yoluyla diğer sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanması gerekmesi sebebiyle iş sahibinin burada öngörülen seçimlik hakları kullanabileceği, bu bağlamda ifadan vazgeçerek olumlu zarar ile sözleşmeyi fesih ve olumsuz zararın tazmini talep hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Böyle bir durumda süre verilmesine gerek yoktur. Bu durumda iş sahibinin TBK m 473'e dayanarak, inşaatın sağlamlaştırılmasını istemeye hakkı vardır. İş sahibinin eserdeki ayıbı ihbar etmesine ve ayıbın giderilmesi için yükleniciye mehil vermesine rağmen, davalının takviye işleri reddettiği açıkça görülmektedir. Böyle bir durumda, davacının, TBK m. 473/II' deki şartları yerine getirdiği, yaptığı ihtarın sonuçsuz kaldığı, dolayısıyla iş sahibinin sözleşmeyi feshetmekte haklı olduğunun kabulü gerekir. Tarafların, yükümlülüklerini yerine getirirken gereken tüm özen ve dikkati göstermeleri gerekir. İşin başında taşıyıcı sistemleri çürük imal eden, projeyi tasdik ettirmeyen, proje dışı işler yapan yüklenici ile iş sahibi arasında güven duygusunun sarsılacağı açıktır. Bir de ayıplı işi tamamlamayı reddeden yükleniciyle iş sahibini sözleşmeyi devam zorlamak, hakkaniyet kuralları ve hayatın olağan akışına aykırıdır. Öyleyse sözleşmenin feshine karar vermek gerekir⁴⁵².

⁴⁵¹ Büyükkay, s. 152; Tandoğan, Özel II, s. 68; Aral, Özel, s. 344; Kocağa, s. 196

⁴⁵² Büyükkay, s. 153; Kocağa, s. 197; Tandoğan, Özel II, s.69; Yarg. 15. HD., T. 11. 4. 1990, E. 3936/ K. 1735 sayılı kararında "Taraflar arasındaki uyumsuzluk inşaat sözleşmesinden kaynaklanmış olup, davalı iş sahibi, davacı yüklenicinin kusurlu inşaat yaptığını ileri sürerek, akdi feshetmiş; bu yüzden davacının açtığı dava, fesihte davalının kusurlu bulunduğu kabul edilerek, sözleşmenin 33. maddesindeki tazminat ile manevi tazminata hükmedilmek suretiyle sonuçlandırılmıştır. Yanlar arasındaki ihtilaf, İnşaatın kötü yapımı özellikle 20/ 60 yerine 20/ 50 ebadında kiriş yapımından doğmuş davalının yaptırdığı tespitite bu durumun projeye aykırı olup, düzeltilmesi gerektiği, aksi takdirde binanın statığı açısından tehlike arz ettiği anlaşılmış ve davacıya çekilen ihtiyarların da sonuçsuz kalması üzerine akit feshedilmiştir. Mahkemece, alınan bilirkişi raporunda da durumun düzeltilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Kirişlerin 20/ 60 yerine 20/ 50 yapılacağı hakkında davalının muvafakatinin olduğu ispat edilemediği gibi, böyle bir halde dahi davacının inşaat için tehlike arz eden bu durumu davalıya bildirip, projeye uygun inşaat yapması, tedbirli bir yükleniciden beklenmesi gereken bir harekettir. O halde davalı ve BK' nun 106. maddesinin sağladığı sonuçlardan yararlanmak üzere, aynı yasanın 358/ 2 maddesi uyarınca, akdi feshedebileceğine ve oluşa göre de davacıya verilecek bir mihilden de sonuç alınamayacağına (BK 107. m) anlaşılmış bulunmasına göre davalı kooperatifin fesihte haklı olduğunun

BİGS m. 47/ I- II’ ye göre de, iş sahibinin sözleşmeyi fesih hakkı şu şekildedir; *“Sözleşme yapıldıktan sonra müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi halinde, idarenin noter aracılığı ile göndereceği bir uyarı yazısı ile ve nedenleri açıkça belirtilerek gereğinin yapılması için kendisine belirli bir süre verilir. Bu süre, ivedi durumlar dışında, uyarı yazısının müteahhide tebliği tarihinden başlamak üzere on günden aşağı olamaz. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikme cezasının uygulanmasını da engelleyemez.*

Bu süre içinde müteahhit, uyarı yazısındaki talimata uymazsa ayrıca protesto çekmeğe ve hüküm almağa gerek kalmaksızın idare, sözleşmeyi bozmak hak ve yetkisine sahip olur”⁴⁵³.

