

T.C

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

**İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN
SONA ERMESİNİN
SEBEPLERİ VE SONUÇLARI**

ÖZEL HUKUK

YÜKSEK LİSANS TEZİ

KORAY BİLGE

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Özer Seliçi

İSTANBUL, 2009

KISALTMALAR

bknz.	: bakınız
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichten
BGM	: Alman Medeni Kanunu
BİGŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BK	: Borçlar Kanunu
C.	: Cilt
DSİ	: Devlet Su İşleri
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMUK	: Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
Jb	: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Jdt	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar
m.	: madde
MK.	: Medeni Kanun
ÖBİ	: Özel Borç İlişkileri
ör.	: örnek
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TK	: Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve sair
Yarg.	: Yargıtay

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	1
Konunun Sunumu, önemi, genel açıklamalar ve çalışma planı.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE ETKİLERİ	8
I-SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ, YAPISI VE GÖRÜŞLER.....	13
A)Klasik Dönme Görüşü	18
B)Yasal Borç İlişkisi Görüşü.....	20
C)Yeni Dönme Görüşü.....	21
II-SONA ERME SEBEPLERİ.....	25
A-MÜTEAHHİDİN TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİ SONUCU İŞ SAHİBİNİN İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİRMESİ.....	26
a)Teslim.....	26
b)Müteahhidin teslim borcunu ifade temerrüde düşmesi.....	32
ba) Teslim borcunu ifade temerrüdün şartları.....	32
baa)İnşaatin teslim borcunun muaccel olması.....	32
bab)İnşaatin teslim borcunun ifası mümkün olması.....	34
bac)İnşaatin teslim borcunun ifasının gerçekleşmemiş olması, ifade bulunmama.....	35
bad)Temerrüde engel olan sebeplerden birinin bulunmaması.....	37
bae)İş sahibinin ihtarda bulunması.....	38
bb) Müteahhidin teslim borcunun ifasında temerrüde düşmesinin sonuçları.....	40
bba) Genel olarak.....	40
bbb)Sözleşmeden Dönme.....	46
Bbba)Geçmişe etkili dönme görüşü.....	50
Bbbb)İleriye etkili fesih görüşü.....	54
Bbbc) Yargıtay'ın görüşü.....	58
B-AYIPLI İFA SEBEBİYLE İŞ SAHİBİNİN İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİRMESİ.....	64
1-MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN DOĞUMU İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR.....	65
a)İNŞAAT TAMAMLANARAK İŞ SAHİBİNE TESLİM EDİLMİŞ OLMALIDIR.....	65
b)TESLİM EDİLEN İNŞAAT AYIPLI OLMALIDIR.....	67
ba)Sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde eksilik	67
bb)İnşaatta bulunması gereken lüzumlu Niteliklerde Eksiklik.....	67
bba)Açık ve Gizli Ayıplar.....	68
bbb)Önemli ve Daha Az Önemli Ayıplar.....	68
bbc)Maddi ve Hukuki Ayıp.....	69
bbd)Asli ve İkincil Ayıplar.....	69
bbe)Ekonomik Ayıplar.....	69
c) İŞ SAHİBİ MUAYENE VE İHBAR KÜLFETİNİ YERİNE GETİRMİŞ OLMALIDIR.....	70
ca)Genel Olarak.....	70
cb) Muayene Yetkisi , Muayene Yöntemi ve Muayene Süresi.....	71
cc)İhbarın Yapılması, İhbarın İçeriği, İhbarın Süresi, Şekli ve İspatı.....	73
d) AYIBIN İŞ SAHİBİNE YÜKLENEMEMESİ.....	77
2-).İŞ SAHİBİNİN ESERİN AYIPLI OLMASINDAN DOĞAN SEÇİMLİK HAKLARI..	78
a)GENEL OLARAK.....	78
aa)Bedelin indirilmesi	79
aaa) Mutlak Metot.....	81
aab)Tazminat Metodu.....	81

aac)Nisbi Metot.....	81
bb)Ayıbın onarılmasını isteme hakkı.....	82
b)SÖZLEŞMEDEN DÖNME.....	84
ba)Ayıbın derecesi.....	86
bb) Eserin kabul edilmemesi ve diğer seçimlik haklara yönelmemesi.....	89
bc) İş sahibinin arsasında yapılan inşaatın yıkılması ve kaldırılması aşırı bir zarar doğurması.....	93
3-) ZAMANAŞIMI.....	95
4-) ZARARI TAZMİNİ.....	97
a)Zarar.....	97
b)Kusur.....	100

C- SADAKAT, ÖZEN ve İŞİ BİZZAT YAPMA BORÇLARINA AYKIRILIKTAN DOLAYI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	103
a)Sadakat Borcu.....	103
b)Özen Borcu.....	105
ba)Genel Olarak.....	105
bb)Özen derecesi.....	106
bc) Özen borcuna bağlı müteahhidin araç, gereç, malzeme sağlama borcu.....	108
c)Müteahhidin işi bizzat kendi yapma borcu.....	111

D- İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE DEVAM ETME BORCU.....	113
a) Genel olarak.....	113
b) Borca aykırılığın sonuçları.....	118

E- ÜCRETTEN KAYNAKLANAN SONA ERME SEBEPLERİ.....	121
--	-----

a)İnşaatın götürü bedelle belirlenmesi sonucu sözleşmeden dönülmesi.....	122
--	-----

aa) BK.m.365/2' den yararlanma koşulları.....	123
---	-----

aaa)Önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edilip de iki tarafça göz önünde tutulmayan beklenmedik hallerin ortaya çıkması.....	125
--	-----

aab)Ortaya çıkan beklenmeyen hal, eserin tespit edilen götürü ücretle tamamlanmasına engel olmalı.....	125
--	-----

aac)Olağanüstü halin meydana gelmesinde müteahhidin kusurlu olmaması malı veya bunu aşırı derecede güçleştirmiş olması.....	125
---	-----

aad)Emredici nitelikte olmayan bu madde hükmünün aksine düzenleme ile bedelin arttırılması veya fesih yollarının seçilemeyeceğini sözleşmede belirtilmemiş olması.....	126
--	-----

aae)Müteahhit olağanüstü olay yüzünden sözleşme şartlarına uyararak işi tamamlayamayacağını ifa zamanından önce bildirmeli.....	126
---	-----

bb) BK.m.365/2'nin uygulanması.....	126
-------------------------------------	-----

b)İnşaatın Yaklaşık bedelle belirlenmesi sonucu sözleşmeden dönülmesi.....	128
--	-----

ba)Yaklaşık keşif bedelinin çok aşılması yüzünden sözleşmeden dönmenin şartları.....	129
--	-----

baa) Keşif bedelinin yaklaşık (takribi) olarak tespit edilmiş olması.....	129
---	-----

bab) Keşif bedelinin aşırı derecede aşılmış olması.....	130
---	-----

<u>bac)Keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına iş sahibinin sebebiyet vermemiş olması.....</u>	132
<u>bad) Keşif bedelini aşırı derecede aşan masrafların iş sahibi tarafından kabul edilmemesi.</u>	134
<u>bae) Müteahhidin tespit edilen keşif bedeli karşılığında eseri yapmaktan kaçınması.....</u>	135
<u>bb)Yaklaşık keşif bedelinin çok aşılması yüzünden sözleşmeden dönme ve hükümleri.....</u>	137
<u>bba)Genel Olarak.....</u>	137
<u>bbb)Olumsuz zararın tazmini ve kusur.....</u>	139
<u>bbc) Keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasının diğer sonuçları.....</u>	141
<u>cc)İş sahibinin arsası üzerinde yapılmış inşaatta yaklaşık ücretin çok aşılması dolayısıyla fesih veya bedelin indirilmesi.....</u>	142
<u>cca) Genel olarak.....</u>	142
<u>ccb)Taşınmaz bir inşaat olmalı.....</u>	144
<u>ccc)Eserin tamamlanmaması gerekliliği.....</u>	144
<u>ccd)Dönme üzerine ödenecek tazminat.....</u>	146
<u>cce) İş sahibinin artan bedelin indirilmesini talep etmesi.....</u>	146
<u>c)İŞ SAHİBİNİN BEDEL BORCUNU YERİNE GETİRMEMESİ NEDENİYLE FESİH.</u>	148
F-İŞ SAHİBİNİN TAZMİNAT KARŞILIĞI FESİH HAKKI.....	153
<u>a)Genel olarak.....</u>	153
<u>b) İş sahibinin tazminat karşılığı fesih hakkının koşulları.....</u>	154
<u>ba) İşin tamamlanmamış olması.....</u>	154
<u>bb) İş sahibinin fesih beyanında bulunması</u>	155
<u>c) İş sahibinin tazminat karşılığı fesih hakkının sonuçları.....</u>	157
<u>ca) Genel olarak (Yapılan kısmın bedelini verme).....</u>	157
<u>cb) Müteahhidin zararının tamamının tazmin edilmesi ve bu tazminatın hesaplanması... </u>	158
G- İMKANSIZLIK.....	160
<u>a)Eserin teslimden önce kaza ile telef olması(BK.m.368).....</u>	161
<u>b)İş sahibinin şahsını ilgilendiren imkansızlık sebebiyle sözleşmenin sona ermesi (BK.m.370).....</u>	169

ba) BK. m. 370'in uygulama alanı ve şartları.....	169
baa) Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansız olması.....	169
<u>bab)Eserin tamamlanmasının imkansız olması iş sahibine isnad edilen sebeplerden kaynaklanmalıdır.....</u>	171
bb) Hüküm ve sonuçları.....	172
<u>3-Müteahhidin şahsında gerçekleşen sebeplerle sözleşmenin sona ermesi (BK.m.371).....</u>	173
a) BK.m. 371 'in Uygulanma Şartları.....	173
<u>aa)Müteahhidin şahsi nitelikleri gözönüne alınarak yapılmış bir inşaat sözleşmesi olmalıdır.....</u>	173
<u>ab)İşin bitirilmesinin müteahhidin ölümü veya kusuru olmadan işi yapmaktan aciz kalması nedeniyle mümkün olmaması.....</u>	174
b) Hüküm ve sonuçları.....	175
H- İş SAHİBİNİN TESLİM İLE İLGİLİ ALACAKLI TEMERRÜDÜNE DüşMESİ SEBEBİYLE MÜTEAHHİDİN SöZLEşMEYİ SONA ERDİRMESİ.....	177
a)Genel olarak.....	177
b)Hüküm ve sonuçları.....	177

I-TARAFLARIN ANLAşMASI İLE İNşAAT SöZLEşMESİNİN SONA ERMESİ.....	179
---	------------

İKİNCİ BÖLÜM

İNşAAT SöZLEşMESİNİN SONA ERMESİNİN GENEL SONUÇLARI.....	181
<u>a)Tasfiye.....</u>	181
<u>b)Tasfiyenin yapılış şekli ve uygulanacak hükümler.....</u>	182
<u>ba)Tasfiyenin sebepsiz zenginleşme uyarınca yapılabileceği.....</u>	182
<u>bb)Tasfiyenin sözleşmeden doğan bir borcun ifası hükümlerine göre yapılabileceği</u>	182
<u>bc) Tasfiyenin gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre yapılabileceği</u>	183
<u>bd) Tasfiyenin satım sözleşmesine ilişkin BK.m.192,193,205 hükümlerine göre yapılabileceği.....</u>	183
<u>c)İade.....</u>	184
<u>ca) Aynen iade.....</u>	184
<u>cb) Para ile iade.....</u>	185
d)Denkleştirme.....	186

e)İadenin yapılması.....	187
f)Üçüncü kişilerin durumu.....	189
g)Tazminatlar.....	192
SONUÇ.....	194

GİRİŞ

Konunun Sunumu, önemi, genel açıklamalar ve çalışma planı

İNŞAAT SÖZLEŞMESİ, istisna sözleşmelerinin bir çeşidi olarak hukuk literatürü içersinde yer almaktadır. İstisna sözleşmeleri de ülkemizde uygulama alanı oldukça yaygın olan bir iş görme sözleşmesidir. Bu sözleşme ile günümüz toplumunda gerekli olan işbölümü neticesinde, insanlar ihtiyaçlarını karşılayabilmek için istisna sözleşmelerine taraf olmak zorunda kalıyorlar. İşte bunlardan biri de inşaaata konu olan bu sözleşmelerdir.

İstisna akdi, günlük hayatımızda iç içe yaşadığımız bir akit türüdür. Üstelik daima genişleyen nitelik ve kapsam, ya da çoğalan türleri ile toplum içinde daha da yayılma eğilimi göstermektedir. Mevaz İsviçre Borçlar Kanunu 1911 tarihinde yürürlüğe girdiğinde, tabi ki istisna akitleri bugünkü kadar revaçta değildi. Günümüzde ilerleyen teknoloji, ekonomi, sürekli artan toplum ihtiyaçlarının yanında sanayileşen kentlere kırsal kesimden sürekli göçler meydana gelmesi, nüfusun oransız ve plansız artması neticesi hızlı ve düzensiz kentleşme ortaya çıkmıştır. Şehir merkezlerindeki konut yapımına müsait arsaların azalması ve arz-talep dengesinin sonucu olarak fiyatlarda artış görülmüştür. Bahçeli müstakil evler yerini dar alanlar içerisinde kurulmuş daha fazla insanın barınabileceği yüksek toplu konut sistemi alması gerek mali yetersizlik gerekse yer darlığı sonucu toplumsal bir zorunluluk haline gelmiştir. İnşaat sözleşmeleri, gayrimenkullerin fiyatlarının ve inşaatı meydana getirmenin bedellerinin sürekli artış gösterdiği ülkemizde, arsa sahipleri ile müteahhitlerin sık sık kullandıkları bir hukuki işlemdir. Ancak; inşaat sözleşmelerini de kapsayan bu geniş kapsamlı istisna sözleşmelerinin uygulanmasında sözleşmenin özelliği itibariyle niteliği bakımından gerek teoride gerekse uygulamalarda uyumsuzluklar ve tartışmaların ortaya çıktığı bir gerçektir. Ayrıca istisna sözleşmelerinin kurulması, işleyişi ve uygulanmasında çıkan sorunlar sona ermesinde de baş gösterir vaziyettedir. Bu nedenle ehemmiyet arzeden bu konuyu Borçlar Kanunumuzda birçok madde ile irdeleyerek hem çekince konulmuş hem de sorunları en aza indirmeye çalışmıştır.

İnşaata iştirak edenlerin, edimlerini yerine getirmesiyle, arsa sahibine taahhüt ettiği inşaata uygun bir eserin meydana gelmesi halinde problemle karşılaşılması söz konusu olmaz. Ancak inşa borcu hiç veya gereği gibi yerine getirilmemişse arsa sahibine karşı kimin hangi sebeplerle sorumlu olacağı çözümü gereken konular arasında yer alır. İnşaat bütününe ortaya çıkmasındaki değişik faktörler, inşaata katılanların sorumluluklarını belirlenmesinde çözümü zor sorunlar ortaya çıkarabilir, bu sebeple sorunların çözümü için ihtiyaç sebebiyle inşaat sektörü dahilinde inşaat işlerinde tarafların kabul edebilecekleri “genel şartnameler” tespit edilebilir. Bizde de inşaat sektörünü aydınlatacak, kamu kesimindeki inşaatlarda mecburi uygulanan “Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi¹” bu görevi ifa etmektedir.

Çalışmamızın giriş kısmında istisna ve onun bir türü olan inşaat sözleşmeleri hakkında temel kavramlar ve genel bilgiler saymak yerinde olacaktır. İstisna sözleşmeleri, Borçlar Kanununun 355-371 maddeleri arasında düzenlenmiştir. İnşaat sözleşmesi de bu maddeler arasında irdelenecektir.

Buna göre 355’inci madde; ”İstisna bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit) diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen karşılığında bir şey imalini iltizam eder.”der.

İstisna sözleşmesi deyişinden başka bu akdi ifade eden diğer bir deyiş de “eser sözleşmesi”dir. Bu ifade mehaz kanunun almanca metninde bu sözleşmenin karşılığı olan “werkvertrag”, Fransızca da ise “ouvrage” terimi baz alınarak ortaya çıkmıştır.² Bunun yanında kanun tarafından yapılan tanımdaki “şey” ifadesinin yerine de gayri maddi hususları ortaya çıkaran sözleşmeleri yeteri kadar dile getiremediğinden ve neticenin sadece maddi unsurlardan oluşmadığı gözönüne alındığında “eser” kavramının kullanılması, yine aynı mantıkla “bir şey imal etmek” yerine “bir eser meydana getirme” şeklinde kullanılmasının uygun olduğu düşünülmektedir³.

¹ “Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi”, Bakanlar Kurulu’nun 20.6.1936 gün ve 2/4869 sayılı kararı ile kabul edilerek 6.11.1936 tarih ve 3452 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanmıştır.

² Öz, M. Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.XXI, Altaş,Hüseyin.Eserin Teslimden Önce Telef Olması ,Ankara 2002.

³Altaş, s.51; Yavuz,Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler 2007 Yenilenmiş 7.Bası, s.491, Bilge, Necip, Borçlar Huk. Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s.245; TANDOĞAN, Haluk Özel Borç İlişkileri, Tıpkıbası, İstanbul 1987, C.2 s.2; Yavuz, s.491, HATEMİ/SEROZAN/ARPAÇI, Borçlar Hukuku – Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul , 1992, s.347-348.

İstisna akdinin eser sözleşmesi olarak adlandırılmasının, bu sözleşmenin, fikir ve sanat eserleri kanunundaki “eser” kavramı ile ilişkilendirilebileceği endişesi⁴ ile ve de kanuni bir terim olması itibariyle “istisna sözleşmesi” terimini kullanmanın daha uygun olacağı görüşünü savunanlarda mevcuttur⁵. Bizde bu çalışmamızda her ne kadar anlam değişikliği yaratmasa da karışıklığı mahal vermemek ve Borçlar Kanunu terminolojisine aykırı düşmemek düşüncesiyle çalışmanın en başından beri yaptığımız “istisna sözleşmesi”⁶ terimini kullanmayı tercih edeceğiz.

İnşaat sözleşmesinin tanımını yapmaya çalıştığımızda ise şöyle bir tanım yapmak doğru olur: “Müteahhidin rizikosu kendisinde olmak üzere bir yapının tamamının veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi bir ücret karşılığında üstlendiği bir istisna sözleşmesidir”⁷. İnşaat sözleşmesi de Borçlar Kanunu m.355’ e göre istisna sözleşmesi olması sebebiyle müteahhidin ücret karşılığı eser meydana getirme borcu yüklenmektedir. İstisna sözleşmesinin özelliği gereği sadece eseri meydana getirmeye çalışmak yeterli olamamakta bu edimin neticeye vasıl olması gerekmektedir⁸. Yani müteahhit edimi yerine getirerek bir iş görme gerçekleştirilmesinin yanında bu edimi bir netice ile sonlandırmayı borçlandırmaktadır⁹.

İnşaat sözleşmesinin unsurlarına baktığımızda; *ilk unsur* olarak **bir inşaatın meydana getirilmesi** karşımıza çıkar. *Eser*(werk,ouvrage), istisna akdinin asli unsurlarından olup, müteahhidin imalini taahhüt ettiği ve objektif olarak belirlenmesi mümkün olan sonuçtur. Geniş anlamda ise eser nesnel bir çalışmanın sonucudur¹⁰. İsviçre’de Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği ilk yıllarda eser, sadece objektif çalışma sonucu olarak yani mutlaka maddi varlığı olan devir ve teslimi mümkün olan insan emeği ürünler düşünülerek yorumlanmıştır¹¹. Buna örnek olarak terzinin diktiği elbise, imal olunan bir makine ve bizim de konumuzu teşkil eden bina yapımını yani inşaatı da rahatlıkla eser tanımlayabiliriz¹².

⁴ Tandoğan, s.2.

⁵ Tandoğan s.2; Yavuz,s.492.

⁶ İstisna kelimesi Arapça kökenli olup san’at kelimesi ile ilişkilidir, bir şeyi yapmak üzere ehl-i san’at ile akd-i mukavele etmektir (HATEMİ/SEROZAN/ARPACI s. 347).

⁷ Seliçi, Özer; İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul,1978 s.4.

⁸ Serozan, Rona, Sözleşmeden Dönme İstanbul 2007, s.166.

⁹ TUNÇOMAĞ, Kenan Türk Borçlar Hukuku Cilt 2, Özel Borç İlişkileri 1977 s. 952 vd, Tandoğan s.3.

¹⁰ Becker, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, çeviren A.Suat Dura,1934 s.589.

¹¹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.4, Dayındarlı,Kemal, İstisna akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü s.7; Tandoğan s.3.

¹² Tandoğan s.3.

Bu inşaatın meydana getirilmesi de ilk unsurun içinde ayrı bir bölümdür. Borçlar Kanunu m.355'deki tanımda “bir şeyi imal etme” sözüyle bunu ifade etmektedir. Müteahhidin sözleşmede amaçladığı sonucu yani yapıyı ortaya çıkarmak için yaptığı ve belirli bir sürece yayılan faaliyetlerini içerir ve ayrıca meydana getirme emek sonucu inşaatın ortaya çıkmasıdır¹³.

Meydana getirme unsuru, geniş yorumlanarak, verilen emeğin az ya da çok farklılık göstermesi, oluşan eserin özel ve yeni şekil almasına, hammaddeye oranla az ya da çok değer taşınmasına bakmaksızın¹⁴ yalnızca eseri imal olarak değil, tarafların irade beyanıyla eskisinden farklı sonuç almak amacıyla varolan bir şeye bir parça ilave etmek, onu tamir etmek, şeklini değiştirerek de yapılan oluşumlar meydana getirme kapsamına girer o yüzden inşaattan ayrı, bir şeyin boyanması, dış cephenin yenilenmesi¹⁵ cilalanması, yıkanması, kitabın ciltlenmesi, makinenin tamiri¹⁶ vs. de meydana getirme kavramı içine dahil edilecektir¹⁷.

İnşaat sözleşmesinin **ikinci unsuru ücrettir**. İnşaat sözleşmesinin tanımında da belirttiğimiz ve anlaşılacağı üzere müteahhit, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği bir ücret karşılığında yapının tamamının veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi üstlenmiştir. Meydana getirmenin karşılığı, sözleşmenin asli yükümlülüklerinden olan ücrettir¹⁸. Bu nedenle inşaat sözleşmesi ivazlı bir sözleşme olarak nitelendirilir, ivazın kararlaştırılmamış olması halinde sözleşmenin vekalet hükümleri ihtiva ettiği hususunda yaygın görüş mevcuttur¹⁹.

Ücret konusunda taraflar açıkça veya zımnem anlaşmış olabilirler. Ancak eğer taraflar sözleşmede ücrete dair bir hüküm koymamışlar yani ücreti mutlaka bir sayı ile gösterilmediği hallerde; Borçlar Kanunu m.366 devreye girerek karşılık, çalışma değeri müteahhidin giderleri göz önünde alınarak tespit edilir. Eğer inşaat işi ile ilgili bir mesleki tarife varsa Borçlar Kanunu m.366; bu tarifeyi temel alınarak hesap edilmesini

¹³ Altaş, s.45.

¹⁴ Yarg. 15.HD.,28.10.1977T.,1854/1955 sayılı kararı; Bir bina yıkılarak daha değersiz bir hal almasına rağmen istisna akdi sayılmıştır (Altaş, s.46).

¹⁵ BGE 117 II 425, Aral Fahrettin, Özel Borç İlişkileri, 7.bası, 2007 s.321.

¹⁶ BGE 120 II 215, Aral, s.321.

¹⁷ Karahasan M.R -İnşaat, İmar İhale Hukuku, Doktrin, Yargıtay, C.1, Beta, Ankara, 1997, s.69; Tandoğan, s.22-23; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.6,

¹⁸ Tandoğan, s. 24; Altaş, s.43; Dayındarlı,s.15; Zevkliler s.306; Aral, s.322.

¹⁹ Tunçomağ, s. 956; Tandoğan, s.24; Altaş, s.43; Dayındarlı,s.15; Uygur T., Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1997, s.258; Hatemi/Serozan /Arpacı s.352.

söyler²⁰. Bazen ücret para yerine başka bir şey de olabilir. Buna örnek olarak arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi verilebilir.

İnşaat sözleşmesinin üçüncü ve son unsuru **tarafların anlaşmasıdır**. İnşaat sözleşmesinde taraflar müteahhidin meydana getireceği eser ile karşılığındaki ücret hususunda anlaşmış olmaları gerekli olup yeterlidir. Bu anlaşma kural olarak bir şekle bağlı değildir²¹.

İnşaat sözleşmesinin taraflarından müteahhit; inşaat sözleşmesinde eseri imal ve inşa ederek meydana getiren ve iş sahibine bu eseri teslimle sorumlu gerçek ya da tüzel kişi olabileceği gibi bunların oluşturduğu adi ortaklık da olabilir. Günümüzde müteahhit kavramı genişlediğinden özellikle mali gücü veya teknik bilgisi ve makine parkı açısından gerçek veya tüzel kişiler yetersiz kalabilmektedir bu yüzden iş ortaklığı olarak kurulan müteahhitlik grupları ki bunlar adi ortaklık temeline dayalı bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde, büyük hacimli inşaat sözleşmelerinin ifası için toplanırlar.

İnşaat sözleşmesinin diğer tarafı iş sahibi ise; sözleşmeye konu olan eserin meydana getirilmesinde ve müteahhit tarafından gerçekleştirilen eseri teslim almada menfaati olan gerçek veya tüzel kişiler veya iş ortaklıkları veya gruplaşmış müesseselerdir. Tüzel kişi iş sahibi özel sektöre bağlı bir tüzel kişi de olabilir (Tekstil fabrikası inşa ettiren anonim şirket gibi). Ya da bu tüzel kişi özel hukuk tüzel kişisi gibi hareket eden bir kamu kuruluşu da olabilir(Sümerbank, Türkiye Şeker Fabrikaları Genel Müdürlüğü). Bundan başka iş sahibi kar amacı olmaksızın tümüyle kamu hizmeti gören bir devlet kuruluşu da olabilir (DSİ Genel Müdürlüğü-baraj yapımı, Karayolları Genel Müdürlüğü-yol, köprü)²².

Son olarak inşaat sözleşmesinin şeklini incelediğimizde; inşaat sözleşmeleri ile ilgili Borçlar Kanunun' da şekille ilgili yasal herhangi bir yazılı veya resmi şekil şartı yoktur. Bu durumda, Borçlar Kanunu m.11 uyarınca şekil özgürlüğü genel kural olarak düşünülür ve burada ele alınarak sıradan bir inşaat sözleşmesi herhangi bir şekle tabi olmayacağı söylenebilir. O halde müteahhit ile iş sahibi arasında yapılan sözlü bir anlaşma dahi inşaat sözleşmesinin kurulmasına vesile olacaktır, hatta zımni irade beyanı

²⁰ Becker,,A.Suat Dura,,591; Yavuz, s.497; Karahasan, s.71; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.7.

²¹Yavuz, s.497; Tandoğan, s.28; Uygur, T, s.258; Erman, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (Borçlar Kanunu m.365/2), 1979 s.63; 15.HD., 24.3.1983, E.584, K.3319 (Zevkliler, Aydın, Havutçu, Ayşe, Özel Borç İlişkileri, 2007, 9. Bası s.308); Olgaç Senai. Hukuk Davalarında İstisna akti, Olgaç Matbaası,1977 s.5, 15.HD., 16.2.1984, E.3983, K.937(Altaş, s.46).

²² Baygın,Cem, Türk Hukukuna göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler 1999,Beta,s.6; Dayındarlı s.29.

dahi yeterli olacaktır²³. Ancak bu tür sözleşmeleri yaparken kural olarak her ne kadar şekil öngörülmemiş ise de, ispat hukuku açısından pratik ve hukuki faydaları gözardı edemeyiz. Çünkü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 288'e göre belli bir meblağı aşan (400 TL), kapsamı çok hacimli ve önemli olan sözleşmelerin içerik ve ilkelerinin yazılı olarak tespit etmekte yarar vardır. Yargıtay da bu yöndeki kararında sözleşmenin sıhhat şekline bağlı olmadığını, fakat Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde ispat edilebileceği hükme bağlanmıştır²⁴.

Her ne kadar inşaat sözleşmelerinde genel kural şekilsizlikse de bazı özel durumlara giren sözleşmelerde şekil şartı aranır. Bunlar; 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, bu kanun hükümlerine tabi kurum ve kuruluşlara ait yapım işlerinin sözleşmeye bağlanmasını (m.53/1) ve bu sözleşmenin noterlikçe tescilini (m.57) geçerlilik şartı olarak öngörmüştür. Yani taraflar arası yazılı bir sözleşmenin yanı sıra düzenleme şeklinde olmasa da onaylama şeklinde noter tasdiki yeterlidir²⁵. Ayrıca Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin konusunun arsa dolayısıyla taşınmaz olması sebebiyle payların devri taahhüdünü kapsayan sözleşmenin resmi şekilde (Medeni Kanun m.706, Borçlar Kanunu m.213, Tapu Kanunu m.26, Noterlik Kanunu m.60 ve 80 gereğince) yapılmalıdır. Bu resmi şekil, sıhhat şartı olup, arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin hukuki sonuç doğurması için gereklidir. Taraflardan birinin edimi resmi şekle tabi olduğundan arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinin de bu şekle uygun yapılması gerekmektedir²⁶. Bu şekil şartına rağmen şekle aykırı olarak yapılan bir inşaat sözleşmesinin yaptırımı geçersizliktir, hukuken sonuç doğurmayan bir sözleşme halini alır.(Borçlar Kanunu m.11/2).

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin noterler önünde de yapılabilmesi de mümkündür²⁷.(Noterlik K. M.60) Ancak noter önünde yapılacak bu düzenlemenin re'sen düzenlenmesi gerekir. Buna mukabil tarafların kendi aralarında yaptıkları sözleşmeyi notere tasdik ettirmeleri şekil yönünden geçerli değildir.

²³ Yarg. 15. HD. 4.12.1984 T., E.1368, K.3736 (Altaş, s.47); Öz,M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat,İstanbul, 2007 s.17; Dayındarlı, s.23; Uygur, T, s.258; Aral s. 323.

²⁴ Yarg. 15. HD. 11.11.1980 T., E.2139, K.3319, (Dayındarlı,s.23).

²⁵ Öz, İnşaat, s.18; Tandoğan,s. 33; Aral, s.323.

²⁶ Yarg.15.H.D. 7.10.1983, 1983/2312, Yarg.15.H.D. 17.2.1983 206/269 (Erman, Arsa Payı Karşılığı s.13), HGK 9.6.1982 T. 16/3 E. 563 K., Yarg.15.H D 11.7.1977 T.468 E. 625 K., Yarg.15.H.D 4.12.1980 T.1990 E.2594 K., Yarg.15.H.D 9.2.1989 T. 2425 E.3191 K. (Karahasan s.117), Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.15-16; Dayındarlı s.23; Altaş s.48, Özyörük, Sezer İnşaat Sözleşmesi-Yapısı,Feshi, Borçlar Kanunu 371.m ye göre feshin sonuçları 1988, s.6; Yavuz, s.564.

²⁷ YİBK 24.4.1978 T.ve 3/4 sayı, Yarg.15.H.D 13.5.1976 (Erman, Arsa Payı Karşılığı s.14).

Şekil ile ilgili bir husus da; sözleşmelerin değiştirilmesinde ki şekil sorunudur, bu durumun çözümü, kanunen geçerlilik şekline tabi tutulmuş bir sözleşme yaptıktan sonra ancak aynı şekle uyularak değiştirilebilir. İnşaat sözleşmeleri kural olarak kanuni şekle tabi olmasa da istisnaen bir şekle tabi tutulması halinde yine o şekle uyularak sözleşmede değişiklik yapılabilir. Diğer hususlarda belirttiğimiz hakkaniyet çerçevesindeki yorumları buraya da indirgediğimizde; değişikliğin şekle aykırılıktan geçersiz olduğu iddiası dürüstlük kuralı ile bağdaşmazsa sözleşmenin geçerli olduğu sonucuna varabiliriz.

Giriş bölümündeki bu açıklamalarımızdan sonra çalışmanın ana bölümleri iki bölümden oluşacaktır. Birinci bölümde hem sona erme hallerinden bahsedeceğiz, inceleyeceğimiz bu bölümde müteahhit ve iş sahibinin sona erdirme hallerinin neler olduğunu göreceğiz, hem de sona ermenin sözleşmeye nasıl bir etki yaptığını inceleyeceğiz. İkinci bölümde ise genel olarak neticelere göz atarak çalışmamızı sonlandıracağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ VE ETKİLERİ

İnşaat sözleşmeleri, genel olarak usulüne uygun olarak ifa edilerek, iki tarafında üzerine düşen yükümlülüklerinin, borçlarının tamamıyla yerine getirmesi ile sona erer. Bu durum ani edimli borç ilişkilerinde ifanın yapıldığı an, sürekli borç ilişkilerinde ise ifa için belirlenen sürenin dolması ile sona erme eğilimi gösterir. Fakat her zaman sözleşmeler istenildiği gibi sorunsuz gitmemekte, sona ermesi için geçerli sebepler ortaya çıkmaktadır. Sözleşmelerin gözden geçirilerek sona ermesi için çeşitli şekilde yollar denenir. Bunlardan biri de; sözleşmelerin bağlayıcı özelliği ve daha sonra oluşabilecek sosyal ve ekonomik sorunlar göz önünde bulundurularak gündeme gelen, hukukun cevaz verdiği tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirmektir. Tabii bunların yanında taraflar kendileri de anlaşarak sözleşmeyi sona erdirebilecekleri gibi (ikale), yasanın belirlediği bazı hallerde de (ör: imkansızlık) sözleşmenin sona ereceğinden bahsedilir.

Tek taraflı sona erdirme imkanları; birbirinden farklı isimler taşımasına rağmen sona erme hallerinde çok karıştırılmakta ve hatalı karşılaştırılmalar yapılmaktadır. Bu sebeple bu kavramları kısaca tanımlayıp, farklılıkları görmekte yarar var.

Kavramlar arasında bizim de en çok özellikle değineceğimiz ve çalışmamızın çıkış noktası olan dönme ve fesih kavramları dışında gelişigüzel birbirinin yerine kullanılan kavramlar olan iptal, geri alma, cayma da yer alır. Öncelikle daha çok önem arz eden dönme ve fesih kavramları üzerinde durmak ve incelemek gerektiğini düşünmekteyiz.

Dönme ve fesih kavramları, hem sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen değişikliklerle ilgili hem de tüm sözleşme ilişkisini etkileyebilecek kapasitede iki hukuki kurumunu ifade ederler. Uzun zamanlar, hukuk camiasında bu iki kavram aynı olarak nitelendirilmiş ve kargaşaya yol açmıştır. Buna rağmen kavramlardaki ayırım çok da gerilere gitmez. Örneğin Roma ve Pandekt hukukundan başlayarak; iki özel durum dışında sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle tüm sözleşmeyi etkileyecek genel bir dönme hakkına yer vermemişlerdir²⁸. 18.yüzyıl kodifikasyonları ve 19. yüzyıl

²⁸ Buz Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 s.45-46; Serozan, Dönme s.118.

kodifikasyon hareketlerine kadar Roma ve Pandekt hukukundan olumsuz etkilenecek dönme yer vermemiş veya sözleşme yapılırken kararlaştırılması şartı koyulmuştur.

Daha sonra hukuk bilimi, yukarıda zikrettiğimiz ifaya olan çıkarın bir anda gerçekleştiği ani edimli ve bunun yanında ifanın zamana yayıldığı sürekli borç ilişkisinin varlığının farkına varması ile sözleşmenin sona ermesinin de bu farklılık oranında değişik neticeler ortaya çıkarabileceğinin bilincine vardı. Hakikaten de ani edimli sözleşmelerin sona ermesi ile ifa öncesi baştaki duruma tekrar geri dönüş hedeflenirken, sürekli sözleşmelerde bunu uygulamanın sakıncalar doğurduğu görülmektedir²⁹. Şöyle ki; ifanın devam edip, durduğu ana kadarki zaman diliminde, alacaklının sözleşmeden beklediği çıkarı gerçekleşmiş, tatmin olmuştur. Bu sebeple geçmişte yerine gelen edimlerin iadesini istemek problemler yaratırdı³⁰. Böylece bu tür sürekli borç ilişkilerinde yenilik doğuran son verme beyanının ulaşma anına kadar ifa edilen edimlerine dokunulmaması esas oldu.

Sözleşmeden dönme hakkı; inşaat sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen ve ani edimli sözleşmelerde, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iade borcunu doğuran, varması gerekli, şekle bağlı olmayan (ispat kolaylığı için isteğe bağlı olarak şekle tabi tutulabilir) tek yanlı irade beyanıyla sözleşmeyi çözen yenilik doğuran bir haktır³¹. Karşı tarafa ulaştığı anda sonuç doğurduğu ve bu hakkın dava dilekçesi ile dahi kullanabileceği hususunda Yargıtay kararı mevcuttur³². Ancak unutulmamalıdır ki bu dönme kavramı sözleşmede yer alarak daha önceden tespit edilen ve tarafların iradesi ile belirlenerek yasal sonuçları bertaraf eden sözleşmeyi sona erdirme şekli değildir³³. Borçlar Kanunumuzun genellikle ani edimli borç ilişkilerinden meydana gelmesi dönme hakkının kullanılmasını yaygınlaştırmıştır. Alman Hukukunda detaylı olarak yer alan dönmeyle ilişkin ayrı olarak “sözleşmede saklı tutulan dönme hakkı” adlı bir bab ayrılmıştır. İsviçre-Türk Hukuku da Alman Hukukundan etkilenmiştir.

²⁹ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.102 vd., Gauch. P.System der Beendigung von Dauerverträgen, s.26 vd. naklen Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.26.

³⁰ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.44 vd - 210 vd.; Serozan, Dönme s.510 vd.; Sungurbey, İ., Medeni Hukuk Sorunları s.466 vd.

³¹ Buz, s.65; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.31.

³² Yarg. 15.HD 4.3.1981E.1981/414, K.198/447 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.31)

³³ Sözleşmeden dönmenin detaylı görev ve amacı için bkz Serozan, Dönme s.39 vd.

Fesih ise; sürekli bir borç ilişkisini ileriye etkili(ex nunc) bir şekilde sona erdiren ve icap niteliği olmadığından kabule bağlı olmayan bozucu yenilik doğuran bir haktır³⁴. Dönme ile fesih arasındaki farklara göz attığımızda en önemli farkın; doğrudukları hukuki sonuçlarda görmekteyiz; sözleşmeden dönme henüz yerine getirilmemiş edim borçlarını sona erdirirken, daha önce ifa edilmiş edimlerin iadesine yani geriye etkili olarak(ex tunc) sözleşmenin sonlanmasına sebep olurken, fesih, tarafların menfaatini hakkaniyet ve ileriye etkili olup geçmişe dokunmayarak tarafların lehine doğmuş alacak ve borçlar geçerliliğini muhafaza eder zira taraflar ifanın kesildiği ana kadarki edimlerini tam bir bağlılık ve sadakatle yerine getirmişlerdir. Tüm bu yapılanları bir kalemde olmazdan görerek sözleşme öncesi konuma sokmak taraflara ağır yaralar vererek menfaat dengesi ve adalet duygusuna zarar verir³⁵. Bu sebeple bu tür sürekli borç ilişkilerinde bozucu yenilik doğuran beyanın ulaştığı andan sonrası için etkili olması ve bu ana kadarki yapılanların geçerliliğini koruması esas alınır. Bir hizmet veya kira sözleşmesinde önceki yapılan hizmetin, kiraya elverişliliğin yanında verilen ücretlerin geri iadesinin düşünülmemesi buna örnektir. Halbuki ani edimli borç ilişkilerinde o ana kadar yapılan işlemlerin hiçbir geçerliliği olmaz.

Diğer bir farka geldiğimizde; dönmenin, ani edimli borç ilişkilerinde söz konusu olup, uygulama alanı bulmasının yanında fesih ifasına başlanmış sürekli borç ilişkilerinde karşımıza çıkar³⁶.

Başka bir fark ise; dönme hakkı için sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler uygun zemin hazırlarken, fesih ise gerek tek tarafa borç yükleyen gerek ise iki tarafa borç yüklesin her türlü sürekli borç ilişkilerinde kolaylıkla kullanılabilir³⁷.

Yine bir farka geldiğimizde, feshin bir türü olan olağan fesihte, hiçbir şarta bağlı olmadan, herhangi yasal temele ve sebebe dayanmadan kendi başına buyruk bir şekilde keyfi olarak duygularla hareket ederek rahatça sözleşme sona erdirilebilir. Tabi bu durumda fesheden iş sahibi, eserin yapılmış, tamamlanmış olan kısmının “zenginleşme değerini” değil, doğrudan doğruya “ücretini” ödemekle yükümlüdür. Ayrıca keyfi feshin bedeli olarak müteahhidin eseri tamamlasaydı sağlamış olacağı iş imkanlarından mahrum kalacağı ve yapacağı reklam ve ünün ona kaybettirdiklerini de müteahhit iş

³⁴ Serozan, Dönme s.115; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.30; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.115 vd.

³⁵ Erman, İstisna Sözleşmede Beklenilmeyen Haller s.104.

³⁶ Serozan, Dönme s.120; Erman, Arsa Payı Karşılığı s.81; Buz, s.82; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.30-31.

³⁷ Serozan, Dönme s.120; Erman, İstisna Sözl. Beklenilmeyen Haller s.105.

sahibinden talep edebilir³⁸. Ancak bunun karşılığında Borçlar Kanunu'nda herhangi bir sebebe dayanmaksızın özgürce sözleşmeden dönme imkanı yoktur. Koşulları gerçekleşmeyen bir dönme beyanı sonuç doğurmayacaktır. Tabi bu kaidenin istisnaları mevcuttur; örneğin sözleşmede saklı tutulan dönme hakkı, bunun yanında Ticaret Kanunu m.1040/1 ve m.1122 hükümlerine göre pişmanlık navlunu ödemesi gibi³⁹.

Son bir farka baktığımızda; bu hakların kullanılmasından sonra tazmini talep edilebilecek zararın gösterdiği değişikliklerdir. Buna göre sözleşmeden dönme ile birlikte tazmin etme imkanı olan tek zarar sadece olumsuz zarardır⁴⁰. Oysa fesih, sürekli borç ilişkisinin önceki durumunu ortadan kaldırmadan ileriye etkili sonuçlar doğurmasından dolayı yalnızca müsbet zararı tazmin imkanı verir⁴¹.

Konunun en başında dönme ve fesih ile birlikte yer alan ve karışıklığa sebep olan diğer kavramların kısaca tanımlarına değinirsek; iptal, geri alma ve caymaya göz atmış olacağız.

İptal; daha sözleşme kurulurken baştan itibaren irade fesadı (hata, hile, ikrah) veya gabin nedeniyle sakat bir sözleşmenin, hukuki işlemi sonradan bu hakkın kullanılması ile geçmişe etkili olarak kesin geçersiz hale getiren yenilik doğuran bir haktır. Sözleşmeden dönme ile farklılıklarına değindiğimizde, ilki; iptal halinde sözleşmede baştan bir sakatlık olması dolayısıyla geçersiz bir sözleşmenin bulunması ile iradesi fesada uğrayan kişiyi korumak için verilen hakkın yanında dönme halinde baştan bir sakatlık mevcut değil, kurulan sözleşme geçerlidir yani bu hak sözleşmenin kuruluş aşamasında değil, ileriki safhalarında söz konusu olmaktadır. İkincisi, iptal her türlü sözleşmelerde geçerliliğe sahipken dönme sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulur⁴². Üçüncüsü, iptal hakkının sadece kanuna bağlı olarak kullanılma imkanı varken, dönme taraflar arasında ihtiyari olarak karşılıklı ve

³⁸ İsviçre Federal Mah. BGE 96 II 199 ve Merz, ZBJV 108 naklen Serozan, Dönme s.177.

³⁹ Buz, s.84, Serozan, Dönme s.120.

⁴⁰ Ana kural bu olmasına rağmen dönme ile müspet zararın fiilen bir arada bulunabileceği durumu mevcuttur; kendi edimini henüz yerine getirmeyen alacaklının fark teorisine göre müspet zararı tazmin etme talebi vardır, eğer alacaklı kendi edimini daha önce yerine getirmiş ise sadece mübadele teorisine göre müspet zararın tazminini talep edebilir. Bir diğer hal ise kendi edimi bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olan ve bu parayı ödemiş olan alacaklı, sözleşmeden dönmeyerek, fakat sözleşmeden dönmenin sonuçlarını fiilen uygularsa, sözleşmenin ifa edilmemesinden dolayı uğradığı zararın tazminini talep etse bile, dönmedeki gibi fiilen ödediği bedelin iadesi ile birlikte müspet zararı da talep edebilir, Buz, s.260; Serozan, Dönme s.121.

⁴¹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.29; Serozan, Dönme s. 121.

⁴² Serozan, Dönme s.146; Buz, s.88.

gerekirse, mantık çerçevesinde meydana gelebilir⁴³. Bir diğeri iptal hakkının süreye bağlı iken dönmenin hak düşürücü bir süreye tabi olmaması ve son farkları da; kullanılan hakların doğurduğu hukuki sonuçlar bakımındandır. Her ikisinin de geçmişe etkili olmasına rağmen daha önce yerine getirilen edimler iptal hakkında istihkak davası ile istenebilirken, dönme hakkında aynı hakların devrine ilişkin tasarruf işlemlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilir⁴⁴.

Geri alma; yasanın korumak istediği belli bir kişiye tanıdığı, mevcut tek yanlı bir hukuki işlemi sona erdirmeye veya sonuç doğmasına engel olma yetkisini ifade eden kavram olarak kabul edilmektedir⁴⁵. Bozucu yenilik doğuran hak olan geri alma hakkı tüm durumlara uygulanacak bir geri alma söz konusu değildir ancak ona uyan ve geri almanın uygulanabilmesi elverişli özel durum ortaya çıktığında detaylı olarak incelenir⁴⁶. Geri alma ile hak sahibi daha önce bulunduğu irade beyanının hukuki sonuç doğurmasını engeller veya bir yetki geri çekilir. Konusu genellikle dönme ve fesihdeki gibi sözleşmeler değildir ancak atipik bazı durumlarda sözleşme ilişkisine monte edilebilir.

Dönme ile geri almanın farklarına baktığımızda ise; dönme sadece tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulurken geri alma hakkı genellikle tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerle tek taraflı hukuki işlemlerde kullanılır⁴⁷. Bunun yanında kayıtsız şartsız, beklemeeksizin kullanılabilen geri alma hakkı karşısında dönme hakkının bazı kanuni şartların yerine getirilmesi ile kullanılması ve sonuç doğurduğu bir gerçektir⁴⁸.

Cayma hakkı ise; bazen bağımsız bir kurum olarak nitelenmesinin yanında⁴⁹ geçmişe etkili sözleşmeden dönmenin tasarruf işlemine olan doğrudan etkisini ifade etmek için kullanılan bir kavram olduğundan da bahsedilir⁵⁰.

⁴³ Serozan, Dönme s.147; Buz, s.88.

⁴⁴ Buz, s.89.

⁴⁵ Becker, H., Art.249 N.1 naklen Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.25.

⁴⁶ Buz, s.89.

⁴⁷ Buz, s.91.

⁴⁸ Buz, s.91; Serozan, Dönme s.125.

⁴⁹ Serozan, Dönme s.137.

⁵⁰ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.25.

I-SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN SÖZLEŞMEYE ETKİSİ, YAPISI VE GÖRÜŞLER

İnşaat sözleşmelerinin etkisinin anlaşılması için öncelikle bu sözleşmenin hangi özelliklere sahip olduğunun, sona ermenin şeklini belirlemeye yarayan belirli sıfat ve niteliklerin tespitinin yapılarak kesin olarak etkilerinin araştırılması gerekir, yani hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekir.

Yaptığımız tanımdan da çıkarılacağı gibi; inşaat sözleşmesi, ivazlı bir akittir. Çünkü iş sahibi müteahhidin yaptığı işe karşılık yani inşaat meydana getirip bunu teslim etmesinin karşılığında ücret ödemeyi taahhüt eder. Sözleşmede inşaatın meydana getirilmesi karşılığında, ücret ödemekten başka bir edim karşılığında yapılmış ya da ivaz alınmamış ve taahhüdü yok ise inşaat sözleşmesinden söz edilemez⁵¹.

Ayrıca taraflardan her birinin borcu diğer tarafın borcunun karşılığını oluşturduğundan, edimlerin karşılıklı bağıllık içinde olduğu, taraflardan her birinin karşı edimi elde etmek iradesiyle borçlandığı ve taraflardan her biri diğerinin edimini taahhüt etmesi şartıyla taahhüt ettiğinden; inşaat sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğunu söyleyebiliriz.

İnşaat sözleşmelerinin en önemli ve tartışma konusu olan sona ermede etkin şekilde sözleşmeye tesir edecek olan hukuki niteliği ise ani-sürekli edimli sözleşmelerden hangisine tabi olacağı konusudur. Şöyleki; Sözleşme ilişkisinin sona ermesinde ani edimli sözleşmelerde kural olarak geçmişe etkili olarak ilişki son bulurken, sürekli sözleşme ilişkilerinde ileriye etkili sona erme söz konusudur⁵².

Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri ani edimli sözleşmeler düşünülüp, temel alınarak düzenlenmiştir⁵³. Bu sebeple bazı sözleşmelere, özellikle sürekli nitelikli sözleşmelerde uygulanacak kurallarda aksaklıklar çıkmaktadır. Özellikle sürekli sözleşmelerden dönme imkanında, bu tür sözleşmelerde niteliğine ters sonuçlar oluşturuyordu⁵⁴. Bunu bertaraf etmek amacıyla benzer sözleşmelerin hükümlerinin

⁵¹ Aral s.316; Altaş s.49.

⁵² Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.12; Seliçi, Özer; Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İst 1976, s.118-119.

⁵³ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.12; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.2.

⁵⁴ Geri vermenin imkansız olduğu durumlar oluşmaktadır.(Borçlar Kanunu 106-108/ 117); Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.210 vd.

kıyasen uygulanması yanında bu tür sözleşmelere, genel hükümlerin MK m.2 ile harmanlanarak özümsetme yoluna gidilebilir⁵⁵.

Sürekli borç ilişkilerinin içeriğine baktığımızda, ifa zamanı bakımından belirli bir süreyi kapsamamasından kaynaklanan nitelik arz eder. Borçlunun edim borcu belirli sürelerle yayılarak, borcunu zaman içinde devamlı ve aralıksız yani sürekli bir davranışla ifa edilir. Örneğin kiralayanın kiralananı kiracının yararlanmasına açık tutması, hizmet sözleşmesinde işçinin iş görme borcu gibi. Yoksa sözleşmenin yürürlükte bulunduğu zaman diliminden dolayı bu özelliğe sahiptir diyemeyiz⁵⁶. Gierke, sürekli borç ilişkisini, bir süreye yayılmış edim borcunun teşkil ettiği ilişkiler olarak tanımlamıştır⁵⁷. Sürekli borç ilişkisi yargısına ulaşmak için ayrıca kıstas olan edim neticesinin, yani alacaklının tatmin olmasının bir defada aniden mi yoksa zaman içinde bir süre mi kapsadığına bakmak gerekir⁵⁸. Sürekli-ani edim ayırımı için asli edim borcu yani müteahhidin eseri meydana getirme borcunun incelenmesi gerekir, asli borçtan doğan yan borçlar, bu borç ilişkisinin niteliğini belirleyici sığata haiz olamaz⁵⁹.

Ani edimli sözleşmeler ise; borçluya düşen edim ifası bir süreye yaygın olsa dahi; alacaklı açısından borçlunun son bir eylemi, hareketi ile ifa gerçekleşmesi halinde söz konusu olur⁶⁰. Borçlunun faaliyetlerine bakılmaksızın alacaklının borçlunun yerine getireceği edimle oluşacak menfaatinin bir an içinde gerçekleşmesi ile ifanın sürekli olmadığı ve ani edimli bir ilişki olduğu anlaşılmaktadır⁶¹. Borç ilişkisinde edimin yerine getirilmesi ile borcun sona ermesi aynı anda meydana gelir.

Konumuz olan karşılıklı edimleri içererek, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu ani edimli diğer tarafın ki ise sürekli edim ifasını içeriyorsa çözüm olarak sözleşmeye karakterini veren asıl borca bakmak gerekir, inşaat sözleşmesinde bu borç, müteahhidin eseri meydana getirme ve teslim borcudur. Ama yinede kesin bir yargıya varılmayarak doktrin ve öğretilerde tartışmalar konu olmuştur. Sözleşmenin sona ermesinde özellikle borçlu temerrüdü neticesinde dönme ve fesih kavramlarının tespitinde görüşler vardır.

⁵⁵ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.207 vd.

⁵⁶ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.4.

⁵⁷ Gierke Duernde Schuldverhältnisse, Jb.64,355, naklen Seliçi, Ö, Sürekli Borç İlişkileri s.4.

⁵⁸ Siber, die Schuldrechte Vertragsfreiheit Jb. 70, 282; Thume, Der N.324 BGB bei Dauerschuldverhältnissen, nürnberg 1968, s.55 naklen Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.7.

⁵⁹ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.6.

⁶⁰ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.7.

⁶¹ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.8.

İnşaat sözleşmelerini sürekli borç ilişkisi olarak kabul edenler⁶²; müteahhidin eseri oluşturma hareketini esas alarak yorum yapmaktadırlar. Müteahhidin bina meydana getirilirken uzun bir süre zarfını kapsayan faaliyetlerinin görmezden gelmek, hazırlayıcı faaliyetlerini yok saymak doğru değildir. Zaten müteahhit sadece bir sonucun gerçekleşmesini taahhüt etmemiş, sonucun gerçekleşmesi için yaptığı çalışmaların faaliyetlerini de taahhüt etme borcu altına girmiştir. Bütünlük arz eden sonuç bir anda ortaya çıkamaz, bunun meydana gelmesinden önce edimler zaman içinde ve bölümler halinde kademe kademe yerine getirilir. Genel olarak iş görme sözleşmelerini sürekli borç ilişkisi kabilinden saydıklarından inşaat sözleşmesini de bu kotaya sokmuşlardır. Böylece istisna sözleşmesine tipini belirleyen bu zaman alıcı edim faaliyetinden hareketle taraflar arasında devamlı sürekli borç ilişkisi doğuracağı açıktır⁶³.

Yasadaki bazı hükümler⁶⁴; özellikle müteahhidin eseri hazır duruma getirmek için gösterdiği faaliyetleri içeren hükümler, bu tür sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi doğurduğunu gösterir niteliktedir. Yani yasalar müteahhidin göstermiş olduğu faaliyetlerin önemini ve taraflar arası güvene bu tür içerikli hükümlerle önem verdiğini belli etmiştir.

Buradan hareketle özel hüküm olmamasına rağmen, müteahhidin temerrüdü ile oluşacak dönme ve ifa imkansızlığı hallerinde ileriye etkili sona ermesi gerekmektedir.

İnşaat sözleşmelerini ani edimli borç ilişkisi olarak kabul edenler; daha fazla taraftar toplamıştır. Müteahhidin bir sonuç gerçekleştirme niyetiyle ona odaklanarak borç altına girmesi ve sonuca kanalize olması gerektiğinden bu sözleşme mutlak olarak ani edimli borç ilişkisi niteliği kazandırdığı görüşündedirler⁶⁵. İnşaat sözleşmesinde

⁶² Gautschi, G., Vorbem . Art.337 N.1 naklen Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.16, Serozan, Dönme s.166 , Erman, İstisna Sözl. Beklenilmeyen Haller s.9-10,106 (Borçlar Kanunu 365/2 'e göre feshetmek deyiminin dönme olarak algılanmadığı üzerinde durmuştur), Erman, Arsa Payı Karşılığı s.8; Özyörük, s.56.

⁶³ Gautschi, G., Vorbem . Art.337 N.1a naklen Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.16.

⁶⁴ Bunlara örnek olarak eserde önemli olamayan ayıplarda dönme yerine onarım istenmesi ve bedel tenzili istenmesi(Borçlar Kanunu m.360/2), arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde aşırı zarar gerekçesiyle dönme yasaklayan Borçlar Kanunu m. 360/3 ve eser sona ermeden iş sahibine yapılan miktar kadarki bedel ile müteahhidin zararının hepsinin karşılanması şartı ile sözleşmeyi her aşama fesih imkanı veren Borçlar Kanunu m.369, keşif bedelinin aşılması suretiyle fesih (Borçlar Kanunu m.67), iş sahibi yüzünden ifanın imkansızlaşması (Borçlar Kanunu m.370), ve müteahhidin ölümü veya aczi (Borçlar Kanunu m.370), durumunda eser sözleşmesinin sona ermesini düzenleyen hükümler, müteahhidin yaptığı iş oranında bedel isteyebileceğini söylemektedir.

⁶⁵ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.26; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.17; Yavuz, s.559-560; Altaş, s.50, Aral, s.316.

edim sonucu eserin meydana gelmesi ve teslimi ile iş sahibin ifaya ilişkin çıkarı bu anda bir çırpıda karşılandığından, ani edimli saymakta sakınca olmadığını kabul edilir. Müteahhidin borcu eseri meydana getirmek olduğundan müteahhidin bir zaman dilimi boyunca edim fiillerinde bulunması tabiatı gereğidir, bu sebeple edim fiillerini zamana yayması bu borç ilişkisini sürekli yapmaya yetmez. Bunlar hazırlama (imal) faaliyetleridir, zira eserin hazırlanması için gerçekleştirilen çalışmaların büyüklüğü, kapsamı iş sahibi açısından önem taşımaz, onun için önemli olan sözleşmenin sonunda neticenin bir anda oluşmasıdır⁶⁶.

Bu görüşler çerçevesinde şöyle bir örnekle somutlaştırmak gerekirse, inşaatı devam eden bir yerde, müteahhit, binayı inşa ederken her aşamada, her yeni eklemeye müteahhidin borcunu ifa ettiğini anlamına gelmez. Ancak kararlaştırılan şekilde tamamlandığında ve iş sahibinin yedine bırakıldığı an tek seferde ifa edilmiş sayılır. Bu görüş arsa payı karşılığı sözleşmelerinde de uygulama alanı bulur⁶⁷.

İnşaat sözleşmesinin ani edimli özelliği hakkında görüş birliği yapanlar, müteahhidi koruyucu bazı özel hükümlerin⁶⁸, yasa koyucunun müteahhidi gözetme ihtiyacından ortaya çıktığı ve ani edimli olma özelliğini yitirici etki yapamayacağını belirtmişlerdir⁶⁹.

Bu görüşe göre, eser, inşaat tam olarak inşa edilmeden sözleşmenin sona erdirilmesi halinde kural olarak bu sona erme geçmişe etkili kabul edildiğinden o ana kadar gerçekleşmiş bir ifadan cihetle bedel ödenmesi talep edilemez⁷⁰. Tabi ki bu kural iş sahibinin lehine görünse de müteahhit yaptığı kısımla orantılı olarak, iş sahibinin malvarlığında yaptığı katkıyı sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edebilecektir⁷¹.

⁶⁶ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.26.

⁶⁷ Bu konuda bkz Öz., İş Sahibinin Dönmesi, s.18.

⁶⁸ bkz dipnot 86.

⁶⁹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi ,s.18,21.

⁷⁰ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.18.

⁷¹ Tandoğan s. 141-142; Yarg. 4. HD 8.6.1959, 58/2324 E., 4413 K.(Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.77,78); Seliçi, her ne kadar eser sözleşmesini ani edimli kabul etse de, Borçlar Kanunu 106-108 gereğince sözleşmeden dönme neticesi geçmişe etkili ortadan kaldırmadığı, yani verilen bedelin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılması güçlük arz edecektir, aynı sözleşmeden doğan bir borcun ifası olarak yorumlanmasının yani inşaatı müteahhidin sözleşme gereği yapmış sayılması ve onun karşılığını alabilmesinin daha uygun olacağını söylemiştir. Kusur varsa olumsuz zarar tazmini ayrı tutulmalıdır.)

Bir kısım Hukukçular⁷²; inşaat sözleşmelerinin hem ani edimli hem de sürekli edim içeren sözleşme tiplerinin bir bileşimi olduğu ve her iki tipin de özelliğini hissettirdiğini savunmuşlardır. Bu görüşe göre kesin olarak ne süreli ne de ani edimli bir borç ilişkisinden bahsedemeyiz. Gerek ani edimli olduğunu savunanlar gerekse sürekli edim içerdiğini savunanlar, karşıt oldukları edim türünün içinde barındırmadığını söylemekte güçlü çekecekleri ortadadır. Her iki görüşün eşit ağırlıkta sözleşme ilişkisine hakim olduğunu ve birinin diğeri üzerinde ezici bir özelliğinin olmadığı beyan edilir⁷³. Bu da karma görüşün benimsendiğinin bir göstergesidir.

Bu görüş çerçevesinde özel hüküm bulunmayan durumlarda inşaat sözleşmesine hemen genel kural uyarınca ani edim ilişkine bağlı hükümleri uygulamak uygun olmaz, böyle bir durumda hakim somut olayı nazara itibari olarak tarafların menfaat dengesini göz önünde tutarak bazen ani edimli bazen ise sürekli borç ilişkilerine özgü kuralları uygulayabilecektir⁷⁴.

Hukuki niteliği ile ilgili son olarak bir karara varmak için bu güne kadar yapılmış ve onay almış son görüşler ışığında da son noktayı koymak adına, her ne kadar ani-sürekli edimleri savunan iki görüşünde belirtmeye çalıştığımız yanıldığı ve savunduğu noktalar olmasına rağmen, ortaya konan “bir genel kuralın açıklaması yanında istisnaen uygulanması gereken durum da mevcut olduğu”, üzerinde consensusa varılmış ve takdir görmüştür. Genel kural olarak benimsenen ve Öz’ün de isabetli yaklaşımıyla şekillenen kaniya göre; inşaat sözleşmelerinin ani edimli olması ancak bazı durumlarda sürekli borç ilişkisinin hükümlerinin uygulanabileceğidir. Bunun için sözleşmede iş sahibinin ifaya olan menfaatinin zaman içine yayılması ve bu geçen sürede artmasıyla görülür. Fakat buradaki detay, iş sahibinin menfaatinin, iş görme faaliyetinden değil eserin oluşmasının zamana yayılmasıdır. Buna örnek olarak ifanın ardı ardına belirli dönemlerde tekrar eden ve zamana yayılan edimlerle karşılanması (işyerinde ihtiyaç üzerine her an elbise dikilmesi) ile tek bir eserin zaman içinde genişlediği yani eserin ortaya çıkması ile gerçekleşmesi bitmemekte, devamı ile iş sahibinin çıkarı devam eden sözleşmeler (duvar örülmesi) verilebilir. Son olarak bu

⁷² Sungurbey, İsmet Medeni Hukuk Sorunları Cilt IV, İstanbul 1980, s. 457 vd.; Serozan, s.176.

⁷³ Serozan, Dönme s.176 :Müteahhidin temerrüdü ile sözleşmeden dönüldüğünde sorgusuz sualsiz sürekli sözleşme etkisi uygulanmasın ama emekçinin harcamış olduğu emeği korunmaya elverişli durumlarda hiç olmazsa fesih anına kadar tamamlanmış işin karşılığını almalıdır.

⁷⁴ Daha sonra detaylı inceleyeceğimiz Yarg. İçt. Birl. Büyük Genel Kurulunun 25.1.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K. (Erman, Arsa Payı Karşılığı s.8) gerekçesinin sonunda inşaat sözleşmelerinin geçici-sürekli karmaşığı bir özellik taşıdığını söylemiştir.

yorumuyla biraz önce değindiğimiz karma g6r6ş6e g6ndermede bulunarak hakimin takdir yetkisi 6n plana 7ıkararak uygulamada 7eşitlilik ve mahkeme kararlarında farklılık g6stereceğinden hukuki g6venirlik sağlamayacağı oysa bu y6ntem ile kavramsal olarak ani-s6rekli edim ayırımını rahat7a yapabilecek net bir 6l76t ortaya 7ıkardığını belirtir⁷⁵, oysa bizim kanaatimizce karma g6r6ş6 uygulama alanına daha yatkınken, 6Z ‘6n sistemi teoride kalmaktadır. Ő6yle ki her ne kadar hukuk kurallar b6t6n6yse de hakkaniyet 6n planda olarak adaletin tevzi etmesi i7in somut ve 6zellikli olayda haklı olan tarafın mağdur olmaması hedefdir. Hukuku bir teori mekanizması yaparsak, kavramsal y6nden yola 7ıkarsak, o zaman 76z6lmesi imkansız olaylar karşısında kimi zaman hukuk eli kolu bağlı kalır bunun sonucu kişilerin yasal olmayan kendi hak yolları devreye girer, bu sebeple hakime verilen takdir yetkisi 6st mahkemenin kontrol mekanizması ile bağdaştırılarak en doğru kararı vermede g6venilir adres olacağından Ő6phe yoktur

Doktrinde s6zleşmeden d6nmenin s6zleşmeyi nasıl etkilediği doğurduğu hukuki sonu7lar 6zerinde g6r6şler vardır. Bu yenilik doğuran hakkın s6zleşme 6zerinde neleri değiştireceği Alman Hukukunda uzun s6redir, Alman hukukunun etkisiyle de T6rk-İsvi7re Hukukunda ise daha yakın zamandan yani yetmişli yıllardan beri bu konu ele alınmaktadır. Alman hukukunun etkisiyle T6rk-İsvi7re Bor7lar Kanunu’nda s6zleşmeye ilişkin h6k6mlerinde (Bor7lar Kanunu m.108-BGB 346 vd) bu hak kullanıldığı takdirde akıbetinin ne olacağına değinilmemiştir. Bu eksikliği doktrin giderme misyonu 6stlenmiştir. D6nmenin s6zleşme 6zerindeki etkisi hakkındaki g6r6şlerin ayrıntılarını 67 grupta toplayacağız.

A)Klasik D6nme G6r6ř6

En eski g6r6ř olan bu g6r6ř; T6rk- İsvi7re hukukunda da baskın olan g6r6řt6r. Bu g6r6ř6 g6re; d6nme bildirimini doğrudan s6zleşmeyi etkileyerek kurulduğu andan itibaren sanki hi7 kurulmamış gibi sona erer yani s6zleşmeyi ge7mişe etkili olarak (ex tunc) ortadan kaldırmaktadır⁷⁶. Bu sebeple s6zleşmeden dolayı meydana gelen t6m hak

⁷⁵ 6z, İş Sahibinin D6nmesi, s.21.

⁷⁶ von TUHR/ESCHER, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, BD.II,Zurich 1936, n.73, s.155 naklen 6z,İş Sahibinin D6nmesi, s.34; Buz, s.119, Tun7omağ, s. 952; OĞUZMAN, M. Kemal/6Z, M. Turgut; Bor7lar Hukuku Genel H6k6mler, Filiz Kitabevi, 3. Bası,İstanbul, 2000, s.398.

ve borçlar da doğmamış gibi olmuştur. Borçlar Kanunu m.108/2'de "...akdin hükümsüzlüğünden... "diyerek bunu açığa vurmuştur.

