



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Hüseyin YAVUZER

ESER SÖZLEŞMESİNDE EKSİK İFA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2021



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Hüseyin YAVUZER

ESER SÖZLEŞMESİNDE EKSİK İFA

Danışman

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2021

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Hüseyin YAVUZER'in bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan (Danışmanı): Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (İmza)

Üye : Doç. Dr. Selin SERT SÜTÇÜ (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Burcu ÖZKUL (İmza)

Tez Başlığı: Eser Sözleşmesinde Eksik İfa

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi: 25/02/2021

Mezuniyet Tarihi : 25/03/2021

(İmza)
Prof. Dr. Suat KOLUKIRIK
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Eser Sözleşmesinde Eksik İfa” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımdan yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Hüseyin YAVUZER





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Hüseyin YAVUZER
Öğrenci Numarası	20175225011
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA
Tez Başlığı	Eser Sözleşmesinde Eksik İfa
Turnitin Ödev Numarası	1539187569

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 108 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 22/03/2021 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 15

alıntılar dahil % 23'tür.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımcı yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

...../...../.....

(imzası)
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	v
ÖZET.....	vi
SUMMARY.....	vii
ÖNSÖZ.....	viii

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARI, ŞEKLİ, HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. Eser Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları.....	1
1.1.1. Eser Meydana Getirme	1
1.1.2. Bedel.....	2
1.1.3. Tarafların Anlaşması	3
1.2. Eser Sözleşmesinin Şekli.....	3
1.3. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	4
1.3.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması	4
1.3.2. Rızâî Bir Sözleşme Olması.....	4
1.3.3. İvazlı Bir Sözleşme Olması	5
1.3.4. Kural Olarak Ani Edimli Bir Sözleşme Olması.....	5
1.4. Eser Sözleşmesinin Tarafları ve Tarafların Borçları.....	6
1.4.1. Yüklenicinin Hak Ve Borçları	7
1.4.1.1. Eser Meydana Getirme Borcu.....	7
1.4.1.1.1. Eseri Şahsen Meydana Getirme Borcu veya Kendi Yönetimi Altında Başkasına Yaptırma Borcu	7
1.4.1.1.2. Eseri Başkasına Yaptırma Yetkisi	9
1.4.1.2. Eserin Meydana Getirilmesinde Gerekli Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu.....	11
1.4.1.2.1. Araç ve Gereç Sağlama Borcu	11
1.4.1.2.2. Malzeme Sağlama Borcu	11
1.4.1.2.2.1. Yüklenici Tarafından Sağlanması	12
1.4.1.2.2.2. İş Sahibi Tarafından Sağlanması.....	12
1.4.1.2.2.2.1. Yüklenicinin Malzemeyi Özenle Kullanma, Hesap ve Artanı Geri Verme Borcu.....	13
1.4.1.2.2.2.2. Yüklenicinin İhbar Yükümlülüğü	13
1.4.1.3. Sadakat ve Özen Borcu	15
1.4.1.3.1. Sadakat Borcu.....	15

1.4.1.3.2. Özen Borcu.....	15
1.4.1.4. İş Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu.....	18
1.4.1.5. Eseri Teslim Borcu.....	20
1.4.1.6. Yüklenicinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu.....	22
1.4.1.6.1. Ayıptan Doğan Sorumluluğun Koşulları	22
1.4.1.6.1.1. Ayıplı Bir Eser Teslim Edilmiş Olmalıdır.....	22
1.4.1.6.1.2. Eser Ayıplı Olmalıdır	23
1.4.1.6.1.3. Ayıp İş Sahibine Yüklenememelidir	23
1.4.1.6.1.4. Eser Kabul Edilmemiş Olmalıdır	24
1.4.1.6.1.5. Gözden Geçirme ve Bildirim Külfeti Yerine Getirilmiş Olmalıdır	24
1.4.1.6.2. İş Sahibinin Eserin Ayıplı Olmasından Doğan Hakları.....	25
1.4.1.6.2.1. Sözleşmeden Dönme Hakkı	26
1.4.1.6.2.2. Bedelden İndirim İsteme Hakkı	28
1.4.1.6.2.3. Eserin Ücretsiz Onarılmasını Talep Hakkı	28
1.4.1.6.2.4. Genel Hükümlere Göre Tazminat İsteme Hakkı.....	29
1.4.1.6.3. Ayıptan Doğan Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı.....	30
1.4.2. İş Sahibinin Hak Ve Borçları.....	30
1.4.2.1. Bedel Ödeme Borcu	30
1.4.2.1.1. Götürü (Sabit) Bedel.....	31
1.4.2.1.2. Yaklaşık (Değere Göre) Bedel	33
1.4.2.1.3. Tarafların Sözleşmede Bedel Belirlememiş Olması.....	34
1.4.2.2. Bedel Ödeme Borcunun İfa Zamanı, Temerrüt ve Sonuçları	34

İKİNCİ BÖLÜM

EKSİK İFA KAVRAMI VE ESER SÖZLEŞMESİNİN EKSİK İFA EDİLMESİ

2.1. Eksik İfa Kavramı	35
2.1.1. Genel Olarak	35
2.1.2. Eksik İfanın Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması	36
2.1.2.1. Ayıplı İfa Bakımından.....	36
2.1.2.1.1. Tartışmalı Durumlar	37
2.1.2.1.1.1. Yüzölçümü Eksikliği	37
2.1.2.1.1.2. İskân Ruhsatının Alınmamış Olması.....	38
2.1.2.2. Aliud İfa Bakımından.....	39
2.1.2.3. İmkânsızlık Bakımından.....	40
2.1.2.4. Ek (İlave) İş Bakımından.....	42
2.1.2.5. Aşırı İfa Güçlüğü Bakımından.....	43

2.1.2.6.	Kısmi İfa Bakımından	43
2.2.	Eksik İfada Teslim Sorunu	44
2.2.1.	Genel Olarak	44
2.2.2.	Önemsiz ve Küçük Eksikliklerde Teslim	46
2.2.3.	Önemli ve Büyük Eksikliklerde Teslim	48
2.2.4.	Orta Derecede Önemli Eksiklerde Teslim.....	50
2.3.	Teslimin Gerçekleşmesi Halinde Uygulanacak Hükümler	52
2.3.1.	Doğrudan Ayıp Hükümlerinin Uygulanacağı Görüşü.....	52
2.3.2.	Genel Hükümlerin Uygulanacağı Görüşü	53
2.4.	Teslimin Gerçekleşmemesi Halinde Uygulanacak Hükümler.....	54
2.4.1.	Genel Olarak	54
2.4.2.	Borçlu Temerrüdü	55
2.4.2.1.	Yüklenicinin Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Koşulları.....	55
2.4.2.1.1.	Edimin İfası Mümkün Olmalıdır	56
2.4.2.1.2.	Borç Muaccel Olmalıdır	56
2.4.2.1.3.	İhtar Yapılmış Olmalıdır.....	57
2.4.2.1.3.1.	Genel Olarak	57
2.4.2.1.3.2.	İhtarın Gerekmediği Durumlar.....	58
2.4.2.1.4.	Alacaklı İfayı Kabule Hazır Olmalıdır	59
2.4.2.1.5.	Borçlunun Kusuru Gerekli Değildir	59

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNİN EKSİK İFA EDİLMESİ SONUCU TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

3.1.	Teslimin Gerçekleşmesi Halinde İş Sahibinin Hakları	60
3.1.1.	Genel Olarak	60
3.1.2.	Aynen İfa ve Eserin Eksik İfa Edilmesinden Doğan Zararın Tazmini Hakkı	60
3.1.3.	Bedelde İndirim ve Eksik İfa Sebebiyle Doğan Zararın Tazmini Hakkı	62
3.1.4.	Ödemezlik Def'i.....	65
3.2.	Teslimin Gerçekleşmemesi Halinde İş Sahibinin Hakları.....	67
3.2.1.	Genel Olarak	67
3.2.2.	Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı İsteme Hakkı.....	69
3.2.3.	Aynen İfa ile Birlikte Gecikme Tazminatından Vazgeçerek Uğramış Olduğu Müspet Zararın Tazminini İsteme Hakkı.....	71
3.2.4.	Sözleşmeden Dönerek Menfi Zararın Tazminini İsteme Hakkı	73
3.2.5.	Cezai Şart.....	78
3.3.	Covid-19'un Eser Sözleşmesine Etkisi	81

3.3.1. Genel Olarak	81
3.3.2. Hâkimden Sözleşmenin Uyarlanmasını İsteme Hakkı.....	82
3.3.2.1. Başlangıçta Öngörülemeyen veya Öngörülebilen de Taraflarca Göz Önünde Tutulmayan Olağanüstü Bir Durum Meydana Gelmiş Olmalıdır	83
3.3.2.2. Taraflarca Belirlenen Götürü Bedel İle Eserin Tamamlanması Son Derece Güçleşmiş Olmalıdır	84
3.3.2.3. Borcun İfa Edilmemiş Olması Gerekir.....	85
3.3.2.4. Yüklenici Bu Duruma Kendisi Sebebiyet Vermiş Olmamalıdır.....	85
3.3.2.5. Taraflar Sözleşmede Bedelin Artırılması veya Fesih Yoluna Başvurulamayacağı Konusunda Anlaşma Yapmamış Olmalıdır	85
3.3.2.6. Eser Sözleşmesinin Değişen Koşullara Uyarlanmasının Sonuçları.....	86
SONUÇ	87
KAYNAKÇA	89
ÖZGEÇMİŞ	94

KISALTMALAR LİSTESİ

Art	: Artikel
Bkz.	: bakınız
E.	: Esas
e.BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
e.t.	: erişim tarihi
f.	: fıkra
H.D.	: Hukuk dairesi
K.	: Karar
m.	: madde
s.	: sayfa
sy.	: sayılı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
T.	: Tarih
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
vd.	: ve devamı

ÖZET

Eser sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte yüklenici, bir eser meydana getirerek eksiksiz şekilde iş sahibine teslim etme borcu altına girer. Yüklenici bazı durumlarda eseri eksiklikleriyle birlikte iş sahibine teslim eder. Bu tezde eserde bulunan eksiklikler kategorize edilerek eserin yüklenici tarafından eksik olarak meydana getirmesi halinde teslimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusu ele alınmaktadır. Ayrıca yüklenicinin eseri eksikleriyle birlikte iş sahibine sunduğu ve teslimin gerçekleşmiş sayıldığı hallerde iş sahibinin sahip olacağı haklar ve teslimin gerçekleşmemiş sayılacağı hallerde iş sahibinin sahip olacağı haklar ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Eksik İfa, Eksiklik Türleri, Teslim, Türk Borçlar Kanunu.

SUMMARY

DEFICIENT WORK IN THE CONTRACT OF WORK

With the establishment of the work contract, the contractor undertakes to create a work and deliver it to the employer completely. In some cases, the contractor delivers the work with its deficiencies to the employer. In this thesis, the deficiencies in the work are categorized and the issue of whether the delivery will take place if the work is created incompletely by the contractor is discussed. In addition, the rights of the business owner in cases where the contractor presents the work with its deficiencies to the employer and the delivery is deemed to have been made and the rights that the employer will have in cases where the delivery is deemed not realized.

Keywords: Work Contract, Incomplete Performance, Deficiency Types, Delivery, Turkish Code of Obligations.

ÖNSÖZ

818 Sayılı Borçlar Kanunu’nda “istisna akdi” olarak anılan eser sözleşmesi, 6098 Satılı Türk Borçlar Kanunu’nun 470 ila 486. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eser Sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Yüklenici eser sözleşmesinin kurulması ile bir eser meydana getirme borcu altına girerken, iş sahibi ise yüklenicinin meydana getireceği eserin karşılığında bir bedel ödeme borcu altına girer.

Yüklenicinin ücret alacağının muaccel hale gelebilmesi için eseri iş sahibine teslim etmesi gerekmektedir. Ancak yüklenicinin eseri teslim borcunu yerine getirmesi için eserin eksiksiz olarak sözleşme şartlarında belirtilen niteliklere sahip olması gerekir. Aksi takdirde teslimin gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir. Nitekim eserde, sözleşmede belirlenen niteliklerin bulunmaması halinde iş sahibi de eseri teslim almaktan kaçınabilecektir.

İş sahibinin, eserin sözleşmede belirlenen niteliklerin bulunmamasına rağmen eseri teslim almaktan kaçınması, bazı durumlarda Türk Medeni Kanunu’nda belirtilen dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilmektedir. Nitekim eser sözleşmesi ile yüklenicinin meydana getireceği eser genellikle büyük yapıları teşkil etmektedir. Yüklenicin meydana getirdiği büyük yapılarda bulunan küçük eksikliklerin teslimde engel teşkil etmeyeceğini kabul etmek dürüstlük kuralının bir gereği olarak kabul edilmelidir. Ancak burada eserde bulunan eksikliği kategorize etmek gerekmektedir. Zira her eksikliğin varlığında teslimin gerçekleşeceğini kabul etmek bu sefer iş sahibinin haklarını zedeleyecektir. Ayrıca eserde bulunan eksikliklerin ayıp teşkil edip etmediğini de ayırtırmak gerekmektedir. Çünkü eksiklik kavramı ile ayıp kavramı farklı kavramlar olmakla birlikte, ayıbın varlığı halinde uygulanacak hükümler ile eksikliğin varlığı halinde uygulanacak hükümlerde farklılık göstermektedir. Dolayısıyla ayıp kavramı ile eksiklik kavramının farkını net olarak ortaya koymak gerekecektir.

Eserde bulunan eksiklikleri, önemsiz ve küçük eksiklikler, önemli ve büyük eksiklikler, orta derecede önemli eksiklikler olarak üç ayrı kategoriye ayırmak yerinde olacaktır. Burada önemsiz ve küçük eksikliklerin varlığında teslimin gerçekleşeceği, dürüstlük kuralının bir gereği olarak kabul edilmektedir. Önemli ve büyük eksikliklerin varlığında ise teslimin gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir. Orta derecede önemli eksikliklerin varlığında ise teslimin gerçekleşmesi, iş sahibinin tesellüm iradesine bağlıdır. Bir başka ifadeyle yüklenicinin teslim iradesinden sonra, iş sahibinin teslimi reddetmediği ve eseri mevcut haliyle ifa olarak kabul ettiğini açık veya örtülü olarak bildirmesi aranır.

Çalışmamızın birinci bölümünde eser sözleşmesi genel özellikleriyle ele alınmıştır. İlk olarak eser sözleşmesi kavramı açıklanmış, ardından eser sözleşmesinin unsurları ele alınmıştır. Daha sonra eser sözleşmesinin şekli, hukuki niteliği ve tarafları ele alınarak tarafların borçları açıklanmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise öncelikle eksik ifa kavramı tanımlanmış ardından benzer kavramlar ile fark ortaya koyulmuştur. Daha sonra eserde bulunan eksiklikler; önemsiz ve küçük eksiklikler, önemli ve büyük eksiklikler, orta derecede önemli eksiklikler olarak üç ayrı kategoriye ayrılmıştır. Eksiklikler kategorize edildikten sonra eksikliklerin derecesine göre eserin tesliminin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği sorunsalı ele alınmıştır. Bu bölümde son olarak teslimin gerçekleşmesi ya da gerçekleşmemesi halinde hangi hükümlerin uygulanacağı tespit edilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde eser sözleşmesinin eksik ifa edilmesi halinde tarafların sahip olacağı haklar konu edilmiştir. Burada iş sahibinin hakları eserin teslim edilmiş sayılacağı hallerde iş sahibinin hakları ve eserin teslim edilmemiş sayılacağı hallerde iş sahibinin hakları ayrı ayrı başlıklar halinde incelenmiştir. Ayrıca 2020 yılında ortaya çıkıp tüm dünyayı etkisi altına Covid-19 salgın hastalığının eser sözleşmesine etkileri konu edilmiştir.

Çalışmamızın sonuç kısmında konuyla ilgili genel bir değerlendirme yapılarak, görüşlerimiz ortaya koyulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARI, ŞEKLİ, HUKUKİ NİTELİĞİ

1.1. Eser Sözleşmesinin Tanımı ve Unsurları

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda "istisna akdi" olarak adlandırılan "eser sözleşmesi" 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 ila 486. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eser sözleşmesi, TBK m.470'de "yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, iş sahibinin belirli bir bedel ödemesi karşılığında, yüklenicinin iş sahibinin isteği doğrultusunda bir eser meydana getirip teslim etmeyi üstlendiği sözleşmeye "eser sözleşmesi" denir¹.

TBK m.470'e göre eser sözleşmesinin iş sahibi ve yüklenici olmak üzere iki tarafı bulunmaktadır. Yüklenici eser sözleşmesiyle birlikte bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Eser meydana getirmekten kasıt yeni bir eserin meydana getirilmesinin yanında, mevcut bir eserin onarılması, değiştirilmesi, bakımı veya yıkılarak ortadan kaldırılması olarak da değerlendirilebilir. Bunlarda eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir².

Eser sözleşmesi de hizmet sözleşmesi gibi iş görme borcu doğuran sözleşmelerden olmakla birlikte, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi çalışmanın kendisi değil, çalışma sonucu meydana getirilecek olan sonuç borçlanılır³. Dolayısıyla eser sözleşmesine de karakteristiğini kazandıran edim, yüklenicinin meydana getirmeyi borçlanmış olduğu eserdir⁴.

Eser sözleşmesinin TBK'da belirtilen tanımına göre; bir eser meydana getirme, eserin karşılığında ödenecek olan bedel ve tarafların anlaşması olmak üzere üç unsuru bulunmaktadır.

1.1.1. Eser Meydana Getirme

Eser sözleşmesine karakterini kazandıran en temel unsur eserdir⁵. Eser sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte yüklenici bir eser meydana getirmeyi üstlenmiş olur. Nitekim eser sözleşmesini diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayıran en önemli özelliği bir eser meydana getirme borcu doğurmasıdır. Yüklenici eser sözleşmesiyle çalışmayı değil, çalışma sonucu bir eser meydana getirmeyi borçlanır. Bir başka ifadeyle yüklenici, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte edim sonucunu borçlanır.

¹ Aydemir, 2016: 26; Büyükay, 2014: 31; Eren, 2017a: 583; Gümüş, 2012: 1.

² Aral ve Ayrancı, 2015: 359.

³ Kayar, 2019: 329.

⁴ Kurt, 2012: 27.

⁵ Eren, 2017a: 588; Kurt, 2012: 27; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 462.

Eser kavramını doktrinde dar anlamda yorumlayanlar ve geniş anlamda yorumlayanlar olmak üzere iki farklı görüş bulunmaktadır. Eser kavramını dar anlamda yorumlayan birinci görüşe göre, yalnızca maddi varlıklar eser olarak nitelendirilebilirler⁶. Buna karşılık eser kavramını geniş anlamda yorumlayan ve doktrinde baskın olan ikinci görüşe göre hem maddi varlıklar hem de maddi nitelik taşımayan iş görme sonuçları da eser olarak nitelendirilebilir⁷. Kanaatimizce maddi varlığa sahip olan iş görme sonuçları gibi maddi varlığa sahip olmayan iş görme sonuçları da objektif bir bütün oluşturmaları halinde eser olarak nitelendirilebilir⁸.

Eser sözleşmesinin konusunu bir eserin meydana getirilmesi oluşturur. Meydana getirme terimi bir şeyin imali şeklinde olabileceği gibi, mevcut bir eserin ortadan kaldırılması, bozulan bir şeyin tamiri, mevcut olan bir şeyin değiştirilerek, büyütülerek daha iyi hale getirilerek yeni özellikler kazandırılması şeklinde de olabilir⁹. Bir elbisenin dikilmesi, bir binanın yıktırılması, ağaçların kestirilmesi, bir binanın depreme karşı güçlendirilmesi ve onarımı¹⁰, motor tamir edilmesi¹¹ ile insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen çalışmalar sonucu saç ekimi, manikür, pedikür ve estetik ameliyatlarda eser meydana getirmeye örnek olarak verilebilir. Bununla birlikte maddi nitelik taşımayan bir konuda rapor yazılması, beste yapılması, proje çizilmesi ve konser verilmesi de örnek olarak verilebilir.

1.1.2. Bedel

Eser sözleşmesinin ikinci önemli unsuru da bedeldir. Bedel, belirli bir eser meydana getirme karşılığında iş sahibinin yükleniciye ödemeyi taahhüt ettiği ücrettir. Eser sözleşmesinin kurulabilmesi için bedel zorunlu bir unsur olsa da bedelin miktarının belirlenmiş olması zorunlu değildir¹². Zira taraflar ücreti açıkça kararlaştırabileceği gibi zımni olarak da

⁶ Eren, 2017a: 588.

⁷ Acar, 2013: 1; Akıncı, 2014: 144; Aral ve Ayrancı, 2015: 361; Duman, 2018: 103; Yılmaz, 2015: 199; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 462.

⁸ Eren, 2017a: 592.

⁹ Akıncı, 2004: 278; Akıncı, 2014: 144; Aral ve Ayrancı, 2015: 365; Aydemir, 2016: 28; C. Yavuz, 2016: 535; Eren, 2017a: 594; Gümüş, 2012: 4; Kurt, 2012: 35,36; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 466.

¹⁰ Y. 15. HD. T. 11.10.2004, E. 2004/3525, K. 2004/4977, (erişim tarihi: 10.02.2020), Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, “...Davacı bu sözleşme ile Menekşe ve Lalezar Apartmanlarının depreme karşı güçlendirme ve onarım işlerini mevcut projelere uygun olarak yapmayı üstlenmiş, açmış olduğu bu dava ile de yaptığı işler bedelini talep etmiştir. Bu niteliği gözetildiğinde yanlar arasında 634 sayılı Kat Mülkiyeti Yasasından kaynaklanan bir uyuşmazlığın varlığından söz edilemez. Uyuşmazlık B.K.355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi hükümlerine göre çözümleneceğinden...”

¹¹ Y. 15. HD. T. 17.11.2003, E. 2003/2621, K.2003/5492, (erişim tarihi: 10.02.2020), Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, “...Davacıya ait kesim motorunun davalı tarafından onarılmasına ilişkin yanlar arasında sözlü akit yapıldığı çekişmesizdir. Bu akdi ilişki, hukuksal niteliğince Borçlar Yasasının 355.maddesinde tanımlanan bir "eser" sözleşmesi olup; davacı iş sahibi, davalı yüklenicidir...”

¹² Aral ve Ayrancı, 2015: 366; C. Yavuz, 2016: 536; Kayar, 2019: 330; Kurt, 2012: 36; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 468.

kararlařtırabilirler¹³. Bedel zımni olarak kararlaştırılmışsa, yüklenicinin alacağı bedel işin niteliğine, o işlerde uygulanan emsal ücretlere ve yüklenicinin giderine göre belirlenir¹⁴.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin bedel borcu kural olarak paradır. Ancak para dışında bir şeyinde bedel olarak belirlenmesi mümkündür¹⁵. Buna karşılık, iş sahibinin karşı edim olarak başka bir eser meydana getirmeyi üstlendiği durumda doktrindeki bir görüşe göre trampa hükümleri değil eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı kabul edilirken¹⁶, doktrindeki bir başka görüşe göre bu durumda iki ayrı eser sözleşmesine ait unsurlardan oluşan çift tipli karma bir sözleşmenin olduğu kabul edilmektedir¹⁷.

1.1.3. Tarafların Anlaşması

Eser sözleşmesi rızâ bir sözleşme olup tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur¹⁸. Sözleşmenin tarafları bir eser meydana getirmeyi borçlanan yüklenici ve eserin karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt eden iş sahibidir. Buna göre yüklenicinin bir eser meydana getirmesi karşılığında iş sahibinin bir bedel ödeyeceği konusunda tarafların anlaşmış olması gerekmektedir¹⁹. Taraflar bu anlaşmayı açık veya örtülü olarak yapabilirler²⁰.

1.2. Eser Sözleşmesinin Şekli

TBK’da kural olarak sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir. Eser sözleşmesinin geçerliği de TBK’da herhangi bir şekle tâbi tutulmamıştır. Dolayısıyla taraflar sözleşmeyi kurarken yazılı veya sözlü, açık veya örtülü olarak anlařabilirler²¹. Ancak TBK m.17 uyarınca taraflar sözleşmenin kurulmasını iradi bir şekle bağlı kılarsa bu şekil karine olarak geçerlilik koşulu olacaktır ve eser sözleşmesi kurulurken bu iradi şekle bağlı kalınmazsa sözleşme geçerli olarak kurulmuş olmayacaktır²².

Eser sözleşmesi kural olarak şekle tâbi olmasa da kanunen şekle bağlı kılındığı bazı durumlar mevcuttur. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi konumundaki iş sahibi, yapılan inşaatta ki bazı bağımsız bölümleri sözleşme uyarınca yükleniciye devir borcu altına girmektedir. İş sahibinin bu borcu taşınmaz satış vaadi

¹³ Akıncı, 2004: 279; C. Yavuz, 2016: 535; Eren, 2017: 586; Remzi ve Aydın, 2019: 254.

¹⁴ Akıncı, 2004: 279; Kurt, 2012: 37.

¹⁵ Eren, 2017a: 656; Gümüş, 2012: 6; Remzi ve Aydın, 2019: 254.

¹⁶ Kurt, 2012: 37.

¹⁷ Gümüş, 2012: 6.

¹⁸ Akıncı, 2004: 280; Aral ve Ayrancı, 2015: 366; Eren, 2017a: 595.

¹⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 366; Eren, 2017a: 595; Gümüş, 2012: 7; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 471.

²⁰ Eren, 2017a: 595; Gümüş, 2012: 7; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 471.

²¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 367; Ayan, 2016: 157; Eren, 2017a: 596; Gümüş, 2012:7; Kurt, 2012: 43.

²² Eren, 2017b: 240.

içermektedir. Bu sebeple içeriğinde taşınmaz satış vaadi unsuru bulunan bu sözleşmeler resmi geçerlilik şartına tâbidirler²³. Bunun dışında 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na tâbi eser sözleşmelerine ilişkin şekil hükümleri ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tâbi eser sözleşmelerine ilişkin şekil hükümleri saklıdır²⁴.

1.3. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Eser sözleşmesinde tarafların edimleri arasındaki ilişki, hukuki niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulan, ivazlı ve kural olarak ani edimli bir sözleşmedir.

1.3.1. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Eser sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²⁵. Sözleşmenin kurulması ile taraflar karşılıklı olarak birbirlerine borçlanırlar. Borçlanılan bu asli edimler sözleşmenin esaslı noktalarını oluşturur²⁶. Eser sözleşmesinde tarafların asli edimleri, yüklenicinin eseri meydana getirerek teslim etme borcu ile iş sahibinin meydana getirilen esere karşı ödemeyi üstlendiği bedeldir. Bu sebeple eser sözleşmesi tarafların edimleri bakımından tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

1.3.2. Rızaî Bir Sözleşme Olması

Eser sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların sözleşmesinin esaslı noktaları olan eser ve bedel konusunda anlaşmış olmaları gereklidir²⁷. Tarafların karşılıklı irade beyanları birbirine uygun olduğu takdirde sözleşme kurulmuş olur. Sözleşmenin kurulması için ayrıca eserin teslimi gerekmez²⁸. Eserin teslim edilmesi ve bedelin ödenmesi borçlanılan edimlerin ifasıyla ilgili bir konudur²⁹. Bu sebeplerle eser sözleşmesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulduğu için rızaî bir sözleşmedir³⁰.

²³ Aral ve Ayrancı, 2015: 368; Eren, 2017a: 596; Gümüş, 2012: 7; Kurt, 2012: 43.

²⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 367,368; Eren, 2017a: 597,598; Gümüş, 2012: 7; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 471.

²⁵ Ayan, 2016: 155; Eren, 2017a: 585; Erzurumluoğlu, 2013: 167; Gümüş, 2012: 2; Remzi ve Aydın, 2019: 251; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 477.

²⁶ Eren, 2017a: 585.

²⁷ C. Yavuz, 2016: 536.

²⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 360; Büyükay, 2014: 42; Eren, 2017a: 587; Kurt, 2012: 45; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 479.

²⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 360; Eren, 2017a: 587.

³⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 360; Eren, 2017a: 587; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 479.

1.3.3. İvazlı Bir Sözleşme Olması

Eser sözleşmesinin kanunda yer alan tanımında belirtildiği üzere eser sözleşmesi; yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK m.470). Sözleşmenin kanunda yer alan tanımında açıkça belirtildiği üzere bedel, eser sözleşmesinin zorunlu unsurudur. Sözleşmenin kurulduğu anda bedel unsurunun kararlaştırılması yeterli olup, eser karşılığında ne kadar bedel ödeneceğinin tam tespiti zorunlu değildir³¹. Bu durum TBK m.481’de “Eserin bedeli önceden belirlenmiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirleneceği” belirtilmiştir. Dolayısıyla bedelin örtülü şekilde kararlaştırılması yeterli olup bedel konusundaki uyuşmazlıkta ispat yükü yüklenicinin üzerindedir³².

Yüklenici eğer eserin yapılmasına karşılık bir ivaz olmadan üstlenmişse eser sözleşmesinden söz edilemez³³. Bu durumda sözleşmenin vekalet sözleşmesi mi yoksa eser sözleşmesine benzeyen isimsiz bir sözleşme mi olduğu konusu tartışmalıdır³⁴. Kanaatimizce sorun somut olayın özelliklerine göre çözümlenmeye çalışılmalı, bir sonuca ulaşılamazsa vekalet sözleşmesi olduğunu savunan görüşe nazaran daha fazla esneklik sağlayan eser sözleşmesi benzeri isimsiz (karma) bir sözleşme fikri benimsenmelidir³⁵.

1.3.4. Kural Olarak Ani Edimli Bir Sözleşme Olması

Eser sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme mi olduğu tartışması borç ilişkisinin sona ermesi halinde ortaya çıkacak sonuçlar bakımından önemlidir. Yüklenici temerrüde düştüğü zaman iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına mı ileri tarihli fesih hakkına mı sahip olacağının tespiti ani edimli ya da sürekli borç doğuran bir sözleşme olması niteliğine göre değişecektir³⁶. Çünkü ani edimli borç ilişkileri geçmişe etkili olarak sonuç doğurduğu halde sürekli borç doğuran sözleşmeleri ileriye etkili olarak sona ermektedir³⁷.

Eser sözleşmesi niteliği itibarıyla sürekli bir sözleşme değil ani edimli bir sözleşmedir³⁸. Çünkü eser sözleşmesinde hizmet ve vekalet sözleşmelerinden farklı olarak bir edim fiili değil edim sonucu borçlanılır. Söz konusu edim sonucu, yüklenici tarafından meydana getirilen

³¹ Eren, 2017a: 586; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 468.

³² Eren, 2017a: 586; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 468,469.

³³ Aral ve Ayrancı, 2015: 369; Eren, 2017a: 586; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 470.

³⁴ Eren, 2017a: 586; Kurt, 2012: 45; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 470.

³⁵ Eren, 2017a: 586; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 470.

³⁶ Kurt, 2012: 49.

³⁷ Oğuzman ve Öz, 2013: 448,449,450.

³⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 360; C. Yavuz, 2016: 537; Eren, 2017a: 587; Eren, 2017b: 108; Kılıçoğlu, 2014: 6.

eserin iş sahibine teslimidir³⁹. Dolayısıyla eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlandığı edimin ifası teslim ile son bulur⁴⁰. Her ne kadar borçlanılan eserin meydana getirilmesi belirli bir zaman almış olsa da eser sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme niteliğini değiştirmez.

Eser sözleşmesiyle birlikte niteliği itibarıyla liman, karayolu, viyadük gibi büyük inşaat eserlerinin borçlanıldığı sözleşmelerde bazı yazarlar, yüklenicinin eseri meydana getirme edimini sadece eserin tesliminden ibaret görmemiş zamana yayılmış bir ifa fiili olarak kabul etmiş ve sürekli sözleşme benzeri bir sözleşme olarak nitelendirmişlerdir⁴¹. Öğretide karma görüş⁴² olarak savunulan ve Yargıtay⁴³ tarafından da benimsenen üçüncü görüşe göre, eser sözleşmesi sürekli ve ani edimli borç ilişkilerinin özelliklerini taşıyan karma bir sözleşme olarak nitelendirilir. Bu görüşe göre yüklenicinin eseri meydana getirmek için yaptığı faaliyetler edim yükünün kapsamı dışında tutulup asli edim olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla tarafların kararlaştırmış olduğu bedel yalnız eserin değeri değil eser oluşturulurken yapılan faaliyetlerinde karşılığıdır⁴⁴. Bu görüş tarafların edimlerini synallagma ilişkisine dahil ederek, eser sözleşmesinin ani edimli olduğu kadar sürekli borç ilişki niteliğinde de karma bir yapısının olduğunu ortaya koyar⁴⁵.

Kanaatimizce eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. Zira yüklenicinin borçlandığı edimin ifası, sürekli bir zamana yayılmış değildir. Eserin meydana getirilmesi uzun zaman almış olsa da sözleşmenin bu niteliği değişmez. Yüklenicinin asli edimi eserin meydana getirilerek iş sahibine teslimidir. Eserin iş sahibine teslimi ile edimin ifası gerçekleşmiş olur. Eserin iş sahibine teslimi zaman birimi ile ölçülemeyecek bir an içinde gerçekleştiği için ani edim söz konusu olacaktır.

1.4. Eser Sözleşmesinin Tarafları ve Tarafların Borçları

Eser sözleşmesinin tarafları TBK m.470’te belirtildiği üzere iş sahibi ve yüklenicidir. İş sahibi bir bedel karşılığında bir eser meydana getirilmesini isteyen kimsedir. Yüklenici ise eseri meydana getirme borcu altına giren kimse olarak tanımlanabilir⁴⁶. Her iki tarafta gerçek veya tüzel kişilik olabilir⁴⁷. Ayrıca hak ehliyetine sahip herkes eser sözleşmesinin tarafı olabilir.

³⁹ Gümüş, 2012: 3.

⁴⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 360.

⁴¹ Gümüş, 2012: 2; Eren, 2017a: 587; Kurt, 2012: 49.

⁴² Arpacı, 2018: 109, 110.

⁴³ Y. 15. HD., T. 04.10.2007, E. 2006/3087, K. 2007/6003; Y. 15. HD., T. 30.06.2000, E. 2000/1561, K. 2000/3399, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 22.02.2020).

⁴⁴ Arpacı, 2018: 114; Kurt, 2012: 51.

⁴⁵ Arpacı, 2018: 115; Gümüş, 2012: 2,3.

⁴⁶ Akıncı, 2014: 143; Aydemir, 2016: 197; Eren, 2017a: 605; Gümüş, 2012: 7; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 474.

⁴⁷ Eren, 2017a: 605; Gümüş, 2012: 7; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 474.

Sözleşmenin tarafları tek kişi olabileceği gibi birden çok kişide olabilir⁴⁸. Örneğin büyük inşaat işlerinde birden çok yüklenici bir araya gelerek bir konsorsiyum veya iş ortaklığı adı altında yüklenici sıfatını kazanabilirler⁴⁹.

1.4.1. Yüklenicinin Hak Ve Borçları

Eser sözleşmesinde yüklenicinin iki tane asli edim borcu bulunmaktadır. Bunlar eseri meydana getirme ve teslim borcudur. Asli edimlerin yanında yüklenicinin özen borcu ve diğer yan borçları yer alır.

1.4.1.1. Eser Meydana Getirme Borcu

Yüklenicinin ilk asli borcu eser sözleşmesine karakteristiğini kazandıran, bir eseri meydana getirme borcudur. Yüklenicinin bu borcu, eser sözleşmesini tanımlayan TBK m.470'te "yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi üstlendiği" sözleşme şeklinde açıkça tanımlanmıştır. Buradan anlaşılacağı üzere yüklenicinin borcu bir iş görme fiili değil iş görme fiili sonucu ortaya çıkacak olan sonuçtur⁵⁰. Eser sözleşmesinde önemli olan bir sonucun ortaya çıkarılmasıdır. Bu daha öncede belirtildiği üzere yeni bir şeyin imali şeklinde olabileceği gibi mevcut bir eserin ortadan kaldırılması, bozulan bir şeyin tamiri, mevcut olan bir şeyin değiştirilerek, büyütülerek daha iyi hale getirilerek yeni özellikler kazandırılması şeklinde de olabilir⁵¹.

Eserin meydana getirilmesi aşamasında iş sahibi yükleniciye doğrudan veya dolaylı olarak talimatlar verebilir. Bu talimatlar bizzat eser hakkında olabileceği gibi eserin meydana getirilme tarzına ilişkin olabilir⁵². Yüklenici TBK m.471/III'de belirtildiği üzere doğrudan doğruya kendisi yapabileceği gibi, kendi yönetimi altındaki bir başkasına da yaptırabilir.

1.4.1.1.1. Eseri Şahsen Meydana Getirme Borcu veya Kendi Yönetimi Altında Başkasına Yaptırma Borcu

TBK m. 471/III'e göre "Yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımiyorsa, işi başkasına da yaptırabilir". Hizmet sözleşmesinde işçinin işi bizzat kendisinin yapması durumunda olduğu gibi eser

⁴⁸ Eren, 2017a: 605; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 475.

⁴⁹ Eren, 2017a: 605; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 475,476.

⁵⁰ Eren, 2017a: 598; Gümüş, 2012: 10; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 483.

⁵¹ Akıncı, 2004: 278; Akıncı, 2014: 146; Aral ve Ayrancı, 2015: 365; C. Yavuz, 2016: 535; Eren, 2017a: 594; Gümüş, 2012: 4; Kurt, 2012: 35,36; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 466.

⁵² Eren, 2017a: 608.

sözleşmesinde de yüklenici işi bizzat kendisi yapmak ya da kendi denetim ve yönetimi altında yaptırmak zorundadır⁵³.

TBK m.83'de borcun, hangi durumda borçlu tarafından şahsen ifasının zorunlu olmadığı düzenlenmektedir. TBK m.83'e göre "Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir". Dolayısıyla yüklenicinin hangi durumda eseri bizzat yerine getirme borcunun bulunup bulunmadığının tespitine yarayacak kıstas "iş sahibinin haklı menfaatidir". Buna göre iş sahibinin haklı menfaatinin bulunduğu durumlarda yüklenici, eseri şahsen meydana getirmek zorunda kalacaktır⁵⁴.

Eser sözleşmesinde borçlanılan edimin yüklenici tarafından şahsen veya onun yönetimi altında başkası tarafından meydana getirilme borcu, yüklenicinin kişiliğinin veya şahsi yeteneklerinin önem taşıdığı düşüncesindendir⁵⁵. Nitekim iş sahibi eser sözleşmesini yüklenicinin kişiliği ve yeteneklerini göz önünde bulundurarak kurmaktadır. Burada korunan iş sahibinin eser sözleşmesinden elde edeceği menfaatidir.

Kanun metninden de anlaşılabacağı üzere yüklenici eseri meydana getirirken üç ayrı durum mevcuttur. Bu durumlar; yüklenicinin borçlandığı edim kişiliğine sıkı sıkıya bağlıysa eseri şahsen meydana getirmesi, yüklenicinin borçlandığı edimle kişiliği ve yetenekleri önem taşımaya rağmen kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olmaması sebebiyle kendi gözetim ve denetimi altında üçüncü bir kişiye imal ettirmesi ve son olarak yüklenicinin borçlandığı edimde kişisel özellikleri ve yetenekleri önem taşıyorsa işi başkasına yaptırabilmesidir.

Birinci durumda TBK m.83'ün aksine yüklenicinin borcunun kişisel niteliği karine olarak kabul edilmiş ve yüklenici şahsen ifa borcu altında bırakılmıştır⁵⁶. Burada kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edim söz konusudur. Mutlak şahsiliği ilkesi gereğince yüklenici bu edimi şahsen yerine getirmek zorundadır⁵⁷. Kişiye sıkı sıkıya bağlı edimlere örnek verecek olursak ressamın yapmayı üstlendiği tablo, bestecinin yapacağı beste ve şarkıcının söyleyeceği şarkı örnek olarak verilebilir. Yüklenici bu durumlarda edimi bir başkasına yaptıramaz. Aksi halde menfaati zedelenen iş sahibi TBK m.112'ye göre eserin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle doğan zararın giderilmesini⁵⁸ veya TBK m.125'e göre kullanacağı seçimlik hakkın yerine getirilmesini talep edebilir⁵⁹.

⁵³ Eren, 2017a: 608; Erzurumluoğlu, 2013: 173; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 506.

⁵⁴ Avcı, 2016: 306; Kılıçoğlu, 1975: 185.

⁵⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 369; Avcı, 2016: 305; Eren, 2017a: 608; Erişen, 2005: 3; Gökyayla, 2002: 793; Kerman, 2017: 19; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 507.

⁵⁶ C. Yavuz, 2016: 544,545; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 507.

⁵⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 370; Eren, 2017: 609; Gümüş, 2012: 11; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 507.

⁵⁸ Eren, 2017a: 609; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 508.

⁵⁹ Eren, 2017a: 609.

Kanun metninde belirtilmiş olan ikinci seçenek yüklenicinin eseri kendi yönetimi altında üçüncü kişilere yaptırmasıdır. Burada da yüklenicinin kişiliği ve yetenekleri önem taşımasına rağmen borçlanılan edim, yüklenicinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı değildir⁶⁰. Dolayısıyla yüklenici kendi yönetimi ve gözetimi altında eseri üçüncü kişilere imal ettirebilir. Üçüncü kişiler TBK m.116 uyarınca ifa yardımcıları olup, yüklenicinin bu üçüncü kişilere arasında bağımlılık ilişkisi bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁶¹. Yüklenici üçüncü kişileri seçerken ve talimat verirken özenli davranmalıdır⁶². Eğer yüklenici özenle davranmazsa, durum özelliğine göre TBK m.66 adam çalıştıranların sorumluluğu ve TBK m.114 sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı maddeleri uyarınca sorumlu olabilir⁶³. Ayrıca yüklenicinin eseri şahsen veya kendi yönetimi altında üçüncü kişilere yaptırmakla yükümlü olduğunu belirten kanun hükmü emredici bir hüküm değildir⁶⁴. Düzenleyici niteliktedir. Dolayısıyla taraflar sözleşmede bunun aksini kararlaştırabilirler.