4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nun 25. maddesinde yer alan, yasak davranışlardan, özen borcu ile ilgili olarak “c” bendinde sayılan *“Sözleşme konusu işin yapılması veya teslimi sırasında hileli malzeme, araç veya usuller kullanmak, fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalat yapmak”* şartının gerçekleşmesi durumunda, iş sahibi, Kanunun 10. maddesine göre sözleşmeyi feshedebilir⁴⁵⁴.

Yüklenici iş sahibi tarafından kendisine verilen süre içinde ayıbı gidermez veya işi sözleşmede belirtilen şekilde yapmazsa, iş sahibi yeniden süre vermeden TBK m. 123’deki seçimlik hakları kullanabilir. Yani borçlunun temerrüdünden dolayı alacaklının sözleşmeden dönmeye ilişkin haklarını düzenleyen TBK m. 123 vd hükümleri TBK 473/ II’ de öngörülen hallerde de uygulanarak, yüklenici verilen süre içinde eserdeki ayıbı gidermez veya işi sözleşmeye uygun hale getirmezse, iş sahibi işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine sözleşmeyi feshedebilir. Nitekim TBK m. 473/ I’ de, yüklenicinin, eseri meydana getirme borcunda gecikmesi hâlinde, iş sahibinin teslim için kararlaştırılan tarihten önce sözleşmeden dönebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. TBK m.473/II’ nin amacı, iş sahibini, yüklenicinin, eseri meydana getirme borcunda gecikmesinde olduğundan (TBK m.473/I) daha kötü bir konuma sokmak olmayıp, aksine, TBK m. 123’deki seçimlik haklara ilaveten, işi üçüncü kişiye yaptırma hakkı tanımak suretiyle, ona daha elverişli bir konum sağlamaktır⁴⁵⁵.

kabulü gerekir. Bu sebeple sözleşme kurallarına uymayan yüklenici bu koşula bağlı dönme cezasını isteyemez”. Büyükkay, s. 152,dn. 376’dan naklen

⁴⁵³ Büyükkay, s. 154.

⁴⁵⁴ Büyükkay, s. 154.

⁴⁵⁵ Kocağa, s. 197- 198.

Doktrinde bazı yazarlar; işin üçüncü şahsa yaptırılması halinde uygun olmayan sonuçlarla karşılaşılabilirliğini, bilhassa eserin ayıpsız veya sözleşmeye uygun yapılmasının imkânsız olduğu ya da üçüncü kişinin eseri zamanında tamamlayamayacağı durumlarda, TBK m. 473/ I' in kıyasen uygulanmasıyla, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğini kabul etmektedirler. Aynı şekilde, yüklenici, işi şahsen ifa ile yükümlü olup, yerine başka birisi konulamayacaksa veya mevcut duruma göre, iş sahibinden onun yerine geçecek bir yüklenicinin konulması istenemeyecekse, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir. **Gauch'a göre**, iş sahibi işi üçüncü kişiye yaptırabilecek durumdaysa sözleşmeden dönemez⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ Kocağa, s. 198, 90 nolu dn da adı geçen yazarlar

SONUÇ

6098 Sayılı TBK. 470- 486. Maddeleri arasında tanımlanmış ve düzenlenmiş olan eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirip teslim etmeyi, iş sahibinin ise bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlendiği, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmedir. Yasanın tanımına göre eser sözleşmesinin en tipik unsuru eser meydana getirme ve meydana getirilen eser karşılığında bir bedel ödenmesi ya da vaadedilmesi ve tarafların anlaşmasıdır.

Yüklenicinin sözleşme gereği yeni bir eser meydana getirme yükümlülüğünü dar kapsamda değerlendirmemek gerekir. Eser sözleşmesinin konusu yeni bir eser meydana getirilmesi, var olan bir eşyaya eser ilave edilmesi, bir şeyin tamir edilmesi şeklinde olabileceği gibi, var olan eserde değişiklik yapılması, temizlenmesi, yıkılması hatta yok edilmesi şeklinde de olabilir. Meydana getirilen eser taşınmaz olabileceği gibi taşınır bir eşya da olabilir.