Dönülen sözleşmede henüz ifa edilmeyen edimler bakımından sorun yoktur, ifa edilmeyen edim yükümlülükleri, borçlar ortadan kalkar, sona erer. Ancak daha önce yerine getirilmiş edimler sebepten yoksun hale gelir⁷⁷ bu yüzden oluşturduğu durumu eski haline getirmek gerekmektedir. Böylece önceki borçların ifası sonucu tarafların iktisap ettiği aktifler ve malvarlıklarındaki artma, onların sebepsiz zenginleşmesine yol açmış olur. Bundan dolayı sözleşmeden dolayı gerçekleşmiş tüm elde edilenlerin geri verilmesinin istenmesi karşılıklı olarak sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplerdir (Borçlar Kanunu m.61 vd.). İade borcu, Borçlar Kanunu m.63-65 hükümlerinin denetimine tabi olacak ve belirlenecektir. Yine bu kapsamda zamanaşımı da Borçlar Kanunu m.66 uyarınca dönme beyanının ulaşmasından itibaren bir yıldır. Dönme üzerine istenebilecek tazminat da geçerli bir sözleşmenin varlığına inanan ve güvenen tarafın geçersizlik dolayısıyla uğradığı zarar olan olumsuz zarardır.

Bu görüş yanlıları⁷⁸ sözleşme gereğince daha önce yerine getirilen edimler, yapılan kazandırmalar sebebe bağlı bir tasarruf işlemiyle yapılsalar dahi sebepten yoksun hale geleceğinden devredilen aynı hakkın kendiliğinden eski sahibine dönmesi imkansızdır. Bu tasarruf işlemi dönmeden etkilenmeyecek ve sebebin sonradan ortadan kalkmasına dayanılarak iadenin sebepsiz zenginleşme yoluyla talep edileceğini belirtirler. Örneğin sözleşme uyarınca mülkiyet devri gerçekleşse ve daha sonra sözleşmeden dönülse, dönmenin geçmişe etkili olmasına rağmen aynı hak kendiliğinden geri dönmez. O halde taşınmaz mülkiyetini devrinde yolsuz tescil söz konusu olmayacak yani yolsuz tescil terkininden bahsetmek mümkün olmayacağından sebepsiz zenginleşme iadesi talep edilecektir. Ancak burada hukukumuzda ters⁷⁹ olarak sebepsiz taşınmaz iktisabı ve yolsuz tescil olmama durumu ortaya çıkar ki bu da açıklaması zor bir olgudur.

⁷⁷ von TUHR/ESCHER n.73, s.155 naklen Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.35; Buz, s.119; Oğuzman/Öz s.399, Tunçomağ, s. 952.

⁷⁸ von TUHR/ESCHER n.73, s.155, Oser /Schönenberger, Zürcher Kommentar, Kommentar zum schweiz.Privatrecht, Obligation II,2.Aufl., Zürich 1936, Art 109 N.5 naklen Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.35, Oğuzman/Öz s.399.

⁷⁹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.40,241.

Bu son fikir karşısında duran fakat yine klasik görüşü savunan bir kısım yazarlar⁸⁰ sebebe bağlılık ilkesinden kopmadan sözleşme çerçevesinde önceden yapılan tasarruf işlemlerinin dönme ile birlikte geçmişe etkili olarak sona ereceğini kabul etmelerinin yanında, verilen şeylerin aynı hakka dayanılarak iadesinin aynı taleple istenebileceğini belirtirler. Sözleşmeden dönülünce mülkiyet el değiştirmemiş olacağından ve yapılan tescil yolsuz tescil niteliği kazanacaktır. Böylece daha önce yerine getirilen maddi edimlerin iadesi sebebe bağlılık ilkesinin sonu gereği istihkak davasıyla talep edilir. Bu görüş Fransız Hukukunda hakimdir, önce belirttiğimiz sebepten yoksunluk ile sebepsiz zenginleşme aracılığıyla iadesi görüşü ise Alman Hukuku'nda etkilidir çünkü Alman Hukuku'nda mülkiyetin devrinin sebepten soyut olduğu kabul edilip, sözleşmeden dönmenin de aynı etkiye sahip olmayarak sadece şahsi sonuçlar doğurduğu bilinmektedir⁸¹.

İade yükümlüsünden, üçüncü kişinin iyi niyetle iktisabı durumunda, sözleşmeden dönme ile iade alacaklısı, aynı taleple üçüncü kişiye başvurması durumunda, üçüncü kişi **Medeni Kanun m.1023** uyarınca korunabilir⁸².

B)Yasal Borç İlişkisi Görüşü

Bu görüş yanlıları⁸³ klasik teoriyi eleştirerek kendine özgü bir tez ortaya atmıştır. Bunların asıl hedefi dönme üzerine doğan iade yükümlülüğünün sebepsiz zenginleşme hükümlerinden ayrılarak aynı zamanda bir yıllık zamanaşımı süresini de bertaraf etmektir. Yoksa klasik teoriyle arasında pratik bir fark yoktur.

Sözleşmeden dönme üzerine borç ilişkisi ortadan kalkar fakat sözleşmenin kurulduğu andan itibaren hükümsüz ilan edilemez. Bunun sebebi sözleşme boyunca önceden yerine getirilen edimlerin sebepten yoksun bir hale dönüşmemeleridir. Sözleşmeden dönme üzerine oluşan iade borcu bir sebepsiz zenginleşme değil doğrudan Borçlar Kanunu m. 108' den kaynaklanan özel bir iade borcudur. Taraflar arasında önceden elde edilen edimler yüzünden Borçlar Kanunu m.108 uyarınca 'yasal bir borç'

⁸⁰ EHRAT,F.R.,Der Rücktritt von Vertrag nach Art.107 Abschnitt 2 OR in Verbindung mit Art.109 OR,Zürich 1990, s.156 vd. (naklen Oğuzman/Öz s.399).

⁸¹ Buz, s.122.

⁸² Oğuzman/Öz s.399; Öz, İş Sahibinin Dönmesi ,s.40, 259 vd.

⁸³ Becker, H,Berner Kommentar zum schweiz.. Privatrecht, Obligationenrecht I.Abteilung, Bern 1941 Art.109 N.4, Simonius, A., Über den Ersatz des"aus Dahinfallen des Vertrages " Erwachsenen Schadens, ZSR 37 s.225 naklen Oğuzman/Öz s.400; Öz, İş Sahibinin Dönmesi ,s.36.

meydana gelir. Böylece sebepsiz zenginleşmeye ilişkin (Borçlar Kanunu m.66) iade zamanaşımını uygulamak yerine Borçlar Kanunu m. 125 uyarınca herhangi özel bir zamanaşımı süresine bağlanmadığından genel zamanaşımı hükmü uyarınca dönme anından itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Ancak iade borcunun kapsamını belirlemek için yine sebepsiz zenginleşme hükümlerine dönüş yaparak (Borçlar Kanunu m.63-65) ondan kıyas yoluyla yararlanılmaktadır, çünkü Borçlar Kanunu m.108 de kapsamla ilgili açıklama yer almamaktadır. Kanımca hem sebepsiz zenginleşme hükümlerinde uzaklaşmak adına ortaya atılan bir görüşün ama sonra yine muhtaç kalınca sebepsiz zenginleşmeden yararlanması bu görüşün pratikte uygun olmadığı intibahı uyandırmaktadır. Yine bu görüşün klasik görüşten ayrılan diğer bir farklı özelliği; dönme halinde istenebilecek tazminatın olumlu zarar olmasıdır⁸⁴.

C)Yeni Dönme Görüşü

Daha çok taraftar toplayan bu görüşe göre⁸⁵ dönme işleminin yapılması ile borç ilişkisi, ne geçmişe etkili (ex tunc) ne de ileriye etkili (ex nunc) olarak sona erer. Sözleşme, dönme üzerine geçerliliğini yitirmeyerek tasfiye ilişkisi haline döner⁸⁶. Yani sözleşmeden doğan borç ilişkisi tersine dönerek devam eder. Bu haliyle dönme burada “değiştirici yenilik doğuran bir hak “ olarak görünür.

Dönmenin gerçekleşmesi ile henüz yerine getirilmemiş borçlar son bulmayacak, sadece borçlu ifadan kaçınabilecek bir defalık hakka sahip olacaktır⁸⁷. Daha önce yerine getirilmiş olan edim borçları ise yine aynı sözleşme başka bir boyut kazanarak, devam ettiği cihetle asli edim yükümlülükleri değil yine bu sözleşmeden doğan iade borcu haline gelir. Yani sözleşme çerçeve olarak sürmekte yalnızca içerik olarak farklılaşarak tasfiye ilişkisine dönmesi ile rollerin yer değiştirerek, alanın veren konumuna, verenin de alan konumuna geçmesi sonucunu doğurmuştur. Dönmeden önce sözleşmenin amacı, karşılıklı edimlerin ifası iken, dönmeden sonra artık bir yandan sözleşmeden doğan yükümlülüklerini geleceğe etkili olarak sona erdirmeye, diğer yandan taraflar arasında

⁸⁴ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.36.

⁸⁵ Esser, J., Schuldrecht, Band I, 4. Auflage, Karlsruhe 1970 N.30, III s.185, Larenz , K., Lehrbuch des Schuldrechts, Band.I, N.25, I a-b s.300, Gauch, P., System der Beendigung von Dauervetrag, s.207 Naklen Öz, İş Sahibinin Dönmesi , s.37; Oğuzman/Öz s.401.

⁸⁶ Esser, J N.30,III Naklen Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.37; Oğuzman/Öz s.401; Serozan, Dönme s.83; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.208 vd.

⁸⁷ Serozan, Dönme s.84.

cereyan etmiş malvarlığı hareketlerini ters döndürerek yeniden sağlamaya çalışmaktır. Sözleşmeden dönme ile sadece borçlandırıcı işlemi etkiler, daha önce devredilmiş aynı hakların geçerliliğine dokunmaz⁸⁸.

İade yükümlülüğüne ilişkin olarak ne bir sebepsiz zenginleşme talebi, ne bir yasadan doğan özel iade talebi diyemeyiz. Sözleşme boyunca verilmiş olan şeylerin iadesinin istenmesi yine aynı sözleşmeden doğan bir ifa borcu olarak ortaya çıkar. Bu sebepten ötürü iade yükümlülüğünün kapsamı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak kurallara (Borçlar Kanunu m.96 vd.) tabidir. Böylece iade yükümlüsünün zamanaşımı Borçlar Kanunu m.125 uyarınca on yıl olacaktır⁸⁹.

Bu teoriye göre; asıl borçlar için verilmiş olan rehin ve kefalet gibi teminatlar, sözleşmeden dönme üzerine bu defa iade borçları içinde güvence olmaya devam edecektir⁹⁰.

Dönme neticesi hangi zarar tazmininin talep edileceği hususuna göz attığımızda, Borçlar Kanunu m.108'de alacaklıya verilen olumsuz zarar tazmininin talep hakkı, sözleşmeden dönme ile sözleşmenin geçerliliğinin muhafaza edilmemesi ve sözleşmenin ihlali durumu söz konusu olduğunda gündeme gelir. Bu sebeple sözleşmeden dönme ile olumsuz zararın tazmininin istenebilmesinin yanında sözleşmeden borçlunun sözleşme yükümlerine aykırılığı yüzünden dönmüş olan alacaklının borçludan, döndüğü sözleşmenin zamanında ve doğru dürüst ifa edilmemesi dolayısıyla uğramış olduğu zararın yani olumlu zararın da tazminini istemek her ne kadar hukuk düzenine ters ve tutarsızlık olarak düşünülse de bunun olabilmesine olanak tanıyanlar çıkmıştır⁹¹.

Tüm bu görüşler incelendikten sonra; genel olarak bu görüşleri değerlendirdiğimizde; Klasik teorinin yasanın düzenlemelerine daha uygun düşeceğini, Borçlar Kanunu m.108 hükmünün sözleşmeden dönme ile borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak baştan itibaren sona erdirmesi, iade yükümünün sebepsiz zenginleşme uyarınca tespit edilmesi ve sadece olumsuz (akdin geçerliliğine güvenmekten dolayı uğranılan)

⁸⁸Stoll, Die Wirkungen des vertragsmassigen Rücktritts, s.21 naklen Buz, s.123; Serozan, Dönme s.86.

⁸⁹ Serozan, Dönme s.83; Oğuzman/Öz s.402.

⁹⁰ Serozan, Dönme s.88.

⁹¹ Adler Beitrage zum Rechte der Gewährleistung, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht Bande 75, 491 Naklen Serozan, Dönme s.84.

zararın talep edilebilmesi yönleriyle anlamaktayız⁹². Dönmeyi seçmek isteyen alacaklı olumlu zararı yani ifaya olan çıkarının tazminini seçmek isterse o zaman bu görüşe göre dönme seçmek yerine “ifadan vazgeçip olumlu zarar talep etmek” durumunda kalmalıdır. Fakat yine bu teoride yeni dönme teorisinin aksine sözleşmeden dönme ile birlikte rehin, kefalet, cezai şart gibi imkanlardan yararlanma olanağı yoktur, bunları kaybetmemek için dönme yerine Borçlar Kanunu m.106’daki diğer imkanlar seçilmelidir. Yeni dönme teorisinde bu imkanlardan yararlanılsa da çok kısıtlı bir alanı etkilediğinden sadece verme borçları açısından düşünülmüştür, böylece yeni dönme teorisi konumuz olan inşaat sözleşmesi, bir inşaatın yapılması ya da bir konserin verilmesi gibi borçlarda düşünülemez çünkü yapılan inşaatın veya verilen konserin müteahhide veya sanatçıya iadesi mümkün olamaz, borç ilişkisinin terse dönmesi imkansızdır, mantıksızdır. Bu tür edimlerdeki engeli aşmak için iade borcunun imkansızlaşmasından kaynaklı Borçlar Kanunu m.96 uyarınca tazminat borcuna dönüşmesini ortaya atmışlardır⁹³. Fakat ters dönmüş edimin ifasında bir imkansızlık yerine asıl bu edimlerin tersine dönmesinde bir imkansızlık ve demin belirttiğimiz gibi mantıksızlık olduğu düşünülmelidir. Konser verme ya da inşaat yapmanın terse dönmesi nasıl olur? Borçluya mı bunlar yapılacak veya terse işlem mi yapılacak? Bu sebeple böyle tersine dönmesi zor olan bir edimin bu teori çerçevesi içinde borçlunun kusuru ile imkansızlaşması mümkün olmadığından Borçlar Kanunu m.96 uyarınca tazminat istenmesi de uygun değildir⁹⁴.

Yine yeni dönme teorisine göre iade borcuna sebepsiz zenginleşme hükümleri değil genel borçların ifası hükümleri (Borçlar Kanunu m.96) uygulandığından kusursuz olarak temerrüde düşen borçlu iyiniyetle iktisap etmiş olduğu şeyi yitirmiş olsa veya telef olsa dahi yine iktisap anındaki değeri ile iade yükümlülüğü vardır; ancak klasik teori temel alınarak bu durum incelendiğinde sebepsiz zenginleşme hükümlerince, sadece elinde kalan malı iade yükümlülüğü olacaktır⁹⁵. Ayrıca kusuruyla temerrüde düştükten sonra, iade etmesi gereken şeyi kusuru olmaksızın telef etmişse yeni dönme teorisinin Borçlar Kanunu m.96 vd.ile iç içe olmasından Borçlar Kanunu. m.117 ‘ye göre iade borcundan kurtulacaktır oysa bu durum kanunumuza ter düşmektedir, zira

⁹² Oğuzman/Öz s.402.

⁹³ Serozan, Dönme s.89.

⁹⁴ Oğuzman/Öz s.402; Öz, İş Sahibinin Dönmesi , s.39.

⁹⁵ Oğuzman/Öz s.402; Öz, İş Sahibinin Dönmesi , s.40.

Borçlar Kanunu m.102 borçlu temerrüde kusurlu bir şekilde düşmüşse sonraki kazadan da sorumludur der.

Yine dönme teorisinde, iade talebini, dönülen sözleşmeden doğan bir borç olarak değerlendirdiğimizde, bu iade borcunun da yerine getirilmemesi halinde bu kez borçluyu ikinci kez temerrüde düşürme imkanı mümkündür. Temerrüde düşme ile birlikte karşı taraf tekrar Borçlar Kanunu m.106'daki seçimlik hakları kullanmaya sahip olur ve tekrar dönme hakkını kullanma ihtimali mevcuttur. Böyle bir durumun yaşanması halinde tersine dönmüş olan borçlar tekrar tersine dönecek böylece sözleşme ilk halini alacaktır. Bu da kısır bir döngü yaratıp, mantık dışı bir görünüşe sebep olacaktır⁹⁶. İşte bu sebeplerle inşaat sözleşmelerinde bu teori hiç de pratik değildir.

Yeni dönme teorisine göre, iade talebi aynı bir talep olduğundan⁹⁷ zamanaşımı konusu olmayacak ve böylece temel kaygıları sözleşmeden dönme üzerine doğan iade yükümü sebepsiz zenginleşmenin bir yıllık kısa zamanaşımı hükmünden kurtulabilmek olan “yasal borç ilişkisi” gibi zorlama teorilere de gerek kalmayacaktır⁹⁸.

Dönmenin sözleşmenin geçerliliği üzerine etkisi hakkında doktrindeki görüşler ışığında, Federal Mahkeme de ileri sürülen görüşlerle aynı kronolojik sırayı takip ederek kararlarına tek tek bu görüşleri yansıtmışken, Yargıtay'ın kökleşmiş içtihatları, dönme ile birlikte sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı yönündedir⁹⁹. Bunun yanında iade borçlarının kapsamının tespiti bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerini esas almaktadır¹⁰⁰, ancak iade taleplerinin sözleşmesel nitelikte olmasından cihetle Borçlar Kanunu m.125 uyarınca on yıllık zamanaşımın uyacağını belirterek ‘yasal borç ilişkisi’ teorisi ile uyum içindedir. Fakat Yargıtay'ın gayrimenkul mülkiyetinin iadesine ilişkin bazı kararlarında, klasik teorinin aynı iktisapların sebebe bağlılık görüşünün yanında olduğunu göstermiştir. Ancak Yargıtay yeni dönme teorisini destekleyici kararlara imza atmamıştır.

İnşaat sözleşmeleri kural olarak ani edimli sözleşmeler olduğunu kabul edilmelidir. Yani inşaat sözleşmelerine ani edimli borç ilişkisi kurallarının uygulanması

⁹⁶ Oğuzman/Öz s.403.

⁹⁷ Ancak taşınır mülkiyet nakledilen durumlarda bu tasarruf işlemi sebepten soyut sayılırsa veya karışma, birleşme, işleme, bütünleyici parça olma, elden çıkarma söz konusu ise iadede sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır. (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.40).

⁹⁸ Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.40.

⁹⁹ Yarg.15. HD, 14.2.1996 T.,463 E..821 K., Yarg.13.HD., 18.4.1996 T., 3653 E.,3920 K., 13.HD., 1.11.1994 T.,7280E., 9464 K. (Buz, s.129).

¹⁰⁰ Yarg.15. HD 11.12.1978 T.,1667 E.2350 K. (Buz, s.129).

söz konusu olmalı ve hal böyle olunca da ani edimli ilişkilerindeki “dönme hakkı” karşımıza çıkacaktır. Bir bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması olan dönme ise, sözleşmeyi geriye etkili (ex tunc) olarak sona erdirecek ve yerine getirilmiş edimler için iade borcu doğacaktır.

Ancak istisnai bazı hallerde inşaat sözleşmeleri sürekli bir sözleşme olarak karşımıza çıkabileceğinden bu halde borç ilişkisinin sürekli borç ilişkisi olması özelliğinden dönme değil “fesih hakkı” söz konusu olacak ve sözleşme ileriye etkili olarak (ex nunc) sona erecektir. Borç ilişkisinden doğup yerine getirilmiş edimler oldukları gibi kalacak, dönmede olduğu gibi bir geri verme borcu ortaya çıkmayacaktır.

II-SONA ERME SEBEPLERİ

Bir borç ilişkisi tek bir edimden meydana geliyorsa o edimin yerine getirilmesi ile borç ilişkisi sona erer. Fakat inşaat sözleşmesi iki tarafa borç yüklemekte ve birden çok edimi içeriyorsa edimlerden birinin ifası sadece tek tarafın borcunu sona erdirir. Borç ilişkisi diğer tüm edimlerin yerine getirilmesine kadar devam eder. Ör: teslim borcuna karşılık ücret ödeme borcunun olması gibi.

İnşaat (istisna) sözleşmeleri genel hükümlerdeki sona erme sebeplerinden ayrı olarak özel bir takım sebeplerle sona erebilir. Bunları sayarak tek tek açıklayarak hangi hallerde nasıl sona erebileceğini anlatmaya çalışacağız. Bunları başlıkları ile kısaca saydığımızda; **A**-Müteahhidin teslim borcunda temerrüde düşmesi sonucu iş sahibinin inşaat sözleşmesini sona erdirmesi, **B**-Ayıplı ifa sebebiyle iş sahibinin inşaat sözleşmesini sona erdirmesi, **C**-Sadakat, özen ve işi bizzat yapma borçlarına aykırılıktan dolayı inşaat sözleşmesinin sona ermesi, **D**-İşe zamanında başlama ve devam etme borcu, **E**-Ücretten kaynaklanan sona ermesi, **F**- İş sahibinin keyfi tazminat ödeyerek sona erdirmesi, **G**- İmkansızlık, **H**-İş sahibinin teslim ile ilgili alacaklı temerrüdüne düşmesi sebebiyle müteahhidin sözleşmeyi sona erdirmesi, **I**-Tarafların anlaşması ile inşaat sözleşmesinin sona ermesini görebiliriz.

A-MÜTEAHHİDİN TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİ SONUCU İŞ SAHİBİNİN İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİRMESİ

a) Teslim

İnşaat sözleşmelerinin de nitelik olarak içinde bulunduğu istisna sözleşmeleri genel anlamda ani edimli sözleşmeler olduğundan inşaat iş sahibine teslim edilinceye kadar müteahhidin yaptığı yükümlülükler bağımsız bir borcun ifası değil, işin bitmesi ile bir anda gerçekleşecek olan teslim olan asli edimin ifası için yapılan hazırlık çalışmaları sayılacaktır. Buradan da çıkartılabileceği gibi; inşaat sözleşmelerinde iş görmenin yani edim faaliyetlerinin değil, iş sonucunun sağlanmasına yöneliktir¹⁰¹. İş sahibinin edimdeki çıkarı, eserin tamamlanarak ayıpsız olarak teslimiyle meydana gelir.

Müteahhit inşaatı hazırlayıp, meydana getirmekle, tamamlamakla borcunu tam olarak ifa etmiş olmaz aynı zamanda vaktinde ve noksansız olarak iş sahibine teslim etmeyi borçlanmıştır. Müteahhit, sözleşme kurulurken tasarı halinde olan eseri gerçekleştirip, iş sahibinin menfaatini karşılamaı gerekir.

Aslında Borçlar Kanunu'nda eseri teslim borcu açıkça düzenlenmiş değildir ancak teslim borcunun varlığından bahseden birçok madde mevcuttur bu da böyle bir borcun varlığını zımnen kabul gerektirir. Örnek olarak Borçlar Kanunu m.358/1: ..teslim için tayin edilen zaman.., Borçlar Kanunu m.359/1: ...şeyin tesliminden sonra... gibi çoğaltılacak sayıda madde vardır.

TESLİM; müteahhide ve iş sahibine göre değişik tanımlarla ifade edilebilir; müteahhide göre teslim, tamamlanmış eser üzerinde fiili iktidarın ifa amacı ile iş sahibine geçirilmesidir. İş sahibi açısından teslim (teselsüm) ise müteahhit tarafından bitirilerek teslimi teklif edilen eseri fiilen iktidarına almasıdır¹⁰². Aksi sözleşme ile belirtilmemişse, belli bir kısmı teslim edilen eseri iş sahibi kabul etmek zorunda değildir, henüz tamamlanmamış bir eseri, iş sahibi, teslim alması için zorlanamaz¹⁰³. Eserin tamamlanmasından, tarafların aralarındaki inşaat sözleşmesine göre tespit

¹⁰¹ Federal Mahk. Kararı; (JdT, 1973, s.244), istisna akdi bir işin değil, işin sonucunun sağlanmasına yöneldiğinden, eserin hazırlanması uzun zaman alsa da akit sürekli bir sözleşme sayılmaz.(Karahasan, s.254).

¹⁰² Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.35.

¹⁰³ Tunçomağ s.1012.

edilmiş tüm işlerin bitirilmiş olması anlaşılır¹⁰⁴. Ancak eserin tamamlanması için çok cüz'i bazı işler kalmış ise örneğin muslukların bir ya da iki tanesinin takılması gibi, bu durumda bu tür ufak işleri bahane ederek iş sahibinin teslim almaktan kaçınması Medeni Kanun m.2 dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğinden teslim edilme işlemi sakınca doğurmaz.

Gautschi'ye göre teslim borcu; bir iş görme edimi olarak eseri imal etme, ortaya çıkarmanın yanında istisna akdinde müteahhidin ana borçlarından biri olarak göze çarpar. Teslim borcu iş sahibinin eser üzerinde doğrudan doğruya zilyed sıfatını kazanması veya zaten zilyetse dışarıdan müdahale durumlarının ortadan kalkmasını sağlamakla yerine getirilir¹⁰⁵.

Teslim almak, sadece fiili iktidarı elde etme sonucudur; ayrıca borcun gereği gibi ifa edildiğinin kabulü anlamı taşımaz. Zira iş sahibine arz edilen ayıplı ifa teslimde engel değildir, eserin ayıplı olması teslim fiilinin bir şartı değildir¹⁰⁶. İfanın gereği gibi olup olmadığı hususundaki tespit için iş sahibinin muayene hakları vardır. Zaten teslim ile eserin kabulünün aynı şey olmadığı Yargıtay¹⁰⁷ ve İsviçre Federal Mahkemesi¹⁰⁸, kararlarında belirtmişlerdir.

İnşaatın teslimi için gerekli olduğu durumlarda, inşaatın sona erdiğinin ve iş sahibinin emrine hazır olduğunun müteahhit tarafından iş sahibine bildirilmesi ve bunun üzerine iş sahibinin gerekli kontrolleri yaparak tamamlandığını belirlemesi gerekir¹⁰⁹. İş sahibine ait arsa üzerinde yapılan yapı işlerinde inşaatın maddi olarak teslimi, müteahhit tarafından inşaatın tamamlandığına dair açık veya zımni bir beyanla iş sahibine karşı bildirebilir¹¹⁰. Müteahhit, iş sahibinin yapıyı görebileceği ve anlayabileceği şekilde tamamlamış ve onun tasarrufuna bırakmış ise bu zımnen (örtülü) bildirim, ayrıca bildirim gerek yoktur. Bu bildirim ile tamamlanan inşaatların teslimlerine rağmen, iş sahibinin fiili egemenliğin oluşmasına imkan vermeyen; biten yapının anahtarını vermeme gibi veya fiili egemenliği engelleyici; inşaat iskelelerinin, baraka ve şantiyenin halen sökülmemesi, kum ve tuğla atıklarını kaldırmaması, açılan çukurun

¹⁰⁴ BGE 94 II 164 (Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.40).

¹⁰⁵ Gautschi, Art 363, Nr.4 naklen Tandoğan s.125.

¹⁰⁶ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.36; Aral s.345.

¹⁰⁷ Yarg. 4.HD., 25.12.1973, 973 E. 13792 K.(Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.36).

¹⁰⁸ BGE 89 II 409 (Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.36).

¹⁰⁹ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.35-36-37; Öz, İnşaat s.168.

¹¹⁰ Tandoğan s.125; Aral, s.347.

kapatılmaması gibi bazı durumların varlığı halinde, bildirme ile teslim edilmiş sayılmaz¹¹¹. Bu hallerde ifa gerçekleşmemiş olur ve müteahhit temerrüde düşürülebilir.

Yapının bittiğini anlayacak durumda olmayan iş sahibine müteahhit bildirimde bulunamamış ise; ki her türlü eksikliği giderilmiş ve tamamlanmış olan inşaatın çekilip onu iş sahibinin kullanımına bırakması veya iş sahibinin anlayacağı tarzda yapıyı onun tasarrufuna bıraktığı durumunda bildirim gerek yoktur, bildirim olmadığından ifanın gerçekleşmediği söylenir. Ancak çoğu kez bu sorunlar çıkmaz ve iş sahibi ve müteahhit beraberce gezerek fikir birliği içerisinde teslim tutanağı yazıp imzalayarak durumu açıklığa kavuştururlar¹¹².

Bazı durumlarda iş sahibi, müteahhidin bildirimini beklemeden kullanmaya başlar ise, bunu; inşaatı kullanmak, inşaat sonrası için girişimlerde bulunmak, kiraya vermek şeklinde görebiliriz; bu durumda iş sahibinin, bildirim yokluğu iddiası ile teslim sonuçlarından da kaçma imkanı ortadan kalkar fakat bu tür teslimin kabul görmesi için müteahhidin üzerine aldığı tüm işleri tamamlaması gerekmektedir, aksi bir durumda evin inşaatında, bildirim olmadan eve taşınılsa bile teslimden söz edilemez¹¹³. Yani tamamlanmamış bir yapının iş sahibi tarafından kullanılmaya başlanması, her ne kadar karine olarak iş sahibinin ifa olarak kabul ettiği anlamına gelirse de zorunluluk sonucu, sokakta kalmamak için veya biran önce kiracılıktan kurtulmak için bu yolu seçmiş iş sahibinin böyle bir eksik ifalı işi yani tamamlanmamış işi teslim aldığı söylenemez, dolayısıyla karinenin aksi ispatlanabilir¹¹⁴ ve müteahhit temerrüde düşürülebilir.

Ancak tamamen önemsiz ve teslim engel olmayan tali işler (ampul yokluğu, basit ve yapıdan yararlanmayı güçleştirmeyen malzeme ve artıkların varlığı) sebebiyle iş sahibinin inşaatın bitmediğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır ve inşaat tamamlanmış sayılır. İşte burada bitmemiş yani tamamlanmamış ifa ile ayıplı ifa ayırımını iyi yapmak gerekir. İnşaatteki uygunsuzluklar inşaatın bitirilmemiş olarak değil de ayıplı yapılmış olarak yorumlanırsa ayıba karşı tekeffül hükümleri karşımıza çıkacaktır. BİGŞ.m.36-39 da kesin kabul – geçici kabul uygulaması ile bu duruma değinmiştir, aradaki farkı anlamak için böyle bir yorum izlenerek tespit etmek amaçlamıştır. Uygunsuzluğun ayıp mı yoksa bitmeme mi olduğuna karar vermek için

¹¹¹ Tandoğan s.126.

¹¹² Öz, İnşaat s.129.

¹¹³ Tandoğan s.126.

¹¹⁴ Öz, İnşaat s.130,169.

eksik olan ve düzeltilip, bitirilmesi gereken işlerin maliyetinin yanında bu maliyetin tüm inşaatla olan yansımalarının oranına bakıp tespit edilebileceği gibi maliyetten ayrı olarak inşaatla ilgili düzensizliğin niteliğine de bakılabilir. Örneğin; henüz katları çıkmamış, çatısı açık veya sadece beton dört duvar bırakılmış bir inşaat tamamlanmamış olarak kabul edilirken; sözleşmedeki projeye uygun yapılmamış inşaat, bir kısım tesisat işleri yapılmamış ya da parkesi döşenmemiş vb. olarak ifa edilmek üzere teklif edilmesi ayıplı ifa olarak düşünülmelidir¹¹⁵.

Taraflar aralarında anlaşarak inşaatın teslimini hangi şartlar altında hangi anda (eserin tamamlanması şartından ayrı olarak) gerçekleştireceğini kararlaştırabilirler¹¹⁶. Örneklere göz attığımızda; en önemli şartlardan biri olan müteahhidin arsası üzerinde bir taleple yapılan ve arsa payının mülkiyetinin devri şartıyla teslimin kararlaştırılması akla gelir. Aslında bu durum saf bir inşaat sözleşmesi değil, inşaat sözleşmesinin yanında taşınmazın satımı da yer aldığından karışık muhtevalı akit konumuna gelir. Böyle bir durumda sadece inşaatın bitmesi teslim için yeterli olmaz, taşınmazın veya arsa payının mülkiyeti de iş sahibi olarak tasavvur edilen, müteahhidin arsasındaki inşaatla sebep olan tarafa satış suretiyle devir olmalıdır. Ancak inşaatın tamamlanması da ön koşuldur, zira tamamlanmamış bir inşaat mülkiyetin devrine bahis yapılamaz. Diğer şartlarda, yapı kullanma izni çıkması, muayenenin olumlu sonuçlanması vs. olabilir.

Tamamlanmış bir yapının iskanının (yapı kullanma izni) alınması da irdelenmesi gereken ince bir husustur. Bununla ilgili olarak İmar Kanunu m.30, yapı kullanma iznini alma yükümlülüğünü kamu görevi olarak inşaat sahibine yüklemiştir. Uygulamada ise özellikle bina yapımında taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile yapı kullanma izninin müteahhit tarafından alınacağını kararlaştırarak uygulamaktadırlar. Sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı takdirde kural olarak inşaat ruhsatı alma yükümlülüğü arsa sahibine aittir¹¹⁷ Böylece yapı kullanma izni alınmadan iş sahibi inşaatı teslim almaya zorlanamaz. Bu izin alınmadan iş sahibi kendi iradesiyle inşaatın tamamlandığını görerek bu şekilde inşaatı teslim ve kabul etmiş hatta taşınmış ise o halde oturma izni alma şartı olsa dahi bu şartın ortadan kalktığını zımnen beyan etmiş sayılır, ancak şartın

¹¹⁵ Öz , İnşaat s.131.

¹¹⁶ Tandoğan s.127; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.37.

¹¹⁷ Yarg. 15 H.D.,27.6.1988 4043/2427 (Erman, Arsa Payı Karşılığı s.54), Yarg.15. HD T. 11.3.1993 E. 1992/3285 K. 1993/1196 (www.kazanci.com) .

ortadan kalkmış olduğu tasavvur edilse de müteahhidin bu izni alma yükümlülüğü devam edecektir, teslim edildi diye bu borçtan kurtulmuş değildir¹¹⁸. Bu görevinin sorumluluğu içersinde bilinçli olarak hareket edip sözleşme süresi için bu izin için belediyeye başvuran müteahhidin işin uzaması ve gecikmesi ile oluşan aksaklıklardan dolayı sorumluluğu ile ilgili Yargıtay müteahhidin lehine bir kararla rizikonun üzerinde kalmayacağı yönünde bir karar vermiştir¹¹⁹.

Eğer inşaat, müteahhidin arsasında yapılmakta ise tarafların arasındaki sözleşmede açık hüküm olmasa dahi müteahhit bu izni alarak taşınmazı temlik etmelidir. Şayet inşaat iş sahibinin arsasında yapılıyor ve iş sahibinin bu arsa üzerinde üst hakkı varsa o halde kanunen oturma iznini iş sahibinin alması gerekmektedir.

Müteahhidin yapı kullanma izni konusundaki takip yetkisi, iş sahibinin müteahhide vereceği temsil belgesi yani vekaletname ve belediyeye müracaat için gerekli tapu vb. gibi evrakları tedarik etmesiyle gündeme gelir, aksi halde müteahhide sorumluluk yüklenemez. Ancak tüm bunlar tedarik edilmesine rağmen müteahhit bu görevi yerine getiremeyip bu izni alamıyorsa; bunun sebebine bakılarak müteahhide karşı yaptırım uygulamakta fayda var; şayet yapı bitirilemediği için bu izin alınamıyorsa temerrüde düştüğünden bahisle müteahhidin borçlu temerrüdüne muhatap olduğu, yapı bitirilmesine rağmen ayıp dolayısıyla izin alınamıyorsa veya hiçbir sebep ve engel olmamasına rağmen izni almıyorsa da hukuki ayıp sebebiyle iş sahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerince müteahhide başvurabileceği¹²⁰ söz konusudur.

Eserin tamamlanması ile teslimin nasıl cereyan edeceği hususunda taraflar aralarında yapacakları sözleşme ile müteahhit tarafından mı iş sahibine götürülecek ya da iş sahibi tarafından mı teslim alınacağı hususunu açıkça kararlaştırabilirler, bununla beraber halin icabından da tarafların örtülü iradeleri araştırılarak ifa yeri tespit edilebilir (Borçlar Kanunu m.73).

Taşınmaz eşyaya ilişkin iş görme sonucu örneğin konumuz olan inşa etme; taşınmazın bulunduğu yerde meydana gelir; aynı şekilde taşınmazın mütemmim cüzünü veya teferruatını teşkil edecek eşyalarda taşınmazın bulunduğu yerde takılmalı veya teslim edilmelidir.

¹¹⁸ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.42.

¹¹⁹ Yarg. 15 H.D., 15.4.1975, 75/618, 2113 (Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.42); Yarg. 15 H.D, 12.11.2003 T., 2003/2495 E. 2003/5405 K. (www.turkhukuk sitesi.com).

¹²⁰ Yarg. 15 H.D., 2.4.1991, E.4630, K.1665, Yarg. 15 H.D., 16.10.1989, E.555, K.4242 (Öz, İnşaat s.132).

Meydana getirilecek inşaatın tesliminde ifa zamanının belirlenmesinde de Borçlar Kanunu m.74 hükmünün getirdiği esaslardan hareket edilecektir. İş görme borcunun, tam ve eksiksiz sona ermesinin ardından yapılacak teslimin zamanı ile ilgili öncelikle ve genellikle taraflar arasında, sözleşme ile açıkça ya belirli bir vade ya da bir süre belirleyip en geç bu sürenin dolmasıyla (arsanın müteahhide verilmesinden 36 ay içinde) teslimin yapılacağına karar verilebilir. Sözleşmede kararlaştırılan bu tarih taraflarca tek taraflı olarak uzatılıp kısaltılamaz; ancak sözleşmede hüküm varsa kendiliğinden veya müteahhidin talebi ile sürenin uzatılma imkanı doğacaktır¹²¹.

Teslim tarihi konusunda tarafların aralarında bir anlaşma yoksa yani tespit edilmemişse; sözleşmedeki bu boşluğu işin niteliğine ve tarafların varsayılan iradelerine göre doldurmakta fayda vardır. Buna karar vermek için somut olaydaki inşaatın ortaya çıkması, tamamlanması için, bu işte deneyimli bir kişinin normal koşullar altında işe başlayıp devamlı bir çalışma ile olağan çalışma gücü ve çalışma araçlarını kullanarak ne kadar zamana yayılabileceğini hesaplayıp, baz almak gerekir. Müteahhide imal ve inşaya ilişkin iş görme borcunu yerine getirmesi amacıyla makul sürenin verilmesi inşaatın sağlığı açısından gereklidir. Teslim için bir vade kararlaştırılmamış olsa bile Borçlar Kanunu m.74 uyarınca teslim borcunun sözleşmenin kurulmasından sonra hemen ifası, ancak işin niteliğinin yapım için çok az zamana ihtiyaç duyulan istisnai hallerde istenebilir¹²².

Borçlar Kanunumuz; teslim ve bunun mukabilinde kabule bir takım sonuçlar bağlamıştır. Şöyle bir baktığımızda;

- Müteahhidin ücret alacağı teslim ile beraber muaccel hale gelir.(Borçlar Kanunu m.364)
- Borçlar Kanunu m.359'a ayıbbı ihbar süresi teslimle başlar.
- İnşaatın hasar rizikosu teslimle beraber artık iş sahibine geçer.
- İş sahibinin bozukluktan doğan haklarına ilişkin zamanaşımı süresi teslimle başlar.
- Teslim ve karşılığında inşaatı kabul, yani inşaata muvafakat ile müteahhidin basit bir muayene ile anlaşılacak açık bozukluklar sebebiyle sorumluluğu ortadan kalkar.

¹²¹ Tandoğan s.128; Yavuz, s.520.

¹²² Tandoğan s.129; Yavuz, s.520.

BİGŞ'ye göre ise; inşaatın teslim alınması iki şekilde cereyan eder. Birincisi, BİGŞ.m.39' a göre kesin kabuldür. Bu kabul beyanına göre, işin ifa olarak kabulü anlamında olup, müteahhidin açık ayıplardan dolayı sorumluluğu sona erer, gizli ayıplardan ise Borçlar Kanunu hükümlerinin müteahhidin sorumluluğu hükümlerine göre belirlenir. Tabii bu kesin kabulün idare tarafından onaylamasına kadar ki geçen süreçte müteahhidin her türlü sorumluluğu devam edecektir.

İkincisi ise; BİGŞ.m.36'ya göre geçici kabuldür. Burada bahsedilen geçici kabul yalnızca müteahhit tarafından tamamlandığı söylenen ve bunu idareye bildirmesi ve teslim alın demesi üzerine, inşaatın muayene edildikten ve tüm tetkikleri yapıldıktan sonra idare tarafından müteahhide belirli eksikliklerin tamamlanması için süre verir, bu sürenin bitimi geçici kabulün yapıldığı tarihtir. Bu kabulün yapılması, inşaatın teslim alındığını gösterse de müteahhidin sorumluluğuna bir etki etmez.

b)Müteahhidin teslim borcunu ifada temerrüde düşmesi

Müteahhidin inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmesinde, genel olarak borçlunun temerrüdüne uygulanan Borçlar Kanunu m.101-105 ve karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdüne ilişkin Borçlar Kanunu m.106-108 hükümleri uygulanacaktır¹²³. Yani açıklamalarınızı yaparken Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine de değineceğiz. Burada inşaatın meydana gelmesine ilişkin işgörmeye borcunun yerine getirilmesinin temerrüdünü düzenleyen Borçlar Kanunu m.358/1 gibi özel bir hükümle düzenlenmemiştir, bu sebeple doğrudan doğruya veya kıyas yoluyla teslim borcunun temerrüdüne uygulanmasına imkan yoktur.

ba) Teslim borcunu ifada temerrüdün şartları

baa)İnşaatın teslim borcunun muaccel olması

Borçlar Kanunu Genel hükümlere göre borçlunun temerrüde düşebilmesi için, öncelikle borcun muaccel olması yani ifasının istenilebilir, talep edilebilir olması gerekir. İnşaat sözleşmesine kural olarak ani edimli sözleşme kategorisine soktuğumuzdan hazırlık faaliyetleri ifa kabul edilmez ve böylece bu hazırlık

¹²³ Yarg. 15 H.D 14.2.1996 463/821; Eser sözleşmesinde müteahhidin temerrüdü halinde, alacaklı iş sahibi sözleşmeyi feshetmişse, olumlu zarar kapsamına giren ve sözleşme varlığını sürdürdüğü süreçte talep edilebilen cezai şartı değil, olumsuz zararın giderilmesini isteyebilir (Yavuz, s.520).

faaliyetlerine başlangıç zamanını borcun muaccel olma tarihi olarak göremeyiz. İnşaat sözleşmesinde kararlaştırılan yapının teslimi ile alakalı taraflar teslim tarihini açıkça belirtmişler ise; bu sürenin gelmesi ile borç kendiliğinden muaccel hale gelir. Bazen bu süre değişik şekillerde de belirlenebilir, ör: sözleşmenin kurulmasından, işe başlanmaktan veya belirli bir olaydan belli bir sürenin geçmesi ile muaccel olacağının kararlaştırılması gibi¹²⁴. Bu süre dolduğunda inşa borcu muaccel olur.

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE HERHANGİ BİR VADE KARARLAŞTIRILMAMIŞ İSE; KURAL OLARAK Borçlar Kanunu m.74 uygulanması gerekirken yani borcun borç doğar doğmaz derhal muaccel olarak, ifası istenilebilirken, inşaat sözleşmelerine Borçlar Kanunu m.74'ün uygulanması bu tür sözleşmelerin yapısı gereği imkansızdır. Şöyle ki borç doğduğu anda kararlaştırılan ve borcun konusu olan inşaatın ortada olmasına imkan yoktur. Belirli bir hazırlama süresine ihtiyaç vardır. Böylece bu tür vade belirlenmeyen inşaat sözleşmelerinde işin niteliğine, boyutuna ve diğer tüm özelliklerine bakarak makul bir süre tayin ve tespit edilir. Tedbirli ve deneyimli bir müteahhit mutad araçlarla ve çalışma şekliyle ortalama hazırlama süresi bu süre tayininde rol oynar. Bu sürenin dolmasıyla ifa istenebilir konuma gelir¹²⁵.

Tespit edilen makul sürenin dolması, tek başına borcun muaccel olup, teslim edilmesi için yeterli değildir. Yani bu sürenin dolması ile borç muaccel hale gelmez. İş sahibinin bildirimine ihtiyaç vardır ve ifayı istemek, borcu muaccel hale sokmak adına bu “muacceliyet bildirimini”ni yapar (Vadenin sözleşmede belirlendiği durumlarda bu bildirim gerek yoktur). Ancak bu bildirim ileride temerrüt şartlarından biri olan “ihtar” ile karıştırılmamalıdır, zira orada muaccel olan bir borç üzerine ihtar yapılarak müteahhit temerrüde düşürülürken burada bu bildirim ile birlikte borç muaccel hale gelmektedir ve henüz bir temerrüt durumundan bahsedilmez¹²⁶.

Temerrüt hükümlerinin uygulanabilmesi için borcun muaccel olma şartının istisnasını Borçlar Kanunu m.358'de görüyoruz; inşaatın kararlaştırılan tarihte tesliminin mümkün olmadığı açıkça anlaşıldığı hallerde, müteahhit, borcun muaccel

¹²⁴Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.66 vd.; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.154 ;bu tür kararlaştırılan vadelerin hesaplanış şekli özel olarak belirtilmemişse Borçlar Kanunu m.75-77 uyarınca hakim yedek hukuk kurallarını göz önünde tutarak belirler.

¹²⁵Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.155; Tandoğan s.130; Dayındarlı; s.56-57; Erman, Arsa Payı Karşılığı s.46.

¹²⁶ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.155.

olmasından önce temerrüde düşürülebilir¹²⁷. Buradan müteahhidin borcunun sadece tamamlanmış inşaatı teslim etmek değil aynı zamanda inşaatı yapmak, üretmek borcu altında olduğunu anlamaktayız.

bab) İnşaatın teslim borcunun ifasının mümkün olması

Borcunun temerrüde düşürülmesi için ihtar tarihinde yani temerrüde düşüldüğü tarihte borcun ifasının mümkün olması yani edimin yerine getirilmesinin imkansız hale gelmemiş olmalıdır. Buradaki imkansızlık sözleşmenin kuruluşundan sonraki imkansızlıktır. Zaten sözleşmenin kurulmasından önceki imkansızlık eğer objektifse Borçlar Kanunu m.20 uyarınca sözleşme batıl olacaktır, batıl bir sözleşmeden de dönülmesi mümkün değildir, önceki imkansızlık subjektif ise; müteahhidin kusurlu (Borçlar Kanunu m.96) veya kusursuz olmasına göre değişik neticeler doğurur.

İfa imkansızlığında müteahhidin kusurlu ya da kusursuz olması önemli değildir. Her iki durumda da temerrüt hükümlerine geçilmez. Artık sözleşmenin sona ermesi imkansızlık hükümleri ile düzenlenir, bu hükümlerin de temerrütle alakası yoktur, ilerde zaten çalışmamızda sona erme sebebi olarak imkansızlığa biz de yer vereceğiz.

İnşaatın kısmen imkansız olduğu durumlarda, imkansız olmayan kısım ile ilgili olarak borç geçerli olarak devam eder ve bu borcun ifasında gecikme veya diğer şartlar gerçekleşirse bu imkansızlaşmayan kısım için temerrüde düşürme olanağı mevcut olacaktır.

Schwarz¹²⁸, Borçlar Kanunu m.96'daki kusurlu imkansızlık durumunda da BGB m.325'den destek alarak temerrüdün sonuçları arasında yer alan sözleşmeden dönmenin kıyasen uygulanmasını önermiştir; ancak Türk Borçlar Hukuku sistemine aykırı bir düşünce olması, Borçlar Kanunu m.96'nın kusurlu imkansızlık dolayısıyla karşılıklı borçların sona ermesi ile bağımsız tazminat borcuna hükmetmesi ve imkansızlık sebebiyle sona ermiş bir borçtan dolayı temerrüde düşürülmenin hata olacağından uygulamada çok da rağbet görmemiştir.

Şartlarını saymaya başladığımız temerrüdün oluşmasından sonra imkansızlık söz konusu olduğu durumlarda ise; temerrüdün başlamasından imkansızlık ortaya çıkana kadar geçen sürede temerrüt hükümlerinin ve daha sonra imkansızlık hükümlerinin

¹²⁷ Dayındarlı, s.57.

¹²⁸ Schwarz A.B., Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle fesih (Davran B., çevirisi) Ebulüa Mardin'e Armağan, İstanbul, 1943, s.745 naklen Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.158.

uygulanacağı kabul edilmektedir¹²⁹. Eğer müteahhit temerrüde düşmekte kusurlu ise daha sonra oluşan imkansızlık müteahhidin kusuru olmaksızın meydana gelse dahi müteahhit iş sahibinin olumlu zararını tazmin etmek zorundadır. Ancak müteahhit Borçlar Kanunu m.102/2 hükmüne göre, borcunu zamanında ifa edip temerrüde düşmeseydi dahi aynı zarar verici olayın gerçekleşeceğini ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır.

bac) İnşaatın teslim borcunun ifasının gerçekleşmemiş olması, ifada bulunmama

Temerrüdün temel şartı, müteahhidin ifasını yerine getirmemiş, ifayı gerçekleştirmemiş olmasıdır. İnşaat sözleşmesi kural olarak ani edimli bir sözleşme sayıldığından, ifa, tamamlanan inşaatın vadesinde iş sahibine teslimiyle bir anda gerçekleşir.

Eğer inşaat tamamlanmadan iş sahibine teslim edilmiş olması, ifayı gerçekleştirmez; ancak iş sahibi inşaatı bu eksik haliyle kabul ederse ifa gerçekleşmiş olur. Teslim ile kabulün aynı nitelikte olmadığını daha önce belirtmiştik. Zaten çoğu zaman inşaat teslim edildikten sonra iş sahibince kabul edilir. Müteahhit hile ile kasten gizlediği ancak usulen muayenede anlaşılmayacak ayıplarla beraber teslimi gerçekleştirdikten sonra, yapılan kabul beyanı ile müteahhit artık temerrüde düşmekten kurtularak Borçlar Kanunu m.106'daki yollardan özellikle sözleşmeden dönme hükümlerine tabi olmaktan uzaklaşmıştır. Bundan sonra iş sahibi ancak "ayıba karşı tekeffül hükümlerine (hiç ifanın hiç gerçekleşmediği değil, ayıplı olduğu) başvurabilir"¹³⁰.

Yapının müteahhidin arsası üzerinde yapılması halinde bu borcun ifası; arsanın üzerindeki yapının bitmiş bir vaziyette bu arsanın iş sahibi adına tapuda tescil edilmesi ile gerçekleşmiş olur. Daha önce çok az bahsettiğimiz gibi burada hem taşınmaz satımı hem de inşaat sözleşmesi olduğundan karışık muhtevalı akit oluşturur¹³¹. Ancak bu iki borçtan biri yerine getirilmezse müteahhidin borcu yerine getirilmiş sayılmaz. Yapının iş sahibinin arsası üzerinde yapılması halinde ise; burada inşa edilen yapı zaten bütünlüğü parça olduğundan arsanın dolayısıyla iş sahibinin mülkiyetine geçmiştir. İnşaatın tamamlanması ile doğrudan iş sahibi lehine bağımsız bölüm üzerinde mülkiyet

¹²⁹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.160.

¹³⁰ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.35; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.166.

¹³¹ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.8, dipnot 17.

hakkı kurularak borç ifa edilmiş olur. Yani iş sahibinin arsasındaki inşaatlarda ifa; eksiksiz olarak tamamlanan inşaatın müteahhit tarafından terk edilerek iş sahibinin yararlanması için taşınmazdan çekilmesidir.

Teslim mevzunu açıklarken ifanın detayları ve yapı kullanma izni ile ilgili gerekli bilgileri verdiğimizden burada tekrar üzerinde durmak yersiz olur ancak sadece yapı kullanma izni ile temerrüt durumunu burada ele alabiliriz. Tüm işler bitmiş, her şey tamamlanmış olsa bile müteahhidin yapı kullanma iznini almamış olması sebebiyle temerrüde düşürülebileceğini unutmamak gerekir. İş sahibi eğer bu izin alınmadan önce taşınır, kullanmaya başlar ise, ifanın hiç yapılmadığını iddia ederek, müteahhidi temerrüde düşüremeyecek, fakat bu izni alma şartı gerçekleşmemesi hukuki ayıp şeklinde bir kötü ifa sayılarak, müteahhitten bu izni alması için talepte bulunulmasına karşın alınmazsa sırf bu sebeple doğan zararın (iş sahibi almışsa izni onun için yaptığı masraflar, gecikme zararı vb.)¹³² tazminini talep edebilecektir.

İş sahibi eğer yapıyı teslim almamış ise ve ayrıca yapı kullanma izni müteahhit tarafından alınmamış ise yapıyı kullanmaya başlamadığı için müteahhidi temerrüde düşürme hakkı olan iş sahibi, sadece bu nedenle sözleşmeden dönerse ve özellikle arsa payı karşılığı inşaatlarda müteahhidi geçmişe etkili olarak tamamen taşınmazdan el çektirmesi adil olmayan hakkaniyete aykırı bir sonuçtur. Burada şöyle bir ayırım yapmak faydalıdır: oturma izninin alınmamasının sebebi yapının tamamlanmaması ise iş sahibi geçmişe etkili dönme de dahil temerrüdün tüm imkanlarından yararlanabilir. Fakat yapı kullanma iznini ihmal ettiği için veya iş sahibinin teslim almaktan kaçınmayacağı bir ayıptan dolayı alınamıyorsa, genel kabul gören¹³³ yan edim borçlarından dolayı özellikle asıl edimle orantısız ise bu yan edim sebebiyle sözleşmeden dönme dürüstlük kuralın aykırılık teşkil eder ilkesinden hareketle, iş sahibinin ifayı reddetmesi ve sözleşmeden dönmesi dürüstlük kuralı gereğince uygun düşmemeli ancak yapı kullanma iznini iş sahibinin kendisinin almasından dolayı yaptığı masraflar ve bunun gecikmesinden dolayı uğranılan zararları müteahhitten talep edilebilmelidir.

¹³² Yarg.15.HD.29.9.1977 T., 1658 E., 1746 K. (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.170).

¹³³ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.170.

bad) Temerrüde engel olan sebeplerden birinin bulunmaması

Müteahhit, bazı durumlarda temerrüde düşmekten kurtulabilir. Temerrüde engel olan iki sebep üzerinde duracağız. Birincisi; müteahhit iş sahibinin ifa talebine karşı bir def'i ileri sürme hakkına sahip ise buna dayanarak ifadan kaçınabilir ve temerrüde düşmez. Örnek olarak; ödemezlik veya zamanaşımı def'i gibi. Ancak Borçlar Kanunu m.81'de yer alan ödemezlik def'inin kullanılmayacağı bir durum mevcuttur; şöyle ki; emredici olmayan Borçlar Kanunu m.364, iş tamamen bitirilip iş sahibine teslim etmeye hazır olmadıkça müteahhit bedelin ödenmesini isteyemez, o yüzden hazırlık faaliyetleri esnasında bedel ödenmediğini ileri sürerek def'i kullanarak faaliyetlerini durduramaz. Ancak bu hükmün emredici olmadığını belirttik, daha önce sözleşmede bunun aksine bir hükümle teslimden önce imal aşamasında bedelin tamamı veya bir kısmının ödenecek dendi ise o zaman def'i hakkı müteahhide tanınır. Bunun yanı sıra inşaatı tamamlayıp teslim hazır etmesine rağmen bedel borcu ödenmezse o halde müteahhit ödemezlik def'i ileri sürülerek teslimden kaçınılabılır.

İkinci durum; müteahhit, borcunu, iş sahibi yüzünden ifa edemiyorsa, bu ifa edememe sonucu müteahhit temerrüde düşmez, hatta iş sahibi alacaklı temerrüdü¹³⁴ ile karşı karşıya kalır. Müteahhit iş sahibine isnad edilebilen bir sebep yüzünden ifada bulunamadığında, bunu ileri sürerek temerrütten kurtulması için bu durumu ispat etmesi gerekir; bu yüzden kendi borcunu zamanında ifa edemez hale gelirse temerrütten kurtulur; oysa iş sahibinin sergilediği davranış ya da yerine getirmediği yükümlülük müteahhide bir etki yapmıyorsa onu aksatmıyorsa bunu koz olarak kullanıp temerrüde düşmeyeceği güveni içersinde hareket etmesi halinde bu düşüncesi gerçekleşmez ve temerrüde düşmekten kurtulamaz. Bu yargıya karşın; sözleşmede veya yasada iş sahibinin bu durumu, davranışı üzerine müteahhide ifadan kaçınma hakkı verilmiş ise o halde müteahhit bu sebeple temerrüde düşmekten kurtulur. Örnek olarak, sözleşme ile peşin ücret verilmesi hususunda anlaşılmış ise müteahhit o bedeli almadan da devam edebilme imkanı varken, çalışmayı bıraksa da temerrüde düşmez.

İş sahibi teslimin gerçekleşmesi için belirli bir davranışta bulunması gerekirken bulunmuyorsa yani tamamlanmış yapıyı teslim almaktan kaçınıyorsa veya müteahhidin işe başlamasını geciktirici inşaatın durmasına veya yavaşlamasına yol açan davranış ve

¹³⁴ İş sahibinin tutumu yüzünden ifa sadece zamanında yapılamaz değil de hiç yapılamayacak duruma gelirse o zaman alacaklı temerrüdü değil, ifa imkansızlığını gündeme getirir.

tutumlar (eser için gerekli malzemeleri sağlayamaması, inşaat sahasına sokmaması vs.), iş sahibinin yerine getirmesi gerekli resmi, hukuki ilişkilerde sorumlu oldukları anlarda eksik işlemlerde bulunması (ruhsat alınması, oturma izni için başvuru veya vekalet verme) müteahhidi ifayı gerçekleştiremediği için temerrüde düşürmez ve hatta gecikme süresi kadar vadenin uzaması mümkündür¹³⁵.

bae)İş sahibinin ihtarda bulunması

Borçlar Kanunu m.101/1 uyarınca temerrüt hali ancak iş sahibinin müteahhide yönelteceği “temerrüt ihtarı” ile olur. Bu ihtar ifanın yerine getirilmesi için alacaklının borçluya karşı yaptığı son çağrıdır¹³⁶. Alacağın muaccel olması ile borçlu kendiliğinden temerrüde düşmez. Yani muaccel bir borç için eğer gerekiyorsa bir şartın daha yerine gelmesi gerekir. Zaten muaccel hale gelmiş borç, bu temerrüt ihtarı yardımı ile borçluya mütemerrit sıfatını yükler. Ayrıca alacaklı, ifayı talep ettiğini ve edimi kabul hazır olduğunu borçluya bildirmesi gerekir. Alacaklının edayı beklediğini gösteren borçluya karşı yaptığı beyan niteliğinde bildiridir. İşte bu bildiri; temerrüt ihtarıdır. Bu ihtar ile borcun yerine getirilmesi amacıyla alacaklının irade açıklaması olup, karşı tarafa yöneltilmesi ile sonuç doğurur¹³⁷.

Temerrüt ihtarının hukuki niteliğine baktığımızda; hukuki işlem benzeri bir beyan olmasının yanında, hiçbir şekle bağlı değildir. Ancak Ticaret Kanunu m.20 uyarınca iki tarafta tacir ise ihtar; noter, iadeli taahhütlü mektup veya telgrafla olması gerekir. Diğer hallerde böyle bir şekil zorunluluğu yok iken özellikle inşaat sözleşmelerinde zorunlu olmamakla birlikte ispat kolaylığı açısından belgelendirmek üzere noterden yapılması uygun olur. Ancak taraflar ihtarın belirli bir şekle bağlanacağını öngören durumu sözleşmelerinde belirtmişler ise o durumda sadece o şekil şartı geçerli veya şekil şartı daha kapsamlı olan kabul görür, diğer hallerde müteahhit temerrüde düşmez.

İhtarın müteahhide veya temsilcisine ulaşması ile aynı anda sonuç doğuracağı kabul edilir. Adres bulunamıyorsa ilan yoluyla yapılan tebligatlarda ilan tarihi itibarıyla hüküm doğrulur. Fakat taşeronu yapılan ihtar asıl müteahhidi temerrüde düşürmez, ayrıca sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise birden çok müteahhit müteselsilen iş

¹³⁵ Tandoğan s.131.

¹³⁶ Dayındarlı s.58.

¹³⁷ Dayındarlı s.60.

sahibine karşı sorumlu olsa dahi birine yapılan ihtarlar diğer bir müteahhidi temerrüde düşürmeye yetmez.

İnşaat sözleşmelerinde uygulama alanı bulan Borçlar Kanunu m.101/2'ye göre iş sahibi tarafından ihtar göndermeye gerek olmaksızın müteahhidin temerrüde düşeceği bazı haller mevcuttur. Bunlara kısaca gözattığımızda; tarafların kendi aralarında anlaşarak sözleşmede belirli bir ifa günü belirlemeleri üzerine bu günde ifanın gerçekleşmemesi üzerine müteahhit derhal temerrüde düşmüş olur. İnşaat tamamlanma zamanının belirli, kesin bir tarihle (15.06.2009) veya kesin hesaplama imkanı verecek şekilde ileri bir tarih oluşturulabilirse temerrüde gerek kalmaz. Bu vadeyi belirleme yetkisi taraflardan birine verilmiş ise ve bu hakkını kullanıp vade belirleyerek karşı tarafa bildirmişse de ihtarsız temerrüt durumu doğar. Ancak ileride ne zaman olacağı belli olmayan bir olaya endekslenen bir vade tarihi belirlemek (inşaat ruhsatının alınmasından bir yıl sonra) ihtar şartını ortadan kaldırmaz.

Bu iki durum dışında dürüstlük kuralı gereğince ihtarda bulunmanın gereksiz, faydasız olacağı aşikar olduğu durumlarda ihtar yapılmış olmadan da müteahhidin temerrüde düşebileceği kabul edilir¹³⁸. Buna örnek olarak; inşaat alanını kesin olarak terk edip gitmiş bulunan müteahhit gösterilebilir. Ancak müteahhidin kesinlikle ifada bulunmayacağını belirtmesi durumu temerrütle mi yoksa 'kusurlu ifa imkansızlığı' ile mi yorumlanacak sorusu akla gelmektedir. Müteahhidin hal ve tavırları işi yapmayacağını gösterirse temerrüde gidilebilirken, açıkça 'iş yapmayacağı' beyanı ise burada ifa borcu yerine Borçlar Kanunu m.96'yı uygulamaya sokarak iş sahibinin olumlu zararını tazmin amacıyla talep hakkı doğar ve temerrüt hükümlerine başvurmaya gerek kalmaz¹³⁹.

Son olarak şart olarak ele almasak da, İsviçre ve Türk hukukunda temerrüde düşmek için borçlunun kusurlu olmasına gerek yoktur. Sadece temerrüdün bazı neticelerinin gerçekleşmesi için müteahhidin kusurlu olması şartı aranır. Örneğin iş sahibinin tazminat hakkı elde etmesi, hasarın müteahhide geçmesi vb.

¹³⁸ Dayındarlı s.64-65.

¹³⁹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.174.

bb) Mütahhidin teslim borcunun ifasında temerrüde düşmesinin sonuçları

bba) Genel olarak

Yukarda saydığımız şartların oluşması ve gerekli işlemleri yapan iş sahibi, müteahhidi temerrüde düşürmeyi başarmıştır. Ancak temerrüdün gerçekleşmesi hemen sonuçlarını doğurması, sözleşmeden dönmesi demek değildir. Sözleşmeden dönme hakkı da dahil diğer haklarını kullanabilmek için, Borçlar Kanunu m.106/1 uyarınca, önce müteahhide aynen ifa için uygun bir süre verir. Bu hukuki işlem benzeri ve şekle tabi olmayan bir beyandır, ayrıca mehil verilmesi ile geciken ifanın belli bir zamana kadar veya belli bir süre içinde gerçekleşmesini talep edilmektedir.

Temerrüde düşmeden mehil verilmez. İş sahibi ihtar ile birlikte mehili de verebilir¹⁴⁰. Bu mehil, müteahhidin, akdin sona ermesi veya ifa yerine tazminat ödenmekten kurtulması için son fırsattır, ancak bu süre içerisinde ifayı gerçekleştirmesi gerekir. İnşaat sözleşmesinde mehil, kalan işlerin bitirilmesi için müteahhidin objektif olarak ihtiyacı olan süredir, tespit ederken inşaatın konumuna bakmakta fayda vardır. Bitmeye yakın ise daha az, yakın değil ise daha çok verilebilirse de işin çok başında olan müteahhide mehil verilmeden de temerrüdün sonuçlarına geçilebileceği unutulmamalıdır.

Mehil süresince temerrüt hali devam eder; borçlu bu süre için gecikme tazminatı ödemek zorundadır ve kazara oluşacak zararlardan da sorumludur(Borçlar Kanunu m.102/1). Burada kaza kavramını “fevkalade hal”, “umulmayan hal” veya “mücbir sebep” olarak yorumlamalıyız. Yani müteahhit temerrüde düşmüş iken müteahhidin kusuru olmaksızın ortaya çıkarak ifayı imkansız kılan sebeplerden bahsedilmektedir. İşte bu gibi rizikolardan mütemerrit müteahhit kusuru olmasa dahi sorumludur¹⁴¹.

Mütemerrit borçlu iki halde demin içeriğini açıkladığımız kazalardan sorumluluktan kurtulabilir.

- Müteahhit kusuru olmadan temerrüde düştüğünü ispat ederse,
- Müteahhit, ifa zamanında yapılmış olsaydı bile yani temerrüde düşülmeseydi dahi kaza(umulmayan hal) yine de iş sahibinin aynı zararının oluşacağını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur (deprem sonucu yıkılan tamamlanmamış yapının, tamamlansa dahi deprem

¹⁴⁰ Oğuzman/Öz s.389, Öz; İş Sahibinin Dönmesi, s.174.

¹⁴¹ HGK 12.10.1994 T. 1994/15-265; 1994/600 sayılı karar (Dayındarlı s.69).

neticesi yıkılacağı veya imar mevzuatının değişmesi sonucu her halükarda yasak geleceği).