Kanun metninde belirtilen 3. durumda ise eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri ve yetenekleri önem taşıyorsa işi başkasına yaptırabilir. Yüklenicinin işi başkasına yaptırma yetkisi ayrı bir başlık altında incelenecektir.

1.4.1.1.2. Eseri Başkasına Yaptırma Yetkisi

TBK m.471/III'te yüklenicinin şahsen ifa borcuna bir istisna getirilmiştir. Bu maddeye göre “eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa işi başkasına yaptırabilir”. Buna göre yapılacak işin icrasında yüklenicinin şahsi özelliklerinin bir önemi bulunmuyorsa, işin ifası üçüncü bir kişiye devredilebilir. İşin devredildiği bu kişiye de “alt yüklenici” adı verilmektedir⁶⁵. Yüklenici eğer işi başkasına yaptırırsa alt yüklenicilik ilişkisi söz konusu olur ve asıl yüklenici isterse eserin tamamını isterse de bir kısmını alt yükleniciye yaptırabilir⁶⁶. Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında kurulan bu ilişki niteliği itibarıyla eser sözleşmesidir⁶⁷. Bu sözleşme asıl eser sözleşmesinden bağımsız olup asıl yüklenici ve alt yüklenici bu sözleşmeyi kendi ad ve hesabına yapmaktadır⁶⁸. Alt yüklenici, asıl

⁶⁰ Eren, 2017a: 609.

⁶¹ Gümüş, 2012: 11; Kılıçoğlu, 1975: 190; Kurt, 2012: 57,58; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 508.

⁶² Aral ve Ayrancı, 2015: 370; Kılıçoğlu, 1975: 190; Kurt, 2012: 58.

⁶³ Erzurumluoğlu, 2013: 173.

⁶⁴ Eren, 2017a: 609.

⁶⁵ Akbulut, 2020: 92; Kılıçoğlu, 1975: 189.

⁶⁶ Akbulut, 2020: 92; Avcı, 2016: 314; Duman, 2018: 151; Eren, 2017a: 610; Erişen, 2005: 6; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 509.

⁶⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 373; Eren, 2017a: 610; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 510.

⁶⁸ Eren, 2017a: 610; Erişen, 2005: 6; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 510.

yükleniciden bağımsız olarak çalışan bir ifa yardımcı olup çoğu zaman meydana getirmeyi borçlandığı eserin imali konusunda asıl yükleniciden daha uzmandır⁶⁹.

Asıl yüklenicinin işin tamamını veya bir kısmını alt yükleniciye devretme yetkisi sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmasına, iş sahibinin izin vermiş olmasına ya da kanun metninden de açıkça belirtildiği üzere işin niteliğinin başkası tarafından yapılmaya elverişli olmasına bağlıdır⁷⁰. Taraflar arasında alt yükleniciye başvurma yetkisi konusunda çıkacak uyuşmazlıkta, alt yükleniciye başvurmaya yetkili olduğunu asıl yüklenici ispatlayacak olup buna karşılık asıl yüklenicinin, alt yükleniciye başvurmaya yetkili olmadığını iş sahibi ispatlayacaktır⁷¹.

Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında kurulan bu sözleşme ilk sözleşmeden bağımsız olarak kurulmuş yeni bir eser sözleşmesi olup alt yüklenicilik sözleşmesi olarak adlandırılır⁷². Alt yüklenici belirli bir bedel karşılığında sözleşmede kararlaştırılan edimi meydana getirmeyi ve teslim etmeyi taahhüt eder⁷³. Alt yüklenicinin sözleşme ile kararlaştırılan bu borcu iş sahibine karşı değil, asıl yükleniciye karşıdır. Nitekim eserdeki ayıplardan dolayı asıl yükleniciye karşı sorumludur⁷⁴.

İş sahibi ile alt yüklenici arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak da iş sahibinin alt yükleniciye talimat verme ve eserin meydana getirilip teslim edilmesine ilişkin talep hakkı bulunmamaktadır⁷⁵. İş sahibi şartların varlığı halinde yalnızca haksız fiil hükümlerine dayanarak alt yükleniciye başvurabilir⁷⁶. Buna karşılık alt yüklenici asıl yüklenicinin kendisine verdiği işleri tam ve zamanında ifa edeceğini iş sahibine karşı sözleşmeyle taahhütte bulunmuşsa veya alt yüklenicilik sözleşmesi iş sahibi yararına yapılmış bir sözleşme ise iş sahibi tam üçüncü kişi yararına sözleşme kuralları uyarınca alt yükleniciye başvurabilir⁷⁷.

Asıl yüklenici işin tamamını veya bir kısmını alt yükleniciye devretmişse, ifa yardımcısı sayılan alt yükleniciyi seçmekte ve talimat vermekte kusurlu olması halinde TBK m.116 uyarınca alt yüklenicinin eylemlerinden dolayı iş sahibine karşı sorumlu olur⁷⁸. Asıl yüklenici alt yükleniciyi iyi seçtiğini ve doğru talimat verdiğini ispat suretiyle değil, böyle bir eylemde

⁶⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 373; Eren, 2017a: 610; Erişen, 2005: 12; Kerman, 2017: 20; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 510.

⁷⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 371; Eren, 2017a: 611; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 509.

⁷¹ Eren, 2017a: 611; Gümüş, 2012: 11.

⁷² Aral ve Ayrancı, 2015: 372; Avcı, 2016: 314; Eren, 2017a: 612; Gümüş, 2012: 12; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 509.

⁷³ Aral ve Ayrancı, 2015: 373; Eren, 2017a: 612.

⁷⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 373; Avcı, 2016: 315; Eren, 2017a: 612.

⁷⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 373; Avcı, 2016: 315; Eren, 2017a: 612; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 14.

⁷⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 373; Eren, 2017a: 612.

⁷⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 374; Eren, 2017a: 613.

⁷⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 374; Eren, 2017a: 614.

kendisi bulunmuş olsaydı kusurlu sayılamayacağını ispat etmek suretiyle kurtulur⁷⁹. Nitekim alt yüklenicinin sebebiyet verdiği eserdeki ayıp nedeniyle asıl yüklenici dönme, bedelden indirim ve ücretsiz onarım istemlerinden ifa fiilini kendisi yapmış olsaydı da kusur oluşacak ise sorumlu olur⁸⁰. Buna karşılık asıl yüklenicinin alt yükleniciye devir yetkisi bulunmamasına rağmen işin tamamını veya belirli bir kısmını alt yükleniciye devretmişse, asıl yüklenici alt yüklenicinin borca aykırı eylemlerinden dolayı iş sahibine TBK m.116 uyarınca sorumlu olur⁸¹.

1.4.1.2. Eserin Meydana Getirilmesinde Gerekli Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu

1.4.1.2.1. Araç ve Gereç Sağlama Borcu

TBK m.471/IV'e göre "aksine adet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır". Buna göre eserin meydana getirilmesinde kullanılacak olan araç ve gereci sağlama borcu kural olarak yüklenicinin üzerindedir. Aynı zamanda araç ve gerecin temin edilmesi sırasında yapılan masraflarda yükleniciye aittir⁸². Yüklenicinin araç ve gereci sağlama borcu bir yan edim yükümlülüğüdür⁸³. Yüklenicinin eser meydana getirilirken kullanılacağı araç ve gerece iş makinaları, kürek, matkap, el arabası ve kazma örnek olarak verilebilir⁸⁴. Bu araç ve gereçler eser tamamlandıktan sonra eserden ayrılabilen ve mülkiyeti yükleniciye ait olan şeylerdir⁸⁵. Kanun metninden de açıkça anlaşılacağı üzere bu hüküm emredici bir hüküm değildir. Dolayısıyla taraflar sözleşmede bu hükmün aksini kararlaştırabilirler⁸⁶. Eğer sözleşmede araç ve gereç sağlama borcu iş sahibinin üzerine bırakılırsa yüklenici bunları özenle kullanmak yükümlülüğü altına girer.

1.4.1.2.2. Malzeme Sağlama Borcu

Eserin meydana getirilmesine yarayan eserin bünyesine dahil olup vücut bulmasını sağlayan şeylere "malzeme" denir⁸⁷. Araba imalatında arabanın motoru, camı, tekerleği; bina inşasında kum, taş, tuğla, beton, demir; giyecek imalatında kumaş ve iplik malzemeye örnek olarak verilebilir. TBK m.472 malzemelerin kimin tarafından temin edileceğini açıkça düzenlememiştir. Dolayısıyla taraflar sözleşmede malzemenin kimin tarafından temin

⁷⁹ Eren, 2017a: 614.

⁸⁰ Eren, 2017a: 615.

⁸¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 375; Eren, 2017a: 615; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 511.

⁸² Aral ve Ayrancı, 2015: 375; Gümüş, 2012: 15; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 512.

⁸³ Eren, 2017a: 615.

⁸⁴ Eren, 2017a: 615; Gümüş, 2012: 15; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 512.

⁸⁵ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 512.

⁸⁶ Eren, 2017a: 615.

⁸⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 377; Eren, 2017a: 616; Gümüş, 2012: 15; Kurt, 2012: 63; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 512.

edileceğini serbestçe kararlaştırabilirler⁸⁸. Sözleşmede bu durum kararlaştırılmamışsa malzeme sağlama yükümlülüğünün kural olarak iş sahibine ait olduğu kabul edilmelidir⁸⁹. TBK’da malzemenin kimin tarafından temin edildiği hususuna göre birtakım yükümlülükler öngörülmüştür. Bu sebeple malzemenin, iş sahibi veya yüklenici tarafından sağlanması durumları ayrı ayrı ele alınacaktır.

1.4.1.2.2.1. Yüklenici Tarafından Sağlanması

Yüklenicinin malzemeyi temin borcu altına girdiği sözleşme eser teslim sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁹⁰. Malzemeyi temin borcu yüklenicinin üzerine bırakıldığı durumda yüklenici malzemeyi seçerken özenli ve dikkatli davranmalı iyi cinsten bir malzeme temin etmelidir⁹¹. Malzemeyi temin borcu ile yüklenici ayıpsız malzeme sağlama sorumluluğunu da üstlenmiş olur⁹². İyi cins veya ayıpsız malzeme eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirmeye yarayan elverişli malzemedir⁹³. Malzemenin iyi cins veya ayıpsız olmasından kasıt lüks malzeme değildir. Zira orta kalitedeki malzeme ilke olarak ayıpsız malzeme sayılır ve eserin sözleşmede kararlaştırılan nitelikte meydana getirilmesine elverişlidir⁹⁴.

TBK m.472/I’e göre yüklenicinin temin ettiği malzemenin ayıplı olması durumunda yüklenici iş sahibine karşı satıcı gibi sorumlu olacaktır. Bu maddede belirtilen ayıptan kasıt zapttan sorumluluğu ifade etmektedir⁹⁵. Dolayısıyla malzemedeki ayıp sebebiyle eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanırken, yüklenicinin zapttan sorumluluğuna ilişkin hallerde satış sözleşmesine ilişkin TBK m.214-218 maddeleri arasında düzenlenmiş olan hükümler uygulanmalıdır⁹⁶. Her iki durum olan ayıp ve zapttan sorumluluğa ilişkin hallerde satış sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü bu durumda eser sözleşmesinde yüklenicinin sorumluluğunu ayıbın sebebine göre farklı hükümlere tabi tutmuş oluruz ve bu durum teleolojik yoruma uygun değildir⁹⁷.

1.4.1.2.2.2. İş Sahibi Tarafından Sağlanması

TBK m.472/II’ye göre “malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle

⁸⁸ Eren, 2017a: 616; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 513.

⁸⁹ Eren, 2017a: 617; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 514; Karşıt görüşler için bk. Gümüş, 2012: 16.

⁹⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 378; Eren, 2017a: 617; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 513.

⁹¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 378; Eren, 2017a: 617; Gökyayla, 2002: 795.

⁹² Aral ve Ayrancı, 2015: 378; Eren, 2017a: 617.

⁹³ Aral ve Ayrancı, 2015: 378; Eren, 2017a: 617; Gökyayla, 2002: 795; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 513.

⁹⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 379; Eren, 2017a: 617; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 513.

⁹⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 379; Eren, 2017a: 618; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 513; Karşıt görüş için bk. Gümüş, 2012: 17.

⁹⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 379; Eren, 2017a: 618.

⁹⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 379.

yükümlüdür''. Malzemelerin iş sahibi tarafından yükleniciye teslimi bizzat iş sahibi ya da üçüncü bir kişi tarafından yapılabilir. Üçüncü kişi bu durumda iş sahibinin temsilcisi olarak nitelendirilir⁹⁸. Malzemenin iş sahibi tarafından temin edildiği durumlarda olağan eser sözleşmesinden söz edilir⁹⁹. Zira kural olarak malzemeyi temin borcu iş sahibine aittir¹⁰⁰.

Malzemenin iş sahibi tarafından temin edildiği durumda yükleniciye TBK m.472/II 'de belirtilen özenle kullanma, hesap ve artanı geri vermekle, TBK m.472/III'de düzenlenen ihbar yükümlülüğü yüklenmektedir. Bu yükümlülükler ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

1.4.1.2.2.2.1. Yüklenicinin Malzemeyi Özenle Kullanma, Hesap ve Artanı Geri Verme Borcu

Yüklenici kendisine iş sahibi veya onun temsilcisi niteliğindeki üçüncü kişi tarafından teslim edilen malzemeyi özenle kullanmakla yükümlüdür¹⁰¹. Yüklenici aynı zamanda malzemenin cinsi ve özelliklerine göre dışarıdan gelecek etkilere karşı malzemeyi korumak ve saklamak zorundadır¹⁰². Malzemenin çalınması, hasar görmesi, kötü kullanılması, olumsuz çevre ve hava koşulları dışarıdan gelebilecek müdahaleler olarak örneklendirebilir¹⁰³. Dolayısıyla yüklenici malzemeleri niteliklerine uygun şekilde muhafaza etmelidir. Ayrıca yüklenici eserin tamamlanmasından sonra malzemenin kullanımıyla ilgili iş sahibine bilgi vermek ve artan malzemeleri iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür (TBK m.472/II). Taraflar bu hususları sözleşmede ayrıntılı olarak serbestçe kararlaştırabilirler¹⁰⁴.

1.4.1.2.2.2.2. Yüklenicinin İhbar Yükümlülüğü

TBK m. 472/III'e göre "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''. Yüklenicinin bu bildirim borcu genel özen ve sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı olarak kabul edilmektedir¹⁰⁵. Yüklenicinin bildirim borcu yalnızca kendisine teslim edilen malzemede ortaya çıkan ayıp ve arsanın elverişsizliği konusunda olmayıp eserin meydana getirilmesini geciktirecek veya tehlikeye düşürecek

⁹⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 379; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 514.

⁹⁹ Eren, 2017a: 618; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 513.

¹⁰⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 377; Eren, 2017a: 618; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 514.

¹⁰¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 380; Eren, 2017a: 619; Gümüş, 2012: 18; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 514.

¹⁰² Aral ve Ayrancı, 2015: 380; Eren, 2017a: 619; Gökyayla, 2002: 795; Gümüş, 2012: 18; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 514.

¹⁰³ Aral ve Ayrancı, 2015: 380; Eren, 2017a: 619; Gümüş, 2012: 18; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 514.

¹⁰⁴ Eren, 2017a: 619.

¹⁰⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 380; Eren, 2017a: 620; Gökyayla, 2002: 796; Zevkliler ve Gökyayla, 2017: 615.

durumları da kapsar¹⁰⁶. Ayrıca yüklenicinin bildirim yükümlülüğünden bahsedilmek için işin icrasını etkileyecek olan tehlikenin bilinmesi veya bilinebilecek durumda olması gerekmektedir¹⁰⁷.

Yüklenicinin bildirim borcu TBK’da açıkça bir süreye bağlanmamıştır. Ancak yüklenici tarafından bu durum tespit edilir edilmez derhal iş sahibine bildirilmelidir. Zira yüklenicinin bu durumu hemen bildirmediği takdirde doğacak sonuçlardan sorumlu olacağı da ayrıca belirtilmiştir (TBK m.472/III). Yüklenicinin iş sahibine yapacağı bu bildirim, herhangi bir şekil şartına bağlı tutulmamıştır. Dolayısıyla sözlü veya yazılı olarak bildirim borcu yerine getirilebilir¹⁰⁸. Ancak bildirim açık, anlaşılır ve riski ortaya koyacak nitelikte olmalıdır¹⁰⁹. Yüklenici, iş sahibine bu bildirimini gerçekleştirdikten sonra iş sahibinin işin devamı hakkında kararını verinceye kadar beklemelidir¹¹⁰. Ayrıca iş sahibinin yüklenicinin bildirim yükümlülüğü altındaki ayıp ve durumları, yüklenici dışında bir başka kişiden öğrenmiş olması yüklenicinin bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği anlamına gelmez¹¹¹. Yüklenici bildirim yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmezse, kendi yararına olan maddi ve hukuksal haklarını kaybeder¹¹². Nitekim böyle bir durumda yüklenici TBK m.482/II uyarınca sözleşmeyi feshetme ve TBK m.485 uyarınca bedel talep etme hakkını kaybeder¹¹³. Ayrıca bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen yüklenici, talep halinde TBK m.112 uyarınca iş sahibinin uğramış olduğu zararı gidermekle yükümlüdür¹¹⁴.

¹⁰⁶ Eren, 2017a: 620; Gümüş, 2012: 18,19; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 515.

¹⁰⁷ Gökyayla, 2002: 797; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 516.

¹⁰⁸ Eren, 2017a: 620; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 515.

¹⁰⁹ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 515.

¹¹⁰ Eren, 2017a: 620.

¹¹¹ Eren, 2017a: 620.

¹¹² Gümüş, 2012: 20.

¹¹³ Gümüş, 2012: 20; Y. 15. HD. T. 26.11.2007, E. 2007/4709, K. 2007/7534, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 23.02.2020), “...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. 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...”.

¹¹⁴ Gümüş, 2012: 20; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 501; Y. 15. HD. T. 31.05.2001, E. 2001/1074, K. 2001/2944, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 25.02.2020), “... bilirkişi kurulu raporunun 12. sayfasında sistemdeki kritik bölgelerin dışındaki arızaların nedeni olarak döşenen boruların gerekli işletme basıncına dayanamayacak kadar kalitesiz olduğuna, arıza tesbiti sırasında hendek açılırken ve tamirden sonra kapatılırken, genel olarak da boru döşenmesinde özen gösterilmediğine, hattın tamamen aynı anda tecrübeyle alınması ile su kaçaklarının ve arıza tespitinin uzun zaman alması sonucu müdahale süresinin uzaması ile sağlam bölgelerin de riske atıldığına ilişkin tespitlerden söz edilmiştir. Bunlardan "boru döşenmesinde gerekli özenin gösterilmemesi" ne dair olan tespit yüklenicinin hasarda doğrudan kusurlu ve sorumlu olduğunun kabulünü gerektirir. (B.K.356/ilk maddesi yollaması ile B.K.321/ilk) Özellikle, hatta döşenen boruları dayanıksız ve kalitesiz olduğu halde imalatla kullanılması ise yüklenicinin B.K.357.maddesinde hükme bağlanan genel ihbar mükellefiyetini yerine getirmediğini başka bir deyişle kusurlu malzemeyi iş sahibini haberdar etmeden imalatla kullanarak eserin ayıplı ortaya çıkmasına işin başında sebebiyet verdiğini gösterir. Bu durumda yüklenici eserde meydana gelen sonuçlara

1.4.1.3. Sadakat ve Özen Borcu

1.4.1.3.1. Sadakat Borcu

TBK m.471/I'e göre; "Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır". İş görme sözleşmelerinde genellikle başkasının menfaatine iş yapmayı gerektirir. Dolayısıyla sözleşmenin tarafları arasındaki güven ilişkisi ve sadakat diğer sözleşmelere nazaran daha fazladır¹¹⁵. Sadakat borcu yüklenicinin iş sahibinin menfaatine olacak işleri yapmak ve iş sahibine zarar verecek davranışlardan kaçınmak olarak tanımlanabilir¹¹⁶. Sadakat borcu diğer borçlardan farklı olarak sadece sözleşmenin ifası sırasında değil sözleşmenin kurulmasından önce ve ifasından sonrada geçerlidir¹¹⁷.

Sadakat borcunun herhangi bir sınırlaması bulunmamaktadır. Dolayısıyla sadakat borcu somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterebilir¹¹⁸. Yüklenicinin gerçek dışı evrak düzenleyerek iş sahibine vermesi, iş sahibinin yükleniciye verdiği projeyi yüklenicinin başka işlerde kullanması, yüklenicinin iş sahibine ait işletme sırlarını açıklaması sadakat borcuna aykırılık olarak örnek verilebilir¹¹⁹.

1.4.1.3.2. Özen Borcu

Sadakat borcu ile özen borcu birbirine sıkı surette bağlıdır. Sadakat borcu özen borcundan daha geniş bir kavramdır. Ayrıca özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur¹²⁰. Eser sözleşmelerinde yüklenici iş sahibinden bağımsız olarak hareket etmekte onun emri altında çalışmamaktadır. Bu bakımdan özen borcu diğer iş görme sözleşmelerine oranla daha sert kurallara tabi tutulmuştur¹²¹.

Yüklenicinin özen yükümlülüğü, diğer yükümlülüklerine nazaran daha genel bir niteliğe sahiptir. Çünkü yüklenici eser sözleşmesinden doğan diğer yükümlülüklerini de yerine getirirken özen yükümlülüğüne uygun davranmak zorundadır. Dolayısıyla yüklenici sözleşmenin her safhasında işini büyük bir özenle yapmalıdır¹²².

Yükleniciden beklenen özen yükümlülüğü doktrinde "objektif özen yükümlülüğü" olarak adlandırılmaktadır¹²³. Objektif özen yükümlülüğü ile kastedilen sonuç yüklenicinin

tahammül etmekle sorumludur. Öyle ise, mahkemece, bilirkişilerden ek rapor alınarak asıl ve birleşen davalarda davacının istemekte haklı olduğu tazminat tutarları ve bunlardan davalılardan sorumlu olacakları miktarlar hesaplattırılmalı, böylece sonucuna uygun bir hükme varılmalıdır...".

¹¹⁵ Gökyayla, 2002: 786; Yavuz, 2012: 701; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 495.

¹¹⁶ Gökyayla, 2002: 786; Yavuz, 2012: 701.

¹¹⁷ Gökyayla, 2002: 786; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 495.

¹¹⁸ Gümüş, 2012: 46; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 496.

¹¹⁹ Gümüş, 2012: 46; Yavuz, 2012: 702; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 495.

¹²⁰ Erman, 2010: 36; Yavuz, 2012: 701; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 496.

¹²¹ Akansel, 2019: 17; Eren, 2017a: 624.

¹²² Gökyayla, 2002: 787; Kocağa, 2004: 177.

¹²³ Aral ve Ayrancı, 2015: 381; Eren, 2017a: 624; Gümüş, 2012: 44; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 498.

benzer işlerde çalışan yetenekli ve becerikli alanında uzman meslek erbabının göstereceği özen ve yükümlülüktür¹²⁴. TBK m.471/II’de bu husus “yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı” olarak belirtilmiştir. Bu maddeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu tarafından yüklenicinin özen yükümlülüğü objektifleştirilmiştir. Yüklenicinin eseri meydana getirirken göstereceği özen yükümlülüğünün derecesi eserin ifası sırasında bilinen mesleki ve teknik kurallara göre belirlenir¹²⁵.

Yüklenicinin göstermekle yükümlü olduğu genel özen yükümlülükleri TBK m.472/II ve TBK m.472/III’de açıkça düzenlenmiştir. Ancak kanunla düzenlenmemiş olup doktrin ve yargı kararları ile somutlaşmış bazı özen yükümlülükleri mevcuttur. Bu özen yükümlülüklerinden birisi, yüklenicinin iş sahibini aydınlatma ve bilgi verme borcudur. Yüklenici borçlandığı edimi yerine getirmekle yükümlü uzman bir meslek erbabıdır¹²⁶. Dolayısıyla eserin meydana getirilmesi sırasında ortaya çıkabilecek olumsuz durumları ve buna karşı alınabilecek önlemleri derhal iş sahibine bildirip gerekli bilgiyi iş sahibine vermelidir. Eğer eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibinin vermiş olduğu talimatlar yanlış ise yüklenici iş sahibini aydınlatmakla yükümlüdür¹²⁷. Dolayısıyla iş sahibinin eserin meydana getirilmesine ilişkin vermiş olduğu talimatlar, plan ve projeler, malzeme seçimi, arsanın ayıpları, maliyet fiyatlarında ortaya çıkan büyük artışlar yüklenicinin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına girer¹²⁸. Yüklenici bir nevi eserin meydana getirilmesi ve kullanılmasına ilişkin her türlü bilgiyi iş sahibine vermekle aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır.

Kanunla düzenlenmemiş olup doktrin ve yargı kararları ile somutlaşmış özen yükümlülüklerinden diğeri ise yüklenicinin iş sahibinin şahıs ve malvarlığı değerlerini koruma yükümlülüğüdür. Yüklenici borçlandığı edimi yerine getirirken iş sahibinin mutlak hakları olan yaşama hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi haklarını korumakla ve bu hakları ihlal edecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür¹²⁹.

Teslim edilen eserde eksiklikler söz konusu ise kural olarak özen borcuna aykırılık değil, eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanır¹³⁰. Ancak ayıp olarak

¹²⁴ Akansel, 2019: 17, 18; Aral ve Ayrancı, 2015: 381; C. Yavuz, 2016: 543; Eren, 2017a: 624; Gökyayla, 2002: 790; Gümüş, 2012: 45; Kurt, 2012: 64,65; Yavuz, 2012: 702; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 498.

¹²⁵ Akansel, 2019: 20; Aral ve Ayrancı, 2015: 381; C. Yavuz, 2016: 543; Eren, 2017a: 624, 625; Gökyayla, 2002: 790; Gümüş, 2012: 43,44; Kocağa, 2004: 179; Kurt, 2012: 65; Yavuz, 2012: 702; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 498.

¹²⁶ Eren, 2017a: 626.

¹²⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 383; Eren, 2017a: 627; İnal, 2018: 462.

¹²⁸ Eren, 2017a: 627.

¹²⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 383; Eren, 2017a: 627; Gökyayla, 2002: 792; İnal, 2018: 463.

¹³⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 383; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 504.

nitelendirilmeyen ve yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması sebebi ile oluşan eksiklikler ise TBK m.112 uyarınca yükleniciden istenebilir¹³¹.

Yüklenicinin özen yükümlülüğüne aykırılığı genellikle, yan edim yükümlülüklerindeki eksiklik biçiminde kendisini gösterir. Eserin veya eserin yapımında kullanılan malzemenin iyi muhafaza edilmemesi, alt yüklenicinin veya yardımcı kişilerin yeterince denetlenmemesi, iş sahibinin aydınlatılmaması gibi haller bu yükümlülükler için örnek olarak verilebilir¹³².

Eğer eserin meydana getirilmesi sırasında yüklenicinin özen yükümlülüğünü ihlal ederek eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça öngörülüyorsa, TBK m.472/II uyarınca iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği uygun bir süre içerisinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi, aksi taktirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işin devamının üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtar bulundurulabilir. Bu hüküm eserin teslimi sırasında görülen ayıptan farklı olarak, henüz eserin meydana getirildiği sırada ortaya çıkan ayıp ve sözleşmeye aykırılık halidir¹³³. İş sahibinin ayıbın veya aykırılığın giderilmesi için üçüncü kişiye başvurma hakkının doğabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Bu hükmün uygulanabilmesi için ilk şart, eserin meydana getirilmesi sırasında işin ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde yapılacağına açıkça görülmesi gerekir¹³⁴. İkinci şart ise, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın, yüklenicinin kusuru sebebiyle meydana gelmiş olmasıdır¹³⁵. Dolayısıyla eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olmasında, iş sahibinin kusuru bulunmamalıdır. Burada kusur kavramı geniş yorumlanarak, kast, ağır ve hafif ihmalde kusur kavramının içine dahil edilmelidir¹³⁶. Üçüncü şart ise, iş sahibi yükleniciye ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için süre vermeli, ayıbın veya aykırılığın giderilememesi halinde masrafı kendisine ait olmak üzere işi başkasına yaptıracağını ihtar etmelidir¹³⁷. İş sahibi bu süreyi kendisi verebileceği gibi başkasına da verdirebilir (TBK m.473/II). Ancak işin yüklenici tarafından düzeltilemeyeceği kesin olarak anlaşılıyorsa veya yüklenici ayıbı gidermekte isteksiz ise böyle bir ihtarla gerek yoktur¹³⁸.

Yukarıda sayılan bu şartlar gerçekleştiği taktirde iş sahibi, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi için işi üçüncü bir kişiye verebilir. Burada TBK m.113/I'nin aksine işi üçüncü kişiye

¹³¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 383; Kocaağa, 2004: 179; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 504.

¹³² Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 504.

¹³³ Eren, 2017a: 632.

¹³⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 384; Eren, 2017a: 632; Gümüş, 2012: 26; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 505.

¹³⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 385; Eren, 2017a: 632; Gümüş, 2012: 26; Kocaağa, 2004: 185; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 505.

¹³⁶ Eren, 2017a: 632.

¹³⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 386; Eren, 2017a: 632, 633; Kocaağa, 2004: 187; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 505.

¹³⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 386; Eren, 2017a: 633; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 505.

vermek için hâkimden izin almaya gerek yoktur¹³⁹. Ayıbın veya aykırılığın giderilmesi sırasında ortaya çıkacak olan masraflar yükleniciye aittir. Yüklenici sorumluluktan kurtulabilmek için gerekli her türlü özeni gösterdiğini kanıtlamalıdır¹⁴⁰. Yüklenici yardımcılarının veya işi devrettiği alt yüklenicilerin zarar verdiği davranışlardan dolayı da TBK m.116 gereğince sorumlu olacaktır¹⁴¹.

1.4.1.4. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu

Yüklenici, asli edim borcu olan eseri meydana getirme borcunun bir sonucu olarak eseri zamanında teslim edebilmek amacıyla eserin meydana getirilmesi sürecinde işe zamanında başlamak ve benzer işlerdeki tempo ve hızda yürütmek zorundadır¹⁴².

Taraflar sözleşmeyle eserin teslim zamanını serbestçe kararlaştırabilirler. Yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam etme borcu, sözleşmede eserin teslim zamanının açıkça kararlaştırılıp kararlaştırılmamış olmasına göre uygulanacak kanun hükmü farklılık gösterecektir. Sözleşmede eserin teslimi için belirli bir zaman kararlaştırılmamışsa TBK m.90 gereği yüklenici sözleşme kurulur kurulmaz hemen işe başlamak zorundadır¹⁴³. Aksi halde iş sahibi, yükleniciyi ihtarla temerrüde düşürerek, TBK m.125 gereği temerrüde düşen yükleniciye karşı seçimlik haklarını kullanabilecektir¹⁴⁴. Bilhassa yüklenici mevcut işi benzer işlere nazaran aynı tempo ve hızda yürütmüyorsa iş sahibi aynı şekilde TBK m.125 gereği seçimlik haklarını kullanabilecektir¹⁴⁵.

TBK m.473/I'e göre "Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir". Kanun metninden açıkça anlaşılacağı üzere yüklenici eseri teslim borcundan değil, eserin meydana getirilmesi aşamasında düştüğü temerrüt nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğini kararlaştırmıştır¹⁴⁶.

¹³⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 386; Eren, 2017a: 633; Kocağa, 2004: 191; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 505.

¹⁴⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 381; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 504.

¹⁴¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 383.

¹⁴² Gümüş, 2012: 20; Yücel, 2008: 782.

¹⁴³ Aral ve Ayrancı, 2015: 391; Duman, 2018: 304; Eren, 2017a: 630; Kurt, 2012: 65; Yücel, 2008: 781; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 520.

¹⁴⁴ Yücel, 2008: 783; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 520.

¹⁴⁵ C. Yavuz, 2016: 551; Yücel, 2008: 783.

¹⁴⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 390; C. Yavuz, 2016: 551; Gümüş, 2012: 20,21; Kurt, 2012: 66; Tunç, 2016: 254; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 518; Y. 15. HD. T. 1.5.1997, E. 1997/1967, K. 1997/2324, Kazancı İhtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 15.03.2020), "...Mahkemece alınan bilirkişi raporunda inşaat ruhsatının 27.12.1993'te alındığı açıklanmıştır. İnşaatın tesliminin gerektiği tarih buna göre değerlendirilip 24 ayın ilave edilmesi halinde işin 27.12.1995'te bitmesi gerekmektedir. Hal böyle iken inşaatın %1.5 seviyesinde bulunduğu ve kalan sürede de inşaatın bitirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Davalı yanca başkaca inşaatın gecikmesine etkili bir

İş sahibinin, yüklenicinin eseri meydana getirme sürecindeki temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönebilmesi için TBK m.473/I'de sayılan şartlardan birinin gerçekleşmiş olması gerekir. Bu şartlardan ilki, yüklenicinin işe zamanında başlamaması olarak belirtilmiştir. Daha öncede belirtildiği üzere taraflar, eserin teslimi için belirli bir zaman kararlaştırabilirler. Eğer taraflar sözleşmede eserin teslimi için belirli bir zaman kararlaştırmamışlarsa, TBK m.90 gereği yüklenici sözleşme kurulduktan sonra işe derhal başlamak zorundadır. Ancak yüklenicinin işe başlayabilmesi için hazırlık yapması gerekiyorsa bu hazırlıklarının tamamlaması veya iş sahibi tarafından işe başlanılabilmesi için bazı işlemlerin yapılmış olması gerekiyorsa o işlemlerin tamamlanmış olması gerekir¹⁴⁷. Buna iş sahibinin eserin meydana getirileceği arsayı zamanında teslim etmesi örnek olarak verilebilir¹⁴⁸.

İşe başladıktan sonra işin geciktirilmesi, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesini sağlayan bir diğer şarttır. Yüklenici işe başlamasına rağmen işin yavaş işlemesi, iş gücü, araç ve gereç yetersizliği sözleşmede öngörülen teslim tarihine yetiştiremeyeceği halinde bu durum söz konusu olur¹⁴⁹.

İş sahibine dönme hakkı sağlayan bir diğer şart ise, iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden, bütün tahminlere göre yüklenicinin eseri zamanında bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılmasıdır. Bu durumda gecikmenin kaçınılmaz olması gerekir. Ayrıca bu durumun iş sahibinin kusurundan kaynaklanmaması gerekir. Eğer işin gecikmesi iş sahibinin hazırlık fiillerinden ya da vermiş olduğu ek talimatlardan kaynaklanıyorsa, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır¹⁵⁰.

Yukarıda belirtilen şartlar dışında doktrinde hâkim olan görüşe¹⁵¹ göre TBK m.117-125 arasında düzenlenmiş olan borçlu temerrüdünün diğer şartları gerçekleşmiş olmalıdır. Nitekim bu şartlardan en önemlisi olan TBK m.117/I uyarınca iş sahibinin, yükleniciyi temerrüde düşürüp ona uygun bir süre vermesi gerekmektedir¹⁵². İş sahibi yukarıda belirlenen şartlarla

sebepe gösterilmemiş ve kanıtlanmamıştır. Bu durumda teslim için gerekli süreyi beklemeden ve davalıya yeni bir ihtar çekmeden akdin feshedilmesi BK.nun 358/1 maddesine uygun bulunmaktadır...”; Y. 15. HD. T. 21.4.1993, E. 1992/3812, K. 1993/1871, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 15.03.2020), “...Sözleşme uyarınca inşaatın tamamlanması için davalı yükleniciye 12 ay süre tanınmış olup, bu haliyle teslim tarihi 25.1.1991 olduğu halde dava tarihi olan 19.12.1990 tarihinde yapılmış olan işin henüz bodrum seviyesinde olduğu yapılan delil tespitiyle sabittir. Kalan iki aydan az sürede işin tamamlanamayacağı bilrkişice beyan edilmiş, mahkemece yapılan keşif sonucu alınan 23.12.1991 günlü raporda da geçen 10 ay 16 gün süre içerisinde yapılanı göre işin kalan sürede bitirilemeyeceği kesin olarak bildirilmiştir. Davada istem, "sözleşmenin feshi" ve "tapu iptalidir". Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edimi binayı imal ve teslimidir. Oysa davalı yüklenicinin bu edimini kararlaştırılan sürede yerine getiremeyeceği açık olup BK.nun 358. maddesince arsa sahibi sözleşmeden dönmek hakkına sahiptir...”.

¹⁴⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 391; Eren, 2017a: 630; Tunç, 2016: 260.

¹⁴⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 392; Eren, 2017a: 630.

¹⁴⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 391; Eren, 2017a: 630; Tunç, 2016: 264.

¹⁵⁰ Eren, 2017a: 630; Tunç, 2016: 260; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 519.

¹⁵¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 392; Eren, 2017a: 631; Kurt, 2012: 66,67; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 519.

¹⁵² Aral ve Ayrancı, 2015: 392; Eren, 2017a: 631; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 519.

birlikte TBK m.117/I uyarınca yükleniciyi temerrüde düşürdüğü taktirde, sözleşmede belirlenen sürenin dolmasını beklemeden TBK m.473/I uyarınca sözleşmeden dönebilecektir¹⁵³. Buradaki dönme eserin meydana getirilmesi sırasında düşülen temerrüdün sonucudur. Dönme ile iş sahibi yüklenicinin kusuru sebebiyle uğramış olduğu zararın tazminini isteyebilir¹⁵⁴. İş sahibi sözleşmeden dönme yerine yükleniciden aynen ifa talebi ile birlikte gecikme tazminatı da isteyebilir¹⁵⁵. Ancak iş sahibinin TBK m.473/I uyarınca sözleşmeden dönmemesinin haksız olması halinde iş sahibi, TBK m.484 uyarınca yüklenicinin uğramış olduğu bütün zararını tazmin etmek zorundadır¹⁵⁶.

1.4.1.5. Eseri Teslim Borcu

Yüklenicinin eseri teslim borcu her ne kadar TBK'da yer almasa da işin mahiyeti gereği ve TBK'nın bazı maddelerinde (TBK m.474/I; m.479/I, II) yüklenicinin eseri teslim borcunun olduğu anlaşılmaktadır¹⁵⁷. Bu borç kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen yüklenicinin asli borcudur. Zira iş sahibinin sözleşmeyle sağlamış olduğu menfaati eserin kendisine teslimiyle gerçekleşir¹⁵⁸. Yüklenicinin eseri teslim borcunun karşılığı, iş sahibinin eseri teslim alma borcudur¹⁵⁹. Burada teslim alma kavramı ile kabul kavramları karıştırılmamalıdır. Çünkü iş sahibinin teslim alma borcu, TBK m.477 anlamında kabul değildir¹⁶⁰. Nitekim kabul, eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olarak meydana getirildiğini belirten bir irade beyanıdır¹⁶¹. Dolayısıyla iş sahibi kabul iradesiyle birlikte, eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirildiğini, ayıplı ya da eksik ifa iddiasında bulunmayacağını beyan eder. Bir başka ifadeyle kabul beyanı, muhtemel ayıplı ya da eksik ifa halini gereği gibi bir ifa haline getirmektedir¹⁶².

Teslimin gerçekleşmesi için kural olarak eserin tamamlanmış olması gerekmektedir¹⁶³. İş sahibi de henüz tamamlanmamış olan eseri teslim almaktan kaçınabilir. Ancak büyük bir kısmı tamamlanmış olan eserdeki küçük eksiklikler sebebiyle, iş sahibinin eseri teslim almaktan kaçınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Zira büyük bir kısmı tamamlanmış olan eserdeki bazı küçük eksiklikler sebebiyle teslimin gerçekleşmiş olmayacağını kabul etmek,

¹⁵³ Aral ve Ayrancı, 2015: 392; Eren, 2017a: 631; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 519.

¹⁵⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 392; Eren, 2017a: 631; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 520.

¹⁵⁵ Eren, 2017a: 631.

¹⁵⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 393.

¹⁵⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 393; Eren, 2017a: 621; Erman, 2010: 33; Gümüş, 2012: 27; Uçar, 2001: 513; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 484.

¹⁵⁸ Kurt, 2012: 67; Paket, 2019: 56; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 484.

¹⁵⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 393; Eren, 2017a: 621; Paket, 2019: 64; Uçar, 2001: 516.

¹⁶⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 393; Eren, 2017a: 621; Gümüş, 2012: 28; Selimoğlu, 2017: 251; Uçar, 2001: 515.

¹⁶¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 393; Büyükay, 2014: 75; Eren, 2017a: 621; Gümüş, 2012: 28; Uçar, 2001: 515.

¹⁶² Paket, 2019: 98, 99.

¹⁶³ Aral ve Ayrancı, 2015: 393; Eren, 2017a: 621; Turanboy, 1990: 154; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 484.

yüklenici açısından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Sonraki bölümlerde daha detaylı olarak açıklayacağımız üzere eserde bulunan eksiklikler küçük ve önemsiz eksiklikler, orta derecede önemli eksiklikler ve büyük ve önemli eksiklikler olarak somut olayın özelliklerine göre kategorize edilmeli, küçük ve önemsiz eksikliklerin varlığında teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu anlamda da iş sahibine arz edilen eserin ayıplı olması, teslimde engel değildir¹⁶⁴.

Teslim, yüklenici tarafından sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmiş olan eserin, ifa amacıyla iş sahibine sunulması ve onun hakimiyet alanına sokulmasını ifade eder¹⁶⁵. Burada teslim borcunun yanında yüklenicinin mülkiyeti sağlama borcunun bulunduğu da kabul edilir¹⁶⁶. Teslim ile eserin zilyetliği yükleniciden iş sahibine geçmiş olur. Bununla birlikte yüklenici asli edim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur ve ücret alacağı muaccel hale gelir¹⁶⁷. Ayrıca teslim ile eser üzerindeki yarar ve hasarda iş sahibine geçer ve iş sahibinin eseri gözden geçirme ve ayıbı bildirme külfeti doğar¹⁶⁸.