Rızai bir sözleşme olan eser sözleşmesinin kurulabilmesi için, meydana getirilecek eser ve karşılığında ödenecek bedel konusunda tarafların anlaşmış olmaları gerekir. Bu anlaşmanın yazılı olması şart değildir, tarafların örtülü irade beyanıyla dahi kurulabilen bu sözleşmenin yazılı yapılması taraflar arasında ileride çıkacak uyuşmazlıkların çözümü noktasında ispat açısından fayda sağlayacaktır.

Eser sözleşmesinin bir diğer zorunlu, objektif, esaslı unsuru olan bedel borcu iş sahibinin temel borcudur. Bedel borcu ilke olarak para olarak belirlenir ancak bazen mal veya emek veya kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi mal ya da meydana getirilecek eserlerin değişimi şeklinde de belirlenebilir, bu durum yapılan sözleşmenin eser sözleşmesi olma niteliğini değiştirmez. Taraflar bedeli götürü ya da yaklaşık olarak kararlaştırabilirler. Götürü bedel, tarafların meydana getirilecek eser için ödenecek bedeli, önceden kesin/ sabit olarak belirledikleri ücret türüdür. Kararlaştırılan bu bedel bağlayıcı olup kural olarak taraflarca arttırılamayacağı gibi bedelden indirim mümkün değildir. Yaklaşık bedel ise, tarafların sözleşmede ödenecek bedel miktarını aşağı yukarı tahmini olarak belirledikleri bedel türüdür. Bu bedel türünde taraflar keşif bedelinden hareketle anlaşma yaptıkları için ödenecek bedel kesin ve net olmadığından ihtilaf TBK m. 481 uyarınca bedel, işin değeri ve yüklenicinin giderlerine göre belirlenir. TBK temel olarak iki tür bedel düzenlemiş ve tercihi taraflara bırakmıştır. İş sahibi daha çok götürü bedeli tercih ederken yüklenici tercihinin yaklaşık bedelden yana kullanmaktadır, zira tarafların menfaatine uygun olan bedel türleri bu bedellerdir.

Yüklenicinin bedel alacağı TBK m. 147/ b. 6 gereği yüklenicinin, yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmeme halleri hariç, 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

Eser sözleşmesinin tarafı olan iş sahibinin hak ve borçları TBK m. 474 ve 481 de düzenlenmiştir, ancak yasanın bu hükümleri incelendiğinde iş sahibinin borcunun sadece bedelden ibaret olduğu şeklinde yanlışlığa düşülebilir. İş sahibinin borçları kuşkusuz bedelden ibaret değildir, taraflarca sözleşmede kararlaştırıldığında malzemeyi sağlama borcu, yüklenici ile dayanışma yükümlülüğü, eseri muayene ve ayıplı ise ayıplı yükleniciye bildirme yükümlülüğü gibi temel borçları da vardır.

Sözleşmenin diğer tarafı yüklenicinin, iş sahibine göre yükümlülükleri daha fazladır ve TBK m. 471 ve 474 maddeleri arasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre yüklenicinin; Bir eser meydana getirme, araç- gereç sağlama, malzeme sağlama, ihbar (bildirim) yükümlülüğü, işe zamanında başlama ve yürütme borcu, ayıptan sorumluluğu ve yüklenicinin özen ve sadakat yükümlülükleri vardır.

Yüklenicin, sözleşmeden kaynaklanan özen ve sadakat yükümlülüğü TBK m. 471 de düzenlenmiş ve yasaya 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 meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır” şeklinde tanımlanmıştır.

Yüklenicinin özen borcu, sadakat borcu ile sıkı bir şekilde iç içe geçmiş ayırt edilmesi oldukça zordur. Ancak sadakat borcu özen borcuna göre hem uygulanacağı zaman hem de kapsamı açısından daha geniş kapsamlıdır. Özen borcu eserin teslimi ile sona ermesine rağmen sadakat borcu eserin tesliminden sonra da devam edebilen bir borçtur.