İş sahibinin müteahhide vereceği süre, işin tamamlanmasına uygun, normal koşullar ve yapının durumu göz önünde bulundurularak, her iki taraf için dürüstlük kuralı çerçevesinde menfaatler gözetilerek adaletli bir şekilde tayin edilmelidir. İş sahibi de bu süreyi tayin edebileceği gibi, bu işlem, tarafsızlığı perçinlemesi adına hakimden de talep edilebilir. Eğer verilen süre sayılan kıstaslara uygun olmaz, makul süre sınırı ile çelişirse, hukukçuların görüşleri ışığında çözüm aranacaktır. Kimi hukukçulara göre¹⁴²; süre yetersiz olsa dahi sanki uygunmuşcasına süre işlemeye başlayacak ve ifa bu süre sonunda gerçekleşmezse bu duruma göre müteahhit temerrüde düşülmüş addedilecektir. Ancak diğer bazı hukukçulara¹⁴³ göre verilen süre uygun değil ise, yetersiz ise bildirim geçersiz olduğu savunulur ve seçimlik haklarını kullanamaz. Bu durumda iş sahibi tekrar işin niteliğine uygun ek bir süre vermesi gerekecektir, vermediği takdirde mehil vermemiş gibi davranılır. Verilen bu ek süre, müteahhit tarafından yetersiz bulunursa derhal bildirmeli, itiraz etmelidir aksi halde verilen ek süre yetersiz olsa dahi geçerli sayılacak ve seçimlik haklarını kullanıp, sözleşmeden de dönebilecektir.

Borçlar Kanunu m.107 hükümleri, belirli durumlarda mehil vermeye gerek kalmadan da iş sahibinin temerrüdün sonuçlarından yararlanabileceğini öngörmüştür. Bu hallerin neler olduğuna göz atarsak;

- Müteahhidin hal ve durumunun mehil vermeye faydasız olduğu anlaşılması (Borçlar Kanunu m.107/1); müteahhit ciddi bir şekilde teslim borcunu yerine getirmeyeceğini belirtmiş (evvelce Borçlar Kanunu m.96 da düşünülebileceğini belirtmiştik) ise veya sözleşmede kararlaştırılan ifa zamanı gelmesine rağmen, hiçbir faaliyette bulunmaması, çok geri kalması halinde¹⁴⁴,
- Temerrüt sebebiyle artık müteahhidin ifasının iş sahibi için bir anlamının kalmaması (Borçlar Kanunu m.107/2); yapının teslim edilmesi, artık herkes

¹⁴² Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.175.

¹⁴³ Oğuzman/Öz s.390.

¹⁴⁴ Müteahhidin tüm çalışmaları durdurup, inşaattan el çekmesi; Yarg.15.HD 29.5.1979, E.1979/1168, K.1979/1279 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.176).

için değil özellikle iş sahibi kişisel beklenti ve sözleşmeden güdülen amacın yerine gelememesi amacıyla artık faydasız olması,

- Son durum ise, inşaat sözleşmesinde kesin vadeye bağlanmış olmasıdır (Borçlar Kanunu m.107/3). Kesin vadeden kasıt, taraflar, belirlenen vade gününün geçmesi ile ifanın kabul edilmeyeceğini daha sözleşme kurulurken beyan etmeleridir¹⁴⁵ Böyle bir durumda müteahhit vade gününde ifada bulunmaz ise, iş sahibi ihtar ve mehil vermeksizin temerrüdün neticelerine yani seçimlik haklarına geçiş yapacaktır.

Temerrüde düşen müteahhit kendisine verilen mehil sonunda da teslim borcun ifa edemezse, iş sahibi bu durum üzerine temerrüdün sonuçlarını gerçekleştirmek üzere harekete geçecektir. İş sahibinin bu aşamada üç seçimlik yenilik doğuran hakkı mevcuttur;

1. Aynen ifa ve eğer şartı uyuyorsa gecikme tazminatı
2. İfandan vazgeçerek müsbet zararın talebi
3. sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın tazmini

İş sahibi bu haklardan ilkinin yani aynen ifayı seçmek isterse o halde mehil vermesine gerek yoktur. Ancak verilen mehil sonunda da diğer haklar yerine yine bu hakkını kullanabilir. Zaten eğer mehil sona erdikten sonra diğer hakları kullanmakla ilgili bir beyan, bildirimde bulunmamışsa karene olarak yine gecikmiş ifası talep ettiği kabul edilir¹⁴⁶.Eğer yine fikir değiştirirse yeniden mehil vermek suretiyle 2 ve 3 no'lu hakkını gündeme getirebilir. Fakat mehilin sona ermesi veya mehil gerekmeyen durumlarda 2 ve 3 no'lu haklarını kullanmak isteyen iş sahibi bu talebini derhal yani şartların müsait olduğu ilk zamanlarda, somut olaya göre en kısa zamanda, makul zaman dilimi içerisinde müteahhide bildirmelidir. Yargıtay da¹⁴⁷, Borçlar Kanunu m.107'deki süre tayinine gerek olmayan hallerde, iş sahibinin seçimlik haklardan olan ifa yerine tazminat veya sözleşmenin feshi imkanlarından birini kullanabilmek için ilk imkan olan sözleşmenin aynen ifasından vazgeçtiğini derhal müteahhide bildirmesi gerekir demiştir. Eğer makul süre aşılmış ise tekrar mehil verilmesi gündeme gelir. Bu

¹⁴⁵ SELİÇİ, Özer, Kesin Vadeli İşlemler, MHAD İstanbul 1968 C3, s.92 vd.

¹⁴⁶ Erman, Arsa Payı Karşılığı s.65.

¹⁴⁷ Yarg.15.HD 12.5.1983 1307 E., 1255 K. (Kartal, Bilal Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993, s.91).

bildirimde hangi hakkı kullandığını açıkça belirtmeli, sonraya bırakmamalıdır. Bu bildirimden sonra, artık aynen ifayı ve gecikme tazminatı seçeneğine geri dönüş imkansızdır.

Aynen ifayı talep etmek; inşaat sözleşmesi, yapma borcu olduğundan sadece müteahhidi uyarı mahiyetindedir. Aynen ifanın yanında Borçlar Kanunu m.102/1 uyarınca, müteahhit temerrüde düşmesinde kusursuz olduğunu ispat edemediği takdirde, iş sahibinin, müteahhidin aynen ifa ile giderilemeyecek gecikmeden doğan zararını da tazmin etmekle yükümlüdür. Bu gecikme tazminatıdır. Bu tazminat borcu faiz gibi fer'i bir borç değil, aynen ifa yükümünün yanında ayrı bir borçtur. Geciken aynen ifa ile gecikme tazminatını 10 yıllık zamanaşımı süresi doluncaya kadar istenebilir¹⁴⁸. İnşaatın henüz aynen ifası gerçekleşmeden ya da aynen ifası gerçekleştikten yani her iki halde de iş sahibi gecikme tazminatını talep ve dava edebilir. İnşaat teslim alırken iş sahibinin, gecikme tazminatını saklı tutmasına gerek yoktur. Gecikme zararının içeriğine geciken teslim ile uygun illiyet bağlantısı çerçevesinde bulunan tüm zararlar dahil edilebilir. Uygulamada genellikle yapılacak inşaat vadesinde bitip teslim edilseydi, niteliğine ve rayiç bedeline göre tahmin edilen bedellere göre tahmin edilen kira getirisi esas alınarak gecikme zararı hesaplanmaktadır. Yine eksik, kusurlu ve geç teslim aldığı daireyi bu durumu ile başkasına devreden iş sahibinin eksik ve kusurlu işlerin bedelini ve geç teslimden dolayı gecikme cezası ödenmesini müteahhitten isteyebilecektir¹⁴⁹.

Taraflar arasında akdedilen inşaat sözleşmesinde açıkça müteahhidin temerrüde düşmesi halinde (vadesinde ve yerinde yapılmayan ifada) Borçlar Kanunu m.158 uyarınca aynen ifaya eklenen bir sözleşme cezası (cezai şart) kararlaştırılabilir. Yani ifadan vazgeçmesi¹⁵⁰ veya sözleşmeden dönmesi hallerinde¹⁵¹ cezai şart düşünülemez. Ancak eğer sözleşmeden dönme, geriye doğru değil de ileriye etkili fesih şeklinde yapılmış ise Yarg.İçt.Bir.Genel Kurulu'nun bir kararı gereği cezai şarta hükmedilebilir¹⁵². Kural olarak gecikme cezası da tıpkı tazminat gibi, müteahhit gecikmede kusurlu ise istenebilir. Kusursuzluğu ispat etmesi halinde cezai şart ifa

¹⁴⁸ Tandoğan s.134.

¹⁴⁹ Yarg.15.HD 24.12.1988 T. ve 1987/2511 E., 1988/728 K. (Dayındarlı s.115).

¹⁵⁰ Yarg. 15. HD., 14.3.1980 T., 1980/944 E., 1980/972 K. (Gökhan Dirican, Eser sözleşmelerinde temerrüde dayalı cezai şart ve Yarg. Uygulamaları Vedat yayıncılık 2007, s.83).

¹⁵¹ Yarg. 15. HD., 13.09.1995 T., 1995/2482 E., 1995/4550 K. (Dirican s.79).

¹⁵² Yarg. 15. HD. 4.6.1998 T.,1998/2081E., 1998/2403 K. (Dayındarlı s.121).

etmekten kaçınılabılır¹⁵³ Ancak sözleşme ile kusursuz olsa bile cezai şart ödeneceği kararlaştırılabilir.

Borçlu müteahhit iş sahibinin gecikmeden dolayı zararının az olduğunu veya hiç zarara uğramadığını belirterek cezai şart ödemekten kaçınamaz¹⁵⁴. Yani biraz önce kusursuzluk ispatı halinde ödemeyeceğini belirtmiştik, ancak zarar şartı için aynı kıstas geçerli olmayacak yani zarar şartı cezai şart için bir ölçüt olmayacaktır.

Sözleşmede cezai şart olarak her ne kadar dilediğince yüksek kararlaştırılabilirse de, Yargıtay, ceza tutarının müteahhidi ekonomik olarak mahvolmasına sebep oluyorsa, borçlu tacir bile olsa Borçlar Kanunu m.20 uyarınca ahlaka aykırılık sebebiyle bu yüksek tazminat miktarlarını geçersiz sayacaktır¹⁵⁵. Bunun yanında her ne kadar Borçlar Kanunu m.161/3 hakime aşırı yüksek meblağları indirme yetkisi verse de müteahhit Ticaret Kanunu uyarınca tacir sayılacağından bu imkandan yararlanamayacaktır.

Bundan ayrı taraflar aralarında cezai şartı, belirli miktar para veya gecikmenin devamına göre azami miktara bağlayabilirler, ancak bu husus atlanılırsa, iş sahibi uzun süre seçimlik hakkını kullanmadığı takdirde cezai şart tutarı çok yüksek tutarlara erişeceğinden bu tutum Borçlar Kanunu m.44 ve Medeni Kanun .m.2 uyarınca tutarın hepsinin karşılanmasının mümkün olmaması ve ancak işin tamamlanması için gerekli zaman dilimi kadar cezai şart ödenmesi gerektiği hakkında kararlar vardır¹⁵⁶. Oysa Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.10.1991 T. 91/15 E., 91/340 K. Sayılı¹⁵⁷ kararında bunun aksine bir görüşle; özen borcuna aykırı davranan ve kusurlu olan müteahhidin teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı ödemek zorundadır. Zaten iş sahibi geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı da bir gerçektir. Bu sebeple iş sahibi hiçbir indirim olmaksızın gerçek zararı isteyebilecek ve kararın gerekçesinde de Borçlar Kanunu m.44 ve Medeni Kanun m.2'nin olaya uygulanmayacağı kararına varmışlardır. Bu karar ve tarihten sonra 15. HD, bu konuya yönelik içtihatlarında bu yöne kaymıştır.

¹⁵³ Yarg. 15. HD 21.04.2004 T., 2003/5058 E., 2004/2275 K.. (Dirican s.70) ; Tandoğan s.135.

¹⁵⁴ Yarg. 11. HD 28.02.1989 T. 1988/4080 E., 1989/1210K. (Dirican s.71).

¹⁵⁵ Uygur, s.4352.

¹⁵⁶ 1991 yılındaki HGK kararından önceki tüm kararların genel sonucu, örneğin Yarg. 15. HD 29.6.1988 Tarihli bir kararı (Aral s.350).

¹⁵⁷ Aral 351; Tandoğan 135; Dirican s.91.

İş sahibinin ikinci seçimlik hakkı olan ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini isteme hakkı; eğer iş sahibi artık inşaatı bu müteahhide yaptırmak istemiyorsa ve kalan işi yaptırma masrafları ile tüm gecikme masraflarının dahil olduğu yüklü bir tazminat elde edip sonrada işi bir başkasına yaptırma gibi düşüncesi var ise seçilmeye layıktır. Bu hakkı kullanan iş sahibinin bildirim makul sürede yapması gerektiğini zaten belirtmiştik. Müteahhit, kusurlu olarak temerrüde düşmüş ise bu hak kullanılabilir.

Bu hakkın kullanımı ile müteahhidin edim borcu ortadan kalkarak onun yerine bu edimin ifa edilmemesi yüzünden iş sahibinin uğradığı tüm zararı tazmin etmek amaçlanmıştır. Bu zararın tespitinde usulüne uygun zamanında ifa olsaydı iş sahibinin malvarlığındaki farazi durum ile şu andaki malvarlığında durum arasındaki fark esas alınacaktır. İfanın gerçekleşmemesinden kaynaklanan bu zarar olumlu zarardır. Bu hakkını kullanan iş sahibi öncelikle, inşaatın tamamen bitirilmesi için gerekli masraflar toplamına hak kazanacaktır (Borçlar Kanunu m.97/1). Bu husus, hakim kanalıyla, inşaatın başka bir müteahhidin piyasa şartlarına göre yapmasının hesaplatılması ile gündeme gelir. İnşaat sözleşmesindeki borç, yapma borcu olduğundan, yapma borcuna konu edim, müteahhit tarafından gerçekleştirilmediği takdirde, iş sahibi, biraz önce belirttiğimiz gibi hakimden izin alarak tazminat bedelini tespit ettirerek talep edebilir¹⁵⁸. Yargıtay ve kimi hukukçular¹⁵⁹, bu durumu aynen ifa olarak saymakta, kimi hukukçular ise ifa değil ifa yerine alınan olumlu tazminat olarak kabul etmektedir.

Tespit edilen ve tazminat olarak müteahhitten alınarak iş sahibine verilen bedelden daha düşük fiyata inşaatı yaptıran iş sahibinden herhangi bir sebeple geri alınamaz, hatta inşaatı yaptırmayıp bedeli başka yerde kullanması dahi mümkündür. Ayrıca bu zararın dışında temerrüt sebebiyle geç tamamlamadan kaynaklanan olumlu tazminata eklenebilecek; yapıyı geç kiralamak, taşınma yerine başka yere kira vermek, üçüncü kişiyi kaçırmak gibi zararları da sayabiliriz.

İş sahibi sözleşmede ödemeyi taahhüt ettiği bedeli yine müteahhide tam olarak ödemekle yükümlüdür. Fakat müteahhidin tazminat borcu, önceki inşaat ediminin yerine geçtiğinden, bu tazminat ödenmeden iş sahibi de Borçlar Kanunu m.81 uyarınca ödemeden kaçınabilir. Hatta takas gündeme gelir, ancak fark teorisi uyarınca müteahhidin ödeyeceği tazminat ve masraflar iş sahibinin ödeyeceği bedeli çoğunlukla

¹⁵⁸ Yarg. 15. HD 9.12.2004 T. 2004/922 E, 2004/6861 K. (Dirican s.50).

¹⁵⁹ Yarg. 15. HD 10.11.2004 T. 2004/959 E, 2004/5769 K., Yarg. 15. HD 01.10.1975 T., 1975/2837 E., 1975/3917 K. (Dirican s.51).

aşacağından takas beyanı üzerine iş sahibinin bedel ödeme borcu ortadan kalkarken müteahhidin tazminat borcunun fazlalık kısmı baki kalır.

Arsa payı karşılığı sözleşmelerde bedel yerine arsa payı verileceğinden, temerrüde düşen müteahhide karşı ifadan vazgeçerek tazminat talep eden iş sahibi, tazminatını tam olarak elde edince, sözleşmedeki arsa payını tam olarak müteahhide devreder. Genel olarak bu seçimlik hakkını kullanıp olumlu zararı talep eden iş sahibi artık tekrar olumsuz zarar talep edemez. Hem olumlu hem olumsuz zarar talep edilemez.

bbb)Sözleşmeden Dönme

İş sahibinin Borçlar Kanunu m.106 uyarınca seçimlik son hakkı sözleşmeyi sona erdirmesidir yani sözleşmeden dönmesidir. Yukarıda şartlarını saydığımız gibi teslim borcunu yerine getirmeyen müteahhidin bu davranışı üzerine, iş sahibi, verdiği mehil sonucu ya da mehilin yararsız kalması sonucu bu hakkı kullanacağını derhal bildirmek koşuluyla özgürce seçebilir. Dönme beyanı üzerine sözleşmenin ortadan kalkması geçmişe etkili olarak (ex tunc) düzenlenmiştir. Yani sözleşmeden dönülünce her iki tarafında borçları ve hakları sözleşmenin kurulduğu andan itibaren ortadan kalkacaktır. Bu yargıya Borçlar Kanunu m.108'den ulaşılmaktadır zira dönem üzerine sözleşmenin "hükümsüzleşmesinden" bahsetmektedir. Böylece sözleşme öncesi duruma dönülmek amaçlandığından, sözleşmeden dönen iş sahibi bedel ödeme borcundan, müteahhit de inşaatı yapma borcundan kurtulacaktır. Sözleşmeden dönme anına kadar taraflar karşılıklı olarak henüz hiçbir ifade bulunmamışlarsa ortaya karışıklık çıkmaz. Ancak dönmeden önce iş sahibi bedeli müteahhide ödemiş ise bunu geri isteyebilecek, müteahhit de kendi malzemesi ile dönmeye kadar yaptığı ve iş sahibi açısından faydalı işlerin değerinin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerince talep edebilecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de devredilen arsa payını iş sahibi tekrar kendi adına tescilini talep eder.

İade yükümlülüğü mümkün olduğu sürece aynen yapılır. Ancak bunun mümkün olmadığı durumlarda onun yerine değerini iade de olabilir. Yani müteahhit malzemelerini bir zarar olmadan söküp alabiliyorsa alabilir, isteyebilir ancak eğer aralarında aksine bir anlaşma yoksa dönme sonrası aynen geri alması mümkün olan şeyleri almayıp değerini talep edemez, iş sahibi de değerini verip alıkoyamaz, yalnızca

aynen iadesi mümkün olmayan, iadesi hasar meydana getirecek durumlarda değerinin verilmesi söz konusu olur. Müteahhit burada sadece yaptığı kısım ile orantılı işçilik ve malzeme değerini talep edebilecektir. Arsa payı karşılığı inşaatlarda ise iş sahibi eğer müteahhide önceden arsa paylarını devretmişse dönme üzerine sözleşme geçmişe etkili ortadan kalkacağından iş sahibinin müteahhit adına yaptığı tescil de yapıldığı andan itibaren hiç yapılmamış gibi yolsuz tescil olacak ve iş sahibi tescil talebini zamanaşımına bağlı olmaksızın ileri sürebilir. Müteahhit arada 3. kişilere bu payı devretmiş ve tapu sicilinde adlarına tescil ettirilmiş (noterden satış vaadi ile yapılmışsa 3. kişiler hak iddia edemez) ise iş sahibi bu 3. kişilerin iyiniyetli olmadığını ispat ederek (ancak müteahhidin borçlu temerrüdüne düşeceğinin anlaşılması üzerine ve iş sahibinin dönme ihtimali ya da bunu bilmeleri üzerine dönmeyi faydasız kılmak için payı devraltıklarını) yolsuz tescilin düzeltilmesini isteyebilir (Medeni Kanun m.1024/1).

Arsa payı karşılığı inşaatlar, iş sahibinin arsasında yapıldığından buradaki müteahhide ilişkin iade talepleri sebepsiz zenginleşme yerine “haksız inşaat” hükümleri (Medeni Kanun m.722-724) gündeme gelecektir. Bu hükümler malzeme malikini yani müteahhidi iyiniyetli sayılıp sayılmamasına göre ayırım yapılacaktır. İyiniyetli müteahhit, iş sahibinden uygun bir tazminat isteyebilecektir (Medeni Kanun m.723/1). Bu durumun sebepsiz zenginleşme ile talepten ayrılan yönü hakim eğer hakkaniyet gerektiriyorsa yapılan inşaat kısmı kadar malzeme ve işçilik maliyetinden daha fazla tazminat miktarına hükmedebilmesidir. Yine yapılan kısmın değeri arsa değerini aşıyorsa ki bitmemiş inşaat için tespiti zordur, müteahhit bedeli ödeyerek arazinin tamamı ya da belirli bir kısmının mülkiyetine geçirilmesini talep edebilir. Müteahhidin iyiniyetli sayılmadığı durumlarda ise hakim inşaatın iadesine hükmedeceği miktar ‘malzemenin iş sahibi için taşıdığı en az değeri’ geçmeyebilir. Görüldüğü gibi sebepsiz zenginleşme ile iade olsaydı; malzeme ve işçilik maliyetlerini isteyebilecekken, burada malzeme maliyetlerini alabilirken, işçilik giderlerini isteyemeyecektir. Haksız inşaatın oluştuğu talepleri de sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tabi olduğu kabul edilmektedir.

Daha önce konuya girerken dönme ile ilgili detaylı bilgiyi zaten vermiştik. Bu aşamada farklı durumlardan bahsederek, olumlu zarar ile ileriye etkili feshin hangi noktalarda gündeme geleceğini inceleyeceğiz.

Bu seçimlik hakkı kullanacak olan iş sahibinin bu seçimde menfaati olmalıdır. Bu menfaat daha doğrusu seçim için tercih sebeplerinden biri; iş sahibinin olumsuz

zararının olumlu zararından daha fazla olması ya da olumsuz zarara, olumlu zarardan daha önem vermesi, onu tazmin etmesinin daha lehine olmasıdır. Bir diğer sebep de temerrüde düşen müteahhide karşı somut olayda iş sahibinin herhangi tazminat istemek yerine kendi edimi olan ifa borcundan kurtulmak istemesidir¹⁶⁰.

Sözleşmeden dönme seçimlik hakkı kullanıldığı takdirde ortaya bir de “ olumsuz zarar” tazmini çıkacaktır. Müteahhit temerrüde düşmede kusursuzluğunu ispat edemezse sözleşmeden dönme halinde iade yükümlülükleri dışında onlara ek olarak Borçlar Kanunu m.108/2 hükmünde de belirtildiği gibi “sözleşmenin hükümsüzleşmesinden doğan zarar”ı da tazmin etmekle yükümlüdür. Bu zarar olumsuz zarardır; dönülen sözleşmeye güvendiği için uğradığı, bu sözleşme hiç yapılmasa idi uğramayacağı zarardır¹⁶¹.Olumsuz zarar; sözleşme hiç yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarar kalemleri kapsar. Geçersiz, iptal edilmiş ya da dönülmüş sözleşmelere güvenen tarafın tazminat talebi bu tür zararları kapsar.

Öncelikle iş sahibi, sözleşmeden dönerek olumsuz zarar talebini yaparken “sözleşme yapma, sözleşmeye hazırlanma masrafları”nı düşünür. Bunlara sözleşme görüşmesi için yaptığı seyahat, konaklama, noter masrafları, arsa, proje hazırlama, boşaltma vs. dahil olur. Bunlara ek olarak sözleşme uğruna feda edilen, vazgeçilen değerler de olumsuz zarar kapsamına dahil olur. Örneğin arsaya başka bir inşaat yapmak için halihazırda kullanılan binasının yıkılması gibi. Yine iş sahibi tarafından sözleşme süresi içinde müteahhide verilen bazı şeylerin yok edilmesi, elden çıkartılmışsa bunları değeri dönme ile olumsuz zarar hanesine yazılır, örnek vermek gerekirse arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhide devredilen arsa payının, müteahhit tarafından üçüncü kişiye devredilmesi ile sözleşmeden dönme sonucu bu pay değeri olumsuz zarar olarak nitelendirilir.

Bazı durumlarda iş sahibi bu sözleşmeye güvenerek üçüncü kişilere karşı borç ve taahhüt altına girmeleri halinde olumsuz zarardan bahsedilebilir¹⁶², örneğin yapılacak inşaatı düşünerek kaynak bulmak amacıyla yüksek faizli kredi alması ve bunun faizleri ile katlanılan masraflar akla gelebilir.

Başkaca eklenebilmesi mümkün olan zarar kalemi olarak da iş sahibinin, oluşturulmaya çalışılan inşaatın problemleri ile devamlı haşır neşir olması sebebiyle,

¹⁶⁰ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.182.

¹⁶¹ Oğuzman/Öz s. 403.

¹⁶² Yarg. 15.HD 14.10.2002 T.,2002/3327 E.,2002/4594 K. (Dayındarlı s.131).

kendi asıl mesleğini ihmal etmesi ve bu süre zarfında birincil mesleki faaliyetlerindeki bu duruma bağlı performans düşüklükleri, gelir azalmaları gösterilebilir. Tarlasını inşaat için sunmuş iş sahibinin o tarladan ürün alamaması, eğer devam edilseydi elde edilecekken kaybedilen ürün ve dolayısıyla kazancı olumsuz zarara eklemek yanlış olmaz.

Olumsuz zarar kapsamına, bu sözleşmeye beslediği güven sebebiyle kaçırdığı ve tekrar geri dönmesi imkansız fırsatları (aynı sözleşmeyi daha iyi fırsatlarla yapma imkanı) da ekleyebiliriz. Örneğin arsa payı karşılığı yapılan bir inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, %60 arsa payı isteyen müteahhidin teklifini reddedip, % 50 pay oranıyla yapılacak olan başka yeni bir inşaat sözleşmesini kabul ettikten sonra, dönmesi halinde, %60 pay oranındaki teklifinin şartlardaki değişiklik nedeniyle %70' den aşağıya yeni iş olanağı bulamamasından dolayı %10 oranında bir olumsuz zarara uğramış sayılacaktır. Yine aynı mantıkla iş sahibi kendisine yapılan daha avantajlı teklifi mevcut bağlılığını düşünerek, ifa ümidiyle¹⁶³ reddederse de olumsuz zarar düşünülür. Aynı şartlarda olsa dahi başka bir müteahhidi reddedip, fakat mevcut bu sözleşmeden dönülünce, işi diğer müteahhide verse idi muhtemel bitiş tarihinden, işin başkası tarafından yapılacağı tarihe kadarki süre arasındaki gecikme zararını da olumsuz zarara ilave etmek doğru olur.

Bahsettiğimiz tüm bu olumsuz zarar kalemlerinin talep edilebilmesinin genel ve bir nev'i ön şartı; dönülen sözleşme ilişkisi hiç gündeme gelmemiş olsaydı iş sahibinin farazi malvarlığının sözleşmeden dönme anındaki mevcut malvarlığına göre fazla olacağını ispat edilmesidir. Yani bu masraf ve kayıplar ile iş sahibinin güvendiği sözleşmeden dönmesinin arasında uygun bir illiyet bağı bulunmasıdır.

Türk hukukunda tartışılan en büyük sorunlardan biri de; istisna sözleşmesinden özellikle inşaat sözleşmesinden müteahhidin temerrüdü sebebiyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde genel kural olan Borçlar Kanunu m.106-108 hükümlerinin açıkça belirttiği gibi geçmişe etkili bir dönme mi yoksa bazı durumlarda ileriye etkili olarak fesih mi olacağıdır. Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin yapmayı taahhüt ettiği inşaat, inşaatın teslim edileceği vade gününde tamamen bitirilememiş ancak belirli bir oranda yapı ortaya çıkarılmış ise gündeme bu tartışma gelir. Bu özellikteki bir durumda, iş sahibi sözleşmeden döndüğü takdirde sonucun ne olacağı hususunda öğretide ve Yargıtay kararlarında ortaya atılan

¹⁶³ Yarg. 15.HD 25.05.1987 T.,1986/2760 E., 87/2348 K. (Dayındarlı s.131).

fikirler vardır. Burada gerçek (geriye etkili) dönmeden bahsederek inşaat sözleşmeleri yalın ani edimli sözleşmeler olmadığından ayrıca sürekli ifa özelliği taşıdığı için adalete aykırı bir durum çıkabilecektir, çünkü Borçlar Kanunu m.106-108 hükümleri ani edimli sözleşmeler ele alınarak düzenlenmiş, sözleşme baştan itibaren ortadan kalkacak ve müteahhit sadece yapılan şeyin iş sahibinin malvarlığında oluşan artış kadarını sebepsiz zenginleşme ile talep edebilecek, buna karşın sözleşmede kararlaştırılan bedele ilişkin isteği olamayacakken eğer ileri etkili bir fesih olduğunu düşünürsek; yapılan orandaki kısım yerine getirilmiş edim değeri göreğinden bunlara dokunulmayacak ve müteahhit ilk durumun aksine sözleşmedeki bedelin yaptığı kısım oranında ödenmesini isteyebilecektir. Bu durum müteahhidi koruyan bir unsur içerir, oysa ilk durum iş sahibinin menfaatine yöneliktir. Bu iki görüşü de destekleyen yazarlar vardır. Uygulamada ise bu konudaki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı bu tür sözleşmelerdeki izlenecek yolda büyük rol oynamıştır.

Bu konu ile ilgili birbirine zıt görüşler vardır. Biz de çalışmamızda inşaatın önemli oranda ifasının görüşlere ile Yargıtay'ın yorumuna kısaca yer vererek konunun çözümündeki nihai durumu anlamaya çalışacağız. Doktrindeki yazarlar ikiye ayrılarak, birkaçı tam anlamıyla bir dönme yani geçmişe etkili olarak dönülmesini savunur bir kısmı ise ileriye etkili feshin söz konusu olduğunu düşünürler.

Bbba)Geçmişe etkili dönme görüşü

TANDOĞAN;¹⁶⁴ İstisna sözleşmenin ani edimli sözleşmelerden olduğu savunduğundan, istisna sözleşmesinde müteahhidin temerrüdü sonucu iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin sözleşmeye daima geçmişe etkili olarak tesir edeceğini ve dönme sonrası karşılıklı tasfiye ilişkisinin sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde yapılmasını savunur. Buna göre iş sahibinin arsasında yapılan inşaattaki faaliyetler ne ölçüde ilerlemiş olursa olsun büyük kısmı ortaya çıkmış ancak tamamlanmamış ise sözleşmeden dönüldüğü taktirde karşılıklı borçlar doğdukları andan itibaren ortadan kalkacaktır. Mülkiyetin mütemmim cüz kuralı gereği iş sahibine geçmiş ve bunun yıkılmasının müteahhit için fazla zarara sebep olması nedeniyle kısmen yapılmış olan inşaatın yıkılmaması için geçerli bir neden olsa da temerrüde düşmüş özellikle de kusuru sebebiyle mütemerrit olan müteahhidin orantılı ücret ve dolayısıyla kar payı

¹⁶⁴ Tandoğan s.148-153.

alması hakkaniyete ve istisna sözleşmesini düzenleyen diğer kurallara uygun olmaz ancak iş sahibinin malvarlığında oluşturdukları değer artışı oranında müteahhit sebepsiz zenginleşme hükümlerince bu değerın parasal karşılığının verilmesini talep edecektir

Tandoğan, daha çok kusurlu müteahhidin temerrüdü hakkında yorumlarda bulunmuştur oysa temerrüde kusuru olmadan düşmesi halinde ne olacağı konusunda açık bir yorum yapmamıştır. Ancak eserlerinin sonuç kısmında herhangi bir ayırım yapmaksızın sözleşmenin geriye etkili olacağını belirttiğinden, temerrüde düşmekte kusursuz olan müteahhit için de aynı sonucu öngördüğünü düşünülebilir. İşini kusurlu olarak tamamlamayan müteahhidin orantılı ücret almasına yani ileriye etkili feshe karşı çıkan¹⁶⁵ yazar, eğer böyle bir durum söz konusu olursa o halde Borçlar Kanununun 371.maddedeki “müteahhidin ölümü ve kusuru olmaksızın işi bırakmaktan aciz kalması halinde mirasçılarının veya kendisinin orantılı ücret isteyebilmesi” anlamsız kalır demektedir.

Tandoğan, inşaat sözleşmelerinin istisna sözleşmesi niteliğinden dolayı sonuca yaklaşmanın değil, sonuca ulaşabilmenin asıl hedef olması nedeniyle tam ücrete ve ona ait kar payına sadece sonucu elde etmeyle hak kazanılması gerektiğinden bu görüşü destekler haldedir¹⁶⁶. Bu sebeple geriye etkili dönme ile sözleşme sona erdiğinden artık müteahhidin pay almaması, sözleşmenin amacına ve sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil etmez. Zira özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde çoğu zaman müteahhidin temerrüde düştüğü anki aşamaya uygun müteahhide verilebilecek miktarla orantılı bağımsız bölüm bulmak güç olacaktır. Yine aynı düşünce ile inşaatın bitim halinin düşünülerek değerlendirmeye tabi tutulup denge içinde müteahhit ve arsa sahibi arasında paylaşılacakken, inşaatın belli kısmının tamamlanmış olup sözleşmenin sona erdiği durumlarda, müteahhidin alacağı bağımsız bölümleri tespit etmek çok zor ve imkansızdır. Uyuşmazlık halinde de hakimin sözleşmeye müdahale ederek menfaatler dengesini kurmaya çalışması hiç de uygun olmaz¹⁶⁷.

Tandoğan, ileriye doğru fesih yapıldığı takdirde özellikle arsa payı karşılığı kat inşaat sözleşmelerinde, sözleşmeden dönüldükten sonra bile müteahhidin arsada ve inşaatda paydaş olmasının çeşitli sakıncaları olduğunu düşünmektedir. Öncelikle, müteahhide inşaatın yapılan kısmıyla orantılı olarak verilen paya denk gelecek bir

¹⁶⁵ Tandoğan, Batıder Haziran 1981, s.41.

¹⁶⁶ Tandoğan s. 150.

¹⁶⁷ Tandoğan s.151.

bağımsız bölüm bulmak zor hatta bazen imkansız olacaktır. Müteahhide bir bağımsız bölüm bulunabilse bile, müteahhit işi yarıda bıraktığı için aralarında husumet olan arsa sahibi ve müteahhidin, aynı taşınmazda paydaş, kat maliki hatta bazen komşu olmaları, tapuya giderek birlikte işlem yapmak ve ortak kararlar almak zorunda bir çok sıkıntıyı da beraberinde getirecektir. Bu nedenlerle, müteahhidin bir miktar para ile taşınmazdan ilişiğinin kesilmesi daha uygun olacaktır¹⁶⁸. Ancak her nasılsa müteahhit kendi payına düşen bağımsız bölümleri satacak denilirse de satana kadar geçecek süre zarfında kat mülkiyeti ve müşterek mülkiyetin doğuracağı sakıncalar olacağından en başında belli bir miktar bedel karşılığında ayrılması daha işlerlik kazanan bir yol olacaktır. Ancak tabi ki bu bedel, kar payı olarak düşünülemez, mümkün değildir¹⁶⁹.

Zaten Yargıtay HGK'nun 6.10.1982 gün ve 82/15 E., 82/356 sayılı kararında¹⁷⁰ “iş kusuru ile yarıda terk eden ya da sürüncemede bırakan müteahhide, yaptığı kısımla orantılı bir pay verilmesi halinde müteahhit taşınmazın paydaşı olacaktır ki bu durumda yarım kalan işlerin nasıl ve kim tarafından yapılacağı probleminin ortaya çıkacağı belirtir.

Kat Mülkiyeti Kanunu gereği; ana taşınmaz tamamlanmadığı için kat mülkiyetine geçilemeyecek ve yapı kullanma izni alınamayacağından dolayı sorunlar baş gösterecektir. İş sahibi sadece kendine düşen yerleri yaptırsa bile istenilen neticeye varılamayacak, buna karşın tüm masrafı karşılarsa daha sonra müteahhide tazmin ettirip, gecikme tazminatı ödettirmesi hiç adil olmaz zira müteahhit bu yaşanan sıkıntının ana kaynağıdır¹⁷¹.

Nitekim artık inşaat işleri yapan müteahhitler, büyük sermaye sahibi, son teknolojik donanım ve makinelerle donanımlı bir biçimde örgütlenmiş gerçek veya tüzel kişiler olarak karşımıza çıkar. Bu durumda zaten müteahhit inşaatı verdiği katkının karşılığını sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanarak alacaktır. Ancak işi yarıda bırakmış ve temerrüde düşmüş müteahhidin inşaatın yapılmasındaki emeğin değeri dışında, işin bitiminde elde edeceği kardan orantılı pay alması haksız olacaktır. Ayrıca orta gelirli halkın arsa payı karşılığı yaptırdığı inşaatlarda; keyfi davranış sergileyen,

¹⁶⁸ Tandoğan, s. 150-152, Haluk Tandoğan, Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu, YHD., Nisan, 1982., s. 493-499.

¹⁶⁹ Tandoğan s.152.

¹⁷⁰ Tandoğan s.150.

¹⁷¹ Tandoğan s.153.

çıkarlarına aykırı durumlarla karşılaşınca işi bırakıp, kendilerine yetecek miktarda orantılı bağımsız bölümleri alıp da işten el çeken ve zaten ekonomik olarak zayıf olan halka haksızlık yapan müteahhitlere savunduğu görüş ile yeteri imkan fazlasıyla sağlanmış olduğunu söyler¹⁷².

Son olarak klasik teoriyi savunan Tandoğan'a göre, sözleşmeden dönüldüğünde, sözleşme baştan itibaren hükümsüz hale geleceğinden, edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılır. Arsa sahibi, arsasının bütünleyici parçası olarak kendi mülkiyetine geçen inşaatın malvarlığında meydana getirdiği değer artışını müteahhide iade ile yükümlüdür.

SELİÇİ de; Tandoğan gibi istisna sözleşmelerini ani edimli olarak kabul ederek feshe yer olmadığını beyan eder¹⁷³ fakat devamında sözüne şöyle devam etmiş; taraflar arasında daha sıkı bir güven ilişkisinin kurulmuş olması, alacaklının istediği sonuca ulaşabilmesinin, borçlunun hazırlanma hareketlerindeki dikkati ve özeni ile davranışlarıyla sıkı sıkıya bağlı olduğundan kanun koyucu istisna sözleşmelerinde borçlunun edim fiilini düzenlerken sürekli borç ilişkilerine özgü kurallardan faydalanmıştır diyerek tamamlamıştır¹⁷⁴.

Seliçi, istisna sözleşmesi ile ilgili bazı hükümlerin (358/1, 366/2, 369, 370, 371, 375/2) sürekli borç ilişkisi düşünülerek düzenlendiğini belirtmenin yanında temerrüdün hüküm ve sonuçları bakımından bunu kabul etmeyerek ani edimli sözleşmelerdeki gibi eski hale iadeye yönelik yani geçmişe etkili tam bir dönmenin cereyan edeceğini belirtir¹⁷⁵.

Seliçi (Yeni Dönme Kuramı), Tandoğan'dan (Klasik Dönme Kuramı) farklı yaklaşım izleyerek farklı sonuca ulaşmaya çalışmıştır. Seliçi'nin savunduğu kurama göre; sözleşmeden dönüldüğü takdirde borç ilişkisi ne geriye ne de ileriye etkili olarak sona ermemekte fakat sözleşmeden doğan borçlar ters dönerek eski hali yaratmaya yönelik iade borçları haline gelmektedir. Buna bağlı olarak inşaatın yapılan kısmı, müteahhide iade borcu yine aynı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan bir borç olarak nazara alınmalıdır. Buna karşılık iş sahibinin bedele ilişkin olarak daha önce ödediği bir tutar varsa; bu da sözleşmeden doğan bir taleple geri istenebilir. Yani inşaat sahibi

¹⁷² Tandoğan s.151.

¹⁷³ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.26, Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.76,77,78.

¹⁷⁴ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.26.

¹⁷⁵ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.76.

önceden fazla ücret ödemişse bunun fazla olan kısmının geri ödenmesini isteyebilir. İş sahibi bedel olarak ne vermiş ise, sözleşmeden dönme ile tamamı geri istenebilir. Zaten yazarın savunduğu Yeni Dönme Teorisi uyarınca tasfiye; geçmişte verilen şeylerin iadesi ile ilgilidir¹⁷⁶.

Aslında burada yazarın şunu anlatmak istediğini düşünmekte yarar vardır; müteahhit, dönme anına kadar yaptığı yapı kısmına yönelik bölüm aynen iade edilemeyeceğine göre onun değeri itibariyle parasal olarak hakkını isteyecektir. İş sahibi bedelin tamamını veya bir kısmını ödemiş ise, o zaman, karşılıklı parasal iadeye yönelik talepler uygulamada birbirinden mahsup edilmeli, bu mahsubiyet neticesinde çıkan fark diğer tarafa ödenerek tasfiye işlemi gerçekleşmiş olacağını belirtmek istemiş olabilir. Zira Seliçi, sebepsiz zenginleşme değerinin hesaplanmasının güç ve problemlili olduğunu fakat yeni dönme kuramı ilkelerince objektif yapım değerinin hesaplanması sebebiyle iadenin daha rahat ve kolay meydana geleceğini de belirtir.

Yazar, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de dönme üzerine sözleşmenin niteliğine uygun davranılması gerektiğini savunur. Böylece bu durumda en adil çözüm; iş sahibinin kat karşılığı olarak temlik ettikleri mülkiyet payını tekrar kendileri üzerine tescil ettirilmesi buna karşılık inşaatın yapılan kısmının yapım değeri hesap edilerek müteahhide verilmesidir¹⁷⁷.

Seliçi de Tandoğan gibi dönmenin eski hale iadeye yönelik kabul ederken, müteahhidin kusurlu ya da kusursuz olması ayırımına girmemesi her iki halde de geriye etkili feshi savunduğunun göstergesidir. Ancak müteahhit kusurlu olarak temerrüde düşmüş ise iş sahibinin olumsuz zarar tazmininin talebinden bahseder¹⁷⁸, oysa Seliçi'nin dahil olduğu Yeni Dönem Teorisi sözleşmeden dönem ile beraber borç ilişkisini ortadan kaldırmayacak sadece içerik değiştirdiğinden olumsuz zarar tazmininin talebi çelişki uyandıracaktır.

Bbbb)İleriye etkili fesih görüşü

Şimdi belirteceğimiz üzere, müteahhidin temerrüdünde ileriye etkili feshin söz konusu olabileceğini ileri sürenler de mevcuttur. Şimdiye kadar mutlak olarak geriye etkili tam dönmeyi savunanlardan bahsettik, şimdi bahsedeceğimiz yazarlar ise mutlak

¹⁷⁶ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.161 vd.

¹⁷⁷ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.78.

¹⁷⁸ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.78.

olarak olmasa da, müteahhidin hakkaniyet gereği korunması gerektiğinin düşünöldüğü durumlarda iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirme bildirimini dönme değil, fesih olarak kabul etmekte ve sözleşme ileri etkili olarak sona erer. Bu görüşü savunanlar istisna sözleşmelerini ani-sürekli karması bir sözleşme olarak kabul ederler.

Müteahhide orantılı ücret verilmesin diyen, bunun hakkaniyete aykırı olduğunu belirten ve “yarım kalan iş” veya “müteahhidin bırakıp kaçtığı iş” denilmek suretiyle eleştirilen durumlar daha çok müteahhidin işe başlamadığı veya çok az bir bölümünü tamamladığı bu yüzden de iş sahibinin sözleşmeden önce dönme hakkı bulunan Borçlar Kanunu m.358/1 hükmüne yönelik bir durum ortaya çıkar. Kabul edilecektir ki; böyle bir durumda bu hüküm uyarınca geçmişe etkili şekilde sözleşmeden dönme hakkaniyete uygun olacaktır. Ancak inşaatın büyük bir kısmının tamamlandığı halde vadeye yetiştirilememesi aynı yorumla değerlendirilemez, böyle bir durumda olaya farklı yaklaşarak ileriye doğru fesih yoluna gidilmeli ve müteahhidin yaptığı kısım ile orantılı ücretinin alması için olanak tanınmalıdır¹⁷⁹.

Bu görüşte olanların başında, sahiplenen ve ayrıntılı şekilde savunan SUNGURBEY gelir. Daha çok arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini baz alarak değerlendiren yazar; müteahhidin teslim gününde yapıyı tamamlayamamış olmasına rağmen, inşaatın yapılan kısmı, tüm inşaatın büyük bir bölümünü oluşturuyorsa ise ve yapılan bölümün oradan çıkarılması, götürülmesi imkansız, geri dönülemez zararlara sebep olabileceksen ileri etkili feshin olması gerektiği söyler¹⁸⁰.

Yazar ileride üzerinde duracağımız eserin ayıba karşı tekeffül hükümleri olan Borçlar Kanunu m.360/2-3 ‘ün temerrüt halinde de uygulanabileceğini savunur. İlk fıkrada eserdeki ayıbın iş sahibinin kullanamayacağı veya kabule zorlanamayacağı kadar önemsiz olması halinde iş sahibi ödeyeceği bedeli indirilmesi veya onarılmasını talep edebilir. Yine üçüncü fıkrada iş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda, ayıp ne kadar önemli olursa olsun sökülüp kaldırılması aşırı masraf gerektiren durumlarda, sözleşmeden dönme yasaklanmıştır. İşte buradaki bedel indirimi hükümlerini işin niteliği ve dürüstlük kuralı itibarıyla kıyas yoluyla temerrüt yoluyla uygulanabilecektir¹⁸¹.

¹⁷⁹ Sungurbey İsmet, Medeni Hukuk Sorunları C.4, s.457-497.

¹⁸⁰ Sungurbey İ., Hukuk Sorunları C.4, s.457-497.

¹⁸¹ Sungurbey İ., Hukuk Sorunları C.4, s.457-497.

İnşaatın ayıplı olmasına yönelik kullanılan Borçlar Kanunu m.360/2-3 hükümlerinin kıyasen uygulanmasının doğru olmadığını beyan eden Tandoğan'ın¹⁸², “Başkasının arsası üzerinde tamamlanmış ayıplı bir inşaatın kaldırılmasındaki güçlük ve bu durumda doğacak aşırı zarar sebebiyle ücretten indirimle yetinerek bir yol izlenilmesi hakkaniyete uygun gözüktür oysa temerrüt durumunda işin sözleşmeye aykırı ve genellikle kusurlu olarak yarıda bırakılması ile karşı karşıya kalındığı için, iki durum aynı yoğunlukta değildir” demesinin hatalı olduğunu savunan Sungurbey¹⁸³ “Bu hükümlerin (bitirilmiş eserin ayıplı olması durumunda ücret indirimi) gerekçesinin, yapılan arsadan sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar vermesinin olması zaten yasa metninden anlaşılır. Bu gerekçe temerrütte de ortaktır. Zira müteahhit yapıyı teslim gününde bitiremeyerek temerrüde düşmesi sonucu yapının arsadan sökülüp, kaldırılması aşırı zarar gerekçesine uygun olabilir. İki gerekçe arasındaki tek fark ise birinde inşaatın tamamlanmış diğerinde ise tamamlanmamış olmasıdır.”der.

Bu tür bir kıyas, istisna sözleşmelerinde sürekli borç ilişkilerine özgü kurallar göz önüne alınarak yapıldığından gayet mantıklıdır ve bu yazar yargıya müteahhidin kusurlu ya da kusursuz olduğuna önem vermemektedir ve müteahhit kusurlu da olsa sözleşme feshedildiğinde yaptığı işle orantılı olarak bedeli isteyebileceğini belirtir. Fakat kusurlu olmanın tek dezavantajının iş sahibine karşı tazminat yükümlülüğü altına girilmesidir.

Yazar, arsa payı karşılığı bina inşaatı ve bağımsız bölüm vaadi ile yapılan sözleşmelerde, feshin gerçekleşmesi ile birlikte müteahhidin o ana kadar yaptığı kısım oranında karşı edimi aynen alabilir. Yani; kusuruyla dahi temerrüde düşse bile müteahhit, iş sahibinin feshine rağmen inşaatın hangi aşamada kaldığı, ne miktarda yapıldığı tespit edilecek ve sözleşmede kararlaştırılan arsa payı veya bağımsız bölüm sayısı bu tespit edilen miktarla orantılı olarak indirgenip, o seviye ile bağlantılı olarak uyarlanarak müteahhide devredilmesi gerekir. Daha önce de orantılı miktar çerçevesinde devir gerçekleşmişse geri istenemeyecek ona terk edilecektir.

SEROZAN¹⁸⁴ da istisna sözleşmelerinin hazırlama faaliyetlerinin zahmetli ve uzun zaman alması sebebiyle sürekli borç ilişkisi çerçevesinde mütalaa edilmesi gerektiğini düşünenlerdendir. İstisna sözleşmelerinin katıksız bir sürekli borç ilişkisi

¹⁸² Tandoğan, Haluk, Batıder Haziran 1981, s.36.

¹⁸³ Sungurbey İsmet, Medeni Hukuk Sorunları C.5, s.541.

¹⁸⁴ Serozan, Dönme s.172.

olduğunu söylememekle birlikte, emek veren tarafın harcadığı emeği korumak amacıyla, ileriye etkili fesihden söz etmenin doğru olduğunu, böylece emek verenin (müteahhidin) kararlaştırılmış ücretinin hiç olmazsa fesih anına kadar yapılmış olan işe denk gelen bölümüne hak kazanmasını sağlamaktır.

İleriye dönük feshi savunan Serozan'a göre sözleşmeden dönme sadece istisnai hallerde ortaya çıkar. Şöyle ki; buna karar verirken, somut olaya göre inceleme yapıp, işlenen malzemenin müteahhide mi yoksa iş sahibine mi ait olduğunu tespitinin dikkatli irdelenmesi gerekir. Özellikle malzemenin müteahhide ait olduğu durumlarda sözleşmeden dönme yolunun seçilmesi adaletsiz bir yöntem olacaktır¹⁸⁵.

Serozan'da Borçlar Kanunu m.360/2-3'ü istisna sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi özelliğinin bir kanıtı gibi gösteriyorsa da Sungurbey'den farklı olarak bu maddenin kıyas yoluyla temerrüde uygulanmasından hiç bahsetmemektedir. Yani Serozan, ileriye etkili fesih sonucuna, herhangi bir hükmü kıyas yoluyla değil, doğrudan sürekli borç ilişkisi özelliği ve Medeni Kanun m.2 uyarınca bu sözleşmenin bunu gerektirdiği inancına varmaktadır.

Serozan¹⁸⁶, ileriye etkili feshin, yalnızca adaletli bir durum sergileyeceği durumlarda söz konusu olmasını savunur. Örneğin; müteahhidin hiç korunmaya gerek olmayan durumlar ile inşaatı meydana getirecek malzemelerin iş sahibine ait olduğu durumlarda sebepsiz zenginleşme hükümleriyle çözüm aramak hakkaniyete aykırı bir durum ortaya çıkarmaz. Serozan tüm bu görüşlerini belirtirken müteahhidin temerrüde düşmesinde kusurlu ya da kusursuz olmasına önem vermez sadece bazı durumlarda ağır kusur halini, müteahhidin korunmaya muhtaç olmadığı bir hal olarak değerlendirir.

Karahasan da ayıp hükümleri uyarınca Yargıtay'ın yerleşik kararları gölgesinde kalarak Borçlar Kanunu m.360/2-3'ü kıyas yerine doğrudan uygulanabileceğini söyler, hatta fesihden bahsetmeyip ücret indirimi üzerinde durması alternatif görüş olarak bunun göstergesidir. Buna karşın Karahasan, müteahhidin kusurlu olduğu durumlara daha da dikkat çekerek ücret indiriminde sakıncalar çıkabileceğini sanki kar payı alıyormuş gibi yorum yapılabileceğinden dolayı endişelerini dile getirir¹⁸⁷.

Erman' da, Sungurbey'le aynı fikre sahip olmakla, ileriye etkili fesih görüşünü savunup, kusur ayırımı yapmamakta, Medeni Kanun m.2 uyarınca ileriye etkili feshin

¹⁸⁵ Serozan, Dönme s.173.

¹⁸⁶ Serozan, Dönme s.174.

¹⁸⁷ Karahasan s.286.

yararından söz etmekte ve Borçlar Kanunu m.360/2-3'ün kıyasa uygun olduğunu kabul eder ve beyan eder¹⁸⁸.

Bbbc) Yargıtay'ın görüşü

Yargıtay'ın bu konudaki tavrını tespit etmek için üç periyoda dağılan süreçleri incelemekte yarar vardır. Öncelikle 6.10.1982 tarihli ve E.1982/15-356 K.1982/817 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararına kadar olan bölümde, Yargıtay 15.HD' nin artık yerleşmiş olan ileriye etkili fesih görüşüne uygun olan bedel indirimi yöntemi ile bağdaşan orantılı bedel ödenmesi içerikli kararların kendini gösterdiği anlaşılır. Yargıtay 15.HD, bu kararlarını¹⁸⁹ özellikle Borçlar Kanunu m.360/3'ün ışığı altında vermiştir.

15.HD.'nin bu kararlarına dikkat edildiğinde anlaşılacak bir özellik de Borçlar Kanunu m.360/2-3'ü, kararların özüne adapte ederken ileriye etkili feshin olduğunu belirtmemesi yani bu terimi hiç kullanmaması, sadece “akdin feshine yönelik davanın reddi” denilerek tam bir bedel indirimini olaya aşılıyarak; söz konusu hükümleri olaya doğrudan uygulama izlenimi yaratmıştır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ise bu konu ile ilgili önceleri yapıdaki eksiklik oranındaki indirimin arsa payından yapılması lazımken örnek olarak aldığımız kararda¹⁹⁰ tasfiyenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil bedel indirimi suretiyle yapılması ve bu indirimin arsa payı üzerinden hesaplanmasının kabul edilmesi yanında bu değer mütahhide arsa payı olarak değil, para olarak ödenmesi, bu kararın tüm görüş savunucuları tarafından eleştirilmesi üzerine; bu karardan dönülerek, indirilmiş bedelin arsa payı şeklinde (aynen) mütahhide bırakılmasına, hakkına müdahale edilmemesine karar verilmiştir¹⁹¹.

¹⁸⁸ Erman, Arsa Payı Karşılığı s.80; Erman Hasan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Mütahhidin Temerrüdü-Bir İçtihadı Birleştirme Kararının Düşündürdükleri-(İ.B.D 1984,Nisan-Mayıs-Haziran s.209 vd.) .

¹⁸⁹ 15.HD, T.8.4.1977 E.470, K.837, 15 HDT.27.3.1978, E.637, K.645; Davalı yüklenicinin elini çektiği gündeki duruma göre inşaatın fiziksel olarak kaçta kaçının yapıldığı uzman bilirkişi aracılığı ile belirlenmeli ve bu yöntemle bulunacak oran, götürü ücret tüm bedele uygulanmalı, kurulan orantı neticesi yapılan işe düşen tutar saptanıp, toplam tutardan düşülerek yükleniciye verilmeli, arta kalan tutar davacı iş sahibi lehine değerlendirilmelidir. 15.HD, T.21.3.1978 E.275, K.586(Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.200).

¹⁹⁰ 15.HD, T.30.11.1979, E.1709, K.2437(Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.200).

¹⁹¹ 15.HD, T.24.01.1980, E.79/2453, K.80/111(Öz İş Sahibinin Dönmesi, s.200).

Daha sonra Yargıtay bu görüşlerini değiştirerek, Hukuk Genel Kurulu kararınca geçmişe etkili dönme ve sebepsiz zenginleşme kurallarına göre tasfiye görüşü benimsemiştir¹⁹². Ancak bu Hukuk Genel Kurulu kararının yaygınlaşma süreci uzamamış, zaten bu arada birazdan inceleyeceğimiz Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile sorun çözümlenmiştir.

Bu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı çerçevesinde, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, bağımsız bölüm vermeye çalışıldığından, yapılan sözleşmede müteahhit yapının büyük kısmı olan %75'ini tamamlamasına rağmen vade gününde kusursuzluğunu ispat edemediğinden kusurlu sayılarak temerrüde düştüğü için iş sahibi sözleşmeden dönerek müteahhidin arsanın tümünden uzaklaşmasını istemiştir.

Buna karşın gerekçede olaya Borçlar Kanunu m.360'ın uygulanması için her şeyden önce olayla ilgili yasal hüküm olmaması gerektiği belirtilmiş ve borçlu temerrüdünü düzenleyen genel hükümlerinin uygulanabileceği bu sebeple kıyas yoluna başvurma gereksiz olduğunu, Borçlar Kanunu m.106 vd.'daki koşulların yerine gelmesi halinde bu hükmü uygulamakta sakınca olmadığını, sonuç olarak sebepsiz zenginleşme hukuku çerçevesinde bir çözümün, sözleşmeye aykırı olarak işi geciktiren ya da tamamlayan müteahhidin, iş sahibinin dönme bildirimine kadar yaptığı kısımlarla orantılı bir ücret (kar) alamamasını öngörür¹⁹³.

Son olarak Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 25.1.1984 tarihli ve E.1983/3, K.1984/1 sayılı İçtihadı Birleştirme¹⁹⁴ Kararı' nın üzerinde duracağız. Bu kararın çıkma sebebi Yargıtay 15.HD'nin yerleşmiş içtihatları ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu içtihadı ile uyumsuzluk göstermesi olarak tespit edebiliriz. Bu kararda tartışılan konu, yani uyumsuzluğu da içine alan mevzu; "inşaat sözleşmesinde müteahhit teslim gününde yapıyı tamamlamadan kusuruyla temerrüde düşmesi halinde, olayın niteliği ve özelliği haklı gösterdiği durumlarda, Borçlar Kanunu m.360 uygulanabilip uygulanamayacağıdır.

Bu karar inşaat sözleşmelerindeki müteahhit kusurlu adledilerek alındığından; "müteahhidin kendi kusuruyla, işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmenin

¹⁹² 6.10.1982 tarihli ve E.1982/15-356 K.1982/817 sayılı Hukuk Genel Kurulu kararı (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.202).

¹⁹³ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.204.

¹⁹⁴ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.204; Kartal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi s.169; www.kazancı.com; Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.156; Dayındarlı s.277; Tandoğan s.154; Erman, Arsa Payı Karşılığı s.84.

hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanunu'nda özel bir hüküm yoktur. Ancak genel hükümlerde (Borçlar Kanunu m.106-108) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlendiğinden ortada kanun boşluğu yoktur ve konuya uygulanabilecek kanun hükümleri olduğuna göre hakim öncelikle bu hükümleri uygulamalıdır, kıyas ile kanun boşluğu doldurma ancak o konuda hüküm yoksa mümkündür” şeklinde sonuç çıkmıştır. Zaten eserdeki ayıp halinde iş sahibinin hakkı olan Borçlar Kanunu m.360; inşaatın istenen özelliklere uygun olarak meydana getirilmemesi hallerinde uygulanır, oysa inceleme konusu kararda ise müteahhit teslim gününde yapıyı bitiremediği için temerrüde düşerek yapıyı kısmen tamamlaması durumu vardır. Bu sebeple uyuşmazlık konusu olaylarda Borçlar Kanunu m.360 kıyasen uygulanacağı görüşü bu kararda benimsenmemiştir.

Kararın bu kısmında kısmi ifa ve kısmi dönmeden söz edilerek edimin bölünebilirliği kavramını ortaya çıkarmışlardır. Bu tür inşaat sözleşmelerinde edimin bölünebilirliğinin gündeme gelebilip gelemeyeceği bir yana, kısmi ifa veya dönme ancak ani edimli sözleşmelerde sonuç doğurabilir oysa İçtihadı Birleştirme Kararında çelişki yaratarak çözümü sürekli borç ilişkisi özellikleri çerçevesinde gerekçelendirmek istemiştir.

Borçlar Kanunu`muzda (özellikle 106-108. maddelerde) borçlunun kısmi temerrüdünden ve bu hale uygulanacak hükümlerden açıkca 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'n 1. maddesi ile birlikte 2. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "doğruluk kuralından" yararlanılmalıdır. Zira, doğruluk kuralının fonksiyonlarından (ödevlerinden) biri de, kanundan ve sözleşmeden doğacak hak ve yükümlülüklerin yorumunda ve tamamlanmasında görülür. Medeni Kanun 2/1. maddedeki doğruluk kuralıyla; kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve uygulanmasında akla aykırı ve ifrata kaçan sonuçlara varılmaması amacı güdülmüştür. Öte yandan, 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. Komuya 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.

Bunun devamında karar daha da sürekli borç ilişkisi düşüncesine yaklaşılarak devam etmiştir; İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşlerde bu yoldadır. Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşılamaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretide ifade edilmektedir¹⁹⁵. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır. Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuç doğuracaktır?

Bundan sonra kararda, geriye etkili dönmenin sakıncalarını fesih ve bedel indirimi görüşleri ışığında şöyle belirtir ve sorar: *Bazen, inşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen müteahhidin, yapının tamamladığı kısmının kapsamı o dereceye ulaşır ki; böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmı ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi,*

¹⁹⁵ Sungurbey "zıt kuralların karşılaşip birbirini yok etmesi" şeklindeki bu benzetmeyi, öğretide böyle veya bu anlamda bir şey söyleyen olmadığını belirterek yersiz bulmaktadır. Sungurbey İsmet, Medeni Hukuk Sorunları C.5, s.592.

normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir. (Borçlar Kanunu m. 98/2, 43.) Görülmektedir ki, 106-108. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı istisnai hallerde "hakkı şekle mahkum edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkar olmaktan uzak kalabilmektedir. O halde, bu adalete aykırı sonuçlar nasıl giderilebilecektir?

Ortaya atılan tüm bu sorulara İçtihadı Birleştirme Kararı'nın cevabı şu yöndedir: *İşte, bu meselelerin objektif bir şekilde çözümü, ancak Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan kuraldan yararlanmak suretiyle mümkün olabilir. Çünkü, Türk-İsviçre Hukukuna göre, bu gibi durumlarda, Medeni Kanunu'n 1. maddesinden değil, 2. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen "hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralından" yararlanılabilir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının amacı, hakime özel ve istisnai hallerde (adalete uygun düşecek şekilde) hüküm verme imkanını sağlamaktır.*

Kararda çözüm yolunu bu yöntemle belirlemeleri üzerine Medeni Kanun m.2/2'deki dürüstlük kuralı ve bu kuralın uygulanabilirliği, doktrin kapsamındaki görüşleri katarak açıklayarak bu kuralla, Kanunun ve hakkın mutlaklığı kuralına istisna getirilerek yasada yer almayan bazı durumlarda bu kural yardımıyla ileriye etkili fesih sonucuna varılabilir. Ancak, bu kuralın tali olma özelliği de gözetilerek; öncelikle her meseleye ona ilişkin kanun hükümleri tatbik edilecek; uygulanan kanun hükümlerinin adalete aykırı sonuçlara neden olabildiği bazı istisnai durumlarda da (şu an üzerinde durduğumuz konu), 2/2. maddedeki kural, haksızlığı tashih edici bir şekilde uygulanabilecektir. O halde, içtihadı birleştirmeye konu meselelerin çözümünde izlenecek yol şöyle olmalıdır:

Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyuşmazlığın yalnızca BK: 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini) gerektiriyorsa; sözleşmenin feshinin bu hükümlerde öngörülen hukuki sonuçları doğuracağı tabiidir. Artık bu durumlarda, inşaat sözleşmesinin müteahhidin edim borcu yönünden özelliği de sonucu etkilemez.

Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda; Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkileri de olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit; kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır.

Son olarak karar bu cümlelerle neticeye varmaktadır: “*İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanununun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına; birinci ve ikinci toplantılarda 2/3 çoğunluk sağlanamadığından, 25.1.1994 günlü üçüncü toplantıda çoğunlukla karar verilmiştir.*”

Karardan da anlaşılacağı üzere; inşaatın büyük bölümünü tamamlamış olan ve temerrüde düşen müteahhide karşı kusurlu olması halinde bile geçmişe etkili dönme hakkının değil de, ileriye etkili fesih hakkının kullanılmasının benimsendiği görülmüştür. Bunun gibi aynı nitelikte daha nice karar vardır¹⁹⁶. Bu sebeple müteahhit

¹⁹⁶ Yarg. 15 HD. 15.3.2001 T, 2001/5230 E, 2001/1311 K “...ulaştığı % 88 seviye ve bağımsız bölümlerin 3. kişilere satıldığı anlaşıldığından... akit ileriye etkili biçimde feshedilerek inşaatteki eksiklikler oranında tapu iptaline karar verilmesi gerekirken...”

Yarg. 15 HD 10.6.1999 T, 1999/1658 E, 1999/2437 K “ Kat karşılığı inşaat sözleşmesi arsa payının devrini içermesi nedeniyle, karşı tarafın kabulü yoksa tek taraflı feshedilemez, feshi hakim karar verir. İnşaatın % 90 'ın üzerinde bir seviyeye getirilmesi halinde artık geriye etkili biçimde fesih (dönme) kararı verilemez.. Fesih ileriye etkili olmalıdır.”

Yarg. 15 HD. 10.3.2004 T, 2003/4328 E, 2004/1320 K.“ ... eser sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin, inşaatı tamamladığı kısmın getirildiği seviye ve olayın özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüst davranma kuralı doğrultusunda sözleşmenin ileriye etkili feshi olanağı varsa da, bunun için öncelikle ve özellikle yüklenicinin yapıyı tamamladığı kısmın sözleşme konusunun bütününe göre getirildiği seviyeye bakmak lazımdır. Zira ileriye etkili fesihte öne çıkan düşünce yükleniciyi korumak, inşaatları getirdiği seviyeye göre sembolik bir para ile feshin sonuçlarından zarar görmesinin önüne geçmektir. Bilirkişi raporlarına bakılırsa, yüklenicinin arsa sahiplerine ait parseller üzerinde yaptığı inşaatın seviyesi ancak % 86'dır. Sözleşme konusunun bütününe göre bu fiziki seviyenin çok daha düşük olacağı açık seçiktir. O halde olayda borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin yapıyı tamamladığı kısmın kapsamına göre ileriye etkili feshin sonuçlarından yararlanma olanağı yoktur...”

yaptığı bölümle orantılı olarak bedel alma hakkı doğacaktır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedel arsa payı olarak saptanacağından ve bu kararda tamamlanmış kısımla orantılı miktarda arsa payı verilmesi hususunda herhangi bir görüş belirtilmemesine rağmen aynen yani arsa payı ile ödeme kararın doğası gereği çıkan sonuçlardan biridir¹⁹⁷.

Gerek ortaya çıkan sonuç gerekse kararın içerdiği beyanlar, iki görüşün arasında uzlaştırma yapılıyor gibi gösterilmişse de dayanılan hukuki sebep yani kanun metni bakımından geçmişe etkili dönme görüşüne (Borçlar Kanunu m.360 hükümleri kıyasen temerrüt haline uygulanmayacağı ve fesih görüşüne eleştirisel bakış) sıcak bakılmışsa da sonuçta, ileriye etkili fesih ve bedel indirimi olanağı kabul edilerek fesih görüşü taraftarlarına uygun bir karar vermiştir.