İş sahibi eseri teslim almaktan kaçınırsa alacaklı temerrüdüne düşmüş olur¹⁶⁹. Bir yere bırakılması mümkün olan eserlerde yüklenicinin eseri bir yere tevdi etmesi ile borcu son bulur¹⁷⁰.

Eserin teslim yeri taraflarca sözleşmede belirlenebilir. Teslim yeri sözleşmede belirlenmemişse TBK m.89 hükmü uygulama alanı bulur. Buna göre taşınır eserler aranılacak borç sayılır¹⁷¹. Ancak taraflar bunun aksini sözleşme ile kararlaştırabilirler. Taşınmaz eserlerde ise teslim yeri taşınmazın bulunduğu yerdir¹⁷².

Eserin teslim zamanı taraflarca sözleşmede belirlenebilir¹⁷³. Tarafların sözleşmede teslim zamanını belirlemediği takdirde TBK m.90 hükmü uygulanır. TBK m.90'a göre; "İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur". Ancak sözleşmenin kurulması ile yüklenicinin teslim borcunun muaccel hale gelmesi eser sözleşmesinin niteliğine uygun değildir. Bir başka ifadeyle yükleniciye eseri meydana getirmesi için uygun bir süre verilmelidir. Dolayısıyla işin niteliğine

¹⁶⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 393.

¹⁶⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 393; Eren, 2017a: 621,622; Gümüş, 2012: 28; Kurt, 2012: 67; Paket, 2019: 58; Turanboy, 1990: 154; Şahin, 2012: 22; Uçar, 2001: 515; Yılmaz, 2015: 200; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 484.

¹⁶⁶ C. Yavuz, 2016: 552; Eren, 2017a: 623.

¹⁶⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 394; Eren, 2017a: 622; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 484.

¹⁶⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 394; Eren, 2017a: 622.

¹⁶⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 393; Eren, 2017a: 622; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 486.

¹⁷⁰ Eren, 2017a: 622.

¹⁷¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 394; Eren, 2017a: 622.

¹⁷² Eren, 2017a: 622.

¹⁷³ Aral ve Ayrancı, 2015: 394; Başaran, 2017: 1309; Eren, 2017a: 622; Gümüş, 2012: 33; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 490.

göre iş sahibi, yüklenicinin eseri meydana getirebileceği makul süreyi hesaba katarak teslim zamanını değerlendirebilir¹⁷⁴.

Taraflar sözleşmede teslim zamanı ile ilgili cezai şart ve prim belirleyebilirler¹⁷⁵. Eserin teslim zamanı ile hasar ve yarar iş sahibine geçer. Yüklenicinin ücret alacağı muaccel hale gelir¹⁷⁶. İş sahibinin eseri gözden geçirme ve varsa ayıpları bildirme süreleri ile yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresi işlemeye başlar¹⁷⁷.

1.4.1.6. Yüklenicinin Ayıp Sebebiyle Sorumluluğu

Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğu TBK m.474-478 arasında düzenlenmiştir. Yüklenici satış sözleşmesinde olduğu gibi eser sözleşmesinde de ayıplı eser tesliminden sorumlu tutulacaktır. Ancak eser sözleşmesinde satış sözleşmesinden farklı olarak ayıba ilişkin hükümler düzenlendiği için satış sözleşmesinin ayıba ilişkin hükümleri kıyas yoluyla olsa da eser sözleşmesine uygulanamayacaktır¹⁷⁸.

1.4.1.6.1. Ayıptan Doğan Sorumluluğun Koşulları

Yüklenicinin ayıplı eserden sorumlu tutulabilmesi için kanunda birtakım koşullar belirtilmiştir. Bu şartlar; eserin ayıplı olması ve ayıplı eserin iş sahibine teslim edilmiş olması, ayıbın iş sahibine yüklenememesi, eserin iş sahibi tarafından kabul edilmemiş olması ve iş sahibinin eseri teslim aldıktan sonra gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmiş olması olarak sıralanabilir. Bu şartlar gerçekleştiği takdirde iş sahibi, TBK m.475'te sayılmış olan ve eserin ayıplı olmasından doğan seçimlik haklarını yükleniciye karşı ileri sürebilir.

1.4.1.6.1.1. Ayıplı Bir Eser Teslim Edilmiş Olmalıdır

Yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için ilk şart sözleşme konusu eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olmasıdır¹⁷⁹. Nitekim TBK m.474'te eserin tesliminden sonra ayıp sebebiyle sorumluluğun oluşacağı belirtilmiştir. Henüz tamamlanmamış eksik bir eser teslim edilmiş sayılmayacağı için ayıp sebebiyle sorumluluk hükümleri uygulanmaz¹⁸⁰. Ancak daha öncede belirttiğimiz üzere eserde bulunan eksikliklerin kategorize edilerek önemsiz ve küçük eksikliklerin varlığı halinde teslimin gerçekleşmiş sayılacağı

¹⁷⁴ Başaran, 2017: 1310; Eren, 2017a: 623.

¹⁷⁵ Eren, 2017a: 623.

¹⁷⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 394; Eren, 2017a: 623.

¹⁷⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 394; Eren, 2017a: 623; Kurt, 2012: 84; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 484.

¹⁷⁸ Eren, 2017a: 634.

¹⁷⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 400; Eren, 2017a: 634; Gümüş, 2012: 48; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 521.

¹⁸⁰ Eren, 2017a: 634; Gümüş, 2012: 48; Kurt, 2012: 85; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 521.

kanaatindeyiz. Ayrıca eserde bulunan eksiklikleri ayıp kavramıyla karıştırmamak gerekir. Çünkü ayıp, eserin teslimi konusunda herhangi bir engel oluşturmaz.

1.4.1.6.1.2. Eser Ayıplı Olmalıdır

Eser sözleşmesinin amacı sözleşmede belirlenen niteliklere göre ayıpsız bir eser meydana getirilmesidir. Sözleşme ile yüklenici ayıpsız bir eser teslim etme borcu altına girer. Aksi halde yüklenici, eserde bulunan ayıp sebebiyle TBK m.474-478 arasında düzenlenen maddeler uyarınca sorumlu tutulur. Ayıp, sözleşmede taahhüt edilen ve dürüstlük kuralı gereği iş sahibinin eserden beklediği faydayı azaltan ve iş sahibinin beklediği niteliklere sahip olmamasıdır¹⁸¹. Bir başka ifadeyle, eserin mevcut haliyle, sözleşme veya dürüstlük kuralı gereği eserin olması gereken hali arasındaki farka ayıp denir¹⁸². Ayıp, fiili veya hukuki, açık veya gizli, asli veya tali olarak ortaya çıkabilir¹⁸³. Ayıp kavramı ile eksiklik kavramları farklı kavramlar olup, genel olarak eksiklikte eserde bulunması gereken nitelikler hiç yapılmamışken, ayıpta bu nitelikler yapılmış olmakla birlikte hatalı olarak yapılmıştır diyebiliriz. Son olarak eserin ayıplı olduğunu iddia eden iş sahibi bunu ispatla mükelleftir¹⁸⁴.

1.4.1.6.1.3. Ayıp İş Sahibine Yüklenememelidir

Eser sözleşmesinde her ne kadar yüklenici iş sahibine bağımlı olarak çalışmasa da eser meydana getirilirken iş sahibi, emir ve talimatlarıyla süreç içerisinde genellikle aktif bir role sahiptir¹⁸⁵. Eğer eserin ayıplı olmasına iş sahibinin kusurlu davranışları neden olmuşsa yükleniciye karşı ayıptan doğan haklarını kullanamayacaktır¹⁸⁶. Bu durum TBK m.476'da "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" şeklinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre iş sahibinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için ayıbın, yüklenicinin aydınlatma ve uyarma borcunu yerine getirmesine karşın, iş sahibinin vermiş olduğu bir talimatından veya ona yüklenebilecek bir sebepten kaynaklanmış olması ve eserdeki ayıp ile iş sahibinin talimatı arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir¹⁸⁷. Ancak ayıp iş sahibine

¹⁸¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 400; Eren, 2017a: 634; Gümüüş, 2012: 49; Meşe, 2011: 16; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 521.

¹⁸² Aral ve Ayrancı, 2015: 400; Eren, 2017a: 634, 635.

¹⁸³ Eren, 2017a: 635; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 522.

¹⁸⁴ Eren, 2017a: 634.

¹⁸⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 400, 401.

¹⁸⁶ Eren, 2017a: 635; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 522.

¹⁸⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 401, 402; Eren, 2017a: 635, 636; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 523.

yüklenilebilen bir sebepten kaynaklanmıyorsa yüklenici, ayıp hükümlerine göre sorumlu tutulabilir.

1.4.1.6.1.4. Eser Kabul Edilmemiş Olmalıdır

Kabul, yüklenici tarafından iş sahibine teslim edilen eserin hiçbir çekince koymadan, mevcut haliyle benimsenmesi anlamına gelir¹⁸⁸. Kabul, niteliği itibarıyla teslim edilen eserin sözleşmeye uygun ve ayıpsız olduğuna dair bir irade beyanıdır. Bu irade beyanı herhangi bir şekil şartına tâbi tutulmamış olup açık veya örtülü olarak yapılabilir¹⁸⁹. Böylece iş sahibi eseri açık veya örtülü olarak kabul ederse yüklenici sorumluluktan kurtulur¹⁹⁰. Bu durum TBK m.477/I’de “Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur” şeklinde belirtilmiştir. İş sahibinin gözden geçirme ve bildirim sürelerini kaçırmış olması da eseri kabul ettiği anlamına gelir (TBK m.477/II). Ancak eser iş sahibi tarafından kabul edilmesine rağmen ayıp kasten gizlenmiş veya gizli ayıp niteliğinde ise yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu devam edecektir (TBK m.477/I). Ayıbın kasten gizlenmediğini veya gizli ayıp niteliğinde olmadığını ileri süren yüklenici iddiasını ispatlamalıdır¹⁹¹. Aksi halde yüklenici ayıptan sorumlu olacaktır.

1.4.1.6.1.5. Gözden Geçirme ve Bildirim Külfeti Yerine Getirilmiş Olmalıdır

İş sahibinin, eserin ayıplı olması dolayısıyla doğan haklarını kullanabilmesi için gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmiş olması gerekmektedir. Aksi halde TBK m.477/II’ye göre eser, iş sahibi tarafından zımnen kabul edilmiş olur ve yüklenici sorumluluktan kurtulur.

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

Gözden geçirme ve bildirim külfetinin yerine getirilmesi için eserin tamamlanarak iş sahibine ifa amacıyla teslimi gerekmektedir¹⁹². Teslim ile birlikte muayene ve ihbar külfeti doğar. İş sahibi eseri gözden geçirme külfetini işleri olağan akışına göre imkân bulur bulmaz yapmalıdır (TBK m.474/I). Zira bu konuda kanunda kesin bir süre tayin edilmemiştir. Bu süre uygulamada eserin niteliği ve o iş kolundaki teamüllere göre belirlenir¹⁹³. Gözen geçirme ve

¹⁸⁸ Eren, 2017a: 640; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 523.

¹⁸⁹ Eren, 2017a: 640.

¹⁹⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 403; Eren, 2017a: 640; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 523.

¹⁹¹ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 524.

¹⁹² Aral ve Ayrancı, 2015: 404; C. Yavuz, 2016: 556; Eren, 2017a: 642; Gümüş, 2012: 54; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 524.

¹⁹³ Eren, 2017a: 643; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 524.

bildirim külfetiyle, yüklenicinin en kısa zamanda ve ayıp dolayısıyla oluşan zarar artmadan bilgi sahibi olması amaçlanmaktadır.

Gözden geçirme, ifa amacıyla teslim edilen eserin sözleşmeye uygun olarak yapılıp yapılmadığını ve dürüstlük kuralı gereği eserde bulunması gereken nitelikleri taşıyıp taşımadığının tespiti şeklinde yapılır¹⁹⁴. İş sahibi gözden geçirmeyi kendisi yapabileceği gibi uzman bir kişiye de yaptırabilir. Sözleşmede kararlaştırılmamışsa ve bu yönde bir teamül yoksa iş sahibinin eseri uzman bir kişiye inceletme yükümlülüğü yoktur¹⁹⁵. Bununla birlikte kanun hem yükleniciye hem iş sahibine masrafları kendisine ait olmak üzere eserin bir bilirkişiye incelettirilmesini ve sonucun bir raporla tespit edilmesini isteme hakkı vermiştir (TBK m.474/II). İş sahibi gözden geçirmenin ardından tespit edilen ayıpları yükleniciye bildirmekle yükümlüdür. Bildirimde iş sahibi tarafından ayıbın cinsi ve niteliği de açıkça belirtilmelidir¹⁹⁶. Aksi halde eserin sözleşmeye uygun olmadığını belirtmek yeterli değildir¹⁹⁷. Bildirim herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Dolayısıyla yazılı veya sözlü olarak yapılabilir¹⁹⁸. Ancak taraflar arasında daha sonra çıkabilecek bir uyuşmazlık halinde bildirimin yazılı şekilde yapılmış olması ispat kolaylığı sağlayacaktır.

Son olarak yukarıda belirtilmiş olan beş şart gerçekleştiği takdirde iş sahibi, TBK m.475'te düzenlenmiş olan eserin ayıplı olmasından doğan seçimlik haklarını kullanabilecektir.

1.4.1.6.2. İş Sahibinin Eserin Ayıplı Olmasından Doğan Hakları

Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin yukarıda belirtilen şartlar gerçekleştiği zaman kanun iş sahibine bir takım seçimlik haklar tanımıştır. Bu haklar TBK m.475'te düzenlenmiştir. Bunlar; sözleşmeden dönme, ayıp oranında bedelde indirim ve eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkıyla birlikte genel hükümlere göre tazminat isteme hakkıdır¹⁹⁹. Somut olayda ayıba ilişkin şartlar gerçekleştiği takdirde iş sahibi, TBK m.475'te belirtilen üç seçimlik haktan birisini genel hükümlere göre tazminat isteme hakkıyla birlikte kullanabilir²⁰⁰.

İş sahibi seçme hakkını herhangi bir şarta bağlayamaz ve dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak şekilde kullanamaz²⁰¹. Seçimlik hakların her birisi kullanmakla tükenir. Dolayısıyla

¹⁹⁴ Eren, 2017a: 642.

¹⁹⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 404; Eren, 2017a: 643; N. Yavuz, 2016: 769; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 525.

¹⁹⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 405; Eren, 2017a: 644; Köseoğlu, 2017: 110; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 525, 526.

¹⁹⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 405; Eren, 2017a: 644; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 525, 526.

¹⁹⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 405; Büyükay, 2014: 119; Eren, 2017a: 645; Köseoğlu, 2017: 115; N. Yavuz, 2016: 770.

¹⁹⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 406; Eren, 2017a: 646; Erzurumluoğlu, 2013: 175; Gümüş, 2012: 60; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 527.

²⁰⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 406; Eren, 2017a: 646; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 527.

²⁰¹ Eren, 2017a: 647.

seçimlik haklardan birisi kullanılır kullanılmaz seçilmeyen diğer iki hak sona erer²⁰². İş sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için yüklenicinin kusuru aranmazken, genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunabilmesi için yüklenicinin kusurunun bulunması gerekmektedir²⁰³.

İş sahibi TBK m.475'te sayılan haklardan hangisini seçtiğini ayıp bildirimi ile birlikte yükleniciye bildirebileceği gibi sonradan da haklara ilişkin zamanaşımı süresi içerisinde olmak şartıyla tek taraflı bir irade beyanıyla yükleniciye bildirebilir²⁰⁴. Dolayısıyla iş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için dava yoluna başvurusu gerekmez. İş sahibi, yükleniciye varması gerekli olan, herhangi bir şekil şartına tâbi tutulmamış tek taraflı bir irade beyanıyla hangi hakkı seçtiğini bildirebilir²⁰⁵.

1.4.1.6.2.1. Sözleşmeden Dönme Hakkı

TBK m.475/I-1'e göre "Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme" hakkını kullanabileceğini hüküm altına almıştır.

Her şeyden önce iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi birtakım şartlara bağlanmıştır. Bu şart eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olmasıdır. Eğer bu şart gerçekleşmezse iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacak diğer seçimlik haklarına başvurmak zorunda kalacaktır.

Eserin kabul edilemeyecek derecede ayıplı olup olmadığı hakkaniyete ve somut olayın özelliklerine göre belirlenir²⁰⁶. Dönmenin yükleniciye vereceği zarar ile iş sahibine sağlayacağı yarar dengesi göz önünde bulundurulmalıdır²⁰⁷. Zarar ve yarar dengesinin aşırı ölçüde bozulup sözleşmenin bir tarafı üzerine aşırı külfet yüklediği takdirde sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz. Nitekim bu durum göz önünde alınarak TBK m.475/III'de iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı sınırlandırmıştır. Buna göre eser eğer iş sahibinin taşınmazı üzerine yapılmış olup sökülmesi ya da kaldırılması aşırı zarar oluşturacaksa iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yukarıda belirtilen şartlar gerçekleştiği takdirde iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Dönme hukuki niteliği itibarıyla yenilik doğuran bir hak olup, iş sahibinin tek taraflı irade

²⁰² Eren, 2017a: 647; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 527.

²⁰³ Aral ve Ayrancı, 2015: 406.

²⁰⁴ Eren, 2017a: 647; Gümüş, 2012: 60.

²⁰⁵ Eren, 2017a: 647; Gümüş, 2012: 60.

²⁰⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 407; Gümüş, 2012: 61; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 528.

²⁰⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 407; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 528.

beyanıyla yükleniciye ulaşır ulaşmaz, yüklenicinin kabulüne gerek olmaksızın hüküm ve sonuç doğurur²⁰⁸.

Öğretide hâkim olan görüşe göre dönme geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur. Klasik görüş²⁰⁹ olarak adlandırılan bu görüşe göre dönme ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak tasfiye süreci içine girer. Dolayısıyla henüz yerine getirilmemiş yükümlülükler kendiliğinden sona erecek, dönme anına kadar yerine getirilmiş edimler ise dönme ile hukuki sebeplerini kaybedecekler ve sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilecektir.

Buna karşılık yeni dönme görüşü²¹⁰ olarak adlandırılan diğer görüşe göre dönme ile sözleşme geçmişe etkili olarak değil geleceğe etkili olarak ortadan kalkar. Dönme ile edim yükümlülüğünü ifa eden taraf bunun kendisine geri verilmesini talep etme hakkı kazanırken, edimi alan kimseye de iade etme borcu yükler ve taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurar. Yeni dönme görüşüne göre dönme ile taraflar daha önce ifa ettikleri edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, sözleşme hükümlerine göre geri vermek zorunda kalırlar²¹¹.

Kanaatimizce dönmenin sonuçları bakımından giderek ağırlık kazanan yeni dönme görüşünün benimsenmesi yerinde olacaktır. Çünkü klasik dönme görüşüne göre daha önce geçerli olarak kurulmuş olan sözleşmenin dönme ile hiç kurulmamış sayılacağı varsayımını ortadan kaldırmakta, hayat gerçeği ile daha uyumlu hale getirmektedir²¹². Ayrıca yeni dönme görüşü ile birlikte tarafların aldıkları edimlerini iade yükümlülüklerinin sözleşmeden doğduğu kabul edilmektedir. Bu durum TBK m.125 sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenleyen hükümlerle de uyumludur²¹³.

Bu açıklamalara göre iş sahibinin sözleşmeden dönme beyanı yüklenicinin hakimiyet alanına ulaşır ulaşmaz taraflar arasında bir tasfiye ilişkisi kurulur²¹⁴. Tarafların henüz ifa etmedikleri edimleri bakımından yükümlülükleri ortadan kalkarken, daha önce ifa edilmiş edimler bakımından sözleşme hükümlerine göre geri verme zorunlukları doğar²¹⁵. Buna göre dönme geleceğe etkili değiştirici yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla yüklenici bu zamana kadar almış olduğu avansları ve hak edişleri, iş sahibi de eseri ve bundan elde ettiği yararları iade etmek zorunda kalır²¹⁶.

²⁰⁸ Eren, 2017a: 648; Kal, 2019: 56.

²⁰⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 407; Gümüş, 2012: 62; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 529.

²¹⁰ Eren, 2017a: 649; Eren, 2017b: 1291; Kurt, 2012: 302.

²¹¹ Eren, 2017a: 649.

²¹² Kurt, 2012: 302.

²¹³ Kurt, 2012: 302.

²¹⁴ Eren, 2017a: 649.

²¹⁵ Eren, 2017a: 649.

²¹⁶ Eren, 2017a: 649.

1.4.1.6.2.2. Bedelden İndirim İsteme Hakkı

TBK m.475/I-2'ye göre iş sahibine sağlanan ikinci seçimlik hak eseri alıkoyarak bedelden indirim isteme hakkıdır. Buna göre eserdeki ayıp sözleşmeye ağır ölçüde aykırı değilse iş sahibi, bedelden indirim isteme hakkını kullanabilecektir²¹⁷. Buradaki ayıp sözleşmeden dönme hakkına imkân verecek derecede önemli değildir. Zira ağır ayıp söz konusu olursa iş sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır.

Bedelden indirim hakkının kullanılabilmesi için ayrıca eserdeki ayıp sonucu eserin değerinde azalma meydana gelmelidir²¹⁸. Eserin değerindeki azalma, ayıplı olarak teslim edilen eserle, ayıpsız eser arasındaki farktır²¹⁹. Dolayısıyla ayıp, eserin değerini düşürmediği takdirde iş sahibi bedelden indirim hakkını kullanamaz.

İş sahibi, eserdeki değer eksikliği miktarında bedelden indirim isteme hakkına sahip olur. Değer eksikliği ise ayıpsız eser ile ayıplı eser arasındaki farkın karşılığıdır²²⁰. Değer farkı tespit edilirken sözleşmede taraflarca kararlaştırılan ve eserin yapımına karşı ödenecek tutar değil eserin piyasadaki objektif değeri esas alınır²²¹. Ayıplı eserin piyasada objektif bir değeri bulunmuyorsa iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir²²². Bedelden yapılacak indirimde satış sözleşmesinde olduğu gibi nispi metod yöntemi kullanılacaktır²²³.

1.4.1.6.2.3. Eserin Ücretsiz Onarılmasını Talep Hakkı

TBK'nın iş sahibine sunduğu üçüncü seçimlik hak eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkıdır. TBK m.475/I-3'e göre iş sahibinin "Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme" hakkına sahip olduğunu hüküm altına almıştır. İş sahibinin yükleniciden bu hakkı talep edebilmesi öncelikle ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması gereklidir. İkinci olarak ise ayıbın giderilmesinin aşırı bir masraf gerektirmemesi gerekir²²⁴. Eğer yapılacak masrafla, iş sahibinin faydalanacağı yarar arasında aşırı bir orantısızlık varsa, iş sahibi eserin ücretsiz onarılmasını talep edemeyecektir²²⁵.

²¹⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 408; Eren, 2017a: 650; N. Yavuz, 2016: 770; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 529.

²¹⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 408; Eren, 2017a: 650; N. Yavuz, 2016: 770.

²¹⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 408; Eren, 2017a: 650; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 529.

²²⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 408; Eren, 2017a: 650; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 529.

²²¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 408; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 529, 530.

²²² Aral ve Ayrancı, 2015: 408; Eren, 2017a: 650; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 530.

²²³ Aral ve Ayrancı, 2015: 409; C. Yavuz, 2016: 561; Eren, 2017a: 651; Gümüş, 2012: 63; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 530.

²²⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 409; C. Yavuz, 2016: 561; Eren, 2017a: 651; Gümüş, 2012: 64; N. Yavuz, 2016: 770; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 530.

²²⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 409.

Eserin ücretsiz onarılması, eserin sözleşmeye uygun olan ayıpsız haline getirilmesi için gerekli onarım ve iyileştirme işlemlerinin masrafı yükleniciye ait olmak üzere yapılmasıdır. İş sahibi tarafından onarım hakkının seçildiği durumda, yüklenici derhal onarım işlemlerine başlamalı ve benzer işlerdeki objektif onarım süreleri göz önüne alınarak yüklenici bu süre içerisinde ayıbı gidermelidir²²⁶. Aksi halde iş sahibi, yükleniciye karşı genel hükümlere göre borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilir²²⁷.

Onarım hakkının seçilmesine rağmen yüklenici onarımdan kaçınır ya da onarımı yapmaya yeterli gücü bulamazsa iş sahibi gideri yükleniciye ait olmak üzere onarımın yapılmasını üçüncü kişiye verebilir²²⁸. İş sahibinin eserin onarımını üçüncü bir kişiye yaptırabilmesi için TBK m.113/I'in aksine hâkimden izin almasına gerek yoktur²²⁹. Onarım sonucu yapılan masrafları iş sahibi yükleniciden tazminat olarak isteyebilir²³⁰. Ayıplı eserin onarılması sonucu ortaya çıkan eser yine ayıplı olursa, iş sahibi eserin ayıplı olmasından doğan haklarını yeniden kazanır²³¹.

1.4.1.6.2.4. Genel Hükümlere Göre Tazminat İsteme Hakkı

TBK m.475/II'ye göre iş sahibi seçimlik haklarının yanında ayıp sonucu ortaya çıkan zararlarından dolayı yükleniciden tazminat isteyebilir. Bu hak diğer üç seçimlik hakka ek olarak seçimlik haklardan birisiyle kullanılabilir²³². İş sahibinin tazminat isteyebilmesi için birtakım şartların varlığı gereklidir. Bu şartlar; eserin ayıplı olması, iş sahibinin zarara uğraması, ayıpla zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ve yüklenicinin kusurunun bulunmasıdır²³³. Bununla birlikte ayrıca iş sahibinin ayıbın varlığını yükleniciye zamanında ihbar etmesi gerekmektedir²³⁴.

İş sahibinin TBK m.475/II'ye göre isteyeceği zarar tazminatı bizzat eserin ayıplı olmasından kaynaklanan zararlarla birlikte, eserin ayıplı olmasının sonucu olarak doğan zararları kapsar²³⁵. Yeni inşa edilen evin ayıbı giderilinceye kadar uğranılan kira kaybı, onarım sırasında duran üretimden kaynaklanan kâr kaybı, ayıplı bir duman borusunun yangına sebep olması sonucu oluşan zararlar örnek olarak verilebilir²³⁶.

²²⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 410; Gümüş, 2012: 65; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 531.

²²⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 410; Gümüş, 2012: 65; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 531.

²²⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 409; Eren, 2017a: 651; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 530.

²²⁹ Eren, 2017a: 651; Karşıt görüş için bkz. Aral ve Ayrancı, 2015: 410.

²³⁰ Eren, 2017a: 651.

²³¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 410; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 531.

²³² Aral ve Ayrancı, 2015: 411; Birkan, 2018: 88; C. Yavuz, 2016: 562; Eren, 2017a: 652; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 531.

²³³ Aral ve Ayrancı, 2015: 411; Birkan, 2018: 71; Eren, 2017a: 652; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 532.

²³⁴ Eren, 2017a: 652.

²³⁵ Eren, 2017: 653.

²³⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 411; Eren, 2017a: 653; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 531.

1.4.1.6.3. Ayıptan Doğan Hakların Tabi Olduğu Zamanaşımı

Ayıptan doğan hakların tabi olduğu zaman aşımı TBK m.478’de düzenlenmiştir. Buna göre “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar”. TBK m.478’de iki türlü zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Bunlar olağan zamanaşımı ve olağanüstü zamanaşımıdır²³⁷. Taşınmaz yapılar dışında olağan zamanaşımı 2 yıl iken, taşınmaz yapılarda olağan zamanaşımı 5 yıldır. Olağanüstü zamanaşımı ise 20 yıl olarak belirlenmiştir. Yüklenicinin ağır kusurlu olarak ayıbı iş sahibinden gizlemesi durumunda 20 yıllık olağanüstü zamanaşımı söz konusu olacaktır. Zamanaşımı kabulden itibaren değil, eserin iş sahibine tesliminden itibaren işlemeye başlayacaktır²³⁸.

1.4.2. İş Sahibinin Hak Ve Borçları

Yüklenicinin bir eser meydana getirmesi karşılığında bedel ödemeyi borçlanan kişiye “iş sahibi” denir²³⁹. Bir başka ifadeyle iş sahibi, bedeli mukabilinde bir eser meydana getirilmesini isteyen kişidir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere iş sahibinin, eser sözleşmesi ile asli olarak borçlandığı edim meydana getirilen eserin karşılığı olarak bedel ödeme borcudur²⁴⁰. İş sahibinin bedel ödeme borcu dışında bazı yan edim yükümlülükleri, koruma yükümlülükleri ve yerine getirmesi gereken külfetleri bulunmaktadır. Bunların ihlali iş sahibini alacaklı temerrüdüne düşürebilir, bazı haklarını kullanmaktan yoksun bırakabilir²⁴¹. Bunlara iş sahibinin ayıpsız malzeme ve arsa sağlama borcu, eseri teslim alma borcu, öğrendiği sırları saklama borcu, eseri gözden geçirme ve tespit ettiği ayıpları bildirme külfeti örnek olarak verilebilir²⁴².

1.4.2.1. Bedel Ödeme Borcu

İş sahibinin bedel ödeme borcu eser sözleşmesinin zorunlu unsurları arasında yer alır. Bedel, yüklenicinin eseri meydana getirmesine karşılık, yükleniciye verilecek olan maddi değeri bulunan şeydir. Dolayısıyla bedel genel olarak parayla belirlenir ve götürü veya yaklaşık olarak kararlaştırılabilir²⁴³. Bazı istisnai hallerde bedel bir mal veya emek olarak kararlaştırılabilir²⁴⁴. Meydana getirilen esere karşılık ödenecek olan bedel, genellikle taraflarca

²³⁷ Eren, 2017a: 654.

²³⁸ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 533.

²³⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 367; Eren, 2017a: 606; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 474.

²⁴⁰ Akıncı, 2014: 148; Aral ve Ayrancı, 2015: 414; Eren, 2017a: 655; Gümüş, 2012: 73.

²⁴¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 414.

²⁴² C. Yavuz, 2016: 562; Eren, 2017a: 655.

²⁴³ Aral ve Ayrancı, 2015: 415; Eren, 2017a: 656; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 534.

²⁴⁴ Eren, 2017a: 656.

sözleşme kurulurken kararlaştırılır. Buna karşılık TBK eser sözleşmesinin kurulmasında tarafların bedel konusunda anlaşmalarını yeterli görmüş bedelin tutarının açıkça kararlaştırılması şartını aramamıştır²⁴⁵. Taraflar arasında ücretin miktarı konusunda bir anlaşma bulunmadığı takdirde TBK m.481 gereğince bedel, eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenecektir²⁴⁶. Bu açıklamalara göre bedel, tarafların sözleşmede kararlaştırdığı götürü (sabit) bedel ve sonradan eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenecek olan yaklaşık bedel olarak ikiye ayrılmaktadır.

1.4.2.1.1. Götürü (Sabit) Bedel

Götürü bedel, yüklenici tarafından meydana getirilecek eser karşılığında ödenecek ücretin sözleşme ile birlikte kesin olarak belirlenmesidir²⁴⁷. Ödenecek bedel kesin olarak belirlendiği için olağanüstü durumlar dışında bedel değiştirilemeyecek, kural olarak sonradan artırım talebinde bulunulamayacaktır²⁴⁸. Bu sebeple götürü bedel, anahtar teslim sabit bedel olarak da adlandırılmaktadır²⁴⁹. Dolayısıyla yüklenici belirlenen kesin bedel karşılığında eseri sözleşmeye uygun olarak ifa etmek zorundadır²⁵⁰. Eğer eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici belirlenen kesin bedelin arttırılmasını isteyemez (TBK m.480/I). Kesin bedel ile yüklenici aynı zamanda maliyet artışından kaynaklanan riski de yüklenmiş olur²⁵¹. Ancak TBK m.480/II’de belirtilen şartlar gerçekleşirse yüklenici uyarılma yoluyla bedelin arttırılması isteyebilir.

Götürü bedel esere harcanan emek ve masrafla bağlantılı değildir. Zira taraflar bedeli sözleşmede serbestçe kararlaştırırlar. Bunun sonucu olarak da eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür (TBK m.480/III). Buna bağlı olarak da esere tahmin edilenden fazla emek ve masraf yapılmamışsa TBK m.480/II’de belirtilen götürü bedelin uyarlanması şartları gerçekleşmediği takdirde yüklenici ortaya çıkan bu bedel farkına katlanmak zorunda kalacaktır.

Götürü bedelin başlıca iki türü bulunmakta olup bunlar; “toptan götürü bedel” ve “birim fiyat üzerinden götürü bedel” dir²⁵². Toptan götürü bedelde iş sahibi, meydana getirilecek eserin

²⁴⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 414; Eren, 2017a: 656; Gümüş, 2012: 73.

²⁴⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 414; Eren, 2017a: 656.

²⁴⁷ Akıncı, 2014: 148; Aral ve Ayrancı, 2015: 415; Büyükay, 2014: 170; Eren, 2017a: 657; Özer, 2019: 186; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 535.

²⁴⁸ Eren, 2017a: 657; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 535.

²⁴⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 415; Eren, 2017a: 657; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 534.

²⁵⁰ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 535.

²⁵¹ Bayramoğlu, 2019: 75; Eren, 2017a: 657.

²⁵² Aral ve Ayrancı, 2015: 415, 416; Eren, 2017a: 658.

tamamı için daha önceden tespit edilen tek bir meblağı öder²⁵³. Toptan götürü bedel eserin tamamına ilişkin olabileceği gibi bir kısmına ilişkinde olabilir²⁵⁴. Örneğin; bir binanın tamamının yapımı veya yalnız çatısının tamiri için tek bir bedel tespit edilmişse toptan götürü bedel söz konusu olur²⁵⁵. Nitekim Yargıtay uygulamasında da noksan bırakılan işlerin değerinin de götürü bedele göre belirleneceği kabul edilmektedir²⁵⁶. Her ne kadar toptan götürü bedel, sabit ve kesin olsa da taraflar bazen sözleşmede yüklenici lehine “pahalılık kaydı” koyarak inşaat girdilerinde meydana gelen artışların bedele yansıtılacağını kabul etmektedirler²⁵⁷. Sözleşmeye böyle bir kaydın koyulmasıyla yüklenici, değişen şartlara karşı kendisini korumuş olacaktır.

Götürü bedelin bir diğer türü olan birim fiyatı üzerinden götürü bedelde, yükleniciye ödenecek olan bedel, eseri oluşturan birimlerin fiyatları esas alınarak belirlenmektedir²⁵⁸. Örneğin; yapılacak işin metrekaresine, kullanılacak malzemenin kilosuna göre bedelin tespit edildiği hallerde durum böyledir. Bu bedel türü genellikle kamu ihaleleriyle kurulan inşaat sözleşmelerinde uygulanmaktadır²⁵⁹.

Tarafların bedeli tespit etmek amacıyla tuttıkları birim fiyat ve malzeme listeleri kesin delil niteliği taşımaktadır²⁶⁰. Taraflar arasında çıkacak olan herhangi bir uyuşmazlıkta, bedelin birim fiyat üzerinden kararlaştırıldığını ispat külfeti yüklenicinin üzerine düşer²⁶¹.

²⁵³ Aral ve Ayrancı, 2015: 415; Eren, 2017a: 658; Gümüş, 2012: 76; Özer, 2019: 190; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 536.

²⁵⁴ Eren, 2017a: 658; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 537.

²⁵⁵ Eren, 2017a: 658.

²⁵⁶ Y. 15. HD. T. 12.6.1979, E. 1979/1331, K. 1979/1440, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 5.04.2020), “...Taraflar arasında kurulan 19/03/1973 günlü eser sözleşmesine göre, davalı yüklenici Hakkı'nın, davacının üç katlı evi üstüne 4. katı çıkmayı ve ayrıca binanın dış sıvasını ve binanın çatısını yapmayı ve çatı kiremitlerini bağlamayı ve bu işler için kararlaştırılan 80.000 lirayı davacıdan almayı kabul ettiği anlaşılmıştır. Böylece; anılan sözleşmeye göre, taraflar arasında BK.nun 565. maddesine uygun olarak götürü pazarlık suretiyle 80.000 liraya inşaat yapım hususunda bir anlaşma yapılmış olduğu saptanmıştır. Davalı yüklenicinin inşaatı yani 4. katı ve binanın çatısını yaptığı ancak bu yerlerde 40.000 liralık eksik işler bıraktığı, 05/09/1977 günlü yapılan delil tespiti sonucu verilen bilirkişi raporunda belirtilmiştir....Taraflar arasında sözleşme, BK.nun 365. maddesine göre götürü pazarlığa dayanmaktadır. Bu konuda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Davacı, davalının eksik bıraktığı işler için 40.000 liralık istemde bulunmuştur. Mahkemenin kararına dayanarak aldığı 05/09/1977 günlü bilirkişi raporunda, yapılan inşaattaki noksan bırakılan işlerin parasal değeri hesaplanarak 40.000 lira bulunmuş ve bu miktar hakkında ödetme kararı verilmiştir. Halbuki, götürü bedelde eksik işlerin karşılığının orantı kurularak saptanması gerekir. Davalı yüklenicinin inşaatın elini çektiği gündeki duruma göre, kullanma ve işletme amacı gözönünde tutularak, inşaatın fiziksel olarak kaçta kaçının yapıldığı bilirkişi eliyle belirtilmeli, böylece bulunacak orantı, götürü bedel olan 80.000 liraya uygulanmalı ve sonuçta bu yöntem uyarınca eksik işlerin değeri bulunarak, davacının borcu varsa bunun indirilmesinden sonra geride kalanın ödetilmesine karar verilmelidir...”.

²⁵⁷ Eren, 2017a: 658.

²⁵⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 416; Eren, 2017a: 659; Özer, 2019: 190; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 539.

²⁵⁹ Bayramoğlu, 2019: 113; Eren, 2017a: 659; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 539.

²⁶⁰ Eren, 2017a: 659; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 541.

²⁶¹ Eren, 2017a: 659; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 540.

Son olarak taraflar toptan götürü bedel ve birim fiyata dayalı götürü bedel türlerinden bazı unsurları bir araya getirerek, kendilerine özgü, yeni karma götürü bedel türleri de oluşturabilirler²⁶².

1.4.2.1.2. Yaklaşık (Değere Göre) Bedel

Bedel, eser sözleşmesinin zorunlu unsuru olmakla birlikte, daha öncede belirtildiği üzere miktarının sözleşme ile belirlenmesi zorunlu değildir. Dolayısıyla taraflar sözleşmede bedelin miktarını yaklaşık olarak belirleyebilecekleri gibi herhangi bir miktarda belirlemeyebilirler. Tarafların tahmini olarak belirledikleri bedele “yaklaşık bedel” denir²⁶³.

Yaklaşık bedel TBK m.481’de düzenlenmiş olup “eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak” tespit edilir. Yaklaşık bedelin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, sözleşme kurulurken taraflarca tahmini bir bedel tespit edilir. Tahmini bedel ile eser meydana getirilirken fiilen yapılan masraflar arasında fark ortaya çıkarsa, bedel fiilen yapılan harcamalara göre belirlenir²⁶⁴. Bedelin yaklaşık olarak belirlendiği sözleşmelerde, iş sahibinin yükleniciye ödeyeceği bedel, eserin tamamlanıp iş sahibine teslim edildiği anda yapıldığı yer, o zamanki değerine ve yüklenicinin giderlerine göre tespit edilir²⁶⁵. Ancak aradaki fark yaklaşık bedeli çok aşmışsa TBK m.482/I’e göre iş sahibinin kusuru yoksa, iş sahibi eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir.

Uygulamada yaklaşık bedelle eserin meydana getirilmesi sonucu tespit edilen miktar arasında %10’luk fark bulunursa bu bedelin ödenmesi gerektiği daha fazla fark bulunduğu hallerde TBK m.482’nin uygulanabileceği kabul edilmektedir²⁶⁶. Nitekim %10’un üzerindeki artışlar, aşırı artış sayılmaktadır²⁶⁷.

Yaklaşık bedelin aşılması halinde iş sahibine tanınan haklar eserin iş sahibinin arsasına yapılıp yapılmadığına göre farklılık arz eder²⁶⁸. Eser iş sahibinin arsası üzerine yapılmışsa iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yüklenicinin işe devam etmesini istemeyerek tamamlanmış kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir (TBK m.482/II).

²⁶² Eren, 2017a: 659.

²⁶³ Bayramoğlu, 2019: 109; Eren, 2017a: 671.

²⁶⁴ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 551.

²⁶⁵ Eren, 2017a: 671; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 551.

²⁶⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 420; Eren, 2017a: 674; Zevkliler ve Gökyayla, 2018 : 552.

²⁶⁷ Bayramoğlu, 2019: 174; Eren, 2017a: 674.

²⁶⁸ Eren, 2017a: 675.

Eğer eser iş sahibinin arsası üzerine yapılmamışsa eserin tamamlanıp tamamlanmamasına bakılmaksızın iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Burada iş sahibine bedelden indirim isteme hakkı da tanınmamıştır²⁶⁹.

1.4.2.1.3. Tarafların Sözleşmede Bedel Belirlememiş Olması

Taraflar sözleşmede eserin bir bedel karşılığında yapılacağını belirlemişler ancak bedelin miktarını belirlememişlerse, yaklaşık ücrette olduğu gibi TBK m.481 hükmü uygulanacaktır. Bu gibi bedelin önceden belirlenmediği hallere genel olarak küçük tamir işlerinde rastlanır²⁷⁰. Buna göre sözleşmede bedel kararlaştırılmamışsa, eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak bedel tespiti yapılacaktır²⁷¹.

Bedel hesap edilirken yüklenicinin özen borcuna uygun olarak yaptığı harcamalar dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla yüklenicinin kötünîyetle yaptığı yararsız masraflar hesaba katılmamalıdır²⁷². Bir başka deyişle yüklenicinin yaptığı giderlerin tamamı değil, özen borcuna uygun olarak ayıpsız bir eserin teslimi için yapılması gereken harcamalar esas alınır. Buna göre bedel tespit edilirken işçilik, malzeme, makine giderleri ve uygun bir kârın yükleniciye verilmesi gerekir²⁷³.