Özen borcu sözleşmenin kurulması, eserin meydana getirilirken ve eserin meydana getirilmesinden sonra teslim kadar devam eden bir borçtur. Yüklenici işi üstlendiği zaman üstlendiği işin üstesinden gelip gelemeyeceğini araştırmalı, yaptığı araştırma sonucuna göre işi üstlenmelidir. Yüklenici eseri meydana getirirken iş sahibinin bütün menfaatlerini gözetmek ve korumakla yükümlüdür.

Yüklenicinin özen yükümlülükleri her ne kadar yasada sayılmış ise de öğreti ve uygulamayla yükümlülükleri genişletilmiştir. Yüklenicinin iş sahibini aydınlatma, işi şahsen veya kendi yönetimi altında yürütme borcu, sır saklama, iş sahibinin eserin meydana getirilmesi ile ilgili verdiği talimatlara sadık ve bağlı kalması, iş sahibinin

kişilik ve mal değerlerine zarar vermekten kaçınması ve özellikle malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi halinde malzemeyi koruması, özenle kullanması borçları vardır.

İş sahibinin, yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması halinde, işi gereği gibi ifa etmemesi sebebiyle tazminat isteme, işi başkasına yaptırma ve düzelttirme ile sözleşmeyi feshetme hakları vardır.



KAYNAKÇA

- Akipek, Şebnem, **Alt Vekalet**, Ankara 2003.
- Akipek, Şebnem/ Küçükgüngör, Erkan, **Sözleşmeler Rehberi**, Ankara, 2002
- Akkurt, Sinan, Sami, Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler Ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, **DEÜHFD.**, 2008, C. 10, S. 2, s. 49,51,52.
- Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla, **Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993.
- Altaş, Hüseyin, **Eserin Teslimden Önce Telef Olması**, Ankara, 2002.
- Aral, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara, 2011.
- Aral, Fahrettin, **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, Ankara, 2015.
- Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2015.
- Avcı, Ali, Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat Ve Özen Borcu, **TBB**, Yıl 2015, S. 119, s. 373, 374.
- Aydoğdu, Murat/ Kahveci, Nalan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku**, Ankara, 2017.
- Başpınar, Veysel, **Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 2004.
- Becker, Henri, **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Borçlar Hukuku II. Bölüm Çeşitli Sözleşme İlişkileri**, Bern, 1934.
- Büyükcay, Yusuf, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, 2014.
- Coşkun, Mahmut, **İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar**, Ankara, 2017
- Dayınlarlı, Kemal, **Joint- Venture Sözleşmeleri**, Ankara, 2007.
- Demircioğlu, Huriye Reyhan, **Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk**, Ankara, 2009.
- Duman, İlker, **İnşaat Hukuku**, Ankara, 2016.
- Eren, Fikret, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2014.
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümleri**, Ankara, 2016
- Eren, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2017.
- Erzurumluoğlu, Erzan, **Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Ankara, 2011.

- Gökyayla, K. Emre, Eser Sözleşmelerinde Müteahhidin Sadakat Ve Özen Borcu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, **GSÜHFD**, Yıl 2002, S. 1, s.784- 803.
- Gümüş, Mustafa Alper, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II**, İstanbul, 2014.
- Günay, Cevdet İlhan, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi**, Ankara, 2012.
- Hudatlı, Orhan, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Sonuçları**, Y. Lisans Tezi, Ankara, 2016 (www. tezyok. gov.tr, e. t. 03. 12. 2017)
- İlgelen, Abdullah Cem, **İstisna Sözleşmelerinin Müteahhitten Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi**, Y. Lisans Tezi, İstanbul, 2010 (www. tezyok. gov.tr, e. t. 19. 12. 2017).
- Karadaş, İzzet, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara, 2016.
- Kayıhan, Şaban, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2013.
- Kocağa, Köksal, Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağının Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. m. 358/ II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, **DEÜHFD**, Yıl 2004, C. 6, S. 1, s.177- 201.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, **Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme**, İstanbul, 2014.
- Kostakoğlu, Cengiz, **İnşaat Hukuku Ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, İstanbul, 2008.
- Köken, Çiğdem, **Eser Sözleşmesinde Götürü Bedelin Aşılması**, Y. Lisans Tezi, Ankara, 2011 (www. tezyok.gov.tr, e. t. 01. 12. 2018).
- Kurşat, Zekeriya, Eser Ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirme Sorunu Ve Nitelendirilmenin Hükümü, **İÜHFM**, Yıl 2009, C. LXVII, S. 1, s. 148.
- Makas, Recep, Türk Borçlar Kanunu Ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu Ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, **GÜHFD**, Yıl 2012, C. XVI, S. 4, s. 151
- Mamük, Damla, **Eser Sözleşmesinde Götürü Bedel Ve Sonuçları**, Y. Lisans Tezi, Ankara, 2016.
- Nomer, Haluk Nami, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2015.
- Nomer, Haluk, Nami, Sözleşmelerdeki Esaslı Nokta Özellikle Karşılıklı Borç. Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi? **YÜED**, Prof. Dr. Aydın Zevkliler' e Armağan Özel Sayı, Yıl 2013, C. 8, s. 2053- 2074.
- Petek, Hasan, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, **DEÜHFD**, Yıl 2006, C. 8, S. 1, s. 190- 191.