B-AYIPLI İFA SEBEBİYLE İŞ SAHİBİNİN İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİ SONA ERDİRMESİ

Borçlar kanunu'nda müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu 359 ile 363.maddeleri arasında düzenlenmiştir. Teslim edilecek inşaatın, müteahhidin zikir ve sözleşmede öngörülen ve iş sahibi tarafından sözleşmeden beklenen niteliklere haiz olması gerekir. Meydana getirilen inşaatın, iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulmuş olur. Bu nedenle teslim edilecek inşaatın fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılamak zorundadır. Aksi halde eser ayıplıdır ve müteahhit, satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı sorumluluğundaki gibi eserde ortaya çıkan zikir ve vaat edilen ayıplarla eserin lüzumlu vasıflarına ilişkin ayıplardan sorumludur¹⁹⁸. Bu sorumluluğun ortaya çıkmaması için eserin iş sahibinin sözleşmenin amacından anlaşılın ifa menfaatini karşılamaya elverişli olması gerekir.

Yarg. 15 HD. 8.12.2003 T, 2003/2673 E, 2003/6105 K “ Sözü edilen sözleşmelere göre eserin teslim süresi 4 yıl, bilirkişilerce saptanan seviye ise % 20'dir. Teslim süresi geçmiş olmasına rağmen eser teslim edilmemiş olduğundan, yüklenici davalı borçlu temerrüdüne düşmüştür. Arsa sahipleri Borçlar Kanunu m 106 –108 . maddelerine dayanarak seçim hakkını akdin feshi doğrultusunda kullanabileceklerinden fesih istemi ile işin tasfiyesi de gerekeceğinden tasfiyenin doğal sonucu olarak davalılar üzerinde sözleşme ile geçen kayıtlar varsa bunların arsa sahibi davacılar adına tescili gerekir (www.kazancı.com).

¹⁹⁷Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.208.

¹⁹⁸ Yarg. 15.HD. T.14.6.2006, E.2005/3867, K.2006/3594 (www.kazancı.com).

İnşaat sözleşmesinde inşaatın ayıplı ifası, inşaatın ayıplı yapılması anlamına gelir. İnşaatın da ayıplı olması iki halde mümkündür.

Birincisi, müteahhidin sözleşme yapılırken taahhüt ettiği niteliklerin inşaatta bulunmaması veya bulunmayacağını anlaşılmaması bunun yanında bir taahhüt bulunmasa bile kendisinden beklenen yararı tam olarak gerçekleştirmeye elverişli niteliklere sahip olmamasıdır. Olumlu ya da olumsuz olabilen bu taahhütlere örnek olarak; inşaatın betonarme olacağı veya merdivenlerin çelik konstrüksiyon olacağı verilebilir. İkincisi ise önceden aralarında kararlaştırılmamasına rağmen dürüstlük kuralı ve ticari doğruluk gereği yapıdan beklenen, olması icab eden özelliklerin bulunmamasıdır¹⁹⁹.

Yapılması gereken ayrımlardan biri de, ayıplı ifa ile eksik ifa kavramlarının içeriğidir. Herhangi bir edim ifasında eksiklik, özellikle konumuz olan inşaat gibi bölünmesi imkansız bir şeyse, alacaklının bu eksik hali ile o edimden amacına uygun şekilde yararlanmasının imkansız olmasıdır. Oysa ayıp, bu edimden amacına göre yararlanmanın mümkün olması ile birlikte bu yararlanmanın istenilen düzeyde olmaması, edimin düşük seviyede ve yetersiz kalmasını gösteren bir durumdur. Örnek olarak; çoğu katı yapılmamış, çatısı açık, son katın demirlerinin ortada olması; tamamlanmamış, bitmemiş yapının göstergesi iken, kaba işleri biten çatısı kapanan tesisatları döşenmiş ancak yer döşemeleri bozuk, boyasız duvarlar içeren bir inşaat ise ayıplı sayılacaktır.

Şayet yapıda ayıptan değil de eksiklikten yani tamamlanıp teslim edilmemiş yapıdan bahsedilirse hiç ifa edilmemiş gibi müteahhit borçlu temerrüdüne tabi tutulurken, ayıptan söz ettiğimiz durumlarda ise ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır.

1-)MÜTEAHHİDİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCUNUN DOĞUMU İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

a)İNŞAAT TAMAMLANARAK İŞ SAHİBİNE TESLİM EDİLMİŞ OLMALIDIR

Teslim, müteahhidin bütün kısımlarıyla sözleşmeye göre tamamladığı eseri ifa amacıyla iş sahibinin emrine vermesi ve eser üzerinde onun doğrudan zilyetliğini sağlamasıdır. Ayrıca zilyet olmayı engelleyen nedenler varsa bunların kaldırılması yoluyla da teslim gerçekleşmiş olur. Zaten detaylı olarak teslim kavramını incelediğimiz için tekrar teslim kavramı üzerinde durmayacağız. Ayrıca tamamlanmamış inşaat ile ayıplı inşaat ayırımına değinmiştik.

¹⁹⁹Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.92; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.128.

Konumuz olan inşaat sözleşmelerinde yapı, arsa payı devri karşılığı inşaat yapımı suretiyle meydana getirilmiş ise, arsa sahibine ait bağımsız bölümün maddi şeyin verilmesi (müteahhidin arsanın mülkiyet devri veya üst hakkı tesisi ile zilyetlik devri) şeklinde yapılamayacağından, burada da teslim eserin meydana getirildiğinin ve tasarrufa hazır bulunduğunun arsa sahibine bildirilmesiyle olanaklıdır²⁰⁰.

Teslim ancak tamamlanmış eserler için söz konusudur eğer eser tamamlanmamışsa teslimden ve dolayısıyla ayıba karşı tekeffülden de bahsetmek mümkün olmayacaktır. Eserin eksik yapılmış olması ayıplı bir ifa değil, ifanın hiç gerçekleşmediği anlamına gelir. Çünkü bu şekilde eser, sözleşmedeki anlamıyla henüz ortaya çıkmamıştır. Böyle bir eser teslim edilmiş bile olsa gerçekte eserin teslimi sayılmayacağından demin de belirttiğimiz gibi ayıba karşı tekeffül hükümleri değil sadece temerrüt hükümlerine başvurulabilir.²⁰¹ Buna karşın iş sahibi bilerek bu haliyle teslim almışsa, artık müteahhide karşı temerrüt ile ilgili bir talep ileri sürülemez, öğretide²⁰² eksik eserin teslim alınması üzerine, Borçlar Kanunu m.362 uyarınca “kabul” işlemini yapmama şartıyla iş sahibinin temerrütten doğan hakları, ayıptan doğan haklarına dönüşeceğini belirtir.

Borçlar Kanunu m.362/1 ‘e göre, yapılan şeyin açıkça veya örtülü olarak “kabulünün” ardından müteahhit her türlü sorumluluktan kurtulur. Ancak kasten sakladığı veya usulüne uygun muayene ile anlaşılamayacak gizli ayıplar hakkında sorumluluk devam eder. Burada “kabul” beyanı ile iş sahibi yapıya müteahhidin onayından ayrı olarak şekle bağlı olmaksızın tek taraflı onay vermiş sayılmaktadır. İş sahibi, ayıpları teslimden önce öğrenmişse ve eğer bu şekilde devam edilerek yapının tamamlanması hususunda kabul beyanı varsa, sözleşmenin değiştirilerek söz konusu bozukluğu ayıp saymama ve tarafların anlaşığı yolunda izlenim oluşur.

b)TESLİM EDİLEN İNŞAAT AYIPLI OLMALIDIR

Teslim konusu inşaat ayıplı olmalıdır. Ayıp, sözleşmede üzerinde anlaşılan müteahhidin esere ilişkin olarak zikrettiği niteliklerin veya lüzumlu niteliklerin bulunmaması şeklinde kendini gösterir. Ayıplı olan her eserde, sözleşmeye göre bulunması gereken bir nitelik eksiktir; bu sebeple ayıp, inşaatın sözleşmeye aykırı bir durumunu ifade eder²⁰³.

²⁰⁰ KARATAŞ, İzzet, Eser(İnşaat) Sözleşmeleri, Ankara 2004, s.119.

²⁰¹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.92; Tandoğan s.160.

²⁰² Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.134.

²⁰³ Yavuz, s.522.

Ancak istenilen eserin özelliği ve unsurları her sözleşmede farklı olacağı için ayıbın tespiti hususunda sözleşmenin içeriğine bakmak gerekir. Yani ayıplı yapı, somut inşaat sözleşmesinin muhtevasına bağlı olduğundan, nisbi bir kavramdır. Ayıbın tespiti için sözleşmede aranan niteliklerle eserin fiilen taşıdıkları nitelikleri karşılaştırmak gerekir; bu karşılaştırmada iş sahibinin sözleşmenin içeriğine ve dürüstlük kuralına göre nasıl bir eser beklemekte haklı sayılabileceği esas alınmalıdır²⁰⁴.

Ayıp, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde eksiklik ve lüzumlu niteliklerdeki eksiklik olmak üzere iki farklı anlam içermektedir.

ba) Sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde eksiklik

Sözleşmede taraflar, renk, şekil, ölçü, imal tarzı, yer gibi somut eseri belirlemeye yarayan nitelikleri serbestçe belirleyebilirler. Müteahhit sözleşmede belirlenen bu nitelikleri eserde mutlaka sağlamak zorundadır. Niteliklerden birinin eksikliği inşaatı ayıplı kılar. İnşaat işlerinde bu nitelikler teknik şartnamede gösterilir. Nitelikler hususunda anlaşma inşaat sözleşmesinin içeriğinin bir parçasını oluşturur ve akdi nitelik taşır. Sözleşmede üzerinde anlaşılan bir niteliğin eksikliği rağmen inşaat teknik bakımdan tam olsa bile daima ayıplı sayılır. İnşaat eksik olan özelliğe rağmen, kararlaştırılan inşaat ile aynı derecede kullanılabilir olması veya değer taşıması onun ayıplı olmadığını göstermez²⁰⁵.

bb) İnşaatla bulunması gereken lüzumlu Niteliklerde Eksiklik

Burada ayıp, önceden kararlaştırılmamasına rağmen dürüstlük kuralının ve ticari doğruluğun bir gereği olarak inşaatın, sözleşmeden beklenen menfaati gerçekleştirme bakımından kendisinden beklenen nitelikleri taşınamamasıdır. Müteahhit kullanmaya elverişli ve normal yapıdaki bir inşaatın değer kalitesini taşıyan bir inşaat teslim etmekle yükümlüdür. Bu durum, inşaat sözleşmesinin iyiniyet kurallarına göre yorumlanması, genel yaşam deneyimi ve kullanılabilirlik bakımından deđerlendirilir²⁰⁶. Eğer yapıda, sözleşmede kastedilen tahsis ve kullanma yönü bakımından onun değerini veya elverişliliğini kaldıran veya azaltan bir eksiklik varsa ayıp söz konusudur. Örneğin; eski bir anıtta kullanılmak için çivi ismarlanmışsa müteahhit alelade çivi değer dayanıklı nitelikte çivi hazırlayıp vermek zorundadır. Buna karşılık iş sahibi eseri o tip şeylerin normal işlevinden farklı bir amaçla

²⁰⁴ Yavuz, s.522.

²⁰⁵ Yavuz, s.524; Tandoğan s.163.

²⁰⁶ Tandoğan, s. 164.

kullanmayı düşünmüşse ve müteahhidin bundan haberi yoksa ve bilmesi de beklenmiyorsa artık eserin özel amaca uygun olmadığı gerekçesiyle ayıp hükümlerinden yararlanılamaz.²⁰⁷ Eserin hangi amaçla kullanılacağı tarafların ortak iradelerinden tespit edilemediği takdirde, işlerde yaygın görüşlere halin icaplarına, sözleşmenin özel şartlarına göre tespit edilmelidir.²⁰⁸ Bir binanın kalorifer sistemiyle ısıtma işini üstlenen müteahhit sisteme yeterli güçte kazan koymalıdır. Daha düşük kapasitede kazan kullanılmışsa ısıtma sorunu yaşanacağından eserden beklenen amaç gerçekleşmemiş olacaktır.

Sorumluluğa neden olan ayıp çeşitli görünümelerde ortaya çıkabilir. Buna göre;

bba) Açık ve Gizli Ayıplar

Açık ayıplar eserin teslimi anında ilk bakışta kolaylıkla göze çarpan veya özenli inceleme sonucu bütün kapsamı ve önemi ile anlaşılabilen ayıplardır. Buna karşılık gizli ayıp, basit bir muayene ile tespit edilemeyen sonraki bir tarihte eser kullanılırken ortaya çıkan ayıplardır.

Borçlar Kanunu 'nda açık-gizli ayıp ayırımına gidilmesinin nedeni müteahhidin sorumluluktan kurtulması farklılığındandır. Zira müteahhit, açık ayıplı eserdeki sorumluluğundan iş sahibinin işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz muayene ve varsa ayıpları ihbar etmediği takdirde kurtulurken, gizli ayıplı işlerde müteahhidin sorumluluğu zamanaşımı süresince devam eder meğer ki gizli ayıbın ortaya çıkmasıyla bunun iş sahibince gecikmeden bildirilmiş olsun²⁰⁹.

bbb) Önemli ve Daha Az Önemli Ayıplar

Borçlar Kanunu m.360'da yapılan bu ayırıma göre önemli ayıp, eserin iş sahibi için kullanılması olanağının bulunmadığı veya adalet anlayışı ve dürüstlük kuralı gereğince eseri kabul etmesinin kendisinden beklenemeyeceği durum olarak ifade edilmektedir. Önemsiz ayıplar ise; bu derece ağır olmayan yani eseri kullanılmaz kılmayan iş sahibince eserin kabulünün reddini haklı göstermeyen ve kısa sürede kolaylıkla ortadan kaldırılacak olan ayıplardır.

²⁰⁷ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.93.

²⁰⁸ Tandoğan, s. 167.

²⁰⁹ Karataş, s.148.

Bu ayırım iş sahibinin yararlanabileceği seçimlik hakların türünü belirlediğinden büyük önem taşımaktadır. Önemli ayıplarda iş sahibi sözleşmeden dönebilirken, daha az önemli ayıplarda iş sahibi bu imkana sahip değildir²¹⁰.

bbc) Maddi ve Hukuki Ayıp

Maddi ayıp; iş sahibinin ifa menfaatini karşılamaya yönelik olarak sözleşmeyle kararlaştırılan veya dürüstlük kuralı gereği taşıması gereken fiziksel niteliklerin eserde bulunmaması durumunda ortaya çıkan ayıptır. Eserin kullanımında objektif hukukun koyduğu bir takım sınırlama ve yasaklamalardan doğan eksiklikler bulunuyorsa bu durumda hukuki ayıp vardır. Yani eser öngörüldüğü amaca uygun olarak kullanılma imkanından hukuken yoksundur. Ancak ÖZ, bu tür hukuki ayıpların istisna sözleşmesine konu olamayacağından bu ayıpların mevcudiyeti halinde BKm. 360' ın uygulanamayacağını genel hükümlerin uygulanması gerektiğini belirtmektedir²¹¹. Örneğin: iskan ruhsatının alınmaması, bir makinenin belli bir ülkenin ithal şartlarına, sözleşmeye aykırı olarak uymaması gibi²¹².

bbd) Asli ve İkincil Ayıplar

Asli ayıplar, eserin teslimi sırasında bulunan, ikincil ayıplar ise; teslim sırasında mevcut olan ayıpların teslimden sonra yol açtığı ayıplardır. İnşaattaki beton eksikliği nedeniyle duvarın çökmesi gibi.

bbe) Ekonomik Ayıplar

Eserdeki iktisadi vasıf eksiklikleri ekonomik ayıp oluşturmaktadır. Eserin teslimden sonra iş sahibine sağlayacağı bazı yararların, örneğin getireceği kazançların, özel olarak taahhüt edildiği durumlarda bu kazancın elde edilememesi halinde eser ekonomik ayıplıdır.

²¹⁰ UÇAR, Ayhan , İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, 2003,Ankara, s.131.

²¹¹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.107.

²¹² Uçar, s.133.

c) İŞ SAHİBİ MUAYENE VE İHBAR KÜLFETİNİ YERİNE GETİRMİŞ OLMALIDIR

ca) Genel Olarak

İş sahibinin muayene borcu Borçlar Kanunu m.359 ve 362 'de düzenlenmiştir. İş sahibinin içinde bulunduğu koşullara göre teslim aldığı eserleri incelemesi ve müteahhidi durumdan haberdar etmesi dürüst davranmanın bir gereği olarak görülmüş ve yasada özel olarak düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu m. 359/1 'e göre; iş sahibi eserin tesliminden sonra işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz eseri muayeneye ve eserde bulunduğu ayıpları müteahhide bildirmeye mecburdur. Bu bildirim hukuki anlamda bir borç olmayıp külfet niteliğindedir. Ayıba karşı tekeffül haklarından yararlanmak için yasanın aradığı bir yükümlüdür. Müteahhit, bunu iş sahibinden talep etmez, iş sahibin kendi inisiyatifindedir. Çünkü bu külfetin yerine getirilmemesi iş sahibinin müteahhide karşı sorumlu olması sonucunu doğurmayacak, Borçlar Kanunu m. 362 'de belirtildiği gibi sadece iş sahibinin o eseri o haliyle kabul ettiği varsayımının gerçekleşmesini sağlamaktadır²¹³.

Borçlar Kanunu m.359 'da belirtilen muayene ve ihbar külfeti açık ayıplara ilişkindir, kesin olarak müteahhidin sorumluluğu ortadan kalkar, bu arada ayıp, eserden kabulü beklenemeyecek kadar büyük olsa bile iş sahibi sözleşmeden dönemeyecektir. Ayrıca anılan madde emredici nitelikte olmadığından taraflar sözleşmede muayene ve ihbarın nasıl yapılacağını ve ihbar süresini kararlaştırabilirler.

Yasa açıkça muayene ve bildirim yükümü eserin teslimi ile (yani bu andan sonra) başlar demiştir²¹⁴. Ancak teslimden önce ayıptan haberdar olunup ve eseri muayene imkanının olduğu durumlarda da yükümlülük doğmamasına karşın, ayıbı bildiği halde teslim alan iş sahibinin bu ayıplı ifayı kabul ettiği anlamı çıkıyorsa, müteahhidin yükümlülükleri ortadan kalkıp, iş sahibinin hakları sona erebilir. Ancak tamamlanmamış bir inşaat ile ilgili muayene ve ihbar yükümlülüğü iş sahibi açısından doğmaz. Çünkü inşaat bütünüyle bitmemiş, müteahhit işten elini çekmemiştir. Bu sebeple de tamamlanmayan inşaatteki ayıpla bilen ve gören iş sahibinin susması halinde dahi ayıpla ilgili haklarını kaybetmez, müteahhit sorumluluktan kurtulmaz.

²¹³ Yavuz, s.525; Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.112; Tandoğan s.168; Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.171.

²¹⁴ Tandoğan s.168; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.149; Yavuz, s.525; Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.171; Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.113.

Müteahhit, imalat ve işçilik hatalarına karşı iş sahibine garanti vermişse, Borçlar Kanunu m. 359 'da kendisi yararına getirdiği iş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü sözleşmeyle kaldırdığı ve işin garanti süresindeki ayıpları gidermeyi peşinen üstlendiği kabul edilmektedir. Bu konudaki Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 26.03.1990 tarih, 3902/1349 sayılı kararı şöyledir:

“... taraflar arasında akdedilen sözleşmede davalı müteahhit, imalat ve işçilik ayıplarına karşı iş sahibine on iki aylık garanti süresi tanımıştır. Bu şekilde iş sahibi yararına verilen garanti ile müteahhidin yararına olan yasa hükmünden vazgeçip iş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü kaldırarak çıkan ayıbın garanti süresi içinde kendisinden talep edilmesi hakkı tanındığını kabul etmek gerekir. Bu nedenle eserin teslimi sırasında iş sahibinin eseri muayene ettirip ayıbını ihbar etmemiş olduğundan bahisle davanın reddi yanlıştır.” ²¹⁵

cb) Muayene Yetkisi, Muayene Yöntemi ve Muayene Süresi

İş sahibi inşaatı teslim aldığı anda muayene etmek yani ayıplı olup olmadığını kontrol etmek zorundadır. Bunun amacı, eserdeki mevcut niteliklerin, sözleşmede kararlaştırılan veya normal olarak eserde bulunması gereken niteliklere uygun olup olmadıklarının ortaya çıkarılmasıdır. Yani muayene, eserde kararlaştırılan niteliklerin eksik olup olmadıkları veya eserin değerini ya da kullanıma uygunluğunu ortadan kaldıran ya da azaltan ayıpları ihtiva edip etmediği sorusunun cevaplandırılmasıdır²¹⁶.

Yasadaki muayene külfeti emredici nitelikte olmayıp tarafların muayene ve ihbar yükümlülüğünü istedikleri gibi düzenleyebileceklerini yukarıda belirtmiştik. Bu açıdan; eğer eseri teslim alacak iş sahibi gerekli teknik bilgiye sahipse ve eserdeki ayıpları bu bilgiyle tespit edebilecekse muayeneyi bizzat yapabilir²¹⁷.

İş sahibi, yeterli uzmanlığa sahip değilse muayeneyi bir bilirkişiye de yaptırabilir. Ancak kanunen böyle bir yükümlülüğü yoktur çünkü Borçlar Kanunu m.359/2 'de eserin bir uzman veya bilirkişiye muayene ettirilerek sonucunu bir raporla tespitini, sözleşmenin iki tarafına bir mecburiyet olarak yüklememekte aksine bir hak olarak tanımaktadır. Ayrıca,

²¹⁵ Karataş, s.156.

²¹⁶ Uçar, s.139.

²¹⁷ Tandoğan, s.169.

sözleşmede hüküm olmasa bile muayene iş sahibinin sahip olmadığı mesleki bilgiyi veya bir analizi gerektiriyorsa iş sahibi tek taraflı olarak üçüncü bir kişiye başvurabilir²¹⁸.

Uygulamada genellikle delil tespiti için mahkemeye müracaat edilerek bilirkişi tayin edilmesi yolu tercih edilmektedir. Bu yola müracaat için mutlaka eserde ayıp olması ihtimali bulunmasına gerek olmadığı gibi ispat vasıtalarının tehlikeye düşmesi de aranmaz. Genellikle inşaat işlerinde iş sahibi müteahhide dava açmadan önce delil tespiti yoluna gitmektedir²¹⁹.

Muayene külfeti kural olarak tamamlanmış olan eserin teslim alınmasıyla başlar. Dolayısıyla eserin teslimi söz konusu değilse iş sahibinin muayene ve ihbar külfeti söz konusu olamaz. Örneğin: Bir evin inşaatında bütün işler tamamlanmadan iş sahibi eve taşınmış ise henüz teslim edilmiş sayılmayacağından bu sürede işlemeye başlamaz.

Usulüne uygun bir muayeneden bahsedebilmek için eserin zamanında ve muayene edileceği yerde özenle muayenesinin yapılmış olması gereklidir. İş sahibinin muayene ile alakalı göstermesi gereken özenin ölçüsü Yargıtay'ın da katılarak kararlarında uyguladığı, iş sahibinin o işin ortalama bir uzmanı gibi muayene yapma ve yaptırma yükümü olmayıp, içinde bulunduğu durum itibarıyla kendisinden beklenebilecek özenle muayenede bulunmasının yeterli olduğu savunulur²²⁰. Yargıtay da inşaat sözleşmelerinin ihtilaflarında bu düşünceyi göz önünde bulundurur²²¹.

Yasada muayenenin, işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz yapılması öngörülmüştür. “İmkan bulur bulmaz“ ifadesi her eserin özelliğine göre değerlendirilmelidir. Bu süre teslim edilen inşaatın özelliğine, teknik ayrıntılarına, muayene süresini belirleyen ticari bir teamül olup olmamasına göre değişir. Ayrıca “ imkan bulur bulmaz “ ifadesi somut olayın koşulları gerektiriyorsa mutlak muayene süresini uzatmaya imkan sağlar. Ancak bunun için muayenenin teknik veya iş sahibinin kişiliğinden bağımsız başka nedenlerden uzamasının zorunlu bulunması gerekir. Örneğin: ısıtma sisteminde muayene kış ayının gelmesiyle yapılabilir²²².

Taraflar muayene süresi hususunda özel bir düzenleme yapıp muayene için belirli bir süre kararlaştırabilirler. Bu durumda belirlenen süreye uyulması gerekir. Ancak muayene

²¹⁸ Tandoğan, s.170.

²¹⁹ Yavuz, s.525.

²²⁰ Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.114; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.148.

²²¹ Yarg.15.HD., T.28.2.1974 169/162, Yarg.15.HD., T.22.10.1973 208/177, Yarg.15.HD.,T.14.1.1974, 8/8, Yarg.15.HD., T.22.2.1977, 3167/391 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.114).

²²² Uçar, s.142.

süresi özenle yapılacak bir muayeneye yeterli olmayacak derecede kısaltılmışsa, işlerin olağan akışına göre gerekli süre, bu sürenin yerini alır²²³.

Muayene süresi açısından Yargıtay'ın, "...eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin olağan gidişine göre imkan bulur bulmaz geç sayılmayacak bir zaman diliminde eseri gözden geçirmek ve bozuklukları varsa bunları müteahhide bildirmek zorundadır..." şeklinde yerleşmiş içtihatları vardır²²⁴.

İş sahibinin kendisinden beklenebilecek özenli bir muayene sonucu anlayamayacağı yani gizli ayıplara karşı muayene yükümlülüğü olmayacaktır. Bu tür ayıplara karşı sadece birazdan bahsedeceğimiz bildirim (ihbar) yükümüne konu olurlar. Zaten gizli ayıplar nitelikleri gereği yapısal olarak bir süre kullanıldıktan veya kullanılmasa da zaman geçmesi ile ortaya çıkarlar.

Son olarak değinilecek konu; özenli bir muayene ile anlaşılacak nitelikte olan müteahhidin kasten gizlemesi sonucu, muayene de yapılmamasıyla birlikte görülemeyen ayıpların (Borçlar Kanunu m.362/1) bu sebeple geç fark edilmesinin ne gibi neticeler doğuracağıdır. Öğreti ve uygulamada böyle bir durumda iş sahibine ait ayıptan doğan hakların düşmeyeceği kabul edilirken gerekçe olarak da müteahhidin bu aşamada dürüstlük kuralından doğan bir yan borcuna yani iş sahibine ayıptan bahsetme ve bilgilendirme borcuna aykırı davrandığını belirtmektedir²²⁵. Ancak iş sahibi ayıbı öğrenmesine rağmen zamanında ihbar etmemişse, artık müteahhidin hileli davranışına rağmen hakkını kaybeder.

cc)İhbarın Yapılması, İhbarın İçeriği, İhbarın Süresi, Şekli ve İspatı

İstisna sözleşmesinde ihbar yükümlülüğü Borçlar Kanunu m.359/1'den doğmaktadır. Buna göre; iş sahibi eserin tesliminden sonra imkan bulup hemen muayene yaptırdıktan sonra tespit edilen ayıpları müteahhide bildirmek zorundadır.

Ayıbın müteahhide ihbarı hukuki bir işlem değildir. Hukuki işlem benzeri bir fiildir²²⁶. İş sahibinin ihbar külfeti hem açık ayıplar hem de eserin kullanılmasıyla ortaya çıkan gizli ayıplar için de söz konusudur. Özenli bir muayene ile anlaşılabilen gizli ayıplar, ne zaman ortaya çıkarılırsa o andan itibaren vakit geçirmeden müteahhide bildirilmelidir (Borçlar Kanunu m.362/3). Fakat özel bir durum olan önceleri farkına varılmasına rağmen

²²³ Uçar, s.144.

²²⁴ Yarg.15.HD., T.14.3.1977,515/629 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.114).

²²⁵Yarg.15.HD., T.29.5.1986, E.1985/4033, K.1986/2198 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.116); Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.202; Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.173.

²²⁶Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.153.

önem verilmeyen ve bu sebeple müteahhide bildirilmeyen bir ayıbın sonradan büyük boyutlara ulaşması veya başka türden bozukluklara yol açması halinde başvurulması gereken yolun şu olması gerektiği söylenmiştir; İş sahibinin başlangıçta farkına vardığı ayıbın ileride bu boyutlara ulaşabileceğini veya başka bir bozukluğa yol açacağını bilmesi gerekiyor yani bunu öngörüyorsa artık gizli ayıptan söz edilmeyecektir. Fakat bunu tahmin etmesi kendisinden beklenmiyorsa, artan bozukluk sonradan ortaya çıkan bir gizli ayıp sayılır ve bildirim yapılarak haklardan yararlanır²²⁷ Yani iş sahibi gizli ayıbın ilk belirtilerini anlasa ancak doğuracağı sonuçları tam idrak edemezse derhal ihbar yükümlülüğü olmasa da ayıbın zamanla artma eğiliminde olduğunu anlarsa, ulaşacağı boyutları tasavvur edemese dahi müteahhide durumu derhal bildirmelidir.

İş sahibinin Borçlar Kanunu m.360'da belirtilen seçimlik hakları kullanması için ihbar bir zorunluluktur. İş sahibi, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmese, eseri ayıplarıyla kabul etmiş sayılır ve ayıp nedeniyle sahip olduğu seçimlik hakları kaybeder.

İhbarın içeriğinde, inşaatta bulunan ayıpların belirlenmesi, nitelenmesi gerekir. İhbarda belirtilen iddialar gerçeğe uygun olmalı. Ayıpların cins ve önemi, itirazın haklı olup olmadığı müteahhit tarafından anlaşılır olmalıdır. Ama sadece “malın tatmin edici olmadığı”, “ayıplı olduğu”, “eserin sözleşmeye uygun olmadığı” şeklindeki genel ifadeler yeterli değildir²²⁸.

İhbar beyanında iş sahibi ayıptan doğan hangi hakkını kullanacağını müteahhide bildirmek zorunda değildir. Bu hakkın zamanaşımı süresi içinde her zaman kullanabilmesine itiraz edilemez. Önemli olan ihbarın olağan süresi içinde yapılmış olmasıdır²²⁹.

Yasada ihbar külfetinden bahsedilmekle beraber, ayıbın hangi sürede müteahhide bildirmesi gerektiği hususunda bir açıklık yoktur. Ancak genel kabule göre ihbarın muayeneden sonra derhal yapılması gerekmektedir. Fakat aradan kısa bir süre geçmesinin bildirim derhal yapılmadığı sonucuna gelmez. Bu sonuç Borçlar Kanunu m.362'den çıkarılmaktadır. Teslim esnasında açıkça belli olan ayıplar için ise muayene sonucu beklenmeyerek bu ayıplar derhal ihbar edilmelidir. İstisna sözleşmesinde iş sahibinin gizli ayıpları ortaya çıkarma külfeti yoktur ancak eserin kullanılmasıyla ortaya çıkan gizli

²²⁷Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.160.

²²⁸Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.151-152; Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.117; Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.175; Tandoğan, s.172.

²²⁹Karataş, s.159.

ayıpların demin de söylediğimiz gibi vakit geçirilmeksizin derhal müteahhide bildirilmesi gerekir. Bu sonuç yine Borçlar Kanunu m.362 'den çıkarılmaktadır.

Öğretide; istisna sözleşmesindeki muayene ve ihbar süresinin satım sözleşmesindeki muayene ve ihbar süresinden biraz daha farklı ele alınması gerektiği savunulmuştur. Pedrazzini; bir eserin satılık bir maldan daha karmaşık olacağı ve satılık malın, tüketiciye ulaşana kadar birçok el değiştireceğini ve her defasında muayene edilmiş olacağını düşünmektedir²³⁰ Bu görüşe katılmak çok da uygun olmaz çünkü herhangi satılan malda günümüzde teknoloji sayesinde bir eserden daha karmaşık olabileceği gibi, her el değiştiren detaylı incelemeyi gerçekleştirmeyeceği ve zannediyorum ki boyut büyüklüğünün böyle bir yoruma sebep olması doğruluğunu göstermemektedir.

Önemle belirtilmelidir ki; yapıdaki ayıp ister gizli ayıp olsun ister özenli muayene ile anlaşılır olsun, eğer müteahhidin zaten durumdan haberi varsa artık ayıp bildiriminde bulunmanın anlamı kalmaz. Zaten genelde bu, müteahhidin gerçek durumu iş sahibinden sakladığı durumlardır bu yüzden iş sahibinin herhangi bir bildirimine gerek olmadan ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir (Borçlar Kanunu m.362/1). Bu ayıbın, iş sahibi tarafından farkına varılmasından itibaren ta ki zamanaşımı süresi dolana kadar muayene ve bildirim yükümüne tabi olmaksızın haklarını kullanabilir. Ancak bundan yararlanmanın koşulu da; iş sahibinin müteahhidin ayıptan haberi olduğunu ve kendisinden gizlendiğinin ispat etmesidir²³¹.

Ayrıca ihbar süresini düzenleyen yasa hükmü emredici olmadığından taraflar sözleşmede ihbar süresine ilişkin hükümlerde değişiklik yapabilirler²³². Ancak tespit edilecek süre muayene ve ihbarı imkansızlaştıracak kadar kısa olamaz.

Sözleşmede, kısa bir garanti süresinin kabul edilmiş olması ihbar süresinin de bu garanti süresi ile sınırlı tutulmak istendiğini gösterir. Genelde, bir garanti süresinin kabulü, ihbar süresinin de garanti süresinin sonuna kadar uzatıldığı anlamına gelmektedir²³³.

Eserin, iş sahibi tarafından ayıpları ile birlikte açıkça kabulü veya yasada beyan edilen süre içinde muayene edilmemesi ya da ayıpların derhal bildirilmemesi halinde, müteahhit açık ayıplar nedeniyle her türlü sorumluluktan kurtulur. Yani iş sahibi açık ayıplar

²³⁰ Pedrazzini, M.M, Schweizerisches Privatrecht, Bd VII/, Basel- Stuttgart 1977, s.527 naklen Prof. Haluk Tandoğan'ın anısına "Melanges ala memoire du Prof.Haluk, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Haluk Burcuoğlu,, Ankara 1990, s.311.

²³¹ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.202.

²³² Tandoğan s.174.

²³³ Uçar, s.146.

açısından müteahhidi ibra etmiş olur. Ancak gizli ayıplara ilişkin sorumluluğu devam eder. İş sahibi teslim esnasında tespit ettiği ayıplara ilişkin ihtirazı kayıt ileri sürerek eseri teslim alırsa hakları korunmuş olur. Bildirme külfetinin vaktinde yerine getirilmediğini iddia etmek müteahhide aittir; buna karşılık iş sahibinin bildirim külfetini vaktinde yaptığını kanıtlaması yeterlidir. Müteahhit ise bu kanıtlanan zamanda yapılan bildirim ayıbın öğrenilmesinden sonra derhal yapılmadığı, geç yapıldığı şeklindeki iddiasını kanıtlamalı yoksa iş sahibinin geç kalmadığı, yani olumsuz ispat etmek zorunda kalırdı ki bu da ispat hukukuna aykırı olurdu²³⁴.

Ayıp ihbarının bildirim şekle tabi değildir. Bildirim sözlü de yapılabilir ancak yazılı bildirim ispat kolaylığı sağlar. Hatta bazen iş sahibinin hal ve davranışları ihbar yerine geçebilir. Örneğin: Sözleşmede inşaatın teslimi ile ödeneceği kararlaştırılan yapı bedelinin ödenmeyeceğinin bildirilmesi, mevcut inşaatın bozularak ya da sökülerek istif edilmesi iş sahibinin ortaya koyduğu ayıba ilişkin irade beyanlarıdır²³⁵.

Ayıp ihbarının yapıldığı tanık dahil, her tür delille ispat edilebilir. Kural olarak, taraflar arasında uyuşmazlık varsa ayıp ihbarının yapıldığını ispat külfetinin iş sahibinde, süresinde yapılmadığı ispatının da müteahhit de bulunduğu kabul edilir²³⁶.

Bildirim, müteahhide ulaştığı anda değil, gönderildiği anda hukuki sonuçlarını doğuracağını kabul edilmektedir²³⁷. Yoksa beyanın geç ulaşması neticesinde iş sahibi geç bildirim yapmış sayılacağından aleyhine sonuç doğabilir. Ancak bu durum sayesinde zamanında gönderilen bildirim, müteahhide geç ulaşsa bile iş sahibi tüm haklarından yararlanır. Borçlar Kanunu m.359/2'ye göre ise; resmi bilirkişi kanalıyla muayene durumlarında, bilirkişinin raporunun müteahhide tebliği veya dava açılması ile tebligat bildirim değerindedir²³⁸.

Ayıpların vaktinde bildirilmediğini ileri sürmek müteahhide düşer; müteahhit iddia etmese bile hakim re'sen gözetmeden ayıp bildirim vaktinde yapılmış gibi karar verir. Oysa müteahhit ayıp bildirimini geç yapıldığını iddia ederse o halde bildirim vaktinde yapıldığının ispatı iş sahibine ait olacaktır²³⁹.

²³⁴ Tandoğan, s.222.

²³⁵ Karataş, s.160; Tandoğan, s. 173.

²³⁶ Karataş, s.159.

²³⁷ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.152.

²³⁸Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.151; Yarg.15.HD., T.3.11.1977, 1849/2033, Yarg.15.TD., T.26.10.1970, 5229/3926 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.118).

²³⁹ Tandoğan, s.176.

Yargıtay 15.HD. 01.10.2001 T., 2001/3292 E., 2001/4203 K. Sayılı kararında “...ayıp ihbarı yazılı olarak yapılabileceği gibi, tanık anlatımıyla da kanıtlanabilir.” Şeklindeki yerleşmiş kararı ile tanıkla ayıp ihbarının tespitine olanak tanımaktadır²⁴⁰.

d) AYIBIN İŞ SAHİBİNE YÜKLENEMEMESİ

İnşaatın ayıplı olmasından eğer iş sahibi sorumlu ise, iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamaz. Bunu Borçlar Kanunu m361’den çıkartmaktayız; “yapılan şeyin ayıplı olması müteahhidin sarahaten beyan ettiği mütalaaya aykırı olarak iş sahibinin verdiği emirlerden kaynaklanmış olur veya herhangi bir sebeple iş sahibine isnadı kabil olursa, iş sahibi o şeyin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.” Yani anlaşılacağı gibi, inşaatın ayıplı olması, iş sahibi kusurlu olmasa dahi, ayıplı duruma kendi faaliyet alanına giren bir nedenden dolayı ortaya çıkarsa Borçlar Kanunu m.360 hükümlerine başvuramaz.

İş sahibinin faaliyet alanına ilişkin sebeplerden birincisi; iş sahibinin vermiş olduğu yanlış talimat yüzünden inşaatın ayıplı olmasıdır. Talimat sözlü de olsa geçerli olup, yazılı olması ispat bakımından yarar sağlar. Bunun yanında diğer sebep; inşaatın yapılmasında kullanılacak malzemedeki bozukluk yüzünden inşaat ayıplı olursa da, bu malzemeleri tedarik eden iş sahibi inşaatteki bu ayıptan da sorumlu olur.

Ancak bu iki durum gerçekleşmeden önce de müteahhide bir takım görevler verilmiştir. Zira Borçlar Kanunu m.357/3 hükümleri, kullanılan malzemenin veya verilen yerin elverişsizliği ya da başka bir sebep inşaatın ayıplı olma tehlikesini doğuracaksa, müteahhide, durumu inceleme, denetleme ve iş sahibine bildirme yükümü getirmiştir. Bu yüzden, iş sahibinin hatalı talimatı ve elverişsiz malzeme vermesi müteahhidi her zaman sorumluluktan kurtarmaz. Müteahhit bu uyarı şeklindeki yükümlülüğünü yerine getirmelidir, aksi halde iş sahibinin olumsuz hareketleri neticesi oluşan ayıptan gene müteahhit sorumlu olur. Ancak müteahhit her türlü uzmanlık gerektiren çabayı göstermesine rağmen iş sahibinin davranışının neticesini öngörebilmesi mümkün değilse o halde uyarı yükümlülüğü söz konusu olmaz.

Eğer iş sahibi ile müteahhidin ortak kusurluluk halinde bulunurda bu ortak kusurdan inşaat ayıplı meydana gelirse, böyle bir durumda müteahhit kısmen dahi olsa sorumluluktan kaçamaz, (Zarar tazmininde birlikte kusur yoluyla indirim mümkün olacaktır)

²⁴⁰ www.kazanci.com.

ve iş sahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanır²⁴¹. Ayrıca iş sahibinin Borçlar Kanunu m.100 çerçevesindeki yardımcı kişilerinin (özellikle iş sahibi adına işi takip eden mimar ve mühendisler) davranış ve talimatları yüzünden inşaat ayıplı olması halinde iş sahibi, müteahhidin kendisine düşen uyarma yükümlülüğü yapması şartıyla, bu ayıplara dayanarak herhangi bir hak talep edemez²⁴².

2-) İŞ SAHİBİNİN ESERİN AYIPLI OLMASINDAN DOĞAN SEÇİMLİK HAKLARI

a) GENEL OLARAK

Borçlar Kanunu m.360 hükmü uyarınca, kendisine ayıplı bir eser teslim edilen iş sahibi, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olması halinde, müteahhidin kusurlu olması şartına bakılmaksızın ayıbın önemine göre, sözleşmeden dönme, ücretten indirim ve onarım hakları arasında bir seçim yapabilir. İş sahibi bu hakların yanında müteahhidin kusurlu olması şartıyla her durumda ayıbın önemine bakılmaksızın ayıp sonucu uğradığı zararların tazminini de talep edebilir. Uğranılan bu tür zararlara ilişkin tazminat talebi seçilen diğer haklarla birlikte de kullanılabilir.

Yasanın iş sahibine tanıdığı haklar, onun tasarrufuna bırakılan yani iş sahibince serbestçe kullanılacak haklar olup sonuçları, iradenin müteahhide ulaşmasıyla meydana gelir. Kural olarak bu haklardan birinin kullanılması diğer seçimlik hakların düşmesi sonucunu doğurur, yani; ancak seçim hakkının düşmesi kuralının bazı istisnaları vardır. Bunlardan ilki tazminat hakkıdır. Müteahhidin ayıplı ifade kusuru olması halinde tazminat diğer haklarla beraber istenebilir. Diğer istisnai durum ise; onarım seçimlik hakkı kullanıldığında onarımın başarısız olması durumunda iş sahibi, kanuni hükümler çerçevesinde seçim hakkını yeniden kullanabilir²⁴³.

Hakların kullanılmasında kusur sorununa değindiğimizde teslim edilen eserin ayıplı olmasına bizzat iş sahibinin sebep olmaması kaydıyla, müteahhidin kusurlu olması şartı aranmaksızın iş sahibine sözleşmeden dönme, ücrette indirim ve onarım haklarını seçme imkanı tanınmıştır. Bu hakların kullanılmasında kusursuz sorumluluk ilkesi edilmişken, ayıp sonucu ortaya çıkan zararların tazmininde kusur sorumluluğu prensibi benimsenerek ortaya çıkan zararın müteahhidin kusurundan kaynaklanması aranmıştır.

²⁴¹ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.190; Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.111; Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.171.

²⁴² Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.192; Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.112; Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.171 .

²⁴³ Uçar, s.166.

Kusuru ispat külfetinin kime ait olduğu hususunda tartışmalar vardır. Doktrinde baskın olan görüşe göre; ispat külfeti Borçlar Kanunu m.96 'ya göre belirlenmelidir. istisna sözleşmesinde müteahhit, sözleşmenin uzman tarafını oluşturduğu için, uzman olmayan iş sahibinin ortaya çıkan ayıbı ve doğan zararı ispat etmesi yeterli görülmelidir. Müteahhit ise sorumluluktan kurtulabilmek için kusursuzluğunu kendisini ispat etmelidir.

Diğer bir görüşe göre²⁴⁴ ise; istisna sözleşmesinde satım sözleşmesinden farklı olarak zarara sebebiyet veren kusurun iş sahibi tarafından ispat edilmesi gerekir. Eserin bozuk olmasından doğan hukuki sonuçlar istisna sözleşmesine ait hükümlerde çok geniş olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle Borçlar Kanunu m.96 hükmündeki karene uygulama alanı bulamaz. burada Medeni Kanun m.6²⁴⁵ 'ya göre belirlenmeli kusurun varlığını iş sahibi ispat etmelidir.

Kanımca, teslim edilen inşaatta ayıba sebebiyet veren kusurun ispatının, iş sahibine yüklenmesi hakkaniyete uygun değildir, çünkü inşaatı meydana getiren sözleşmenin uzman tarafı müteahhittir ve ayıplı inşaatın neden olduğu zararı ortaya çıkaran davranışın kusurlu olup olmadığını bilecek ve bunu kolaylıkla ortaya çıkarabilecek olan kendisidir. bu nedenle Borçlar Kanunu m.96 'daki gibi müteahhit karene olarak kusurlu sayılmalı ve aksini ispat müteahhide ait olmalıdır.

aa)Bedelin indirilmesi

Borçlar Kanunu m360/2'de düzenlenmiş bu yenilik doğuran hakka göre; teslim edilen eserdeki ayıp veya eserin sözleşmeye aykırılığı eseri kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede önemli değilse iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde ücretin indirilmesini veya büyük giderleri gerektirmemek kaydıyla eserin onarımını isteyebilir. Ayrıca müteahhit kusurlu ise ücretten indirim hakkının yanında zarar ve ziyarı da talep edebilir.

Ücretten indirim hakkının amacı; ayıp taşıyan edimle ücret arasındaki değer eşitliğini tekrar kurmaktır. Ayıbın neden olduğu değer düşüşü oranında iş sahibinin ödeyeceği ücretin düşürülmesi, edim değerinin eşitlenmesini sağlar²⁴⁶.

²⁴⁴ Uçar, s.169.

²⁴⁵ Medeni Kanun m.6 : Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.

²⁴⁶ Uçar, s.187.

Ücretten indirim hakkının kullanılabilmesi için bazı özel şartlar bir arada aranır. Buna göre; ayıplı yapı, tamamen değersiz olmamalı, az da olsa bir değer taşınmalıdır. Yani yapıdaki ayıp inşaatın değerini asgari bir değere düşürmelidir ve inşaatta bir değer eksikliği olmalıdır. Değer eksikliği, teslim edilen inşaatla, inşaatın ayıpsız olsaydı bunun değeri arasındaki farktır. Eserin ayıplı ve ayıpsız değerleri arasında bir fark var diyebilmek için ayıplı eser değerinin objektif olarak ayıpsız eser değerinden daha düşük olması gerekir. Eserdeki ayıp değer eksikliği yaratmıyor sadece, eserin amacına uygun kullanılmasını etkiliyorsa, şartların gerçekleşmesine göre, iş sahibi ücret indirimi dışındaki diğer seçimlik hakları kullanabilir. Örneğin; ısmarlama yapılan gözlüğün mercek numarasının iş sahibinin gözüne uymaması halinde eser ayıplı olmasına rağmen objektif bir değer kaybı olmadığı için iş sahibi ücretten indirim isteyemez.²⁴⁷ Yine aynı mantıkla kullanım amacı belirli olan bir inşaatı, bu amaca aykırı olarak yapan müteahhit, amaca uymamasına rağmen, bu ayıp değer eksikliği yaratmadığı için bedel indirimi olmamalıdır.

Bozucu yenilik doğuran bir hak olan bedel indirimi hakkı, açık veya zımni irade açıklamasıyla ya da hal ve davranışlarla kullanılabilir ve bu beyan iş sahibi tarafından tek taraflı olarak geri alınamaz. Bu hak kullanıldığında diğer seçimlik haklardan vazgeçilmiş olunur yani diğer seçimlik haklar düşer²⁴⁸. İş sahibinin ücretten indirim beyanının müteahhide varmasıyla hukuki sonuç doğar ve ayıp oranında bedel borcu azalmış olur.

İş sahibinin bildirim üzerine bedel borcunun niceliğinin değişmesi yasa gereği kendiliğinden gerçekleştiği için, bu indirilen miktarın ayrıca müteahhidin bedel alacağı ile takas edilmesine, iş sahibinin ayrıca bir takas beyanında bulunmasına gerek yoktur²⁴⁹.

Eserdeki ayıbın yarattığı değer kaybı zaman içinde artabilir ya da azalabilir. Bu nedenle, bedel indirimine esas oluşturacak ayıp oranının saptanmasında eserin teslim anı dikkate alınmalıdır. Teslim anından sonra dış etkenler nedeniyle bozuklukta artma müteahhit ile bağdaştırılmamalıdır. Zaten müteahhidin kusuru varsa onu tazminat olarak vermeye mahkumdur. Buna rağmen Yargıtay²⁵⁰ bazen ayıpları iş sahibinin bildirimde bulunduğu gündeki piyasa koşullarına ve eserin durumuna göre değerlendirmektedir. Eserdeki ayıp gizli ayıp ise; değerlendirme bunların ortaya çıktığı tarihteki ayıplı eserin

²⁴⁷ Uçar, s.188.

²⁴⁸ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.168; Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.95.

²⁴⁹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.96; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.168.

²⁵⁰ Yarg. 15.HD., 14.1.1974, E.8, K.68 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.96).

piyasa değeri gözönüne alınarak yapılması gerekmektedir.²⁵¹ Ancak ücret indirimi yapılırken de eserdeki ayıbın müteahhit ile iş sahibin birlikte kusuru neticesinde oluşup oluşmadığının da dikkate alınması gerekir.

Bu hakkın kullanılması halinde indirilecek miktarın tespitinde üç farklı metot vardır²⁵².

aaa) Mutlak Metot

Eserin ayıplı ve ayıpsız olarak değeri tespit edilir. İkisi arasındaki fark sözleşmede karşılaştırılan ücretten indirilir. Bu metot, eser çok ucuza ya da çok pahalıya mal olduğu takdirde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur.

aab)Tazminat Metodu

Kararlaştırılan ücret ile eserin ayıplı değeri arasındaki fark ücretten indirilir. Yani iş sahibi sadece ayıplı değeri ödemiş olur.

aac)Nisbi Metot

Eserin ayıplı ve ayıpsız objektif değeri arasındaki oran, karşılaştırılan ya da kanuna göre tayin edilen ücrete uygulanarak iş sahibi tarafından ödenecek olan indirilmiş ücret bulunur.

Formüle edersek: Ödenecek indirilmiş ücret = $\frac{\text{Kararlaştırılan ücret} \times \text{Ayıplı Değer}}{\text{Ayıpsız değer}}$

Nisbi metot bugün hem doktrinde hem de Yargıtay'da²⁵³ ücret indiriminde uygulanan metottur.

Bunların yanında literatürde zikredilmeyen ancak uygulamada yer alan “maliyetine göre hesaplama” adı altında bir yöntemde yer almaya başlamıştır. Buna göre yapının tamamlanmasına kadar malzeme ve işçilik olarak toplam maliyeti hesaplanmakta, ardından ayıp oluşturan yetersizliğin düzeltilmesi için gereken masraf hesaplanarak bu masrafın toplam maliyete oranı nispetinde bedeli toplam masraftan indirilmesi gündeme gelir²⁵⁴

²⁵¹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.96; Tandoğan, s.189; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.171-172.

²⁵² Tandoğan, s.189-192; Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.95-96.

²⁵³ Yarg. 15.HD., T.16.10.1978, E.1914, K.1944 (Yavuz, s.532).

²⁵⁴ Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.178.

bb)Ayıbın onarılmasını isteme hakkı

Teslim edilen eserdeki ayıp kabulden kaçınmayı haklı gösterecek kadar önemli değilse iş sahibi, Borçlar Kanunu m.360/2 'de belirtildiği üzere "...aşırı masraflı olmadığı takdirde eserin ücretsiz olarak düzeltilmesini..." isteyebilmektedir. Hem bu hakta hem de bedel indirimi hakkında, iş sahibi sözleşme ilişkisini çözücü dönme yetkisini değil, sadece sözleşme ilişkisinin konusunun değiştirici etkiye sahip olacaktır²⁵⁵.

Anarımı talep hakkı, müteahhit kusurlu olsun ya da olmasın eserin ayıplı olması durumunda iş sahibinin sözleşmeden dönme ya da ücret indirim haklarına alternatif olarak sahip olduğu eserdeki bütün ayıpların ortadan kaldırılmasını talep edebilme imkanı veren gereği gibi ifaya ilişkin özel bir talep hakkıdır²⁵⁶.

Anarımın hukuki niteliği konusunda yenilik doğuran bir hak olduğu hususunda yaygın görüş vardır²⁵⁷. Başka bir görüşe göre ise; bu hak yenilik doğuran bir hak olmayıp müteahhidin ayıpsız ifa borcuna ilişkin özel bir hükümdür ve bunun sonucunda iş sahibinin onarım hakkının kullanılması diğer seçimlik hakları düşürmez. Müteahhit, onarım borcunda temerrüde düşerse iş sahibi diğer seçimlik haklarına başvurabilir.²⁵⁸ Ayrıca onarım hakkı varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla kullanılır, geri alınamaz. Bu hakkın kullanılmasıyla birlikte müteahhit, kural olarak onarım masrafları kendisine ait olmak üzere ayıbı giderme borcu altına girer.²⁵⁹ Müteahhidin, onarımda temerrüde düşmesiyle iş sahibinin yeniden seçimlik haklarını kullanması onu yenilik doğuran bir hak olmaktan çıkarmaz.

Anarım hakkının kullanılabilmesi için yine genel şartların yanı sıra bazı özel şartlar da beraber gerçekleşmiş olmalıdır.

i)BK'da açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen eserdeki ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün olması gerekmektedir²⁶⁰. Eserdeki ayıpların kolaylıkla ortadan kaldırılamayacağı ya da kaldırılmasının imkansız olduğu hallerde onarım hakkının kullanılması mümkün olmaz. İmkansızlık müteahhitten kaynaklanan bir nedenden kaynaklanmış olsa bile, iş sahibinin onarım hakkını kullanmasına engel değildir. İnşaattaki

²⁵⁵ Kartal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi s.149.

²⁵⁶ Uçar, s.191.

²⁵⁷ Gauch, Nr.1204, 1206 vd. ve BGE 107 III108,JdT, 1983 II 58, naklen Tandoğan, s.192.

²⁵⁸ Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.97; Tandoğan, s.192; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.174.

²⁵⁹ Uçar, s.199.

²⁶⁰ Yarg. 15.HD., T.24.4.1984, E.84/748, K.84/1417 (Tandoğan, s.196).

ayıp kısmen giderilmişse ayıbın giderilmediği kısım için ayrıca eser bedelinden indirim hakkı ileri sürülebilir²⁶¹.

ii)Onarım aşırı masraf gerektirmemelidir. İş sahibinin onarım üzerine elde edeceği yarar ile müteahhidin onarım masrafları arasında açık bir dengesizlik varsa masraflar aşırı kabul edilir. Müteahhit, onarım masraflarını aşırı bulursa iş sahibinin onarım talebini reddedebilir²⁶².

İş sahibi, onarım hakkını kullandığında ayıpların giderilmesi için, müteahhide bir süre tayin edilmesi gerekir. Ancak bu yasal bir zorunluluk değildir. İş sahibi, gerek edimlerin niteliğine gerekse dürüstlük kuralına ve ayıbın önem ve kapsamına göre hakkaniyet ölçülerine göre objektif bir süre vermelidir. Bu süre genellikle iş sahibi tarafından tayin edilir²⁶³. Eksik işler bedeli, ihtirazi kayda gerek olmaksızın, teslimi takip eden makul süredeki serbest piyasa rayicine göre 5 yıllık zamanaşımı içinde talep edilebilir²⁶⁴.

Ayrıca iş sahibi, onarım için müteahhide uygun bir ortam da sağlamalıdır. İş sahibi uygun ortamı sağlamazsa örneğin; inşaat sözleşmelerinde müteahhidin inşaat sırasına girerek çalışmasına müsaade etmezse, kendisi alacaklı temerrüdüne düşmüş olur²⁶⁵.

Kural olarak ayıbın onarım masraflarını müteahhidin karşılaması gerekirken bazı hallerde iş sahibine de yükümlülükler düşmektedir: En başında ayıpsız ifa yapılsaydı yine iş sahibine yüklenecek masraflar ayıbın giderilmesi sırasında ona ait olacaktır. Bundan başka; ayıbı giderme masrafları Borçlar Kanunu m.360 uyarınca aşırı masraf konumuna girecek düzeyde ise, iş sahibi de masrafların bir kısmını üstlenmek durumunda kalır. Yine iş sahibi ayıbın ortaya çıkmasında birlikte kusura sahipse kusuru oranında ayıbın giderilmesi masraflarına ortak olmalıdır. Ayrıca haklı neden olmaksızın ayıbın onarılması hakkının geç bildirmiş ve bu sebeple ayıbın büyümesine ve fiyatın artmasına neden olan iş sahibi de fazladan ortaya çıkan masrafları ödemelidir²⁶⁶.

Müteahhit, verilen süreye ve sağlanan ortama rağmen derhal onarım borcunu ifa edip ayıbı gidermezse temerrüde düşer. Bu durumda iş sahibi Borçlar Kanunu m.106'daki seçimlik haklarını kullanabilir. Müteahhide uygun bir zaman vererek borç ifa edilmezse, aynen ifa ve gecikme tazminatını isteyebilir ya da aynen ifada vazgeçip inşaattaki ayıbın

²⁶¹ Karataş, s.168; Uçar, s.198; Tandoğan, s.196.

²⁶² Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.153; Tandoğan, s. 197.

²⁶³ Uçar, s.203.

²⁶⁴ Yarg.15.HD.1.05.2007 T., 2006/2232 E., 2007/2851 K.. (www.kazanci.com).

²⁶⁵ Uçar, s.203.

²⁶⁶ Tandoğan, s.96.

giderilmemesi nedeniyle uğranılan zararı isteyebilir ya da sözleşmeden dönerek sözleşmenin hükümsüzlüğünden dolayı uğradığı zararın tazminini talep edebilir.²⁶⁷ Kanımca Borçlar Kanunu m.106 ‘daki seçimlik hakların kullanılması için müteahhide mehil verilmesine gerek yoktur. Zira onarım yapılması için verilen uygun süreye rağmen bu borcunu ifa etmeyen müteahhidin bu davranışı Borçlar Kanunu m.107‘deki “borçlunun hal ve davranışlarından mehil verilmesinin gereksiz olduğu anlaşılıyorsa” şeklindeki hükme girmektedir.

Yine aynı düşünce ile müteahhidin tutumundan onarımı hiç veya uygun şekilde süresi içinde yapamayacağı anlaşılıyorsa; iş sahibi herhangi bir süreyi beklemeden diğer haklarını kullanabilecektir. Hatta onarım talebi hakkını kullanırken bunu belirtip aksi durumda hangi hakka yöneleceğini dahi belirtebilir²⁶⁸.

b)SÖZLEŞMEDEN DÖNME

Borçlar Kanunu m360/1; “ Eser, ismarlayanın kullanamayacağı veya hakkaniyete göre kabul etmesi beklenemeyecek derecede önemli ayıplı ya da başkaca akde aykırı olursa iş sahibi eseri kabulden imtina edebilir...” şeklindedir. Görüldüğü gibi sözleşmeden dönme veya fesih hakkından yasadaki açıkça söz edilmemiştir. Bu nedenle, yasadaki “kabulden imtina edebilir” ifadesi sözleşmeden dönülebilir şeklinde anlaşılmaktadır²⁶⁹.

Sözleşmeden dönme ile ilgili zaten daha önce yaptığımız genel açıklamaların yanında bir-iki not daha eklemenin faydası olacaktır. Bu irade beyanının şekli konusunda bir sınırlama yoktur. Dönme beyanı açık veya örtülü biçimde (eserin kullanılamaz olduğunu bildirerek geri yollanması, ödenen ücreti geri talep etme gibi) yapılabilir. İş sahibi dönme hakkını yöneltmesi gerekli tek taraflı bir irade açıklamasıyla kullanır. Yazılı bildirim ispat kolaylığı sağlamaktadır. Sözleşmeden dönmenin hüküm doğurması için müteahhidin rızasına gerek yoktur.

Sözleşmeden dönme ile geriye etkili olarak sona eren sözleşme ile tarafların karşılıklı olarak yükümlendikleri edimlere ilişkin alacakları da sona erer, ayrıca daha önce edimde bulunmuşlarsa geri verme yükümlülükleri doğar. Müteahhit ücretini almışsa bunu faizini de ekleyerek, iş sahibi ise inşaatı elde ettiği menfaatlerle birlikte geri vermek zorundadır. İnşaat sözleşmesi ilişkisi aktin feshi suretiyle sona erdirildiğinden, mahallinde

²⁶⁷ Karataş, s.168; Uçar, s.204; Tandoğan, s.198.

²⁶⁸ Tandoğan, s.193.

²⁶⁹ Yarg. 15.TD. T.15.12.1972, E.4675, K.5439 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi s.102); Tandoğan, s.177; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.160.

keşif yapılarak davacı alacağıının, işteki ayıplı imalat da dikkate alınıp belirlenmesi ve sonucuna göre alacağın tahsiline karar verilmesi gerekir²⁷⁰. İş sahibi sözleşmeden dönmesiyle bağlantılı olarak bir tazminat ödemek zorunda değildir ancak eğer eserin bozulmasına sebep olur veya bozukluk dönmeyi sağlayacak kadar önemli olmasa da yine dönmeye ısrar edilirse o halde tazminat ödemesi gerekir²⁷¹.

Borçlar Kanunu m.360/1 metnindeki “kabul” ile Borçlar Kanunu m.362’deki “kabul” aynı anlamlarda değildir. Daha önce de belirttiğimiz gibi Borçlar Kanunu m.362’de kabul üzerine müteahhidin ayıba karşı tekeffülden doğan tüm sorumluluğu kalkarken; Borçlar Kanunu m.360/1’ sadece kabulden kaçınılmayacak derecedeki ayıplar varsa eseri teslim alır ancak Borçlar Kanunu m.360/2 ‘deki haklarını kullanması imkanı vardır. Borçlar Kanunu m.360/1 hükmünün iş sahibine “kabulden kaçınmak” hakkıyla aslında hem eseri teslim almayı müteahhidi borçlu temerrüdüne düşürerek sözleşmeden dönme imkanı hem de ayıbı kabul anlamına gelmemek şartıyla teslim alıp ayıba karşı tekeffül hükümlerine ve özellikle sözleşmede dönme hakkını tanımıştır. Ancak borçlu temerrüdü hükümlerinde gördüğümüz üzere sözleşmeden dönme imkanı için uygun bir ek süre verilmesi gerekirken ayıplı ifa sonrası sözleşmeden dönmek için böyle bir şart yoktur. Buna Karşılık ilerde değineceğimiz aranan Borçlar Kanunu m.360’da belirtilen ayıbın ağırlığı her ikisi için de belli düzeyde olmalıdır. Yani yapıdaki ayıp o düzeyde değilse; iş sahibi yapıyı teslim almaktan kaçınmayacağı için müteahhidi temerrüde düşüremez. Teslim aldıktan sonra da ayıptan doğan haklardan da ancak sözleşmeden dönem dışındakilere başvurabilir.

İnşaatın bir kısmı ayıplı olsa ve bu kısım çok zor olmasa da ayrılabilme özelliğine haiz olsa bile, sözleşmeden dönmek isteyen iş sahibi bu hakkını ancak sözleşmenin tamamı için kullanabilme şansına sahiptir. Bunun sebebi taşınmaz inşasının bölünebilir bir edim olmamasıdır. (Bölünebilir bir edim söz konusu olursa yalnızca o ayıplı edim kısmı için dönme olabilir, inşaat sözleşmesinde de eğer bütünlük arzedenden bir durum varsa ve sadece bazı parçalarının ayıplı olması halinde artık tüm sözleşmeden dönülmez²⁷²) Ayrıca iş sahibi inşaatın ayıpsız kısmını uygun bir ücret karşılığında kabule de zorlanamaz²⁷³.

²⁷⁰ 15. HD, T. 22.11.2000, E. 2000/3345, K. 2000/5141 (www.kazanci.com).

²⁷¹ Tandoğan, s.178.

²⁷² Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.164; bina inşası sırasında kalorifer radyatörünü veya kapıları takmadıysa bu durumda tüm sözleşmeden dönülemez.

²⁷³ Tandoğan, s.180.

Sözleşmeden dönme beyanı tek taraflı olarak geri alınamaz; ancak dönme ile içeriği değişen sözleşme ilişkisi tarafların anlaşmasıyla yeniden eski içeriğiyle canlanabilir, böylece yeniden yapılandırılan sözleşme yeni sözleşme sayılmamalıdır²⁷⁴. Dönme hakkının kullanılması ile artık diğer seçimlik hakları talep hakkı ortadan kalkar; ancak dönme ile ortadan kaldırılan sözleşme anlaşma ile yeniden canlandırılırsa, anlaşmada aksi kararlaştırılmadıysa kaybedilen seçimlik haklar yeniden gündeme gelir.

Ayıp nedeniyle sözleşmeden dönmek için bazı şartların varlığı gerekir. Ayıba karşı tekeffülde doğacak seçimlik hakların kullanılması için gerekli olan ve ayrıntılı olarak incelediğimiz;

- *Eserin teslimi*
- *Eserin muayenesi*
- *Ayıbın ihbar külfeti*
- *Ayıbın iş sahibine yüklenmemesi*

sebeplerinin yanında şimdi değineceğimiz bazı sebeplere değineceğiz. Bunlarda kısaca;

- *Ayıbın derecesi,*
- *Eserin kabul edilmemesi ve diğer seçimlik haklara yönelmemesi*
- *İş sahibinin arsasında yapılan inşaatın yıkılması ve kaldırılması aşırı bir zarar doğurmamasıdır.*

ba)Ayıbın derecesi: Öncelikle inşaattaki ayıbın önemli ve belli bir derecede, ağırlıkta olması gerekir. İnşaatta, iş sahibi için yapıyı kullanılması olanağının bulunmadığı veya adalet anlayışı ve dürüstlük kuralı gereğince inşaatı kabul etmesinin kendisinden beklenemeyeceği ağırlıkta bir ayıp olmalıdır²⁷⁵. Ayıptaki önem derecesi, somut olayın özelliğine, tarafların menfaatinin hakkaniyete göre tartılması ile belirlenir. Buna göre, ayıp sözleşmeden beklenen amacı büyük ölçüde engelliyorsa artık hakkaniyet gereği yapının kabulü iş sahibi tarafından beklenmemelidir. Örneğin; inşaattaki ayıp onarımla giderilse bile bu tamir, yapının şeklini bozacak ve bu nedene iş sahibinin beklentisine uygun düşmeyecekse iş sahibi inşaatı kabul etmemede haklıdır²⁷⁶. Ancak yapılan inşaat iş sahibinin arsası üzerindeyse ve mahiyeti gereği sökülmesi ve kaldırılması önemli zararlara sebep olacaksa diğer seçimlik haklarını kullanmalı inşaatı kabulden kaçınmamalıdır²⁷⁷.