1.4.2.2. Bedel Ödeme Borcunun İfa Zamanı, Temerrüt ve Sonuçları

Taraflar sözleşmede bedelin ödeme zamanını özgürce kararlaştırabilirler. Eğer sözleşmede bedelin ödeme zamanı tespit edilmemişse, TBK m.479/I'e göre iş sahibinin ücret ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur²⁷⁴. Yüklenici eserin teslim anından itibaren iş sahibinden ücretini talep ve dava edebilir²⁷⁵. Eğer eser parça parça teslim edildikçe ücretin ödenmesi kararlaştırılmış ise, her parçanın ücreti o parçanın teslimi ile muaccel olur²⁷⁶. İş sahibi ücret ödeme borcunda temerrüde düşerse yüklenici TBK m.125'te belirlenen seçimlik haklardan birisini kullanabilir²⁷⁷. Ayrıca eser iş sahibinin arsası üzerine yapılmaktaysa yüklenici, ödenmeyen ücretine karşılık eser üzerinde lehine koyulmuş olan yasal ipotek hakkını da kullanabilir²⁷⁸.

²⁶⁹ Eren, 2017a: 677.

²⁷⁰ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 556.

²⁷¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 420; Bayramoğlu, 2019: 133; Eren, 2017a: 678; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 554.

²⁷² Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 555.

²⁷³ Aral ve Ayrancı, 2015: 421; Eren, 2017a: 678.

²⁷⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 422; Eren, 2017a: 679; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 557.

²⁷⁵ Eren, 2017a: 681.

²⁷⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 422.

²⁷⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 422; Eren, 2017a: 681.

²⁷⁸ Eren, 2017a: 681.

İKİNCİ BÖLÜM

EKSİK İFA KAVRAMI VE ESER SÖZLEŞMESİNİN EKSİK İFA EDİLMESİ

2.1. Eksik İfa Kavramı

2.1.1. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde yüklenicinin asli borcu sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde eseri meydana getirip iş sahibine teslim etmesidir. Yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılanın aksine eserde yapılması gerektiği halde hiç yapılmayan bir veya birkaç işe eksik iş, eserin bu şekilde iş sahibine teslim edilmesi de eksik ifa halini oluşturmaktadır²⁷⁹.

Eksik ifa veya eksik iş kavramı kanunda tanımlanmamış olmamakla birlikte eser sözleşmesinde oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Çünkü eser sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmediği durumlarda uygulanacak hükümler farklılık göstermektedir. Bu sebeple öncelikle eksik ifa kavramının benzer kavramlardan farklılığı ortaya koyulmalıdır. Bu sayede iş sahibinin eserin eksik ifası halinde kullanabileceği hakların sınırları belirlenebilecektir²⁸⁰.

Eksik ifa kavramı doktrinde farklı şekillerde tanımlanmıştır. AYAN, yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği veya hukuken bağlayıcı iş değişikliği ve ilave işlerin bir kısmının hiç yapılmamış olması halini eksiklik olarak tanımlamıştır²⁸¹. KIRMIZI, eser sözleşmesi ile borçlanılan tüm işlerin tamamlanmamış olması halinde eksik iş oluşacağını belirtmiştir²⁸². KURT'a göre, eseri tamamlamak için yeni bir çalışma ortaya koymak gerekiyorsa yani eserin meydana getirilmesi için yapılması gereken bir iş yapılmamışsa eksik ifa söz konusudur²⁸³. ŞAHİNİZ'e göre, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılmış ya da dürüstlük kuralı gereği yapması gereken işleri yapmamasını eksik ifa olarak tanımlamıştır²⁸⁴. Uygulamada ise eksik ifa, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun vermiş olduğu kararında eksik ifa veya eksik işin kanunlarımızda tanımlanmadığını belirtmiş, sözleşme konusu işlerin hiç yapılmamasını eksik iş olarak kabul etmiştir²⁸⁵.

²⁷⁹ Acar, 2013: 7; Akça, 2012: 24; Akıncı, 2017: 1399; Ayan, 2008: 43; Aydemir, 2016: 333; Duman, 2018: 745; Enli, 2017: 32; Kaya, 2018: 79; Meşe, 2011: 25; Selimoğlu, 2017: 247; Özcan, 2018: 325; Zeybek, 2019: 25.

²⁸⁰ Özkan, 2015: 222.

²⁸¹ Ayan, 2008: 43.

²⁸² Kırmızı, 2014: 729.

²⁸³ Kurt, 2012: 72.

²⁸⁴ Şahinöz, 2014: 39.

²⁸⁵ YHGK. T. 25.2.2015, E. 2014/13-591, K. 2015/875, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 11.04.2020), "...Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk; dava konusu olayda "ayıplı ifa" mı, yoksa "eksik ifa"nın mı söz konusu olduğu; varılacak sonuca göre de, satıcının sorumluluğuna gidebilmek için, ayıp ihtarına gerek olup olmadığı, gerek varsa süresinde ayıp iharı yapıp yapılmadığı ve uygulanacak zamanaşımı süresinin dolup dolmadığı noktalarında toplanmaktadır... "Ayıp" kavramı ile "eksik iş" kavramları birbirinden farklıdır. Ayıp; yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği yada olmaması

Doktrinde birçok farklı tanım yapılmış olsa da özünde aynı şeyi benimsemektedir. Genel olarak eksik ifa, yüklenicinin sözleşmede üstlenmiş olduğu veya TMK m.2 dürüstlük kuralı gereği eserde bulunması gereken kısımların hiç yapılmamış olmasını ve bu haliyle iş sahibine teslim amacıyla sunulmasını ifade eder. Görüldüğü üzere eksik ifadan bahsedebilmek için eserde sözleşme ile belirlenmiş ya da dürüstlük kuralı gereği bulunması gereken kısımların hiç yapılmamış olması ve eserin eksikliklerle iş sahibine teslim amacıyla sunulması gerekir. Eser sözleşmesi ile yapımı borçlanılan bir inşaatın pencerelerinin takılmaması²⁸⁶, elektrik ve su tesisatının döşenmemesi, merdiven korkuluklarının yapılmaması, sözleşmede belirtilen asansörün takılmaması eksik ifaya örnek olarak verilebilir. Ancak pencerenin takılmasına rağmen montaj sırasında yapılan hata nedeniyle yağmurlu havalarda dışarıdan su alması, asansörün takılmasına rağmen sözleşmede belirtilen daha düşük yük taşıma kapasitesine sahip olması, elektrik ve su tesisatının döşenmesine rağmen yapım aşamasından kaynaklı hata sebebiyle sık sık kesintilerin yaşanması ayıplı ifa olarak nitelendirilir. Dolayısıyla eksik ifanın, benzer kavramlarla ayrımını iyi yapmak gerekmektedir.

2.1.2. Eksik İfanın Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

2.1.2.1. Ayıplı İfa Bakımından

Ayıp, sözleşmede belirlenen ya da dürüstlük kuralı gereği eserde bulunması gereken niteliklerin bulunmamasıdır²⁸⁷. Diğer bir deyişle, eserde sözleşme veya dürüstlük kuralı gereği bulunması gereken niteliklerle, eserin fiilen mevcut durumu arasındaki nitelik farkıdır²⁸⁸. Buna göre ayıp, eserdeki vasıf noksanlıklarını ifade ederken eksik ifa ise, eserde bulunması gereken niteliklerin hiç bulunmamasını ifade etmektedir. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında eksik ve ayıp kavramları arasındaki farkı benzer şekilde ortaya koymaktadır²⁸⁹.

Ayıp, eserin kullanıma elverişliliğini azaltan ve ondan yararlanılmasını engelleyen haller olarak ortaya çıkabilir²⁹⁰. Ayrıca ayıp kavramı maddi, hukuki, ekonomik ayıp olarak ayrılabilir gibi açık veya gizli ayıp olarak da ayrılabilir.

gereken vasıfların olmasıdır. Eksik iş ise; sözleşme konusu işlerin yapılmamasıdır; başka bir deyişle, hiç yapılmayan iş eksik iştir. Eksik işin tanımı kanunlarımızda yapılmamıştır... ”.

²⁸⁶ Kurt, 2012: 72.

²⁸⁷ Acar, 2013: 5; Akça, 2012: 22; Akıncı, 2017: 1396; Aral, 2011: 112; Aral ve Ayrancı, 2012: 354; Eren, 2017a: 634; Gümüş, 2012: 48; Meşe, 2011: 14; N. Yavuz, 2016: 767; Özcan, 2018: 323; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 521.

²⁸⁸ Akça, 2012: 24; Akıncı, 2017: 1399; Aral, 2011: 112; Aral ve Ayrancı, 2012: 354; Eren, 2017a: 634,635; Köseoğlu, 2017: 81; N. Yavuz, 2016: 767.

²⁸⁹ Y. 15. HD. T. 14.02.2006, E. 2005/5103, K. 2006/727, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 11.05.2020), “Genel olarak eksik iş; yapılması gerektiği halde yapılmayan işleri, ayıp da; sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre eserde olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki aleyhe farkları ifade etmektedir”.

²⁹⁰ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 522.

Ayıp ile eksik ifa kavramı birbirinden farklı kavramlar olmakla birlikte bunların ayrımını yapmak her zaman kolay olmamaktadır²⁹¹. GAUCH'un bu ayrımı yapabilmek için bir kıstas önermiştir. Buna göre sözleşmeye aykırılık mevcut esere zarar vermeden düzeltilebiliyorsa eksik ifa; buna karşılık sözleşmedeki aykırılık mevcut esere zarar verilerek düzeltilebiliyorsa ayıplı ifa söz konusudur²⁹². GAUCH bu durumu şöyle örneklemiştir; Bir duvarın boyanmamış olması kural olarak eksiklik fakat, bu duvar öncelikle astar boya ile boyanması gerektiği halde, bu boya yapılmadan üstü normal boya ile boyanmışsa, artık ayıptan bahsetmek gerektiğini söylemiştir²⁹³.

Kanaatimizce GAUCH'un önerdiği bu kıstas somut olayın özelliklerine göre farklılık gösterebileceği için eksik ifa ve ayıplı ifa kavramlarından farklı bir sonuca varmayı gerektirmedikçe kullanılabilir. Zira eksik ifa ve ayıplı ifa kavramları hiç ifa edilmeyen veya gereği gibi yerine getirilmeyen kıstaslarına bağlı olarak ayrımı yapılmaya çalışılsa da bazı tartışmalı durumlar mevcudiyetini korumaktadır.

2.1.2.1.1. Tartışmalı Durumlar

2.1.2.1.1.1. Yüzölçümü Eksikliği

Eser sözleşmesinin bir türü olan kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde kimi zaman yüklenici sözleşmede taahhüt ettiğinden daha küçük bir eser meydana getirmektedir²⁹⁴. Bu durumda eksik ifa mı yoksa ayıplı ifa mı olduğu tartışma konusu olmuştur. Nitekim Yargıtay ile doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Doktrinde ki hâkim görüşe göre eserin sözleşmede kararlaştırılan yüzölçümünden küçük yapılmış olması ayıp teşkil eder²⁹⁵. Doktrinde ki bu görüş yukarıda da belirttiğimiz gibi GAUCH'un kıstasıyla uyumludur. Zira yüzölçümündeki eksiklik mevcut eserin kısımlarına zarar verilmeden giderilemez²⁹⁶. Yargıtay ise eserin sözleşmede kararlaştırılan yüzölçümünden daha küçük olmasını eksik ifa olarak nitelendirmiştir²⁹⁷. Yargıtay bu kararının sebebini ise ayıp

²⁹¹ Kurt, 2012: 72; Mutlu, 2010: 48; Özay, 2020: 129; Özcan, 2018: 322,323.

²⁹² Ayan, 2008: 44.

²⁹³ Kurt, 2012: 72.

²⁹⁴ Enli, 2017: 34.

²⁹⁵ Enli, 2017: 34,35; Kaya, 2018: 82; Kurt, 2012: 72,73; Özcan, 2018: 331; Özkan, 2015: 228; Zeybek, 2019: 26.

²⁹⁶ Özkan, 2015: 229.

²⁹⁷ Y. 13. HD. T. 18.10.2016, E. 2015/27671, K. 2016/18738, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 21.04.2020), "...Davacı, taraflar arasında 22.03.2012 tarihinde yapılan sözleşme ile davalı tarafından ... Projesi kapsamında inşa edilen A Blok Kat. 15 66 numaralı (2x1C) tipindeki daireyi 270.000,00 TL bedelle satın aldığını, gerek tanıtımlarda gerekse gezdirilen örnek dairelerde satılan dairenin brüt 99.57 m2 alan ölçüsüne sahip olacağını taahhüt edilmesine rağmen 27.12.2012 tarihinde daireyi teslim aldıktan sonra yüzölçümünün taahhüt edilenden daha küçük olduğunun tespit edildiğini, bu ayıbın teslim anında tespitinin mümkün olmaması sebebiyle teslim tutanağına yazılmadığını ileri sürerek ayıp oranında bedel indirimi yapılarak şimdilik 25.000,00 TL'nin faiziyle birlikte tahsilini istemiştir. Davalı, ayıp ihbarının yasal süre içinde yapılmadığını, sözleşmeye konu 66 numaralı bağımsız bölümün mülkiyetinin ve zilyetliğinin sözleşmeye, projelere, tapu kayıtlarına ve taahhütlere uygun olarak davacıya devir ve teslim edildiğini, A blok 15.kat 66 numaralı bağımsız bölümün projede 2+1C tipi

hükümlerinin sıkı şartlara ve kısa zamanaşımı sürelerine tabi olmasına bağlamaktadır²⁹⁸. Ancak yüzölçümündeki küçük eksiklikler gizli ayıp niteliği taşıyacağı için iş sahibi seçimlik haklarından mahrum kalmayacaktır. Zira iş sahibi gizli ayıbı öğrenir öğrenmez yükleniciye ayıbı bildirerek sahip olduğu seçimlik hakları kullanabilecektir²⁹⁹.

Kanaatimizce yüklenicinin sözleşmede taahhüt ettiği yüzölçümünden daha küçük bir eser meydana getirdiği takdirde GAUCH'un da kıstası dikkate alınarak, yüzölçümündeki eksiklik mevcut esere zarar vermeden giderilemeyeceği için ayıplı ifa hali oluşması gerektiği kanaatindeyiz.

2.1.2.1.1.2. İskân Ruhsatının Alınmamış Olması

Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde iskân ruhsatının (yapı kullanma iznini) alınmasını yüklenicinin üzerine bırakıldığı hallerde yüklenicinin eseri tamamlamış olmasına rağmen iskân ruhsatını almamış olmasının eksik ifa mı yoksa ayıplı ifa mı olduğu konusu tartışmalıdır³⁰⁰.

Doktrinde de bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, yüklenicinin tamamlamış olduğu eserde iskân ruhsatını almamasını hukuki ayıp olarak nitelendirilmiş, dolayısıyla iş sahibinin bu durumda ayıba karşı sorumluluk hükümlerine başvurabileceğini belirtmiştir³⁰¹. Bu görüşe karşıt olan bir diğer görüşe göre, iskân ruhsatının alınmamış olması durumunda eksik ifa söz konusu olur³⁰². Buna göre iskân ruhsatının alınmamış olması, sözleşme ile taahhüt edilen eserin fiilen mevcut olan eserle arasında vasıf eksikliği yoktur. Yüklenici sözleşme ile taahhüt ettiği eseri meydana getirmiş ancak eksik olarak meydana

olarak belirlendiğini, bu tip dairelerin fiyatının alan esasına göre değil, şerefiye değerleri göz önüne alınarak tespit edildiğini, aynı tip daireler arasında kat, konum, cephe gibi özelliklere göre satış bedellerinin farklılık gösterdiğini, davacının bağımsız bölümüne düşen brüt alanın projeye aykırı olmasının teknik olarak mümkün olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, davanın kabulüyle 25.000,00 TL'nin dava, 2.000,00 TL'nin artırım tarihinden itibaren olmak üzere 27.000,00 TL'nin yasal faizi ile birlikte davalıdan alınıp davacıya verilmesine karar verilmiş; hüküm, davalı tarafça temyiz edilmiştir. Davacı eldeki dava ile satın aldığı dairenin brüt 99.57 m2 alan ölçüsüne sahip olacağını taahhüt edilmesine rağmen 27.12.2012 tarihinde daireyi teslim aldıktan sonra yüzölçümünün taahhüt edilenden daha küçük olduğunun tespit edildiğini ileri sürerek ayıp oranında bedel indirimi yapılmasına karar verilmesini istemiş, davalı ise sözleşmeye konu 66 numaralı bağımsız bölümün mülkiyetinin ve zilyetliğinin sözleşmeye, projelere, tapu kayıtlarına ve taahhütlere uygun olarak davacıya devir ve teslim edildiğini savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, davaya konu dairenin alanının taahhüt edilenden daha az olmasının eksik ifa niteliğinde olduğu kabul edilerek dosya kapsamında alınan bilirkişi kurulu raporu hükme esas alınmak suretiyle davanın kabulüne karar verilmiştir... O halde mahkemece, konusunda uzman yeni bir bilirkişi kurulundan taraf, hâkim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle, davaya konu dairenin, sözleşme, tanıtım materyalleri ve projede taahhüt edilen yüzölçümü ile halihazırdaki yüzölçümü tespit edilerek sonuçta bir eksiklik var ise nisbi metod uygulanarak satış bedelinden indirilmesi gereken miktar belirlenerek sonucuna uygun bir karar verilmelidir. ... ”.

²⁹⁸ Şahin, 2014: 50.

²⁹⁹ Özkan, 2015: 229.

³⁰⁰ Kurt, 2012: 73,74.

³⁰¹ Seliçi, 1978: 138.

³⁰² Ayan, 2008: 71; Kurt, 2012: 74; Özcan, 2018: 329; Zeybek, 2019: 26.

getirmiştir. Dolayısıyla ayıplı ifa değil eksik ifa hali oluşacaktır. Yargıtay’ın da bu konuda vermiş olduğu kararlarında bir içtihat birliği oluşmamıştır. Yargıtay önceki kararlarında iskân ruhsatının alınmamasını hukuki ayıp olarak nitelendirirken³⁰³, daha sonraki kararlarında ise iskân ruhsatının alınmamış olması ile eser teslim edilmiş sayılmayacağı için örtülü olarak eksik ifanın oluşacağını kabul etmiştir³⁰⁴.

Kanaatimizce iskân ruhsatının alınmamış olması eksik ifa halini oluşturur. Bu durumda yüklenici eseri fiilen teslim etmiş sayılmayacak ve iş sahibinin kullanabileceği seçimlik haklarına ilişkin süreler başlamayacaktır. Bu hakkaniyete uygun bir durumdur. Zira iskân ruhsatının alınmamış olmasını ayıplı ifa hali olarak kabul ettiğimiz durumda iş sahibinin haklarını kullanabilmesi için muayene ve ihbar külfetini yasal süresi içerisinde yerine getirmesi gerekecektir. Aksi halde ayıplı ifa ile birlikte teslim gerçekleşmiş sayıldığı için yüklenicinin bedel alacağı muaccel hale gelecektir. Bizim savunduğumuz görüş ayrıca yukarıda belirtilmiş olan GAUCH’un kıtası ile de uyum sağlamaktadır. Zira iskân ruhsatı eserde herhangi bir değişikliğe yol açmadan alınabilmektedir.

2.1.2.2. Aliud İfa Bakımından

Aliud kelimesi ltince kökenli olup “başka şey” anlamına gelir³⁰⁵. Yüklenicinin, sözleşme ile ifasını üstlenmiş olduğu eser yerine, kararlaştırılandan tamamen farklı bir eseri meydana getirir ve bu eseri iş sahibine teslim ederse eksik ifa değil aliud ifada bulunmuş olur³⁰⁶.

Bir başka deyişle sözleşmeyle kararlaştırılmış olan edimin yerine başka bir edim ifa edilirse aliud ifa söz konusu olur³⁰⁷. Örneğin; gerçek Van Gogh tablosu yerine sahte bir tablo verilmesi³⁰⁸, yüklenicinin var olan bir binayı yıkıp yerine yenisini yapmayı üstlendiği bir eser

³⁰³ Y. 15. HD. T. 4.10.1989, E. 1989/2731, K. 1989/4015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 17.06.2020), “...Taraflar arasındaki sözleşmede iskan ruhsatının alınması davalıya yükletilmiş olup, bunun alınmadığı sürece sözleşmenin devam edeceği belirtilmiştir. Ne var ki davalı yüklenici, inşaatı ikmal ettiğini ve davacıya teslim ettiği zaman herhangi bir itiraz ileri sürülmediğini ileri sürmüştür. İkmal ve davacıya teslim edildiği hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Öte yandan, oturma izninin alınmaması açık bir hukuki ayıp teşkil eder. Borçlar Kanunu madde 362 hükmü gereğince iş sahibi eseri teslim alırken bunun kusur ve ayıplarını yükleniciye derhal ihbar etmesi gerekir. Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Somut olayda davacının eseri teslim alırken oturma izninin sözleşme gereğince alınmadığını, buna dair haklarını saklı tuttuğunu davalıya bildirdiğini ispatla yükümlü olduğu halde, bu hususta herhangi bir kanıt göstermemiştir. O halde davalı yükümlünün sorumluluğundan söz edilemez...”.

³⁰⁴ Y. 15. HD. T. 28.2.2005, E. 2004/4417, K. 2005/1075, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 19.06.2020), “...Sözleşmede yer alan anahtar teslimi olgusu iskân izni alınması koşulunu da kapsamakta olup HUMK.nun 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir. Somut olayda dava konusu inşaat henüz tamamlanmamıştır. Bir kısım eksiklikleri bulunmaktadır. Eksikliklerin tamamlanmadan iskân izninin alınması da mümkün değildir. Bu husus B. Belediyesi İmar İşleri Müdürlüğü’nün 9.6.2004 tarihli raporuyla da sabittir. Yüklenici eseri teslim ettiğini kanıtlayamadığı gibi zaten iskân ruhsatı alınmadığından teslim edilmiş sayılamaz...”.

³⁰⁵ Şenocak, 1989: 114.

³⁰⁶ Gümü, 2012: 53; Şenocak, 1989: 114.

³⁰⁷ Altunkaya, 2005: 204; Eren, 2017b: 942.

³⁰⁸ Altunkaya, 2005: 204.

sözleşmesinde mevcut binayı yıkmayıp onararak iş sahibine teslim ederse yahut yüklenicinin villa yapmayı üstlendiği bir sözleşmede kültür merkezi inşa ederse aliud ifa söz konusu olur³⁰⁹.

Aliud ifa parça borçlarında meydana gelebileceği gibi cins borçlarında da meydana gelebilir³¹⁰. Nitekim borçlanılan edim cins borcu olsa da o türün tipik unsur ve niteliklerini taşımayan edim, aliud ifa hali oluşturur³¹¹. Portakal yerine limon teslimi³¹², beyaz buğday yerine esmer buğday teslimi, üzüm suyu yerine sirke teslimi bu duruma örnek olarak verilebilir³¹³. Aliud ifa halinde TBK m.112 vd. hükümleri uyarınca yüklenici sorumlu olur³¹⁴.

Sonuç olarak eksik ifa halinde sözleşmede belirlenen eser meydana getirilmiş ancak eksik olarak meydana getirilmişken, aliud ifada sözleşmeyle kararlaştırılan eserden tamamen farklı bir eser meydana getirilmektedir.

2.1.2.3. İmkânsızlık Bakımından

Eser sözleşmesinin kurulmasıyla taraflar karşılıklı olarak bir borç ilişkisi içine girerler ve sözleşmeyi edimlerini ifa ederek sona erdirmeyi amaçlarlar. Ancak bazı durumlarda sözleşmenin bu şekilde sona ermesi mümkün olmayabilir. Bu durumlardan birisi de imkânsızlık halidir. İmkânsızlığa bağlanan sonuçlar TBK’da düzenlenmiş olsa da imkânsızlığın tanımı yapılmış değildir.

Doktrinde imkânsızlığın tanımı birden farklı şekilde yapılmış olsa da genel olarak imkânsızlık, edim sonucunun meydana getirilmesinin sürekli ve objektif olarak mümkün olmaması halidir³¹⁵. Yani edimin ifasını imkânsızlaştıran durumun sürekli olması ve edimin ifasının borçlu dahil hiç kimse tarafından yerine getirilemiyor olması gereklidir. Ortaya çıkan bu imkânsızlık hali insan fiilinden veya tabiat olayından kaynaklanabileceği gibi, mantıkî, hukukî ve fiilî sebeplerden de kaynaklanabilir³¹⁶. Mantıkî imkânsızlık, edimin mantık veya tabiat kanunlarına göre yerine getirilmesinin imkânsız olmasıdır³¹⁷. Borçlunun henüz icat edilmemiş olan dünya devridaim makinasının yapımını taahhüt etmiş olması, mantıkî imkânsızlığa örnek olarak verilebilir³¹⁸. Fiili imkansızlıkta edim konusu yok olmamakta, edimin ifası tabî bir olay (deprem, sel, yangın gibi) veya üçüncü bir kişinin fiili sebebiyle

³⁰⁹ Gümüş, 2012: 53.

³¹⁰ Altunkaya, 2005: 205; Eren, 2017b: 942.

³¹¹ Altunkaya, 2005: 205.

³¹² Altunkaya, 2005: 205.

³¹³ Eren, 2017b: 942.

³¹⁴ Eren, 2017b: 942; Gümüş, 2012: 53.

³¹⁵ Altunkaya, 2005: 89; Aral, 2011: 69; Eren, 2017b: 1063; Kılıçoğlu, 2014: 672.

³¹⁶ Altunkaya, 2005: 100; Eren, 2017b: 1063; Oğuzman ve Öz, 2013: 460,461.

³¹⁷ Altunkaya, 2005: 92; Eren, 2017b: 1063.

³¹⁸ Altunkaya, 2005: 93.

mümkün olmaktan çıkmaktadır³¹⁹. Okyanusun en derin yerine düşen yüzüğün veya gökdelenin altındaki bileziğin çıkarılmasının taahhüt edilmesi fiilî imkânsızlık hali oluşturur³²⁰. Edimin ifasının bir hukuk normuyla yasaklanmış olması da hukuki imkânsızlık halini oluşturur³²¹. Sit alanı olan yere yüklenicinin inşaat yapmayı taahhüt etmiş olması hukuki imkânsızlık haline örnek verilebilir.

İmkânsızlığın birçok türü olması nedeniyle biz burada en temel olan önceki/sonraki ve objektif/sübjektif imkânsızlık ayrımları üzerinde duracağız.

Sözleşme ile borçlanılan edimin ifası, sözleşme kurulduğu esnada zaten imkânsız ise başlangıçtaki imkânsızlık söz konusudur³²². Ancak imkânsızlık, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkar ve edim borcunun yerine getirilmesine engel olursa sonraki imkânsızlık söz konusu olur³²³. Başlangıçtaki imkânsızlıkta TBK m. 27 vd. veya TBK m. 112 vd. hükümleri uygulama alanı bulurken; sonraki imkânsızlıkta TBK m.112 vd. veya TBK m.136 hükümleri uygulama alanı bulur³²⁴.

Sözleşme ile borçlanılan edimin borçlu dahil hiç kimse tarafından ifa edilememesine objektif imkânsızlık denir³²⁵. Ancak borçlanılan edim borçlu tarafından yerine getirilememesine rağmen üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebiliyorsa sübjektif imkânsızlık oluşur³²⁶. Doktrinde edim borçlu tarafından yerine getirilememesine rağmen üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebiliyorsa edimin ifasının mümkün olduğu, yani imkânsız olmadığı dolayısıyla buna sübjektif imkânsızlık kavramının değil, borçlunun güçsüzlüğü kavramının kullanmasının daha isabetli olacağı belirtilmektedir³²⁷. Objektif imkansızlığın varlığı halinde borçlu borcundan kurtulurken, sübjektif imkânsızlık halinde ise borç sona ermeyecektir³²⁸.

Yukarıda yapılan açıklamalara uyarınca özetle, eksik ifa ile imkânsızlık kavramları birbirinden farklı kavramlardır. İmkansızlıkta edimin yerine getirilmesi mümkün değilken, eksik ifa da borçlanılan edim sözleşmede belirlenen niteliklerden eksik olarak meydana getirilmektedir. Örneğin; sözleşme ile ipek elbise dikmeyi borçlanan terzinin diktiği elbisenin,

³¹⁹ Altunkaya, 2005: 94; Eren, 2017b: 1063;

³²⁰ Altunkaya, 2005: 94; Eren, 2017b: 1063.

³²¹ Altunkaya, 2005: 95; Eren, 2017b: 1064.

³²² Akıncı, 2014: 66; Altunkaya, 2005: 103; Aral, 2011: 69; Ayan, 2016: 422; Buz, 1994: 23; Eren, 2017b: 1064; Kılıçoğlu, 2014: 673.

³²³ Akıncı, 2014: 66; Altunkaya, 2005: 104; Aral, 2011: 69; Ayan, 2016: 422; Buz, 1994: 23; Eren, 2017b: 1064; Kılıçoğlu, 2014: 673; Oğuzman ve Öz, 2013: 91.

³²⁴ Aral, 2011: 69; Acun, 2018: 22; Eren, 2017b: 1064-1069; Kılıçoğlu, 2014: 673-675.

³²⁵ Akıncı, 2014: 66; Aral, 2011: 70; Arıkan, 2008: 267; Ayan, 2016: 422; Buz, 1994: 24; Eren, 2017b: 1065; Kılıçoğlu, 2014: 672; Oğuzman ve Öz, 2013: 91.

³²⁶ Altunkaya, 2005: 115; Aral, 2011: 71; Arıkan, 2008: 267; Ayan, 2016: 422; Buz, 1994: 24; Kılıçoğlu, 2014: 672; Oğuzman ve Öz, 2013: 91.

³²⁷ Aral, 2011: 71; Eren, 2017b: 1065.

³²⁸ Altunkaya, 2005: 89; Arıkan, 2008: 270.

düğmelerinin olmaması eksik ifa hali oluştururken; yeryüzünde hiç ipek kumaş kalmadığı için ipek elbise dikememesi imkânsızlık oluşturur. Dolayısıyla eksik ifade meydana getirilen eser, ifa amacıyla iş sahibine sunulabilmekteyken, imkânsızlıkta edim meydana getirilemediği için iş sahibine sunulamamaktadır.

2.1.2.4. Ek (İlave) İş Bakımından

Eksik iş ile ek iş kavramları birbirlerine benzeseler de karıştırılmaması gereken iki kavramdır. Eser sözleşmesinde yüklenicinin edimin genişlediği ya da değiştiği durumlarda iş değişikliği söz konusu olur³²⁹. Bu değişiklik genelde işi arttırma şeklinde ortaya çıkar. Ek iş, yüklenicinin sözleşme ile borçlandığı edimin sözleşmede tam olarak belirlenemeyen ve sözleşmenin yorumu ile de işin kapsamına dahil edilemeyen işler olarak ifade edilir³³⁰. Ek iş çoğu zamanda iş sahibinin talebi olmadan ortaya çıkan iş olarak da nitelendirilebilir³³¹. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin sözleşme ile kararlaştırılan bağımsız bölümden daha fazla bağımsız bölüm çıkarması durumunda, sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmede belirlenen paylaşım oranının fazla çıkarılan bağımsız bölümler üzerinde de uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bu durum Yargıtay kararlarında da benzer şekilde hüküm altına alınmıştır³³². Ancak fazla çıkarılan bağımsız bölümler kaçak olmamalıdır³³³. Sözleşmede belirlenmemesine rağmen ek işin, iş sahibinin açık veya örtülü rızasıyla yapıldığı durumlarda, sözleşme dışı bir borç ilişkisi söz konusu olacağından, yüklenici eserdeki kıymet artışı ve iş için harcanan masraflar göz önünde tutularak ortaya çıkan bedeli iş sahibinden talep edebilir. Ancak iş sahibinin bilgisi dışında yapılan işlerde gerçek vekaletsiz iş görme hükümleri gereğince sadece zorunlu ve yararlı masrafları talep edebilecektir³³⁴.

Görüldüğü üzere ek iş ile eksik iş kavramları birbirinden tamamen farklı kavramlar olmakla birlikte, eksik işte sözleşmede kararlaştırılan kısımların eserde hiç bulunmaması söz konusu iken; ek işte sözleşmede belirlenmeyen ve sözleşmenin yorumu gereği de eserde bulunması beklenmeyen ve çoğu zaman iş sahibinin talebi olmadan ortaya çıkan, eserdeki fazlalıklar olarak nitelendirilebilir.

³²⁹ Gümü, 2012: 30.

³³⁰ Gümü, 2012: 30; Özkan, 2015: 229.

³³¹ Gümü, 2012: 30.

³³² Y. 15. HD. T. 14.4.2008, E. 2007/3323, K. 2008/2400, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 25.06.2020), "...Dava dilekçesinde, taraflar arasında düzenlenen 30.05.1989 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince davacı yüklenicinin üzerine düşen edimi yerine getirdiği, sözleşmede kararlaştırılardan fazla iki bağımsız bölüm yapıldığı, sözleşmedeki paylaşım oranına göre davacı payının %63 olduğu iddia edilerek, fazladan yapılan iki bağımsız bölümün (dükkan) davalı adına olan tapularının iptal edilerek %63'ünün yüklenici adına tesciline karar verilmesi talep edilmiştir. Taraflar arasındaki 30.05.1989 tarihli sözleşmede kabul edilen paylaşım oranı, aksi sözleşmede kararlaştırılmadığından, fazla yapılan bölümler için de geçerlidir...".

³³³ Gümü, 2012: 30, 31.

³³⁴ Gümü, 2012: 31.

2.1.2.5. Aşırı İfa Güçlüğü Bakımından

Aşırı ifa güçlüğü kavramı TBK m.138’de genel hükümler altında düzenlenmiştir. Bu hüküm ile sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ifayı güçleştirici durumların sözleşmeye uyarlanmasına veya sona erdirilmesine imkân sağlamaktadır³³⁵. Bu hükmün özel görünümü eser sözleşmesinde düzenlenen TBK m.480/II’de; başlangıçta öngörülmeyen, öngörülse de göz önünde tutulmayan sebepler dolayısıyla sözleşmede belirlenen götürü bedelle işin tamamlanması son derece güçleşirse yükleniciye sözleşmenin uyarlanmasını isteme hakkı veren; sözleşmenin uyarlanması mümkün olmazsa sözleşmeden dönme veya fesih hakkını veren benzer düzenlemedir. Eski Borçlar Kanunu’nda aşırı ifa güçlüğü ile ilgili genel bir düzenleme bulunmazken, istisna sözleşmesine özgü TBK m.480/II’ye karşılık gelen e.BK m.365/II yer almaktaydı³³⁶.

Aşırı ifa güçlüğü, sözleşmenin kurulduğu sırada var olmayan ve var olması da öngörülmeyen ve borçludan kaynaklanmayan olağanüstü durumlar sebebiyle sözleşmenin ifasının dürüstlük kuralı gereğince borçludan beklenemeyecek şekilde değişmesidir³³⁷. Borçlu bu durumda borcunu henüz ifa etmemişse hâkimden sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını isteyebilir. Uyarlamanın mümkün olmadığı durumlarda ise borçlu sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Ancak sürekli edimli sözleşmelerde kural olarak borçlu dönme yerine fesih hakkını kullanır (TBK m.138/I).

Aşırı ifa güçlüğünde eksik ifadan farklı olarak borçlu sözleşme ile borçlandığı edimi yerine getirememektedir. Dolayısıyla bir eser meydana getirememiş ve ifa amacıyla iş sahibine sunamamıştır. Oysa eksik ifada sözleşmede belirlenen eser meydana getirilmiş olmakla birlikte eksik meydana getirilmiştir ve bu haliyle iş sahibine sunulmuştur. Bu iki kavram gerek düzenlendiği hükümler gerekse sonuçları bakımından birbirinden farklıdır.

2.1.2.6. Kısmi İfa Bakımından

Belirli bir borç ilişkisinde veya sözleşme ile kararlaştırılan ve muacceliyet tarihi belli olan bir borcun muaccel olduğu vakitte tamamen ifa edilmediği durumlarda kısmi ifa söz konusu olur³³⁸. Borçlu edimin bir bütün olarak borçlandığı için kural olarak tamamını ifa etmek zorundadır³³⁹. Ancak bazı durumlarda borçlu kısmen ifada bulunabilir.

Parçalara ayrılması halinde niteliğinde esaslı değişme meydana gelen edimlere bölünemez edim denirken; parçalara ayrılması halinde niteliğinde esaslı değişme olmayan

³³⁵ Helvacı, 2011: 302; Oğuzman ve Öz, 2013: 579.

³³⁶ Acun, 2018: 28; Oğuzman ve Öz, 2013: 579.

³³⁷ Eren, 2017b: 502; Helvacı, 2011: 302; Oğuzman ve Öz, 2013: 579; Yavuz, 2013: 838.

³³⁸ Eren, 2017b: 946.

³³⁹ Antalya, 2019: 141; Eren, 2017b: 946.

edimlere “bölünebilir edim” denir³⁴⁰. Kısmen ifa borçlanılan edimin bölünebilir olduğu durumlarda yapılabilir. Nitekim bölünemez edimlerde edimin niteliği gereği kısmi ifa mümkün değildir³⁴¹. Sanat eseri niteliği taşıyan bir tablo veya motorlu araç bölünemez edime örnek olarak verilirken para borçları veya misli şeyleri içeren borçlar bölünebilir borca örnek olarak verilebilir³⁴².

Öncelikle eksik ifa ve kısmi ifa hallerinin oluşabilmesi için borcun ifa zamanının gelmesi yani borcun muaccel olması gerekmektedir³⁴³. Dolayısıyla muacceliyet kavramı eksik ve kısmi ifa kavramlarının oluşması için ortak şarttır.

Bazı yazarlara göre eksik ifa, kısmi ifanın bir türü olarak nitelendirilmektedir³⁴⁴. Kanaatimizce böyle bir genelleme yapmak yerinde değildir. Zira eser sözleşmesi ile kararlaştırılan eser bölünebilir ya da bölünemez nitelikte olabilir. Kısmi ifa hali bölünebilir, edimlerde meydana gelirken; eksik ifa hali hem bölünebilir hem de bölünemez edimlerde meydana gelmektedir. Bu durum da bölünebilir bir edimin varlığında eksik ifa ve kısmi ifa halleri örtüşmektedir. Dolayısıyla bölünebilir bir yapma borcunun eksik olarak ifa edilmesi hali kısmi ifa olarak nitelendirilebilir³⁴⁵. Nitekim bölünemeyen bir yapma borcunun eksik ifası halinde artık borcun gereği gibi ifa edilmemesi gündeme gelir. Son olarak yapmama borçlarının eksik ifası mümkün değildir³⁴⁶.

2.2. Eksik İfade Teslim Sorunu

2.2.1. Genel Olarak

Eser sözleşmesinin eksik olarak ifa edilmesi halinde uygulanacak hükümlerin belirlenebilmesi için öncelikle hukuken teslimin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi gerekir. Teslim, sözleşmeye uygun olarak tamamlanıp meydana getirilen eserin, ifa amacıyla iş sahibinin hakimiyet alanına sokulmasını ifade eder³⁴⁷. Yüklenicinin borcu eseri teslim ile sona erer³⁴⁸. Teslim ile eserdeki yarar ve hasar iş sahibine geçer. Dolayısıyla iş sahibine eseri gözden geçirme ve ayıbbı bildirme külfeti doğar³⁴⁹.

³⁴⁰ Eren, 2017b: 946.

³⁴¹ Akıncı, 2017: 1402; Antalya, 2019: 142; Eren, 2017b: 946.

³⁴² Antalya, 2019: 143; Eren, 2017b: 946.

³⁴³ Demirbaş, 2018: 159.

³⁴⁴ Demirbaş, 2018: 157.

³⁴⁵ Demirbaş, 2018: 161.

³⁴⁶ Demirbaş, 2018: 158.

³⁴⁷ Acar, 2013: 8; Eren, 2017a: 622; Gümüş, 2012: 27,28; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 484.

³⁴⁸ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 484.

³⁴⁹ Eren, 2017a: 622.

Teslimin, eserin bütün olarak tamamlanması ve ifa amacıyla iş sahibine sunulması olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır³⁵⁰. Eserin tamamlanmasından kasıt kural olarak sözleşme ile belirlenmiş bütün işlerin yapılmış olmasıdır³⁵¹. Yargıtay ise bu durumu “objektif ölçütler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir olma” şeklinde kabul etmektedir. Dolayısıyla eserin hukuken tesliminin gerçekleştirilebilmesi için sözleşmede kararlaştırılan tüm işlerin tamamlanması gerekmektedir. İş sahibi tamamlanmamış eseri teslim almak zorunda değildir³⁵². Ancak eserin teslim edildiğini yüklenici kanıtlamalıdır³⁵³. Tamamlanmamış ve ifa amacıyla kendisine sunulan eseri teslim almaktan kaçınan iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşer³⁵⁴.

Yüklenicinin eseri teslim borcunun karşılığını, iş sahibinin eseri teslim alma borcu oluşturur³⁵⁵. Teslim alma kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir. Dolayısıyla açık, örtülü veya farazi olarak yapılabilir³⁵⁶. Ancak bazı durumlarda eserdeki eksikliğe rağmen teslim gerçekleşir³⁵⁷. Örneğin; iş sahibi eserdeki eksikliğe rağmen eseri kabul edeceğini yükleniciye bildirmesi halinde teslimin gerçekleşeceği kabul edilir³⁵⁸. Bazı durumlarda da dürüstlük kuralı gereği eserin teslim edildiğinin kabulü gerekir³⁵⁹. Örneğin; yüklenici eksik bir eseri ifa amacıyla iş sahibine sunduğunda, iki tarafta uzun zaman teslim gerçekleşmiş gibi davranarak birbirlerine haklı bir güven oluşturduktan sonra iş sahibinin eseri eksik olduğu gerekçesiyle teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı kabul edilerek teslimin gerçekleştiği kabul edilir³⁶⁰.

İş sahibinin tamamlanmamış eksik bir eseri fiilen kullanmaya başlaması iş sahibinin eseri mevcut durumuyla teslim aldığına karinedir. Ancak iş sahibi bazı zorunluluklar sebebiyle

³⁵⁰ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 485.