- Selimoğlu, Yaşar Engin, **Eser Sözleşmesi**, Ankara, 2017 .
- Serozan, Rona, **Sözleşmeden Dönme** , İstanbul, 2007.
- Şahin, Turan, Borçlar Kanunu Ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, **SDÜHFD**, Yıl 2009, s. 148, 149.
- Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II**, Ankara, 1987.
- Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II**, İstanbul, 2010.
- Tandoğan, Haluk, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, İstanbul, 2010.
- Tercier, Pierre/ Pichonnaz, Pascal/ Develioğlu, H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016.
- Tunçoğmağ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Cilt II Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 1977.
- Tile, Latif, **Türk Hukukunda Joint- Venture Düzenlemeleri**, Y. Lisans Tezi, İstanbul, 2013 (www.tezyok.gov.tr, e. t. 15. 12. 2017).
- Uygur, Turgut, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt II**, Ankara, 2012.
- Üçer, Mehmet, **Roma Hukukunda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü**, Ankara, 2007.
- Üçer, Mehmet, **Roma Hukukunda Ve Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşmelerin Kısmi Butlanı**, Ankara, 2013.
- Ürem, Müge, **Eser Sözleşmesinde Erken Dönme**, İstanbul, 2017.
- Yalçınduran, Türker, **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara, 2000.
- Yavuz, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2007.
- Yavuz, Nihat, **Eski Ve Yeni Türk Borçlar Kanunu' na Göre Eser Ve Hizmet Sözleşmeleri**, Ankara, 2011.
- Zevkliler, Aydın, **Zevkliler Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2004.
- Zevkliler, Aydın/ Gökyayla, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2010.

YARARLANILAN İNTERNET SİTELERİ:

www.yargitay.gov.tr

www.kazanci.com.tr

www.kararara.com.tr

www.mevzuat.basbakanlik.gov.tr

www.sinerji.com

<http://www.hukuki.net>

dergipark@ulakbim.gov.tr

<https://baronet.istanbulbarosu.org.tr>

www.emsalyargi.com

www.resmigazete.gov.tr

<http://hukukmedeniyeti.org>

<https://www.kikkararlari.com>

<http://www.yargitaydergisi.gov.tr>

EK 1: Etik Kurul Karaarı

JOBE-1551

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : Birgül YİĞİT
Doğum Yeri ve Tarihi : Mersin, 01. 01. 1976
Yabancı Dili : İngilizce
İletişim (Telefon- e-posta) : 0533 653 50 82- avbirgulyigit@gmail.com

EĞİTİM DURUMU

Lise : Mersin Atatürk Lisesi 1991- 1994
Lisans : Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1994- 1998

ÇALIŞTIĞI KURUM/ KURUMLAR:

1998 yılında başladığı Mersin Barosu Staj Eğitim Merkezinde avukatlık stajını 1999 yılında tamamlamıştır. 1999 yılından itibaren Mersin Barosuna bağlı serbest avukatlık yapmaya başlamış ve halen burada mesleki faaliyetine devam etmektedir. Çeşitli sivil toplum kuruluşları ve yardım derneklerinde aktif görev almış, yüksek lisans tez çalışması nedeniyle bu çalışmalarına ara vermiştir. Mersin Polis Eğitim Merkezinde dört dönem Ceza Muhakemesi dersleri vermiştir. Aynı zamanda arabulucu olarak da görev yapmaktadır.