²⁷⁴ Tandoğan, s.180.

²⁷⁵ , Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.105.

²⁷⁶ Karataş, s.162.

²⁷⁷ Zevkliler, s.:33.

Bu ayıp derecesinin dönmeyi mümkün kılacak kadar önemli sayılabilecek kıstaslara göz attığımızda ilk olarak **inşaatin kullanılmayacak durumda olmasıdır**. İnşaat tamamen ve kesin şekilde kullanılmayacak hal alması halinde sözleşmeden dönüleceği hususu yasada açıkça belirtilmiştir²⁷⁸. Bazen çok basit ve kolay giderilebilir bir ayıp bile yapıyı kullanılmaz hale sokabilir²⁷⁹. Ancak bu durumlarda hemen sözleşmeden dönme düşünülmemelidir ve diğer seçimlik hakları öncelikli akla getirmek de fayda vardır.(Elektrik arızası sebebiyle asansörün çalışmaması, yapı kullanma izninin alınmaması)

Bir görüş;²⁸⁰ inşaattaki ayıbın inşaatin değerini bütünüyle sona erdiriyorsa seçimlik haklardan sadece sözleşmeden dönme kullanılmalı demesine rağmen diğer bir görüş²⁸¹ bu yorumu eleştirerek satım sözleşmesine benzetilmek istenen bu duruma gerek olmadığını çünkü inşaatin tüm değeri de yok olsa elimizdeki seçimlik diğer haklardan özellikle onarım isteme hakkını kullanarak dönme hakkının yerini tutabileceğine değinir. Kanaatimce hiçbir onarılmış inşaat, ayıpsız yapılmış bir inşaat seviyesine erişemeyeceğinden dönme hakkının kullanılması iş sahibinin daha lehine gözükmektedir.

Ayıbın derecesinin dönme hakkının kullanılmasına yönelik ikinci kıstası ise; **inşaatin kullanılmayacak durumda olmamakla birlikte iş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek miktarda ayıplı olmasıdır**. Buradaki ayıbın gerçekten bu derece bir ayıp olup olmadığı hakim tarafından takdir edilecektir²⁸²(Yalıtım bozukluğu sebebiyle devamlı duvar ve tavandan rutubet alan veya ısınma tesisatı olmayan inşaat). İnşaattaki ayıp, seçimlik haklardan olan onarım talep etme yoluyla giderilebilecekse dahi eğer bu onarımına rağmen, iş sahibi tarafından bunu kabul edemeyecek derecede ise dönmede ısrar etmekte haklı olabilir²⁸³.

Ayıbın, onarım yoluyla tamamen giderilmesi veya onarımın aşırı masraf gerektirmediği hallerde iş sahibinin onarım talebi veya bedel indirimi seçerek bunu bertaraf edebileceği, böyle bir durumda hiçbir zaman iş sahibinin sözleşmeden dönmesini gerektirebilecek, önemli derecede ayıbı bulunmadığı düşünülür²⁸⁴. Fakat buna rağmen bir

²⁷⁸ Tandoğan, s.182; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.106 (Kaba inşaatı ve çatısı bitmiş fakat penceresi takılmamış, elektrik ve su tesisatı yapılmamış yapı).

²⁷⁹ Yargıtay da böyle durumlarda hakkaniyet ve dürüstlük kuralı gereği değerlendirme yaparak ayıbın yorumlanmasını belirtmiştir.(Yarg.TD. T.15.12.1972, E.4675, K.5429, Yarg.15.HD, T.16.4.1974, E.274, K.360 (Tandoğan, s.181)).

²⁸⁰ Tunçomağ s.1016.

²⁸¹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.106.

²⁸² Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.106; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.162.

²⁸³ Tandoğan, s.182.

²⁸⁴ Gautschi, Art 365 N.32 b naklen Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.107.

görüŖ²⁸⁵; “iŖ sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek bir hal varsa ve bu durumdaki ayıp kapsamlı ve aŖırı olmasına rağmen, günlük teknolojik Ŗartlar altında ve ekonomik olarak çok güçlü olan müteahhitlerin (inŖaat Ŗirketlerinin) varlığında, onarımın maddi açıdan müteahhide hiçbir zarar vermeyecek bir durum sözkonusu olsa, yani iŖ sahibi bu kabulü beklenemeyecek ayıptan hiç etkilenmese dahi; dönme hakkını kullanılması gerekir, aksi halde bu seçimlik hakkın ayıbın derecesine bağlanma kriteri ortadan kalkmıŖ olur” demektedir.

Ayıbın derecesinin dönme hakkının kullanılmasına yönelik üçüncü kıstası ise; **inŖaatın sözleşmede açıkça belirtilmiŖ bazı özellikleri taşımamasıdır.** Borçlar Kanunu m.360/1’den anlaşılacağı üzere sözleşmede kararlaŖtırılan niteliklere aykırı yapılan hususlar tek başına sözleşmeden dönme sebebi yapılabilecektir. Ancak en ufak sözleşme dıŖına çıkılması ve belirtilen ince bir detayın yapıda olmaması iŖ sahibinin sözleşmeden dönme imkanını doğurur ki bu da yasanın ayıptan dolayı kaynaklanan sorumluluk sisteminin ruhuna ve dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar çıkmasına sebep olur. Bu yüzden madde amaca göre dikkatli yorumlanmalı ve sözleşmede hükme bağlanmış bazı özelliklerin inŖaatla bulunmamasıyla ayıp olarak değerlendirilen durumlarda, dürüstlük kuralı gereği iŖ sahibinin bu inŖaatı kabul etmesinin gerekip gerekmediği detaylı olarak incelenmelidir. Yargıtay da bu görüŖtedir²⁸⁶. Nitekim Borçlar Kanunu m.360/2 ‘de “iŖin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıdaki derecede öneme haiz değilse...” diyerek belirttiği durumlardaki ayıpların da aŖırı olmasının arandığı anlamındaki ifadeyle birinci ve ikinci fıkra arasında anlam karmaŖası yaratmakta olduğu gerçektir. Tüm bunlara karŖın sözleşmede açıkça belirtilen özellikleri doğru olarak yerine getirilmemesi yüzünden oluŖan ayıpların karine olarak iŖ sahibinin lehine yani iŖ sahibince kabul edilemez ayıplar olduğu kabul edilir ve bunun aksini ispatlamak müteahhide düşer²⁸⁷.

Böylece ayıbın derecesinin tespitinde dürüstlük kuralının önemli bir yer tuttuğunu gördük. Bunun yanında Borçlar Kanunu m.360/1’de ayıplı eserin iŖ sahibi tarafından kabulünün beklenebilir olup olmadığından bahsederken müteahhidin de durumunu göz önüne alınmalıdır. Yani iŖ sahibi ile müteahhit arasındaki çıkarlar dengesinin incelenerek,

²⁸⁵ Öz, İŖ Sahibinin Dönmesi, s.107.

²⁸⁶ Yarg. HGK., T.16.1.1971, E.69-T-385, K.14 (Sığnak yüksekliğinin 25 cm alçak olması; onarım mümkün olmasa dahi inŖaatın değer ve büyüklüğu yüzünden sözleşmeden dönmenin olanaksız olduğunu, yeterli ağırlıkta bir sebep olmadığı cihetle iŖ sahibinin tazminat ve bedel indirimi ile yetinmesini öngörmüŖtür.), Yarg. 15.HD, T.6.3.2002, E.2001/5594, K.2002/985 (Öz, İnŖaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.178).

²⁸⁷ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.163.

ayıbın iş sahibine yarattığı sıkıntı sebebiyle sözleşmeden dönme müteahhidi orantısız şekilde geri dönülemez zararlara uğratması muhtemelse o halde dönmeden bahsetmek hata olur, ancak müteahhit kişisel durumu itibariyle bu denli bir zarara uğramayacaksa o halde iş sahibinin sözleşmeden dönmesi mümkün olacaktır.

Kanımca, eğer bedel indirimi ya da eserin onarımı ile telafi edilebilecek bir ayıp söz konusuysa (biraz önce belirttiğimiz ayıbın derecesi nazara itibari alınarak hakkaniyet çerçevesinde değerlendirilmeye tabi tutulmak şartı ile) dönme hakkı tercih edilmemelidir. Çünkü aksi durum eser için emek ve zaman müteahhidin cezalandırılması sonucunu doğurabilir. Ancak önemli ayıba rağmen iş sahibinin diğer seçimlik haklarını kullanmasında yasal bir engel yoktur.

bb) Eserin kabul edilmemesi ve diğer seçimlik haklara yönelmemesi :

- Kabul, müteahhidin yaptığı işin, akde uygun olarak yapıldığı ve ayıp iddiasında bulunulmayacağı hususunda iş sahibince yapılan irade açıklamasıdır. İnşaatın fiilen teslim alınmış olması ya da zilyetliğinin iş sahibine geçmiş olması mutlaka onun kabul edilmiş olduğu anlamına gelmez. Teslim aslında iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğacak haklarını elde etmesi için bir ön şarttır. Fakat bu teslim alma sırasında iş sahibinin tutumu ve müteahhide ayıba karşı tekeffülden doğacak haklarını artık kullanmayacağı yolunda güven vermiş ve taahhüt etmişse o halde teslim ile kabulün aynı anda olduğunu söylemek doğru olur.

Kabul, kötü ifa olgusunu olumluya çeviren, müteahhide yönelmiş bir irade beyanıdır²⁸⁸. Kabul beyanı müteahhide ulaştığı andan itibaren geri alınamaz ve bu suretle diğer haklar canlanamaz²⁸⁹.

Kabul, her aşamada gündeme gelebilir; teslim sırasında olabileceği gibi muayene ve ayıp bildiriminin akabinde de ayıplı inşaat kabul edilebilir. Buna karşılık iş sahibi, yenilik doğuran haklar olan ayıptan ötürü iş sahibine tanınan seçimlik haklar fiilen kullanıldıktan sonra artık tek yanlı kabul beyanı ile bu yenilik doğuran hakların niteliği ile bağdaşmaması sebebiyle sonuçlarından kurtulamaz, tersi düşünülse iş sahibi aleyhine bir durum sezdiğinde her yaptığı işlemi geri alma yoluna gidebilir.

²⁸⁸ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.198-199.

²⁸⁹ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.199.

İş sahibi ayıplı inşaatı uygun bir ifa olarak kabul ederse, ayıp sebebiyle doğan seçimlik hakları ve tabi ki sözleşmeden dönme hakkını da kullanma şansını yitirecektir. İşin kabulü başlıklı yasa hükmünün ilk fıkrasında (Borçlar Kanunu m.362) yapılan yapıyı açıkça veya örtülü kabul halinde ilk bakışta göze çarpan ve usulüne uygun yapılan muayene sonrası fark edilen ayıplarla ilgili olarak müteahhit sorumluluktan kurtulur.

Ancak önceden de zikrettiğimiz gibi usulüne uygun muayene ile ortaya çıkabilecekken iş sahibinin farkına varmadığı yani teslimde göze çarpmamış ve müteahhidin kasten saklayarak yani kötü niyetli hareket ederek bildiği ama açıklamadığı ayıpların varlığı halinde kabul edilmiş inşaatı rağmen ayıba karşı tekeffül hükümleri ortadan kalkmayarak iş sahibinin hakkı korunmaya devam eder²⁹⁰.

Gizli ayıplarda ise; teslimden sonra ortaya çıkmaları halinde iş sahibi bu ayıbı öğrenince durumu derhal müteahhide bildirmese yani bildirme külfetini vaktinde yerine getirmezse²⁹¹ inşaatı kabul etmiş sayılır(Borçlar Kanunu m.362/3) ve ayıptan doğan seçimlik haklarını ve ayıp sonucu zararlarının tazminini isteme hakkını kaybeder. Ancak hükümde belirtmese de iş sahibi gizli ayıbı öğrendikten sonra da inşaatı o haliyle kabul etmesine bir engel yoktur.

İş sahibinin kabul beyanını bir şarta bağlaması da mümkündür²⁹². Örneğin bir ayıbın daha da artma imkanı varsa, o ayıbın artıp belli bir niceliğe ulaşmaması şartıyla inşaatın kabulü bu yöndedir. İnşaatın onarılması koşuluyla kabul edilmesinin de şartlı kabul olduğunu savunanların²⁹³ yanında bunun gerçek anlamda bir şarta bağlılık olmadığını düşünenler²⁹⁴ de vardır. Bu durumda Borçlar Kanunu m.360 'daki seçimlik haklardan "onarım talep hakkı" kullanılmış olur. Zaten onarım hakkı yerine getirilip de onarım yapılmazsa iş sahibi diğer seçimlik haklara kayabilmektedir. Böylece şartlı kabulün pratikte bir anlam ifade etmediği görülmektedir.

Kabulün, ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ve ayıp sonucu zarar tazmini talebini ortadan kaldırmasının yanında, başka sonuçları da vardır; bunlar eğer ifa vakti geçirilmiş ve müteahhit temerrüde düşürülmüş ise iş sahibinin isteyebileceği gecikme tazminatı ve gecikme için kararlaştırılan cezai şarta ilişkin taleplerin de ileri

²⁹⁰ Tandoğan, s.219.

²⁹¹Yarg. 15.HD., T.22.2.1980, E.871, K.1336; Yarg. 15.HD., T.22.5.1970, E.1024, K.2780; sonradan ortaya çıkan gizli bozukluğu haber verme ödevi hemen, derhal yerine getirilmelidir (Tandoğan, s.221).

²⁹²Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.199; Yarg. 15.HD. T.22.2.1977, E.3167, K.391, Yarg. 15.HD. T.28.2.1974, E.169, K.162.

²⁹³ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.199.

²⁹⁴ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.121.

sürülememesidir²⁹⁵. Yargıtay, da çoğu kararında ihtirazi kayıt konulmadan yapılan kabulün bu hakların kaybedileceği görüşündedir²⁹⁶.

- İnşaattaki ayıbın iş sahibince kabulü beklenemeyecek kadar önemli olması üzerine sözleşmeden dönme hakkının doğduğunu açıkladık. Ancak böyle bir durumla karşılaşan iş sahibi kesinlikle sözleşmeden dönecektir diye bir kural, zorunluluk yoktur. Ayıbın sözleşmeden dönmeye imkan verecek miktarda olması halinde dahi iş sahibi dilerse sözleşmeden dönmeyerek diğer seçimlik hakları olan bedel indirimi veya onarım talebi haklarını kullanabilir.

İş sahibinin yenilik doğuran hakkı olan bedel indirimi hakkını kullanması üzerine, yenilik doğuran hakların niteliği itibariyle geri alınamayacağı için artık diğer seçimlik haklara başvuramayacağı ve böylece tekrar sözleşmeden dönemeyeceği kesindir. Ancak Borçlar Kanunu m.9 hükmüne kıyasen, henüz diğer hakkı kullandığı bildirim müteahhide ulaşmadan önce varacak geri alma beyanı, bu bedel indirimi seçmeyi hükümsüz kılabılır. Hatta dönme beyanı daha sonra varmış olsa bile müteahhit önce dönmeyi öğrendiyse gene²⁹⁷ geri alma geçerlilik arz eder. Bunun yanında iş sahibinin iradesini sakatlayan durumlardan birinin varlığında da yapılan beyan yani seçilen haktan geri dönülüp iptal edilebilir ve gerçek iradeyi yansıtan bir beyanla sözleşmeden dönülebilir.

İnşaattaki ayıp sebebiyle yapının değeri düşer ve bu değerdeki düşüş yapının bedeline eş değerse iş sahibi sadece sözleşmeden dönebilecektir. Böyle bir durumda seçilen bedel indirimi hakkı hükümsüz sayılacağından, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi mümkün olacaktır²⁹⁸. Buna karşı bu çözümün aksine fikirde olanlar; bedel indiriminin bir anlam ifade etmemesi için ancak ayıp sebebiyle inşaatın hiçbir değer ifade etmediği bir durum olması gerekir²⁹⁹. Bu da inşaatın onarımı imkanı olmaması halinde ayıplı ifa olarak değil hiç ifa edilmemiş gibi yorumlanır.

İş sahibinin ayıp neticesinde onarım talep hakkını kullanması durumunda daha değişik bir yorumuyla katılan Seliçi'ye göre onarım talebinin, yenilik doğuran bir hak olmadığından, kullanılmasıyla diğer seçimlik haklar mutlak olarak kaybedilmez. Diğer seçimlik haklar ancak müteahhit usulüne uygun olarak onarım borcunu ifa ettiği an

²⁹⁵ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.119; Tandoğan, s.219; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.200.

²⁹⁶ Yarg. 15.HD., T.17.2.1977, E.247, K.353 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.119); Yarg. 15.HD., T.28.3.1974, E.292, K.288 (Tandoğan, s.218).

²⁹⁷ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.159.

²⁹⁸ Tandoğan, s.219.

²⁹⁹ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.167; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.123.

düŖecektir, yani o andan itibaren sözleşmeden dönme düşünülemez³⁰⁰. Onarım borcunun uygun ifası çalışmalara zamanında başlayarak, gerekli çalışmaların yürütülmesi ve sonunda ortaya ayıpların giderilmesi ile sanki hiç ayıp yokmuş gibi terk etmediğı takdirde onarım borcuna ihlal olduğı için iş sahibi diğere seçimlik haklarına özellikle de sözleşmeden dönme hakkına başvurabilir.

Müteahhidin usulüne uygun olarak onarıma başlamasına veya başlamışsa devam etmesine iş sahibinin kendi üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi engel oluyorsa o halde onarım borcu ifa edilmediğinden diğere seçimlik haklara başvurulamaz. Zira burada alacaklı temerrüdünden bahsedilir³⁰¹. Tabi müteahhit de iş sahibini zorlayıcı ve onun engel olmasını sağlayıcı ortamlar yaratmamış olmalıdır.

Onarımın yapıldığı süreye de dikkat edilmelidir. İçinde bulunulan duruma ve işin niteliğine özen gösterilerek onarıma uygun bir süre tayin edilmelidir. Eğer verilen süre söylediğimiz kriterlere uygun değilse iş sahibinin aleyhine olmamak şartıyla süre uzatılabilir³⁰². Fakat buna karşı olarak; bu sürenin yetersiz olduğunu anlayan veya anlaması gereken müteahhit bu durumu derhal iş sahibine bildirmeli aksi takdirde uygun süreye arttırılma kabul edilmemeli, verilen süre gerçekten yetersiz olsa dahi iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğı görüşü de benimsenebilir³⁰³.

Müteahhidin hal ve davranışlarından onarımı hiç veya uygun şekilde süresi içinde yapmayacağı anlaşılıyor ise; iş sahibi verilen süreyi beklemeden, daha en başta onarım talebi hakkını kullanırken belli sürede ayıpların onarılmaması halinde sözleşmeden döneceğini belirtmesinin mümkün olması yanında bunu belirtmese dahi sözleşmeden dönme hakkına sahiptir³⁰⁴. Buna örnek olarak “ en kısa zamanda veya tespit edilen zaman dilimi içerisinde onarılmazsa sözleşmeden döneceğim” gibi demin de belirttiğimiz gibi şarta bağılı olarak yapılan dönme beyanı gösterilebilir.

Ayrıca eğer onarım masrafları aşırı olursa; onarımla ilgili seçimlik hakkı kullanmak Borçlar Kanunu m.360/2 sebebiyle imkansızlaşmıştır. İş sahibi bu hakkını kullandığını bildirirse, kullanamayacağı için geçersiz sayılacağından, bu hakkın kullanılmış gibi görünmesi dönme hakkını düşürmeyecektir. Zaten onarımın aşırı masraf gerektirdiğı durumlar, ayıbın iş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek derecede olma ihtimali

³⁰⁰ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğı s.174.

³⁰¹ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğı s.179.

³⁰² Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğı s.179.

³⁰³ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.123.

³⁰⁴ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğı s.179.

olmasının yanında nadiren de olsa ayıbın onarımının aşırı masrafa tabi olmasa da ayıp, iş sahibince kabul edilemeyecek derecede olabilir.

bc) İş sahibinin arsasında yapılan inşaatın yıkılması ve kaldırılması aşırı bir zarar doğurmaması

Borçlar Kanunu m.360/3, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan bazı yapılarda, ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını sınırlandırmaktadır. Borçlar Kanunu m.360/3, şunu ifade etmektedir: Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olup da yıkılıp kaldırılması aşırı zarara yol açacağı durumlarda iş sahibi ancak bedel indirimi ve onarım isteme haklarını kullanabilecektir. Tabi eğer onarım da aşırı masraf gerektiriyorsa sadece bedel indirimi ve müteahhit kusurluysa tazminat istemekle sınırlı kalacaktır.

Borçlar Kanunu m.360/3, yaratılan değerlerin korunmasına yönelik ilkeyi benimseyerek hareket etmektedir. Bu ilkenin bu hükümlerle bağdaştırılmasının sebebi, oluşan durumlarda bir tek sözleşmeden dönme ile yapılan yapının yıkılarak müteahhide aynen iadesinden ibaret olmadığını göstermenin yanında sözleşmeden dönme üzerine müteahhidin aşırı zarara uğraşmasını engelleyebilmektir.

Bu madde inşaattaki ayıbın, iş sahibinden kabul edilmesini beklenemeyecek olması hali ile iş sahibinin arsasında yapılan inşaat işleri bakımından sözleşmeden dönmeyi engelleyen bir durumun olması halinde yürürlüğe girer. Bu yıkılıp kaldırılmanın aşırı masrafa yol açma kavramına yani hükmün yasak kapsamına; inşaat sadece binalardan ibaret olmadığından, arsa ile veya arsaya tabi bir yapıyla bütünleyici parça oluşturan ve bu yüzden sökülüp aynen iadesi imkansız veya aşırı derecede zarar verecek olan her türlü eser girer. Ancak arsanın bütünleyici parçası olmayan “taşınır inşaat” niteliğindeki eserler, Borçlar Kanunu m.360/3 hükmünün uygulama alanına girmez dolayısıyla dönme yasağından bağımsızdırlar. Buna karşın asansör³⁰⁵, 360/3 kapsamına alındığından dönme sözkonusu olmaz.

Öğreti³⁰⁶; inşaatın yıkılması ve kaldırılmasının fazla bir zarara sebebiyet vermesi hususunda kabul edilen kıstas; “bu haldeki inşaatın arsa ile beraber değeriyle, arsadan ayrıldıktan sonraki oluşan değer düşüşünün oranı” olarak tespit edilip, bunun

³⁰⁵ BGE 20 645 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.125).

³⁰⁶ Tandoğan s.183; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.163-164.

gözönünde bulundurulmasını savunmuşlardır. Bu sistem de sözleşmeden dönmeye tamamen karşı olup engellediği için çıkarlar dengesine ters düşmesi sebebiyle bazı yardımcı kıstas önerileri getirilmiştir. Örnek olarak olayda bedel indirimi müteahhide daha çok zarar verecek ise sözleşmeden dönme imkanı verip daha az zarar meydana gelmesi tavsiye edilir³⁰⁷.

Borçlar Kanunu m.360/3, doğrudan doğruya sözleşmeden dönmeyi yasakladığı için, sözleşmeden dönüp müteahhide sadece yapılan kısım ile ilgili olarak sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde değerini ödeyerek sıyrılması da engellenmiş olacaktır. Bu sebeple hükmün etkili olduğu bu yönü ile her somut olaya bu hükmün uygulanabilip uygulanamadığını tespit etmek için müteahhidin, sözleşmeden dönme durumunda maruz kalacağı koşullar da incelenmelidir³⁰⁸.

Durumun Borçlar Kanunu m.360/3 kapsamına girdiğini ve bu yüzden sözleşmeden dönüleceğini ispat yükü müteahhide aittir³⁰⁹. Müteahhit ilk olarak inşaatın yıkılıp, kaldırılmasının aşırı bir zarar doğuracak olmasını ispat edecektir. İş sahibi de buna karşılık, sebepsiz zenginleşme çerçevesinde yapılacak sözleşmeden dönme işleminin somut olayın özellikleri ve müteahhidin durumu bakımından adalet ve çıkarlar dengesine ters düşmeyecek ve uygun bir sonucun ortaya çıkacağını sağlam bir şekilde ortaya koymalıdır.

Son olarak; öğreti³¹⁰ ve uygulamada³¹¹ kabul edilen düşünceye göre; ayıplar inşaatın beklenen yararın tamamen ortadan kaldıracak düzeyde, inşaatın değerini hemen hemen bütünüyle yok ediyorsa artık müteahhidin durumuna bakılmaksızın iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul etmektedir. Artık böyle bir durumda yapının yıkılıp kaldırılmasının aşırı bir zarar doğurması söylenemez. Mesela yapı tekniği kurallarına göre güçlendirme olanağı bulunmayan, yıkılmaya yüz tutmuş bir yapının varlığı halinde, artık iş sahibi bu hükme takılmadan sözleşmeden dönebilecektir³¹².

³⁰⁷ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.164.

³⁰⁸ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.163.

³⁰⁹ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.164.

³¹⁰ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.164.

³¹¹ Yarg. 15.H.D, T.12.3.1980, E.268, K.613 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.127).

³¹² Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.164.

3-) ZAMANAŞIMI

Borçlar Kanunu m.363/1' e göre; Eserin ayıpları nedeniyle iş sahibinin sahip olduğu seçimlik hakları talep etme imkanı, alacaklının benzer hakları gibi zamanaşımına uğramaktadır. Şunu belirtelim ki bütün seçimlik haklar için sınırlandırılan süreler zamanaşımı süreleridir. Aslında yenilik doğuran haklar olan sözleşmeden dönme ve bedel indirimi hakları kural olarak hak düşürücü süreye tabi olurken alacak hakkı olan onarım talebi ise ifa talebi olarak kabul edilmesi sebebiyle zamanaşımına tabi olur. Ancak ne var ki, yasanın özel hükümle yaptığı tercih ile, seçimlik hakkın niteliğine bakılmaksızın ayıba karşı tekeffülden doğanların hepsi zamanaşımına tabi tutulmuştur. Bu da şu avantajları sağlamıştır: Zamanaşımı durması ve kesilmesinden hak düşürücü sürenin aksine yararlanmaları ve hakim in re'sen nazara almaması durumunu doğurmuştur.

Borçlar Kanunu m.363 hükmünün yaptığı yollama sonucu taşınmaz inşaatı dışında kalan istisna sözleşmelerinde kıyasen uygulanması kabul edilen, satımda ayıptan doğan hakların zamanaşımına ilişkin Borçlar Kanunu m.207/2 uyarınca ayıplı mal alan zamanaşımı dolduktan sonrada haklarını, müteahhit tarafın taleplerine karşı def'i yoluyla ileri sürebilecektir. İnşaat sözleşmeleri bakımından, zamanaşımı süresi dolduktan sonra müteahhidin bedel alacağı için açtığı davada, iş sahibi de zamanaşımına uğramış olsa bile, bedel indirimi seçimlik hakkını def'i şeklinde kullanabilir. Diğer seçimlik haklar olan dönme ve onarım talebi nitelikleri bakımından sonradan yapılacak olan def'i imkanından yararlanılmazlar³¹³.

Taşınmaz inşaatı dışında kalan diğer eserlerde zamanaşımı hükümlerini düzenleyen bu hüküm nedeniyle iş sahibinin ifadan doğan tüm hakları Borçlar Kanunu m.207 hükmü kıyasen uygulanır ve eserin ayıptan doğan tüm hakları taşınır eserin tesliminden itibaren bir yıllık sürede zamanaşımına uğrar. Bu bir yıllık zamanaşımı süresi iş sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarının yanında ayıp nedeniyle uğranılan zarar-ziyan tazminat hakkı için de geçerlidir.

Borçlar Kanunu m.363/1 hükmü müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğunun zamanaşımını yukarda açıkladığımız gibi yapmışken Borçlar Kanunu m.363/2, inşaat sözleşmelerinin, satımla ilgili maddelere yollama yapmayarak; iş sahibinin, müteahhide ve inşaat katılan mimar ve mühendise karşı ayıptan doğan hakları için beş yıl zamanaşımı

³¹³ Yavuz , s.528.

süresi düzenlemiştir. Taşınmaz inşaatı, bir ticari iş olsa dahi TTK hükümleri uygulanmayacak ve beş yıllık süre yine geçerliliğini sürdürecektir.

Zamanaşımı süreleri, eserin teslim alınmasından itibaren işlemeye başlayacaktır³¹⁴. Bu durum Borçlar Kanunu m.363/1' in atıf yaptığı Borçlar Kanunu m.207' de ve Borçlar Kanunu m.363/2'de belirtilmiştir. İnşaat sözleşmelerinde ise bu teslim, müteahhidin işi bitirdiğini, iş sahibine bildirmesi ile yapıyı onun zilyetliğine bırakarak çekilmesi ile gerçekleşir³¹⁵.

Konumuz olan inşaat sözleşmelerinde ayrıca Borçlar Kanunu m.126/b-4³¹⁶, de de açıkça belirtildiği üzere “...müteahhidin kasıt ve ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan tüm davalar” beş yıllık zamanaşımına tabidir der. Ayrıca bu maddeden de anlaşıldığı üzere, şayet ayıba müteahhit ağır kusurlu olarak (kasten ve ağır ihmali ile) ayıplı ifade bulunmuşsa, artık beş yıllık zamanaşımı söz konusu olmayacak; bu durumda Borçlar Kanunu m.125 uyarınca on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Borçlar Kanunu m.363/2'de bahsedilen üzerinde çalıştığımız ve sadece taşınmaz inşaatları için zikredilen beş yıllık bir zamanaşımı süresi ve kusurdan bahsetmiştir. 29.5.1956 tarihli 6763 sayılı kanunla eklenen Borçlar Kanunu m.126/4 ise tüm istisna akitlerini kapsamaktadır yani Borçlar Kanunu m.363/1-2'de kanunun bu maddesinden etkilenmektedir. Hangisinin uygulama alanı bulacağı da tartışmalı olsa da uygulamada Yargıtay'ın verdiği kararlar nazara alındığından 15.HD, Borçlar Kanunu m126/b-4'ü uygulama alanı yapmayı tercih ederek³¹⁷; taşınır-taşınmaz ayırımı yapmaksızın istisna sözleşmesinde dolayı açılacak davalar, müteahhidin kasıt veya ağır kusuru bulunması halinde on yıl (Borçlar Kanunu m.125)³¹⁸, diğer hallerde beş yıllık zamanaşımına tabi

³¹⁴ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.129; Eser sözleşmelerinde zamanaşımı süresi teslimden veya fesihten itibaren işlemeye başlar, Yarg.15.HD, 7.12.2006 T. 2006/7107 E. 2006/ 7172K. (www.kazanci.com).

³¹⁵ BGE 89II 405, Yarg.15.HD, 9.1.1981 T. 236 E. 252 K (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.129).

³¹⁶ Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu'nun 31.10.1995 tarihli ve 12066/14247 sayılı kararı Borçlar Kanunu m.126/4, Borçlar Kanunu m.363/1 i ilga edeceği yönünde görüş bildirmiştir (Yavuz, s.528; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.133).

³¹⁷ Dava, eser sözleşmesine dayalı tazminat talebine ilişkindir. Davacı, inşaatın fen ve tekniğine uygun yapılmadığını, gizli ayıplı olduğunu iddia etmiştir. Yüklenicinin ağır kusuru veya kastı varsa ayıplı imalat nedeniyle yükleniciye karşı açılacak davalar on yıllık zamanaşımına tabidir. Yerel mahkemece aksi kanaatle beş yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır. Yarg.15.HD, 22.9.2005 T. 2005/4525 E. 2005/ 4838K (www.kazanci.com).

³¹⁸ 818 sayılı Borçlar Kanunu 'nun 126/son maddesinde yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmediği ve ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı iş meydana getirmiş olduğu

tutulmuştur. Borçlar Kanunu m.126/b-4, ayıplı işlerden dolayı açılacak davaları da kapsadığından, 1.1.1957 tarihinden itibaren uygulamada Borçlar Kanunu m.363, Borçlar Kanunu m.207 ve Ticaret Kanunu m.25/4 uygulama alanı bulmamaktadır.

Kanımcı konumunuzun da taşınmaz inşaatı olması sebebiyle Borçlar Kanunu m126/b-4 'ün uygulanabilirliği karşısında bu hükümde açıkça dışarıda tuttuğu “*müteahhidin kasıt ve ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar*” hakkında genel zamanaşımı kuralı uygulamak yerine Borçlar Kanunu m.363'ü yetkili kılarak, Türk Hukuk sisteminde kafalarda soru işareti bırakacak duruma mahal vermeseydi daha takdir toplayıcı bir düzen yaratılmış olurdu.

Nitekim, bir kısım hukukçular³¹⁹, Borçlar Kanunu m.126/b-4'ün, Borçlar Kanunu m.363 hükümlerini yürürlükten kaldırmadığını belirtmişlerdir, aksine Borçlar Kanunu m.126/b-4'ün, ayıplı malzeme kullanma ve ayıplı iş yapma durumunu bertaraf ederek, Borçlar Kanunu m.363 aynen uygulanacaktır. Borçlar Kanunu m.126/b-4'in kapsamına; sadece müteahhidin sözleşmeden doğan bir borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesinin eserdeki ayıp dışında yaratacağı sonuçlar girecektir. Yani eğer borcun ihlali, gereği gibi yerine getirmemesi ayıp-bozukluk şeklinde ortaya çıkarsa Borçlar Kanunu m363, ancak başka türlü bir kötü ifa veya ifa etmemeden bir durum olurda somut biçimde sözleşmeye aykırı davranış eserde bozukluk yaratmazsa Borçlar Kanunu m.126/b-4 uygulanır. Buna karşın Karahasan³²⁰; tam aksini savunarak Yargıtay'ın paralelinde bir görüş bildirmiştir.

4-) ZARARIN TAZMİNİ

a)Zarar

İş sahibi, inşaatın ayıplı olması durumunda, bahsettiğimiz seçimlik haklara sahip olduğunu söylemiştik. Bunun yanında müteahhidin kusurlu olması şartı ile ayıbın derecesi ve önemine bakmaksızın ayıp nedeniyle uğradığı zararlarının tazminini, diğer seçimlik haklarıyla beraber isteyebileceği gibi, yalnız başına böyle bir tazminat talebinde de

haller madde kapsamı dışında bırakıldığından bu gibi durumlarda Borçlar Kanunu 'nun 125. maddesinde yer alan 10 yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanması gerekir. Yarg.15.HD, 23.11.2006 T. 2006/6624 E. 2006/ 6807K. (www.kazanci.com).

³¹⁹ Tandoğan s.133, Seliçi; Müteahhidin Sorumluluğu s.205-206.

³²⁰ Karahasan, s.306.

bulunabilir. Ancak iş sahibi, bu tazminat talebine ayıptan doğan diğer seçimlik hakların yerini alması için başvuramaz³²¹.

Burada ayıp sonucu uğranılan zarar kavramı; sözleşmeden dönme, ücretten indirim veya onarım hakkının kullanılmasına rağmen giderilemeyen zararlardır. Ayıptan doğan zararlar şeklindeki sınıflandırma, olumlu-olumsuz zarar ayırımı kapsamı dışında kalan özel bir zarar türü olarak; iş sahibinin ayıbın daha sonraki sonucu olarak ortaya çıkan fakat bu yüzden inşaatın değerinde oluşan azalma dışında kalan her türlü zarar olarak da tanımlanabilir. Dolayısıyla, ayıp sonucu ortaya çıkan zarardan bahsedebilmek için, müteahhidin sözleşmeye aykırı olarak kusurlu bir davranışıyla ayıplı bir ifada bulunması ve iş sahibinin bu yüzden bir zarara uğraması gerekir.³²² Diğer bir deyişle Ayıplı inşaat yapılmıyaydı, iş sahibi zarara uğramayacaktı; ancak inşaatın ayıplı olmasından dolayı iş sahibi zarara uğramıştır³²³.

Tazmini istenen zararlar, ayıp nedeniyle uğranılan ve ayıpla arasında nedensellik bağı olan zararlardır. Bunlar fiili (maddi olarak malvarlığında bir azalma) ya da şahsi zararlar olabileceği gibi kazanç kayıpları da olabilir. Bina sahibinin ayıp giderilinceye kadar binada oturamaması bu süre içinde otelde kalması sebebiyle yaptığı masraflar, bacanın teknik kurallara uygun yapılmaması nedeniyle çıkan yangın sonucu iş sahibinin uğradığı zararlar, ayıplı imal edilen duvarın çökmesi sonucu iş sahibinin yaralanması fili ve şahsi zararlara örneklerdir. İnşa edilen ayıplı evin iyi kira getirmemesi, bir tarla üzerinde inşaat çalışmaları başladığı için zirai faaliyetin durması nedeniyle uğranılan üretim kaybı, ayıplı makinenin tamiri nedeniyle işletmenin durması yüzünden üretimin durması ya da boşa giden sözleşmenin kurulmasına ilişkin masraflar, başka karlı sözleşmelerin kaçırılması nedeniyle uğranılan zararlar ise kar mahrumiyetidir³²⁴.

Borçlar Kanunu m.360 hükümlerinde ayıp nedeniyle uğranılan zararlar, ayıpsız ifaya ilişkin çıkar kaybı yani olumlu zarar olarak ortaya çıkabileceği gibi - örneğin inşa edilen ayıplı inşaatın iyi kira getirmemesi - bunun dışında da zararlar olarak çıkabilir. İnşaatteki ayıp yüzünden iş sahibinin ayıpsız ifa çıkarı dışındaki bazı değerlerinin zarar görmesi, yani malvarlığı kayıpları bunlardandır; örnek olarak ayıplı olarak inşa edilmiş bir

³²¹ Tandoğan, s.204.

³²² Uçar, s.212.

³²³ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.182.

³²⁴ Uçar, s.212-213; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.293.

inşaatın merdivenindeki ayıptan dolayı düşüp bacak kırılmasının ardından yapılan tedavi giderleri gösterilebilir³²⁵.

İş sahibinin, sözleşmeden dönme hakkını seçmesi halinde isteyebileceği ayıba bağlı zararlar sadece ayıpsız ifaya ilişkin çıkar kaybı yani olumlu zarar dışındaki zararlar olduğunu hatırlamak gerekir. Zira genel, kural Borçlar Kanunu m.108 hükümlerince sözleşmeden dönülmesi üzerine olumsuz zarar talep edilmesidir. Bu hüküm aksine bir düzenleme getirmeyen özel hükümlerdeki sözleşmeden dönme hallerinde de uygulanır³²⁶. Yani sözleşmeden dönen, ayıplı ifa dolayısıyla uğradığı çıkar kayıplarının tazminini (olumlu zarar) isteyemeyecektir. Bunların dönülen sözleşmeden beklenen ve elde edemediği kazancın tazmini (inşaatı elinde bulundurduğu sürece ayıplar yüzünden beklediği semereleri elde edememesi, mesela yapının eksik kira bedeliyle kiraya verilmesi) olduğunu belirtmiştik. Borçlar Kanunu m.360'daki “zarar ziyan istenir” sözü bu kurala aykırılık getirmez, burada sadece ayıplı ifadan doğan zararlar için yani olumsuz zararlar için tazminat istenebilecektir. Boşa giden sözleşmenin kurulmasına ilişkin masraflar, muayene ve taşıma masrafları, başka karlı bir sözleşmenin kaçırılması veya edimin yerine getirilmemesinden doğan zararların olumsuz zarar olarak bu çerçevede tazmini talep olunabilir.

Ayıp sonucu oluşan zararlar, sebebini ayıbın oluşturduğu, sözleşmeden dönme, ücret indirimi veya onarıma rağmen giderilemeyen zararlar olduğundan ayıp niteliği göstermeyen ve inşaattaki ayıptan kaynaklanmayan iş sahibinin uğradığı diğer zararlar, ayıp sonucu uğranılan zararların kapsamı dışında kalır³²⁷. Bu tür zararlar ayıpla ilgisi olmayan müteahhidin sözleşmeye aykırı davranması sonucu meydana gelen iş sahibinin uğradığı zararlardır. Ör: Müteahhidin inşaatın teslimini geciktirmesi, özen borcuna aykırı davranarak iş sahibinin başka şeylerini bozmaları, kişisel varlıklarını ihlal etmeleri veya inşaatın incelikleri hakkında yeterli uyarıların yapılmaması sonucu oluşan zararlar; ayıp sonucu ortaya çıkan zararlara dahil edilemez. Özellikle müteahhidin veya yardımcılarının inşa esnasında özen borcuna aykırı davranarak bizzat inşaata değil de başka bir malvarlığı değerine zarar vermesi, ayıp niteliğine bürünmedikçe sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlar kategorisine girer. Bunlara verilecek örnek olarak, inşaatın pencerelerini takarken kirletmesi, bunları temizlerken çizikler oluşturması, inşaatın çatısını yaparken bir balkona düşürdüğü kiremit ile balkonun zeminini çatlatması halleri verilebilir. Bunlar inşa edilen yapının maddi

³²⁵ Tandoğan, s.205.

³²⁶ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.294.

³²⁷ Uçar, s.213.

varlığındaki ayıplardan kaynaklanmaz o yüzden bu zararlar genel bir davranış borcu olan özen borcu ihlalden kaynaklandığı için tazmini genel hükümlere tabidir³²⁸.

Yukarda kapsamı belirtilen ayıp sonucu uğranılan zararlar, sözleşmeden doğan bir tazminat talebi olarak özen borcuna aykırılıktan doğan zararlardan farklı surette tazmin edilir. Özen borcuna aykırılık sonucu ortaya çıkan zararlar, Borçlar Kanunu m.356 ve 96 vd. hükümlerine göre tazmin edilirken, ayıp sonucu uğranılan zararlar buraya kadar bahsettiğimiz tüm şartların yerine getirilmesi ile genel hükümlerle birlikte Borçlar Kanunu m.360 maddesi hükmü çerçevesi içinde tazmin edilir³²⁹. Müteahhidin inşaattaki açık ayıbı bilmesi ve bu ayıbı kasten gizleyerek bildirmemesi sonucu iş sahibinin uğradığı zararın; ayıp sonucu zarar mı yoksa özen borcuna aykırılıktan oluşan bir zarar mı olduğu tartışmalıdır. Bir görüş³³⁰ özen borcu ihlali olduğunu ve Borçlar Kanunu m.356 ve 96 vd' na göre tazmini savunurken, diğer görüş³³¹ bu zararın Borçlar Kanunu m.360 hükmü çerçevesinde tazmin edileceğini yani ayıba bağlı bir zarar olduğu yönündedir. Kanaatimce bu zararların ayıptan doğan zarar olduğudur; çünkü kötüniyetli müteahhidin özen borcu burada ikinci aşamada kalır, zira bu tür bir zararın menşei ayıptır.

İnşaatın ayıplı olmasından dolayı iş sahibinin uğradığı manevi zararlar da ayıp sonucu uğranılan zararın kapsamı dışında kalır. İnşaatın ayıplı olması sebebiyle uğranılan manevi zararın tazmin edilebilmesi için borca aykırı davranışın, iş sahibinin beden tamlığına ya da kişilik haklarına zarar vermiş olması gerekir. Bu zarar ise ancak Borçlar Kanunu m.98/3'ün yollaması ile olayda Borçlar Kanunu m.47 ya da 49'un şartlarının gerçekleşmesi, yapılan tecavüzün ve kusurunda özel ağırlıkta olması koşuluyla' tazmin ettirilir.

b)Kusur

Müteahhidin, tazminattan sorumlu tutulması açısından kusurun derecesinin önemi yoktur. Kanun koyucu, seçimlik hakların kullanılması için müteahhidin kusurlu olmasını aramamışken, ayıp sonucu uğranılan zararların tazminini kusur şartına bağlayarak taraflar arası dengeyi kurmaya çalışmıştır. Müteahhidin hafif ihmali bile, iş sahibinin tazminat talebi ileri sürmesi için yeterlidir. Kusurun ağırlığı sadece tazminat miktarının tespitinde önem arz eder. Müteahhidin tazminat borcu doğumu için gerekli olan kusur koşulu, zarar verici

³²⁸ Uçar, s.215.

³²⁹ Uçar, s.214.

³³⁰ Tandoğan, s.206.

³³¹ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.184.

davranışta bulunurken sözleşmeden doğan özen borcunu ihlal ettiğinin söylenebileceği durumda gerçekleşmiş olmaktadır.

Tazminata hükmedilebilmesi için gerekli olan kusur unsuru, gerek sözleşmeden doğan sorumlulukta gerekse haksız fiil sorumluluğunda özdeş bir nitelik taşır. Tabi sözleşmedeki kusur unsuru, var olan belli bir borç yükümünün ihlaline yöneliktir. Sözleşmedeki borç yükümüne aykırı davranış da kasten ya da ihmali bir davranıştan ortaya çıkabilir.

Uçar'a göre kanun koyucu bu düzeni kurarken yalnızca müteahhidin ihmali bir davranışını değil bilakis ayıpsız olarak inşaat yapma ve teslim etme borçları bakımından borçlu olarak müteahhidi, gerek kasten gerekse ağır ve hafif ihmal ile borca aykırı davranması sonucu iş sahibine verdiği tüm zararlarla ilgili olarak sorumlu tutmak istemiştir³³². Kusurun derecesi, Borçlar Kanunu m.43 uyarınca borca aykırılık nedeniyle talep edilecek tazminatın kapsamını belirlemede rol oynar. Keza kast ve ağır ihmal dışındaki hafif ihmale dayanan tazminat sorumluluğu taraflarca bertaraf edilebilir.

İnşaatın ayıplı olarak imaline münhasırsan iş sahibinin bir davranışı sebep olmuşsa, müteahhit sorumluluktan kurtulur (Borçlar Kanunu m.361). Bu durumda iş sahibi ayıptan doğan haklarını kullanamaz. Ancak inşaatta ayıbın olması hem müteahhit hem de iş sahibine atfedilecek nedenlerden kaynaklanıyorsa o halde her birinin kusur oranı tespit edilerek bu orana göre tazminata hükmedilir³³³.

Müteahhidin ayıptan doğrudan doğruya meydana gelen zararlardan da sorumlu tutulabilmesi için kusur şartının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Görüşlerin³³⁴ en uygunu Uçar'ın da³³⁵ benimsediği ve benim de katıldığımı görüşüne göre; Borçlar Kanunu m.360'daki düzenlemede, zarar ve müteahhidin kusurundan söz edilmekle birlikte ayıp sonucu uğranılan zararlar, doğrudan ve dolaylı zarar şeklinde bir ayırımı tabi tutulmamıştır. Ancak doğrudan ve dolaylı zarar ayırımı yapmaksızın ayıp sonucu uğranılan tüm zararların tazmininin müteahhidin kusurlu olması şartına bağlı tutulması her durumda adaletli bir çözüm olmaz. Örneğin inşaattaki ayıp yüzünden iş sahibinin uğradığı bedensel varlığın zararı

³³² Uçar, s.218.

³³³ Yarg.15.HD 4.7.1989 T. 89/4668 E.89/4668 K. (Uçar, s.218).

³³⁴ Azınlıktaki görüşe göre; müteahhit, ayıptan doğrudan doğruya meydana gelen zararlardan Borçlar Kanunu m.205/2 kıyas yoluyla uygulanarak kusuru olmasa dahi sorumlu tutulabilir. Buna karşı çoğunluk Borçlar Kanunu m.360 doğrudan doğruya ve dolaylı zarar ayırımı yapılmaksızın müteahhidin kusuru şartına bağlı olarak ayıp sonucu uğranılan zararların tazmini düzenlenmiştir. Uçar, s.219; Tandoğan s.206-207.

³³⁵ Uçar, s.220.

gibi uğradığı fiili zarar ile kar mahrumiyeti şeklinde uğradığı bir zarar eşit tutulmamalıdır. Her iki zarar türünün tazmininin de müteahhidin kusurlu olması şartına bağlı olduğu düşünülmemelidir. Yani inşaattaki ayıbın iş sahibinin bedensel değerlerine verdiği fiili yani doğrudan zararlar (ayıplı tırmanma kayışının iş sahibinin sakatlanmasına sebep olması, tedavi giderlerine yol açması) müteahhidin kusursuz olması durumunda dahi iş sahibinin zararı tazmin edilmelidir. Çünkü uzman taraf olan müteahhit, bu tür durumları öngörüp gerekli önlemleri alması ondan beklenen davranıştır. Bu davranış yükümlülüğüne aykırı hareketi sonucu, kusuru olmasa da zararı tazmin durumuyla karşı karşıya kalır. Buna karşın sosyal yaşamda fiili zararlara göre daha az önem arz eden zararların tazmininde kusur şartı aranmalıdır.

Yukarıda belirtildiği gibi genel olarak ayıp nedeniyle uğranılan zararın tazmini için müteahhidin kusurlu olması gerekmektedir. Ancak burada tartışmalı konu kusuru ispat külfetinde ortaya çıkmaktadır.

Bir görüşe göre; kusurun varlığını iş sahibi ispat etmek zorundadır. Zira eserin ayıplı olmasındaki hukuki sonuçlar istisna sözleşmesinde geniş olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle Borçlar Kanunu m. 96 hükmü burada uygulanmaz.³³⁶ Kanaatimce, bu görüş zarara uğrayıp mağdur olan iş sahibinin cezalandırılmasına sebep olmaktadır çünkü yeterli teknik bilgisi olmayan iş sahibi müteahhidin kusurunu ispatlayamazsa zarara katlanmak zorunda kalacaktır.

Katıldığım diğer görüşe göre ise; ayıp sonucu zarar sözleşmeden doğan bir tazminat talebi doğurur ve müteahhidin bu zarardan dolayı sorumluluğu da kusura dayandığından Borçlar Kanunu m.96'daki genel esas uygulanarak sözleşmenin uzman tarafı olan müteahhit karine olarak kusurlu sayılacaktır. Müteahhit, edimin yerine getirilmesini engelleyen ve şahsından kaynaklanmayan olayların varlığını örneğin edimin yerine getirilmesi engelleyen, kendisinin sorumlu tutulmadığı veya olağanüstü durum ya da zorlayıcı nedenler gibi sebepleri ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir³³⁷.

Ayıp nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde tazminat talep edilirken, zarar tutarının belirlenmesinde, zarara uğrayanın malvarlığının hangi andaki durumunun dikkate alınması gerektiği tartışmaya konu olmuştur. İsviçre Federal Mahkemesi "sözleşmenin

³³⁶ Becker, Sözleşme, Art. 368, N.13,6 naklen Uçar, s.220.

³³⁷ Uçar, s.221.

yapıldığı tarihteki değerlerin dikkate alınması” görüşünü benimser³³⁸. Yargıtay³³⁹ ise bu konuda tam bir fikir birliğinde olmamakla birlikte bazı kararında ”tazminat davasının açıldığı tarih”, bazı kararlarında ise zarar verici olayın cereyan ettiği tarihi” esas alır. Öz³⁴⁰ ise hakim hüküm verirken olabildiğince hükme yakın bir tarihte hesaplama yapmasının doğru olduğunu belirtir. Zaten uygulamada da zarar hesabını çoğunlukla bilirkişiler yaptığından Öz’ün bu görüşü bilirkişi incelemesinin yapıldığı tarihe göre de hesap edilmesi yanlış olmaz.

Zararın miktarı Borçlar Kanunu m.43 ve 44 ‘te belirtildiği üzere müteahhidin kusurunun ağırlığı ile ve varsa iş sahibinin birlikte kusuru da dikkate alınarak tespit edilmelidir. Ama tabii ki ayıbın sebebi sadece iş sahibinin davranışı olmayıp, müteahhidin işin icrasındaki özensiz davranışı da ortak sebep olarak belirleniyorsa müteahhit sorumluluktan kurtulamaz.³⁴¹ Zira zararın doğmasında veya artmasında zarar görenin bir etkisi var ise tazminat miktarından indirim yapılır³⁴². Zarar tam oluşmadıysa veya tüm sonuçlar kestirilemiyorsa, yeni tazmin saklı tutularak ikinci tazminat davası yoluna gidilebilir.

C-SADAKAT, ÖZEN ve İŞİ BİZZAT YAPMA BORÇLARINA AYKIRILIKTAN DOLAYI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

a)Sadakat Borcu

Sadakat borcu, müteahhidin diğer borçlarından farklı olarak BK’ da ayrıca ve açıkça düzenlenmiş değildir. Bu demek değildir ki müteahhit üzerine aldığı işi sadakatli bir şekilde yerine getirmeyecektir. Sadakat borcunun bir kaynağı dürüstlük kuralı diğeri ise inşaat yani istisna sözleşmesinin iş görme sözleşmesi (vekalet sözleşmesine kıyasen Borçlar Kanunu m.390) olmasından dolayı meydana gelen bir borçtur³⁴³. İş görme

³³⁸ BGE 47 II 188 (Uçar, s.223).

³³⁹ Y.İBK,T.28.11.1956, E.1956/15, K. 1956/15, Yarg.4.HD, T. 7.2.1957 , E.8682, K.569 (Uçar, s.223).

³⁴⁰ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.298.

³⁴¹ Uçar, s.223.

³⁴² Yarg.15.HD, T. 9.5.1997 , E.1426, K.2474 (Uçar, s.223).

³⁴³ Tandoğan, s.48 vd.; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.86 vd.; Aral, s.349, Eren, Faruk, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, Batıder, Ankara, s.73vd.

sözleşmelerinin özelliği, işi yerine getirmesi gereken borçlunun, güven ilişkisinin sıklığından da hareketle alacaklının menfaatlerini ön planda tutması gerekmesidir.

Sadakat borcunun sözleşmeden kaynaklanan diğer borçlardan farklı olarak, sadece sözleşmenin ifası sırasında değil, onun öncesinde, kurulmasında ve hatta ifasından sonra da halen devam eden bir borçtur³⁴⁴ Yani müteahhit, inşaatı, iş sahibinin yararına olacak şekilde ona hiçbir zarar vermeden tamamlamanın yanında iş sahibinin her alandaki çıkarlarını gözetme ve sözleşme sayesinde elde ettiği pozisyonu kendi çıkarına kullanmama sorumluluğu hem sadakat hem özen borcundandır. Ör: Eline geçen iş sahibine ait projeleri, planları, malzemeyi iş sahibinden izinsiz başkasına vermeme, başka işlerde kullanmama, sır saklama olabilir.

Sadakat borcu ile özen borcu arasında sıkı bir ilişki vardır. Bu ilişki özellikle ifa sırasında daha yoğun bir biçimde kendini gösterir, hatta bu aşamada ayırt etmek güç bir hal alır³⁴⁵. İfa aşamasından önceki ve sonraki dönemlerde ise genellikle sadakat borcu gündeme gelir. Sadakat borcu, özen borcundan daha geniş bir kavram olup, özen borcu sadakat borcunun sonucudur. Sadakat borcu, iş sahibinin yararına davranıp zarar verici davranışlardan kaçınma olduğundan hem yapma hem de yapmama borcunun yerine getirilmesine hizmet eder.

Müteahhidin sadakat borcunun iki özel görüntüsü Borçlar Kanunu m.357'de düzenlenmiştir³⁴⁶. Bunlarda biri Borçlar Kanunu m.357/2'deki malzemenin iş sahibi tarafından verildiğinde müteahhidin malzemenin kullanılışı hakkında hesap vermek ve arta kalanı iade etmek borcudur. Ancak genellikle uygulamada malzemeyi müteahhit sağladığından çok da karşılaşılan bir durum değildir. Meğer ki arsa payı karşılığı kat inşaatı sözleşmesinde iş sahibi kendi payına düşen bağımsız bölümlerde kendi malzemesinin kullanılmasını istesin. Diğeri ise 357/son'daki; iş devam ederken iş sahibinin vermiş olduğu malzemenin veya göstermiş olduğu arsanın ayıplı olduğunu anlarsa veya inşaatın tam ve zamanında ifasını tehlikeye düşürecek başka bir hal meydana gelirse müteahhidin bu durumu derhal iş sahibine bildirmesi gerektiği durumdur. Bu yükümlülük gereği iş sahibinin aktin gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye düşürecek olan talimat karşısında onu uyarmalı, bu uyarıya rağmen iş sahibi

³⁴⁴ Tandoğan, s.50; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.86.

³⁴⁵ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.86.

³⁴⁶ Tandoğan, s.49.

ısrar ederse müteahhit bu yüzden doğacak zararlardan sorumlu olmaz³⁴⁷(Borçlar Kanunu m.361) ve inşaat bu talimat sebebiyle telef olursa müteahhit yaptığı işin değerini ve masraflarının karşılığını talep edebilir (Borçlar Kanunu m.368/3). Ancak müteahhit uyarma yükümlülüğünü yerine getirmemişse, o halde iş sahibi ayıpla ilgili haklarını ileri sürebileceği gibi tazminat da isteyebilir. Ayrıca aslında burada genel bir ihbar yükümlülüğü de ortaya çıkar; yani yalnız malzeme veya arsayla ilgili değil, inşaatla ilgili tüm işlerde derhal iş sahibine haber vermekle yükümlü sayılmalıdır.

Müteahhidin sadakat borcuna aykırı davranması halinde bu yüzden uğranılan zarar; inşaat kararlaştırılan nitelik ve zamanda teslim edilmiş olsa bile tazmin edilir³⁴⁸. Eğer müteahhit bu işten kar elde etmişse, iş sahibi Borçlar Kanunu m.414'ü kıyas yoluyla uygulayarak karın devrini isteyebilir. İnşaat tamamlanmadan, müteahhit sadakat borcuna aykırı davranırsa, iş sahibi Borçlar Kanunu m.369 veya Borçlar Kanunu m.358/2 ile Borçlar Kanunu m.106 uyarınca sözleşmeden dönme hakkına sahiptir³⁴⁹.

b)Özen Borcu

ba)Genel Olarak

Borçlar Kanunumuz müteahhidin işinin sonucunda sorumlu tutulmasını sağlayan ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yanında ayrıca onun işinde gerekli özeni göstermemesinden dolayı sorumluluğunu öngörmüş bulunmaktadır (Borçlar Kanunu m.356/1). Oysa diğer bazı Medeni Kanunlar, sonuç sorumluluğunun özene dayanan sorumluluğu gereksiz kıldığı ve müteahhidin işinde göstermesi özen için akdi sorumluluğa ilişkin yeterli olduğunu düşündüğü halde, BK' mız sonuç sorumluluğunun karşılayamayacağı olasılıkların mümkün olduğu halleri dikkate almıştır³⁵⁰. Zira ayıplı olmamakla birlikte, iş sahibi sözleşmeden beklediği menfaati, çeşitli nedenlerle tam olarak elde edemeyebilir. İşte özen borcunun özü; ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu doğurmayan fakat işin niteliği gereği yerine getirilmesi gereken bir borçtur³⁵¹. Özellikle inşaatın tesliminden sonra istenilen nitelikleri yoksa ayıba karşı tekeffüle başvurulur

³⁴⁷ Yarg.15.HD, T.8.5.1981, E.989, K.1069, Yarg.15.HD, T.13.4.1978, E.822, K.778 (Tandoğan, s. 50).

³⁴⁸ Tandoğan, s. 51.

³⁴⁹ Tandoğan, s. 51, Yavuz, s.506.

³⁵⁰ Tandoğan, s.51.

³⁵¹ Y. HGK , T.12.10.1994, 15-265/600 (Gökyayla, Emre, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Y.1, S. 1, İstanbul 2002, s. 788).

ama ayıptan ileri gelmeyen özen yükümlülüğüne aykırılıktan doğan zararlar buna örnek olabilir.

Özen borcu, kanunda düzenlenmeyen sadakat borcunun somutlaştırılmış şeklidir³⁵². Özen yükümü, diğer yükümlerden farklı olarak, genel bir niteliğe sahip olup, müteahhit sözleşmeden doğan diğer yükümlerini yerine getirirken de özen yükümüne uymak zorundadır. Başka bir ifadeyle, müteahhit, sözleşmenin her aşamasında ve yerine getirmesi gereken borçların tamamında işini özenle yapmalıdır³⁵³. Özen yükümüne aykırı davranarak, işinde gerekli özeni göstermeyen müteahhit sorumlu olur (Borçlar Kanunu m. 356/D).

Müteahhidin özen borcu, inşaat sözleşmesinin kurulması ile başlar, inşaatın iş sahibine teslim edildiği ana kadar devam eder. İnşaatın tesliminden sonra da ayıba karşı tekeffül sorumluluğu şeklinde kendini gösterir³⁵⁴. Müteahhidin işi üstlenip yapıyı inşa ederken ve tamamlanmış inşaatın teslimi aşamasında göstereceği tüm gayret ve dikkati, bilim ve fene uygun çabaları özen borcu kapsamındadır³⁵⁵. Müteahhit bir işi üstlenirken kendi bilgisinin, uzmanlığının, tecrübesinin ve parasal gücünün o iş için yeterli olup olmadığını iyice ölçmeli, o işin üstesinden gelip gelemeyeceğini belirlemeli ve bunlar için yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmalıdır³⁵⁶.

bb)Özen derecesi

İstisna sözleşmesinde müteahhidin genel özen yükümünü düzenleyen Borçlar Kanunu m.356/1'e göre, "müteahhidin mes'uliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mes'uliyetine dair olan hükümlere tabidir". Bu hüküm, kaynak İsviçre Borçlar Kanunundaki ifade biçimi gözönünde tutularak, müteahhidin işi yaparken, genellikle, hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen derecede özen göstermekle yükümlü olduğu şeklinde anlaşılmalıdır³⁵⁷. Kanunkoyucu, istisna sözleşmesinde müteahhidin özen yükümü hakkında, hizmet sözleşmesinde işçinin göstereceği özen yükümüne yollama yapmıştır. İşçinin hizmet sözleşmesinde göstermesi gereken özenin derecesi

³⁵² Gökyayla, s. 787.

³⁵³ Yarg.15.HD, T. 3.4.1996, E.1531, K.1892 (Prof.Dr.Kemal Oğuzman'a Armağan, GS Ün.v.H.F Dergisi Ocak 2002 Yıl:1, Sayı:1, s.787).

³⁵⁴ Yarg.15.HD, T. 12.10.1998, E.3228, K.3801 (Uçar, s.99).

³⁵⁵ Yarg.15.HD, T. 20.3.2003, E.4406, K.1449 (Uçar, A, s.99).

³⁵⁶ Tandoğan, s.56.

³⁵⁷ Tandoğan, s.54; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.92.

sözleşmeye, o iş için gerekli mesleki bilgi ve becerisine, işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken özelliklerine göre belirlenir (Borçlar Kanunu m. 321/II).

Müteahhidin özen yükümü konusunda işçinin özen yükümüne ilişkin hükümlere yollama yapılmasının isabetli olmadığı ifade edilmektedir. Zira maddedeki genellikle sözünden de anlaşılacağı üzere iki sözleşme arasında, gerek taahhüt edilen edimler gerek iş sahibi ile ilişkiler yönünden önemli farklar vardır. Müteahhit mesleki açıdan belirli bir uzmanlığa sahip olup, işçi gibi iş sahibinin emir ve talimatlarıyla bağlı değildir³⁵⁸. Bundan dolayı, işçiye oranla, müteahhitten daha fazla özen beklenir³⁵⁹. Müteahhit, benzer işi taahhüt eden bir müteahhitten, işlerde geçerli anlayışa göre beklenen her türlü özeni göstermekle yükümlüdür³⁶⁰.

Borçlar Kanunu m. 321/II uyarınca, hizmet sözleşmesinde iş sahibi, yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde işçiyi çalıştırıyorsa, bunun sonuçlarına da kendisi katlanır. Oysa istisna sözleşmesinde müteahhit, iş sahibinin kendisinin yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bilmesi gerekse bile, yine sorumlu olur. Yani müteahhidin sorumluluğu işçininkinden daha ağırdır³⁶¹. Zira müteahhidin, gerekli uzmanlığa sahip olmadığı bir işi yüklenmesi veya işin yerine getirilmesi için uzmanlardan yararlanmaması onun için bir kusur teşkil eder³⁶².

Müteahhidin özen derecesinin tayininde, tecrübeli ve uzman bir kimsenin teknik ve sanat kurallarına uygun hareket tarzı ölçü olarak alınır³⁶³. Buna göre müteahhit, eseri meydana getirirken, yapılan işte egemen olan anlayışa göre, benzer bir eserin meydana getirilmesinde makul ve dürüst bir müteahhidin göstermesi gereken tüm dikkat ve

³⁵⁸ Tandoğan, s. 54; Yavuz, s.507; Aral, s.348; Gökyayla, s. 790.

³⁵⁹ Tandoğan, s. 54; Aral, s.348; Gökyayla, s.790.

³⁶⁰ Tandoğan, s. 54; Aral, s.348; Gökyayla, s.790.

³⁶¹ Yüklenicinin özen borcu, yüklediği ediminin ifası için yapılması gereken hazırlık çalışmalarından eserin teslimine kadar devam eder. Yüklenicinin özen borcunun derecesi, işçinin, iş sözleşmesi gereğince işini yaparken göstermesi gereken özen gibi olduğu halde; sorumluluğu, bilgisi ve ekonomik gücü itibarıyla işinin uzmanı sayıldığından işçiye nazaran daha ağırdır. Yarg. 15.HD. T.17.11.2003, E.2003/2621, K.2003/5492 (www.kazancı.com).

³⁶² Oser-Schönenberger, Art. 365, Nr. 1, b.6 naklen Tandoğan, s. 54.

³⁶³ Bu husus, 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun (RG. 22.01.2002/24648) 53. maddesine dayanılarak, iş sahibi idareler tarafından 05.01.2002 tarih ve 4735sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na (RG. 22.01.2002/24648) göre sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasları tespit etmek amacıyla hazırlanan Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 15/III. maddesinde açıkça belirtilmektedir: "Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen projeye veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/veya teknik belgelerin işyerinin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yere, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır."

çabayı göstermek ve teknik kurallara uymak zorundadır³⁶⁴. Ayrıca, müteahhidin tacir sıfatını taşıması halinde, Ticaret Kanunu m.20 uyarınca basiretli bir işadamı gibi hareket etme zorunluluğu vardır. “Özen borcunun derecesi genellikle objektiftir. Bununla birlikte, bazı eserlerin meydana getirilmesi bakımından, sübjektif birtakım kıstasların da dikkate alınması zorunludur. Örneğin konumuz olan bir inşaatın yapılmasında ölçü alınacak özenin derecesi, özellikle teknik kurallar ve sözleşme çerçevesinde objektif biçimde tespit edilebilir.