³⁵¹ Kurt, 2012: 70.

³⁵² Kurt, 2012: 70; Paket, 2019: 90.

³⁵³ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 486.

³⁵⁴ Aral ve Ayrancı, 2012: 347; Eren, 2017a: 622; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 485,486.

³⁵⁵ Aral ve Ayrancı, 2012: 347.

³⁵⁶ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 485.

³⁵⁷ Kurt, 2012: 70.

³⁵⁸ Kurt, 2012: 70.

³⁵⁹ Duman, 2018: 750; Y. 15 HD. T. 3.11.2004, E. 2004/1391, K. 2004/5609, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 19.05.2020), “...Davacı vekili devir yoluyla yanlar arasında yapılan ve Antalya 2.Noterliğince doğrudan düzenlenen 05.07.1993 tarihli ve 22247 yevmiye sayılı "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" gereğince, davalının maliki bulunduğu A İli A Köyünde bulunan ve 1453 Ada, (10) parsel sayılı tapulu taşınmaza yapımını yüklediği inşaatı %99 oranında tamamladığını; davalının tutum ve davranışları sebebiyle noksanları tamamlayamadığını, sözleşme hükümleri uyarınca verilmesi gereken (1) nolu dükkân ile (3) nolu dairenin tapusunun davalı tarafından verilmediğini ileri sürerek, davalı adına olan tapularının iptali ile davacı adına tapuya tesciline karar verilmesini istemiştir.....yukarıda açıklanan şekilde mahkemece araştırma ve inceleme yapılarak; dava tarihi itibarıyla eksik ve kusurlu işler ve bedeli saptanmalı; işin eksik ve kusurunun niteliği, derecesi ve giderim tutarı itibarıyla arsa sahibince reddiyle teslim alınmaması, Medeni Yasanın 2.maddesi gereğince objektif iyi niyet kurallarına aykırı ise eksik ve kusur bedelinin yüklenici tarafından arsa sahibine ödenmesi koşuluyla birlikte ifaya; aksi halde ise, işin bitirilmiş olması aşamasına göre dava konusu bağımsız bölümlerin tescilinin istenebileceği gözetilerek, inşaatın tamamlanmamış olması durumunda da davanın reddine karar verilmelidir... ”.

³⁶⁰ Ayan, 2008: 45,46; Duman, 2018: 750; Kurt, 2012: 70.

(ekonomik sıkıntı) veya ihtirazi kayıt ileri sürerek eksik eseri kullanmaya başladığı takdirde teslimin gerçekleştiği söylenemez³⁶¹.

Bazı durumlarda da eserdeki eksikliğin önemine göre teslimin gerçekleştiği savunulabilir. Eksikliğin önemli olup olmadığına ise eserdeki eksikliğin toplam işe oranına bakılarak karar verilir³⁶². Buna göre eserdeki eksiklikler önemsiz derecede ise iş sahibinin eserin tamamlanmış olduğu gerekçesiyle teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmesi dürüstlük kuralı gereği hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceğinden teslimin gerçekleştiği kabul edilir³⁶³. Orta derecede önemli eksikliklerde ise iş sahibi teslim almayı açıkça reddetmezse teslim gerçekleşmiş sayılır³⁶⁴. Ancak önemli eksikliklerin varlığı halinde teslim gerçekleşmeyecektir³⁶⁵.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda eksik ifade teslim mümkündür. Teslimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin değerlendirme eksikliğin toplam eserdeki yapılan işlere oranına bakılarak tespit edilecektir.

2.2.2. Önemsiz ve Küçük Eksikliklerde Teslim

Eserin tamamına oranla küçük bir kısmının tamamlanmamış olması sebebiyle ortaya çıkan eksikliğe “önemsiz eksiklik” denir. Önemsiz eksiklik GAUCH’un ifade ettiği gibi, yapının tamamına oranla çok küçük bir kısmının eksik olması olarak belirtilmiştir³⁶⁶. Bu önemsiz eksiklikler hiçbir zaman teslime engel olmaz³⁶⁷. Zira eserde sadece önemsiz eksiklikler bulunduğu takdirde, iş sahibi eserin tamamlanmamış olduğu gerekçesiyle teslimin gerçekleşmediğini ileri süremeyecektir³⁶⁸. Nitekim iş sahibinin teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmesi dürüstlük kuralı gereği hakkın kötüye kullanımını teşkil eder ve eserin teslim edildiği kabul edilir³⁶⁹. Bu tür eksikliklerde teslimin gerçekleşmesi için yüklenicinin iradesi tek başına yeterlidir³⁷⁰. Dolayısıyla iş sahibinin eseri önemsiz eksiklikleri bulunması sebebiyle teslim almayacağını belirtmesinin hiçbir önemi bulunmaz³⁷¹. Yargıtay da eserde bulunan eksikliklerin

³⁶¹ Kurt, 2012: 71.

³⁶² Ayan, 2008: 48; Kurt, 2012: 70,71.

³⁶³ Ayan, 2008: 45; Duman, 2018: 750; Gür, 2017: 109; Kurt, 2012; Özay, 2020: 129.

³⁶⁴ Ayan, 2008: 51; Duman, 2018: 750.

³⁶⁵ Ayan, 2008: 50.

³⁶⁶ Ayan, 2008: 49.

³⁶⁷ Ayan, 2008: 49.

³⁶⁸ Duman, 2018: 750; Kurt, 2012: 70.

³⁶⁹ Akça, 2012: 25; Ayan, 2008: 45; Duman, 2018: 750; Kurt, 2012: 70; Özay, 2020: 129; Turanboy, 1990: 155.

³⁷⁰ Ayan, 2008: 45

³⁷¹ Ayan, 2008: 45; Duman, 2018: 751.

küçük ve iş sahibi tarafından katlanılabilir boyutta olduğu durumlarda teslimin gerçekleşeceğini kabul etmektedir³⁷².

Yüklenici ifa amacıyla teslim iradesini açık veya örtülü olarak iş sahibine bildirmesinin ardından somut olayın özelliklerine göre ve eksik kalan işin niteliğine ve niceliğine göre iş sahibinin eseri mevcut haliyle kabul etmesinin dürüstlük kuralı gereği beklendiği hallerde ifanın ve dolayısıyla da teslimin gerçekleştiğini kabul etmek gerekmektedir³⁷³. Nitekim eksik bırakılan iş tamamlanana oranla çok küçük bir önem taşıyorsa iş sahibinin ifa amacıyla teslimi reddetme hakkı yoktur³⁷⁴. Bu dürüstlük kuralının bir gereğidir. Örneğin; yeni yapılan bir okulda diğer tüm işler tamamlanmasına rağmen iki adet musluğun takılmamış olması, yeni yapılan bir depoda diğer tüm duvarlar boyanmasına rağmen sadece bir duvarın boyanmamış olması³⁷⁵ veya yüklenici tarafından meydana getirilen bir binadaki bağımsız bölümün kapı kolunun veya banyo havluluklarının takılmamış olması³⁷⁶ önemsiz eksikliklere örnek verilebilir. Ancak bazı durumlarda eksiklik toplam yapılan işe nazaran önemsiz olarak gözüke de tali nitelikte olmadığı için önemli eksiklik olarak kabul edilebilir³⁷⁷. Örneğin meydana getirilen bir dağ evinde şöminenin yapılmamış olması küçük bir eksiklik olarak gözüke de somut olay tüm koşulları ile birlikte değerlendirildiğinde şöminenin bulunmaması nitelik bakımından dağ evinin kullanılmasına engel teşkil etmektedir. Dolayısıyla böyle bir durumda eksiklik önemli bir eksiklik sayılarak iş sahibinin şöminesi bulunmayan bir dağ evinin teslimini reddedebileceği kabul edilir³⁷⁸.

Sonuç olarak eksikliğin eserin tamamına oranla önemsiz bir kısmını teşkil ettiği hallerde yüklenicinin teslim için iradesi yeterli olup iş sahibinin dürüstlük kuralı gereği teslimi reddetme hakkı yoktur. Bu durumda teslimin gerçekleştiği kabul edilir. Ayrıca ifanın ve teslimin gerçekleşmiş sayılması için iş sahibinin eseri mevcut haliyle teslim aldığı yönünde yüklenici nezdinde güven oluşturmaması gerekmez³⁷⁹.

³⁷² Y. 15. HD. T. 03.11.2004, E. 2004/1391, K. 2004/5609, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 07.06.2020).

³⁷³ Ayan, 2008: 49; Duman, 2018: 750; Özey, 2020: 130.

³⁷⁴ Ayan, 2008: 49.

³⁷⁵ Ayan, 2008: 49.

³⁷⁶ Kurt, 2012: 71.

³⁷⁷ Kurt, 2012: 71.

³⁷⁸ Kurt, 2012: 71.

³⁷⁹ Ayan, 2008: 49; Y. 13. HD. T. 27.01.2000, E. 1999/8766, K. 2000/497, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 12.06.2020), "...davacı ilk davada da eksikliklerin aynen ifası isteminde bulunmuş, 17.3.1994 gün ve 245-121 sayılı mahkeme kararında, keşif yoluyla alınan 22.12.1992 ve 30.12.1993 günlü bilirkişi raporlarındaki tesbitlere göre, inşaatın tamamına yakınının bitirilmiş olduğu benimsenerek aynen ifa istemi kabul edilmemiş, bu yön Dairemizin 18.10.1994 gün ve 7344-8853 sayılı bozma kararında, davacının bu yöne ilişkin temyiz itirazlarına rağmen bozma nedeni yapılmamış ve davacı tarafından karar düzeltme yoluna da gidilmemiş; sonuçta mahkemece verilen 2.4.1998 günlü kararla, ilk davada 65,000 DM. Tutarındaki cezai şart bedelinin tahsiline hükmedilip, mevcudiyeti kabul edilen eksik işlerin çok cüzi miktarda bulunmaları nedeniyle, aynen ifa ya da bedelin ödetilmesi istemi, ceza tazminatı içinde mütalaa edilmiş ve bu yön davacı tarafından temyiz edilmemek suretiyle bu şekilde

2.2.3. Önemli ve Büyük Eksikliklerde Teslim

Yüklenici tarafından meydana getirilen eserdeki eksiklikler, tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları esere oranla küçük ve önemsiz olarak değerlendirilemiyorsa eksiklik büyük ve önemli olarak nitelendirilir. Eserdeki eksikliklerin büyüklüğü ve önemi sebebiyle yüklenicinin ifa iradesinde bulunmadığı varsayılır ve eserin tesliminin gerçekleşmesi mümkün değildir³⁸⁰. Bir başka ifadeyle eksiklik tarafların sözleşmede belirledikleri işin hacmine ve eksik kalan işlerin niteliğine bakıldığında mevcut eserin dürüstlük kuralı gereği iş sahibinden beklenmediği durumlarda artık teslimin gerçekleşmeyeceği kabul edilir³⁸¹. Hatta iş sahibinin önemli ve büyük eksikliklerin varlığı halinde mevcut eseri kullanmaya başlaması ile de teslimin gerçekleşmeyeceği kabul edilir. Çünkü iş sahibinin eseri kullanmaya başlaması tesellüm iradesi yerine geçmeyecektir³⁸². Örneğin; yüklenicinin anahtar teslim olarak yapmayı üstlendiği bir evin sıvalarının yapılmamış, pencerelerinin takılmamış olmasına rağmen iş sahibinin evi mevcut haliyle kullanmaya başlaması eserin teslimi anlamına gelmez³⁸³. Bu durumda iş sahibinin mevcut eseri kullanmaya başlaması yükleniciyi yalnızca kira ve gecikme tazminatı yönünden sorumluluktan kurtarır³⁸⁴. Yargıtay'ında bu görüşe benzer kararları

kesinleşmiştir. Hal böyle olunca, davacı, satışa konu villayı ilk davanın açıldığı tarihte teslim almış sayılır ve o nedenle de daha sonraki dönem için gecikmeden dolayı cezaî şart parası isteyemez. Öte yandan, cüzi nitelikte oldukları ve kısa bir süre içerisinde tamamlanabilecekleri anlaşılan bu eksikliklerin davacı tarafından tamamlanmayıp, yüksek miktardaki ceza bedelinin olabildiğince uzun bir süre için ödenmesini sağlamak amacıyla beklenilmiş olması, Medeni Kanunun 2. Maddesindeki objektif iyiniyet kurallarıyla da bağdaşmaz... ”.

³⁸⁰ Ayan, 2008: 50.

³⁸¹ Ayan, 2008: 50; Duman, 2018: 750.

³⁸² Ayan, 2008: 50; Duman, 2018: 750.

³⁸³ Ayan, 2008: 50.

³⁸⁴ Gür, 2017: 111; Y. 23. HD. T. 5.5.2016, E. 2015/1004, T. 2016/2932, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 05.02.2017), “...Asıl davada davacı vekili, müvekkili ile davalı arsa sahibi arasında yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sebebiyle müvekkilin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirerek yapı kullanma iznini almış olmasına rağmen davalı arsa sahibinin sözleşme uyarınca müvekkiline düşen bağımsız bölümlerin tapularını devretmekten kaçındığını ileri sürerek, zemin kat 1 numaralı ve 1. kat 2 numaralı bağımsız bölümlerin davalı adına olan tapu kayıtlarının iptali ile davacı adına tapuya tescilini talep ve dava etmiştir. Asıl davada davalı vekili, davacının inşaatı sözleşmeye uygun bir şekilde yapmadığını, eksik işler yaptığını savunarak, asıl davanın reddini istemiş; karşı davada ise, 16 aylık kira alacağı olduğunu ileri sürerek, 8.000,00 TL'nin dava tarihinden itibaren işleyecek faizi ile tahsilini talep ve dava etmiştir. ...Gecikme tazminatı kural olarak sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden, (teslim edilmesi gereken tarihten) eserin eksiksiz ve ayıpsız olarak sözleşmeye uygun biçimde fiilen teslim edildiği tarihe kadar ya da iş sahibinin bağımsız bölümü fiilen kullanmaya başladığı veya üçüncü kişiye oturulabilir şekilde kiraya verdiği ya da (teslim edilmesi gereken tarihten sonra) sattığı tarihe kadar istenebilir. Kiraya vermek suretiyle ekonomik yarar sağlandığında gecikme tazminatı istenemez. Davalının teslim edilmesi gereken tarihe uymayıp temerrüde düştüğü tarihten önce pay satışı yapan arsa sahibi gecikme tazminatı isteyemez. Çünkü, gecikme tazminatı, alacaklının borcun geç ifa edilmesinden uğradığı zararı karşılamayı amaçlar ve alacaklının borcun gecikmeden ifa edilmesindeki çıkarını sağlamaya yöneliktir. Temerrüde düşen borçlu, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. ...818 Sayılı TBK BK'nın 81. (TBK'nın 97.) maddesine göre, karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifasını talep eden kimse sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, kural olarak kendi borcunu ifa etmedikçe karşı taraftan edimin ifasını isteyemez. Somut olayda asıl davada davalı, eksik ve ayıplı işler bulunduğunu savunmuş, karşı davası ile de, gecikme tazminatı talep etmiş olup, davalı arsa sahibinin sözleşmeden doğan haklarını, teminat altına alabilmek amacıyla elde tutulan bağımsız bölüm veya bölümlerin eksik ve ayıplı işleri tamamlamadan veya bedeli ile gecikme tazminatı ödenmeden, sözleşmeye uygun olarak teslim olgusunun gerçekleştiği kabul edilemeyeceğinden, davacı yüklenici tescile hak kazanamaz... ”.

mevcuttur³⁸⁵. Bazı yazarlar eksikliğin niteliğini önemsemeden iş sahibinin henüz tamamlanmamış bir eseri kullanmaya başlamasını tesellüm olarak kabul etmektedir. Ancak iş sahibi içinde bulunduğu zorunlu sebepler nedeniyle eseri kullanmaya başlamışsa tesellümün gerçekleşmeyeceği belirtilmiştir³⁸⁶. Hatta iş sahibinin sessiz kalarak eserdeki eksiklikleri tamamlamaya çalışması bile teslimin gerçekleştiği anlamına gelmez³⁸⁷.

Kurt'a göre de eksikliğin önemli olması iş sahibinin eseri teslim almak zorunda olup olmadığına göre önem taşır. Zira iş sahibi eksiklik önemli olmasına rağmen eseri mevcut haliyle zorunlu olarak değil de özgür iradesiyle ifa olarak kabul etmişse, artık iş sahibinin teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır³⁸⁸. Yazara göre iş sahibinin zorunlu olarak mı yoksa ihtiyari olarak mı eseri kullanmaya başladığı somut olayın tüm özellikleri göz önüne alınarak değerlendirilmelidir³⁸⁹. Örneğin oturabileceği bir başka evi bulunmasına rağmen eksiklikleri bulunan eve yerleşen iş sahibinin eksik eseri özgür iradesiyle ifa olarak teslim aldığı söylenebilir³⁹⁰.

Teslimin gerçekleşmesi için eserin ifa amacıyla iş sahibini hakimiyet alanına sokulması gerekir. Kanaatimizce önemli ve büyük eksiklikler bulunan eserin ifa amacı güttüğü söylenemez. Nitekim yüklenici sözleşme ile meydana getirmeyi vaat ettiği eseri önemli ve büyük eksikliklerle meydana getirmiştir. Önemli ve büyük eksikliklerde dürüstlük kuralı gereği teslimin gerçekleşmeyeceğinin kabulü gerekir. İş sahibinin eseri kullanmaya başlamış olması teslimin gerçekleştiği anlamını taşımaz. Zira iş sahibinin tüm girişimlerine rağmen yüklenici tarafından eksiklikleri tamamlanmaya eserin ziyan edilmiş durumda bırakılması düşünülemez. Bu tür eksikliklerin varlığında teslim TBK m.113 ya da TBK m.473 hükmü uygulamak suretiyle, eksikliklerin iş sahibince üçüncü kişilere tamamlatılması anında gerçekleşmiş sayılır. Örneğin anahtar teslim eser sözleşmesinde, sıvanın yapılmadan inşaatın terk edilmesi durumunda teslim ve ifa eksikliklerin iş sahibince üçüncü kişilere tamamlattırıldığı tarihte gerçekleşmiş sayılır³⁹¹.

³⁸⁵ Y. 23. HD. T. 21.03.2016, E. 2014/9545, K. 2016/1741, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 05.07.2020), "...Taraflar arasında 12.03.1997 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalanmış, inşaatın eksikliklerinin tazmini için....Asliye Hukuk Mahkemesi'nin sayılı ilamında sözleşme uyarınca yapılan inşaatın tümüyle kaçak olduğu, tasdikli proje ve ruhsata uygun hale getirilmesinin mümkün bulunmadığı belirlenmiş ve bu belirleme üzerine davanın reddine dair karar Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiştir. Bu durumda henüz ifadan söz etmek mümkün değildir. İfa henüz gerçekleşmediğine göre gerek arsa sahipleri gerekse yükleniciden yer alan üçüncü kişilerin bu yerde oturması da bu olguyu değiştirmez..."

³⁸⁶ Seliçi, 1978: 37.

³⁸⁷ Ayan, 2008: 50.

³⁸⁸ Kurt, 2012: 71.

³⁸⁹ Kurt, 2012: 71.

³⁹⁰ Kurt, 2012: 71.

³⁹¹ Ayan, 2008: 50.

2.2.4. Orta Derecede Önemli Eksiklerde Teslim

Orta derecede önemli eksiklikler eserin iş sahibi tarafından kullanılmasına engel olmayan ancak eserden faydalanmasını etkileyen eksikliklerdir³⁹². Bu eksiklikler teslimde engel olmayan önemli ve küçük eksiklikler ile teslimin mümkün olmadığı önemli ve büyük eksiklikler arasında yer alır³⁹³. Bu eksikliklere evin bir odasının boyasının yapılmamış olması, mutfak dolaplarının takılmamış olması³⁹⁴, elektrik tesisatının döşenmiş olmasına rağmen bir odanın elektrik priz ve anahtarlarının takılmamış olması örnek verilebilir.

Bu tür eksikliklerde teslimin gerçekleşmesi, iş sahibinin tesellüm iradesine bağlıdır. Bir başka ifadeyle yüklenicinin teslim iradesinden sonra, iş sahibinin teslimi reddetmediği ve eseri mevcut haliyle ifa olarak kabul ettiğini açık veya örtülü olarak bildirmesi aranır³⁹⁵. İş sahibinin kendisine ifa ve teslim amacıyla sunulan eseri uygun bir süre içinde ifa olarak kabul etmediğini veya ihtirazi kayıt koyduğunu belirtirse ifa gerçekleşmemiş sayılır³⁹⁶. İhtirazi kayıt ile henüz tam bir ifa gerçekleşmediği için yüklenicinin borcunu sona erdirmeye iradesine engel olunmaktadır³⁹⁷. İş sahibinin ihtirazi kayıt koymaması halinde yüklenicinin eserin bu haliyle teslim alındığına dair haklı haklı güveni korunur ve teslimin gerçekleştiği kabul edilir³⁹⁸. Ayrıca iş sahibinin teslim anında görülen eksikliklere rağmen susması, ihtirazi kayıt koymadan eseri kullanması ya da kiraya vermesi halinde de teslimin gerçekleştiği kabul edilir³⁹⁹. Ancak iş sahibi ihtirazi kayıt koyduktan sonra eseri kullanmaya başlarsa teslimi kabul ettiği anlamına gelmez⁴⁰⁰. İş sahibinin tesellüm iradesinin bulunmadığı halde teslim gerçekleşmemiş sayıldığı için iş sahibi ifa etmemeyle doğan haklarının kullanabilir, yani yüklenici temerrüdü oluşur⁴⁰¹.

Yüklenicinin eser sözleşmesiyle bir bina meydana getirmeyi taahhüt ettiği ve yapı kullanma iznini de alma yükümlülüğünü üstlendiği sözleşmede yapı kullanma izninin alınmamasının eksiklik mi yoksa ayıp mı olduğu konusu tartışmalıdır.

³⁹² Özkan, 2015: 224.

³⁹³ Ayan, 2008: 51.

³⁹⁴ Ayan, 2008: 51.

³⁹⁵ Ayan, 2008: 50; Duman, 2018: 750.

³⁹⁶ Ayan, 2008: 51.

³⁹⁷ Yılmaz, 2015: 72.

³⁹⁸ Ayan, 2008: 51; Duman, 2018: 750.

³⁹⁹ Ayan, 2008: 51; Y. 23. HD. T. 29.12.2015, E. 2015/7535, K. 2015/8560, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 27.07.2020), "...Her ne kadar, mahkemece iskan ruhsatının alındığı tarih, teslim tarihi olarak kabul edilmiş ve buna göre hesaplama yapılmış ise de, 20.9.2007 tarihli oturumda beyanları alınan davalı tanıkları .. , .. , .. 'in davalının son 2-3 yıldır evinde oturduğuna dair beyanları üzerinde durularak, davalının ve kiracısının villalarda hangi tarihlerden itibaren oturmaya başladıklarının net olarak belirlenip, varsa kira sözleşmesi, su, elektrik, doğalgaz abonelikleri ile ilgili belgeler de taraflardan sorulup getirtilerek, teslim tarihleri net olarak belirlenip, gerekirse bilirkişiden davacının gecikme tazminatı sebebiyle borçlu olup olmadığı hususunda ek rapor alınarak, davacı yüklenicinin gecikme tazminatı borcu var ise borcun miktarı da belirlendikten sonra oluşacak uygun sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekir...".

⁴⁰⁰ Ayan, 2008: 51; Duman, 2018: 750.

⁴⁰¹ Ayan, 2008: 51.

Bir görüşü göre⁴⁰² yapı kullanma izninin alınmamış olması orta derecede bir eksiklik oluşturur, bu izin alınmadığı sürece yapı hukuken tamamlanmış sayılmaz. Dolayısıyla iş sahibinin eseri mevcut haliyle kabul etme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴⁰³. İş sahibi yapı kullanma izni alınmadığı ihtirazi kaydını ileri sürerek eseri kullanmaya başlasa dahi hukuki anlamda teslim gerçekleşmez.⁴⁰⁴

Diğer görüşe⁴⁰⁵ göre yapı kullanma izninin alınmamış olması hukuki ayıp niteliği taşır. Yargıtay'ın yerleşik kararları da bu yöndedir. Hatta Yargıtay bir kararında yapı kullanma izninin alınmamış olmasını açık ayıp olarak kabul etmiş ve iş sahibinin teslim sırasında çekince ileri sürmemiş olması nedeniyle yüklenicinin sorumluluktan kurtulduğunu kabul etmiştir⁴⁰⁶. Yargıtay bu kararıyla yapı kullanma izni alınmamış bir eserin hukuken tesliminin gerçekleşeceğini örtülü olarak kabul etmiştir.

Kanaatimizce yapı kullanma izninin alınmamış olması eksik ifa halini oluşturur. Aksi halde yüklenicinin sorumluluğuna gidebilmek için, iş sahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi gerekecektir. Bu durum hakkaniyete uygun değildir. Ayrıca bu durum GAUCH'un eksiklik ve ayıp kavramlarını ayırmak için kullandığı kıstas ile de uyumludur. Çünkü yapı kullanma izninin alınması için mevcut eserde değişiklik yapmadan ya da esere zarar vermeden başvuru ile alınabilmektedir. Dolayısıyla yapı kullanma izninin alınmamış olması eksiklik halini oluşturur.

⁴⁰² Ayan, 2008: 52,53.

⁴⁰³ Y. 15. HD. T. 14.4.2005, E. 2004/4051, K. 2005/2296, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi:28.07.2020), "...20.9.2002 tarihli sözleşmede genel iskanın kooperatifçe alınacağı, sözleşme tarihinden itibaren 12 ay içinde teslim edilmemesi halinde her bir daire için aylık 150 USD ödeneceği kararlaştırılmıştır. Dava 20.9.2001-20.3.2002 tarihleri arasındaki dönemi kapsamakta olup bu süre içinde iskan ruhsatının alınmadığı anlaşılmaktadır. Davadan sonra alınan 27.5.2002 tarihli "genel iskan raporu" başlıklı belgede, bu belgenin yapı kullanma izni yerine geçmeyeceği açıklanmıştır. Davacı arsa sahibi, iskan ruhsatı mevcut olmayan binayı teslim almaya zorlanamayacağına ve gecikmede kendisine kusur yükletilemeyeceğine göre mahkemece davacının bu dönem için gerçekleşen döviz alacağının dava tarihinden itibaren döviz faizi ile birlikte fiili ödeme tarihindeki TL karşılığına hükmedilmesi gerekir...".

⁴⁰⁴ Ayan, 2008: 53.

⁴⁰⁵ Seliçi, 1978: 138.

⁴⁰⁶ Y. 15. HD. T. 04.10.1989, E. 1989/2731, K. 1989/4015, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 02.07.2020), "...Taraflar arasındaki sözleşmede iskan ruhsatının alınması davalıya yükletilmiş olup, bunun alınmadığı sürece sözleşmenin devam edeceği belirtilmiştir. Ne var ki davalı yüklenici, inşaatı ikmal ettiğini ve davacıya teslim ettiği zaman herhangi bir itiraz ileri sürülmediğini ileri sürmüştür. İkmal ve davacıya teslim edildiği hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Öte yandan, oturma izninin alınmaması açık bir hukuki ayıp teşkil eder. Borçlar Kanunu madde 362 hükmü gereğince iş sahibi eseri teslim alırken bunun kusur ve ayıplarını yükleniciye derhal ihbar etmesi gerekir. Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Somut olayda davacının eseri teslim alırken oturma izninin sözleşme gereğince alınmadığını, buna dair haklarını saklı tuttuğunu davalıya bildirdiğini ispatla yükümlü olduğu halde, bu hususta herhangi bir kanıt göstermemiştir. O halde davalı yükümlünün sorumluluğundan söz edilemez...".

2.3. Teslimin Gerçekleşmesi Halinde Uygulanacak Hükümler

Eser sözleşmesinde teslimin gerçekleşebilmesi için daha öncede belirtildiği üzere sözleşme ile meydana getirilmesi kararlaştırılan eserin bütün olarak tamamlanması gerekmektedir. Tamamlanmasından kasıt sözleşme ile kararlaştırılan bütün işlerin bitirilmiş olmasıdır. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, eserdeki bulunan eksikliklere rağmen teslimin gerçekleşebileceği bazı istisnai durumlar mevcuttur.

Eserde bulunan eksikliklere rağmen teslimin gerçekleşeceği bu istisnai durumlarda, eksik işler yönünden hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağını tespiti gerekmektedir.

2.3.1. Doğrudan Ayıp Hükümlerinin Uygulanacağı Görüşü

Doğrudan ayıp hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşüne göre eserdeki eksiklikler ayıp hükümlerine tabidir⁴⁰⁷. Bu görüşe göre teslim anı ölçüt alınarak, iş sahibi yükleniciye karşı olan taleplerini iki ayrı bölüme ayırmalıdır⁴⁰⁸. Nitekim iş sahibinin yükleniciden talep hakkı, teslimden önce Türk Borçlar Kanunu genel hükümleri gereğince, ifanın gerçekleştirilmesine yönelik iken, teslimden sonra ise TBK m.475 ayıp hükümleri çerçevesinde sadece eserdeki ayıplara yönelik olacaktır⁴⁰⁹. Bu nedenle, eksik ifa halinde teslimin gerçekleşeceğinin kabulünün gerektiği, önemsiz ve küçük eksiklikler ile orta derecede önemli eksikliklerin varlığı halinde, yüklenici ayıptan sorumluluk hükümlerine tabi tutulacaktır. Ancak yüklenicinin ayıptan sorumluluk hükümlerine tabi tutulabilmesi için iş sahibinin TBK m.474/I gereği muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi gerekmektedir. Muayene ve ihbar külfetini yerine getirdiği takdirde iş sahibi ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilecektir. Dolayısıyla iş sahibi teslimi gerçekleşen tamamlanmış eserdeki açık eksiklikleri teslim sırasında, muayene ile anlaşılabilecek eksiklikleri ise TBK m.474/1 gereği “İşlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz” eseri gözden geçirerek eksiklikleri varsa uygun süre içinde yükleniciye bildirmesi gerekmektedir. Aksi takdirde yüklenici bu eksikliklerden sorumlu tutulamayacaktır⁴¹⁰.

KOLLER, eksikliğin niteliğine göre bir ayırım yaparak eksikliği ayıp olarak değerlendirmekte ve açık eksiklikler için teslim anında, muayeneyle ortaya çıkan eksiklikler için ise işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz uygun bir süre içinde ihbarını aramaktadır⁴¹¹. Ancak yüklenicinin bilerek gizlediği eksikliklerde durum farklıdır. Yazar bilerek gizlenen eksiklikleri aynen bilerek gizlenen ayıplara benzetmektedir. Dolayısıyla yüklenici tarafından bilerek gizlenen eksiklikler iş sahibi tarafından anlaşıldığı anda derhal

⁴⁰⁷ Seliçi, 1978: 134.

⁴⁰⁸ Gür, 2017: 115.

⁴⁰⁹ Ayan, 2008: 55.

⁴¹⁰ Ayan, 2008: 56.

⁴¹¹ Ayan, 2008: 56.

yükleniciye ihbarı gerekmektedir. Bu durumda yüklenici muayene ve ihbar külfetinin yerine getirilmediğini ileri süremeyecektir⁴¹². İş sahibi de kasten gizlenen eksikliklerin varlığında muayene ve ihbar külfetine bağlı olmaksızın genel zamanaşımı süresi içinde ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilir⁴¹³.

2.3.2. Genel Hükümlerin Uygulanacağı Görüşü

Genel hükümlerin uygulanması gerektiği görüşe göre eksiklik ve ayıp kavramları farklı kavramlar olup eserde eksikliğin varlığı halinde ayıp hükümlerinin uygulanması yerinde değildir⁴¹⁴. Bu sebeple eserin eksikliklerle teslim edildiği durumlarda borca aykırılığa dayanan genel hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gerekir⁴¹⁵. Eserde ayıbın varlığı halinde ise ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümlere tabi tutulmalıdır. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatları uyarınca da eksik işlerin varlığı halinde genel hükümler, ayıbın varlığı halinde ise TBK m.474 vd. uyarınca ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulanmalıdır⁴¹⁶.

Eserdeki eksiklikler ayıp hükümlerine tabi tutulmadığına göre iş sahibinin eksiklikleri yükleniciye bildirmesine gerek yoktur⁴¹⁷. Dolayısıyla iş sahibi ihbar külfetine katlanmaksızın genel zamanaşımı süresi içerisinde, eksikliğin tamamlanmasını ve gecikmeden doğan zararını veya eksikliğin giderilmemesinden dolayı uğradığı zararın giderilmesini talep edebilir⁴¹⁸. Aynı zamanda iş sahibi eserdeki ayıplar nedeniyle yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurulabilir⁴¹⁹. Bu açıklamalara göre eserin eksik olması teslimde engel değildir.

⁴¹² Ayan, 2008: 56.

⁴¹³ Ayan, 2008: 56.

⁴¹⁴ Akıncı, 2017: 1415; Ayan, 2008: 56.

⁴¹⁵ Akça, 2012: 25; Akıncı, 2017: 1415; Ayan, 2008: 56; Mutlu, 2010: 49.

⁴¹⁶ YHGK. T. 23.11.2011, E. 2011/13-350, K. 2011/700, (erişim tarihi: 17.08.2020), (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

⁴¹⁷ Akça, 2012: 25; Akıncı, 2017: 1404; Ayan, 2008: 57; Gür, 2017: 117; Mutlu, 2010: 49.

⁴¹⁸ Y. 15. HD. T.07.12.2011, E. 2011/752, K. 2011/7242, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 25.08.2020), "...Eksik işler bedeli kural olarak eserin teslimini takip eden 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde teslim tarihindeki rayiç bedelle istenebilir. Bu konuda herhangi bir ihtirazi kayda gerek yoktur. İş sahibi yapılan iş kendisine teslim edilir edilmez işlerin mutat cereyanına göre imkanını bulur bulmaz işi muayeneye ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmeye mecburdur. Aksi halde iş sahibi kendisine teslim edilen işi zımnen kabul etmiş sayılır. Eserdeki açık ayıpların bedeli de az yukarıdaki kurallara uymak koşuluyla teslim tarihindeki piyasa rayicine göre hesaplanacak fiyatlarla 5 yıllık zamanaşımı süresinde istenebilir. Ayıp ihbarı herhangi bir şekle bağlı olmayıp sözlü olarak da yapılabilir..."; Y. 23. HD. T. 25.9.2014, E. 2014/1106, K. 2014/5941, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 25.08.2020), "...Eksik işler bedeli ise ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren kural olarak beş yıllık zamanaşımı süresinde (818 Sayılı B.K.nın 126/ son) talep edilebilir..."

⁴¹⁹ YHGK. T. 27.9.2000, E. 2000/15-1134, K. 2000/1191, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 29.08.2020), "...Tam karşılıklı sözleşmelerden olan "istisna" akitlerinde, işin eksik ifası halinde uygulanarak yasa maddelerinin borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler olduğunda yargı inançları ile öğreti görüş birliği içindedir. Ayıplı iş vasfı noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar, ayıplı işler hakkında BK. 359-363 maddeleri uygulanırken eksik işler bu maddelerin kapsamı dışında bırakılmış, BK. Md. 96 kapsamında tutularak, Borçlunun Kusurlu ifa imkansızlığından veya gereği gibi ifa etmemesinden, yahut sözleşmenin müsbet ihlalinden kaynaklanan tazminatla giderilmesi sağlanmıştır...Şimdiye değin açıklamaların ışığında belirtmek gerekir ki; davada uygulanacak yasa maddesi BK.nun 96. maddesidir ve giderimde olumlu

Teslim ile eser yüklenicinin hakimiyet alanından çıkarak iş sahibinin hakimiyet alanına sokulmuş olur. Dolayısıyla eserin tamamlanmış olmasına rağmen hukuken teslimin gerçekleştiği durumlarda artık yüklenicinin eseri tamamlama ya da eksiklikleri giderme hakkı sonar erer⁴²⁰. Bu durumda yüklenicinin eksikliği giderme yönündeki teklifinin iş sahibince reddedilmesi, iş sahibini alacaklı temerrüdüne düşürmez⁴²¹. Teslimden sonra iş sahibinin ayıp ya da eksiklikler için herhangi bir hakkını kullanacağı zamana kadar geçen süre bekleme (askı) dönemi olarak nitelendirilir⁴²². Eserdeki eksikliklerin tamamlanması için, iş sahibinin talebi ve yüklenicinin bu talebe uygun davranması ile gerçekleşir.

2.4. Teslimin Gerçekleşmemesi Halinde Uygulanacak Hükümler

2.4.1. Genel Olarak

Yüklenicinin eser sözleşmesi ile borçlandığı asli edimler; bir eser meydana getirme ve onu teslim borcudur. Yüklenici sözleşme ile kararlaştırılan eseri meydana getirmiş ancak eserde eksikliklerin bulunması halinde teslimin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda netlik yoktur. Bu durumda eserde bulunan eksiklikleri sınıflandırarak eksikliklerin önem derecesine göre bir sonuca varmak yerinde olacaktır. Buna göre önemsiz ve küçük eksikliklerin varlığında teslimin gerçekleşeceği, önemli ve büyük eksikliklerin varlığında ise teslimin gerçekleşmeyeceği kabul edilmiştir. Orta derecede önemli eksikliklerin varlığında ise iş sahibinin teslimi açık veya örtülü olarak reddetmediği durumlarda teslimin gerçekleşeceği kabul edilir. Teslimin gerçekleşmesi halinde hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağı daha önce açıklanmıştı. Burada da teslimin gerçekleşmemesi halinde hangi hükümlerin uygulanması alanı bulacağı açıklanacaktır.

Yüklenicinin önemli ve büyük eksiklikleri bulunan eseri iş sahibine sunması ile hukuken teslim gerçekleşmiş olmaz. Nitekim önemli ve büyük eksikliklerin varlığı halinde yüklenicinin ifa iradesinde bulunmadığı varsayılır ve teslimden söz edilemez. Yüklenici bu durumda eser sözleşmesinin kendisine yüklemiş olduğu asli edim borçlarından birisi olan teslim borcunu yerine getirmemiş olur ve yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düşmüş olur⁴²³. Türk Borçlar Kanun’unda yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesine ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı için borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hüküm niteliğinde olan TBK

zarar ile karşılanacaktır. Daha somut anlatımla, bu davadaki zarar, sözleşmede kararlaştırılan ölçü ve alanda yapılacak bağımsız bölüm ile eksik işleri kapsayan bağımsız bölümler arasındaki eserin teslim alındığı davaların temerrüde düşürüldüğü tarihteki rayiç değer farkıdır...”

⁴²⁰ Ayan, 2008: 57.

⁴²¹ Gür, 2017: 117.

⁴²² Ayan, 2008: 58.

⁴²³ Kurt, 2012: 87.

m.117 vd. uygulama alanı bulur⁴²⁴. Yargıtay'da burada bir kanun boşluğu olmadığını ve borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerektiğini karara bağlamıştır⁴²⁵.

2.4.2. Borçlu Temerrüdü

Muaccel hale gelen bir borcun, borçlu tarafından borç ilişkisine aykırı olarak geç ifa edilmesine borçlu temerrüdü denir⁴²⁶. Burada borcun gereği gibi ifa edilmemesinin aksine borç hiç ifa edilmemiştir⁴²⁷. Nitekim eser sözleşmesinde de eserin önemli ve büyük eksikliklerle iş sahibinde sunulması durumunda hukuken teslim gerçekleşmediği için yüklenici borcunu hiç ifa etmemiş sayılır.

Eser sözleşmesi hukuki niteliği itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen ve kural olarak ani edimli bir sözleşmedir. Her şeyden önce temerrüt ani edimli borçlarda söz konusu olur⁴²⁸. Dolayısıyla ani edimli bir sözleşme olan eser sözleşmesinde borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanabileceği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Eser sözleşmenin kurulmasıyla taraflar birbirine karşılıklı olarak borçlanırlar. Dolayısıyla borçlunun temerrüdü iki taraf içinde gündeme gelebilir⁴²⁹. Buna göre eser sözleşmesinin tarafları olan iş sahibi ve yüklenici temerrüde düşebilir ve borçlunun temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur. Ancak çalışmamızda yüklenicinin asli edim borcu olan eseri teslimde temerrüde düşmesi durumu var olduğu için borçlunun temerrüdü hükümleri yüklenici açısından uygulanacaktır.

Borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler TBK m.117-126 arasında düzenlenmiştir. Buna göre borçlu temerrüdünün gerçekleşebilmesi için birtakım koşulların varlığı aranmaktadır.

2.4.2.1. Yüklenicinin Teslim Borcunu İfada Temerrüdün Koşulları

Borçlu temerrüdünün koşulları TBK m.117'de düzenlenmiştir. Buna göre “muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer”. Kanun maddesinde temerrüt için

⁴²⁴ Kurt, 2012: 88.

⁴²⁵ YİBGK. T. 25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 12.07.2020), “...Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanunu'nda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106-108.) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanununun 106-108. maddeleridir. Çünkü, bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğuna göre, hakim görevi, her şeyden önce bu hükümleri uygulamaktır. Az önce belirtildiği üzere, kıyas yoluyla kanun boşluğunun doldurulması, ancak konu hakkında uygulanacak bir hükmün bulunmaması halinde mümkündür. (MK.m.1) ... ”.

⁴²⁶ Eren, 2017b: 1117; Kılıçoğlu, 2014: 688.

⁴²⁷ Eren, 2017b: 1117; Kılıçoğlu, 2014: 688.

⁴²⁸ Eren, 2017b: 1118.

⁴²⁹ Kılıçoğlu, 2014: 688.

“borcun muaccel olması” ve “ihtar” olmak üzere iki şartın varlığından bahsedilmiştir⁴³⁰. Ancak bu şartlara borcun ifa edilebilir olması şartının da eklenmesi gerekir. Zira borcun ifa edilmesinin imkânsızlaşması halinde borçlu temerrüdü değil imkânsızlık hükümleri uygulanır⁴³¹. Ayrıca TBK m.117/II’de belirli vadeli borçların varlığında ve diğer bazı hallerde borçlunun temerrüde düşmesi için ihtarın gerekli olmadığı belirtilmiştir⁴³².

2.4.2.1.1. Edimin İfası Mümkün Olmalıdır

Her şeyden önce yüklenicinin temerrüde düşmesi için gecikmiş ifanın mümkün olması gerekir⁴³³. Nitekim yüklenicinin borçlanmış olduğu edimin ifası, sonradan objektif⁴³⁴ olarak imkânsız hale gelirse artık temerrüt hükümleri değil imkânsızlık hükümleri uygulanır⁴³⁵. Ancak subjektif imkânsızlık⁴³⁶ halinde temerrüt hükümleri uygulanmaya devam eder⁴³⁷. Bazı durumlarda da ifa zamanının geçmiş olması, borcun ifasını imkânsız kılar⁴³⁸. Örneğin düğünde giyilmek üzere bir damatlık dikmeyi borçlanan terzinin damatlığı düğün gününe kadar teslim edememiş olması artık imkânsızlık hali oluşturur.

2.4.2.1.2. Borç Muaccel Olmalıdır

Yüklenicinin temerrüde düşmesi için bir diğer şart eserin teslim zamanının gelmiş olmasıdır. Bir başka deyişle borç muaccel olmalıdır. Muacceliyet, iş sahibinin yükleniciden eserin teslimini talep ve dava edebilme yetkisidir⁴³⁹.

Muacceliyet, temerrüdün zamanla ilgili bir şarttır⁴⁴⁰ ve eserin teslim zamanı borcun muaccel olduğu zamandır. Eserin teslim zamanı taraflarca sözleşmede serbest olarak kararlaştırılabilir. Sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde yüklenicinin geciktirici def’i ileri sürmesi, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi veya gecikmenin iş sahibine yüklenebilen sebeplerden ileri gelmesi durumunda, eserin meydana getirilmesi hala mümkünse, teslim süresi bu hakkı gecikme süresi kadar uzatmış olur⁴⁴¹. Bu durumda yüklenicinin teslim borcu haklı gecikme süresi kadar uzar ve gecikme süresinin sonunda muaccel hale gelir.

⁴³⁰ Oğuzman ve Öz, 2013: 471.

⁴³¹ Oğuzman ve Öz, 2013: 471.

⁴³² Eren, 2017b: 1119.

⁴³³ Eren, 2017b: 1120; Erman, 2010: 64; Oğuzman ve Öz, 2013: 417.

⁴³⁴ Bkz. Altunkaya, 2005: 110.

⁴³⁵ Eren, 2017b: 1120; Oğuzman ve Öz 2013: 471.

⁴³⁶ Bkz. Altunkaya, 2005: 116.

⁴³⁷ Eren, 2017b: 1120.

⁴³⁸ Oğuzman ve Öz, 2013: 471.

⁴³⁹ Eren, 2017b: 1120.

⁴⁴⁰ Eren, 2017b: 1120.

⁴⁴¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 395.

2.4.2.1.3. İhtar Yapılmış Olmalıdır

2.4.2.1.3.1. Genel Olarak

Yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi için borcun muaccel olması tek başına yeterli değildir. Yüklenicinin temerrüde düşmesi için gerekli olan bir diğer şartta iş sahibinin ihtarıdır. TBK m.117/I'e göre "Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer." Bu maddeden de anlaşılacağı üzere temerrüt ilke olarak alacaklının ihtarıyla gerçekleşir⁴⁴².

İhtar alacaklının borçludan borcunu ifa etmesini istediği tek taraflı bir irade beyanıdır⁴⁴³. Eser sözleşmesindeki görünümü ise iş sahibinin, yükleniciden sözleşme ile borçlandığı eserin ifasını talep ettiği bir beyandır⁴⁴⁴. İhtar yalnızca iş sahibi veya onun yetkili kıldığı temsilcisi tarafından yapılabilir⁴⁴⁵. İhtar içeriği itibarıyla iş sahibinin ifasını talep ettiği eser, sözleşme ile borçlanılan esere miktar ve nitelik yönünden uygun olmalıdır. Aksi halde ihtar geçersiz sayılmalıdır⁴⁴⁶. Ayrıca iş sahibinin ihtarından ifasını talep ettiği edimin yerine getirilmemesi halinde, yüklenicinin sözleşmeye aykırı hareket etmiş olacağı uyarısı yer almalıdır⁴⁴⁷.

İş sahibinin ihtarında muaccel olan eserin kendisine teslimi için yükleniciye ek süre vermesine gerek yoktur⁴⁴⁸. Bu durumda ihtar, yüklenicinin veya yetkili kıldığı temsilcisinin hakimiyet alanına girdiğinde hüküm doğurur⁴⁴⁹. Buna karşılık iharda yüklenicinin edimini yerine getirmesi için ek süre verildiği durumlarda ihtar ek sürenin olduğu tarihte hüküm ve sonuç doğurur⁴⁵⁰.

Yüklenici eserin teslimi için gerekli hazırlıklara başlamamışsa yüklenici temerrüde düşer⁴⁵¹. Doktrinde bu durumda yükleniciye makul bir süre verilmesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak bu makul süre eksik eserin tamamlanması için gerekli olan makul süre değil, eserin teslim edilebilmesi için ve zilyetliğin iş sahibine geçirilebilmesi için gerekli olan süredir⁴⁵².

İhtarın geçerli olması herhangi bir şekil şartına bağlanmış değildir. Dolayısıyla sözlü ya da yazılı olarak yapılabilir⁴⁵³. Yükleniciyi ifaya davet eden bir mektup, bir ödeme emri, borcun

⁴⁴² Eren, 2017b: 1121.

⁴⁴³ Eren, 2017b: 1121; Kılıçoğlu, 2014: 691; Oğuzman ve Öz, 2013: 473.

⁴⁴⁴ Kurt, 2012: 174.

⁴⁴⁵ Eren, 2017b: 1121; Kurt, 2012: 174; Oğuzman ve Öz, 2013: 475.

⁴⁴⁶ Eren, 2017b: 1122; Oğuzman ve Öz, 2013: 474.

⁴⁴⁷ Eren, 2017b: 1122.

⁴⁴⁸ Eren, 2017b: 1121; Oğuzman ve Öz, 2013: 475.

⁴⁴⁹ Oğuzman ve Öz, 2013: 475.

⁴⁵⁰ Kurt, 2012: 175.

⁴⁵¹ Kurt, 2012: 176.

⁴⁵² Aydıncık, 2010: 156; Kurt, 2012: 176.

⁴⁵³ Aydıncık, 2010: 158; Kılıçoğlu, 2014: 689; Oğuzman ve Öz, 2013: 474.

ifası için açılmış olan bir ifa davası veya TBK m.123'de öngörülen uygun bir süre verilmesi de ihtar sayılır⁴⁵⁴.

2.4.2.1.3.2. İhtarın Gerekmediği Durumlar

TBK m.117/II. maddesi borçlunun temerrüde düşmesi için bazı hallerde ihtarın gerekmediğini belirtmiştir. İhtarın gerekmediği hallerden birincisi, borcun ifa edileceği gün taraflarca belirlenmiş ise temerrüt için ihtarla gerek yoktur. Eser sözleşmesinin taraflarının eserin teslim edileceği günü sözleşmede kararlaştırmaları halinde yüklenicinin temerrüde düşmesi için ihtarla gerek kalmamaktadır. Bu durumda yüklenici belirlenen tarihte eseri teslim etmediği takdirde kendiliğinden temerrüde düşer⁴⁵⁵. Zira iş sahibi sözleşme ile bir eseri talep iradesini ve kendisine teslim tarihini önceden açık olarak belirtmiş bulunmaktadır⁴⁵⁶.

İhtarın gerekli olmadığı bir diğer durumda, sözleşme ile eserin teslim gününü belirleme yetkisinin taraflardan birine bırakılmasıdır. Bu durumda teslim tarihini belirleyecek taraf yapacağı muacceliyet ihbarı ile teslim tarihini karşı tarafa bildirirse ayrıca bir ihtarla gerek kalmaksızın teslim gününde eseri teslim etmeyen taraf temerrüde düşmüş olur⁴⁵⁷.

TBK m.117/I hükmü emredici bir hüküm değildir⁴⁵⁸. Dolayısıyla sözleşme ile taraflar yüklenicinin temerrüde düşmesi için ihtarın gerekli olmadığını kararlaştırabilirler. Bu durumda yüklenici borcun muaccel olması ile ihtarla gerek olmaksızın temerrüde düşebilir⁴⁵⁹.

TBK m.117/II'de sayılmasına rağmen "ihtar yapılmasının dürüstlük kuralına göre beklenemeyeceği hallerde" ihtarla gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düşeceği kabul edilmektedir⁴⁶⁰. Borçlunun borcunu ifa etmeyeceğinin açık olduğu hallerde artık ihtarla gerek yoktur. Örneğin, yüklenici üstlendiği inşaatı teslim tarihine kadar tamamlamamış ve inşaatı terk ederek ayrılmışsa⁴⁶¹, borçlu alacaklıya önceden iharda bulunarak borcu vadesinde ifa etmeyeceğini bildirmişse, borçlu iflas etmişse artık temerrüde düşmesi için ihtarla gerek yoktur⁴⁶².

Son olarak haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur.

⁴⁵⁴ Oğuzman ve Öz, 2013: 474.

⁴⁵⁵ Aydınçık, 2010: 160; Karaman, 2009: 35; Kurt, 2012: 177.

⁴⁵⁶ Eren, 2017b: 1123.

⁴⁵⁷ Eren, 2017b: 1124; Kurt, 2012: 177; Oğuzman ve Öz, 2013: 477.

⁴⁵⁸ Kılıçoğlu, 2014: 691.

⁴⁵⁹ Kılıçoğlu, 2014: 692; Kurt, 2012: 176.

⁴⁶⁰ Oğuzman ve Öz, 2013: 478.

⁴⁶¹ Kılıçoğlu, 2014: 693.

⁴⁶² Kılıçoğlu, 2014: 693.

2.4.2.1.4. Alacaklı İfayı Kabule Hazır Olmalıdır

Yüklenicinin temerrüde düşmesi için iş sahibi ifa teklifini kabule hazır olmalı ve edimin ifası için gerekli hazırlıkları yapmış olmalıdır⁴⁶³. Zira iş sahibinin eserin teslimine hazır olmadığı durumlarda alacaklı temerrüdü gerçekleşir. Bu durumlarda borçlu temerrüdü gerçekleşmez⁴⁶⁴.

2.4.2.1.5. Borçlunun Kusuru Gerekli Değildir

Yüklenicinin temerrüde düşmesi için yukarıda sayılmış olan şartların varlığı yeterlidir. Ayrıca borçlunun kusurlu olması gerekmez⁴⁶⁵. Ancak TBK, temerrüdün bazı sonuçları bakımından borçlunun kusurunu aramaktadır. Örneğin, gecikme tazminatıyla beklenmedik halden sorumlulukta borçlunun kusuru aranmaktadır⁴⁶⁶. Bu durumlar haricinde borçlu temerrüdü için kusurun varlığı aranmaz.

⁴⁶³ Eren, 2017b: 1125; Oğuzman ve Öz, 2013: 480.

⁴⁶⁴ Eren, 2017b: 1125

⁴⁶⁵ Eren, 2017b: 1126; Oğuzman ve Öz, 2013: 481.

⁴⁶⁶ Eren, 2017b. 1126; Oğuzman ve Öz, 2013: 481.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNİN EKSİK İFA EDİLMESİ SONUCU TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

3.1. Teslimin Gerçekleşmesi Halinde İş Sahibinin Hakları

3.1.1. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde tarafların kararlaştırmış oldukları eserde tüm işlerin tamamlanmamış olmasına rağmen teslimin gerçekleştiği bazı istisnai durumlar vardır. Eserde bulunan eksiklikler önemsiz ve küçük eksikliklerse veya orta derecede eksiklikler olmasına rağmen iş sahibin açık veya örtülü rıza göstermesi halinde, eser tamamlanmamış olmasına rağmen hukuken teslim gerçekleşmiş sayılır. Eserde bulunan eksiklikleri ayıp olarak nitelendiremeyiz. Zira ayıp ve eksiklik farklı kavramlardır. Bu sebeple eserin eksik ifası halinde doğrudan ayıp hükümleri uygulanamaz. O halde iş sahibinin tamamlanmamış bir eseri teslim almış olarak kabul edildiği istisnai durumlarda, eksik işler nasıl tamamlanacaktır? Teslim gerçekleştiği için yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde de düşmemiştir. Eserdeki eksiklikler ayıp olarak nitelendirilmediği için ayıptan sorumluluk hükümleri de uygulanamaz.

O halde eserin eksik ifa edildiği durumlarda borca aykırılığa dayanan genel hükümler çerçevesinde çözüm sağlanacaktır. Dolayısıyla, eserin teslimine kadar olan süreçte iş sahibinin eserin ifasına yönelik talebi; eksik ifa halinde, teslimden sonraki eksikliklerin giderilmesine yönelik taleplere dönüşür⁴⁶⁷. İş sahibi ayıp hükümlerinin aksine eksik ifa halinde muayene ve ihbar külfeti altına girmeden yükleniciden eksikliklerinin giderilmesini isteyebilir.

Eserin eksik ifası halinde genel hükümler uygulanacağı için iş sahibi genel zamanaşımı süresi içerisinde yükleniciye karşı olan haklarını kullanabilir. Her ne kadar eserin eksikliklerle tesliminin gerçekleştiği hallerde ayıptan sorumluluk hükümlerine gidilmese de bu hükümler kıyasen uygulama alanı bulur⁴⁶⁸.

İş sahibi genel hükümler uyarınca; aynen ifa ve eserin eksik ifa edilmesinden doğan zararın tazmini, bedelde indirim ve eserin eksik ifa edilmesinden doğan zararın tazmini, eksik işlerin bedelini talep ve ödemezlik def'i haklarına sahiptir.

3.1.2. Aynen İfa ve Eserin Eksik İfa Edilmesinden Doğan Zararın Tazmini Hakkı

Tarafların sözleşme ile kararlaştırmış oldukları eserin eksik olarak ifa edilmesi halinde iş sahibi eserdeki eksikliklerin tamamlanması için yükleniciden aynen ifa talebinde

⁴⁶⁷ Gür, 2017: 118,119.

⁴⁶⁸ Ayan, 2008: 58.

bulunabilir⁴⁶⁹. Eksik kapının veya mutfak dolaplarının takılması, boyanmamış olan dairenin boyanması aynen ifa talebi olarak nitelendirilebilir⁴⁷⁰. İş sahibi aynen ifa talebini TBK m.146 gereğince on yıllık genel zamanaşımı süresi içerisinde isteyebilir⁴⁷¹. Aynen ifa talebi yüklenicinin borcunun muaccel olmasının bir sonucudur⁴⁷². Dolayısıyla iş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekli değildir⁴⁷³. Bu sonuca aynı zamanda ayıptan doğan seçimlik haklardan olan, bedelsiz onarım hakkının kıyas yoluyla uygulanması sonucuna varılabilir⁴⁷⁴. Aynı zamanda iş sahibinin eksik işlerin tamamlanmasına ilişkin talepte bulunabilmesi için eseri teslim alırken ihtirazi kayıt ileri sürmesi de gerekmez⁴⁷⁵.

İş sahibi, aynen ifa talebinin yanında eserdeki eksikliklerin zamanında tamamlanmamış olmasından doğan müspet zararının tazminini de yükleniciden talep edebilir⁴⁷⁶. Ancak iş sahibinin müspet zararın tazminini talep edebilmesi için söz konusu gecikmede yüklenicinin kusurunun bulunmadığını ispat edememesi gerekir⁴⁷⁷. Bir başka deyişle müspet zararın tazminini talep için yüklenicinin kusurunun bulunması şarttır. Borca aykırılıktan dolayı ortaya çıkan bu zarar daha çok iş sahibinin eseri kullanamamasından doğan kazanç kaybından oluşur⁴⁷⁸. Örneğin, iş sahibinin eksiklik tamamlanana kadar eseri kiraya verememesinden ya da eksiklik sebebiyle daha düşük bedelle kiraya vermesinden⁴⁷⁹ ya da iş sahibinin eseri kullanamaması benzer başka bir eser kiralamak zorunda kalması sebebiyle kaynaklanan kazanç kayıpları örnek olarak verilebilir.

Ancak Yargıtay eksiklik ve ayıpların eserin teslim alınarak kullanılmasını veya kiraya verilmesini engellemeyecek boyutta olduğu halde, iş sahibinin teslim almamakla zarara kendisinin yol açtığı durumlarda uğramış olduğu zararı talep edemeyeceğini karara

⁴⁶⁹ Ayan, 2008: 58; Gür, 2017: 119; Kurt, 2012: 75.

⁴⁷⁰ Ayan, 2008: 58.

⁴⁷¹ Kurt, 2012: 75.

⁴⁷² Kurt, 2012: 75.

⁴⁷³ Ayan, 2008: 58; Eren, 2017b: 1055; Oğuzman ve Öz, 2013: 384.

⁴⁷⁴ Ayan, 2008: 58.

⁴⁷⁵ Y. 15. HD. T. 14.2.2006, E. 2005/5103, K. 2006/727, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 12.06.2020), “...Genel olarak eksik iş; yapılması gerektiği halde yapılmayan işleri, ayıp da; sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre eserde olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki aleyhe farkları ifade etmektedir. İşin yapılmayan kısmının teslim ve muayenesi söz konusu olamayacağından iş sahibinin eksik işler yönünden yükleniciye ihbarda bulunma yükümlülüğü yoktur. İş sahibi, eksik işlerin bedelini teslim tarihindeki mahalli rayiçlerle zamanaşımı süresi içinde her zaman talep edebilir. Bu konuda herhangi bir itirazi kayda da gerek yoktur. İş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğü yalnızca ayıplı işlere ilişkindir. BK'nun 359/1. maddesine göre iş sahibi, yapılan işin kendisine tesliminden sonra işin mahiyetine ve mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmeye mecburdur. Aksi halde BK'nun 362/11. maddesi uyarınca işi zimmen kabul etmiş sayılır. İş sahibi makul süre içinde ayıp ihbarında bulunmuş ise ayıpların bedelini teslim tarihindeki rayiçlerle isteyebilir. Ayıp ihbarı herhangi bir şekilde bağlı olmayıp sözlü olarak da yapılabilir, yazılı olması yalnızca ispat kolaylığı sağlar...”.

⁴⁷⁶ Ayan, 2008: 59; Gür, 2017: 120; Kurt, 2012: 76.

⁴⁷⁷ Ayan, 2008: 59; Kurt, 2012: 76.

⁴⁷⁸ Ayan, 2008: 59.

⁴⁷⁹ Kurt, 2012: 76.

bağlamıştır⁴⁸⁰. Ayrıca iş sahibinin yoksun kaldığı kazançtan ziyade varsa fiili zararın da tazmini gerekir⁴⁸¹. Eser sözleşmesi ile taraflar eserin meydana getirilmesinde gecikme yaşanması halinde cezai şart ödeneceği kararlaştırılmışsa, iş sahibi eserdeki eksiklikler tamamlanıncaya kadar işleyen cezai şartında ödenmesini kusurlu yükleniciden isteyebilecektir⁴⁸².

3.1.3. Bedelde İndirim ve Eksik İfa Sebebiyle Doğan Zararın Tazmini Hakkı

Esasen bedelden indirimi talep hakkı ayıplı ifa sorucu iş sahibine sunulmuş olan bir seçimlik haktır. Ancak ayıptan doğan seçimlik haklar kıyas yoluyla eserin eksik ifası halinde de uygulanabilir⁴⁸³. Dolayısıyla iş sahibi eksik ifanın varlığı halinde muayene ve ihbar külfetine katlanmaksızın ve yüklenicinin kusuru aranmaksızın eserdeki eksiklikler sebebiyle bedelde indirim talebinde bulunabilir⁴⁸⁴.

İş sahibi genel zamanaşımı süresi içinde yapmış olduğu fazla ödemelerin iadesini yükleniciden isteyebilir⁴⁸⁵. İş sahibi henüz ödeme yapmamışsa eksikliklerin giderilmesi için gereken masraflar oranında, bedelden indirim talep edebilir⁴⁸⁶. Örneğin iş sahibi eserin eksik ifası sonucu mutfak dolabının veya elektrik priz ve anahtarlarının takılmamış olması durumunda yükleniciden eksikliğin giderilmesi için gereken masraf oranında bedelden indirim talep edebilir.

Bedelde indirimin talep edildiği durumda, bedelde yapılacak indirim oranı neye göre tespit edilecektir? Bu sebeple bedelden yapılacak indirimde kullanılacak olan metodun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tutarın belirlenmesi için eserin tamamlanmış ve tamamlanmamış değerleri arasındaki farka göre ne kadar indirimde gidileceğine bakılması gerekir. Yani nispi metod yöntemi uygulanmalıdır. Ancak eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmesinde nispi metodun değil, eserde bulunan eksikliklerin tamamlanabilmesi için gereken masrafa göre bedelde indirime gidilmesi gerekmektedir⁴⁸⁷. Nitekim uygulamada da inşaat sözleşmelerinde ayıbın giderilmesi için gereken masrafların esas alındığı görülmektedir⁴⁸⁸. Yargıtay kararlarında da genel olarak ayıbın giderilme masrafının kararlaştırılan bedelden indirilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır⁴⁸⁹.

⁴⁸⁰ Karar için bkz. Gür, 2017: 120.

⁴⁸¹ Ayan, 2008: 59.

⁴⁸² Kurt, 2012: 76.

⁴⁸³ Ayan, 2008: 59.

⁴⁸⁴ Ayan, 2008: 59.

⁴⁸⁵ Özkan, 2015: 235.

⁴⁸⁶ Gür, 2017: 121.

⁴⁸⁷ Ayan, 2008: 60.

⁴⁸⁸ Seliçi, 1978: 170.

⁴⁸⁹ Kararlar için bkz. Seliçi, 1978: 171.

Eserde bulunan eksikliğin değerinin tespit edileceği yöntem kararlaştırıldıktan sonra bu eksiklik değerlerinin hangi tarihe göre belirleneceğinin tespiti gerekmektedir. Bu konuda doktrin ve uygulamada farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde bir görüşe göre eksik işlerin tamamlanması için gerekli olan masrafların tutarı “dava tarihindeki piyasa rayiçlerine” göre belirlenmelidir⁴⁹⁰.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilmiş olan bir kararda da eksikliklerin dava tarihindeki piyasa rayiçlerine göre belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁹¹. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi tarafından verilmiş bir kararda da dava tarihindeki piyasa rayicine göre eksiklik değerlerinin tespiti gerekir⁴⁹². Ayrıca Yargıtay farklı bir kararında da teslim tarihinden itibaren eksikliğin giderilmesini talep ve dava için geçecek makul süreden sonraki piyasa rayicine göre hesaplama yapılması gerektiğini hüküm altına almıştır⁴⁹³. Ancak Yargıtay genel olarak eserin eksik teslim edildiği tarihteki piyasa rayicini esas almaktadır⁴⁹⁴.

İş sahibi tarafından tamamlanmamış olarak teslim alınmış olan eserdeki eksikliklerin üçüncü bir kişiye tamamlattırılmış olması, iş sahibinin bedelden indirim hakkını talep etmesine

⁴⁹⁰ Ayan, 2008: 60; Kurt, 2012: 77.

⁴⁹¹ YHGK. T. 31.01.1979, E. 1977/15-693, K. 1979/68, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 20.05.2020), “...Taraflar arasındaki eser sözleşmesi götürü esasa dayanmakta olup davacı, 450.000 lira olarak kararlaştırılan götürü bedelini davalılara ödediğine göre davacının noksan bırakılan ve sözleşmeye aykırı yapılan işler karşılığını istemeye hakkı vardır. Bu esasa dayanılarak açılan davada götürü bedel de ödenmiş olduğundan ayrıca noksanlık nedeniyle geri alınması gereken miktarın tesbitinde orantı yoluna gidilemez. Direnme bu yönü itibarıyla uygundur. Ancak mahkemece rapora itirazlarda dikkate alınıp yeniden bilirkişi incelemesi yapılarak, eserdeki noksanlıkların dava tarihindeki piyasa rayiç fiyatlarına göre tesbit ettirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir...”

⁴⁹² Y. 15.H.D. T. 22.02.2001, E. 2000/4852, K. 2001/99, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 21.05.2020), “Eser, teslim edilmişse, teslim tarihindeki mahalli serbest piyasa rayicine göre saptanacak eksik işler bedeli, teslim tarihinden itibaren işleyecek beş yıllık zamanaşımı süresince -ihtirazi kayda gerek olmaksızın- talep edilebilir...”

⁴⁹³ Y. 15. HD. T. 17.6.2008, E. 2008/1942, K. 2008/4021, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 17.05.2020), “...Dava kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak açılan alacak istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki 23.12.1997 tarihli Düzenleme Şeklinde Kat ve Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin hususi şartlar bölümü 1. maddesinde arsa sahibine ait olan bodrum kattaki 2 nolu dairenin 3 odalı olarak yapılacağı kararlaştırılmış iken bu daire 2 odalı olarak inşa edilmiş, inşaat tamamlanarak 11.05.2001 tarihinde yapı kullanma izin belgesi alınmak suretiyle davacıya teslim edilmiştir. Eser sözleşmesine göre yüklenici sözleşme hükümlerine ve projesine uygun olarak davacıya ait daireleri yapıp teslim etmek yükümlülüğü altındadır. Bağımsız bölümdeki mesaha küçüklüğü eksik iş niteliğinde olup, davacının bu nedenle uğradığı zararın tahsiline hükmedilmesi gerekir. Dava konusu binaya 11.05.2001 tarihinde yapı kullanma izin belgesi alınarak davacıya teslim edildiğine göre, davacının uğradığı zararın dava açılması için gerekli makul sürede gözetilerek 2002 yılı rayiç bedelleri ile belirlenmesi ve hüküm altına alınması gerekir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda eksik imalat nedeniyle davacının uğradığı zarar 22 milyar TL. olarak belirlenmiş ise de, değerlendirmede hangi yılın rayiç bedellerinin esas alındığı rapor kapsamından anlaşılamadığından, yukarıda açıklanan 2002 yılı itibarıyla eksik iş nedeniyle uğranılan zararın bilirkişiden alınacak ek rapor ile belirlenmesi ve davanın buna göre sonuçlandırılması gerekir...”

⁴⁹⁴ Y. 15. HD. T. 7.12.2011, E. 2011/752, K. 2011/7242, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 18.05.2020), “...mahkemece yapılması gereken iş davacının göstermiş olduğu tanıklar da dinlenerek ayıp ihbarının yapıp yapılmadığı, yapılmış ise ne zaman yapıldığı konusunun her türlü tereddüt ve kuşkudan uzak bir şekilde belirlenip, ayıp ihbarının süresinde yapıldığının anlaşılması halinde eksik ve ayıplı imalat bedelinin bilirkişilerden alınacak ek raporla teslim tarihindeki serbest piyasa rayiç fiyatlarıyla belirlenmesi, sonucuna göre hüküm kurulması; ayıp ihbarının süresinde yapılmadığının anlaşılması halinde sadece eksik imalat yönünden teslim tarihinde serbest piyasa rayiç fiyatlarıyla bedelin saptanmasından ve sonucu dairesinde hüküm kurmaktan ibaret olmalıdır...”

engel değildir⁴⁹⁵. İş sahibi eseri eksiklikleriyle birlikte üçüncü bir kişiye satmış olsa dahi satmış olduğu eserdeki eksikliklerin giderilme masraflarını talep edebilecektir. Çünkü iş sahibi eseri eksiklik olması sebebiyle daha düşük bir bedele satmak zorunda kalacaktır⁴⁹⁶.

Eser sözleşmesinin özel bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de iş sahibi eserde bulunan eksiklikler sebebiyle bedelden indirim talep edebilmesi mümkündür⁴⁹⁷. Bu sözleşmelerde bedel arsa payı olduğundan dolayı indirimin nasıl yapılacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre bedelde indirim ancak parasal olarak uygulanabilir ve arsa payından indirim yapılamaz⁴⁹⁸. Buna göre arsa sahibi, yüklenicinin payına düşen bağımsız bölümleri devredecek, yüklenici de eksikliğin giderilmesi için gereken masrafları arsa sahibine ödeyecektir⁴⁹⁹. Bu şekilde bir çözüm hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Örneğin toplamda 10 adet bağımsız bölümün yükleniciye verilmesinin kararlaştırıldığı bir sözleşmede, yüklenici tarafından teslim edilen eserdeki eksikliklerin değerinin bir adet bağımsız bölüme denk geldiği durumlarda, artık bedelden indirimin arsa payından indirim olarak uygulanmasının mümkün olduğunun kabulü gereklidir⁵⁰⁰.

Bir başka görüşe göre yükleniciye devredilecek arsa payından eserdeki eksikliğin neden olduğu değer oranında indirim yapılmalıdır. İndirimin bir tam bağımsız bölüme denk gelmediği durumlarda yüklenici ile arsa sahibi bağımsız bölüm üzerinde paylı mülkiyetle hak sahibi olacaklardır⁵⁰¹. Ancak eserdeki eksikliğin değerinin bir adet bağımsız bölüme denk gelmediği ya da eserdeki eksikliğin bir adet bağımsız bölümün değerinden fazla olduğu ancak iki adet bağımsız bölüme denk gelmediği durumlarda yüklenici ile iş sahibi aynı bağımsız bölüme ortak yapılmamalıdır. Zira bu durumda aralarında uyuşmazlık bulunan iki tarafı ortak etmek başka uyuşmazlıkların doğmasında sebep olacaktır⁵⁰². Bu gibi durumda eksikliğin tam bir bağımsız bölüme denk gelmediği ve bir bağımsız bölümün değerini biraz aştığı durumlarda yüklenicinin parasal olarak iş sahibine ödemedede bulunması; bağımsız bölümün değerinden biraz eksik kaldığı durumlarda ise iş sahibinin ivaz ilavesi ile sorunun çözülmesi gerekir⁵⁰³.

İş sahibi bedelde indirim hakkının yanında, yüklenicinin kusuruna bağlı olarak gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini de talep edebilir⁵⁰⁴. Yargıtay'a göre gecikme zararı, teslimden sonra eksikliklerin tamamlattırılabilceği makul bir sürenin sonuna kadar talep

⁴⁹⁵ Ayan, 2008: 62; Kurt, 2012: 77.

⁴⁹⁶ Ayan, 2008: 62.

⁴⁹⁷ Ayan, 2008: 61.

⁴⁹⁸ Seliçi, 1978: 170.

⁴⁹⁹ Gür, 2017: 121.

⁵⁰⁰ Ayan, 2008: 61.

⁵⁰¹ Öz, 2012: 205.

⁵⁰² Ayan, 2008: 61; Gür, 2017: 122.

⁵⁰³ Ayan, 2008: 61.

⁵⁰⁴ Ayan, 2008: 62.

edilebilir⁵⁰⁵. Ancak gecikme zararı ve varsa cezai şart, bedelde indirim tutarına dahil edilemez⁵⁰⁶. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de gecikme tazminatı ile cezai şartın bir bağımsız bölüme denk geldiği durumlarda bedelden indirim yapılarak yüklenicinin arsa payı oranından düşülemez. Ancak iş sahibi de gecikme tazminatı ile cezai şart kendisine ödenmedikçe o bağımsız bölümün yükleniciye devrinden kaçınabilir⁵⁰⁷.

3.1.4. Ödemezlilik Def'i

Eser sözleşmesinde aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa, iş sahibinin bedel ödeme borcu teslimle muaccel hale gelir. Eserdeki eksikliğin önemsiz ve küçük veya orta derecede olması ve iş sahibinin kabulü ile hukuken teslimin gerçekleştiği kabul edilir. Dolayısıyla eserin hukuki anlamda teslimi gerçekleşince, eserde eksiklikler bulunsu bile yüklenici hak kazanmış olduğu bedelin tamamının ifasını iş sahibinden talep edebilir⁵⁰⁸. Ancak eserde eksiklikler olmasına rağmen yüklenicinin bedelin tamamının ifasını iş sahibinden istemesi hakkaniyete aykırı bir durum oluşturur. İş sahibi bu durumda eksiklik oranında ödemezlilik def'ini kullanabilir. Yani iş sahibi eserdeki eksikliğin aynen ifasını talep ettiği durumlarda, eserdeki eksiklik giderilene kadar, muaccel olan bedelin eksikliği karşılayan kısmını ödemekten kaçınabilir⁵⁰⁹. Nitekim TBK m.97 gereği de “karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.” Fakat iş sahibi ödemezlilik def'ini, bedelde indirim talebi ile birlikte ileri süremez⁵¹⁰. Zira iş sahibinin bedelde indirim talep etmesi halinde bedel zaten eksiklik oranında indirilebileceği için, ödemezlilik def'inin ileri sürülmesine kural olarak gerek yoktur. Ancak iş sahibi eksiklik nedeniyle eseri kullanmamaktan doğan zararın tazmini için ödemezlilik def'ini kullanabilir⁵¹¹.

⁵⁰⁵ Y. 15. HD. T. 28.03.2007, E. 2006/1528, K.2007/1924, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 11.05.2020), “...Gecikme tazminatı, bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden başlayarak, eylemli olarak teslim alındığı tarihe kadar olan süre için istenebilir. Taraflar arasındaki 31.03.1995 tarihli sözleşmeye göre, işin teslimi gereken tarih, 15.11.1997'dir. Dosya içeriğine göre, arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin dava tarihi itibarıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, arsa sahibi, kendisine düşen bağımsız bölümleri kiraya verilecek durumda teslim almış ise, o bölümlerle ilgili kira alacağına bu tarihe kadar hükmolunur. Eğer teslim alınırken kiraya verilmesine engel eksiklikler varsa, öncelikle, arsa sahibinin bu eksiklikleri ne kadar sürede tamamlayabileceği bilirkişiye hesaplattırılarak, bulunacak bu tarihe kadar kira alacağı karar altına alınmalıdır. Somut olayda, mahkemece dava tarihinden geriye doğru 5 yıllık süre için kira alacağına hükmolunduğundan ve bu karara karşı, davacı arsa sahibi temyize gelmediğinden, mahkemece yapılması gereken iş; dava tarihinden 5 yıl öncesinden başlayarak, az yukarıda belirtilen tarihlere kadar olan süre için rayiç bedel üzerinden kira alacağına hükmolunmasından ibarettir...”.

⁵⁰⁶ Ayan, 2008: 62.

⁵⁰⁷ Ayan, 2008: 62.

⁵⁰⁸ Ayan, 2008: 68.

⁵⁰⁹ Ayan, 2008: 68.

⁵¹⁰ Ayan, 2008: 68.

⁵¹¹ Ayan, 2008: 68.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de iş sahibi eksiklikler tamamlanıncaya kadar ödemezlik def'ini ileri sürebilir⁵¹². Ancak bedelde indirim talebinde olduğu gibi ödemezlik def'inin ileri sürülmesinde de uygulamada birtakım problemlere sebep olmaktadır. Özellikle ödemezlik def'i ile eksiklikler sebebiyle yükleniciye devredilmeyen bağımsız bölümün değerinin eksikliğe göre çok yüksek olması durumunda hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkmaktadır⁵¹³. Eksikliğin giderilmesi masrafları ile gecikme zararının toplamının 5.000 TL olduğu fakat, yükleniciye devredilmeyen bağımsız bölümün değerinin 300.000 olması bu duruma örnek verilebilir⁵¹⁴. Ancak bu durumda da bağımsız bölümün devrini zorunlu kılmak iş sahibinin yükleniciye karşı tek teminatını elinden almak olacaktır ve bu da hakkaniyete aykırıdır. Bu durumda uygulamada yükleniciye eksiklikleri tamamlatmaları veya eksikliğin tamamlanması için gereken tutarı iş sahibine ödemeleri için süre verilmektedir⁵¹⁵. Yüklenici verilen bu süre içinde eksikliği tamamlattırırsa ya da eksikliğin giderilmesi için gerekli olan masrafları, gecikmeden dolayı iş sahibinin uğradığı zararı ve varsa ceza-i şartı peşin olarak ödeyerek bağımsız bölümün kendisine devrini isteyebilir⁵¹⁶. İş sahibi bunu kabul etmeyerek eksikliğin giderilmesini istemesi ve devirden kaçınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder⁵¹⁷. Bu durumda da yüklenici bedeli depo ederek sözleşme gereği kendisine bırakılacak bağımsız bölümün kendisine devrini isteyebilir⁵¹⁸. Yargıtay, eserdeki eksikliğin katlanılabilir durumda olması durumunda ve inşaat sözleşmelerinde tamamlanmış işin %95 olduğu durumlarda yükleniciye bu imkânı vermektedir⁵¹⁹.

⁵¹² Kurt, 2012: 78.

⁵¹³ Özkan, 2015: 237.

⁵¹⁴ Ayan, 2008: 69.

⁵¹⁵ Kurt, 2012: 78.

⁵¹⁶ Kurt, 2012: 78.

⁵¹⁷ Ayan, 2018: 70.

⁵¹⁸ Kurt, 2012: 78; YHGK. T. 16.02.2005, E. 2005/14-6, K. 2005/73, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 15.07.2020), “...Dosyaya sunulan bilirkişi raporu ile eksik bırakılan işler ve eksik işler bedeli de saptanmış olduğundan bu eksikliklerin giderilmesi veya bedelinin mahkeme veznesine depo edilmesi için Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca davacılar önel verilerek sonuca göre bir karar verilmesi gerekir...”; Y. 14. HD. T. 31.01.2006, E. 2005/10337, K. 2006/492, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 15.07.2020), “...Yükleniciden temellük edilen kişisel hakkın dava edilerek arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde mahkemece, tüm bu yönler üzerinde durulmalı, yüklenici, üçüncü kişi davacıya ancak hak kazandığını devir ve temlik edebileceğinden bu husus duraksamaksızın saptanmalıdır. Bütün bu araştırmalar sonunda eserin (binanın) arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye getirildiği, ne var ki, yüklenicinin arsa sahibine gerek ayıp ve eksik işlerden, gerekse sözleşmede yer alan bazı hükümler sebebiyle sözleşme veya kanundan kaynaklanan nedenlerden dolayı borçlu bulunduğu ortaya çıkarsa yüklenicinin halefi olarak davacıya bunları yerine getirmek üzere uygun süre tanınmalı ya da olanaklı bulunursa karşılıkları para olarak depo ettirilerek depo edilecek tutar arsa sahibine ödenmek üzere (birlikte ifa kuralı) kişisel hakkın sonuçlarını meydana getirdiği düşünülüp istem kabul edilerek tescil hükmü kurulmalıdır...”.

⁵¹⁹ Y. 14. HD. T. 11.10.2001, E. 2001/5416, K. 2001/6603, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 06.06.2020), “...yüklenicinin kişisel hak kazanabilmesi, bu hakkı Borçlar Kanunun 162 ve onu izleyen maddeleri hükmüne göre üçüncü kişilere temlik edebilmesi, kendisinin veya halefi olan üçüncü kişinin tescil isteyebilmesi için yüklenicinin tüm edimini yerine getirmesi, diğer bir anlatımla inşaatın tamamını yapması ve binayı kullanmaya hazır hale getirmesi gerekir. Ancak, yüklenicinin herhangi bir sebeple inşaatı devam edememesi halinde yükleniciden daire alanların sözleşmeye uygun olarak inşaatı devam ettirmelerine arsa sahipleri bazen

İnşaat sözleşmelerinde eğer inşaatın tamamı iş sahibine ait olacaksa, iş sahibi inşaattaki eksikliklerin masrafını tamamını yükleniciden talep edebilir. Ancak inşaattaki bağımsız bölümlerden bazılarının yükleniciye ait olduğu durumlarda iş sahibi sadece kendisine ait bağımsız bölümlerdeki eksikliklerin masrafını talep edebilir⁵²⁰. Ortak alandaki eksiklikler içinse iş sahibi bedelin tamamını talep edebilir. Çünkü iş sahibinin kendisine ait bağımsız bölümlerden tam olarak yaralanabilmesi için ortak alanların tamamlanması gerekmektedir. Örneğin 10 katlı bir inşaatın 10. katında oturacak iş sahibinin bağımsız bölümden tam olarak faydalanabilmesi için ortak alandaki asansörün yapılmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla ortak alanlardaki eksikliklerde bedelin tamamının talep edilmesi ifa menfaati açısından zorunludur⁵²¹. Yargıtay'ın bunun aksine vermiş olduğu karar isabetli değildir⁵²². Ancak iş sahibi eksikliklere ait masrafın kendisine ödenmesine rağmen ortak alanlardaki eksiklikleri makul sürede tamamlamazsa yüklenicinin bedelin iadesini talep edebileceği kabul edilmelidir⁵²³.

3.2. Teslimin Gerçekleşmemesi Halinde İş Sahibinin Hakları

3.2.1. Genel Olarak

Yüklenicinin eseri önemli eksikliklerle iş sahibine sunması halinde hukuken teslim gerçekleşmeyecektir. Bu durumda eserin teslimi için sözleşmede kararlaştırılan sürenin dolmasıyla eserin teslimini gerçekleştirilmemiş olan yüklenici borçlu temerrüdüne düşecektir. Yüklenicinin temerrüde düşmüş olması borcu sona erdirmeyecektir⁵²⁴.

Borçlunun temerrüdüne ilişkin genel sonuçlar TBK m.118-122 arasında düzenlenmiştir. Temerrüde ilişkin genel sonuçlar her türlü borç ilişkisi için uygulama alanı bulabilir⁵²⁵. Bir de borçlu temerrüdüne ilişkin özel olarak düzenlenmiş ve yalnızca karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulabilen TBK m.123-125 arasında düzenlenmiş özel sonuçları

yazılı olarak muvafakat ettikleri gibi bazen de zımnen muvafakat etmiş olabilirler. Bu gibi hallerde inşaatın sözleşmeye uygun olarak yapılmış olması ve %95 ve onu aşan bir seviyeye ulaşması halinde, eksikliklerin tamamının parasal değerinin arsa sahiplerine ödenmesi koşulu ile tescil yoluna gidilebilir...”.