Müteahhit inşaatın yapılacağı arazinin veya kullanılması istenen malzemenin maksada elverişli olup olmadığını da önceden incelemelidir³⁶⁵. Ayrıca müteahhit yapıyı teslim ederken gerekiyorsa onun kullanma biçimi hakkında iş sahibini aydınlatmalıdır³⁶⁶.

bc) Özen borcunun bir görünüş şekli olan müteahhidin araç, gereç, malzeme sağlama borcu

İnşaat sözleşmesinde, aksine teamül veya anlaşma olmadıkça, inşaatın meydana getirilmesinde kullanılacak malzeme ve aracı müteahhidin sağlaması gerekir (Borçlar Kanunu m.356/3). Müteahhit, inşaatın başlangıcından sonlandırılmasına kadar kullanılacak her türlü inşaat araç ve gerecini yani; iş makinası, hafriyat, beton, döküm, işçi ve ustaların kullanacakları araçlar vb. temin etmekle yükümlü olan taraftır.

Çalışma araçları ile malzeme farklı ekipmanlardır. Araç gereç kavramına, inşaat tamamlanıp teslim edildikten sonra ondan ayrılabilen veya müteahhit tarafından geri alınarak başka bir inşaatda kullanılacak menkul değerlerdir³⁶⁷. İnşaatda kullanılan yapı makinaları, makina yedek parçaları, beton kalıpları, tesisat iskeleleri, barakalar, geçici köprü vs. sayılabilir.

Bununla beraber yine aksine bir durum yoksa müteahhit inşaat için gerekli araç gereci temin masraflarını sözleşmedeki bedele ekleyemez. Yani masrafları müteahhide aittir. Talep ettiği bedelin bunlarda düşünülerek hesaplanıp tespit edilmiştir.

³⁶⁴ Tandoğan, s. 55; Gökyayla, s. 790. Bu kuralların mutlaka bilimsel olması zorunluluğu bulunmayıp, pratik tecrübeler sonucu elde edilmiş ve ilgili uzman çevrelerce benimsenerek başarıyla uygulanmış olmaları yeterlidir.

³⁶⁵ Tandoğan, s.56.

³⁶⁶ Tandoğan, s.60.

³⁶⁷ Tandoğan, s.102.

Ayrıca müteahhit inşaatı uygun çapta araç gereçleri seçmeli, inşaat ile bağdaşmayacak ne çok gelişmiş ne de çok demode araç gereçleri seçmeyerek usulüne uygun, mesleki adaba yakışır şekilde davranmalıdır.

İnşaat için sağlanacak malzeme ise, kendisinden inşaatın imal edildiği ve onun içinde kalan maddelerdir³⁶⁸. Bunlara; taş, kum, çimento, taze beton, demir, pencere, lavabo, küvet, tesisat, motor ve boruları örnek gösterebiliriz. Malzeme bir hammadde veya önceden imal edilmiş bir şey olabilir. Müteahhit malzemeyi kullanıp, teslim edebilir belki ama müteahhitten malzemeyi imal edilmesi istenemez. Araç ve gereçler, yapının üzerinde yapıldığı arsa, iş sahibi ya da müteahhidin uygulama planları malzeme kavramına dahil edilemez³⁶⁹.

Müteahhidin malzemeye ilişkin borcuna göz attığımızda Borçlar Kanunu m.357/1 uyarınca “imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı sorumlu ve bu hususta satıcı gibi mükelleftir” der. Müteahhit eğer malzemeyi sağlarsa yapının sözleşmede belirtilen niteliklerini taşıyacak şekilde imaline uygun olmalıdır. Ancak her zaman bu borç müteahhit tarafından karşılanacak değildir, bu borcu iş sahibi de yüklenebilir. Bu durumda müteahhide diğer başka sorumluluklar yüklenecektir.

Müteahhidin malzeme ile ilgili borçlarını düzenleyen Borçlar Kanunu m.357’de inşaatın oluşturulmasında kullanılacak malzemenin kimin tarafından temin edileceği belirtilmemiştir. Taraflar sözleşme ile kararlaştırarak buna serbestçe karar verebilirler. Malzemeyi iki taraftan birinin sağlaması mümkündür. Ancak yukarda incelediğimiz Borçlar Kanunu m.357/1 hükmündeki ifadeden edindiğim izlenim uyarınca malzemenin müteahhitçe tedarik edilmesi yönünde kanunun yorum yaptığını düşünmekteyim.

Malzemeyi müteahhidin sağlaması hususunda taraflar anlaşmış ise; müteahhit sözleşmede nitelikleri belirlenen malzemeyi temin ve bunu kullanmak yükümlülüğü altına girer³⁷⁰. Müteahhit aynı zamanda inşaatın fen ve sanat kurallarına uygun ve iş sahibinin beklentisine karşılık verecek şekilde tamamlaması gerektiğinden seçilen malzemenin de bu şartlara ve standartlara uygun olmasından uzman gibi sorumludur.

Borçlar Kanunu m.357/1 hükmü de malzemenin müteahhit tarafından sağlandığı inşaat sözleşmelerinde, kullanılan malzemenin iyi cinsten olmaması halinde

³⁶⁸ Tandoğan, s.104.

³⁶⁹ Tandoğan, s.104.

³⁷⁰ Yarg.15.HD, T. 28.5.1992, E.5424, K.2892 (Karataş, s.93).

müteahhidin satıcı gibi tekeffül borcu altında olduğu belirtilir. Doktrinde bu hükümle ilgili baskın olan görüş; müteahhidin sağladığı malzemenin ayıplı olması sonucu inşaatın da buna bağlı olarak inşaatın ayıplı olması halinde satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül kurallarına tabi tuttuğu ve zapta karşı tekeffül hükümlerine de yollama yaptığı yolundadır³⁷¹. Yani malzemedeki ayıplar inşaatı bozukluk yaratmışsa müteahhit hakkında Borçlar Kanunu m.359-360 değil satım sözleşmesi hükümleri olan Borçlar Kanunu m.194-204 uygulanacaktır. Ancak malzemedeki ayıp yoksa fakat yapılan iş için o malzeme uygun değil veya işin iyi yürütülmemesi ya da yanlış hesaplara dayanması sebebiyle inşaatı meydana gelen bozukluklar için Borçlar Kanunu m.360 hükümleri uygulanır.

Taraflar inşaatı kullanılmak üzere malzemenin kalitesini kararlaştırmamışlarsa, o zaman yasa hükmü gereğince müteahhit bunu en iyi şartlarda, inşaatın niteliğine uygun, dürüstlük kuralına göre gereken tüm vasıfları taşıyan cinsten temin etmelidir çünkü malzeme ile elde edilecek yapı daha öncede belirttiğimiz gibi fen ve sanat kurallarına ve iş sahibinin beklentilerine uygun olmalıdır. Ancak kimi zaman müteahhit orta kalite malzeme (Borçlar Kanunu m.70) kullanmakla yetinebilir. Kullanılan bu orta kalite malzemenin, iyi cins olup olmadığına, inşaatın genel niteliğine, iş sahibinin yapıdan beklentisine ve inşaatın mevcut halinin bu beklentiye cevap verip vermediğine göre tayin etmek gerekir. İnşaatı daha üstün malzeme kullanılmalıydı iddiasını iş sahibi ispat etmelidir.

Malzemeyi iş sahibinin sağlaması hususunda taraflar anlaşmış ise; müteahhidin bu sefer farklı yükümlülükleri gündeme gelir. Aslında buradaki yapılması gerekenler genel özen borcu çerçevesinde zikredilen yükümlülüğün bir yansıması olarak karşımıza çıkar.

Ayrıca iş sahibi tarafından verilmiş malzeme ayıplı ise, bu malzemeyi muayene ve varolan ayıpları ihbar mükellefiyeti vardır. Zaten genel ihbar yükümlülüğü gereği akdin gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye sokan her durumu müteahhit iş sahibine derhal ihbar etmek zorundadır. Bu borcunu yerine getirmeyen veya ayıbı saptadığı halde durumu ihbar etmesine rağmen iş sahibinin talimatını almadan işe

³⁷¹ Tandoğan, s.107; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s.99 vd.

devam edilmesi halinde Borçlar Kanunu m.96 uyarınca iş sahibinin zararını tazminle sorumludur³⁷².

Müteahhit, iş sahibinin sağladığı malzemeleri sözleşmeye uygun olarak özenle kullanmanın yanısıra saklanmasını, korumasını ve depo edilmesini de kapsar. Bundan başka müteahhidin iş sahibine malzeme ile ilgili hesap vermesi ve inşaatta kullanılmayan teslim edilmiş malzeme varsa bunları da iş sahibine iade etmesi gerekir. Aykırılık halinde Borçlar Kanunu m.96 uyarınca iş sahibinin zararını tazminle sorumludur.

c) Müteahhidin işi bizzat kendi yapma borcu

Borçlar Kanunu m.356/2 uyarınca; “Müteahhit, imal olunacak şeyi bizzat veya kendi idaresi altında yaptırmaya mecburdur. Fakat işin mahiyetine nazaran şahsi maharetinin önemi yok ise, taahhüt ettiği şeyi başkasına dahi imal ettirebilir”.

Borçlar Kanunu m.67’ye göre kural olarak borçlu şahsen ifade bulunmakla yükümlü olmadığı halde konumuz olan hükümde bundan ayrılmış ve müteahhide bizzat ya da kendi yönetimindeki şahsa yaptırmaya mecbur bırakılmıştır. Taraflar daha da ileri giderek Borçlar Kanunu m.356/2’nin emredici hüküm olmaması nedeniyle aralarında sözleşme yaparak işin niteliği itibariyle inşaatın bizzat ve sadece müteahhit tarafından yapılmasını sağlayabilir yani işin bir başkasına tamamen ve kısmen yaptırılmasını yasaklayabilirler. Çünkü yardımcı kişiler bile inşaatın istenilen seviyede çıkarılmasını etkiliyor olabilir, arzu edilen eserin müteahhidin özgün yapısını ve onun değerlerini taşıması gerekmektedir³⁷³. Bizzat yapma ancak ressam, terzi gibi yani sanatsal yönü ağır basan işlere daha uygundur.

Tabi bu gibi istisnalar dışında genel kural dahilinde de belirtildiği üzere ve ayrıca günümüzdeki inşaat sektörü düşünüldüğünde, teknik ve ekonomik koşullara gözetildiğinde müteahhidin yönetimi altında yardımcı kullanması ve hatta bir başkasına yaptırması gayet mantıklıdır. İnşaat sözleşmelerinde işin tamamen müteahhit tarafından yapılması mümkün değildir. Müteahhit inşaatın gerçekleşmesinde faal olarak bedensel ve zihinsel emekle istihdam edecek kişileri toplayarak onları işe odaklamaktadır. Özellikle tüzel kişi müteahhitler bunu organize bir şekilde gayet sağlıklı olarak uygulamaktadırlar.

³⁷² Yarg.15.HD, T. 31.5.2001, E.1074, K.2944 (Karataş, s.337).

³⁷³ Yarg.15.HD, T. 21.11.1989, E.1739, K.4859 (Karataş, s.85).

Müteahhidin, işi kendi idaresi altında bulunan yardımcı kişilere yaptırması, onun işi bizzat yapma borcuna zarar vermez. Müteahhidin geçici veya sürekli kendisine hizmet sözleşmesi ile bağlı eleman, mimar, mühendis, usta, kalfa, işçiler çalıştırmasının uygun ve yetkisi dahilinde olduğu kesindir³⁷⁴. Yardımcı kişi kullanan müteahhit; işi kendi idaresi altında yaptırma borcunu hiç veya gereği gibi yerine getiremezse, kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe iş sahibinin uğradığı zararı Borçlar Kanunu m.96 uyarınca gidermekle yükümlü olacak, ayrıca işi kendi idaresi altında yaptırma borcunda temerrüde düşerse Borçlar Kanunu m.106 vd. uyarınca iş sahibi seçimlik haklarını kullanıp hatta sözleşmeden dahi dönebilir. Bunun yanında müteahhit; idaresi altındaki yardımcı kişilerin kendilerine bırakılan işi gereği gibi ifa etmedikleri takdirde de Borçlar Kanunu m.100 uyarınca sorumlu olacaktır.

Müteahhit yüklendiği işin kısmen veya tamamen yapılmasını kendisine tabi durumda olmayan bağımsız bir alt müteahhide ancak iş sahibinin rızasıyla veya Borçlar Kanunu m.356/2'de ifade edildiği gibi işin mahiyeti başkası tarafından yapılması elverişli ise devredebilir. Alt müteahhit, asıl müteahhidin inşaatı meydana getirme borcunun ifasını kendi adına ve hesabına yaptığı bir istisna sözleşmesiyle kendisine bıraktığı kendi hesabına çalışan kişidir³⁷⁵.

İş sahibi, inşaat sözleşmesine konulan bir hükümlerle veya sonradan aralarında yapacakları bir anlaşma ile amacı kazanç olan müteahhide, bu amacını gerçekleştirebilmesi için aralarında yapımı devam eden inşaatın tamamını veya bazı kısımların yapımını başkasına devretme yetkisini açıkça tanıyabilir³⁷⁶. Uygulamada da bir az önce belirttiğimiz genellikle sözleşmeye müteahhidin ancak iş sahibinin izniyle bir alt müteahhide başvurabileceği kaydı konulmasının yanında alt müteahhidin özellikle kim olduğu ya da kaç kişi olduğu hakkında da şart koşulabilir. Bazen de belirli işler için devir yetkisi verilebilirken, belirli işler için devretme yasağı konulabilir³⁷⁷.

Müteahhidin, inşaat sözleşmesi ile üstlendiği işi iş sahibi adına ve hesabına yaptığı bir sözleşmeyle üçüncü bir kişiye bırakması, biraz önce incelediğimiz inşaatı alt müteahhide yaptırmasından farklıdır ve burada Borçlar Kanunu m.356/2 uygulanmaz. Buna rağmen müteahhit işi, iş sahibi adına ve hesabına başkasına devrederse, asıl istisna

³⁷⁴ Tandoğan, s.74.

³⁷⁵ Yavuz, s.513.

³⁷⁶ Tandoğan, s.80.

³⁷⁷ Tandoğan, s.80.

sözleşmesine aykırı davranmış ve yetkisiz temsilci sıfatıyla hareket etmiş olur ve Borçlar Kanunu m.38-39 uygulama alanı bulur. Zaten doktrinde genellikle kabul edilen görüşe göre; iş sahibi ancak icazet verdiği takdirde, onun adına ve hesabına müteahhidin yaptığı inşaat sözleşmesinin alacaklısı ve borçlusunu durumuna girer³⁷⁸.

D- İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE DEVAM ETME BORCU

a) Genel olarak

Bu borç müteahhidin inşaatı sadakat ve özenle meydana getirme borcu yansıması olarak çıkmakla birlikte kanunkoyucu detaylı incelemiş ve başlı başına özel bir ye vermiştir. Bu borç tümüyle sadece özen borcunu değil, temerrüt durumunu da ilgilendirir vaziyettedir bu sebeple daha ayrıntılı üzerinde durmakta fayda vardır.

İnşaat sözleşmelerinin de içinde bulunduğu istisna sözleşmelerinin kural olarak ani edimli olduğunu fakat sürekli edimden de parçalar taşıdığını çalışmamızın başında belirtmiştik. Bu sebeple müteahhidin hazırlık faaliyetlerinin de önemi ortaya çıkmakta, ayrı bir edim borcu olduğu görülmekte ve hazırlık aşamasındaki özen borcuna aykırılığında, yaptırıma tabi tutulması da sonuç olarak yansımaktadır.

Borçlar Kanunu m.358/1; “müteahhit işe zamanında başlamaz veya sözleşme şartlarına muhalif olarak işi tehir eder veya iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede olursa, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akdi feshedebilir”. Her ne kadar fesih lafı geçse de burada geriye etkili dönme olduğu tartışmasızdır. Bu hüküm teslim süresi belirli olan işler için tespit edilmiş bir hüküm olup, teslim süresi belirlenmemiş veya işin niteliğinden çıkarılamıyorsa Borçlar Kanunu m.74 gereği derhal işe başlamaz veya benzer işlerdeki normal tempoda yürütülüyorsa iş sahibi Borçlar Kanunu m.106’daki seçimlik haklardan yararlanabilecektir.

Bu madde hakkındaki baskın görüş; henüz iş görme sürecinde olan müteahhidin temerrüde düşürülmeye çalışıldığı yönündedir³⁷⁹. Böylece hükmün amacı ileride zaten temerrüde düşeceğini belli etmiş olan müteahhide karşı iş sahibine borçlu temerrüdündeki hakları vadeden önce tanımaktır. Yani Borçlar Kanunu m.358/1 hükmü

³⁷⁸ Tandoğan, s.95-96.

³⁷⁹ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.79.

Borçlar Kanunu m.106-108 hükümlerinde düzenlenen temerrüt sonuçlarını henüz inşaat borcunun muaccel olmadığı bir zamana taşıyarak sözleşmeden dönme dışındaki diğer seçimlik haklardan da iş sahibini yararlandıracaktır³⁸⁰. Oysa madde metninde diğer seçimlik haklardan bahsetmeyerek sadece dönmeden söz etmektedir. Zaten kanunkoyucu eğer gerekli görseydi madde metnine diğer seçimlik hakları da ekler veya açıkça kıyas yoluna giderdi. Bunu dahil etmek kural olarak ani edimli denilen istisna (inşaat) sözleşmelerini sürekli edimli sözleşme saymak demektir.

Bu konuda ÖZ³⁸¹; bu maddenin bir temerrüt durumunu düzenlemediğini, ayrıca borçlu temerrüdünün, henüz muaccel olmayan bir borç için sözkonusu olamayacağını, burada yasa koyucunun hazırlık faaliyetlerine ilişkin dönemde ifayı tehlikeye düşürecek bazı durumlardan dolayı iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirebilme hakkının temerrütle ilişkisinin olmadığını, temerrüt dışında özen borcu ihlalleri olduğunu belirtir. Sadece inşaat sözleşmesinde hazırlama faaliyetlerinin gereği gibi yürütülmesinin iş sahibi açısından taşıdığı önem nedeniyle, henüz müteahhidin borcu muaccel olmadan başvurulacak bir dönme olanağıdır, borçlu temerrüdünün diğer sonuçlarını uygulamak yasanın çizdiği çerçevenin dışına taşımak olur ifadelerinde bulunmaktadır.

Borçlar Kanunu m.358/1 hükmünde sayılan dönme sebepleri, müteahhidin kusuru olmadan ortaya çıksa dahi, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Yani Borçlar Kanunu m.358/1' deki şartların yerine gelmesi ile müteahhit kusursuz olsa bile iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Ancak bu dönme sebeplerinin sözleşmeye aykırı tutumu ile nedensellik bağı içinde olması aranmaktadır³⁸².

Müteahhidin iradesi dışında gerçekleşen ve öngörülmesi mümkün olmayan sebeplerle örneğin hiç de tahmin edilmeyecek şekilde inşaatın temelinde kaya veya su çıkması sebebiyle işe başlanmaması, işin tehir edilmesi ve vadeye yetişemeyeceğinin anlaşılması hallerinde, iş sahibi ifa zamanından önce dönme hakkını kullanamaz³⁸³. Yine müteahhidin veya yardımcı kişilerinin faaliyet alanı dışındaki sebeplerle inşaat yapılamıyor ya da gecikmeli yapılıyorsa bu durumda da müteahhidin işi özenle görme borcuna aykırı davrandığından söz edilemez ve iş sahibi dönme hakkını kullanamaz. Her inşaatın hazırlık faaliyetinin belirli bir zaman kapsadığı bellidir. Hemen imalat

³⁸⁰ Tandoğan, s.114; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.79 vd.

³⁸¹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.50.

³⁸² Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.81-82; Tandoğan, s.115.

³⁸³ Tandoğan, s.117; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.82.

aşamasına geçilmemesi onun işe başlamadığını göstermez, girişilen çabalar dahi işe başladığını gösterebilir o sebeple iyiniyetle bağdaşmayan dönmeler geçerli olmaz³⁸⁴.

İş sahibinin üzerine düşen herhangi bir yükümü yerine getirmemesi sebebiyle Borçlar Kanunu m.358/1'deki durumlar ortaya çıktıysa, sözleşmeden dönme hakkı doğmaz³⁸⁵. Bu durumda müteahhit işe başlama ve sürdürme borcunu ihlal etmiş olmaz. Ör: kullanılacak malzemeyi sağlaması gereken, proje ve talimatları vermesi gereken iş sahibinin bu yükümlülüğünü yapmaması onun dönme hakkını kullanmasını engeller.

Böylece 358/1 iş sahibine ifa zamanından önce iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı veren sözleşme ihlallerini üç şekilde düzenlemiştir. Bunlar;

i) İşe başlamakta gecikme: Müteahhit inşaatı meydana getirme faaliyetlerine hiç başlamamış olması durumu vardır. Hükmün bu şartı ifa tarihinin sözleşmede belirlenmemiş olduğu durumlarda uygulanır. Zaten ifa tarihi belirlenmişse ancak gecikme yüzünden inşaatın vadeye yetişemeyeceği kesin ise iş sahibi dönem hakkını kullanabilir.

İnşaatın teslimi için bir süre tayin edilmiş ise ve bu süre inşaatın başlatılmasından sonra işleyeceği kararlaştırılmış olsa bile işe başlamakta gecikme hükmü ile dönme mümkün olabilir, zira bu halde inşaatın ne zaman ifa edileceği tarih belirlenmediğinden, ifa zamanı tespit edilmemiş gibi bir durum sözkonusu olacağından, Borçlar Kanunu m.358/1' i uygulamada sakınca yoktur.

İşe başlama tarihi belirlenmişse bu anda işe başlanmamışsa, işe başlama tarihi belirlenmemişse Borçlar Kanunu m.74 uyarınca derhal işe başlaması gerekeceğinden, hemen başlamamışsa o halde iş sahibi iki durumda da iş sahibi Borçlar Kanunu m.358/1 gereği sözleşmeden dönebilir.

ii) İş görme faaliyetlerinin yavaş sürdürülmesi ve ertelenmesi : Burada müteahhit işe zamanında başlamıştır ancak buna rağmen, işin niteliğine veya iş programına göre olması gereken tempodan yavaş yürütülüyor veya kesintiye uğruyorsa, dönmenin şartları gerçekleşmiş demektir. Ör: yapılmakta olan inşaatın çok yavaş yükselmesi veya zaman zaman durması.

Bu hükümde ifa tarihi belirlenmemiş inşaat sözleşmelerinde dönme sebebi olarak işin yavaş yürütülmesi daha kolaylıkla gündeme getirilir. Zira sözleşmede vade

³⁸⁴ Yarg.15.HD, 14.12.1989 T., E.2384, K.5231, Yarg.15.HD, 6.11.2002 T., E.3513, K. 4971 (www.kazanci.com).

³⁸⁵ Yarg.15.HD, T. 25.12.1973, E.438, K.422 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.53).

saptanmışsa, bu ana kadar inşaatın tamamlanmayacağı kesinlikle anlaşılmadıkça işin yavaş yürüdüğü gerekçesinin ispatı ve bu hükmü uygulamanın çeşitli zorlukları olabilir.

Dönme hakkının doğabilmesi için, inşaat faaliyetlerinin benzer işlere nazaran daha yavaş sürmesi başlı başına bir dönme sebebi olamaz. Bunun yanı sıra, somut olayın özelliklerine göre, sözkonusu işin daha hızlı yapılmasının mümkün olması gerekir. Örneğin inşaatın yapıldığı arazinin elverişsizliği yüzünden çalışmalar diğer inşaatlara oranla yavaş sürüyorsa, iş sahibi sözleşmeden dönemez. Ancak müteahhit bu durumu baştan bilecek durumda ise iş sahibini buna karşı uyarması gerektiğinden bu uyarıda bulunmazsa yine de dönme sözkonusu olabilir. Ancak bunların yanında yine durumun gerektirdiği ölçüde diğer emsal işlerle aynı hızda olmasına rağmen somut durumda müteahhitten işleri çok daha hızlı yürütülmesi bekleniyorsa yine iş sahibi sözleşmeden dönebilir³⁸⁶. Buna örnek olarak çok modern araçlarla çalışan bir müteahhidi örnek verebiliriz.

Bu hakkı olmasına rağmen kullanmayıp sözleşmeden dönmeyen iş sahibi daha sonra vade geldiğinde ifayı gerçekleştiremeyen müteahhidi temerrüde düşürerek temerrüt hükümlerine göre seçimlik haklarının doğmasına bunlardan özellikle dönme hakkını kullanılmasına engel değildir.

iii) İşin tamamlanmasının kararlaştırılan vadeye yetiştirilemeyeceğinin anlaşılması : İş sahibinin Borçlar Kanunu m.358/1'e göre sözleşmeden dönebileceği son durum; tahminlere göre, iş sahibinin kusuru dışında gerçekleşen gecikme, müteahhidin işi zamanında bitiremeyeceği derecede olursa, iş sahibi teslim için kararlaştırılan süreyi beklemeksizin sözleşmeden dönebilir.

İnşaat sözleşmelerinde vadenin belirlenmemiş veya belirsiz olduğu durumlara az rastlanır, zaten hükmün bu düzenlemesi de inşaatın tamamlanması için belirli bir vade tespit edilmiş sözleşmeler için sözkonusu olur. Vadenin tespiti, belirli bir gün veya belirli bir olayın gerçekleşmesinin ya da çalışmanın başlamasının ardından belirli bir süre geçmesiyle olabilir³⁸⁷.

İfa için vadenin tespit edildiği sözleşmelerde, işe başlanmaması veya işin yavaş yürütülmesi tek başına sözleşmeden dönmek için yeterli sebep değildir. Bu gibi hallerde iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için vade tarihinde inşaatın tamamlanmasının

³⁸⁶ Muaz Ergezen, İstisna sözleşmesinde tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, Ankara 2007, s.62

³⁸⁷ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.66.

imkansız hale gelmesi şarttır³⁸⁸. Çünkü iş sahibini sadece inşaatın o tarihe yetişip yetişmemesi ilgilendirir.

Diğer dönme şartında da belirttiğimiz gibi iş sahibi, vadeden önce dönme hakkı varken kullanmayıp vade gününü bekleme hakkı saklıdır, bu hakkını kullanmaması onun vade günü geldiğinde müteahhidi temerrüde düşürerek Borçlar Kanunu m.106-108' e göre sözleşmeden dönme hakkını kaybetmesine sebep olmaz³⁸⁹.

İş sahibinin vadeden önce sözleşmeden dönebilmesi için inşaatın kararlaştırılan vadeye yetişemeyeceğinin kesin olarak tespit edilmesi gerekir. İş sahibi, sadece ifanın zamanında yapılamayacağını veya bunun güç olacağını anlaşılması halinde vadeden önce sözleşmeden dönme hakkına sahip değildir³⁹⁰. Zira müteahhit belli bir ana kadar yavaş sürdürdüğü çalışma hızını arttırarak vadeye yetişebilmesi imkan dahilindedir. Buna karşılık somut olayın özellikleri dikkate alındığında, hayatın olağan akışına göre inşaatın vadede tamamlanamayacağı anlaşılırsa, müteahhit şans ve rastlantı sayılabilecek farazi bahanelere sığınarak sözleşmeden dönmeyi engelleyemez.

Son olarak, müteahhit üzerine aldığı işi vadeye yetiştirip yetiştiremeyeceğini saptamakla yükümlü olan kişidir. Sözleşme kurulurken bunun bilincinde olan müteahhit iş sahibinin bu halde sözleşmeden dönme hakkından feragat etmesini sağlayamaz. Bununla birlikte işin vadede bitmeyeceğinin saptanması üzerine, çok az bir gecikmeyle tamamlanması ve bu iş sahibi açısından bu gecikmenin bir önemi yoksa dönme dürüstlük kuralına aykırılık yüzünden korunmaz.

iv)Müteahhide işin gecikmeden ifası için ihtarda bulunulması ve mehil verilmesi : İş sahibi önce dönme hakkını kullanmak için, önce müteahhide ihtar çekmeli ve Borçlar Kanunu m.107'deki istisnalar gündeme gelmedikçe, işe başlama ve devam etmesi için uygun bir mehil verilmelidir. Mehil ve ihtar aynı anda verilebilir³⁹¹

Aslında Borçlar Kanunu m.358/1'de ihtar ve mehilden açıkça bahsedilmemekle birlikte bir kanun boşluğu olması sebebiyle ve bu boşluğu borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerle doldurmanın doğru olduğunu kabul etmek gerekir³⁹².

³⁸⁸ Yarg.15.HD, T. 26.11.1974, E.898, K.1922 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.59).

³⁸⁹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.59.

³⁹⁰ Yarg.15.HD, T. 26.11.1974, E.898, K.1922, Yarg.15.HD, T. 18.9.1973, E.15, K.54 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.61).

³⁹¹ Tandoğan, s.118.

³⁹² Ergezen, s.64.

Bu konuda ÖZ; iş sahibinin vadeden önce sözleşmeden dönebilmesi için, ihtar çekmeye ve mehil vermeye gerek olmadığını savunur ve şöyle devam eder; sözleşmeden dönülebilmesi için süre vermeye gerek olmadığını zaten vadenin belli olduğu sözleşmelerde, ya ifanın bu zamana kadar yetişmeyeceği kesin olarak tespit edildiğinden süre veya herhangi bir uyarı gereksiz kalmıştır ya da müteahhidin işi geciktirmesine rağmen yine de inşaatın vadeye yetişmesi mümkündür. Bu vadeye yetiştirilmesi mümkün olan durumda dönme hakkı verilemez, mehil verilse bile o süre dolduğunda dahi hala inşaatı tamamlama ihtimali mevcutsa dönme hakkına başvurulamaz. Tüm bunlar düşünüldüğünde vadenin belirlenmiş olması ve Borçlar Kanunu m.358/1 bir arada yorumlandığında borçlu temerrüdündeki süre verme koşulu burada uygulanmaması daha doğru olur. Tersini kabul ettiğimizde ise dönme hakkını çıkmaza sürüklemekten başka amaç olmadığını belirtir³⁹³.

b) Borca aykırılığın sonuçları

Müteahhit inşaat sözleşmesi esnasında özen borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde iş sahibinin, sözleşmeden dönmenin de içinde olduğu üç yola başvurabilir. Bu sonuçlar; sadakat, özen, bizzat yerine getirme ve zamanında başlama ve devam etme borçlarının hepsi için geçerlidir. Bunlar;

1-Tazminat talebi : Müteahhidin bu borçların neticesinde borcu kötü ifa etmesinden veya hiç ifa etmemesinden dolayı inşaatı ayıpsız olarak teslim etse dahi iş sahibinin zararına yol açıyor ise bu zararların tazminini Borçlar Kanunu m.96 uyarınca talep edilebilir³⁹⁴.

İş sahibi, müteahhidin bu borçlara ait yükümlülüğüne aykırı davranmasından dolayı üçüncü kişilere verdiği zarardan dolayı da sorumlu olduğunu şartını koymuş ise bu zararı da direkt üçüncü şahıs veya ona ödenmek üzere iş sahibi tazminat talebinde bulunabilir³⁹⁵.

2- İşin müteahhide kendisine düzeltilmesi veya başkasına yaptırılması :

Borçlar Kanunu m.358/1'de inşaatın ayıplı olacağının teslim için kararlaştırılan vadeden önce anlaşılırsa iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınmamıştır. İş sahibi,

³⁹³ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.62.

³⁹⁴ Tunçomağ, s. 991.

³⁹⁵ Tandoğan, s.61.

inşaatın devam ettiği sırada müteahhidi denetleyerek, işin özenle yapılmadığını görürse işin sonunu bekleyip ayıp yüzünden tekeffülden doğan haklarını ve sonuç sorumluluğu gereği müteahhide karşı yaptırım uygulamayı beklemezsiniz Borçlar Kanunu m.358/2 uyarınca bazı hakları kullanma imkanına sahiptir. Bu hükme göre; imal sırasında müteahhidin kusuru sebebiyle işin ayıplı veya akde aykırı bir surette yapılacağını tahmin etmek kesinlikle mümkün olursa, iş sahibi bunlara engel olmak için iş sahibi, müteahhide, ya kendisi mehil verebilir ya da hakim aracılığı ile mehil verdirtebilir. Bu mehil sonuna kadar müteahhit gereğini yerine getirmezse, masrafı ve hasarı müteahhide ait olacak şekilde işe devamın üçüncü bir kişiye tevdi olacağı ihtar yapılır. Bu ihtarın sonuçsuz kalması halinde; iş sahibi işi başkasına yaptırır, bu halde doğan fazla masraflar, inşaatı başkası yaparken doğacak zararlarla, işi bırakan müteahhidin karşılamadığı sonuçlardan sorumlu olur³⁹⁶. Eğer inşaatın başkasına yaptırılması mümkün değilse inşaatı tamamlama borcu muaccel olmadan sözleşmeden dönme imkanı doğabilir³⁹⁷.

Bu hükümden faydalanmanın şartlarına göz attığımızda; öncelikle *ilk şart* inşaatın yapılması sırasında inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağını kesinlikle tahmin etmenin mümkün olması lazımdır. Sadece muhtemel olması bunu uygulamak için yetmez. İnşaat tamamlandıktan sonra ayıplı olursa bu hüküm uygulanamaz³⁹⁸. *İkinci şart*; kesinlikle tahmin edilen inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde meydana getirilmesi, müteahhidin kusuru sonucu olmalıdır. Yardımcı kişilerin özellikle alt müteahhitlerin kusuru da müteahhidin kusuru olarak adledilir³⁹⁹. *Son şart* ise, inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde olacağını anlaşılması ile iş sahibi tarafından müteahhide işi kendisinin düzeltmesi için bir süre verilmeli, bu süre içinde düzeltmeyi yapmadığı takdirde işin başkasına yaptırılacağı ihtarında bulunulmalıdır. Müteahhit o anda sürenin yetersizliği itirazı yapılmalı, aksi halde daha sonra bu itiraz dinlenmez. İşin üçüncü kişiye yaptırılması için her ne kadar hakimim iznine gerek yoksa da ileride hükmün şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği veya

³⁹⁶ Tandoğan, s.62.

³⁹⁷ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.62.

³⁹⁸ Tandoğan, s.63.

³⁹⁹ Tandoğan, s.64.

sürenin yeterliliği bakımından anlaşmazlıkları bertaraf etmek için hakimden izin istenebilir⁴⁰⁰.

İş sahibi, müteahhide işi düzeltmesi için verilen sürenin sonunda hiçbir fayda ve değişiklik görmez ise, işi mutlaka üçüncü bir kişiye yaptırmak zorunda değildir. İş sahibi sürenin bitiminde dilerse genel hükümler çerçevesinde (Borçlar Kanunu m.106 vd.) sahip olduğu seçimlik haklardan birini kullanabilecek ve bunun içinde ayrıca mehil vermesine gerek olmayacaktır. Zaten işin başkasına yaptırılması ve masrafların müteahhitten alınması müspet zararın somut yöntemle hesaplaması sayılmaktadır. Yani iş sahibi eğer isterse üçüncü kişiye yaptırma yerine zararın doğrudan doğruya tazminini de isteyebilir⁴⁰¹.

3-Sözleşmeden dönme :Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak inşaatın ayıplı veya sözleşmeye aykırı biçimde imal edileceğini kesin tahmin ediliyorsa, müteahhidin Borçlar Kanunu m.358/2 hükmünce kendisine verilen süre içinde de ayıplı veya sözleşmeye aykırı inşaatı düzeltmeyeceği anlaşılır ya da mehil vermenin yarasız olduğu durumlarda işi başkasına yaptırmak yerine sözleşmeden dönme imkanının olup olmadığı hakkında kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte iş sahibinin bu hakka sahip olduğu belirtilmektedir⁴⁰². Bu durumda ayrıca mehil vermeye gerek olmaksızın iş sahibi sözleşmeden dönerek olumsuz zararın tazminini isteyebilecektir⁴⁰³.

Buradaki feshin geriye etkili olduğunun ve dolayısıyla sözleşmeden dönme niteliğinde bulunduğunu kabul edilir⁴⁰⁴. Somut bir Yargıtay kararı⁴⁰⁵ örneği vermek gerekirse; *davacı arsa sahibi, kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereği inşaat yapımını üstlenen yüklenicinin, tapuda devir yetkisini içeren vekaletnameye dayanarak sözleşme konusu taşınmazın tapu kaydını davalı üçüncü kişilere devrettiği, hiçbir iş yapmadan işi terk ettiği iddiasıyla, sözleşmenin geriye etkili olarak feshini ve davalılar adına olan tapu kaydının iptal edilerek kendi adına tescilini talep etmiştir.*

⁴⁰⁰ Tandoğan, s.64; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.114.

⁴⁰¹ Tandoğan, s.65; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.113.

⁴⁰² Tandoğan, s.68-69; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.114, Yarg.15.HD, T. 25.1.1999, E.1998/4289, K.1999/115 (Gökyayla, s.801).

⁴⁰³ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.113; Yarg.15.HD, T. 26.2.1997, E.1997/259, K.1997/1034 (Gökyayla, s.801).

⁴⁰⁴ Tandoğan, s.70; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.114.

⁴⁰⁵ Yarg. 15.HD. T.27.10.2005, E.2005/375, K.2005/5775 (www.kazanci.com).

Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için kendi edimi olan inşaatı tamamlaması ve teslim etmesi gerekir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde, Borçlar Kanununun 358. maddesi uyarınca, arsa sahibi, sözleşmenin ve tapunun iptalini isteyebilir. Üçüncü kişinin mülkiyeti kazanabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerindeki tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. İnşaatın daire satın alanlar iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre, yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden almış olduğu vekaletnameye dayanarak yapmış olması veya tapuda kendi adına önceden devralmış olduğu payı devretmiş olması, sonucu değiştirmez. Mahkemece, paya yönelik tapu iptali ve tescil talebinin kabulüne karar verilmelidir.

D- ÜCRETEN KAYNAKLANAN SONA ERME SEBEPLERİ

Bu sona erme sebeplerinden önce iş sahibinin ücret ödeme borcuna kısaca değindikten sonra sona erme sebeplerini inceleyeceğiz. İnşaat sözleşmelerinin de diğer istisna sözleşmeleri gibi karşılıklı edimler içerdiğini belirtmiştik. Borçlar Kanunu m.355 müteahhidin inşaatı tamamlama borcuna karşılık iş sahibinin de ücret ödeme borcu olduğunu açıklar.

Borçlar Kanunu m.364-366 hükümleri iş sahibinin ücret borcunu düzenlemiştir. İş sahibinin meydana getirdiği inşaatın karşılık ödeyeceği ücret genellikle bir miktar paradır. Ancak ücret, para yerine başka bir edim örneğin bir hizmet, kira veya arsa payı olabilir. Uygulamada bunun en güzel görünüş şekli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleridir; burada bedel yerine arsa payı verilmesinden oluşur.

İnşaat sözleşmesinde taraflar, ücretin miktarını, bu sözleşme dahilinde açıkça belli bir miktar üzerinde belirleyebilecekleri gibi ayrıca bir inşaat sözleşmesi olmasına rağmen ücretin miktarına ilişkin herhangi bir hüküm getirilmemiş olabilir.

- Bedelin taraflarca yazılı veya sözlü inşaat sözleşmesinde hiç kararlaştırılmamış olması taraflardan birinin sözleşmede bedeli kabul beyanı olmaması, tarafların ücret tesbitini sonraya bırakmış olmaları veya miktar üzerindeki iddiaların ispatlanamaması sonucu bedelin belirlenmemiş olması ücretin belirlenmemiş olduğu hallere örnek teşkil eder. Bu durumda, ücret olarak iş sahibinin sadece inşaatın tamamlanması üzerine

ortaya çıkacak masrafları uygun bir kar payı ile birlikte ödemesi sözkonusu olur. Böylece Borçlar Kanunu m.366 uyarınca yapılan işin ve müteahhidin masraflarına göre iş sahibinin umduğundan çok olsa bile ücret kararlaştırılmaması neticesi rizikoyu üzerine alarak ödenecek makul bedeli⁴⁰⁶ bu şekilde belirlemek yerinde olacaktır⁴⁰⁷.

- İş bedeli sözleşmede belirlenmişse; iş sahibinin ödeyeceği ücret sözleşmede kararlaştırılan ücrettir. Borçlar Kanunumuzda ücretin iki şekilde belirlenmesinden söz edilmiştir. Bunlardan biri önceden ve kesin olarak saptanan götürü ücret diğeri ise takribi olarak saptanan asıl ücretin inşaat tamamlandığında anlaşılacağı yaklaşık ücrettir.

a)İNŞAATIN GÖTÜRÜ BEDELLE BELİRLENMESİ SONUCU SÖZLEŞMEDEN DÖNÜLMESİ

Götürü ücret; sözleşme konusu inşaatın bedelinin önceden ve sabit (kesin) olarak belirlenmesidir⁴⁰⁸. Götürü ücret, Borçlar Kanunu m.365’de düzenlenmiştir. Buna göre ücretin götürü olarak kararlaştırıldığı işlerde müteahhit inşa edilecek yapıyı kararlaştırılan fiyata yapmak zorundadır. Ücretin paradan başka bir şeyin veya arsa payının verilmesi şeklinde belirlenmiş olduğu hallerde de götürü ücretin söz konusu olduğu kabul edilir⁴⁰⁹. İnşaat kararlaştırılan götürü ücretten daha fazla masrafın feda edilmesi ile meydana çıkarılsa bile, müteahhit hüküm gereği götürü ücretin artırılmasını isteyemez (365/1)⁴¹⁰. Ayrıca daha az masraf ve emekle yapılmış olsa bile iş sahibi ücretten indirim yapılmasını isteyemez⁴¹¹ (365/3). Bu hükümler, sözleşmelerde “ahde vefa” prensibinin uygulama örneklerinden biridir⁴¹². Görülüyor ki götürü ücret aslında iş sahibi lehine bir ücret şeklidir.

⁴⁰⁶ Burada ”yapılan şeyin değeri” yani bu tür bir işin yaptırılmasının piyasadaki yapıldığı yıl mahalli rayiç değeri, bunu saptarken müteahhidin meslek kuruluşlarındaki kazanç asgari ücret tarifelerini, bayındırlık birim fiyatlarını söz etmek gerekir. Ancak yapılan inşaat sonucu değer kazanan bir yapının satım fiyatı burada sözü edilen bedele girmez. Bunun yanında bu bedele müteahhidin somut olarak yaptığı malzeme, işçilik vs. masraflar girer; Tandoğan, s.300; Karataş, s.192.

⁴⁰⁷ Yavuz, s.535; Zevkliler s.321; Tandoğan, s.299.

⁴⁰⁸ Tandoğan, s.234; Yavuz, s.537; Dayındarlı, s.144; Erman, Beklenilmeyen Haller 365/2, s.59

⁴⁰⁹ Yavuz, s.537; Tandoğan, s.235.

⁴¹⁰ Dava, eser sözleşmesine dayalı fazla yapılan imalat bedelinin ödenmesi istemiyle açılmıştır. Götürü pazarlıkta yüklenici yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmaya mecburdur.Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla emek ve gideri gerektirse bile, yüklenici bedelin arttırılmasını isteyemez. Bu nedenle davanın reddi gerekir. Yarg. 15.HD. T.7.2.2008, E.2007/7487, K.2008/716 (www.kazanci.com).

⁴¹¹ Yarg.15.HD, T. 7.5.1981, E.639, K.1055 (Karataş, s.192).

⁴¹² Yavuz, s.535; Zevkliler s.321; Tandoğan, s.299.

⁴¹² Yavuz, s.537.

Götürü ücret ile karşılaştırılan sözleşmeye rağmen sözleşmede yer almayan ilaveler yapılarak inşaat tamamlanmışsa müteahhit bu ilave işler için ücretten ek olarak yaptığı harcamaları vekaletsiz iş görme hükümlerine göre almaya hak kazanır⁴¹³.

Götürü bedel karşılaştırılmasının sakıncası bedelin değiştirilememesi olduğundan bahsetmiştik. Tabi ki bu durum bir takım istenmeyen sonuçlar doğuracaktır. Bunlardan bir tanesi, müteahhidin hesaplarını dikkatli yapmamasından yani uzman kişi olarak hatasız hesap yapması yerine kendince daha düşük maliyete inşaatı tamamlayabileceğini sanarak yola çıkmış olup ancak arzu ettiği maliyetin çok üstüne çıkması ve müteahhidin buna katlanması gerektiğidir. Ancak çok istisnaen bir dış unsurun rol oynadığı ve her türlü tedbiri almış müteahhidin bile düşeceği bir hata yapılmışsa, Borçlar Kanunu m.24 uyarınca hata sebebiyle sözleşme iptal olabilir.

Bir diğer ve asıl önemli olan sözleşmenin yapılmasının ardından ortaya çıkan ve öngörülemez nitelikteki yeni olgular sebebiyle müteahhidin bu bedelle işi yapmasının güçleşmesidir⁴¹⁴. Meydana gelen bu durum sebebiyle ücretin değişmeme kuralına istisna getirilerek Borçlar Kanunu m.365/2 hükmü ile hakim, talep olması koşuluyla sözleşmeye müdahale ederek eğer edimler arasındaki denge aşırı derecede bozulmuş ise bedeli arttırabileceği veya sözleşmeden dönmeye karar verebileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm müteahhidi korumak amacıyla getirilmiştir ve sadece onun başvuracağı bir yoldur. İş sahibinin talep etmesinde hiçbir yarar yoktur. Hatta madde lafzının tersine bir durumda yani müteahhidin aşırı kara geçeceği durumda dahi bunu talep edemez (Borçlar Kanunu m.365/3).

aa) Borçlar Kanunu m.365/2' den yararlanma koşulları

Hakimin, Borçlar Kanunu m.365/2 uyarınca sözleşmede yapacağı müdahale sonucu bedel artırımını veya sözleşmeyi fesih için bazı koşulların yerine gelmesi gerekmektedir.

aaa)Önceden tahmin edilemeyen veya tahmin edilip de iki tarafca göz önünde tutulmayan beklenmedik hallerin ortaya çıkması: Bunların neler olduğu hususunda inşaatın niteliğine göre olayların akışına bakılarak somut olaya göre tespit etmekte yarar

⁴¹³ Yarg. 15.HD, T. 23.4.1982, E.676, K.955 (Karataş, s.196).

⁴¹⁴ Götürü bedele göre düzenlenen eser sözleşmesinde anlaşmazlık halinde; yapılan kısmın fiziki oranına göre götürü bedelin ne miktarının ödemesi gerektiği bilirkişi incelemesiyle belirlenir. Delil olarak; senet, imzalı belgeler değerlendirilir, yemin teklifi hatırlatılır. Yarg. 15.HD. T.6.6.1994, E.1994/3640, K.,2006/3594 (www.kazanci.com).

vardır. Olağanüstü haller, işlerin olağan gidişi bakımından öngörülme olanağı bulunmadığı için müteahhidin hesaba katmakla yükümlü olmadığı hallerdir⁴¹⁵. Örnek olarak; olağanüstü iklim şartları, savaş, grev, boykot, ithalat yasağı, para değeri düşüşü, döviz değerlerindeki artış, ekonomik kriz gösterilebilir. Arsanın dikkatli incelemesinin yapılmasına karşın sonradan zemin incelemesinde temelin yetersiz olduğu ve yüksek meblağlar karşılığında düşünülen inşaatın yapılabileceği⁴¹⁶ veya demin saydığımız doğal olaylar yüzünden maliyetin artması da bu hüküm içinde değerlendirilebilir.

Bir olayın beklenmedik hal sayılabilmesi için; herkese aynı etkiyi gösterebilecek kapasitede bir olay olmalıdır, yani sadece belli bir ferde sübjektif etkili değil, o ülke veya yöredeki herkesi içine alan genel nitelikli objektif bir olay olmalıdır. İnşaatın olduğu yerde fırtına çıkması, inşaatı etkilese de çok büyük olağanüstü bir olay olmaması ve genel olarak etkileme alanı doğurmadığı için bu hükümden yararlanmak mümkün olmaz. Bunla beraber zaten sözleşmenin her iki tarafını da etkilemesi şart değildir. Ayrıca bu olağanüstü olay sürekli olmalıdır, yani kısa süreli olan ve uzun süreli sözleşmenin kısa bir periyodunda zorluk yaratması, sözleşmeyle ilgili olarak bu hükmün uygulanmasına izin vermez. Askere gitmek olağanüstü bir durum sayılmaz çünkü yerine başkasının bırakılma durumu vardır⁴¹⁷.

Öngörülmezlik ile olağanüstü olma; birlikte düşünülecek kavramlardır. Olayın olağanüstü olmasının derecesi arttıkça öngörülmesi de o kadar güçleşir. Öngörülemezlik, olağanüstü olmanın bir unsuru da sayılabilir⁴¹⁸.

Tahmin edilmemesi, yani öngörülmemek, olayın akla bile gelmemesidir (ithalat yasağı) oysa, tahmin etmekle birlikte gözönüne almamak (enflasyonun aşırı artması) ise olayın akla gelmesi ancak gerçekleşmeyeceğini ümit etmek sayılır. Her iki durumda hatta olayın öngörülmüş ve gözönüne alınmış olmakla birlikte doğuracağı aşırı sonuçların öngörülmemesinde de (ekonomik kriz beklemekle birlikte dövizin bir günde iki katına çıkması, fırtına beklemekle birlikte inşaatın bazı kısımlarını yıkması) hüküm gereğince hakim müdahale talebi için yeterli olur.

Beklenmedik durum halihazırda varken taraflarca sonradan öğrenilmişse; bu durum BK 365/2'den yararlanma hakkı vermez; şöyle ki, sözleşme yapıldığı esnada

⁴¹⁵ Tandoğan, s.242.

⁴¹⁶ Yarg.15.HD, T. 14.1.1999, E.4259, K.76 (Karataş, s.198).

⁴¹⁷ Yarg.T.D, T. 18.6.1945, E.1460 (Erman, Beklenilmeyen haller , s.75).

⁴¹⁸ Tandoğan, s.240-241.

ithal yasağı veya savaş olması fakat tarafların bilmeyerek sözleşmeyi akdetmeleri ile sonradan bedel indirimi veya sözleşmeden dönmeden yararlanmak istemeleri düşünülemez.

aab) Ortaya çıkan beklenmeyen hal, eserin tespit edilen götürü ücretle tamamlanmasına engel olmalı veya bunu aşırı derecede güçleştirmiş olmalı: Yani sadece taraflarca öngörülmeleyen veya göz önüne alınmamış bir olağanüstü durum olması yeterli olmaz. Bu durum müteahhidin, sözleşmenin ifası açısından katlanılamayacak derecede çekilemez halde zorluklarla karşılaşmasına neden olmalıdır. Ancak sözleşmeden müteahhidin hiç kar edememesi hükmün uygulanması için sebep değildir. Ayrıca müteahhit işe devam edip de iktisaden mahvolmuyorsa yine de bu hükümden yararlanabilir. Bu durum işi yapan müteahhidin fiili durumu ve ekonomik imkanlarına göre tespit edilir, yani sübjektif bir unsurdur. Bazı durumlarda müteahhit zarar dahi etse sözleşmeye uyması beklenir. Burada hiç kar edilememe gibi olağan bir rizikonun değil uç şartlarda bir rizikonun sözkonusu olması gerekir. Sözleşme değiştirilmeksizin müteahhide etkisiyle sözleşmenin değiştirilmesi ya da feshedilmesi iş sahibine etkisi arasında nispetizliğe dikkat edilmelidir⁴¹⁹.

Sonradan ortaya çıkan engel müteahhidin mali açıdan değil de inşaatın yapımı ve teknik açıdan güçleştirme veya zorluk olursa o halde bu durum artık Borçlar Kanunu m.365/2'nin içeriğine değil; şayet müteahhidin kusuru varsa kusurlu imkansızlık, müteahhit kusursuzsa kusursuz imkansızlık uygulanır⁴²⁰. Örneğin yapılacak inşaata gelecek araç gerecin ithalinin yasaklanması ya da hatalı hafriyat ile arazinin denize kayarak yok olması.

aac) Olağanüstü halin meydana gelmesinde müteahhidin kusurlu olmaması: Müteahhidin ifasını zorlaştıran beklenmedik olayın ortaya çıkmasına müteahhit kusuru ile sebep olmuşsa, Borçlar Kanunu m.365/2'ye başvurarak bedel artırımını veya sözleşmeden dönmeyi isteyemez. Örneğin müteahhit zamanında yani vade gününde inşaatı teslim etmeyerek temerrüde düşmüşse ve bu temerrüt halinden sonra enflasyon veya ithalat yasağı gündeme gelmişse, müteahhit hükümden yararlanma talebinde bulunamaz. Ayrıca müteahhidin aldığı kararlar ve tedbirler, işi güçleştiren engellerin doğumuna sebep olmuşsa bu hükümden yararlanamaz. Yine olağanüstü durumu bizzat

⁴¹⁹ Tandoğan, s.244.

⁴²⁰ Tandoğan, s.246.

kendi yaratan müteahhit, herhangi bir talepte bulunamaz. Ör: kusuruyla sebep olduğu yangın ya da iş kazası yüzünden masrafların aşırı artması.

aad)Emredici nitelikte olmayan bu madde hükmünün aksine düzenleme ile bedelin arttırılması veya fesih yollarının seçilemeyeceğini sözleşmede belirtilmemiş olması:

Sözleşmede böyle Borçlar Kanunu m.365/2'nin aksine şart konulması mümkündür⁴²¹. Müteahhidin Borçlar Kanunu m.365/2'deki haklardan artık faydalanmayacağını ve feragat ettiğini iş sahibi ispat etmelidir⁴²². Tarafların "değiştirilemez" veya "sabit" fiyat beyanları, feragatin gerçekleştiği yönünde algılanmamalıdır. Ayrıca sözleşmede aksine kayıt olan durumlarda iş sahibi tarafından ileri sürülmesinin dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiği hallerde, hakim, Borçlar Kanunu m.365/2'yi uygulamayabilir⁴²³.

aae)Müteahhit olağanüstü olay yüzünden sözleşme şartlarına uyarak işi tamamlamayacağını ifa zamanından önce bildirmeli:

Sonradan isteme düşüncesiyle herhangi bir serzeniş ve itirazda bulunmadan inşaatı olağanüstü zorluğa rağmen tamamlayan müteahhidin bedel artırım talebi kabul edilemez. Genel hükümlere binaen müteahhit, olağanüstü olay sebebiyle işi sözleşme şartlarıyla tamamlamayacağını anlar anlamaz ilk uygun zamanda iş sahibine bildirme yükümlülüğü vardır aksi takdirde Borçlar Kanunu m.365/2 uyarınca bedel artırımını veya sözleşmeden dönme isteyemeyecektir.

İş sahibi bedel artırımına onay vermemesine rağmen, müteahhit bildirim yapıyor ve fakat işe devam ediyorsa bu müteahhidin Borçlar Kanunu m.365/2'ye başvurarak hak talep etmesine engel olmaz. Müteahhit, işin sözleşme şartlarıyla tamamlamayacağını bildirimini yaparken bu hükümden doğan yasal haklarını saklı tutarsa, hem işe devam ettiğinde hem de işi sonlandırdığında bu haklarını kullanabilir.

bb) Borçlar Kanunu m.365/2'nin uygulanması

Yukarıda saydığımız şartların yerine gelmesi ile müteahhit Borçlar Kanunu m.365/2'deki haklarından yararlanabilmek için bu uyarılama ve fesih şartlarının oluşup oluşmadığının hakim tarafından denetlenmesi gerekeceğinden dava açması gerekecektir. Bu görüşü savunan yazarlar⁴²⁴ müteahhidin ücret arttırılması veya fesih yollarından

⁴²¹ Tandoğan, s.247.

⁴²² Tandoğan, s.249.

⁴²³ Sungurbey İsmet, Medeni Hukuk Sorunları C.1, s.175-179, Tandoğan, s.250-251.

⁴²⁴ Oser-Schönenberger, Becker, Gauch, naklen Tandoğan, s.252 vd.

birini seçmek yetkisi olmadığını, bu seçimin hakimin takdirinde olduğunu söyleyip, müteahhidin mahkemeye gitmeden de fesih hakkını kullanabileceğini, ancak sonradan bunun uygun olup olmadığını mahkemece tespitinden doğacak sonuçlara katlanmasının şart olduğunu beyan ederler. Mahkemenin bu yöndeki kararları yenilik doğuran kararlardır. Tunçomağ'a göre⁴²⁵ ise bedel artırımını veya fesih yönündeki kararı vermek müteahhide aittir; bu husustaki yenilik doğuran beyanının iş sahibine ulaşmakla sonuç doğurur. Bunun yanında müteahhit dava yolu ile de bu hakkını kullanabilir, mahkemenin kararı o halde kurucu değil, açıklayıcı nitelik taşımakta, zaten gerçekleşmiş olanı tespit etmektir.

Taraflar işe devam konusunda anlaşmış ise hakim sözleşmenin feshini uygulama yolunu pek seçmez ancak taraflar ücret konusunda yapılacak olan artırım konusunda uyuşmazlık yaşarlarsa, hakim artırma miktarını takdir hakkına dayanarak tespit etmelidir. Böyle bir durumda dahi özellikle olağanüstü halin müteahhidin şahsını ilgilendirdiği hallerde sözleşmenin feshine de karar verebilir. İş sahibinin inşaatı acil ihtiyacı varsa inşaat da ileri seviyelerde yani tamamlanmasına yakın olduğu durumlarda ise hakim, ücret arttırma yolunu daha çok tercih eder⁴²⁶. Müteahhit, bedel artırımını talebinde bulunmasına rağmen bu talebi karşılık görmemesi üzerine sözleşmeyi feshedip işi yarıda bırakmışsa ve bu arttırma talebi olayın koşullarına göre haklı idiyse fesih de Borçlar Kanunu m.106 vd. açısından haklı olacaktır⁴²⁷. Fesihten önce yapılan ücret arttırma talebi haklı değil ise, yapılan bu fesih de haksız olacak ve iş sahibi, bu sebeple müteahhitten uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir⁴²⁸.

Olağanüstü hallerden dolayı masraflar artar ve müteahhidin ücret arttırma talebinin kabul edileceği hukuken olumlu takdir edilirse, iş sahibi Borçlar Kanunu m.369 uyarınca tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshederek inşaatın yapılmış kısmına ilişkin masraflar ve müteahhidin kar payını ödemekle ilişkiyi sonlandırabilir. Bu duruma özel olarak da doktrinde müteahhidin Borçlar Kanunu m.367 hükmünden de kıyas yoluyla yararlanabileceği ileri sürülmektedir⁴²⁹.

Borçlar Kanunu m.365/2' de belirtilen fesih deyimini dönme olarak algılamamak gerekir. Bu görüşü savunan Erman istisna sözleşmelerini sürekli

⁴²⁵ Tunçomağ, s.1062.

⁴²⁶ Tandoğan, s.253, Yavuz, s.546.

⁴²⁷ Tandoğan, s.254, Yavuz, s.546.

⁴²⁸ Yarg.HGK.T.28.10.1972, E.273, K.883 (Tandoğan, s.254).

⁴²⁹ Tandoğan, s.256; Yavuz, s.546.

sözleşmelerden saydığından, gerçek anlamda bir fesih olduğunu belirtir⁴³⁰. Oysa Öz⁴³¹; benimde katıldığım görüşe göre, buradaki feshin, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdireceği yani sözleşmeden dönmenin sözkonusu olduğunu belirtir. Ani edimli saydığı istisna sözleşmeleri gereği Borçlar Kanunu m.106-108 hükümlerine istinaden geçmişe etkili dönme esastır. Sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmış olduğundan, müteahhit, yaptığı kısım olsa bile bedel isteyemez, bir şey aldı ise geri vermek zorundadır. Buna karşılık iş sahibi de eğer kalıcı işler yapılmışsa bunların işçilik ve malzeme değerlerini toplamından oluşan bir sebepsiz zenginleşme miktarını müteahhide öder. Ancak nadiren işin büyük bölümü tamamlandıktan sonra ortaya çıkan olağanüstü sebep yüzünden sözleşme feshedilirse daha önce detaylı bahsettiğimiz gibi fesih ileriye etkili olacak ve müteahhit yaptığı kısım oranında bedelini talep edebilecektir.

Arsa payı karşılığı sözleşmelerde ise bedelin para değil de belli bir miktar arsa payının devri sözkonusudur ve bu tür sözleşmelerde de bu hükmün uygulanması olağandır. O halde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde eğer öngörülmemiş bir olay müteahhidin inşaatı tamamlanmasını güçleştirirse sözleşmeden dönme kolaylıkla uygulanırken bedel artırımında da arsa payı oranını yükselterek. Borçlar Kanunu m.365/2'den yararlanabilir.

Feshin şarta bağlanıp bağlanmayacağı hakkında hüküm olmamakla birlikte müteahhidin bedel artırımını için iş sahibine bildirimde bulunması ve iş sahibinin bunu kabul etmemesi üzerine sözleşmeyi feshetmesi halinde aslında burada fesih, iradi bir şarta bağlanmış olur. Zaten yine yazarca sözleşmede bedel artırımını talebi ile fesih talebi aynı dava dilekçesinde kademeli olarak talep edilmesinde sakınca yoktur⁴³².

b)İNŞAATIN YAKLAŞIK BEDELLE BELİRLENMESİ SONUCU SÖZLEŞMEDEN DÖNÜLMESİ

İnşaat sözleşmesinin edim sonucu zaman içerisinde şekillendiğinden ve borcun ifa edilene kadar yapılacak masrafların kapsamının belirsiz olması sebebiyle özellikle büyük ekonomik yükümlülüklerin altına girildiği inşaat sözleşmelerinde müteahhit götürü bedelli işi üstlenmekten kaçınacaktır.

⁴³⁰ Erman, Beklenilmeyen haller , s.106.

⁴³¹ Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.67.

⁴³² Erman, Beklenilmeyen haller , s.117.

İstisna sözleşmesinde ise, “çeşitli kısımlara ait istisna sözleşmesine ilişkin edimlerin planlı şekilde bir araya getirildiği yapı işleri gibi büyük işlerde tahmini bedelin tespiti için yapılan çalışmalara keşif ve böylece tahmin edilen bedele de keşif bedeli denir⁴³³.

Tahmin”, “fiyat tahmini”, “masraf keşfi” ve “yaklaşık masraf tahmini” de denilen keşif bedeli, daha az veya daha fazla olabilecek kesin nihai ücrete temel teşkil eden bir fiyat tahminidir. Keşif bedeli, iş sahibine inşaat karşılığı olarak ödemesi gereken ücret hakkında ciddi manada bir ön bilgi veren, buna karşın müteahhidi ise kesin olarak bağlamayan bir masraf tespittir⁴³⁴.

BK m. 367’ye göre, “*yapılan şeyin masrafı, evvelce müteahhit ile takribi bir surette tespit edilen keşfi iş sahibinin sun’u olmaksızın çok fazla tecavüz ederse gerek o şeyin imali esnasında gerek imalinden sonra iş sahibi mukaveleyi feshedebilir. Bu suretle yapılan şey iş sahibinin arsası üzerinde inşa ediliyorsa iş sahibi, bedelden münasip bir miktarın tenzilini isteyebileceği gibi inşaat henüz bitmemiş ise müteahhidi devamdan men ve yapılan kısma hakkaniyet dairesinde tazmin ederek mukaveleyi feshedebilir*”⁴³⁵. Böylece bu hüküm ile, iş sahibi keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına karşı korunmuş olmaktadır.

ba) Yaklaşık keşif bedelinin çok aşılması yüzünden sözleşmeden dönmenin şartları

baa) Keşif bedelinin yaklaşık (takribi) olarak tespit edilmiş olması

İş sahibinin bu sebeple sözleşmeden dönebilmesi için, keşif bedelinin yaklaşık olarak belirlenmiş olması gerekliliği doğaldır. Masraflara ilişkin keşif bedelinin ve dolayısıyla ücretin yaklaşık olarak tayin edildiği ya sözleşmede açıkça belirtilir veya işi mahiyetinden anlaşılır⁴³⁶. İşin mahiyetinden de keşif bedelinin ne şekilde tayin edildiği tespit edilemiyorsa, yaklaşık olarak tayin edildiği kabul edilmelidir. Ayrıca ücretin

⁴³³ Gautschi Art 374, Nr.2.a naklen Tandoğan, s.282.

⁴³⁴Eren, Fikret, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer (18-29 Mart 1996) , Ankara 1996,s. 107-171.

⁴³⁵ Taraflar arasındaki eser sözleşmesinde iş bedeli götürü olmayıp yaklaşık olarak belirlenmiştir. Masraflar iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı artmış ise iş sahibi gerek yapım aşamasında ve gerekse daha sonra sözleşmeyi bozabilir. Eğer eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılıyorsa iş sahibi iş bedelinden indirim isteyebileceği gibi eser henüz bitmemiş ise tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshedebilir. Yarg. 15.HD. T.15.7.2005, E.2004/6552, K.2005/4281 (www.kazancı.com).

⁴³⁶ Tandoğan, s.282.

götürü mü yoksa yaklaşık keşif bedeli olarak tespit edildiği kararlaştırılmıyorsa böyle durumlarda yaklaşık keşif bedelinin varlığı kabul edilir⁴³⁷.

Yaklaşık keşif bedeli tespit edilirken, az veya çok sağlam birtakım verilere dayanılarak tahmin yapılmalıdır. Yaklaşık keşif bedelinin tespiti esnasında, müteahhitten, bunu ücret karşılığı yapan mimardan olduğu kadar özenli ve ayrıntılı çalışma yapması beklenemez. Bununla beraber, müteahhidin bu konudaki görüşü, yapılacak sözleşmede baz alınacağından, sözleşmenin uygulama aşamasına gelindiğinde, doğacak özen ve sadakat borcunun bir parçası olacaktır. Katıldığım, Tandoğan'ın fikrine göre ise, müteahhidin burada göstermesi gereken özeni, dürüstlük kuralına dayandırmak ve bu özenin gösterilmemesi halinde de, bunu bir sözleşme öncesi kusur (culpa in contrahendo) saymak gerekir⁴³⁸. İş sahibinin BK m. 367'de düzenlenen dönme hakkından faydalanabilmesi için, doğruluğu müteahhitçe hiçbir şekilde garanti edilmemiş bir keşif bedeli tespitinin, sözleşmeye temel teşkil etmiş olması zorunludur.

Federal Mahkeme'ye göre⁴³⁹, yaklaşık bir bedel tespit edilmemiş olsa bile, bir şeyin tamiri için yapılacak masrafların o şeyin değeriyle orantılı olmayacak derecede fazla olacağına iş sahibi farkında değilse, müteahhit işin, başında veya masrafların çok olacağı anlaşıldığında, iş sahibini uyarmalıdır. Aksi takdirde, iş sahibi BK m. 24/2 uyarınca temel hatasına dayanarak sözleşmeyi feshedebilir.

bab) Keşif bedelinin aşırı derecede aşılması olması

Keşif bedelinin aşılması kurumunun ve dolayısıyla Borçlar Kanunu m.367 hükmünün uygulanmasında çözümlenmesi gereken en güç ve en önemli sorun, müteahhitçe fiilen yapılan masrafların, taraflarca sözleşme kurulurken belirlenen keşif bedelini ne zaman aşırı derecede aşmış sayılacağı hususudur. İş sahibi belli bir orandaki aşmaya katlanmak, hoşgörü göstermek zorundadır. Bu hoşgörü sınırının ne olacağı her somut olayın özellikleri gözönünde bulundurularak işlerde geçerli iyiniyet kurallarına göre kararlaştırılmalıdır⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Tandoğan, s.282.