⁵²⁰ Özkan, 2015: 237.

⁵²¹ Özkan, 2015: 238.

⁵²² Y. 15. HD. T. 27.09.2004, E. 2004/470, K. 2004/4646, Kazancı içtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 04.06.2020), “...Mahkemece ortak yerlerdeki eksik iş bedeli olarak 2.823.767.392 TL. karar altına alınmıştır. Dosyadaki tapu kaydına göre 5 nolu bağımsız bölüm S. Ş., 7 nolu bağımsız bölüm B. A., 11 nolu bağımsız bölüm A. İ. aittir. Adı geçen bu bağımsız bölüm malikleri davacı olarak davada yer almadıklarından ortak yerlerdeki eksiklikler hesaplanırken bunların paylarının dikkatine alınması gerekir. Mahkemece tüm bağımsız bölümler dikkate alınarak ortak yerlerdeki eksik iş bedelinin karar altına alınması da yanlış olmuştur...”.

⁵²³ Ayan, 2008: 69.

⁵²⁴ Eren, 2017b: 1126.

⁵²⁵ Eren, 2017b: 1126; Kılıçoğlu, 2014: 701.

vardır. Dolayısıyla karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin genel sonuçlara ek olarak özel sonuçlarda uygulanabilecektir⁵²⁶.

Temerrüdün sonuçları, gecikme tazminatı, beklenmedik halden sorumluluk ve para borçlarında temerrüt faizidir⁵²⁷. Temerrüt faizi para borçlarına ilişkin olduğu için bizim çalışmamızın dışındadır. Bizi ilgilendiren kısım borcun geç ifasından dolayı iş sahibinin uğradığı zarar olarak nitelendirilen gecikme tazminatıdır. Gecikme tazminatını isteyebilmek için borçlunun temerrüde düşmekte kusurunun olmadığını ispat etmemiş olması gerekmektedir.

TBK m.125'te karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde genel sonuçlara ek olarak özel sonuçlar düzenlemiştir⁵²⁸. Bu maddeye göre karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşen borçluya karşı alacaklı, her zaman borcun ifasıyla birlikte gecikme sebebiyle uğradığı zarara ilişkin tazminat isteme hakkına sahiptir (TBK m.125/1). Yine aynı maddede ayrıca aynen ifa isteminden vazgeçen alacaklıya müspet zararın tazmini ya da sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır (TBK m.125/2). Ancak alacaklı aynen ifa isteminden vazgeçerek müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönmeden hakkını kullanabilmesi için kural olarak borçluya bir ek süre vermesi gerekmektedir⁵²⁹. Bu ek süre borçlunun borcunu ifaya davet beyanı olup, borçlu açısından temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulmak için son bir imkandır⁵³⁰. Buna karşılık aynen ifa ve gecikme tazminatı isteyebilmek için ek süre verilmesine gerek yoktur⁵³¹.

Bazı durumlarda da borçluya ek süre verilmesine gerek yoktur. Bu durumlar TBK m.124'te sayılmıştır. Buna göre, borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa; borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa; borcun ifasının belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilemeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa borçluya ek süre verilmesine gerek yoktur.

Yukarıdaki açıklamalara göre eserin tesliminde temerrüde düşen yükleniciye karşı iş sahibi, eserin aynen ifasını ve gecikme nedeniyle uğradığı zamanın tazminini, eserin aynen ifasından vazgeçerek uğramış olduğu müspet zararın tazminini ve sözleşmeden dönerek uğramış olduğu menfi zararın tazmini haklarından birisini kullanabilir.

⁵²⁶ Eren, 2017b: 1137; Kılıçoğlu,2014:701.

⁵²⁷ Antalya, 2019: 216; Eren, 2017b: 1136.

⁵²⁸ Eren, 2017b: 1137.

⁵²⁹ Oğuzman ve Öz ,2013: 516.

⁵³⁰ Eren, 2017b: 1138.

⁵³¹ Oğuzman ve Öz, 2013: 516.

3.2.2. Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı İsteme Hakkı

İş sahibi, temerrüde düşen yükleniciden edimin ifası halen mümkün olmak şartıyla taahhüt ettiği eseri tamamlayarak kendisine teslim edilmesini talep edebilir⁵³². Yüklenicinin temerrüde düşmüş olması iş sahibinin bu hakkını kullanmasına engel değildir⁵³³. İş sahibinin aynen ifa talebi yüklenicinin temerrüde düşmüş olmasının bir sonucu değil, yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel olmasının bir sonucudur⁵³⁴. İş sahibi aynen ifadan vazgeçmediğini bildirmediği ya da bu yolda herhangi bir beyanda bulunmadıkça, iş sahibinin aynen ifayı istediği kabul edilmelidir⁵³⁵.

Yüklenicinin eseri meydana getirme borcu niteliği itibarıyla bir yapma borcudur. Yapma borçlarında da borçlu aynen ifaya zorlanabilir⁵³⁶. Dolayısıyla iş sahibi yüklenicinin ifaya yanaşmadığı durumlarda yüklenici aleyhine bir ifa davası açarak, eserin tamamlanarak kendisine teslim edilmesini mahkemen talep edebilir⁵³⁷. Mahkemece, iş sahibinin talebine uygun olarak karar verilmesine rağmen yüklenici tarafından eser tamamlanarak iş sahibine teslim edilmezse iş sahibi cebri icra yoluna başvurabilir⁵³⁸. Ayrıca iş sahibi TBK m.113/I uyarınca hâkimden masrafları yükleniciye ait olmak üzere eseri bir başka yükleniciye tamamlatma izni verilmesini talep edebilir⁵³⁹. İş sahibinin eseri bir başka yükleniciye tamamlatmak için yüklenicinin iş sahibine ödemek zorunda olduğu masraf, teslim tarihindeki piyasa rayiç değerine göre hesaplanır⁵⁴⁰. Son olarak yüklenicinin aynen ifa talebini kullanabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şart değildir⁵⁴¹.

İş sahibi yükleniciden aynen ifa talebiyle birlikte gecikme sebebiyle uğramış olduğu zararın tazminini de isteyebilir. Hatta yüklenicinin temerrüde düşmesinden sonra eseri tamamlayarak geç olsa da iş sahibine teslim etmiş olması gecikme tazminatı istemeye engel

⁵³² Antalya, 2019: 219; Eren, 2017b: 1143; Kılıçoğlu, 2014: 701; Kurt, 2012: 196; Oğuzman ve Öz, 2013: 496; Şahin, 2012: 203; Y. 15. HD. T. 5.7.1991, E. 1991/761, K. 1991/3514, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 14.05.2020), “...Davacı dava dilekçesinde, davalının imal edip monte etmeyi taahhüt ettiği asansörün bedelini tamamen aldığı halde edimini yerine getirmediğini ileri sürerek asansör ve teferruatının teslimini montajının yapılmasını (öncelikle) istemiştir. Davalı savunmasında, asansörün inşaatın asıl müteahhitine teslim edildiğini ve bedelin ödenmediğini savunmuştur. Mahkemece, asansör bedeli olan (2.400.000) liranın davalıdan tahsiline karar verilmiş, karar davacı vekilince temyiz edilmiştir. Davada öncelikle, aynen ifa istenilmiştir. Davalı aynen ifanın mümkün olmadığını savunmadığı gibi bedelin ödenmediğini ve asansörün inşaatın müteahhidine, dolayısıyla davacıya teslim edildiğini ispat edemediğine göre BK.nun 106. maddesi gereğince olayda öncelikle aynen ifaya karar verilmesi mümkün bulunmaktadır. Hükmün icrası safhasında aynen ifanın İİK.nun 24. maddesi hükmü nazara alınarak yerine getirilmesi gerekir...”.

⁵³³ Kılıçoğlu, 2014: 701.

⁵³⁴ Kurt, 2012: 196,197.

⁵³⁵ Eren, 2017b: 1143.

⁵³⁶ Doktrinde yapma borçlarında da borçlunun aynen ifaya zorlanıp zorlanamayacağı konusu tartışmalıdır. Bkz. Kurt, 2012: 197.

⁵³⁷ Antalya, 2019: 219; Eren, 2017b: 1143; Kılıçoğlu, 2014: 702; Kurt, 2012: 197; Şahin, 2012: 205.

⁵³⁸ Eren, 2017b: 1143; Kurt, 2012: 197.

⁵³⁹ Kurt, 2012: 205; Şahin, 2012: 206.

⁵⁴⁰ Kurt, 2012: 206.

⁵⁴¹ Eren, 2017b: 1143.

değildir⁵⁴². Nitekim eser teslim edilmiş olsa bile aradaki gecikmeden dolayı iş sahibinin zararı bulunabilir. Dolayısıyla gecikme tazminatı aynen ifa ile birlikte talep ve dava edilebileceği gibi ayrı olarak da talep ve dava edilebilir⁵⁴³. Ancak şuna dikkat edilmelidir ki iş sahibi aynen ifa talebinden vazgeçerek yalnızca gecikme tazminatı talep edemez⁵⁴⁴.

İş sahibinin gecikme tazminatı talebinde bulunabilmesi için bazı şartların gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bunlar; Yüklenicinin eserin tesliminde temerrüde düşmesi, yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurunun bulunması, temerrüt sebebiyle iş sahibinin zarara uğramış olması ve yüklenicinin temerrüdü ile iş sahibinin zararı arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir⁵⁴⁵. Yüklenici temerrüde düşmekte kusurunun bulunmadığını ispat ederek gecikme tazminatından kurtulabilir (TBK m.112). Yüklenicinin temerrüdü ile iş sahibinin zararı arasındaki illiyet bağını ispat yükü ise iş sahibinin üzerindedir⁵⁴⁶.

İş sahibinin eserin kendisine geç teslim edilmesinden dolayı uğradığı zarara gecikme zararı, bu zararın giderilmesi için ödenecek tazminata gecikme tazminatı denir⁵⁴⁷. Bu zararın kapsamına gecikme yüzünden iş sahibinin yaptığı masraflar (yüklenicinin evi zamanında teslim etmediği için iş sahibinin oturmak için benzer bir ev kiralaması halinde ödediği kira), yüklenicinin gecikmesi yüzünden iş sahibinin başkalarına ödemek zorunda kaldığı tazminatlar (iş sahibinin eseri üçüncü bir kişiye teslim yükümlülüğünün olması ve eseri zamanında teslim edememesi sebebiyle ödeyeceği tazminat), temerrüt süresinde eserin değerinin düşmesi sebebiyle iş sahibinin uğradığı zarar (iş sahibi eseri bir başkasına satmak amacıyla yaptırıyor olması ve teslimde geciktiği için eserin değerinin azalmış olması sonucu daha düşük bedelle satmak zorunda kalması), iş sahibinin eserin teslimindeki gecikme sebebiyle yoksun kaldığı kâr (eserin geç teslim edilmesi sebebiyle temerrüt sürecinde iş sahibinin eseri kiraya vermesinden dolayı uğradığı kira kaybı) girer⁵⁴⁸.

Gecikme tazminatı aynen ifa talebine bağlı bir talep olup zamanaşımı da iş sahibinin eser sözleşmesinden doğan teslim olacağının tabi olduğu zamanaşımına bağlıdır. Dolayısıyla yüklenici gecikmede hafif kusurlu ise beş yıllık (TBK m.147), yüklenici gecikmede ağır kusurlu ise on yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımının başlangıcı ise, iş sahibinin eseri teslim alacağının muaccel olduğu gündür⁵⁴⁹.

⁵⁴² Oğuzman ve Öz, 2013: 497.

⁵⁴³ Oğuzman ve Öz, 2013: 497.

⁵⁴⁴ Eren, 2017b: 1130.

⁵⁴⁵ Eren, 2017b: 1130; Kurt, 2012: 210.

⁵⁴⁶ Kurt, 2012: 210.

⁵⁴⁷ Eren, 2017b: 1130; Oğuzman ve Öz, 2013: 497.

⁵⁴⁸ Eren, 2017b: 1131; Oğuzman ve Öz, 2013: 497; Şahin, 2012: 218, 219.

⁵⁴⁹ Kurt, 2012: 214.

Özetle iş sahibi, eserin kendisine tesliminde temerrüde düşürülmesi sonucu yükleniciden, eserin aynen ifasını ve geç teslim sebebiyle uğramış olduğu zararın tazminini isteyebilir. Yüklenici bu talebi yerine getirmemezse iş sahibi bir ifa davası açmak suretiyle eserin tamamlanarak kendisine teslim edilmesini gecikme sebebiyle uğramış olduğu zararın tazminiyle birlikte talep ve dava edebilir. İş sahibi ayrıca masrafları yükleniciye ait olmak üzere hâkimden eseri bir başka yükleniciye tamamlatmak için ikame izni verilmesini talep edebilir.

3.2.3. Aynen İfa ile Birlikte Gecikme Tazminatından Vazgeçerek Uğramış Olduğu Müspet Zararın Tazminini İsteme Hakkı

İş sahibi aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek borcun ifa edilmesinden doğan zararın giderilmesini talep edebilir (TBK m.125/3). İş sahibi bu hakkını kullanmak niyetindeyse yükleniciye bir süre vermelidir⁵⁵⁰. Yüklenici verilen bu ek süre içinde edimini ifa etmediği takdirde iş sahibi seçimlik haklarını kullanabilir. Ancak iş sahibinin yükleniciye ek süre vermiş olması aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkını ortadan kaldırmaz⁵⁵¹. İş sahibi verilen sürenin bitmesinden hemen sonra vazgeçme iradesini beyan etmelidir⁵⁵². İş sahibi yükleniciye ek süre verirken dilerse ek sürenin sonunda eserin teslim edilmemesi halinde artık teslimin kabul etmeyeceğini yani aynen ifa talebinden vazgeçtiği ve kullanmak istediği seçimlik hakkı yükleniciye bildirerek taleplerini birleştirebilir⁵⁵³. Ayrıca TBK m.124 gereği seçimlik hakkın kullanılabilmesi için süre verilmesine gerek olmadığı durumlarda iş sahibi yükleniciye vazgeçme beyanında bulunmak zorundadır⁵⁵⁴.

Vazgeçme beyanı niteliği itibarıyla yenilik doğuran bir hak olup yükleniciye varması ile hüküm ve sonuç doğurur⁵⁵⁵. Dolayısıyla aynen ifadan vazgeçen iş sahibinin bu beyanı yükleniciye ulaştıktan sonra artık kural olarak geri alınamaz⁵⁵⁶. Vazgeçme beyanı ile iş sahibi eserin aynen ifa edilmesini talep hakkını kaybederken, yüklenici de asli edim borcu olan eserin teslimini yerine getirme borcundan kurtulur⁵⁵⁷.

Buradan yüklenicinin borcunun tamamen sona erdiği anlaşılmamalıdır. Nitekim iş sahibi aynen ifa ile gecikme tazminatından vazgeçerek uğramış olduğu müspet zararın

⁵⁵⁰ Serozan, 2000: 234.

⁵⁵¹ Kılıçoğlu, 2014: 733.

⁵⁵² Eren, 2017b: 1144.

⁵⁵³ Kurt, 2012: 248.

⁵⁵⁴ Eren, 2017b: 1145.

⁵⁵⁵ Eren, 2017b: 1144; Kurt, 2012: 247; Oğuzman ve Öz, 2013: 523.

⁵⁵⁶ Eren, 2017b: 1144; Kurt, 2012: 247; Oğuzman ve Öz, 2013: 524.

⁵⁵⁷ Eren, 2017b: 1144.

tazminini talep etmesi sözleşmeyi sona erdirmeyecektir⁵⁵⁸. Dolayısıyla iş sahibi ve yüklenici arasındaki eser sözleşmesi ayaktadır ve geçerliliğini devam ettirmektedir⁵⁵⁹. Yalnızca yüklenicinin eser sözleşmesi ile borçlandığı edim yükü değişmektedir. Bir başka deyişle yüklenicinin eseri meydana getirerek teslim etme borcunun yerini tazminat ödeme yükümlülüğü almaktadır⁵⁶⁰.

İş sahibinin eserin kendisine teslim edilmemesi sebebiyle uğradığı zarara müspet zarar denir⁵⁶¹. Müspet zarar, yüklenici eseri meydana getirerek teslim etme borcunu zamanında yerine getirmiş olsaydı iş sahibinin sahip olacağı malvarlığı değeri ile iş sahibinin hali hazırdaki malvarlığı değeri arasındaki farktan oluşur⁵⁶². İş sahibinin uğramış olduğu müspet zarar TBK m.125/II gereği iki unsurdan oluşur. Bunlar yüklenicinin ifa etmediği eserin değeri ve iş sahibinin eserin teslimindeki gecikme sebebiyle uğramış olduğu diğer zararlardır⁵⁶³. Detaylandırmak gerekirse müspet zararı, iş sahibinin eserin teslimine hazır olmak için yaptığı harcamalar, seçim hakkının kullanılması için yapılan masraflar, dava giderleri, ihtar giderleri, temerrüt nedeniyle üçüncü kişilere ödenen tazminat, ceza koşulu ve yoksun kanılan kâr kalemleri oluşturur⁵⁶⁴. Bunlara ifa edilmeyen edimin değerini de eklemek gerekir⁵⁶⁵. O halde müspet zararın tazmini ile yüklenici eseri zamanında ifa etmiş olsaydı, iş sahibi hangi ekonomik durumda olacaksa o durumun yeniden tesis edilmesi sağlanır⁵⁶⁶.

İş sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinden vazgeçerek uğramış olduğu müspet zararı talep etmesi durumunda bu zararın nasıl hesaplanacağı konusu doktrinde tartışmalı olup, bu durumla ilgili iki görüş bulunmaktadır. Bunlar; mübadele (değişim) teorisi ve fark teorisidir⁵⁶⁷. Doktrindeki bu görüş farkının sebebi esasen iş sahibinin müspet zararın tazminini talep etmesi ile sözleşme ortadan kalkmadığı ve varlığını devam ettirdiği için, iş sahibinin sözleşme ile borçlandığı bedel ödeme borcunu ifa etmesi gerekli midir yoksa talep edeceği tazminattan indirerek geri kalanını mı talep etmesi gerekeceği tartışmasının bir sorunudur⁵⁶⁸. Mübadele teorisine göre yüklenici asli edimi yerine tazminat ödemek zorunda kalırken, iş sahibi de sözleşme ile borçlanmış olduğu bedel ödeme borcunu aynen yerine getirmek zorundadır⁵⁶⁹. Fark teorisine göre ise iş sahibi yükleniciden istediği tazminattan,

⁵⁵⁸ Eren, 2017b: 1145; Kılıçoğlu, 2014: 736.

⁵⁵⁹ Kılıçoğlu, 2014: 736.

⁵⁶⁰ Eren, 2017b: 1145; Kurt, 2012: 257.

⁵⁶¹ Eren, 2017b: 1145; Kılıçoğlu, 2014: 736; Kurt, 2012: 257.

⁵⁶² Eren, 2017b: 1145; Kurt, 2012: 257.

⁵⁶³ Eren, 2017b: 1145.

⁵⁶⁴ Eren, 2017b: 1145.

⁵⁶⁵ Kurt, 2018: 258.

⁵⁶⁶ Eren, 2017b: 1146.

⁵⁶⁷ Eren, 2017b: 1146; Oğuzman ve Öz, 2013: 526.

⁵⁶⁸ Eren, 2017b: 1146.

⁵⁶⁹ Eren, 2017b: 1146; Kılıçoğlu, 2014: 736; Kurt, 2012: 276.

sözleşme ile borçlanmış olduğu bedeli mahsup ederek, geri kalan kısmı ister⁵⁷⁰. Bu iki teoriden herhangi birisi benimsenebilir. Çünkü ister fark teorisi ister mübadele teorisi uygulansın tazmini gereken zararın kapsamı değişmez. Müspet zarar yine ifa edilemeyen edimin değeri ile gecikme zararlarının toplamından oluşur⁵⁷¹.

Müspet zararın hesaplanmasında esas alınacak tarih, iş sahibinin vazgeçme beyanında bulunduğu tarihtir⁵⁷². İş sahibinin aynen ifa ile gecikme tazminatından vazgeçme beyanına gerek olmadığı durumlarda müspet zarar yüklenicinin temerrüde düştüğü tarih esas alınarak belirlenir⁵⁷³.

Müspet zararın tabi olduğu zamanaşımı, müspet zarar yüklenicinin eser sözleşmesindeki asli edim borcu olan eseri meydana getirme borcunun yerini aldığı için bu asli edimin tabi olduğu zamanaşımı süresine bağlıdır⁵⁷⁴. Yani yüklenicinin temerrüde düşmekte ağır kusuru veya kastı varsa on yıllık genel zamanaşımı süresine (TBK m.146), yüklenicinin kusurunun bulunmadığı veya hafif ihmalinin olduğu durumlarda beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır (TBK m.147/b.6). Zamanaşımı süresi iş sahibinin müspet zararın tazminini istediğini yükleniciye veya yetkili temsilcisine bildirdiği andan itibaren işlemeye başlar⁵⁷⁵.

Son olarak yüklenicinin tazminat borcundan sorumlu tutulabilmesi için kusurunun bulunması şarttır. Yüklenici tazminat yükümlülüğünden kurtulmak için kusursuz olduğunu ispat etmek zorundadır⁵⁷⁶. Aksi halde kusursuzluğunu ispatlamayan yüklenici tazminat borcundan sorumlu tutulacaktır.

3.2.4. Sözleşmeden Dönerek Menfi Zararın Tazminini İsteme Hakkı

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi sonucu, iş sahibi verilen ek sürenin sonunda derhal bildirmek suretiyle aynen ifa talebinden vazgeçen iş sahibi sözleşmeden

⁵⁷⁰ Eren, 2017b: 1146; Kurt, 2012: 265.

⁵⁷¹ Kurt, 2012: 265.

⁵⁷² Eren, 2017b: 1147; Kurt, 2012: 266; Ayrıca müspet zarar tazminatının hesaplanmasının detayları bkz. Kurt, 2012: 264.

⁵⁷³ Y. 15. HD. T. 14.10.2005, E. 2005/5335, K. 2005/5448, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 20.06.2020), "...hukuksal esas ve çerçeve dahilinde, uyumsuzluğun değerlendirilmesine gelince; yanlar arasındaki sözleşme uyarınca eserin ve bu kapsamda inşaatın teslim tarihi 26.01.2001 olup, yüklenicinin teslim borcunu kesin vade olan bu tarihte yerine getirmesi gerekirken, borcunu ifa etmemiş ve borçlu temerrüdüne düşmüştür (BK. madde 107/3). Davalı, direngen olmasında kusursuz olduğunu kanıtlayamamıştır. Davacı arsa sahibi, kendi yararına göre Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinde kendisine tanınan haklardan "ifa yerine geçen olumlu zararının" tazminini istemekte haklıdır. O halde, davacı yanlar arasındaki sözleşme gereğince kendisine düşen bağımsız bölümlerin teslimi gereken 26.01.2001 tarihi itibarıyla bitmiş haldeki rayiç bedellerini müspet zarar olarak isteyebilir. Bu hukuksal nedenle, yanlar arasındaki akit tarihi ve Bayındırlık Bakanlığı'nın belirlediği birim fiyatları esas alınarak bina değerlerinin ve rayice göre arsa payı bedellerinin aynı ayrı hesaplanıp toplanmasıyla bulunan daire bedelini saptayan bilirkişi raporunun hükme dayanak alınarak her bir bağımsız bölüm için (15.000.000.000.-) TL bedele mahkemece hükmedilmesi doğru olmadığından hükmün bozulmasını gerektirir...".

⁵⁷⁴ Kurt, 2012: 283.

⁵⁷⁵ Kurt, 2012: 283.

⁵⁷⁶ Eren, 2017b: 1147; Oğuzman ve Öz, 2013: 526.

dönebilir ve sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı menfi zararın giderilmesinin talep edebilir (TBK m.125/II, III). Sözleşmeden dönme ile tarafların karşılıklı olarak borçları sona erer ve daha önce ifa edilmiş olan edimleri geri isteyebilir (TBK m.125/III).

Sözleşmeden dönme kural olarak yenilik doğuran bir haktır⁵⁷⁷. İş sahibi herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan tek taraflı bir irade beyanıyla sözleşmeden döndüğünü yükleniciye bildirebilir⁵⁷⁸. Dönme beyanı yüklenicinin hakimiyet alanına girdiği andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur⁵⁷⁹.

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi, yüklenicinin kusuruna bağlı olmamakla birlikte menfi zararın tazminini talep edebilmesi için, yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurunun bulunmadığını ispat edememesi gerekmektedir⁵⁸⁰.

Sözleşmeden dönmenin taraflar üzerinde doğuracağı hukuki sonuçlar tartışmalıdır. Doktrinde buna ilişkin klasik dönme ve yeni dönme olmak üzere iki görüş bulunmaktadır. Klasik dönme görüşüne göre dönme bozucu yenilik doğuran bir hak olup sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar⁵⁸¹. Bir başka ifadeyle sözleşme hiç kurulmamış sayılır ve taraflar sözleşmesi öncesi durumlarına geri dönerler⁵⁸².

Klasik dönme görüşü de tarafların ifa edilmiş olan edimleri iade borçları bakımından farklı hukuki temellere dayandırılan üç görüşten oluşur⁵⁸³. Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre taraflar ifa ettikleri şeyleri aynen, bu mümkün değilse, ifa edilen şeyin değeri üzerinden sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isterler⁵⁸⁴. Yasal borç ilişkisi teorisine göre de dönme ile taraflar arasındaki borç ilişkisi sona erer ancak borç ilişkisi hükümsüz hale gelmez ve taraflar arasında tasfiyeye yönelik bir borç ilişkisi kurulduğu kabul edilir⁵⁸⁵. İstihkak teorisine göre de sözleşmeden dönme ile sebebe bağlı tasarruf işlemi geçmişe etkili olarak hükümsüz kalacak ve bu yolla verilen şeylerin iadesinin aynı hakka dayanacağı görüşüdür⁵⁸⁶.

Doktrinde giderek ağırlık kazanan yeni dönme (dönüşüm) teorisine göre, dönme sözleşmeyi ortadan kaldırmaz, sözleşmenin içeriğini değiştirerek taraflar arasında daha önce ifa edilmiş olan edimlerin iadesi bakımından bir tasfiye ilişkisi kurar⁵⁸⁷. Bu ilişki nedeniyle taraflar edim kapsamında almış oldukları şeyleri geri verme borcu altına girer. Bu iade borcu

⁵⁷⁷ Eren, 2017b: 1148; Kurt, 2012: 284.

⁵⁷⁸ Eren, 2017b: 1148.

⁵⁷⁹ Eren, 2017b: 1148; Kurt, 2012: 285.

⁵⁸⁰ Kurt, 2012: 287; Oğuzman ve Öz, 2013: 529.

⁵⁸¹ Eren, 2017b: 1148; Kurt, 2012: 292; Oğuzman ve Öz, 2013: 530.

⁵⁸² Eren, 2017b: 1148; Kurt, 2012: 292.

⁵⁸³ Eren, 2017b: 1149; Kurt, 2012: 292.

⁵⁸⁴ Eren, 2017b: 1149; Kurt, 2012: 292; Oğuzman ve Öz, 2013: 531.

⁵⁸⁵ Oğuzman ve Öz, 2013: 532.

⁵⁸⁶ Eren, 2017b: 1150; Kurt, 2012: 293; Oğuzman ve Öz, 2013: 531.

⁵⁸⁷ Eren, 2017b: 1148; Oğuzman ve Öz, 2013: 530.

sözleşmeden doğan bir borçtur⁵⁸⁸. Taraflardan birisi almış olduğu edimi iade borcunu yerine getirmediği takdirde, taşınırlarda cebri icra yoluyla, taşınmazlarda ise tescile zorlama davası ile mülkiyet tekrar kazanılır⁵⁸⁹.

Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarında klasik dönme görüşünü kabul ettiği ve dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını kabul etmektedir⁵⁹⁰. Tarafların iade taleplerinin hukuki dayanağı olarak kanun hükmünü göstermiş olmasından da esasen kanuni borç ilişkisi görüşünü benimsemiştir⁵⁹¹. Ancak iadenin hukuki sebebi ister sebepsiz zenginleşme ister kanundan doğan bir borcun ifası olarak kabul edilse de iadenin kapsamı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenecektir⁵⁹². Buna karşılık Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde vermiş olduğu bazı kararlarında, dönme ile birlikte önceden yükleniciye devredilen kısımların kendiliğinden iş sahibine döneceğine hükmederek aynı etkili dönme teorisini uyguladığı da görülmektedir.⁵⁹³

Doktrinde birden fazla görüş bulunsa da bunların ortak noktası dönme ile taraflar sözleşme kapsamında almış oldukları edimleri iade borcu altına girmektedirler. Her ne kadar doktrinde ki baskın görüşe göre dönme ile sözleşme kural olarak geçmişe etkili olarak sona erse de bu durum eser sözleşmelerinde hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmaz. Zira eserin iş sahibinin arsası üzerine yapılmasında durum böyledir. Nitekim yüklenicinin, iş sahibinin arsası üzerinde yapımına başladığı ancak tamamlamadığı taşınmaz eserin aynen iadesi kural olarak aşırı zarara yol açacağı için makul değildir⁵⁹⁴. Bu durumda yüklenici eserin mülkiyetinin kendisine geçirilmesini talep etmesi mümkün değildir. Edimin aynen iade edilemediği bu gibi durumlarda iş sahibi eseri alıkoyarak edimin objektif değeri tutarında bir miktar bedeli yükleniciye ödeyerek sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirebilir⁵⁹⁵. Ancak mevcut eser iş

⁵⁸⁸ Kurt, 2012: 294.

⁵⁸⁹ Kurt, 2012: 295.

⁵⁹⁰ Karar için bkz. Kurt, 2012: 296.

⁵⁹¹ Kurt, 2012: 297.

⁵⁹² YHGK. T. 26.03.1997, E. 1996/15-818, K. 1997/234, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 25.08.2020), “...Eser sözleşmeleri, Borçlar Kanunu'nda, kural olarak geriye yürütülür. (Ex tunc) sonuç doğuracak biçimde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sonucu olarak, yükleniciden ne'şet eden bir nedenle sözleşmenin feshi halinde, yüklenici ve dolayısıyla ondan bağımsız bölüm satın alanlar, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, tescile hak kazanamazlar. Yüklenici, sadece o aşamaya kadar yaptığı işin bedelini, sebepsiz iktisap kurallarına göre arsa sahiplerinden istemekle yetinmek zorundadır...”.

⁵⁹³ Y. 15. HD. T. 21.04.1993, E. 1992/3812, K. 1993/1871, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 27.08.2020), “...Somut olayda, bağımsız bölüm satın alan kişilerin tapuda davacı yararına ipotek olduğunu görmemeleri düşünülemez. Sözleşme ve buna bağlı taksim krokisinde de arsa sahibine düşen bağımsız bölümlerin varlığı açıkça anlaşılabılır haldedir. Hakkını kullanırken herkes gerekli ihtimamı gösterme zorundadır. Aksi halde kayıtsızlığının sonucuna katlanması gerekir. Bu nedenle, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin istemiyle sözleşmenin geriye dönük feshi sonucu arsanın eski malike döneceğini bile bile pay satın alan davalıların iyiniyetinden bahisle olayda yeri olmayan MK.nun 931. maddesine bakılarak kabulü gereken davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır...”.

⁵⁹⁴ Aral ve Ayrancı, 2008: 397; Kurt, 2012: 309.

⁵⁹⁵ Aral ve Ayrancı, 2018: 397; Kurt, 2012: 373; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 528; YİBK. T. 25.1.1984, E. 1983/3, K. 1984/1, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 29.09.2020), “...Borçlar Kanunu'muzda (özellikle 106-

sahibine hiçbir yarar sağlamıyorsa iş sahibi yükleniciye edimin objektif değerini iade etmek zorunda değildir. Eserin ağır ayıplı olması veya eserin imar mevzuatına aykırı olması sebebiyle yıkılmasının gerektiği hallerde durum böyledir⁵⁹⁶. Nitekim yıkımı gereken bir eserin ekonomik değerinin varlığından bahsedilemez.

İş sahibi, sözleşmeden dönme iradesiyle birlikte sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir (TBKm.125/III). Kanunda belirtilmiş olan bu zarar menfi zarardır⁵⁹⁷. Menfi zarar sözleşmeye duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan zarardır. İş sahibinin sözleşmeyi yapmamış olsaydı uğramayacak olduğu zararlar bu kapsama girer⁵⁹⁸. Buna göre sözleşme ifa edilmiş olsaydı doğmayacak olan zararlar müspet zarar kalemlerini oluştururken; sözleşme hiç yapılmamış olsaydı doğmayacak zararlar menfi zarar kalemlerini oluşturur⁵⁹⁹.

108. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkça bahsedilmemektedir. Kuşkusuz, borçlunun kısmi temerrüdü halinde de uygulanacak kanun hükümleri 106-108. maddeler olacaktır. Ancak, 108. maddenin birinci fıkrasında "-akitten rücu eden alacaklının, tediye eylediği şeyi istirdat edebileceği-" belirtildiği halde, borçlunun kısmi ifasının karşılığının iadesi hakkında kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. O halde, bu yönden kanunun yorumlanması ve mevcut "kanun içi" boşluğun tamamlanması gerekmektedir. Bu hususta, Medeni Kanunu'nun 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "doğruluk kuralından" yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmen doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. MK. 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrada kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. Öte yandna, istisna sözleşmelerinde karşılıklı güven esastır. Güven kuralı uyarınca da hiç kimse haklı olarak beklediklerinde hayal kırıklığına uğratılmamalı; herkes karşısındakinin kendisinden beklediği şeyi düşünmeli ve ona göre davranmalıdır. Konuya bu kurallar açısından bakıldığında; müteahhidin yapının tamamladığı kısmı (mütemmim cüz kuralı gereği olarak) arsa (iş) sahibine ait olacağı için, sözleşmeyi fesih yolunu seçen iş sahibi de kabul ettiği veya kabul edebileceği bu kısmı ifanın karşılığını elbette müteahhide iade edecektir. İade edilecek bu kısmı ifanın karşılığı belirlenirken, ifanın geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yerine getirildiği gerçeği ile feshi söz konusu olan sözleşme türünün özelliği de gözden uzak tutulmamalıdır... ”.

⁵⁹⁶ Kurt, 2012: 309; Y. 15.HD. T. 11.5.2005, E. 2004/5000, K. 2005/2920, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 11.09.2020), “...Yanlar arasındaki 08.08.1995 tarihli sözleşmeye göre, davalı karşı davacı arsa sahibine ait İstanbul Bahçelievler İlçesi 1. Bölge Bucağı K. Köyü Köyalı Mevkiinde bulunan 140 ada 4 parsel sayılı taşınmazın üzerine bir bodrum, zemin ve 5 normal katlı bir bina inşa edilecektir. Binaya ait 01.04.1996 tastik tarihli projede ise, binanın 2. bodrum, 1. bodıllm, zemin kat ve 3 normal katlı olarak yapılacağı gösterilmiştir. Bina, bodrum katlar, zemin ve normal katlar yönünden hem sözleşmeye hem de tasdikli proje ve inşaat ruhsatına aykırı olarak yapılmış, bu nedenle Bahçelievler Belediye Encümeninin 10.07.1997 tarih ve 2176-2177 sayılı kararları ile bina hakkında yıkım ve para cezası kararı verilmiştir. Nitekim, dosyada bulunan gerek 26.02.2001 tarihli gerekse 05.09.2003 tarihli bilirkişi raporlarında da, yapının mevcut hali ile tasdikli projesine aykırı inşa edildiği, zemin katın proje ölçüsünden daha büyük olarak yapıldığı, 5 adet dükkan yerine zemin katta genişletilmiş 3 adet dükkan yapıldığı belirtilmiştir. 3194 sayılı İmar Yasası uyarınca her türlü bina inşaatının yerel idarenin tasdikli projesine uygun yapılması zorunludur. Şayet inşaat kısmen veya tamamen tasdikli projesine aykırı imalat var ise -kaçak inşaat- aynı yasanın 32. maddesi uyarınca inşaatın yıkımı gerekir. Yıkılacak yerlerle ilgili olarak da, kazanılmış ekonomik değerden söz edilemez. İmar Yasası kamu düzenine ilişkin olup, mahkemenin re 'sen göz önünde bulundurması gerekir. Hal böyle olunca, kaçak olarak yapıldığı anlaşılan dava konusu binanın yıkılması gerekeceğinden, ekonomik değerinin bulunmaması nedeniyle davacı karşı davalının bedele yönelik talebinin tünden reddi gerekir... ”.

⁵⁹⁷ Eren, 2017b: 1152; Kılıçoğlu, 2014: 736.

⁵⁹⁸ Eren, 2017b: 1152; Kılıçoğlu, 2014: 736.

⁵⁹⁹ Kılıçoğlu, 2014: 736.

Menfi zarar iş sahibinin sözleşmeden döndükten sonra ki malvarlığı değeri ile böyle bir sözleşmenin yapılmış olmadığı durumlardaki malvarlığı değeri arasındaki farktır⁶⁰⁰. O halde menfi zararın tazmini ile sözleşme hiç yapılmamış olsaydı iş sahibinin malvarlığının göstereceği değer ne ise, o hale getirmek amaçlanmalıdır.

Menfi zararı iş sahibinin uğramış olduğu fiili zarar ile fırsat kaybı zararları oluşturur⁶⁰¹. Fiili zararın kapsamında sözleşme giderleri (harç, posta gideri, noter masrafı, haberleşme ve seyahat giderleri vs.) ifa beklentisi içinde yapılan harcamalar, ihtar ve dava masrafları, üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerden doğan edimlerin ifa edilememesi sebebiyle uğranılan zarara girer⁶⁰².

Menfi zararın ikinci kısmını fırsat kaybı kazançları oluşturur. Yani iş sahibinin, mütemerrit borçlu ile yaptığı sözleşme nedeniyle üçüncü kişilerle yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmelerden elde edeceği kazancı, bir nevi yoksun kalınan kârı ifade eder⁶⁰³. Kaçırılan fırsattan elde edilecek olan kâr, farazi bir zarar olup bu zararın ispatı zordur⁶⁰⁴. Bu sebeple kaçırılan fırsattan elde edilecek olan kâr, kural olarak dönülen sözleşmeden elde edilecek olan kârın aynısıdır⁶⁰⁵. Dolayısıyla burada iki iş arasında eşitliğin bulunduğu varsayılır.

Menfi zararın tespitinde esas alınacak tarih dönme tarihi değil hüküm tarihidir⁶⁰⁶. Ayrıca zararın tazmini talebi sözleşmeden doğan bir talep olduğu için on yıllık genel zamanaşımı (TBK m.146) süresine tabidir. Her ne kadar TBK m.147/VI ile genel olarak eser sözleşmesinden doğan alacaklar için beş yıllık zamanaşımı öngörülmüş olsa da yine aynı madde de yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi eser sözleşmelerinin tabi olduğu beş yıllık zamanaşımı süresinin istisnası olarak görülmüştür. Eserin büyük eksiklikler sebebiyle tesliminin gerçekleşmemiş olmasında da durum böyle olduğu için TBK m.146'da

⁶⁰⁰ Eren, 2017b: 1152.

⁶⁰¹ Eren, 2017b: 1152; Kılıçoğlu, 2014: 737.

⁶⁰² Eren, 2017b: 1153; Kılıçoğlu, 2014: 737.

⁶⁰³ Eren, 2017b: 1153; Kılıçoğlu, 2014: 737; Y. 15. HD. T. 10.04.2002, E. 2001/5701, K. 2002/1742, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 17.09.2020), “...Davalının, sözleşmede öngörülen teslim süresi geçmiş olmasına, verilen ek sürelerle karşın edimini yerine getirmediği (temerrüde düştüğü) dosya kasamıyla sabittir. Bu durumda davacı iş sahibinin akitten dönme (fesh) ve uğradığı menfi zararların tazminini istemek hakkı BK.nun 106 ve 108. maddeleri uyarınca kabul edilmelidir. Sözleşmede fesh halinde uğranılan zararın veya herhangi bir şekilde cezai şartın kararlaştırılmamış olması davacı iş sahibinin gerçekleşen menfi zararını istemesine engel teşkil etmez. O halde mahkemece yapılacak iş, var ise dayalı ile sözleşme yapılmadan önce en yakın teklifte bulunan kimse ile -yoksa sözleşme tarihinde en yakın teklifin ne olması gerektiğinin bilrkişice saptanması suretiyle- sözleşme yapmak fırsatının kaçırılması sonucu, bu teklif fiyatı ile fesihden sonra yapılan sözleşme arasındaki farka hükmetmekten ibarettir...”.

⁶⁰⁴ Eren, 2017b: 1153.

⁶⁰⁵ Eren, 2017b: 1153.

⁶⁰⁶ Eren, 2017b: 1154.

belirlenen on yıllık genel zamanaşımı süresi öngörülebilecektir⁶⁰⁷. Zamanaşımı süresinin başlangıcı iş sahibinin dönme beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurduğu yükleniciye varma anıdır⁶⁰⁸.

Yüklenici temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat edemediği takdirde menfi zarar tazminatını ödemek zorunda kalır. Yüklenici kusuru bulunmadığını ispat ederse tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulur⁶⁰⁹. Ayrıca menfi zararın tazminatının hesaplanmasında iş sahibinin ortak kusuru, indirim sebebi olarak değerlendirmelidir⁶¹⁰.

3.2.5. Cezai Şart

Eser sözleşmesi ile taraflar, yüklenicinin meydana getirmeyi vaat ettiği edimi hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda iş sahibine ceza ödeyeceğini kararlaştırmış olabilirler. TBK m.179 vd. düzenlenmiş olan ceza koşulu, borçlunun alacaklıya karşı olan borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda ödemeyi taahhüt ettiği ekonomik değeri olan bir edimdir⁶¹¹. Taraflarca böyle bir ceza koşulu kararlaştırmanın amacı alacaklının zararını tazmin değil, sözleşme ile kararlaştırılmış olan edimin ifasını sağlamaktır⁶¹². Nitekim ceza koşulu ile taraflarca kararlaştırılmış olan ceza koşulunun miktarı, tazminat miktarından yüksek belirlenerek borçlunun, borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi için baskı aracı olarak kullanılmaktadır. Her ne kadar ceza koşulunun amacı alacaklının zararını tazmin olmasa da alacaklının borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda uğramış olduğu zararını ispat yükü altında kalmaksızın ceza koşulu ile zararını giderecek olması da alacaklıya sağlamış olduğu bir başka yarardır⁶¹³.