⁴³⁸ Tandoğan, s.282-283; Kaplan, İbrahim, Türk İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983. s.133-134.

⁴³⁹ BGE. 92 II 328, JdT, 1968, s.34 vd., özellikle s.38-39 (Tandoğan, s.283); Baygın, s.153.

⁴⁴⁰ Tandoğan, s.283.

Sözleşmenin tarafları daha ayrıntılı bir sözleşme yaparak, iş sahibinin tahammül etmesi gereken hoşgörü sınırını açıkça belirlemiş olabilirler. Belirlenen keşif bedelinin %10'una kadar aşabileceğini, bu hadleri geçen masrafların aşırı sayılacağını ve bu halde iş sahibinin sözleşmeyi BK m. 367 uyarınca feshedebileceğini kararlaştırabilirler. Böyle bir sözleşmede fiilen yapılan masrafların keşif bedeli karşısında aşırı sayılıp sayılmayacağı hususunun belirlenmesi konusunda hiç de zorluk çekilmeyecektir⁴⁴¹ Öz'e göre⁴⁴², bu tür bir sınır iş sahibi lehine konulmuşsa BK m. 367 hükmü uygulanmalıdır. Buna karşın üst sınır hükümleri müteahhit lehine konulmuşsa, müteahhidin bedelin artırılmasını veya sözleşmenin feshedilmesini istemesine olanak sağlayan BK m. 365/2 hükmü uygulanmalıdır.

Keşif bedelinin ne zaman aşırı derecede aşılmış sayılacağı konusunda, sözleşmede taraflar herhangi bir kural öngörmediler ise doktrindeki genel görüşe göre⁴⁴³, iş sahibinin katlanmak zorunda olduğu hoşgörü sınırı, her somut olayın özellikleri gözönünde tutularak, dürüstlük kurallarına göre tayin edilmiştir. Hoşgörü sınırına ilişkin her olaya uygulanabilecek genel bir oranın kanunumuzda ve mahkeme kararlarında belirlenmemesi isabetlidir. Zira, her durumda geçerli olduğuna inanarak, problemi bir oran belirlemek yoluyla çözmeye çalışmak isabetli olmayacaktır. Sorunun çözümü için sabit bir oran belirleyip, her olaya bu oranı uygulamak özellikle paranın sürekli değer kaybettiği, enflasyonlu ülkelerde çok daha büyük sorunlara sebep olacaktır⁴⁴⁴.

Bir görüşe göre, aşırılığı tespit ederken, iş sahibinin varsayılan iradesini esas alınmalıdır. Bu görüş uyarınca, belirlenen keşif bedelinin aşılmasının aşırı sayılabilmesi için, bu aşma o derecede olmalıdır ki, inşaatın bu bedele mal olacağını baştan bilseydi iş sahibinin bu sözleşmeyi hiç yapmayacağı dürüstlük kuralı uyarınca kabul edilsin⁴⁴⁵. Bu görüş, iş sahibinin işi daha ucuza yapacak bir müteahhit bulmuş olmasının faydasını gözönünde bulundurmaması yönünden eleştirilmekte, onun varsayılan iradesinin işi daha pahalıya yaptırmak yönünde de tespit edilebileceğine işaret edilmektedir. Ancak, varsayılan irade de dürüstlük kuralları ışığında değerlendirileceğinden böyle bir sakınca

⁴⁴¹ Baygın, s.153; Kaplan, İnşaat, s.140; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.71.

⁴⁴² Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.71.

⁴⁴³ Tandoğan, s.283; Yavuz, s.542; Baygın, s.155; Eren, İnşaat, s.90.

⁴⁴⁴ Baygın, s.155; Eren, İnşaat, s.90.

⁴⁴⁵ Becker, Art,375, Nr.2 naklen Tandoğan, s.284; Baygın, s.155.

ortaya çıkmaz⁴⁴⁶. Öz⁴⁴⁷ de, yukarıda belirtilen kriteri tatmin edici bulmamakta, bu ölçünün bizleri adalete aykırı sonuçlara götürebileceğini belirtmektedir. Yazara göre, dönme hakkının bu koşulu sadece iş sahibinin sübjektif tasavvurlarıyla belirlenemez. Şöyle ki, keşif bedeli miktarının çok az miktarda aşıldığı bazı durumlarda da iş sahibi sözleşmeyi bu bedelle yapmayacak olduğunu ispat ederek sözleşmeyi feshedebilir. Böylece keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle sözleşmeden dönme imkanı sakıncalı biçimde genişlemiş olur⁴⁴⁸.

Doktrindeki hakim fikre göre, aşırılığın tayininde, kural olarak, inşaatın değeri gözönünde tutulmamalıdır. Zira aksi taktirde, iş sahibi kararlaştırıldan daha değerli fakat aşırı derecede pahalı olan bir yapıyı kabule zorlanmış olacaktır⁴⁴⁹.

baç)Keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına iş sahibinin sebebiyet vermemiş olması

BK m. 367 hükmünün uygulanabilmesi için, keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına iş sahibinin sebebiyet vermemiş olması gereklidir. İş sahibi, kendi fiiliyle keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına neden olduysa artık bu suretle ortaya çıkan masraf artışına katlanmak zorunda kalacaktır⁴⁵⁰.

İş sahibinin kusurlu bir fiili nedeniyle, masraflar belirlenen bedeli aşırı derecede aşmış olabilir. Örneğin, verdiği yanlış talimatlarda ısrar etmesi veya kendisinin yapması icap eden hazırlayıcı bir işlemi (malzemenin, arsanın ya da planların teslimi gibi) zamanında yapmamış olması nedeniyle masrafların aşırı derecede artması hallerinde olduğu gibi.⁴⁵¹Buna karşılık iş sahibinin fiili kusursuz da olsa masrafların aşmasına neden oluyorsa hükümden yararlanamaz. Örneğin, iş sahibinin projede nitelik veya nicelik bakımından değişiklikler isteyerek atışa sebep olması.

Artış, iş sahibine isnat edilen bir nedenden kaynaklanıyorsa, masrafların artışına da iş sahibi katlanmak zorundadır. Yani, iş sahibinin masrafların aşılması ile arasında nedensellik bağı kurulabilen her türlü davranışı Borçlar Kanunu m.367'de düzenlenen dönme hakkının doğumuna engel olur.

⁴⁴⁶ Tandoğan, s.284; Baygın, s.155.

⁴⁴⁷ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.71.

⁴⁴⁸ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.71; Baygın, s.156.

⁴⁴⁹ Tandoğan, s.284; Baygın, s.157.

⁴⁵⁰ Tandoğan, s.286; Baygın, s.161; Aral, s.392; Yavuz, s.547.

⁴⁵¹ Tandoğan, s.286.

İş sahibine yüklenebilecek nedenlerle keşif bedelinin aşırı derecede aşılması halleri iki grupta toplanabilir:

Birinci ve en çok rastlanan durum, sözleşmenin kurulmasından sonra işlerin görülmesi esnasında, iş sahibinin masrafların artmasına neden olmasıdır. Özellikle iş sahibi sonradan verdiği talimatlarla masrafların artmasına neden olabilir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, sözleşme ile iş sahibine projede değişiklik yapma yetkisinin tanınmış olması, sonucu değiştirmez. Yani bu halde dahi sözleşmeye dayanarak değişiklik yetkisini kullanan iş sahibinin masrafların aşırı derecede asılmasına sebep olması halinde, iş sahibi masrafların aşırı derecede aşıldığı gerekçesiyle sözleşmeyi feshedemez⁴⁵².

Bunun dışında, iş sahibinin (kusursuz olsa dahi) sözleşme ile üstlendiği bir yükümlülüğü yerine getirmemesi veya geç getirmesi nedeniyle keşif bedeli aşırı derecede aşıldıysa yine iş sahibi sözleşmeyi feshedemez. Örneğin, iş sahibinin vermekle yükümlü olduğu malzemeleri zamanında veya gereken kalitede vermemesi, hatalı talimatlarıyla işi zorlaştırması, projeyi geç veya hatalı vermesi, isin kolaylaştırılması için kaldırmayı üstlendiği engelleri kaldıramaması veya kaldırmaması nedeniyle meydana gelen aşırı masraflar böyledir. Yine, eserin hazırlanmasına geç başlanması veya işlerin görülmesindeki gecikmeler nedeniyle keşif bedelini aşırı derecede aşılmasında da, bu gecikmeler iş sahibine bağlanabiliyorsa, sözleşmeden Borçlar Kanunu m.367 uyarınca dönme mümkün değildir⁴⁵³.

İkinci ve az olarak rastlanan durum ise, iş sahibine yüklenebilecek nedenler dolayısıyla keşif bedelinin gerçeğe uygun olarak tespit edilmemiş veya edilememiş olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu m.367'nin uygulanması bakımından keşif bedeli tespitini kimin hazırladığı veya hazırlattığı çok önemli değildir. İster müteahhit isterse iş sahibi hazırlamış olsun önemli olan sadece tarafların bu tespit üzerinde mutabık kalarak sözleşmeye temel almış olmalarıdır. Bu nedenle keşif bedelini iş sahibinin bizzat veya bir yardımcı vasıtasıyla yaptığı durumlarda sözleşmeden dönme hakkının reddedilebilmesi için, işin teknik olarak uzmanı olan müteahhit karşısında, iş sahibinin inşaatın maliyetini daha iyi belirleyebilecek bir konumda bulunması gereklidir. İş sahibinin hazırlattığı keşif raporunun hatalı olduğu işin uzmanı olan

⁴⁵² Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.75; Baygın, s.161.

⁴⁵³ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.76; Baygın, s.162.

kişilerce aşikâr bir şekilde anlaşılabilirse ve müteahhit de buna ses çıkarmamışsa, iş sahibinin fiili sonucu keşif bedelinin aşırı derecede aşıldığı kabul edilmemelidir⁴⁵⁴.

Sonuç itibariyle, keşif bedelinin aşırı ölçüde aşılmasına iş sahibinin veya onun davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin sebep olması halinde, sözleşmenin iş sahibince Borçlar Kanunu m.367 uyarınca feshedilmesi dürüstlük kuralına aykırı olur. Keşif bedelinin aşırı şekilde aşılmasına neden olan masraflardaki artış ile iş sahibi arasında nedensellik bağı kurulabildiği ölçüde iş sahibi sözleşmeden dönemez.

bad) Keşif bedelini aşırı derecede aşan masrafların iş sahibi tarafından kabul edilmemesi

İş sahibi, keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına açıkça veya zımnen rıza göstermişse, Borçlar Kanunu m.367 uyarınca sözleşmeyi feshedemez. İş sahibinin açıkça veya zımnen masrafların aşılmasına rıza göstermesi halinde, buna kendisinin sebebiyet verip vermemiş olması önem taşımaz. Yani iş sahibi, kendi dışındaki sebeplerle (örneğin, müteahhidin kusuru sonucu) keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına rıza göstermişse, sözleşmeyi feshedemez. Böyle bir rızanın varlığı ancak, iş sahibinin meydana gelen veya meydana gelmesi kuvvetle muhtemel olan aşmayı bilmesi halinde kabul edilebilir⁴⁵⁵.

Müteahhit eğer masrafların keşif bedelini aşırı derecede aşacağını ve bu nedenle fazla ücret isteyeceğini yeterli açıklıkta iş sahibine bildirmiş, buna rağmen iş sahibi, herhangi bir ihtirazı kayıt ileri sürmeksizin müteahhidin işe devam etmesine göz yummuşsa, iş sahibinin keşif bedelini aşırı derecede aşılmasını kabul ettiğini göstermelidir. İş sahibinin keşif bedelini aşan kısım için avans vermesi de aşmaya zımnen rıza gösterdiği şeklinde yorumlanmalıdır⁴⁵⁶.

Müteahhidin bildirimde bulunmamasına rağmen aşma durumunu ve bunun miktarını öğrenen iş sahibinin sesini çıkarmaması, onun keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına zımnen rıza gösterdiği anlamına gelebilir. Duruma göre iş sahibinin belirli bir aşılmanın kesin olarak görülebilir olmasına rağmen işe devam edilmesini itirazsız ve hareketsiz izlemesi vakıyasından da zımni bir rıza çıkartılabilir. Bu sonuç, “kimsenin

⁴⁵⁴ Baygın, s.162; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.75.

⁴⁵⁵ Tandoğan, s.286; Baygın, s.163, Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.76; Yavuz, s.547.

⁴⁵⁶ Tandoğan, s.286; Baygın, s.164; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.76.

kendi yarattığı güven ortamına aykırı davranamaması (venire contra factum proprium) ilkesi ile açıklanabilir⁴⁵⁷.

Buna karşın, daha önce meydana gelen aşmalara açıkça veya zımnen rıza gösteren iş sahibinin, bundan sonra meydana gelecek aşmalara da önceden rıza gösterdiği anlamı çıkarılamaz. Dolayısıyla, o ana kadar meydana gelen aşmalara rıza gösteren iş sahibi, yeni masrafların çıkması üzerine sözleşmeyi feshedebilir⁴⁵⁸.

bae) Müteahhidin tespit edilen keşif bedeli karşılığında eseri yapmaktan kaçınması

İsviçre doktrininden Gautschi'ye göre iş sahibinin sözleşmeyi BK m. 367 (Art.375 OR.) de düzenlenen tek taraflı dönme hakkının en önemli şartı yasada yer almamıştır. Buna göre, müteahhit sözleşmede öngörülen, işgörme ve teslim borçlarını, kendisine terettüp eden ücret riskini taşımak ve eseri sözleşme ile belirlenen ücretin ödenmesi karşılığında tamamlamak suretiyle ifa ederse, iş sahibi BK m. 367 uyarınca sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olamaz⁴⁵⁹.

Türk hukukunda onay gören bir sava çekince koyduğumuzda; müteahhit, yaptığı fiili masrafların, taraflarca belirlenen keşif bedelini aşırı derecede aşmasına rağmen, söz konusu fazla masrafları iş sahibinden talep etmiyor, hoşgörü sınırını aşan kısmı kendisi yükleniyor ise, iş sahibi sözleşmeyi BK m. 367 uyarınca keşif bedelinin aşırı derecede aşılması sebebiyle feshedemeyecektir⁴⁶⁰.

Müteahhit işin her aşamasında aşırı masraf talebinden vazgeçtiğini iş sahibine bildirebilir. Böylece müteahhit, iş sahibinin Borçlar Kanunu m.367 uyarınca sözleşmeyi feshetme hakkını, beyanıyla iş sahibinin elinden almış olur. Müteahhidin keşif bedelini aşırı şekilde aşan masraflarda hoşgörü sınırını geçen kısmının talebinden vazgeçtiğini iş sahibine açıkça bildirmesi zorunlu değildir. Müteahhidin bazı davranışları bu talepten vazgeçtiği anlamına gelebilir. Bu durumda da, sözleşmeden dönme ile korunacak bir çıkar kalmayacağından iş sahibi, sözleşmeyi feshedemez. Örneğin, aldığı malzemelerin faturalarını iş sahibine gönderen veya bu malzemeleri ona aldırarak müteahhit, aşırı

⁴⁵⁷ Baygın, s.164; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.76.

⁴⁵⁸ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.76; Tandoğan, s.286-287; Baygın, s.165.

⁴⁵⁹ Gautschi, Art, 375 Nr,8,b naklen Tandoğan, s.287 Baygın, s.166.

⁴⁶⁰ Tandoğan, s.286; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.77; Baygın, s.166; Yavuz, s.547.

masraf oluşturan bazı malzeme alımlarını iş sahibine bildirmeyip, kendi imkanları ile temin etmeye çalışması hali böyledir⁴⁶¹.

Doktrinde, işin yapılması esnasında masrafların keşif bedelini aşırı derecede aşacağını anlayan müteahhidin, aşırı masraflar kendisine ödenmedikçe işin devamından kaçınabileceği, bunun bir tür önceden ileri sürülebilir “ödemezik def”i (exceptio non adimpleti contractus) ” olduğunu ileri sürülmektedir⁴⁶². Ancak bu görüş doktrinde itirazla karşılaşmış ve isabetli bulunmamıştır⁴⁶³. Zira, iş sahibinin ücret ödeme borcu kural olarak inşaatın tamamlanması ile muaccel hale gelir. Her ne kadar inşaat uygulamalarında inşaat tamamlandıktan sonra müteahhide ücret ödenmesi nadiren görünse de kural olarak iş tamamlanmadan ücret talebinde bulunamayacak olan müteahhidin, ödemezik def’i türünden bir gerekçe ile sözleşme ile yüklendiği hazırlama faaliyetlerinden kaçınması mümkün değildir. Bu imkan ancak, bedelin işin görülmesi esnasında yani hak edişler kanalıyla ödeneceği kararlaştırılan sözleşmelerde söz konusu olabilir.

Bedelin işin görülmesi esnasında ödeneceğine dair bir hüküm bulunmayan sözleşmelerde ise, sadece iş sahibinin keşif bedelini aşırı derecede aşan masrafları, bedel borcu muaccel hale geldiğinde ödemeyeceğinin açıkça belli olması üzerine müteahhidin ne yapabileceği sorulabilir⁴⁶⁴. Benim de katıldığım Öz’ün görüşü uyarınca⁴⁶⁵, bu durumda dahi kural olarak müteahhidin işi bırakmasını haklı kılacak bir durum yoktur. Böyle bir durum iki şekilde ortaya çıkabilir:

Birinci durumda, masraflar keşif bedelini aşırı derecede aşan ölçüde değildir veya iş sahibinin Borçlar Kanunu m.367 uyarınca sözleşmeyi feshetme hakkının diğer şartlarından birisi gerçekleşmemiştir. Bu durumda müteahhit, ücret alacağı muaccel olduğunda, iş sahibini keşif bedelini aşırı derecede geçen bedeli ödemeye zorlayabilecektir. Bu durumda Borçlar Kanunu m.367’ye göre sözleşmeyi feshetme hakkı olmayan iş sahibine karşı müteahhide işi yarım bırakmak gibi bir olanak yasa tarafından tanınmamıştır. İş sahibinin masraf aşırılığı olduğu iddia edilen kısma ait miktarı ödemeyeceğini bildirse bile müteahhit işgörme faaliyetine devam edip inşaatı tamamlayarak ve ifayı gerçekleştirdikten sonra ücret alacağını takip edebilir.

⁴⁶¹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.77; Baygın, s.166.

⁴⁶² Tandoğan, s.285-286.

⁴⁶³ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.77-78; Baygın, s.167-168.

⁴⁶⁴ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.78; Baygın, s.168.

⁴⁶⁵ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.78.

İkinci durumda ise, iş sahibinin Borçlar Kanunu m.367 uyarınca sözleşmeyi feshetme şartlarının gerçekleşmiş olması üzerine, fazla masrafları ödemeyeceğini müteahhide bildirmiş olması halidir. Bu kez de iş sahibinin sözleşmeden döndüğü kabul edilmelidir. Yani iş sahibi, Borçlar Kanunu m.367’de düzenlenen dönme şartları gerçekleşmişken, fazla masrafları ödemeyeceğini müteahhide bildirmişse, bu beyan Borçlar Kanunu m.367 uyarınca bir dönme beyanı olarak kabul edilmelidir. Zira, yasa böyle bir durumda iş sahibine ya fazla masrafları ödeyip ifayı kabul etme ya da sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Bu iki seçenekten fazla masrafları ödeme seçeneğini reddettiğini bildiren iş sahibinin, geriye kalan tek seçenek olan sözleşmeyi feshetme seçeneğini seçtiği kabul edilmelidir. Bu halde ise, dönme yoluyla ortadan kaldırılmış bir sözleşmenin ifasına ilişkin işgörmeye faaliyetlerinden kaçınmak bir def’i kullanımı değildir⁴⁶⁶.

bb)Yaklaşık keşif bedelinin çok aşılması yüzünden sözleşmeden dönme ve hükümleri

bba)Genel Olarak

Dönme hakkı yenilik doğurucu bir hak niteliği taşıdığından, bu hakkın kullanıldığına ilişkin beyan müteahhide ulaşmakla hükümlerini meydana getirir⁴⁶⁷. Bu maksatla yapılan beyan kural olarak şarta bağlanamaz ve ondan dönülemez.

Borçlar Kanunu m.367/1’de düzenlenen dönme, geçmişe etkili (ex tunc)olan bir dönmedir. Yani iş sahibi, keşif bedelinin aşırı şekilde aşılması nedeniyle sözleşmeyi feshettiğini müteahhide bildirdiği an, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır. Buradaki dönme, Borçlar Kanunu m.108’de olduğu gibi genel hükümler uyarınca sözleşmeden dönme ile aynı hüküm ve sonuçları doğuracaktır⁴⁶⁸.

Müteahhit, iş sahibinin Borçlar Kanunu m.367 uyarınca sözleşmeyi feshetmesi karşısında, dönme sebeplerinin oluşmadığı iddiası ile dönmeyi kabul etmezse, iş sahibi, Borçlar Kanunu m.367’nin şartlarının gerçekleştiğini ispat etmelidir.

⁴⁶⁶ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.78; Baygın, s.168.

⁴⁶⁷ Tandoğan, s.288; Baygın, s.170.

⁴⁶⁸ Yavuz, s.317; Tandoğan, s.288; Baygın, s.170.

Eğer, Borçlar Kanunu m.367/1’de öngörülen şartların gerçekleşmediği sonradan hakim tarafından tespit edilecek olursa, iş sahibinin müteahhide Borçlar Kanunu m.369 uyarınca tam tazminat ödemesi gerekir⁴⁶⁹.

İş sahibine ait bir şeyin tamir edilmesi veya işlenmesine ilişkin istisna sözleşmelerinde olduğu gibi, inşaatla ilgili olarak müteahhidin faaliyeti sonucu iş sahibinin bir zenginleşmesi olmuşsa veya her çeşit istisna sözleşmesinde olabileceği gibi iş sahibi ücretin tamamını peşin ödemiş veya bir kısmını avans niteliğinde vermişse, sözleşmeden dönme ile taraflardan her biri sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak⁴⁷⁰, karşı tarafın zenginleştiği miktarın kendisine iade edilmesini isteyebilecektir⁴⁷¹.

Borçlar Kanunu m.367/1’de öngörülen şartların gerçekleşmesi ile iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı doğar ve iş sahibi bu hakkını kullanarak sözleşme ilişkisini ortadan kaldırabilir. Yenilik doğuran muamele niteliğindeki dönme beyanının ne kadar süre içerisinde açıklanması gerektiği ne kanunda ne de doktrinde kesin bir yargıya varılmamıştır.

Bir görüşe göre, iş sahibi BK m. 367/1’deki şartların gerçekleştiğini öğrenince fazla zaman geçirmeden (kısa bir süre içinde) sözleşmeyi feshetmeli ve müteahhidi kararsızlık içinde bırakmamalıdır. Aksi halde bu hakkını kullanamaz. Zira, müteahhidin durumun ne olacağını bilmekte haklı bir çıkarı vardır. En yakın makul zamanda sözleşmeyi feshetmeyen iş sahibi, müteahhitte oluşturduğu güvenin sonuçlarına katlanmalıdır⁴⁷².

Gautschi’nin savunduğu diğer görüşe göre ise, iş sahibinin dönme hakkını kullanması bir süreye bağlı değildir. Hatta iş sahibi dönme hakkını Borçlar Kanunu m367/2 hariç inşaatın tamamlanmasından sonra da kullanabilir. Zira yasada yer almayan bir sınırlama getirilerek 367.maddenin iş sahibine tanıdığı dönme hakkı kısa bir süreye bağlanamaz. Yasal koşulların varlığı devam ettiği sürece iş sahibi bu hakkını kullanabilmelidir⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Tandoğan, s.288; Baygın, s.170; Uygur, s.8374.

⁴⁷⁰ Doktrinde baskın olan görüşe göre, buradaki geri verme yükümlülüğü sebepsiz zenginleşmeye değil, - sözleşmenin feshi sonrası- içeriği değişen sözleşme ilişkisinin yeni bir aşamasına dayanır.(Tandoğan, s.289, Yavuz ,s.548).

⁴⁷¹ Tandoğan, s.288; Baygın, s.170.

⁴⁷² Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.85-86; Tunçomag, s.1067; Tandoğan, s.288; Baygın, s.169.

⁴⁷³ Gautschi Nr, 682 naklen Tandoğan, s.287-288; Baygın, s.169.

Benim de katıldığım Öz'ün görüşüne göre⁴⁷⁴, her iki görüş de kural olarak kabul edildiklerinde, somut olayın özelliklerine uymayan, sakıncalı sonuçlara götürebilir. Bu görüşlerin yumuşatılarak uzlaştırılması yoluyla söyle bir çözüme ulaşmak mümkündür: Öncelikle, iş sahibinin dönme şartları gerçekleşir gerçekleşmez bu hakkını kullanmadığından dolayı hakkının sona erdiğini kabul etmek doğru değildir. Böyle bir sonuca ancak, iş sahibinin dönme hakkını kullanmamasının müteahhide artık sözleşmenin feshedilmeyeceği yönünde bir güven vermesi halinde ve bu güven somut olayda müteahhit açısından haklı görülebilecek ise varılabilir⁴⁷⁵.

Buna karşın, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı doğduğunu anlayan veya anlaması gereken müteahhidin, dönme hakkını keyfi olarak geciktiren iş sahibine karşı yapması gereken şey, onu uygun bir süre içerisinde karar vermesi için uyardır. Bu uyarı ile birlikte masrafların ne kadar arttığı veya artacağı da iş sahibine bildirilmelidir. Ancak bu husus daha önceden iş sahibine bildirilmişse veya iş sahibi bunu zaten biliyorsa, sadece karar vermeye davet ile yetinilebilir⁴⁷⁶.

Müteahhit, iş sahibine bir karar vermesi için yaptığı uyarıyı süre vererek de yapabilir. Ancak bu süre cevap için gerekli olan en yakın makul zamandan daha kısa olmamalıdır. Böyle bir durumda, müteahhidin süre vererek yaptığı bu uyarıya karşı, iş sahibi, öngörülen süre içerisinde sözleşmeyi feshetmezse, iş sahibinin bu hakkından feragat ettiği kabul edilmelidir. Bu arada, iş sahibinin dönme bildirimini beklemek zorunda olduğu sürece müteahhit, durumun belirsiz olduğu gerekçesiyle, işi bırakamaz veya yavaşlatamaz. Sözleşmeden dönme gerçekleşinceye kadar eseri hazırlama borcuna uygun hareket etmek zorundadır⁴⁷⁷.

bbb)Olumsuz zararın tazmini ve kusur

Sözleşmeyi fesheden iş sahibi, keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasında müteahhidin kusuru varsa, ondan olumsuz zararının tazminini de talep edebilir. Yalnız burada müteahhidin kusurunu kimin ispat edeceği hususu tartışmalıdır

Bir görüşe göre, burada genel esaslardan ayrılmayı gerektirecek bir neden yoktur. Dolayısıyla, burada da Borçlar Kanunu m.108'de olduğu gibi, olumsuz zararı

⁴⁷⁴ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.86.

⁴⁷⁵ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.86; Baygın, s.169.

⁴⁷⁶ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.86; Baygın, s.169.

⁴⁷⁷ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.85; Baygın, s.169.

tazmin etmek istemeyen müteahhidin kusuru bulunmadığını ispat etmesi gereklidir. Yani ispat yükü müteahhitte olmalıdır⁴⁷⁸.

Buna karşın baskın olan görüşe göre, kural olarak, iş sahibinin müteahhidin kusurlu bulunduğunu ispat etmesi gereklidir. Zira, yaklaşık keşif bedelinin tespitiyle müteahhit, hiçbir şekilde sözleşme konusu eseri söz konusu bedelle yapmayı yükümlenmiş olamaz. Bundan dolayı keşif bedelinin aşılması ister az isterse çok olsun başlı başına bir sözleşme ihlali niteliğinde değildir. Yani, Borçlar Kanunu m.367'deki dönme hakkı, eserin ayıplı ifasında veya borçlu temerrüdünde olduğu gibi bir sözleşme ihlali niteliğinde olmayıp, aksine haklı (önemli) bir sebebe dayandırılmaktadır. Bundan dolayı böyle bir dönemde, sözleşmenin ihlali nedeniyle uygulama alanı bulan Borçlar Kanunu m.106 ve 108'deki prensipler uygulama alanı bulamaz⁴⁷⁹.

Bana göre de baskın olan ikinci görüş daha isabetlidir. Bu görüş uyarınca, eğer iş sahibi, talebini sadece keşif bedelinin aşırı aşılması olgusuna dayandırıyorsa, meydana gelen zararını ispat dışında ayrıca müteahhidin kusurunu da ispat etmelidir. Zira, yukarıda da belirttiğimiz gibi buradaki dönme haklı sebeplere dayanılarak yapılan dönmedir. Haklı sebeplerle sözleşmenin feshedilmesinde de, herhangi bir sözleşmeye aykırılık durumu olmadığı için, karşı tarafın (müteahhidin) kusurunu ispat yükü iş sahibine düşer⁴⁸⁰.

Ancak müteahhidin yaklaşık ücreti aşması aynı zamanda onun sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmesi haline dayandırılırsa bu durumda artık kusuru olmadığını ispatla yükümlü olan müteahhittir. Örneğin keşif bedelinin tespitinde uzmanlığının gerektirdiği özeni göstermeyen veya başkasına hazırlattığı keşif bedeli tespitini iyi kontrol edip özenle incelemeyen müteahhidin sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı davrandığı kabul edilmelidir⁴⁸¹.

Eğer iş sahibi keşif bedelinin yanlışlığını anlayabilecek kadar teknik bilgiye sahipse ya da keşif bilgisinin yanlışlığı meslekten olmayan kişilerce de anlaşılabilir kadar barizse, bu keşif bedelini kabul eden iş sahibi de “müterafik (ortak) kusurlu” sayılır. Bu da iş sahibinin tazminat talebinin indirilmesi için bir sebep teşkil eder⁴⁸².

⁴⁷⁸ Simonius, ZSR, NF.37 (1918), S.264; Castelberg, s.62 naklen Tandoğan, s.290; Baygın, s.172.

⁴⁷⁹ Oser-Schönenberg, Art. 375, Nr. 6-7; Becker, Art 375, Nr.5-6 naklen Tandoğan, s.290; Baygın, s.172.

⁴⁸⁰ Tandoğan, s.290; Baygın, s.172.

⁴⁸¹ Tandoğan, s.290; Baygın, s.172.

⁴⁸² Tandoğan, s.291; Baygın, s.172.

Yaklaşık keşif bedelinin aşırı derecede aşılması, Borçlar Kanunu m.365/2’de öngörülen olağanüstü olaylar sonucu meydana gelmişse müteahhidin kusurundan bahsedilemeyecektir. Özetle, sadece keşif bedelinin aşırı derecede aşılması sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlal edildiği anlamına gelmeyeceği gibi, müteahhidin kusurlu olduğuna da karine teşkil etmez⁴⁸³.

bbc) Keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasının diğer sonuçları

Keşif bedelinin aşırı derecede aşılması müteahhidin sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı bir davranışından ileri geliyorsa ve müteahhit sözleşmeye aykırılık teşkil eden bu davranışında kusurlu olmadığını ispat edemezse, iş sahibi Borçlar Kanunu m.367’ye göre sözleşmeyi feshetmek yerine, Borçlar Kanunu m.96 vd. çerçevesinde **müspet zararının tazminini** müteahhitten talep edebilir⁴⁸⁴.

Gautschi, keşif bedelinin aşırı şekilde aşılması halinde, iş sahibinin sözleşmeyi feshetmek zorunda olmadığını, onun Borçlar Kanunu m.106-108 hükümlerini kullanarak aynen ifadan vazgeçip müteahhidin işe devamdan kaçınmasını veya tamamlanmış inşaatı teslim etmemesini borçlunun temerrüdü olarak kabul ederek müspet zararının tazminini talep edebileceğini belirtmektedir. Hatta, yazara göre, uygulamada iş sahibinin sözleşmeyi feshetmeyip ayakta tutarak, müspet zararının tazminini talep etmesi, Borçlar Kanunu m.367’ye göre sözleşmeyi feshetmeye nazaran daha fazla başvurulan bir yoldur. Çünkü, bu tarz bir çözüm iş sahibi için daha basit ve avantajlı bir çözümdür⁴⁸⁵.

Bu görüş uyarınca, keşif bedelini aşırı derecede aşan ücret talebini iş sahibinin reddetmesi üzerine, müteahhit işi yarım bırakmış veya işi tamamlayıp da talep ettiği ücreti alamadığı için inşaatı teslimden kaçınmış ve iş sahibinin uyarısı ve verdiği uygun süreye rağmen işe devam etmemekte veya işi tamamlamışsa inşaatı teslim etmemekte direnmişse, iş sahibi aynen ifadan vazgeçerek Borçlar Kanunu m.106 uyarınca müspet zararının tazminini söz konusu gecikme nedeniyle, inşaatın tamamlanmasının taraflarca kararlaştırılan tarihe yetiştirilemeyeceğinin kesin olarak anlaşılmış olması dahilinde talep edebilecektir. Burada tazmini gereken müspet zarar satım sözleşmesinde olduğu gibi, iş sahibinin inşaatın gereği gibi meydana getirilmesi halinde başka bir müteahhide

⁴⁸³ Baygın, s.172; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.79.

⁴⁸⁴ Tandoğan, s.292; Baygın, s.177; Yavuz, s.548.

⁴⁸⁵ Gautschi, Art, 375, Nr.11,b naklen Tandoğan, s.293; Baygın, s.177.

fiilen ödediği ücret ile ifa halinde mevcut sözleşmeye göre ödemek zorunda olduğu uygun ücret arasındaki farktır. Yani, taraflarca sözleşme akdedilirken belirlenen keşif bedeline eklenecek makul bir aşma payı sonrasında elde edilecek miktarla işin başka bir müteahhide yapılması nedeniyle fiilen ödenen miktar arasındaki fark, iş sahibine müspet zararın tazmini olarak ödenecek bedeli ifade etmektedir⁴⁸⁶.

Ayrıca inşaatın, iş sahibinin arsası üzerine yapıldığı hallerde, iş sahibi, Borçlar Kanunu m.367/2 uyarınca **ücretin indirilmesini** talep edebilir. Borçlar Kanunu m.367/2’de keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına neden olan masrafların, iş sahibi tarafından indirilmesini talep hakkı yalnızca inşaatın iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olması hali için öngörülmüşse de, bu hükmün kıyas yoluyla başka hallere de uygulanabileceği savunulmaktadır⁴⁸⁷.

Bu kıyasın uygulanacağı hallerden birisi müteahhidin üzerinde bina inşa ettiği arsanın iş sahibinden başka, üçüncü bir şahsa ait olmasıdır. Örneğin, bir alt müteahhit kendisi ile doğrudan muhatap olmayan asıl (ilk) iş sahibinin arsası üzerinde bina inşa etmesi, müteahhidin iş sahibinin üst hakkı sahibi olduğu arsa üzerine yapı inşa etmesi veya müteahhidin iş sahibinin kiraladığı arsa üzerinde yapı işleri yapması hallerinde, Borçlar Kanunu m.367/2 kıyasen uygulanmalıdır⁴⁸⁸. Kıyas uygulanabilecek ikinci hal ise, yapı eseri olmayan bir işgörmeye sonucunun doğrudan doğruya iş sahibinin veya üçüncü bir kişinin mülkiyetine geçmesi halidir.

Bu konuya son vermeden son olarak belirtelim ki, iş sahibinin müspet zararının tazminini talep ederek elde edeceği tazminat karşılığında müteahhidin aşırı ücret alacağını mahsup etmesi, pratik açıdan istisna sözleşmesi konusu inşaatın bedelinin indirilmesiyle aynı sonucu doğurmaktadır⁴⁸⁹.

cc) İş sahibinin arsası üzerinde yapılmış inşaatta yaklaşık ücretin çok aşılması dolayısıyla fesih veya bedelin indirilmesi

cca) Genel olarak

Borçlar Kanunu m.367/2’ye göre, “*Bu suretle yapılan şey iş sahibinin arsası üzerinde inşa ediliyorsa iş sahibi, bedelden münasip bir miktarın tenzilini isteyebileceği*

⁴⁸⁶ Tandoğan, s.292-293; Baygın, s.177.

⁴⁸⁷ Tandoğan, s.293; Baygın, s.180.

⁴⁸⁸ Tandoğan, s.293; Baygın, s.180.

⁴⁸⁹ Tandoğan, s.293; Baygın, s.181.

gibi inşaat henüz bitmemiş ise müteahhidi devamdan men ve yapılan kısmı hakkaniyet dairesinde tazmin ederek mukaveleyi feshedebilir”.

BK m. 367/2’de iş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaat keşif bedelinin aşırı derecede aşılması durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel hukuki sonuçlar özel olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, iş sahibi sözleşmeyi feshetme yerine dilerse bedelin indirilmesini talep edebilecektir. Bu hükümde ayrıca, iş sahibinin sözleşmeyi feshetme hakkını ancak inşaat tamamlanmadan kullanabileceği ve sözleşmeden dönme üzerine müteahhidin masraflarını hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde tazmin edeceği hususu düzenlenmiştir⁴⁹⁰.

Kanun koyucunun bu tarz bir düzenleme yapmaktaki amacı, inşaatın iş sahibinin arsası üzerinde yapıldığı hallerde, müteahhidin kullandığı malzeme ve emeğin sonuçlarının bütünüyle parça (mütemmim cüz’ü) kuralları (MK m. 684, m. 718/2 ve m. 722) uyarınca, taşınmaza bağlı olarak kendiliğinden iş sahibine geçmesi ve işin niteliği gereği aynen iade edilmelerine imkan bulunmamasıdır⁴⁹¹. Bu durumda dahi Borçlar Kanunu m.367/1 hükmü uygulanacak olsaydı, müteahhit, iş sahibince sözleşmenin feshedilmesi sonrası tasfiye işlemleri esnasında sadece ortaya çıkan değerlerin iş sahibinin malvarlığında meydana getirdiği artma oranında bir sebepsiz zenginleşme talebi ileri sürebilecekti. İş sahibinin keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle sözleşmeyi feshedip, sebepsiz zenginleşmesi oranında müteahhide ödemedede bulunması, özellikle keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasında kusuru bulunmayan müteahhit açısından adalete aykırı sonuçlar doğuracağından, kanun koyucu, aleyhine hakkaniyete aykırı sonuçlar doğabilecek olan müteahhidi bir ölçüde de olsa korumak istemiş ve bu duruma ilişkin dönmenin sonuçlarını özel olarak düzenlemiştir⁴⁹².

Bu düzenleme uyarınca, iş sahibi kendi arsası üzerinde yapılan inşaat konulu istisna sözleşmesini inşaat tamamlanmadan feshederse, müteahhide hakkaniyete uygun bir tazminat ödemek durumunda kalacaktır. İşin tamamlanmasından sonra ise iş sahibine sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmamış, sadece ücretin indirilmesini talep yetkisi tanınmıştır⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.80; Tandoğan, s.294; Baygın, s.181; Yavuz, s.548.

⁴⁹¹ Tandoğan, s.294; Baygın, s.181; Yavuz, s.548.

⁴⁹² Tandoğan, s.294; Öz, s.81; Yavuz, s.548; Baygın, s.181.

⁴⁹³ Tandoğan, s.294; Öz, s.81; Yavuz, s.548; Baygın, s.181-182.

ccb)Taşınmaz bir inşaat olmalı

BK m. 367/2 hükmünün uygulanabilmesi için, eserin iş sahibinin arsasında yapılan bir inşaat olması lüzumludur. “Taşınmaz eser” kavramı, emek ve malzeme kullanılarak taşınmazın bütünleyici parçası olacak şekilde meydana getirilen eser olarak tanımlanmaktadır⁴⁹⁴.

Doktrinde bazı yazarlar taşınmaz eserin tanımına “iktisadi önem taşıma” unsurunu dahil etmektedirler⁴⁹⁵. Baygın⁴⁹⁶ bu görüşe karşı çıkarak, BK m.367/2 uygulamasında, taşınmaz eser ölçüsünün inşa işinin niteliğine göre belirlenmesinin doğru olacağını, eserin değeri, büyüklüğü ve iktisadi öneminin ölçü olarak alınmaması gerektiğini vurgulamıştır. Gauch’a göre de⁴⁹⁷ eserin ekonomik önem taşımaya gerek yoktur. İş sahibinin arsası üzerinde yapılan eserin menkul (taşınır) eser olması halinde Borçlar Kanunu m.367/2 hükmü uygulanamaz. Özetle, iş sahibinin arsası üzerine kalıcı olması niyeti olmaksızın yapılan, çardak, büfe, kulübe, baraka ve benzeri hafif yapılar, Medeni Kanun m.728 uyarınca menkul (taşınır) eser sayıldığından ve bu nedenle Borçlar Kanunu m.367/2 hükmünün öngördüğü sakıncaları taşımadığından, bu tür yapılar hakkında Borçlar Kanunu m.367/2 hükmü uygulanmayacaktır.

ccc)Eserin tamamlanmaması gerekliliği

Masrafların yaklaşık olarak belirlenen keşif bedelini aşırı derecede aşacağı inşaat tamamlanmadan anlaşılırsa, iş sahibi bir seçimlik hakka sahiptir: Bunlardan biri; o zamana kadar yapılan kısım için hakkaniyete uygun bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi derhal fesheder, diğer seçebileceği imkanı ise, inşaatın bitirilmesini bekler ve bitince, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini talep edebilir⁴⁹⁸. Hakim, burada iş sahibinin seçimiyle bağlıdır. İş sahibinin seçtiği yolu, ayıba karşı tekeffülde olduğu gibi değiştiremez⁴⁹⁹.

İş sahibi sözleşmeden dönme seçimlik hakkını seçmek istediği takdirde öncelikle müteahhidi işin devamından men etmesi yani müteahhidin işe devam etmesini engellemesi gereklidir. Ayrıca, iş sahibinin Borçlar Kanunu m.367/2 uyarınca

⁴⁹⁴ Baygın, s.181; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.81; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.208.

⁴⁹⁵ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.81; Tandoğan, s.222.

⁴⁹⁶ Baygın, s.182.

⁴⁹⁷ Gauch Nr.1605, 1602 naklen Tandoğan, s.223.

⁴⁹⁸ Yavuz, s.548; Tandoğan, s.295; Baygın, s.184.

⁴⁹⁹ Tandoğan, s.295; Baygın, s.184.

sözleşmeyi feshedebilmesi ancak işin devamı esnasında mümkün olduğundan, sözleşmeyi feshetmeyi düşünen iş sahibinin biran evvel müteahhidi işin devamından men etmesi, dönme hakkını elinden kaçırmaması bakımından uygun olur.

İş sahibinin arsası üzerine inşaat sözleşmesinde, inşaat tamamlanmışsa artık iş sahibi keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedenine dayanarak sözleşmeyi feshedemez. Ancak ödemek durumunda olduğu bedelin indirilmesini talep edebilir⁵⁰⁰. Bazı özel hallerde işin tamamlanmasından sonra söz konusu olan sözleşmeden dönme yasağının iş sahibi lehine yumuşatılması da gerekebilir. Örneğin, müteahhidin genel ihbar ve özen borcuna dayandırabileceğimiz masrafların aşırı derecede arttığını veya artacağını iş sahibine ihbar yükümünü yerine getirmemesi üzerine, iş sahibi durumdan haberdar olamayacak ve eserin tamamlandığı ana kadar sözleşmeden dönme hakkını kullanacak fırsatı bulamayacaktır. Böyle bir durumda, eserin tamamlanmış olduğu gerekçesiyle, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını elinden almak ve onu sadece bedel indirimi ile yetindirmek doğru olmaz. Zira böylece müteahhit üzerine düşen bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden yararlandırılmış olur⁵⁰¹.

ccd)Dönme üzerine ödenecek tazminat

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını seçmesi halinde, Borçlar Kanunu m.367/2 gereği müteahhidi devamdan men ve müteahhide o zamana kadar yapılan kısım için hakkaniyete uygun bir tazminat ödemek durumundadır⁵⁰².

Tazminat borcu, dönme anına kadar yapılan işler dikkate alınarak hesaplanacaktır. Hakkaniyete uygun tazminat, ne müteahhide tam tazminat verilmesi, ne de sadece iş sahibinin zenginleştiği miktarı geri vermesi anlamına gelir. Fakat somut olayın özellikleri gerektiriyorsa bu iki hesaplama yollarından birisine de başvurulabilir. Hakim takdirine göre genellikle bu iki rakam arasında bir rakama hükmedecektir⁵⁰³.

Doktrinde bazı yazarlar, iş sahibinin tazminat ödeme yükümlülüğünün ancak keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasında müteahhidin kusurunun bulunmaması halinde

⁵⁰⁰Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.82; Tandoğan, s.294; Baygın, s.184; Erman, Beklenilmeyen Haller 365/2, s.62.

⁵⁰¹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.82; Baygın, s.188-189.

⁵⁰² Tandoğan, s.295; Baygın, s.185; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.83.

⁵⁰³ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.83; Tandoğan, s.295; Baygın, s.186.

söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Eğer keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasında müteahhidin kusuru varsa, bu nedenle doğan bütün zararları kendisi üstlenmelidir⁵⁰⁴.

Tandoğan ise⁵⁰⁵, keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle Borçlar Kanunu m.367/2 uyarınca sözleşmeyi fesheden iş sahibinin tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilmesi için, müteahhidin keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasında kusuru bulunması yanında, yapılan kısmın iş sahibince kullanılabilir nitelikte olmaması şartını da aramaktadır.

Keşif bedelinin müteahhidin hatası nedeniyle çok düşük olarak belirlendiği veya müteahhidin kusuru nedeniyle masrafların aşırı ölçüde arttığı hallerde tazminat en az miktarı aşmayabilir. En az miktar ise, duruma göre bazen iş sahibinin malvarlığında meydana gelen sebepsiz zenginleşme değeri, bazen de yaklaşık keşif bedelinin yapılan kısmın bütün esere oranı kadar indirilmiş halidir⁵⁰⁶.

Buna karşılık, müteahhidin kusursuz olması halinde, hakkaniyet gerektiriyorsa iş sahibinin o zamana kadar eser için yapılan gerçek masrafları tazmin etmesi talep edilebilir. Ancak bu halde somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, iş sahibinin içerisinde bulunduğu durum nedeniyle bu miktarda bir tazminatın onu önemli ölçüde sarsacağı anlaşılıyorsa, tazminat miktarı makul bir miktara kadar indirilmelidir⁵⁰⁷.

Ayrıca iş sahibi eserin kalan kısmından vazgeçmeyerek, kısmen yararlanabilme adına o bölümün yapılması yolunu da seçebilir. Bu şekilde iş sahibince sözleşmenin kısmen feshedilmesi halinde, iş sahibi yaptırdığı tüm işlerin tam ücretini (indirimli olarak) ödemelidir⁵⁰⁸.

cc) İş sahibinin artan bedelin indirilmesini talep etmesi

İş sahibi, keşif bedelinin aşırı derecede aşılması nedeniyle sözleşmeyi feshetmek yerine, inşaatın tamamlanması koşulu ile eser ücretinin uygun bir şekilde indirilmesini tercih edebilir. İndirilecek miktarın belirlenmesi hakimın takdirine bağlıdır. İş sahibinin indirim talep etme hakkı sadece hoşgörü sınırının aşılması halinde ve ölçüsünde mevcuttur. Yani, iş sahibinin katlanmak zorunda olduğu keşif bedeli miktarında ortaya çıkan hoş görülebilir aşma miktarı sonradan indirim konusu yapılarak tartışmalı hale

⁵⁰⁴ Baygın, s.186.

⁵⁰⁵ Tandoğan, s.296.

⁵⁰⁶ Baygın, s.186; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.84.

⁵⁰⁷ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.84; Baygın, s.186.

⁵⁰⁸ Tandoğan, s.295; Baygın, s.186.

getirilemez. Bu aşma sözleşmeden dönmede de bedelin indirilmesinde de katlanılmak zorunda bulunulmayan bir artma değildir⁵⁰⁹.

Bu şekilde yapılan hesaplama ile fiilen yapılan masraflara göre bulunan ücret miktarından öncelikle hoşgörü sınırı olan ve iş sahibince katlanması zorunluluğu bulunan miktar çıkartılır ve kalan miktarın yarısı eser ücretinden düşülmesi uygun görülebilir. Örneğin, 1.000 TL üzerinden hesaplanan keşif bedelinde %10'luk bir hoşgörü sınırı makul görülmesine rağmen fiilen yapılan masraflar sonucu oluşan ücret keşif bedelinin %50 aşılması neticesi 1.500 TL'ye ulaşırsa hesaplama şöyle yapılabilir; hoşgörü sınırı içerisinde kalan aşma tutarı 100 TL iken fiilen gerçekleşen aşma tutarı 500 TL ise, aslında indirilmesi talep edilebilecek tutar 400 TL'dir. Bundan da indirilecek miktar aşmayı ikili bir sorumlulukla üstlendiklerinden yarısı oran 200 TL olarak belirlenebilir. O halde fiilen yapılmış masraflar olan 1.500 TL.'den indirilecek miktar olan, 200 TL'yi indirmek suretiyle 1.300 TL olarak hesaplamak mümkündür. Belirtmek gerekir ki, iş sonunda bulunan fiilen yapılmış masraflar tutarından hoşgörü sınırını aşan miktarın tamamının indirilmesi, müteahhidi zor durumda bırakabilecek isabetli olmayan bir hesaplama yoludur⁵¹⁰. Bu hesaplama yöntemini eleştiren⁵¹¹ yazarlara karşı hakkaniyete uygun bir yol demek yanlış olmaz.

Keşif bedelinde meydana gelen aşırı derecede aşmanın iş sahibinden kaynaklanması, iş sahibinin keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasına rıza göstermesi veya hoşgörü sınırını aşan miktarın talebinden müteahhidin vazgeçtiği durumlarda, sözleşmeden dönme hakkı gibi bedelden indirim yapma hakkı da kullanılamaz⁵¹².

Hoşgörü sınırının belirlenmesinde olduğu gibi, bedelden yapılacak indirim miktarının belirlenmesinde de katı bir şekilcilik reddedilmeli, somut olayın tüm özellikleri hak ve nesafete göre karar verilirken gözönünde bulundurulmalıdır. Özellikle müteahhidin keşif bedelinin aşırı derecede aşılmasında kusurlu olduğu veya davranışlarıyla keşif bedelinin doğruluğu hususunda iş sahibine ekstra güvence verdiği hallerde yukarıda açıklanan hesaplama yönteminde değişiklik yapılarak ücret hoşgörü sınırına kadar indirilebilmelidir⁵¹³.

⁵⁰⁹ Baygın, s.187; Tandoğan, s.294.

⁵¹⁰ Baygın, s.187; Tandoğan, s.294.

⁵¹¹ Baygın, s.188; Tandoğan, s.295.

⁵¹² Baygın, s.188; Tandoğan, s.294-295.

⁵¹³ Baygın, s.188; Tandoğan, s.295.

ç)İŞ SAHİBİNİN BEDEL BORCUNU YERİNE GETİRMEMESİ NEDENİYLE FESİH

Daha öncede belirttiğimiz gibi iş sahibinin inşaaata karşılık ödeyeceği ücret genellikle bir miktar para fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa payı olarak kararlaştırılır. Her ne kadar kural ücretin inşaatın teslimi anında ödenmesi ise de (Borçlar Kanunu m.364), taraflar ödeme taksitlerini veya zamanlarını sözleşmelerinde serbestçe aksini kararlaştırarak belirli aşamalarda bedel ödenerek hakediş kavramını ortaya çıkarabilirler.

Söylediğimiz gibi aksi kararlaştırılmamışsa, müteahhit inşaat bitinceye kadar yaptığı masraflar için iş sahibinden kısmen dahi bir bedel ödenmesini talep edemez. Günümüz büyük sermayeli inşaatlarında, inşaatın oluşturulması esnasındaki hazırlık aşamasında dahi ekonomik gereksinimlere ihtiyaç duyulur. Böyle büyük meblağların işin başından sonuna kadar müteahhit tarafından karşılanması beklenemez. Bu yüzden inşaatın sağlıklı temellerde devam edebilmesi için iş sahibi ile müteahhidin her konuda özellikle de maddi konuda karşılıklı dayanışması gerekir. Hal böyle olunca “eser bedeli teslim anında ödenir” kuralından ayrılıp müteahhide finans kolaylığı sağlamak adına işin başında veya belirli dönemlerinde ama teslim olmadan önce ödeme yapmak da yarar vardır. Sözleşmede kararlaştırılan ödeme tarihlerinin süresinde yapılması müteahhidin inşaatı ortaya çıkarması açısından büyük önem taşır. İşte bu noktada belirtilmesi gereken; uzun süreli inşaatlarda sözleşme ve eklerinde işin devamı sırasında belirli aşamalarda kadar yapılmış kısma isabet eden bedel kısmının müteahhide ödenmesi kararlaştırılırsa buna **hakediş** veya **situasyon** usulü denirken buna göre ödenecek her bedel kısmına **ara hakediş** veya **geçici hakediş** denir. Müteahhit, bunlarla iş makinesi, araç gereç temini ve hazırlıklarını yapar. Bunların ödeme zamanları ve detayları hakkında sözleşmelerde ayrıntılı hükümler yer almalıdır⁵¹⁴.

Borçlar Kanunu m.364/2 uyarınca parça üzerinden çalışılıp her parçanın teslimi ile ona ilişkin bedelin ödenmesi tespit edilmişse de inşaat sözleşmesinde aşamalara ayrılıp (temel, katlar, çatı vs.) gibi her aşama için birim fiyatlar belirlenmesi Borçlar Kanunu m.364/2 anlamında parça teslimi sayılmaz. Bazı ender durumlardaki inşaat sözleşmeleri bu hükme uygunluk gösterir. Burada bahsettiğimiz ara hak edişlerin ödeme borcuna aykırılıktır.

⁵¹⁴ Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.7.

Uygulamada, sözleşmelere, yapılacak hakedişlerin kesin olmayacağı, tüm inşaat ilişkisi sona erdiğinde veya iş bitmeden ileriye etkili fesih yapıldığında, **kesin hesap** denilen en sonda belirlenen hesaplaşma yöntemi ile ortaya çıkan durumda ara hakedişlerin düzeltileceği hükümleri konulabilir. Buna göre hem müteahhit hem de iş sahibi kesin hesap sırasında kendi çıkarlarının hilafına hesap hatalarının olduğu itirazında bulunabilirler. Müteahhit yapılan ödemelerin eksik olduğunu, iş sahibi ise müteahhidin toplam bakiyeyi aşan miktarda bedel aldığı ve iadesini talep edebilir. Ancak müteahhit itirazlarını bildirmede hak edişi olduğu gibi kabul etmiş sayılır ve mahkemece düzenlenen hak edişlere müteahhidin usulüne uygun şekilde itiraz edip etmediği resen gözetilmesi gerekir⁵¹⁵. Bu fazla ödemelerin iadesi; kesin hesaba ilişkin sözleşme hükmü, iadeler için sözleşmesel bir hukuki sebep sayıldığından, bu fazlanın iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil (Borçlar Kanunu m.61) sözleşmeden doğan borcun ifası hükümlerine dayanacağı belirtilmektedir⁵¹⁶. Bunun pratikteki farkı, sebepsiz zenginleşmenin zamanaşımı sürelerinin fazla ödemenin farkına varılmasından itibaren 1 yıl ve ödemenin yapılmasından itibaren 10 yılken sözleşmeye dayanan iade talebinde zamanaşımı inşaat sözleşmesinden doğan alacakların tabi olduğu 5 yıllık zamanaşımı süresi olacaktır. Öz'e göre ayrıca hataen yapıldığı çok açık olan ödemelerde sebepsiz zenginleşmenin varlığı mevcuttur ve sebepsiz zenginleşme zamanaşımı süreleri uygulanır⁵¹⁷.

Esasen inşaatın yapımına talip olan müteahhidin inşaatın büyüklüğü ile orantılı sermayeye sahip olduğu varsayıldığından ücret ödenmesindeki makul sayılacak gecikmelerin temerrüt koşulları gerçekleşmişse faiz alacağı sağlamaktan başka yararı yoktur. Oysa müteahhidin dayanma sınırını aşan ödeme aksaklıklarında müteahhide bazı haklar tanınır.

Sözleşme ile henüz teslim olmamasına rağmen iş sahibinin, bazı ücret veya devir işlemlerini yapacağı taahhüdünde bulunmuş ancak bunun yerine getirilmemiş bunun neticesinde de doğal olarak işin devamında müteahhide gerekli kolaylık ve yeterli finans desteği sağlanamadığından gerekli dayanışmayı gösterememiş olması dürüstlük kuralına aykırı davrandığını gösterir. Yargıtay, müteahhidin bilirkişinin mahalde yaptığı incelemeler ve sözleşmedeki gerekli garantilerin de ışığında finans kaynağı yaratmak

⁵¹⁵ Yarg.15. H.D T. 8.7.2004 E. 2003/4572, K. 2004/3831 (www.kazanci.com).

⁵¹⁶ Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.75.

⁵¹⁷ Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.75.

adına gerekli ücret ya da devir işlemlerini yapmasını sözleşmenin amacına ve hakkaniyet kuralları gereğince uygun bulunduğuna karar vermiştir⁵¹⁸. İşte bu aşamada iş sahibinin, avans ve hakedişlerini zamanında yapmadığı için akdin amacı tehlikeye giriyorsa, müteahhit sözleşmenin tümü için fesih hakkını kullanabilir. Gautschi, müteahhit, akdin amacı tehlikeye girdiğini araştırmadan dahi sözleşmeyi feshedebileceğini kaynak olarak da Borçlar Kanunu m358'i gösterir. İş sahibi, müteahhidin işe zamanında başlamayıp, gecikmesinde fesih hakkını kullanırsa eşitlik gereği aynı hak müteahhitte de olmalıdır⁵¹⁹.

Böylece kararlaştırılan ödemenin yapılmaması, ödenmeyen miktarın da işin bütününe göre müteahhidin dayanma sınırını aşmışsa, müteahhitten işin geri kalanını yapması Borçlar Kanunu m.81(ödemezlik def'i) sebebiyle beklenemez. Bu durumda müteahhit iki seçenektan birini seçme hakkına sahiptir. Birincisi iş sahibinin zararına sebep olmayacak makul bir süre zarfında işi durdurmak ve alacağın faiziyle ödenmesini bekleyip, ödendiği takdirde işe devam etmek veya ikincisi ise; Borçlar Kanunu m.106'dan yararlanarak özellikle sözleşmenin feshi hakkını kullanabilir bunun yanında Borçlar Kanunu m.108'den yararlanarak tazminat da isteyebilir.

Yaptığımız bu açıklamalar yapımına devam edilen inşaat sözleşmeleri için sözkonusudur. İnşaat tamamlanmış ve teslim edilmiş ve fakat ücret ödenmemesi yüzünden iş sahibi temerrüde düşmüş ise ancak ödenmeyen inşaat bedeli ve gecikme faizi, koşulları varsa munzam zarar istenilebilir (Borçlar Kanunu m.105);

İş sahibinin bedel borcunu ödememesinde bu borcun iki niteliği dikkat çeker. Biri, kural olarak para borcu olması veya arsa payı karşılığı sözleşmelerde pay devri, diğeri ise borcun karşılıklı edimler içeren bir sözleşmeden doğmasıdır.

Bedel borcunun ödenmemesi dolayısıyla, başvurulacak hükümler, BK' daki istisna sözleşmesi hükümlerine değil BK Genel Hükümlere atıf yapılacaktır. Bedel borcu para borcu olduğundan imkansızlık hükümleri yerine borçlu temerrüdünün hükümlerinin (Borçlar Kanunu m.101-108) uygulanmasının ilk sonucu; borcun muaccel olmadıkça yani ödeme zamanı gelmedikçe, borçlunun temerrüde düşürülememesidir. Bedel ödenmesi için vade gelmediğinden, borçlunun vadede bedeli ödeyemeyeceği ihtimali olsa bile kural olarak müteahhit ara vermeden işe devam etmek zorundadır.

⁵¹⁸ Y.15.HD. 15.01.1993 T. 4987/2743 (Karataş, s.219).

⁵¹⁹ Dayındarlı, s.148.

Ancak istisna olarak belirteceğimiz iki durum İcra İflas Kanunu m.195'de iflas eden iş sahibi vade gelmeden mütemerrit olur. Ayrıca iflas durumu yoksa Borçlar Kanunu m.82'ye başvurulur. Bu hükmün kısaca açıklaması; iş sahibi iflas etmemiş olsa bile, mali durumunun vade geldiğinde bedel borcunu ödeyemeyeceğini göstermesi halinde yani hakkı tehlikeye düşerse, müteahhit kendisine uygun ve yeterli teminat verilmesine kadar işi durdurabilecek ve açıkça yönelteceği talebe rağmen bu teminatlar makul sürede verilmez ise, sözleşmeden dönebilecektir. Bu hükme başvurabilmek için iş sahibinin durumunun kötü olduğu söylentisi değil, vadede ödeme yapamayacağını ispatı gerekir.

Genel hatları ile genel hükümlere baktığımızda; bedel borcunun para borcu olmasının ayrıca bir sonucu da, temerrüt faizinin ortaya çıkmasıdır. Para borcunun ifasında borçlu temerrüde düşerse, bunda kusursuz bile olsa, gecikme süresi boyunca temerrüt faizi işler. Bedel borcunun muaccel olmasının yanında temerrüt ihtarı da gerekir. Temerrüt faizinin teferruatlarına değinmeyeceğiz.

Farklı ve ara hakedişlerin ödenmesinde (yine teslim öncesi durum), herhangi birinin bedel borcunda iş sahibi temerrüde düşmüşse, zamanında ödenen hakedişler için değil sadece o hakediş için temerrüt faizi işler. Müteahhidin sonraki hakediş için yapılan ödemeleri Borçlar Kanunu m.85/2 ve m.89 uyarınca temerrüde düştüğü hakedişe sayması mümkündür. Böylece önceki vadesi gelen hakedişin temerrüt durumu son bulur ve ifa anına kadarki temerrüt faizi tahsil edilir. Ayrıca son hakediş ödenmemiş sayılarak şartlar yerine geldiyse temerrüt faizi işlemeye başlar. Şayet genel bedel borcunu veya bir hakedişini temerrüde düştüğü için işlemiş temerrüt faiziyle değil de düşük miktarda ödediyse kural olarak yaptığı ödeme önce faiz borcuna sayılacaktır⁵²⁰.

Müteahhit, bedel borcunu tahsil etmedeki yani gecikmiş ifanın talebinde, gecikme yüzünden uğradığı zarar tutarı talep edebileceği temerrüt faizi tutarını aşıyorsa, Borçlar Kanunu m.105 uyarınca bu aşan miktar için iş sahibinden munzam zarar isteyebilir. İş sahibi gecikmede kusursuz olduğunu ispatlarsa bu munzam zararın tazmininden kurtulabilir. Ör: Öngörmesi ve önlem alması mümkün olmayan bir mali kriz sebebiyle aciz haline düştüğünü ispat edebilen iş sahibi asıl borç ve temerrüt faizini öder ancak munzam zararı tazmin borcu yoktur.

⁵²⁰ Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.81-82.

Müteahhidin sözleşmeden dönmesi, kural olarak inşaat sözleşmesini geçmişe etkili ortadan kaldırır. Müteahhit artık inşaatı yapma borcundan kurtulduğu gibi, o ana kadar yapmış olduğu inşaat şayet iş sahibinin arsasında ise, yaptığı kısmın işçilik ve malzeme maliyetleri toplamından ibaret sebepsiz zenginleşme alacağı veya haksız inşaattan doğan bir alacak kazanır.

Buna karşılık, sözleşmeden dönen müteahhit artık kısmen de olsa sözleşmedeki bedeli isteyemeyeceği gibi, almış olduğu bedel kısmını da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edecektir. Ancak karşılıklı sebepsiz zenginleşme talepleri varsa bir taraf takas beyanıyla aralarındaki fark kadar tek alacak haline dönüştürebilirler. Dönme ile sözleşme kurulmamış sayılacağından, müteahhidin dönme bildirimine kadar geçen sürede iş sahibinin ödemesi gereken bedel borcu için işlemiş bulunan temerrüt faizi de geçmişe etkili olarak ortadan kalkar ve hesaplanması sözkonusu olmaz.

İş sahibi bedel ödemede temerrüde düşmesinde kusurunun olmadığını ispat ettiği takdirde ki para borçları bakımından güç bir hal alan bu ispat meselesi sonucu müteahhidin talep ettiği olumsuz zararı ödemekten kaçınabilir. Müteahhidin temerrüdünde ayrıntılı incelediğimiz hususlar burada da geçerlidir.

Bedeli ödeme yerine arsa payı devri sözleşmesi olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde para borcu olmadığından faiz ödeme yükümü burada sözkonusu olmaz. Ancak bu tür sözleşmelerde de karşılıklı edimler içeren sözleşmelere ilişkin hükümler uygulanır. Böylece Borçlar Kanunu m.81 (ödemelik defî) ve iş sahibinin taahhüt ettiği arsa payını müteahhide devirde temerrüde düşmesi durumunda Borçlar Kanunu m.106-108 uygulama alanı bulur.

Müteahhit, ifadan vazgeçerek ifa etmemeden doğacak zararın tazminini isterse, artık iş sahibinin arsa payı devretme borcu sona erecek hatta daha önce müteahhide verilmiş arsa payları varsa bunlarda iade edilecek, müteahhit tüm inşaatı bitirse de hiçbir arsa payı alamayacaktır. Buna karşılık iş sahibi müteahhide sözleşmede taahhüt ettiği arsa payı ve buna bağlı bağımsız bölümlerin ekonomik değerini tazmin edecektir. Müteahhit sözleşmeden dönme hakkına, esasen işi tamamlayacak finansal imkanı bulunmadığı veya bunun gerektirdiği masraflar elde edeceği arsa payı ve bağımsız bölümlerin değerini aştığı durumlarda başvuracaktır. Böylece iş sahibi de yapmaktan pişman olduğu bir sözleşmeden kurtulacaktır⁵²¹.

⁵²¹ Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.89.