Ceza koşuluna ilişkin hükümler emredici nitelikte olmayıp taraflar bu durumu serbestçe kararlaştırabilirler⁶¹⁴. Taraflar ceza koşulunu asıl borcun yer aldığı eser sözleşmesi ile ya da sonradan bu sözleşmeden ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılabilirler⁶¹⁵. Ancak ceza koşulu ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılacak olursa bu sözleşme asıl borcun yer aldığı eser sözleşmesinin tabi olduğu şekle uyularak yapılmalıdır. Aksi halde ceza koşulu geçerli olmayacaktır⁶¹⁶. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ceza koşulu ayrı bir sözleşme ile

⁶⁰⁷ Kurt, 2012: 367.

⁶⁰⁸ Eren, 2017b: 1154.

⁶⁰⁹ Eren, 2017b: 1154.

⁶¹⁰ Eren, 2017b: 1155.

⁶¹¹ Başar, 2018: 54; Cansel ve Özel, 2013: 713-715; Eren, 2017b: 1209; Kılıçoğlu, 2014: 780; Kurt, 2012: 214; Tekelioğlu, 2017: 165.

⁶¹² Eren, 2017b: 1209; Kurt, 2012: 214; Tekelioğlu, 2017: 167.

⁶¹³ Cansel ve Özel, 2013: 715; Eren, 2017b: 1209.

⁶¹⁴ Eren, 2017b: 1209.

⁶¹⁵ Kurt, 2012: 215.

⁶¹⁶ Eren, 2017b: 1221; Kurt, 2012: 215.

kararlaştırılacak olursa, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tabi olduğu resmi geçerlilik şartına uygun olarak düzenlenmesi gerekir⁶¹⁷.

Ceza koşulu ekonomik değer taşıyan bir edim olmakla birlikte genel olarak bir miktar paradan ibarettir⁶¹⁸. Bunun dışında ekonomik değer taşıyan herhangi bir şeyde ceza koşulu olarak kararlaştırılabilir. Örneğin yüklenicinin bir kıymetli evrakın devrini ya da bir iş görme edimini taahhüt etmesi de ceza koşulunun konusunu oluřturabilir⁶¹⁹. TBK m.182/I uyarınca taraflar kural olarak cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler. Ancak ceza aşırı miktarda ise hâkim cezanın indirilmesine kendiliğinden karar verebilir (TBK m.182/3).

TBK m.179'da cezai şartın  türünden bahsedilmiştir. Bunlar, seçimlik ceza koşulu, ifaya eklenen ceza koşulu ve ifayı engelleyen ceza koşulu (dönme cezası)'dur. Seçimlik ceza koşulu TBK m.179/I fıkrasında düzenlenmiş olup sözleşmenin hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi halinde, aksi sözleşmede öngörülmedikçe, alacaklıya ya borcun ifasını ya da cezanın ifasını isteyebileceği bir seçimlik yetki verir⁶²⁰. Buna göre alacaklı cezanın ödemesini talep etmişse artık asıl edimin ifasını isteyemez ve bundan kesin olarak vazgeçmiş sayılır⁶²¹. Buna karşılık taraflar sözleşmede alacaklının önce asıl edimin ifasını isteyebileceğini, edim ifa edilmediği takdirde ceza koşulunun ödenmesini isteyebileceğini kararlařtırabilirler⁶²².

TBK m.179/III. fıkrasında ise ifayı engelleyen ceza koşulu (dönme cezası) hükme bağlanmıştır. Buna göre borçlu, tarafların kararlaştırdıkları ceza miktarını iş sahibine ödeyerek, sözleşmeyi dönme veya fesih suretiyle sona erdirebilir. Buradaki cezai şart daha çok cayma parasına benzemektedir⁶²³. Nitekim alacaklı asıl edimin ifasını isteyemez. Borçlu ifayı engelleyen ceza koşulunun varlığını ispatla ykmldr⁶²⁴.

TBK m.179/II. fıkrasında ise konumuzla en çok ilgili olan ifaya ekli ceza koşulu düzenlenmiştir. Buna göre ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş ya da ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir. Alacaklı asıl edimin ifasını herhangi bir ihtirazi kayıt koymadan kabul ederse ceza koşulundan vazgeçmiş sayılır⁶²⁵. İfaya ekli ceza koşulu eser sözleşmelerinde en sık karşılaşılan ceza trdr⁶²⁶. Zira eser sözleşmesinde genel olarak taraflar eserin vadesinde teslim edilmemesi halinde yüklenicinin

⁶¹⁷ Kurt, 2012: 215.

⁶¹⁸ Cansel ve zel, 2013: 718; Eren, 2017b: 1210; Tekelioğlu, 2017: 167.

⁶¹⁹ Kurt, 2012: 215.

⁶²⁰ Başar, 2018: 59; Cansel ve zel, 2013: 722; Eren, 2017b: 1212; Kurt, 2012: 217,218.

⁶²¹ Eren, 2017b: 1212.

⁶²² Eren, 2017b: 1212.

⁶²³ Cansel ve zel, 2013: 726; Eren, 2017b: 1214.

⁶²⁴ Eren, 2017b: 1214.

⁶²⁵ Eren, 2017b: 1213.

⁶²⁶ Kurt, 2012: 218.

cezai şart ödeyeceğini kararlaştırırlar. Nitekim bu durumda ifaya ekli ceza koşulunun varlığı kabul edilir⁶²⁷.

İş sahibinin kararlaştırılan cezai şartı yükleniciden talep edebilmesi için asıl borcun geçerli olması gerekir. Aksi halde asıl borç herhangi bir nedenle sona ererse cezai şartta sona erer. Örneğin; eser sözleşmesi kurulduktan sonra arazi üzerine idarece inşaat yapılmasının yasaklanması, asıl borcu imkânsızlık sebebiyle sona erdirdiği için cezai şartta sona erecektir⁶²⁸. Cezai şartın talep edilebilmesi için asıl borcun geçerli olmasının yanında, asıl borcun ihlal edilmiş olması ve iş sahibinin cezai şart olacağına ilişkin talep hakkından vazgeçmemiş olması gerekir.

Taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça yüklenici edimin ifasındaki gecikmede kusurunun bulunmadığını ispat ederek cezai şart ödemekten kurtulabilir⁶²⁹. Aksi halde yüklenici cezai şart ödemek zorunda kalacaktır. Cezai şartın ne zaman muaccel hale geldiği tartışmalıdır⁶³⁰. Bir görüşe göre cezai şart, işin teslimi gereken tarihte muaccel hale gelecektir⁶³¹. Diğer bir görüşe göre yüklenicinin eserin teslimi ifasında temerrüde düştüğü tarihte muaccel olur⁶³². Eser sözleşmelerinde her ne kadar genel olarak vade tarihi belirlenmiş olsa da vadenin bulunmadığı durumlarda eserin teslim vadesini tespit etmek bazı sorunlara yol açabilir. Bu nedenle yüklenicinin temerrüde düşürüldüğü tarihi esas almak bu gibi sorunların önüne geçecektir. Ancak sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar cezai şartın hangi andan itibaren muaccel hale geleceğini kararlaştırabilirler.

TBK m.180/I 'e göre “Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir”. Alacaklı ceza tutarını aşan bir zarara uğramış olsa da aradaki farkı tazminat olarak talep edebilir (TBK m.180/2). Ancak alacaklı bu durumda borçlunun kusurunun bulunduğunu ispat etmelidir. Aksi halde iş sahibi ceza tutarını aşan zararın tazminini istemeyecektir⁶³³. Buna göre gecikmeden kaynaklanan zararlar ancak cezai şart miktarını aştığı ölçüde tazmini gerekir⁶³⁴.

⁶²⁷ Kurt, 2012: 218.

⁶²⁸ Kurt, 2012: 219.

⁶²⁹ Kurt, 2012: 224.

⁶³⁰ Görüşler için bkz. Kurt, 2012: 222.

⁶³¹ Kurt, 2012: 222; Y. 15. HD. T. 13.03.1996, E. 1996/665, K. 1996/1346, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 19.10.2020), “...gecikmeden dolayı talep edilen cezai şartın hesabında eksik işlerin ikmali için gereken süre kadar değil, işin teslimi gereken tarih ile fiilen teslim edildiği tarihler arasındaki sürede yüklenicinin kusuruna isabet eden gecikme kadar cezai şarta hükmedilmesi icabetmektedir...”.

⁶³² Kurt, 2012: 222; Gümüş, 2012: 74.

⁶³³ Kurt, 2012: 224.

⁶³⁴ Y. 15. HD. T. 13.03.1996, E. 1995/6740, K. 1996/1323, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 22.10.2020), “...Davacı arsa sahibi bu davada; yanlar arasındaki sözleşmede kararlaştırılan cezai şart alacağı ile geç teslimden ötürü kira kaydı alacağı toplamı 180.000.000 TL.'nin ödetilmesini istemiş, davalı yüklenici ise sözleşmeyle kararlaştırılan edimlerini gecikerek yerine getiren arsa sahibinin işin gecikmesine de neden olduğunu, davanın reddini savunmuştur. Somut olayda yanlar sözleşmeyle cezanın ve zararın ayrı ayrı istenebileceğini

İş sahibi ifaya ekli cezai şartı, aynen ifa ile birlikte talep edebilir⁶³⁵. Nitekim iş sahibi aynen ifada vazgeçtiğini bildirerek müspet zararın tazminini talep ettiği durumlarda veya aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden döndüğü takdirde aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça cezai şart isteyemez⁶³⁶. Ancak iş sahibi ileriye etkili olarak sözleşmeyi feshederse fesih anına kadar işlemiş olan cezai şartı yükleniciden talep edebilir⁶³⁷. Son olarak cezai şart kural olarak muaccel olduğu, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düştüğü andan itibaren beş yıllık zaman aşımına tabidir⁶³⁸.

3.3. Covid-19'un Eser Sözleşmesine Etkisi

3.3.1. Genel Olarak

2020 yılında Çin'de ortaya çıkan Corona Virüs (Covid-19), Dünya Sağlık Örgütü tarafından 11.03.2020 tarihinde pandemi olarak ilan edilmiştir. Covid-19 virüsü insanların sağlığını önemli ölçüde etkilediği için ülkeler tarafından salgının yayılmasını önlemek amacıyla çeşitli tedbirler alındı. Covid-19 virüsünü önlemek amacıyla alınan bu tedbirler sebebiyle taraflar arasında kurulmuş olan sözleşmelerde olumsuz olarak etkilendi. Nitekim sözleşme ile borç altına giren taraf alınan tedbirler ve olumsuz ekonomik tablo sebebiyle borç ilişkisinin ihlali kaçınılmaz hale geldi⁶³⁹. Oysa ki taraflar bu sözleşmeleri maddi veya manevi bir yarar

kararlaştırmamıştır. Kural olarak zararın cezadan az olması halinde ceza ile birlikte zarar istenemez ise de, ceza miktarından fazla olan zararın cezayı aşan miktarı talep edilebilir. Öyleyse, davacı arsa sahibi ceza miktarından fazla olan zararını, yani cezayı aşan zararını isteyebilecektir... ”.

⁶³⁵ Başar, 2018: 60; Kurt, 2012: 225.

⁶³⁶ Kurt, 2012: 226; Y. 15. HD. T. 4.3.1981, E. 1981/414, K. 1981/447, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 27.10.2020), “...Davacı işverenin sözleşmeyi bozduğu gözönüne alınarak, davacının cezai şart isteminde haklı olup olmadığına gelince: Sözleşmenin 6. maddesine göre, sözleşmenin belli edilen sürede davalı yüklenici tarafından yerine getirilmemesi halinde öngörülen ceza şartının istenebilmesi için, sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak seçimlik hakkının kullanılmaması gerekir. Başka bir deyişle Borçlar Kanununun 158/2. maddesi uyarınca, temerrüde düşen borçludan hem (ifa) ve hem de (cezai şart) istenmelidir ki, burada ifaya eklenen (cezai şarttan) söz edilir. Eğer davacı ifa istemeyip de, sözleşmeden dönerse (bozarsa) kararlaştırılan gecikme cezasının ödetilmesi, artık söz konusu olamaz. Yukarıda belirtildiği üzere davacı işveren sözleşmeden döndüğünden, sözleşmenin 6. maddesinde belirtilen gecikme cezasına yönelik istemde bulunamaz...”.

⁶³⁷ Kurt, 2012: 226; Y. 15. HD. T. 4.6.1998, E. 1998/2081, T. 1998/2403, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 25.10.2020), “...İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuru ile işi belli zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyumsuzluğun kural olarak Borçlar Kanununun 106-108 maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda MK. 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshedilmesi ileriye etkili sonuç doğurur (YİBBGK. 25.1.1984 gün, 1983 E-1984/1 K. sayılı kararı.). Davalı yüklenici inşaat seviyesinin %90 oranının üzerinde gerçekleştiğini savunduğundan mahkemece mahallinde uzman bilirkişiler aracılığı ile keşif yapılarak inşaatın seviyesinin kesin olarak belirlenmesi, tapu kaydının son durumu gösterir şekli ile celbedilmesi, yukarıda değinilen 3/1 sayılı Tevhidi İçtihat kararı doğrultusunda feshin ileriye veya geriye etkili olarak gerçekleştirilmesi gerekirken başka bir dava nedeniyle 22.5.1996 tarihinde yapılan keşfe dayalı bilirkişi raporuna itibarla hüküm tesisi doğru olmamış, karar eksik inceleme nedeniyle bozmayı gerektirmiştir. Sözü edilen 3/1 sayılı Tevhidi İçtihat gereği aktin ileriye etkili feshi halinde yine sözleşmenin 14. maddesinde öngörülen ceza-i şarta hükmedileceği, aksi taktirde yani feshe geriye etkili olarak karar verilmesi halinde ise ceza-i şart talebinin reddedilmesi gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır...”.

⁶³⁸ Kurt, 2012: 226.

⁶³⁹ Akıncı, 2020: 64.

elde etmek için kurmuşlardı ancak salgın hastalık sebebiyle borçlarını ifa edemedikleri için bu yararı elde edemediler.

Borçlar Hukuku'nun temel ilkelerinden olan ahde vefa ilkesine göre borçlu borcunu sözleşmeye uygun bir şekilde ifa etmek zorundadır. Ancak bazı durumlarda edimler arasındaki denge bozulur ve sözleşme çekilmez hale gelir. Örneğin savaş, doğal afet, salgın hastalık gibi durumlarda taraflar arasındaki edimlerin dengesi bozulur ve bu durumlarda ahde vefa sıkı sıkıya bağlı kalmak tarafların eşitliği ilkesine aykırıdır⁶⁴⁰. Ahde vefa ilkesinin istisnası niteliğinde olan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması kavramı ile borçlu, sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanmasını talep etme veya sözleşmeden dönme haklarına sahip olacaktır.

Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşullar sebebiyle borçlunun borcunu ifa edemez hale gelmesi aşırı ifa güçlüğü teşkil etmektedir. TBK m.138'de düzenlenmiş olan aşırı ifa güçlüğü kavramına göre, Covid-19 virüsü gibi sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun varlığı halinde, aşırı ifa güçlüğü altına giren borçlunun hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahip olacağı belirtilmiştir. TBK m.480/II'de ise yine TBK m.138'e benzer şekilde "başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilen de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahip olacağı" belirtilmiştir. TBK m.138 ve TBK m.480/II benzer sonuçları içerse de TBK m.138'e nazaran, eser sözleşmesine ilişkin özel bir hüküm olan TBK m.480/II uygulama alanı bulacaktır.

Sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanmasının istenebilmesi için TBK m.480/II'de belirtilen şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. TBK m.480/II'de belirtilen şartlar gerçekleştiği takdirde yüklenici, sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanmasını isteme hakkına bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır.

3.3.2. Hâkimden Sözleşmenin Uyarlanmasını İsteme Hakkı

Covid-19 virüsünün yayılmasına karşı alınan tedbirler sebebiyle birçok işletme faaliyetlerine ara verirken birçok işletmede yarı kapasiteyle çalışmaya devam etti. Şehirlerarası giriş çıkışların kısıtlanması ile de ticari faaliyetlerde aksamalar meydana geldi.

⁶⁴⁰ Akıncı, 2020: 63.

Alınan tedbirlerin dünya genelinde ticari faaliyetlerdeki maliyeti arttırması sebebiyle borçlular borcunu ifa edemez hale geldiler⁶⁴¹.

TBK m.480/I'de götürü bedel düzenlenmiştir. Bu kanun maddesine göre sözleşme kurulduktan sonra götürü bedelin değiştirilmesi kural olarak mümkün değildir⁶⁴². Ancak TBK m.480/II'de bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Buna göre “Başlangıçta öngörülmeleyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca bedelin götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir”. Bu madde ile borçlar hukukunun en temel ilkelerinden birisi olan “ahde vefa” (sözleşmeye bağlılık) ilkesinin bir istisnası oluşturulmuş ve sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabileceği kabul edilmiştir⁶⁴³. Bu maddeyle birlikte öngörülemez durumlar sebebiyle tarafların edimleri arasında önemli ölçüde bozulan dengeyi tekrardan sağlamak amaçlanmaktadır. Dolayısıyla ahde vefa ilkesi, dürüstlük kuralıyla sınırlandırılarak yükleniciye sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkı vermiştir⁶⁴⁴.

TBK m.480/II hükmü her ne kadar yüklenici lehine düzenlenmiş bir hüküm olduğu kabul edilse de irade sakatlığı veya gabin hükümlerine dayanarak, bu maddede öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde iş sahibi, hâkimden sözleşmeye müdahale edilmesini talep edebilir⁶⁴⁵. Ayrıca TBK m.480/II hükmü düzenleyici nitelikte bir hüküm olup, taraflar sözleşme ile yüklenicinin bu hakkını ortadan kaldırıp sınırlandırabilecekleri gibi, iş sahibine de belirli şartlar altında hâkimden uyarılma isteme hakkı tanıyabilirler⁶⁴⁶. TBK m.480/II'de belirlenen sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi için aşağıda belirtilen şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

3.3.2.1. Başlangıçta Öngörülemez veya Öngörülebilir de Taraflarca Göz Önünde Tutulmayan Olağanüstü Bir Durum Meydana Gelmiş Olmalıdır

TBK m.480/II'de belirtilen olağanüstü durum, tarafların olağan davranışları dışındaki her durum olarak nitelendirilebilir. Bu bir doğa olayı olabileceği gibi insan davranışlarından kaynaklanan bir durum da olabilir⁶⁴⁷. Deprem, yıldırım düşmesi, salgın hastalık, sel, hortum,

⁶⁴¹ Akıncı, 2020: 98.

⁶⁴² Aral ve Ayrancı, 2015: 416; Eren, 2017a: 657; Özer, 2019: 192; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 541.

⁶⁴³ Aral ve Ayrancı, 2015: 416; Eren, 2017a: 660; Yavuz, 2013: 842; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 542.

⁶⁴⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 417; Eren, 2017a: 660.

⁶⁴⁵ Eren, 2017a: 660.

⁶⁴⁶ Eren, 2017a: 661.

⁶⁴⁷ Eren, 2017a: 661.

savaş hali, ayaklanma, isyan, malzeme fiyatlarının aşırı ölçüde artması, ekonomik kriz, olağanüstü durumlara örnek olarak verilebilir⁶⁴⁸. Ancak bu gibi olağanüstü durumların geçici değil, sürekli olması gerekmektedir⁶⁴⁹.

Olağanüstü olaylar mücbir bir sebep olabileceği gibi beklenmedik bir olayda olabilir⁶⁵⁰. Burada önemli olan temel unsur, meydana gelen değişikliğin öngörülemez olmasıdır⁶⁵¹. Olağanüstü durumun öngörülemez olup olmadığına iş sahibi açısından değil, o mesleği icra eden basiretli bir yüklenici açısından bakmak gerekir⁶⁵². Zira yüklenicinin, alanında uzman ve özenli bir kişi olarak kendisinden beklenen araştırmayı yapması gerekir⁶⁵³. Bu nedenle yüklenici bilgisizliği ve deneyimsizliği nedeniyle öngörülebilecek bir olayı öngörememesi durumunda TBK m.480/II hükmüne dayanamayacaktır⁶⁵⁴.

TBK m.480/II hükmü, tarafların öngörüp de göz önünde tutmadığı durumların gerçekleşmesi halini de öngörülemez olay saymaktadır. Çünkü taraflar, göz önünde tutmadıkları durumların gerçekleşmeyeceği konusunda yanlış bir tasavvura sahiptirler⁶⁵⁵.

3.3.2.2. Taraflarca Belirlenen Götürü Bedel İle Eserin Tamamlanması Son Derece Güçleşmiş Olmalıdır

Taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin tamamlanmasının son derece güçleşmiş olmasından kasıt, sonradan ortaya çıkan olağanüstü durum nedeniyle tarafların karşılıklı edimleri arasındaki dengenin önemli ölçüde bozulmuş olmasıdır⁶⁵⁶. Özellikle işçi ücretleri ve malzeme fiyatlarındaki aşırı artış sonucu, yüklenicinin masrafları ile karşılaştırılan bedel arasında büyük orantısızlıklar meydana gelmelidir. Bunula birlikte yüklenicinin, sözleşmede karşılaştırılmış olan bedelle borçlandığı edimin ifasını yerine getirmesi aşırı ölçüde güçleşmiş olur. Burada edimin ifasının imkânsızlaştığı sonucu çıkarılmamalıdır. Nitekim imkânsızlık genel olarak edimin ifa edilmemesi veya ifa edilemez hale gelmesidir⁶⁵⁷. Aşırı ifa güçlüğünde ise edimin ifası halen mümkün olmakla birlikte, mevcut şartlarda zorlaşmıştır. Dolayısıyla eserin meydana getirilmesi imkânsız değildir.

⁶⁴⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 417; Eren, 2017a: 661; Gümüş, 2012: 86; Tümkaya Aşkar, 2010: 27; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 542.

⁶⁴⁹ Eren, 2017a: 662; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 543

⁶⁵⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 417; Eren, 2017a: 661; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 543.

⁶⁵¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 417; Eren, 2017a: 662; Tümkaya Aşkar, 2010: 28; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 542.

⁶⁵² Aral ve Ayrancı, 2015: 417; Eren, 2017a: 662; Özer, 2019: 194; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 544.

⁶⁵³ Aral ve Ayrancı, 2015: 417.

⁶⁵⁴ Özer, 2019: 194.

⁶⁵⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 418; Özer, 2019: 196; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 544.

⁶⁵⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 418; Eren, 2017a: 664; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 545.

⁶⁵⁷ Altunkaya, 2005: 89.

Mevcut dengenin önemli ölçüde bozulması sonucu yükleniciden kararlaştırılan ücrete bağlı kalmasını beklemek dürüstlük kuralına aykırılık olur⁶⁵⁸. Nitekim Covid-19 virüsünün yayılmasını önlemek amacıyla alınan sokağa çıkma veya mesai saatlerinin kısıtlanması gibi tedbirler sebebiyle üretimin azalması malzeme fiyatlarında ki artışı da beraberinde getirdi. Ancak tüm bunlara rağmen edimin ifasındaki güçlük sadece yüklenicinin kârını azaltacak nitelikte ise yüklenici, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını hâkimden isteyemez⁶⁵⁹.

3.3.2.3. Borcun İfa Edilmemiş Olması Gerekir

Hâkimin TBK m.480/II uyarınca sözleşmeyi değişen koşullara uyarlayabilmesi için borcun ifa edilmemiş olması gerekir. Nitekim borç bu koşullarda ifa edilmişse, edimin ifasının güçlük oluşturmadığını kabul etmek gerekecektir. Buna karşılık yüklenicinin, ihtirazi kayıt hakkı saklıdır⁶⁶⁰.

3.3.2.4. Yüklenici Bu Duruma Kendisi Sebebiyet Vermiş Olmamalıdır

Olağanüstü durumun yaratmış olduğu aşırı ifa güçlüğü, yüklenicinin fiilleri sonucu meydana gelmiş olmamalıdır. Bu şartın temel sebebi “kimse kendi kusurundan yararlanamaz” ilkesidir⁶⁶¹. Yüklenicinin işin organizasyonunda gerekli önlemleri almaması, malzemeyi zamanında sağlamaması, ekibini kurmakta gecikmesi, yüklenicinin karşılaştığı güçlükleri iş sahibine vaktinde bildirmemesi bu duruma örnek olarak verilebilir⁶⁶². Eğer bu durum yüklenicinin kusur ve ihmali yüzünden meydana gelmişse yüklenici, sözleşmenin uyarlanmasını isteyemeyecektir⁶⁶³.

3.3.2.5. Taraflar Sözleşmede Bedelin Artırılması veya Fesih Yoluna Başvurulamayacağı Konusunda Anlaşma Yapmamış Olmalıdır

TBK m.480/II hükmü emredici değil, düzenleyici nitelikte bir hükümdür⁶⁶⁴. Dolayısıyla taraflar sözleşmede bu hükme başvurulamayacağı konusunda anlaşabilirler. Ancak bu kayıt TMK m.23/II’de belirtilen sınırları aştığı takdirde geçersiz olur⁶⁶⁵. Bu anlamda yüklenici kendisine verilen haklardan daha önce vazgeçmiş olsa bile, ekonomik yönden ortaya çıkan ağır durumların kişilik haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle hâkimden sözleşmenin değişen

⁶⁵⁸ Eren, 2017a: 665.

⁶⁵⁹ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 546.

⁶⁶⁰ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 547.

⁶⁶¹ Özer, 2019: 198.

⁶⁶² Aral ve Ayrancı, 2015: 418; Tümkaya Aşkar, 2010: 44, 45; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 547.

⁶⁶³ Aral ve Ayrancı, 2015: 418; Eren, 2017a: 665; Özer, 2019: 197; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 547.

⁶⁶⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 419; Eren, 2017a: 666; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 547.

⁶⁶⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 419; Eren, 2017a: 666.

koşullara uyarlanmasını isteyebilir⁶⁶⁶. Böyle bir durumda TMK m.2 dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkesi gereğince hâkim tarafından sözleşmeye müdahale edilebilir⁶⁶⁷.

3.3.2.6. Eser Sözleşmesinin Değişen Koşullara Uyarlanmasının Sonuçları

Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabilmesi için yukarıda belirtilen beş şart gerçekleştiği takdirde yüklenici, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını hâkimden isteyebilir. Ancak uyarlama mümkün olmadığı takdirde veya karşı taraftan beklenmediği takdirde sözleşmeden dönme, dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda ise fesih hakkını kullanabilir⁶⁶⁸. Yükleniciye verilen bu haklar yarışan seçimlik haklar değildir. Buna göre sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını isteme hakkı asli, dönme veya fesih hakkı ise tali hak olarak düzenlenmiştir⁶⁶⁹. Dolayısıyla yüklenici uyarlama istemenin mümkün olduğu durumlarda dönme veya fesih hakkını kullanamayacaktır⁶⁷⁰.

Yükleniciye verilmiş olan sözleşmenin uyarlanmasını isteme hakkı, yenilik doğuran bir dava hakkıdır⁶⁷¹. Dolayısıyla yüklenici bu hakkını yalnızca dava açarak kullanabilecektir. Yüklenicinin uyarlama isteğinin içeriğine, bedel artış istemiyle birlikte sözleşme süresinin artırılması ya da edim kapsamının değiştirilmesi istemleri de dahil edilebilir⁶⁷². Nitekim Covid-19 virüsünün yayılmasını önlemek amacıyla alınan sokağa çıkma ve mesai saati kısıtlaması sebebiyle yüklenici, sözleşmede belirtilen sürelerde eseri meydana getirip teslim etmekte gecikmiş olabilir. Ancak sözleşmenin uyarlanması genellikle bedel artırımı şeklinde değerlendirilmektedir⁶⁷³. Hâkim, bedel artırımına karar verirken ortaya çıkan artışın tamamını değil, belirli bir kısmını iş sahibine yükleyerek, artışı yüklenicinin katlanabileceği seviyeye çekmeyi amaçlamalıdır⁶⁷⁴. Aksi halde, ortaya çıkan artışın tamamını iş sahibine yüklemek, sözleşmeyi bu defa iş sahibi açısından katlanılamaz hale getirmek olur.

Yüklenici uyarlama isteme hakkını dava yoluyla kullanabiliyorken, sözleşmeden dönme veya fesih hakkını herhangi bir dava açmadan tek taraflı ve karşı tarafa varması gereken bir irade beyanıyla kullanabilir⁶⁷⁵. Dolayısıyla yüklenici, sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı durumlarda sözleşmeden dönme veya fesih hakkını kullanabilecektir.

⁶⁶⁶ Eren, 2017a: 666.

⁶⁶⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 419; Eren, 2017a: 666.

⁶⁶⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 419; Eren, 2017a: 667; Serozan, 2000: 245; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 548.

⁶⁶⁹ Eren, 2017a: 667.

⁶⁷⁰ Eren, 2017a: 668.

⁶⁷¹ Eren, 2017a: 668.

⁶⁷² Eren, 2017a: 668; Özer, 2019: 202; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 550.

⁶⁷³ Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 548.

⁶⁷⁴ Eren, 2017a: 669; Özer, 2019: 203; Zevkliler ve Gökyayla, 2018: 549.

⁶⁷⁵ Eren, 2017a: 670.

SONUÇ

Eser sözleşmesi TBK m.470-486 arasında düzenlenmiştir. Eser sözleşmesi ile yüklenici bir eser meydana getirmeyi borçlanırken iş sahibi de bu esere karşılık bir bedel ödeme borcu altına girmektedir. Yüklenici bazen sözleşme ile borçlanmış olduğu edimi gereği gibi yerine getiremez. Eserin eksik ifa edilmesi de bu hallerden birisidir. Eksik ifa genel olarak yüklenicinin meydana getirmeyi üstlenmiş olduğu eserin, sözleşmede belirlenmiş olan veya TBK m.2 dürüstlük kuralı gereği eserde bulunması gerek kısımların hiç yapılmamış olarak teslim amacıyla iş sahibine sunulmasıdır. Buradaki eksiklik kavramı çoğu zaman ayıp kavram ile karıştırılmaktadır.

Ayıp sözleşmede belirlenen ve dürüstlük kuralı gereği eserde bulunması gereken niteliklerin bulunmamasıdır. Ayıp kavramında eser tamamlanmış olmakla birlikte niteliği gereği ondan beklenen yararı sağlamazken, eksiklik kavramında eserin bazı kısımları hiç yapılmamış olup eser tamamlanmamıştır. Doktrinde eksiklik ve ayıp kavramının ayrımının yapılmasına yardımcı olan bir kıstas önerilmiştir. Buna göre sözleşmeye aykırılık mevcut esere zarar vermeden düzeltilebiliyorsa eksik ifa, buna karşılık sözleşmeye aykırılık mevcut esere zarar verilerek düzeltilebiliyorsa ayıplı ifa söz konusu olacaktır.

Her ne kadar eksik ifa ve ayıplı ifanın ayrımına yarayan birtakım kıstaslar önerilmiş olsa da bazı tartışmalı durumlar mevcudiyetini korumaktadır. Bunlar yüzölçümü eksikliği ve iskân ruhsatının alınmamış olması durumlarıdır. Kanaatimizce yüzölçümündeki eksiklik eserin kullanımında önemli eksikliklere yol açıyorsa eksik ifa, yüzölçümündeki küçüklüğün önemsiz bir etki yaratması halinde ayıplı ifa söz konusu olacaktır. İskân ruhsatının alınmamış olması bizim savunduğumuz görüşe göre eksik ifa halini oluşturacaktır. Aksi halde iş sahibi haklarını kullanabilmek için birtakım külfetler altına girecektir. Ayrıca bu durum GAUCH'un eksik ifa ve ayıplı ifa kavramının ayrımı için önermiş olduğu kıstas ile de uyumludur.

Eserin eksik ifa edilmesi halinde hangi hükümlerin uygulanacağını ve iş sahibinin hangi haklara sahip olacağını tespiti için öncelikle eserin tesliminin gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi gerekir. Bunun için eserde bulunan eksikliğin derecesine göre bir sınıflandırma yapmak gerekecektir. Doktrinde de savunulan bu görüşe derecesine göre eksiklikler üç sınıfa ayrılmaktadır. Bunlar önemsiz ve küçük eksiklikler, orta derecede önemli eksiklikler ve son olarak önemli ve büyük eksiklikler olarak üç sınıfa ayrılmaktadır. Buna göre önemsiz ve küçük eksikliklerin varlığında teslim gerçekleşmiş olacak, önemli ve büyük eksikliklerin varlığında ise teslim gerçekleşmeyecektir. Orta derecede önemli eksikliklerin

varlığında ise iş sahibinin tesellüm iradesine göre teslim ya gerçekleşecek ya da gerçekleşmeyecektir.

Eserin eksikliklerle teslim edilmesi halinde eksikliklerin, genel hükümler çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Zira eksiklik ve ayıp kavramları farklı olup eksiklik halinde ayıp kavramlarının uygulanacak olması yerinde değildir. Eser sözleşmesinin eksik ifa edilmesi sonucu teslimin gerçekleştiği hallerde iş sahibi borca aykırılığa ilişkin genel hükümler çerçevesinde, aynen ifa ve eserin eksik ifa edilmesinden doğan zararın tazmini; bedelde indirim ve eksik ifa sebebiyle doğan zararın tazmini; eserde bulunan eksiklik oranında ödemezlik def'i haklarına sahip olacaktır.

Eserde bulunan eksikliklerin teslime engel olması halinde yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düşmüş olur. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesine ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmadığı için borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda yüklenici borçlu temerrüdüne düşecektir. İş sahibi eseri teslim borcunda temerrüde düşen yükleniciye karşı, borçlu temerrüdüne ilişkin genel sonuçların (TBK m.118-122) yanında, borçlu temerrüdüne ilişkin özel olarak düzenlenmiş ve yalnızca karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulan seçimlik hakları da kullanabilecekler. Buna göre iş sahibi borçlu temerrüdüne düşen yükleniciye karşı eserin aynen ifasıyla birlikte gecikme tazminatını ve kararlaştırılmışsa cezai şartı, aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatından vazgeçerek uğramış olduğu müspet zararın tazminini ve sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini isteme haklarına sahip olur.

Eser sözleşmesi ile yüklenici bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlenmektedir. 2020 yılında ortaya çıkan Covid-19 virüsü sebebiyle sözleşme ile borç altına giren yüklenici açısından alınan tedbirler ve olumsuz ekonomik tablonun da etkisiyle borç ilişkisinin ihlali kaçınılmaz hale geldi. Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşullar sebebiyle tarafların edimleri arasındaki denge bozulmuş olup yükleniciden sözleşmenin ifasını beklemek dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır. Dolayısıyla sözleşmede belirtilen edimler arasındaki dengenin bozulması sebebiyle yüklenici, ahde vefa ilkesinin istisnası niteliğinde olan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını isteyebilecektir. Buna göre yüklenici TBK m.480/II'de belirtilen şartlar gerçekleştiği takdirde yüklenici, sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanmasını isteme hakkına, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar, F. (2013). “Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri”. *E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, (134): 1-24. (<http://www.e-akademi.org/makaleler/facar.pdf>)
- Acun, H. (2018). *Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri İle Borçlar Kanunu Genel Hükümlerin Yarışması*. Seçkin Yayınları, Ankara.
- Akansel, İ. (2019). *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Özen Borcu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya.
- Akbulut, P. E. (2020). “Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1): 85-99.
- Akça, M. (2012). *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Akıncı, Ş. (2020). “Covid 19’un Borç İlişkilerine ve Bazı Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisi”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 19(38): 62-103.
- Akıncı, Ş. (2017). “Kötü İfa- Eksik İfa- Ayıplı İfa Ayrımı ve Bu Ayrımın Hukuki Sonuçları”. *Medenî Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’den Günümüze Türk-İsviçre Medenî Hukuku II. Cild. 17-18-19-20 Şubat 2016, Ankara, 1391- 1421*.
- Akıncı, Ş. (2014). *818 Sayılı BK ve 6098 Sayılı TBK ile Mukayeseli Roma Borçlar Hukuku*. Sayram Yayınları, Konya.
- Akıncı, Ş. (2004). *Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Sayram Yayınları, Konya.
- Altunkaya, M. (2005). *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Antalya, O. G. (2019). *Marmara Hukuk Yorumu – Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,3*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Aral, F. (2011). *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2015). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Arıkan, M. (2008). “Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı ve Sonuçları”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16(2): 265-285.
- Arpacı, Ö. (2018). *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Edimin İfasına Katılımı*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Avcı, M. Ö. (2016). “Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3): 303-322.

- Ayan, M. (2016). *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Ayan, S. (2008). *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- Aydemir, E. (2016). *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Aydıncık, Ş. (2010). *Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Başar, D. (2018). “İfaya Eklenen Cezai Şart”. *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, 2(4): 49-77.
- Başaran, Z. S. (2017). “İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertas’a Armağan*, 19(Özel): 1305-1338.
- Bayramoğlu, N. Ş. (2019). *Eser Sözleşmesinde Yaklaşık Bedelin Aşılması*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Birkan, B. (2018). *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Genel Hükümlere Göre Tazminat İsteme Hakkı*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Buz, V. (1994). “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 49(1): 23-40.
- Büyükcay, Y. (2014). *Eser Sözleşmesi*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Cansel E. ve Özel Ç. (2013). “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”. *Journal Of Yaşar University*, 8(Özel): 713-733.
- Demirbaş, F. (2018). *Kısmî İfa*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Duman, İ. H. (2018). *İnşaat Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Enli, İ. (2017). *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Eren, F. (2017a). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Eren, F. (2017b). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Erişen, M. (2005). *Alt Müteahhitlik Sözleşmesi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Erman, H. (2010). *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. Der Yayınları, İstanbul.
- Erzurumluoğlu, E. (2013). *Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)*. Yetkin Yayınları, Ankara.
- Gökyayla, K. E. (2002). “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1): 785-805.

- Gümüş, M. A. (2012). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II (Eser, Simsarlık, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefalet ve Garanti)*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Gür, M. (2017). *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Helvacı, İ. (2011). *Gerekçeli – Karşılaştırmalı – İçtihatlı – Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*. On iki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- İnal, H. T. (2018). *Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kal, C. B. (2019). *Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Nedeniyle Sözleşmeden Dönme*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Karaman, Ş. (2009). *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Kaya, E. C. (2018). *6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Konut Satışı Sözleşmelerinde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Kayar, İ. (2019). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kerman, E. (2017). “Eser Sözleşmelerinde Şahsen İfa, Şahsi Yönetim Altında İfa ve Eseri Başkasına Yaptırma”. *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3(2): 17-31.
- Kılıçoğlu, A. M. (2014). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara.
- Kılıçoğlu, A. M. (1975). “Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 32(1): 185- 199.
- Kırmızı, M. (2014). *Açıklamalı – İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. Ankara.
- Kocaağa, K. (2004). “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlâl Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağının Anlaşılması Hâlinde İş Sahibinin BK. m.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1): 177-201.
- Köseoğlu, C. B. (2017). *Eser Sözleşmesi Kapsamında Ayıp ve Bildirimi*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Çag Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin.
- Kurt, L. M. (2012). *(6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*. Yetkin Yayınları, Ankara.

- Meşe, M. (2011). *Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfanın Sonuçları*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Mutlu, K. (2010). *Eser Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Öz, M. T. (2012). *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*. Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Özay, O. L. (2020). *Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya.
- Özcan, Z. (2018). “İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 0(11): 317-339.
- Özer, T. (2019). “Eser Sözleşmelerinde Götürü Bedel Ve Bu Bedelin Uyarlanması”. *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2): 185-212.
- Özkan, S. D. (2015). “Eser Sözleşmesinde Eksik İfa”. *İstanbul Barosu Dergisi*, 89(6): 219-244.
- Paket, S. (2019). *Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- Remzi, M. ve Aydın, S. (2019). *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Seliçi, Ö. (1978). *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul.
- Selimoğlu, Y. E. (2017). *Eser Sözleşmesi*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Serozan, R. (2000). “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 58(1-2): 231-248.
- Şahin, T. (2012). *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü*. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.
- Şahin, C. S. (2014). *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Şenocak, Z. (1989). “Borçlar Kanunu’nun 96. vd. ve 194. vd. Maddeleri Açısından Aliud’un (Başka Şeyin) Teslimi”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 15(1): 113-135.
- Tekelioğlu, N. (2017). “İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat”. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, (2): 159-186.
- Tunç, A. (2016). “İş Sahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (TBK md. 473/I)”. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1): 253-269.

- Turanboy, A. (1990). “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 41(1): 151-189.
- Tümkaya Aşkar, P. (2010). *Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi veya Sözleşme Bedelinin Arttırılması (BK. m.365/II)*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- Uçar, A. (2001). “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(1-4): 513-535.
- Yavuz, C. (2016). *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul.
- Yavuz, N. (2012). *Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Yavuz, N. (2013). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt-1, Madde 1-338*. Adalet Yayınevi, Ankara.
- Yavuz, N. (2016). *Ayıplı İfa*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Yılmaz, H. (2015). *Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi ve Uygulanması*. Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Yücel, Ö. (2008). “Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 57(3): 779-790.
- Zevkliler, A. ve Gökyayla, K. E. (2018). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Turhan Kitabevi, Ankara.
- Zeybek, R. (2019). *Güncel Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları ile Taşınmaz Satımında Eksik İfa ve Ayıp*. Adalet Yayınevi, Ankara.

İnternet Kaynakları

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (<http://kazanci.com/>)
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Hüseyin YAVUZER
EĞİTİM DURUMU	
Lisans Diploması	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yabancı Dil / Diller	İngilizce
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Taş Avukatlık Bürosu
Çalıştığı Kurumlar	Taş Avukatlık Bürosu, Yavuzer Avukatlık Bürosu