İş sahibinin bedel borcu, inşaat sözleşmesi istisna sözleşmesinin bir türü olduğu için Borçlar Kanunu m.126/4 uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Hakediş usulünde ara hakedişlerin her biri muaccel olduğunda ona ilişkin zamanaşımı süresi de işlemeye başlar. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise iş sahibinin borcuna kural olarak taşınmaz satımında satıcının borcuna ilişkin hükümler uygulandığından arsa payı devri borcu muacceliyetten itibaren on yıl zamanaşımı süresine tabidir. Ancak bu zamanaşımı sürelerinin yaratacağı bir sorun vardır; o da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde müteahhidin işi yapma borcu beş yıl olacağından, kendi borcu çoktan zamanaşımına uğramış olan müteahhidin, arsa sahibine karşı zamanaşımı def'ini ileri sürebilirken, kendi alacağı zamanaşımına uğramamış olacağından iş sahibini ifaya zorlayabilir. Burada hakkın kötüye kullanılması sebebiyle Medeni Kanun m.2 düşünülebilir⁵²².

F-İŞ SAHİBİNİN TAZMİNAT KARŞILIĞI FESİH HAKKI

a)Genel olarak

İş sahibinin tazminat ödeyerek sözleşmeyi sona erdirme hakkı Borçlar Kanunu m.369'dan gelir. Borçlar Kanunu m.369 şöyle demektedir: *Yapılan şey bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını beliğan mabelağ (bol bol, fazlasıyla) tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi feshedebilir.*

Bu hükmün getirilme gerekçesi olarak; istisna sözleşmelerinde müteahhidin inşaatı (eseri) ortaya çıkarma faaliyetleri yani hazırlıkları bir borç olup hak değildir. Bu yüzden, iş sahibinin dilediği zaman bu faaliyetin yürütülmesinden imtina etmesi mümkün olmalıdır. Çünkü bu onun menfaatine ve onun talebiyle yapılmış bir iştir. İşte bu özellik, sözleşme özgürlüğü ilkesi ile birlikte yorumlandığında müteahhidin keyfi olarak inşaatın devamından vazgeçebileceği sonucu çıkabilir⁵²³. Bu sebeple müteahhit o ana kadar işini sözleşme şartlarına uygun özenle yapsa dahi iş sahibi müteahhidin müspet zararını yani ifaya olan menfaatinin tamamını tazmin ederek sözleşmeyi feshedebilir.

⁵²² Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat s.91.

⁵²³ Tandoğan, s.343.

Öz⁵²⁴, bu gerekçelere karşı çıkararak, asıl sebepleri olmadığı iddiasında bulunmuştur. Öncelikle sözleşme özgürlüğü ilkesinin hiçbir zaman kurulmuş olan bir sözleşmeyi tek taraflı bir şekilde sona erdirilmesini için ortaya konmuş bir ilke olmadığı belirtir. Bu ilkenin amacı kişilerin diledikleri zaman ve içerikteki sözleşmeler yapıp, istemedikleri zaman sözleşme ilişkisine girmemelerinin sağlanmasıdır. Bunun yanında hazırlık faaliyetlerinin müteahhit için bir hak değil de yükümlülük olması bu hükmün başlıca sebebi olamaz, ancak imkan sağlamış olur. Yine yazara göre; iş sahibi ile müteahhit arasındaki güven ilişkisine yasakoyucunun verdiği önem neticesinde bu hükmün oluştuğu ve iş sahibinin, güven duymadığı bir müteahhitle arasındaki ilişkiyi, tıpkı vekalet akdinde olduğu gibi ilişkiye devam etmek istemeyen müvekkilin azil yetkisine binaen inşaat sözleşmesinde de istediği zaman sona erdirebilme imkanı mevcuttur.

Bu düzenleme ile, iş sahibine, özel bir sebep olmaksızın, yani haklı bir gerekçe bulunmadan sözleşmeyi feshetme imkanı tanınmıştır⁵²⁵. İş sahibi, sözkonusu fesih hakkını diğer sözleşmeleri fesih hakkından farklı olarak, inşaatın tamamlanmamış olması ve bildirimde bulunulması dışında başka hiçbir şart aranmamıştır. İş sahibi bu hakkını keyfi olarak kullanabilmektedir⁵²⁶.

BK'daki bu hüküm emredici nitelikli değildir. Yani taraflar bu hükme aykırı olarak sözleşme yapma olanaklarının yanında iş sahibinin tam tazminat ödeme yükümlülüğünde daha ağır ya da hafif şartlar getirebilirler⁵²⁷. Ancak müteahhidin böyle bir fesih hakkı yoktur, işini yapmadığı takdirde temerrüde düşer.

b) İş sahibinin tazminat karşılığı fesih hakkının koşulları

ba) İşin tamamlanmamış olması

Bu hüküm fesih hakkının ancak inşaat tamamlanmadan kullanılacağını kabul ettiğinden; müteahhit inşaatı bitirdikten sonra iş sahibi artık sözleşmeden dönemez⁵²⁸. İnşaatın bitmeye yakın durumda olması halinde bile, o haliyle kullanılması ve satılması

⁵²⁴ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.139.

⁵²⁵ Buz, Vedat, İş Sahibinin Borçlar Kanunu m.369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, Batider 2000, 21.Cilt, 2.sayı, s.210.

⁵²⁶ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.138.

⁵²⁷ Buz, Fesih, s.211; Tandoğan, s.343.

⁵²⁸ Tandoğan, s.344.

imkansız ise yine de bu halde dahi fesih hakkının kullanılması iş sahibini en azından nakliye masraflarından kurtarır⁵²⁹.

Fesih hakkı, ne kadar erken kullanılırsa müteahhit daha az masraf yaptığından iş sahibi açısından da daha kazançlı olur. İş sahibi, müteahhit işe başlamadan fesih hakkını kullanırsa en az zararla karşı karşıya kalır çünkü sadece müteahhidin mahrum kaldığı karı tazmin etmekle yetinir⁵³⁰.

İnşaat tamamlanmış ama ayıplı ise bu tamamlanmamış sayılmaz, bu durumda ayıp hükümleri devreye girer ancak tamamlanmadığından cihetle Borçlar Kanunu m.369 uyarınca bir fesih sözkonusu olamaz⁵³¹.

Müteahhidin meydana getirdiği inşaatın iş sahibine teslim edilmesi veya mülkiyetinin geçirilmesi gerektiği ancak bu işlemlerin yapılamamış olmakla beraber inşaat tamamlanmış ise, iş sahibi bu durumda sözleşmeden dönemez. İş sahibi inşaatı teslimden kaçınırsa alacaklı temerrüdü ile karşı karşıya kalınır ve müteahhit Borçlar Kanunu m.91 vd. uyarınca inşaatı teslim edip ücretini talep edebilir⁵³².

bb) İş sahibinin fesih beyanında bulunması

İş sahibinin Borçlar Kanunu m.369'a göre sözleşmeyi sona erdirebilmesi için, müteahhide sözleşmeyi sona erdirdiğini bildirmesi gerekir. Bu bildirim sonuç doğurması için neleri içermesi gerektiği ya da m.369'a dayandırıldığı için ayrıca belirtilmesine gerek olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre⁵³³, iş sahibi fesih beyanını yaparken tazminatı teklif etmesi ve bu feshin Borçlar Kanunu m.369'a dayandığını açıkça belirtmesi gerekir. Bunu yerine getirmemesi halinde müteahhit fesih bildirimini kabul etmemek suretiyle sözleşmeden dönme isteğini hükümsüz hale getirebilir. Bu görüş taraftarları, iş sahibinin tazminat ödeme eyleminin fesih hakkını kullanmasının bir ön şartı olduğunu savunurlar. Ayrıca teklifi içermeyen bildirim re'sen geçersiz saymayıp müteahhide ister geçersiz kılma isterse tazminat talep edebilme yetkisi vermesi olumlu bir yanıdır.

⁵²⁹ Tandoğan, s.344.

⁵³⁰ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.140; Tandoğan, s.344.

⁵³¹ Tandoğan, s.344.

⁵³² Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.140.

⁵³³ Tunçomağ, s.1090.

Bir diğer görüş⁵³⁴, iş sahibinin fesih bildiriminde bulunurken tazminat hususunda açıklık bulundurmaması üzerine, müteahhidin iş sahibine sözleşmeyi fesih gerekçesini sorması gerekmektedir. Bu yapılmaksızın, müteahhit tarafından reddedilerek beyanın geçersiz kılınması kabul edilemez. Ancak, iş sahibi kendisinden istenen açıklamayı yapmazsa, yani tam tazminat ödemeyi kabul ederek, sözleşmeyi feshettiğini veya diğer dönme hallerinden birinin gerçekleştiğini ispatlayamazsa, müteahhit artık istediği takdirde bu feshi geçersiz kılabilir.

Bir diğer görüş⁵³⁵, ayrıntılı açıklama yapılmadan ve Borçlar Kanunu m.369'a dayanıldığını belirtmeden sözleşmenin feshedebileceğini savunmaktadır. Böylece, müteahhidin kabul beyanını reddedip etkisiz kılması mümkün olmadığı gibi, iş sahibinden açıklama alınamaması halinde de feshin sonuç doğurması önlenemez. Yani bir kez gerçekleşen fesih bildiri ne müteahhit ne de iş sahibi tarafından ortadan kaldırılamaz. Zira fesih yenilik doğuran bir hak olması itibariyle yenilik doğuran hak olduğundan, geçerliliği karşı tarafın kabulüne bağlanamaz. Bu görüş ile tazminat ödenmesi; Borçlar Kanunu m.369'un koşulu değil sonucu haline gelir. Öz' ün de savunduğu ve yorumladığı bu görüşte fesih bildiriyle birlikte tazminat önermesi gerekli değildir. Bunun sonucu olarak da müteahhidin, hangi sebepten sözleşmeyi feshettiği sorusuna cevap alamaması, fesih sonucunu değiştirmez. Yani iş sahibinin sebep göstermeksizin fesih bildiriminde bulunmasının karine olarak m.369'a göre fesih hakkının kullanılması anlamına gelmesini doğru bulur. Ancak iş sahibi başka bir dönme hakkını kullandığını belirtirse bu durumu ispat etmelidir aksi halde daima m.369'a göre fesihte bulunmuş sayılması yazarca isabetli bir görüş olmamakla birlikte iş sahibini hiç tasavvur etmediği ağır bir tazminatla karşı karşıya bırakabilir. Örneğin Borçlar Kanunu m.358'e göre dönme bildirimini gerçekleştiren iş sahibi, beyanında açıklama yapmazsa, bu hükmün koşullarının varlığını ispat edemezse tazminat karşılığı sözleşmeyi feshetmiş olur ki bu da yanlış bir değerlendirme olmaz⁵³⁶.

⁵³⁴ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.140.

⁵³⁵ Tandoğan, s.345; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.141; Yavuz, s.550.

⁵³⁶ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.142.

c) İş sahibinin tazminat karşılığı fesih hakkının sonuçları

ca) Genel olarak (Yapılan kısmın bedelini verme)

İş sahibinin henüz tamamlanmamış inşaat ile ilgili sözleşmeyi feshederek müteahhide bildirmesi durumunda sözleşme ileriye etkili (ex nunc) olarak sona erer. İş sahibi Borçlar Kanunu m.369 gereğince, inşaatın fesih beyanına kadar yapılmış olan kısmının bedelini ödemekle yükümlüdür. Yapılmış olan kısımdan, müteahhidin o ana yani feshe kadar yaptığı tüm edimler akla gelmelidir⁵³⁷. Müteahhidin yaptığı hazırlık çalışmaları ve sağlayıp teslim ettiği malzeme bedeli de ödenecek kısmi bedele dahildir. Zaten yapılan kısmın değeri, sözleşmede kabul edilen yöntemle göre belirlenir. Yani bu tarafların aralarında tespit ettikleri ücret hesabıyla ilgili yöntemden ortaya çıkar. Ücretin nasıl hesap edileceğine karar verilmemiş veya yaklaşık keşif bedeli öngörülmüşse daha önce değindiğimiz gibi Borçlar Kanunu m.366 devreye girer⁵³⁸.

İstisna sözleşmeleri kural olarak ani edimli borç ilişkisi kurduğundan, aslında inşaatın yapılmış kısmı ile ilgili olarak iş sahibi kısmi ifada bulunamaz. Normal şartlar altında tamamlanmamış bir inşaatın kısmi ifa olarak iş sahibine sunulması mümkün değildir. Ancak Borçlar Kanunu m.369 bu kurala bir istisna getirerek iş sahibinin bu hükme göre sözleşmeyi feshetmesi üzerine, tamamlanmamış inşaatın sanki kısmi ifa gibi kabul edilmesini sağlar.

İş sahibi, fesih beyanının varmasına kadar, inşaatın tamamlanmış olan kısmının teslim edilmesini istemek veya o kısma zilyet ise onu alıkoymak hakkına sahiptir. Buna karşılık müteahhit de, iş sahibine ait olan ve henüz kullanılmayan malzemeyi iade etmekle yükümlüdür. Ancak iş sahibinin, fesih anına kadar müteahhidin sözleşmeye aykırı davranışları dolayısıyla tazminat istemi, sözleşme ortadan kalksa da bakidir⁵³⁹.

İnşaat sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedilmesi ile müteahhit inşaatı tamamlama borcundan kurtulur ve kalan kısım için ayrıca ücret isteyemez. Eğer müteahhit, işin başında tüm inşaatın ücretini almış ise tamamlamadığı kısma karşılık gelen ücreti geri vermelidir. Müteahhidin sözleşmeden doğan ücret alacağından ortadan kalkmasıyla, bunun yerini müteahhidin zararının tazminine ilişkin alacağı geçer⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Tandoğan, s.346-347.

⁵³⁸ Tandoğan, s.347.

⁵³⁹ Tandoğan, s.347.

⁵⁴⁰ Tandoğan, s.347.

cb) Müteahhidin zararının tamamının tazmin edilmesi ve bu tazminatın hesaplanması

İş sahibi herhangi bir sebebe dayanmadan keyfi olarak sözleşmeyi feshederse, Borçlar Kanunu m.369'a göre müteahhidin tüm zararı tazmin edilecektir. denecek olan tazminat, eğer inşaatı sonuna kadar tamamlayıp karşılıklı borçlar ifa edilseydi oluşacak durumdan daha kötü bir duruma düşmemesine sebep olacak miktarda olmalıdır. Zaten Borçlar Kanunu m.369'daki ibare "müteahhidin zararını balıgan mabelağ tazmin" bunu ortaya koymaktadır.

Buradaki tazminat konusunun olumlu zarar olduğu hususunda hiçbir sorun yoktur. Buna rnek olarak sözleşmeden elde edilecekken yoksun kalınan karın tamamının tazmin edilmesi gösterilebilir. Olumlu zarar talebi bu hükümle bağdaşır, nk iş sahibi bu hakkını kullandığında borç ilişkisi ileriye etkili sona ermektedir. Tazminatın doğması için iş sahibinin kusurlu olmasına gerek yoktur, kusursuz da olsa müteahhit tek taraflı fesih halinde tazminata hak kazanır⁵⁴¹.

Tazminatın hesaplanması hususunda iki ayrı yöntem üzerinde durulmaktadır:

i- İlk metod, hizmet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu m.325'deki iş sahibinin iş kabulde temerrüdü halinin kıyas yolu ile buraya uygulanmasıdır. Bu metoda *olumsuz usul* ya da *kesinti metodu* denilmektedir. Bu metoda göre; inşaat tamamlanmış ve borç tamamen ifa edilmiş olsaydı, müteahhidin alacağı sözleşmedeki tam bedelden, işin tamamlanmaması sayesinde yapmaktan kurtulduğu masraflar, serbest kalması sebebiyle boştayken yaptığı diğer işlerden elde ettiği karlar veya ispatı zor olmakla beraber başka işi yapmaktan kasten kaçındığı kazançlar indirilerek ortaya çıkacak tazminat miktarı olarak kabul edilir⁵⁴².

ii- İkinci metod ise, *olumlu metod* ya da *toplama metodu* ismiyle anılan metottur. Bu metoda göre, önce müteahhidin fesih anına kadar yaptığı masraflar bulunmalıdır. Daha sonra inşaat tamamlanmış ve borç ifa edilmiş olsaydı, müteahhidin sözleşmedeki bedeli tam olarak almış olsaydı elde edeceği net kar (genel giderler, vergi ve harç çıkmış bedel) bulunmasının ardından bu karla biraz önce değindiğimiz fesih anına kadar müteahhidin fiilen yaptığı masraflar toplamını müteahhit tazminat olarak talep edebilecektir. Borçlar Kanunu m.369, bu yöntem gözönüne alınarak kaleme

⁵⁴¹ z, İş Sahibinin Dönmesi, s.147; Tandoğan, s.348; Buz, s.552.

⁵⁴² z, İş Sahibinin Dönmesi, s.147; Tandoğan, s.348; Yavuz, s.552.

alındığından bahsedilir⁵⁴³. Yargıtay'ın da müteahhidin toplama sistemi uygulanarak olumlu ve olumsuz tüm zararlarını isteyebileceğini belirttiği kararlar mevcuttur⁵⁴⁴.

Bunlardan başka doktrin ve uygulamada kabul edilen diğer bir çözüm de bu iki hesaplama metodunun seçilmesinde zorunluluk olmadığı, müteahhit tazminat talep ederken somut olayda menfaatine uygun, işine geldiği şekilde zarar hesabını yapabilecektir. Tazminat talebini ileri süren müteahhide verilen bu takdir hakkı, zararın ispatının ona düşmesi kuralından çıkarılmakta, ayrıca diğer bahsettiğimiz iki yöntem arasında ispat ve hesap kolaylığı açısından pek de fark olmaması sebebiyle doğmuştur⁵⁴⁵. Öz'e göre ise Borçlar Kanunu m.369 metninin ifadesi karşısında, ortada yapılmış olan kısım varsa önce müteahhide verilecek bedelin ne olacağı saptanmalı ve bu bedel kısmını mutlak şekilde alacak olan müteahhidin buna rağmen zararının ne olduğu hesaplanarak tazminata hükmedilmelidir⁵⁴⁶.

Müteahhit doğrudan doğruya ifaya olan çıkar kaybı dışındaki zararların tazminini Borçlar Kanunu m.369 hükmüne dayanarak isteyemez. Örneğin, müteahhit inşaatı tamamlamış olsaydı kazanacağı itibar sayesinde alacağı başka işleri kaybetmesinden dolayı uğradığı zararın tazminini bu hükme göre isteyemez. Yine müteahhidin uğradığı manevi zararın tazmini de bu hükme göre istenemez, ancak şartları gerçekleştiğinde Borçlar Kanunu m.49 uyarınca istenebilir. Gene aynı düşünceyle Borçlar Kanunu m.369'a göre müteahhidin isteyebileceği tazminat miktarından, Borçlar Kanunu m.98/2 yollamasıyla, Borçlar Kanunu m.43-44 hükümlerine göre indirim yapılamayacağı kabul edilmektedir⁵⁴⁷ Bu düşüncelerin gerekçeleri arasında; Borçlar Kanunu m.369 genel hükümlere yer bırakmayacak şekilde kapalı bir tazminat düzeni getirmesi, iş sahibinin kusurunun olmadığı durumlarda kusur oranında tazminat belirlenememesi ve müteahhidin birlikte kusurunun varlığı sebebiyle tazminat miktarının indirilemeyecek olması gösterilir. Müteahhidin temerrüdüne dayanan bir fesih varsa o halde Borçlar Kanunu m.369 değil Borçlar Kanunu m.106 vd. göre bir dönme düşünülmesi gerekir.

⁵⁴³ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.148; Tandoğan, s.349; Yavuz, s.552.

⁵⁴⁴ Yarg.15.HD, T. 16.10.1989, 1623/4247, Yarg.15.HD, T. 10.4.1989, 2592/1883, Karataş, İ, s.356.

⁵⁴⁵ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.148, Yarg.15.HD, T. 23.6.1994, E.93/5225, K.4242 (Yavuz, s.553).

⁵⁴⁶ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.148.

⁵⁴⁷ Tandoğan, s.349; Tunçomağ, s. 1091; Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.149.

G- İMKANSIZLIK

Karşılıklı bir sözleşme ilişkisi içine giren tarafların nihai amacı, karşı edimi elde etmek, yani sözleşmenin tam ve eksik olarak ifa edilmesidir. Sözleşmenin karşılıklı ifa ile sona ermesi istenilen sonuçtur. Ancak bu normal durumun dışında bazen taraflar bu amaçlarına çeşitli nedenlerle ulaşamazlar. Edim veya ifa engelleri olarak adlandırılabilir bu nedenlerden biri de imkansızlıktır. Borçlunun edimi sözleşmesinin kurulmasından önce veya sözleşmenin kurulduğu anda imkansız ise -Başlangıçtaki İmkansızlıktan-, edimin sözleşmenin kurulduğu anda mümkün, fakat sonradan imkansız hale gelmesi halinde -Sonraki İmkansızlıktan- söz edilir. Sözleşmenin kurulmasından önce ortaya çıkan imkansızlık, Borçlar Kanunu m.20'de, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkansızlık Borçlar Kanunu m.96 ve m.117de düzenlenmiştir. Bir ayırımda objektif imkansızlık ve sübjektif imkansızlık olmak üzere dir. Borçlanılan edim sadece borçlu tarafından değil, hiç kimse tarafından yerine getirilemiyorsa -Objektif imkansızlık- mevcuttur. Başlangıçtaki objektif imkansızlık borcun doğumuna engel olur (Borçlar Kanunu m. 20). Sonraki objektif imkansızlık halinde, hukuki durum ifa imkansızlığında borçlunun kusurlu olup olmadığına göre değişir. Şayet imkansızlık borçlunun kusuru ile meydana gelmişse, edimin yerini tazminat borcu alır. Borçlar Kanunu m96 uyarınca borçlu alacaklının hakkını elde edememesinden doğan zararını ödemekle yükümlü olur. Ancak imkansızlık borçluya yüklenemeyen haller yani borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelmişse Borçlar Kanunu m.117/1 uygulanır. Borçlanılan edim sadece borçlu tarafından yerine getirilemiyorsa, sübjektif imkansızlıktan bahsedilir. Başlangıçtaki sübjektif imkansızlık borcun doğumuna engel olmaz. Aynı şekilde sonraki sübjektif ifa imkansızlığı da borçlunun borcundan kurtulmasını sağlamaz. Çünkü sübjektif sonraki ifa imkansızlığı durumunda Borçlar Kanunu m.96 değil borçlunun temerrüdünü düzenleyen Borçlar Kanunu m.106 vd. uygulama alanı bulur⁵⁴⁸.

Borçlar Kanunu'nun sonraki imkansızlığa ilişkin hükümleri (Borçlar Kanunu m.96, 117) istisna sözleşmesinde de uygulanır. Ayrıca Borçlar Kanunu'muzda istisna sözleşmesinde sonraki imkansızlıkla ilgili iki özel hüküm yer almaktadır.

Bunlardan biri, müteahhidin işi tamamlama borcunun iş sahibi nezdinde meydana gelen bir kaza yüzünden imkansızlaşmasını düzenleyen Borçlar Kanunu

⁵⁴⁸ Altaş, s.184-185.

m.370, diğeri ise, müteahhidin ölümü ya da kusuru olmaksızın işi tamamlama yeteneğini kaybetmesi halini düzenleyen Borçlar Kanunu m.371'dir. Bunların yanında Borçlar Kanunu m.368' in de bazı hallerde kusursuz imkansızlık hükümlerine tabi olduğu görülmektedir.

a)Eserin teslimden önce kaza ile telef olması

Borçlar Kanunu m.368/1'e göre ”*Yapılan şey teslimden önce kazara telef olmuş ise, iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyesini isteyemez*”⁵⁴⁹. Yani bir inşaat, teslimden önce umulmayan bir olay sonunda (kazara) telef olmuşsa, müteahhidin yaptığı işlerin ve masrafların bedelini talep edemeyecektir. Bu istisna sözleşmesinin hukuki niteliği gereğidir. Çünkü müteahhit inşaat sözleşmesinde sadece inşaatın meydana gelmesi için gerekli çabayı göstermesini değil, onun yapılması ve teslim edilmesi sonucunu da borçlanmaktadır.

Telef olma kavramı ile, yok olma anlamı yüklense de tamamen bu anlamı değil, inşaatın tesliminden önce sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden daha düşük nitelik taşımamasını da ifade eder. Yani meydana gelen inşaatın teslimden önce taşıdığı nitelik bozuklukları ya da yok olması telef kavramına girer. Ayrıca bu hükme göre telef inşaatın yeniden meydana getirilip getirilmemesiyle ilgili olmayıp müteahhit ücret riskine katlanır. Yeniden meydana getirmek için katlandığı ek masrafı dahi talep edemez⁵⁵⁰.

İnşaatın telef olmasının unsurlarına baktığımızda; öncelikle ilk olarak inşaatın tamamen veya kısmen telef olması akla gelir. Tamamen telef, tamamen yok olma, inşaatın ayıplı dahi sayılamayacak derecede telef olmasıdır. Tamamen yok olan inşaat artık tamir edilemez, yeniden tamir, düzeltme, ekleme ile dahi yeniden teslim edilebilir hale getirilemez (yanma,deprem)⁵⁵¹. Kısmen telef, daha sık rastlanılan durumdur ve oluşacak inşaatın tamamen değil, nitelik ve nicelik yönünden kötüleşmesidir. İnşaatın teslimden önce umulmayan bir olay nedeniyle tamamen telef olmadığı durumlardır. Bunlara, duvardaki çatlaklar veya bir katın çökmesi örnek olarak verilebilir. Tamamen telefte, inşaatın tekrar yapılması veya yapılmaması düşünülürken, kısmi telefte oluşan

⁵⁴⁹ Yarg. 15.HD. T.19.2.2003, E.2003/70, K.2003/746 (www.kazanci.com).

⁵⁵⁰ Altaş, s.58-59.

⁵⁵¹ Altaş, s.61.

kötü durumun giderilmesi sözkonusudur⁵⁵². İnşaatın teslimden önce kısmen telef olması halinde, eğer inşaatın telef olmayan kısımlarının kabulü iş sahibinden beklenemez ve müteahhit de kısmi telefin verdiği zararlı sonuçları yok edemezse, inşaat tamamen telef olmuş sayılır⁵⁵³. Tamamen telef halinde, iş sahibi korunarak, ücret riskini müteahhide yüklenmiştir. Kısmi telef halinde de korunacak taraf yine iş sahibi olması gerekmektedir birlikte, tamamen telef hali gibi müteahhidin ücret zararının tamamına katlanmasını beklemek yanlış olur bu sebeple; inşaatın teslimden önce kısmen telef olması durumunda, müteahhit sadece telef olan kısma ilişkin ücret riskine girer⁵⁵⁴, zira 368.maddenin amacı ortaya çıkan risk kadar müteahhide sorumluluk yüklemektir.

İnşaatın telef olmasının ikinci unsuru; **inşaatın teslimden önce umulmayan bir olay sonunda telef olmasıdır.** Umulmayan olay (kaza) kavramı, taraflarca önceden öngörülemeyen veya öngörülmesi mümkün olmayan her türlü durumdur⁵⁵⁵. Alman Yüksek Mahkemesi'ne göre umulmayan olay (kaza), müteahhidin işini dışarıdan etkileyen olağanüstü bir durumdur⁵⁵⁶. Umulmayan olayın yarattığı tehlikeyi, tarafların en yüksek özeni gösterebilir bile, meydana getirilen inşaatı veya o inşaatın beklenen ekonomik sonucu tehlike altına atmadan bertaraf etmelerinin mümkün olmadığı hallerdir. Kısacası Borçlar Kanunu m.368' de söz edilen umulmayan olay (kaza) kavramını taraflara yüklenemeyen bir olay olarak algılamak gerekir. Ancak eğer telef olma müteahhit veya iş sahibine yüklenebilen, yani onların bir fiili neticesinde meydana gelmişse Borçlar Kanunu m.368 anlamında kazadan söz edilemez⁵⁵⁷.

İnşaatın teslimden önce iş sahibine yüklenebilen bir nedenle, iş sahibinin kusuruyla inşaat telef olursa, zarara iş sahibi katlanır⁵⁵⁸. Yani bu durumda Borçlar Kanunu m.368 uygulanmaz. Müteahhide yüklenemeyen ve Borçlar Kanunu m.368 kapsamına girmeyen durumlarda Borçlar Kanunu m.368/3 uyarınca veya bu maddedeki haller dışında ayrı sorumlu olduğu durumlarda iş sahibi zarara katlanmalıdır.

Yapılan inşaatın teslimden önce telef olmasında, müteahhide yüklenen riskler, her şeyden önce müteahhidin kendisinin telefe neden olan kusurlu davranışının olduğu durumlardır ve bu kusurlu davranış, öncelikle onun sözleşmeden doğan yükümlülüğünü

⁵⁵² Altaş, s.62.

⁵⁵³ Altaş, s.64.

⁵⁵⁴ Tandoğan, s.320; Baygın, s.226; Altaş, s.65.

⁵⁵⁵ Altaş, s.66.

⁵⁵⁶ BGHZ 339, s.7; Altaş, s.66.

⁵⁵⁷ Altaş, s.67.

⁵⁵⁸ Tandoğan, s.321.

kasten veya taksirle ihlal etmesi halinde ortaya çıkar⁵⁵⁹. Yani müteahhit kasıtlı veya ihmali davranışı ya da dikkatsizliği ile iş sahibine verdiği zarardan sorumludur.

Yapılmakta olan inşaatın teslimden önce Borçlar Kanunu m.356/1'in atfı ile Borçlar Kanunu m.321'deki özen borcunun ihlalinden kaynaklanıyorsa, Borçlar Kanunu m.368/1 aynen uygulanmaz, bu durumda müteahhit sadece telef olmadan kaynaklanan risklere değil, bu risklerden doğan zararlara da katlanmak zorundadır. Yani müteahhit oluşturacağı inşaatı kast, ihmal veya özen ya da bilgi beceri ve yeteneksizlik sonucu telef etmişse, Borçlar Kanunu m.368'deki risklere katlanmakla kalmaz, ayrıca iş sahibinin zararlarını da karşılamak zorundadır⁵⁶⁰.

İnşaatın telef olmasının üçüncü unsuru; **inşaatın iş sahibinin temerrüde düşmesinden önce telef olmasıdır.** İnşaatın teslimden önce telef olması yüzünden müteahhidin ücret riskine katlanması için, telef olmanın, iş sahibinin temerrüdünden ve inşaatın iş sahibine tesliminden önce olması gerekmektedir. İnşaatın tamamlanabilmesi için bazı durumlarda iş sahibinin katılımı işin icrası için zorunludur, bu aşamada iş sahibi üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmezse Borçlar Kanunu m.368/3 anlamında yapması gerekenleri yerine getirmediği yorumu yapılabilir, bu da temerrüt anlamına gelir. İş sahibinin kendi kusuru veya ihmali ya da ona isnadı mümkün olan bir durum olmalıdır. Örnek olarak; arsanın çapı, yol kodu gibi bilgilerin verilememesi, arsanın inşaat yapılma kıvamında olmaması, işçi tedariki hususunda güven verip bunu yapmaması gibi. İnşaatın meydana getirilmesi aşamasında, yani müteahhidin inşaatı imaline başlamasından sonra iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşer ve inşaat umulmayan olay nedeniyle temerrüt esnasında telef olursa, bu riske Borçlar Kanunu m.368/3 uyarınca iş sahibi katlanır. Bu sebeple müteahhidin, inşaatın umulmayan olay sonucu telef olmasından dolayı oluşacak hasarı teslim kadar taşıması kuralı, telef olmanın iş sahibinin kabulde temerrüt durumunun devamı aşamasında uygulanmaz⁵⁶¹.

Borçlar Kanunu m.368 uyarınca inşaatın teslimden önce telef olmasında kural riskin müteahhitte olduğunu belirtmiştik, ancak iş sahibinin tesellümde gecikmesi veya teslimin onun yüzünden engellenmesi hallerinde müteahhit sorumluluktan kurtulabilir⁵⁶². Tabii iş sahibinin temerrüdü sona erip tekrar müteahhit temerrüde

⁵⁵⁹ Altaş, s.72.

⁵⁶⁰ Altaş, s.73.

⁵⁶¹ Altaş, s.85.

⁵⁶² Altaş, s.87.

düŒerse, risk yine müteahhit de olur. Ör: iş sahibinin bulması gereken işçileri bulmazsa ve müteahhit işi terk ederse ancak daha sonra iş sahibi tarafından işçiler bulunursa, müteahhit işi tamamlamak zorundadır⁵⁶³.

Borçlar Kanunu m.368'in neticelerine baktığımızda ise, müteahhidin ne işin ücretini ne de yaptığı masrafları talep edemeyeceğini görmekteyiz. Çünkü istisna sözleşmelerinde müteahhit iş sahibine teslim borcu altındadır. Başka bir deyişle, inşaatın teslimden önce umulmayan olay nedeniyle tamamen telef olması halinde müteahhit hem ücret (yeniden yapma ihtimali olmayan inşaat için, tamamlansaydı alacağı ücret) hem de edim hasarına (telef olan inşaat için müteahhidin yaptığı masraflar) katlanmak zorunda kalır.

En önemli nokta ise, kanunun sistematığı açısından bakıldığında Borçlar Kanunu m.368'de müteahhit ile iş sahibi arasındaki ilişkiyi kendiliğinden sona erdiren bir durum yoktur⁵⁶⁴. Zira diğer çoğu hükümde (Borçlar Kanunu m.366-369-370-371) sözleşmenin açıkça sona ermesini düzenlerken, bu hükümde böyle bir açıklık yoktur, sadece anlaşılan müteahhidin yapmış olduğu ve teslimden önce telef olan inşaat için bir ücret talep edememesidir⁵⁶⁵.

Teslimden önce umulmayan olay nedeniyle telef olan inşaatın ferdiyle belirli olması yani onun ayınının bir daha yapılamaması durumunda, müteahhit bakımından edimin ifası mümkün değil ise, tarafların borçları Borçlar Kanunu m117/1 gereği sona erer. Bu durumda müteahhidin ediminin ifası Borçlar Kanunu m117 (objektif ifa imkansızlığı) herkes için ifa edilemezlik) anlamında imkansızlaşmıştır. O halde hasar Borçlar Kanunu m117/3 ve Borçlar Kanunu m.368 gereği müteahhide aittir. Böylece müteahhit, emeğinin karşılığı olan bedele hak kazanamayacak ve talep edemeyecektir⁵⁶⁶. Ör: yapılan bir bina çökmesi.

Buna karşın teslimden önce umulmayan olay nedeniyle telef olan inşaat cinsiyile belirli ise yani telef olan inşaat yeniden yapılacak konumda ve müteahhit bakımından edimin ifası mümkün ise, yine Borçlar Kanunu m.368 gereği telef olmadan kaynaklanan ücret ve edim hasarı riski müteahhide aittir⁵⁶⁷. Ancak diğerinden farklı olarak bu durumda müteahhide şans tanınmıştır. Şöyle ki; ya aynen ferdiyle belirli olduğu gibi

⁵⁶³ Tandoğan, s.321.

⁵⁶⁴ Tandoğan, s.317.

⁵⁶⁵ Altaş, s.142.

⁵⁶⁶ Tandoğan, s.319; Altaş, s.114.

⁵⁶⁷ Tandoğan, s.319; Altaş, s.114.

inşaatı yeniden meydana getirmeyip, ücret ve edim hasarına katlanarak yükümlülüklerinden kurtulacak; tabii bunun için müteahhit açısından tekrar inşa katlanılmaz hale gelmesi, yani inşaatın yeniden ifasının subjektif açıdan imkansız olması gerekir. Bu durumun borçlunun borcunu sona erdirmese, Borçlar Kanunu m.117 uygulama alanı bulmasa da iki defa müteahhidi yokluğa sürüklemek acımasızlık olur. Ya da İnşaatı yeniden meydana getirip ücret alacağına kavuşacaktır. Çünkü zaten Borçlar Kanunu m.368'den telef olma durumunda müteahhidin ücrete ilişkin talep hakkını kaybedeceği değil, sadece iş sahibinin, müteahhidin telef olan inşaat için yaptığı harcamalar için ücret ödemek zorunda olmadığı belirtilmiştir⁵⁶⁸.

Aslında subjektif açıdan imkansızlık durumunda Türk hukukunda borçlunun temerrüdü olarak değerlendirilmektedir. Çünkü umulmayan olay nedeniyle telef olan inşaatın teslimi tarafların kararlaştırdıkları süre içinde veya kararlaştırmadılarsa mutad bir süre içerisinde yapılmalıdır⁵⁶⁹. Ancak inşaatın umulmayan olay nedeniyle telef olması durumunda işin tamamlanmasında gecikmeler olabilir. Müteahhit yine de inşaatı süresinde teslim ediyorsa sorun yoktur, fakat müteahhit umulmayan olay nedeniyle inşaatın meydana gelmesinde veya tesliminde temerrüde düşmüşse bazı şartların yerine gelmesi ile iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir. Umulmayan olay nedeniyle inşaatın teslimden önce telef olması halinde, iş sahibi müteahhide bu inşaatın yeniden meydana getirilmesi için somut olaya göre münasip bir mehil vermeden sözleşmeden dönemez⁵⁷⁰. Bu süre objektif olarak inşaatın yeniden meydana getirilmesine yetecek uzunlukta olmalıdır⁵⁷¹. Mehilin, tarafların menfaatlerine de uygun olması gerekir. Müteahhidin menfaati inşaatın yeniden ifa edilebilir hale getirilmesidir çünkü, inşaatın telef olması yüzünden aynen ifadan vazgeçerse müteahhit beklenmedik şekilde zarara uğrayabilir. İş sahibi bakımından da menfaat, en kısa sürede inşaatın kendisine teslim edilmesidir. Buna göre mehil somut olaya göre menfaat dengesi çerçevesinde tespit edilmelidir⁵⁷².

Umulmayan olay nedeniyle inşaatın teslimden önce telef olması neticesi verilen ek süre sonunda inşaat tamamlanıp teslim edilirse sorun yoktur. Bu durumda müteahhit ücrete hak kazanır, ancak ek süre içinde müteahhit edimini ifa edemez ya da ek süre verilmesini gerektirmeyen durum çıkarsa, iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Bu dönme

⁵⁶⁸ Altaş, s.116.

⁵⁶⁹ Altaş, s.151.

⁵⁷⁰ Altaş, s.152.

⁵⁷¹ Altaş, s.152.

⁵⁷² Altaş, s.153

beyanı ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Böylece taraflar aldıklarını iade ile yükümlü olup, kararlaştırılmış olan edimlerini ifa etmek zorunda olmazlar⁵⁷³. Yani müteahhit, inşaatı yapma ve teslim etme borcundan kurtulur. Bu durumda müteahhit, inşaatın telef olmayan kısmını elinde tutabilir ya da teslim etmiş olduğu kısımlar varsa bunları geri isteyebilir⁵⁷⁴.

Sözleşmenin, inşaatın tesliminden önce telef olduğu için geçmişe etkili olarak sona ermesi halinde, iş sahibi de kendi açısından ücret ödemek zorunda değildir. Hatta bu durumda daha önce ödemiş olduğu miktarların iadesini isteyebilir⁵⁷⁵.

Bazen öyle durumlar olur ki; inşaat teslimden önce umulmayan olay nedeniyle telef olmuş ve hasarın giderilmesi için verilen mehilde de inşaatı tamamlama edimi yerine getirilmese dahi, iş sahibi sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdiremez. Bunun nedeni bu aşamada sözleşmeyi geriye dönük olarak sona erdirilmesinin adil olmayan sonuçlar doğurmasıdır. Ör: iş sahibinin arsası üzerinde müteahhidin yaptığı inşaatın duvarları umulmayan olay nedeniyle çatlasa da sözleşme geriye etkili olarak sona erdirilemez. Yine aynı şekilde duvarları belli bir vadede bitirmeyi taahhüt eden müteahhit, süre bittiğinde yarısını bitirmişse, iş sahibi sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdiremez çünkü duvarların yok edilmesi uygun düşmeyeceğinden, yapılan işin iadesi de sözkonusu olamayacağından iş sahibi müteahhidin yaptığı duvarların ücretini ödemelidir⁵⁷⁶. Kanun koyucu da bazı hallerde geçmişe etkili olarak sona erdirmeyi benimsememiştir. Örneğin iş sahibinin arsasına yapılan inşaatın yok edilmesi çok yüksek meblağlara mal oluyorsa sözleşme ileriye etkili feshedilir (Borçlar Kanunu m.360/2). Aynı mantıkla Borçlar Kanunu m.367/2'ye göre, iş sahibinin arsası üzerine inşa edilecek binalarda sözleşmeye aykırı bir durum varsa, iş sahibi ücret indirimi talep edebilir veya inşaat tamamlanmamışsa, adil bir tazminatla müteahhidin işini keserek ileriye etkili biçimde sözleşmeyi feshedebilir⁵⁷⁷.

Borçlar Kanunu m.368/3'e göre, iş sahibinin verdiği malzemenin, arsa veya talimat yüzünden inşaatın tesliminden önce telef olması halinde genel kuralın (Meydana getirilen inşaatın tesliminden önce umulmayan olay nedeniyle telef olması durumunda müteahhit ile iş sahibi arasındaki sözleşme ilişkisi kural olarak sona ermez) aksine,

⁵⁷³ Altaş, s.154.

⁵⁷⁴ Altaş, s.154.

⁵⁷⁵ Altaş, s.154.

⁵⁷⁶ Altaş, s.155.

⁵⁷⁷ Altaş, s.155.

sözleşme telef ile birlikte sona ermiş sayılır⁵⁷⁸. Aslında bu hükümde kanun koyucu sözleşmenin sona ermesinden bahsetmese de kanunun sistematik yorumundan bu çıkmaktadır. Borçlar Kanunu m361 hükmünün her ne kadar kural olarak teslim edilmiş inşaatlar açısından uygulanıyorsa da, kıyasen Borçlar Kanunu m.368/3 bakımından da uygulanmasında hukuk sisteminin bütünlüğü gereği yanlış olmaz⁵⁷⁹. Borçlar Kanunu m.368/3'deki nedenlerle inşaatın teslimden önce telef olması halinde, müteahhidin edimi ifa yükümlülüğü de ortadan kalkmaktadır⁵⁸⁰. İş sahibi sözleşmede kararlaştırılan bedelin tamamını değil, ancak müteahhidin işinin değerini ve buna girmeyen giderlerini ödeyecektir. İş sahibinin kusuru varsa, müteahhit ondan ifaya olan menfaatinin tamamının yani müspet zararın tazminini yani ücretin tamamını isteyebilir. Fakat inşaat tamamlanmadan telef olmuş ise bu ücretten işin bitirilmemesi sebebiyle kar edilen miktar indirilir. İş sahibinin kusuru dahilinde, müteahhidin işin yarıda kalmasından dolayı itibarının sarsılması yüzünden alacağı başka siparişlerden yoksun kalması dolayısıyla tazminat istenebileceği belirtilir⁵⁸¹.

Ancak iş sahibine yüklenen nedenlerle inşaatın telef olmasına rağmen, iş sahibi bu inşaatı yeniden meydana getirilmesi konusunda ısrar eder ve bu işlem müteahhit için ek bir masraf gerektirmez veya bu ek masraflar iş sahibince karşılanırsa, müteahhidin edimini ifa yükümlülüğü kalkmaz, bu sonuçta iş sahibinin kusurlu ya da kusursuz olması önem arzetmez⁵⁸².

Borçlar Kanunu m.368/3'deki sebeplerden inşaat telef olursa, müteahhidin edimi ifa etme mükellefiyeti yoktur⁵⁸³. Zaten böyle bir durumda iş sahibinin, müteahhide telef olan inşaatın ve malzemenin ücretini vermesi gerekmektedir. İş sahibi tarafından müteahhide telef olan inşaatı yeniden meydana getirme yetkisi verilirse, müteahhit, hem kararlaştırılan ücreti hem de inşaatın telef olmasından sonra yeniden meydana getirmek için gerekli masrafları talep edebilir. Görüldüğü üzere iş sahibi ya çok müteahhide yüksek meblağlar ödeyerek inşaatı tamamlayacak ya da Borçlar Kanunu m.369 uyarınca zarara uğramadan sözleşmeden dönme imkanını kullanmasına imkan sağlanır⁵⁸⁴.

⁵⁷⁸ Tandoğan, s.325; Altaş, s.146.

⁵⁷⁹ Altaş, s.146.

⁵⁸⁰ Tandoğan, s.325.

⁵⁸¹ Tandoğan, s.324-325.

⁵⁸² Tandoğan, s.325; Altaş, s.147.

⁵⁸³ Tandoğan, s.325; Altaş, s.147.

⁵⁸⁴ Altaş, s.147.

Meydana getirilen inşaatın teslimden önce telef olması halinde, yeniden yapılması değil de, ayıpsız teslim edilmesi imkansız hale gelirse, müteahhit ayıplı olarak inşaatı tamamlayıp teslim eder. Böyle bir durumda inşaatın telef olması hükümleri değil, ayıplı teslimine ilişkin hükümler uygulanır⁵⁸⁵. İnşaatın ayıpsız teslimi imkansız ise, müteahhit ayıplı inşaat yerine yeni bir yapı meydana getirip teslim etmek zorunda değildir. Ancak inşaatın ayıpsız teslimi imkansız olmasına rağmen müteahhit isterse ve iş sahibinin de hakları zedelenmezse yeni bir yapı oluşturma hakkına sahiptir⁵⁸⁶.

Meydana getirilen inşaatın teslimden önce telef olması halinde, bu inşaatın yeniden yapılması hem müteahhit hem de iş sahibi açısından ekonomik anlamda aşırı yükü yol açıyorsa, sözleşme sona ermiş sayılır⁵⁸⁷. İnşaatın umulmayan olay nedeniyle telef olması halinde, taraflar sözleşmeye devamı engelleyen önemli sebeplere dayanarak, tazminat ödemedi sözleşmeden dönebilirler. Her ne kadar müteahhidin önemli sebebe dayanması sonucu sözleşmeden dönerse iş sahibi onun tüm zararlarını tazmin etmesi gerekse de bu tazminatın iş sahibi için ağır yük oluşturması halinde bu kuraldan vazgeçilebilir. Müteahhit de aynı şekilde inşaat umulmayan olay nedeniyle telef olması halinde, yeniden meydana getirme aşırı yük, masraf anlamındaysa iş sahibine tazminat ödemeksizin sözleşmeyi sona erdirebilir⁵⁸⁸.

Borçlar Kanunu m.368/3 gereği sözleşmenin, inşaatın telef olması nedeniyle süresinden önce sona erdirilmesi, bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Örnek olarak; herşeye rağmen tüm zararları iş sahibi karşılıyor ve inşaatın yeniden yapılmasını istiyorsa, buna rağmen müteahhidin borcundan kurtulduğunu belirtmesi ve bunun gibi aynı şekilde henüz çok az bir kısmı telef olan inşaatın iş sahibi işi başkasına vererek daha ucuza mal etmek için çaba sarf ederken sözleşmenin sona erdiğini belirtmesi gösterilebilir⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Altaş, s.150.

⁵⁸⁶ Tandoğan, s.325; Altaş, s.150.

⁵⁸⁷ Altaş, s.150.

⁵⁸⁸ Altaş, s.150.

⁵⁸⁹ Tandoğan, s.325; Altaş, s.147.

b) İş sahibinin şahsını ilgilendiren imkansızlık sebebiyle sözleşmenin sona ermesi
(Borçlar Kanunu m.370)

Borçlar Kanunu m.370; “Taahhüt olunan şeyin yapılması iş sahibi nezdinde zuhur eden bir umulmayan olay yüzünden mümkün olamıyorsa, müteahhit yaptığı işin kıymetini ve bu kıymette dahil olmayan masrafını alır.”

Borçlar Kanunu m.370/1’ in uygulanması için, iş sahibinin şahsını ilgilendiren veya onun çevresine ait rizikolar çerçevesinde meydana gelen bir kazanın, iş sahibinin kusuru bulunmayan bir olayın, işin ifasına engel olması ve onu objektif olarak imkansızlaştırması gerekir⁵⁹⁰.

İş sahibinin şahsını ilgilendiren kazaya onun ağır hastalanması veya ölmesini; kendisine özel yapılacak olan yapının, onun kullanamama neticesi doğurması sebebinin gösterebiliriz. İş sahibinin ilişkileri tüm şahsi çevre ve ilişkilerine bağlı olaylar ve yaşantılar sonucu oluşan ve işin bitmesine engel olan haller her bağımsız, somut sözleşmenin şartlarına göre hakimin takdiri yetkisi dahilindedir⁵⁹¹. Buna örnek olarak inşaatın yapıldığı iş sahibine ait arsanın kamulaştırılması ya da arsanın toprak kayması veya zelzele ile yok olması, iş sahibinin tedarik ettiği malzemedeki ayıp veya gösterdiği arsanın elverişiği veya verdiği talimattaki ısrarı yüzünden işin tamamlanmasının imkansızlaşması verilebilir⁵⁹².

ba) Borçlar Kanunu m. 370'in uygulama alanı ve şartları

baa) Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansız olması

Borçlar Kanunu m.370’in uygulanabilmesi için, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve yapımına henüz başlanmamış inşaatın yapımına veya yapımına daha önce başlanmış inşaatın tamamlanmasına engel iş sahibinin hareket alanında gerçekleşen bir kaza imkansızlığın varlığı gerekir. Bu imkansızlık objektif imkansızlık olmalıdır⁵⁹³. Buradaki durum ile Borçlar Kanunu m.368’deki inşaatın teslimden önce telef olmasıyla karıştırılmamalıdır. Zira, m.368’de inşaatın telef olmasına ilişkin hasar öngörülmekte, m.370’de ise, iş sahibinin ilişkilerinden kaynaklanan olaylar yüzünden inşaatın telef olması değil, yapılmasının veya tamamlanmasının mümkün olmaması

⁵⁹⁰ Tandoğan, s.327.

⁵⁹¹ Tandoğan, s.327.

⁵⁹² Tandoğan, s.327.

⁵⁹³ Eser sözleşmesinde müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması, Vedat Buz, s.26, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/462/5256.pdf>.

veya bu haliyle işin tamamlanmasının müteahhitten beklenemez bir hal alması durumunu düzenler. Yoksa iş sahibi nezdinde bir kaza yüzünden inşaat telef olsa bile yine Borçlar Kanunu m.368/1 uygulanır⁵⁹⁴.

Gautschi, Borçlar Kanunu m.370 ile ilgili olarak, uygulama alanı ve koşulları hakkında farklı bir yaklaşımla; sadece objektif imkansızlık hallerinde değil, sübjektif imkansızlık hallerinde de sözleşmeye devamın iş sahibinden beklenemeyeceği, onun için katlanılmaz olacağı önemli hallerde de uygulanmalı ve iş sahibi sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedebilmelidir. Zira sadece objektif imkansızlık için düşünülse o zaman çeşit borçlarında böyle bir imkansızlık olmayacağını savunur⁵⁹⁵. Örnek olarak iş sahibinin belli bir yerde yaptırmakta olduğu evde oturmasına tayin dolayısıyla veya yakalandığı bir hastalık yüzünden o bölgeden ayrılmak zorunda kalması, ya da ölüm üzerine mirasçılarının o yöre hiçbir bağlarının olmaması, gelememeleri gibi örnekler gösterilebilir. Gautschi, ayrıca giderlerin aşırı derecede artması halinde iş sahibine fesih hakkı tanıyan Borçlar Kanunu m.367 ve müteahhide fesih hakkı veren Borçlar Kanunu m.365/2'yi, Borçlar Kanunu m.370/1'in özel bir uygulama halini teşkil eder. Bu gibi fesih hallerinde de iş sahibi, müteahhidin o zamana kadar yaptığı işin değerini ve değerine dahil olmayan giderlerini ödemelidir. Yazar iş sahibinin kusuru olmaksızın borç ödemediği aciz halinde düşmesini, özellikle iflas halini de Borçlar Kanunu m.370/1'in kapsamında sayar⁵⁹⁶.

Borçlar Kanunu m. 370'in tamamlanamayan eserler yanında, tamamlanıp da teslim edilemeyen eserler bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı sorusunu ortaya atmaktadır. Doktrindeki hakim görüş, bu soruya olumlu cevap vermektedir.⁵⁹⁷ Denmektedir ki, Borçlar Kanunu m. 370, müteahhidin ediminin iş sahibine isnad

⁵⁹⁴ Karahasan, s.451.

İş sahibi nezdinde meydana gelen bir kazanın eserin yok olmasına ve yeniden imalinin imkansızlaşmasına yol açması halinde, müteahhit, Borçlar Kanunu m. 370 kuralına dayanarak, iş sahibinden yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarının tazminini talep edebilir. Ancak doktrindeki hakim görüş aksi kanıdadır. Bu görüşe göre, Borçlar Kanunu m. 368 ve m.370 birbirinden tamamen farklı iki aynı olguyu düzenlemektedir. Borçlar Kanunu m. 370 eserin imkansızlaşması halini, buna karşın Borçlar Kanunu m 368 eserin yok olması halini düzenler. İş sahibi nezdinde meydana gelen bir kazanın hem eserin yok olmasına hem de yeniden imalinin imkansızlaşmasına yol açması halinde münhasıran Borçlar Kanunu m. 368 uygulanır ve müteahhit yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarını kural olarak talep edemez. Müteahhidin bu yöndeki bir talep hakkı, sadece Borçlar Kanunu m. 368/3'de düzenlenen istisnai hallerde sözkonusu olabilir (*V. Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması s.33*).

⁵⁹⁵ Gautschi, Art 378-379, Nr.4-8, naklen Tandoğan, s.328.

⁵⁹⁶ Gautschi, Art 378-379, Nr.6 naklen Tandoğan, s.329.

⁵⁹⁷ Tandoğan, s.327; Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması s.27.

edilebilecek sebepler nedeniyle imkansızlaşması halini düzenlemektedir. Bu imkansızlığın eserin tamamlanmasından önce veya sonra gerçekleşmesi, Borçlar Kanunu m.370 in uygulanması bakımından önemli değildir; önemli olan müteahhidin edimini tam olarak yerine getirememesidir.⁵⁹⁸ KOLLER'e göre, bu tartışmanın aslında pratik bir önemi de yoktur. Çünkü, eser tamamlanmış fakat iş sahibine teslim edilmiyorsa, genellikle iş sahibi alacaklı temerrüdüdedir ve buna ilişkin hükümler (Borçlar Kanunu m.90 vd.) uygulanır.⁵⁹⁹ Ayrıca Tandoğan'a göre saydığımız çeşitli örnekler⁶⁰⁰ Borçlar Kanunu m.370/1'in sadece tamamlanmamış inşaatlar için değil tamamlanıp da teslimi imkansızlaşan inşaatlar içinde uygulanacağını bir göstergesidir.

bab) Eserin tamamlanmasının imkansız olması iş sahibine isnad edilen sebeplerden kaynaklanmalıdır

İş sahibine isnad edilecek ve müteahhidin inşaatı tamamlama borcunu ifa etmesini imkansız kılan sebepler, Borçlar Kanunu m. 370/1'in dar ifadesine rağmen, iş sahibinin kişiliğinden kaynaklanabileceği gibi, onun işletmesinden, kendisinin veya ifa yardımcılarının davranışlarından veya ona ait rizikolar çevresine giren bir olaydan da kaynaklanabilir demiştik. Hangi durumun iş sahibinin riziko alanına girdiği hususu, her sözleşmede somut şartlar gözönünde tutularak belirlenir⁶⁰¹. Yukarıda sağdığımız örnekler zaten bu koşuldan bahsetmektedir.

Borçlar Kanunu m.370/1'in uygulanması bakımından, eserin tamamlanmasının imkansızlaşmasına iş sahibinin kusurunun veya onun sorumlu olduğu bir halin yol açmaması, başka bir deyişle, eserin tamamlanmasının imkansızlaşmasına, iş sahibinin riziko alanına dahil bir kazanın veya beklenilmeyen halin neden olması gerekir⁶⁰². Bu durumun ortaya çıkmasına iş sahibini kusuru neden olmuşsa Borçlar Kanunu m. 370/2 uygulanır.

⁵⁹⁸ V. Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması s.27.

⁵⁹⁹ KOLLER, Jo: Dcr "Untergang des Werkes" nach ~. 376 OR, Diss., Freiburg 1983, naklen V. Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması s.27, Tandoğan, s.327.

⁶⁰⁰ İnşaatın yapıldığı iş sahibine ait arsanın kamulaştırılması ya da arsanın toprak kayması veya zelzele ile yok olması, iş sahibinin tedarik ettiği malzemedeki ayıp veya gösterdiği arsanın elverişliliği veya verdiği talimattaki ısrarı yüzünden işin tamamlanmasının imkansızlaşması... gibi örnekler.

⁶⁰¹ Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması s.28; Tandoğan, s.327.

⁶⁰² Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması s.28.

bb) Hüküm ve sonuçları

Borçlar Kanunu m.370'in öngördüğü şartlar gerçekleştiğinde, inşaat sözleşmesi kanundan dolayı ileriye etkili (ex nunc) olarak sona erer. Tarafların, inşaatın tamamlanmamış kısmına ilişkin talepleri sona erer.

Borçlar Kanunu m.370'in koşulları gerçekleşince inşaat sözleşmesinin kendiliğinden mi yoksa ayrıca iş sahibinin fesih beyanıyla mı sona ereceği hakkında kanunda açıklık yoktur. Her iki fikri de ayrı ayrı savunan yazarların yanında, Gautschi, bu hükmün iş sahibine önemli haklar verdiğiinden bahisle iş sahibi ya da onun ölümü halinde mirasçıları sözleşmeyi feshettikleri müteahhide bildirmelidir⁶⁰³.

İnşaatın tamamlanmasının, iş sahibine isnad edilen sebepler yüzünden veya onun kusuru yüzünden imkansızlaştığını, müteahhit ispat etmekle yükümlüdür. İnşaatın tamamlanmasının imkansız olup olmadığını ispat yükü, bu hususu iddia eden taraftadır.

İş sahibi sözleşme sona erdiğinde, müteahhidin o zamana kadar yaptığı işin değerinin ve bu değere dahil olmayan masraflarını karşılamak zorundadır. İş sahibinin yapacağı ödemenin hesaplanmasında, Borçlar Kanunu m.366 ve m.368/2'deki hususlar göz önüne alınır⁶⁰⁴. Dolayısıyla müteahhit, Borçlar Kanunu m.369'daki gibi işin tamamlanması halinde elde edeceği karın tamamını alamasa da çok ilerlemiş ve tamamlanmaya az kalmış ise müteahhidin alacağı tazminat sözleşmedeki ücrete yakın olur⁶⁰⁵.

Müteahhit henüz inşaatın yapımına başlamamış ise, iş sahibinden talep edebileceği bedel, sözleşmenin kuruluşundan sonra edimini yerine getirmek için yaptığı ve inşaatı tamamlama borcunun imkansızlaşmış olması nedeniyle sözleşmenin sona ermesi yüzünden boşa giden hazırlık masraflarıyla sınırlıdır.

Müteahhidin yaptığı işin değerini ve bu değere dahil olmayan masraflarını ödeyen iş sahibi, eserin imkansızlık anına kadar tamamlanmış kısmının kendisine teslimini talep edebilir⁶⁰⁶.

Borçlar Kanunu m. 370; Borçlar Kanunu m. 368/1' deki hasarın müteahhide ait olacağı düzenlemesini etkilemez. Yani eğer, inşaat, iş sahibinin nezdinde bir kaza sebebiyle teslimden önce telef olmuşsa, müteahhit kural olarak ücret veya tazminat

⁶⁰³ Gautschi, Art 378-379, Nr.8, naklen Tandoğan, s.329.

⁶⁰⁴ Tandoğan, s.329.

⁶⁰⁵ Tandoğan, s.330.

⁶⁰⁶ Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması s.30.

isteyemez. İşe yeniden başlayıp devam ederse, ücreti yükseltme talebinde bulunamaz. Ancak inşaat, iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsadaki ayıp sonucu telef olursa müteahhit bu ayıpta iş sahibinin kusuru olmasa bile işinin değerini ve buna girmeyen giderleri isteyebilir. İş sahibinin inşaatın telefinde kusuru varsa hem yapılmış kısmın ücretini hem de bununla birlikte müteahhide tazminat ödemesi gerekir (Borçlar Kanunu m.368/3-m.370/2)⁶⁰⁷.

Borçlar Kanunu m.370/2 uyarınca ise, işe devam imkansızlığı iş sahibinin bir kusurundan ileri geliyorsa, müteahhit müspet zararının yani yoksun kaldığı karın tamamının tazminini isteyebilir⁶⁰⁸. İş sahibi işin ifasını kendi davranışıyla kasten veya ihmaliyle imkansız hale sokarsa (müteahhidi arsaya sokmaz, inşaatın tamamlanması için kendine düşen işleri yapmazsa, haksız inşaat yasağına sessiz kalırsa) m.370/2'ye göre kusurlu sayılır. Ayrıca iş sahibi, yardımcılarının davranışlarından da m.370/2 açısından sorumlu olur⁶⁰⁹

İş sahibinin intihar etmesinin kusur sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır. Pedrazzini, iş sahibinin intihar etmesini her zaman Borçlar Kanunu m.370/2 anlamında kusur sayarken, Gauch, iş sahibinin, sadece, eserin tamamlanmasına engel olmak için intihar etmesi halinde kusurlu sayılabileceği görüşündedir⁶¹⁰.

3-Müteahhidin şahsında gerçekleşen sebeplerle sözleşmenin sona ermesi (Borçlar Kanunu m.371)

Borçlar Kanunu m. 371'e göre, "Müteahhit öldüğü yahut sun'u taksiri olmaksızın işi bitirmekten aciz olduğu takdirde, mukavele müteahhidin şahsı nazara alınarak yapılmış ise istisna akdi münfesihtir olur" (f.1); "Bu takdirde yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini ödemeye mecburdur" (f. II). Böylece, Borçlar Kanunu m. 371, karşı edim hasarını iş sahibine yüklemiştir.

a) Borçlar Kanunu m. 371 'in Uygulanma Şartları

aa)Müteahhidin şahsi nitelikleri gözönüne alınarak yapılmış bir inşaat sözleşmesi olmalıdır

⁶⁰⁷ Tandoğan, s.330.

⁶⁰⁸ Tandoğan, s.330.

⁶⁰⁹ Tandoğan, s.330.

⁶¹⁰ Pedrazzini, s.548, Gauch, Nr. 514, naklen Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması s.32.

Borçlar Kanunu m.371'in uygulanabilmesi için, iş sahibi bakımından, müteahhidin kişisel özelliklerinin önem taşıdığı ve bu nedenle sözleşme konusu inşaatın, müteahhit tarafından bizzat yapılmasının ya da onun yönetimi altında yaptırmasının gerekli olduğu bir inşaat sözleşmesinin varlığı gerekir.

İş sahibi, sözleşmenin kurulması sırasında müteahhidin kişisel özelliklerine önem verdiğini açıkça belirtebileceği gibi, bu husus sözleşme konusu işin niteliğinden de anlaşılabilir⁶¹¹. Sözleşme konusu işin ifasının üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebileceği hallerde, inşaat sözleşmesi sona ermez.

ab)İşin bitirilmesinin müteahhidin ölümü veya kusuru olmadan işi yapmaktan aciz kalması nedeniyle mümkün olmaması

Müteahhidin şahsı veya kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılan inşaat sözleşmelerinde, şahsa sıkı sıkıya bağlı edim söz konusu olduğundan, müteahhidin ölümü veya işi yapma yeteneğini kaybetmesi, sözleşme konusu edimin objektif olarak imkansızlaşmasına yol açar. Bu imkansızlık, inşaat sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkmalı ve sürekli nitelik taşımalıdır. Ancak işin bir kısmı yapıldıktan sonra olabileceği gibi hiç başlanmadan da bitirilememesi halinde de sözkonusu olur⁶¹².

İş yapmaktan aciz kalmanın, sadece bedensel bir özürden kaynaklanması şart değildir. Bir Federal Mahkeme Kararında, işletmesini dağıtarak mesleğine son veren müteahhidinin, artık gerekli personel kadrosu bulunmaması yüzünden işi yapmaktan aciz kalması, Borçlar Kanunu m.371'in kapsamına giren bir tür imkansızlık olarak nitelendirilmiştir⁶¹³. Ancak müteahhit, işi yapmaktan aciz halinde kalmasında kendisinin herhangi bir kusuru bulunmadığını ispat etmelidir⁶¹⁴.

⁶¹¹ Tandoğan, s.333.

⁶¹² Tandoğan, s.334; Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması s.36.

⁶¹³ BGE 103 II 58 (Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması, s.36).

⁶¹⁴ Davacı iş sahibi, sözleşmeyi davalı yüklenicinin işi yapmaktan acze düştüğünü bildirdiğinden dolayı feshettiğini ileri sürmüş ve buna, davalı yüklenici duruşmaya gelmemek suretiyle karşı çıkmış sayılır ise de Borçlar Kanunu'nun 371. maddesi gereğince davalı işi yapmaktan aciz kalmasında kendisinin herhangi bir kusuru bulunmadığını ispat etmemiş olduğundan davacının haklı nedenlerle sözleşmeyi feshettiğinin kabulü gerekir. Sözleşmenin haklı feshi halinde B.K.nun 108/2. maddesi gereğince borçlu kendisine hiçbir kusurun isnad edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı, akdin hükümsüzlüğünden doğan zararın tazminini talep edebilir. Buradaki zarar, menfi zarar niteliğinde olup, davacı iş sahibinin sözleşmeye güvenerek daha elverişli şartlarla sözleşme yapmak imkanını kaçırmış olmasından doğan zararı ifade eder. Sözleşmede, fesih halinde iki ihale arasındaki farkın istenebileceğine dair özel bir hüküm bulunmadığından, iki ihale farkı istenemez ise de, çoğun içinde azın da bulunduğu kuralı gereğince fesih halinde, yukarıda açıklandığı şekilde kaçırılan fırsattan dolayı uğradığı menfi zararın tazmininde istenmiş sayılır. Yarg. 15. HD, T. 16.6.1994, E. 1993/4758, K. 1994/4044, www.kazancı.com.

Müteahhidin, istisna sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmek için gerekli parasal olanaklara sahip olmaması, Borçlar Kanunu m.371 anlamında imkansızlık değildir ve istisna sözleşmesini sona erdirmez. Aynı şekilde müteahhidin iflası da Borçlar Kanunu m.371 anlamında imkansızlık değildir⁶¹⁵.

b) Hüküm ve sonuçları

Borçlar Kanunu m.371’de kullanılan deyim ve çoğunluğa göre müteahhidin ölümü veya kusuru olmadan işi yapmaktan aciz kalması halinde, inşaat sözleşmesi kendiliğinden sona erer (infisah)⁶¹⁶. Buradaki sona erme, kanundan dolayı gerçekleştiğinden, tarafların bu hususta herhangi bir bildirimde bulunmalarına gerek yoktur. Bu infisahı sağlayan iki şart olduğundan bahsedilir. Birincisi; inşaat sözleşmesinde müteahhidin şahsi yeteneklerinin dikkate alınmasıdır. Özel mesleki bilgisi, ciddiyeti, tecrübesi, güven vermesi bu şartın içeriğidir. İkincisi ise müteahhidin kusuru bulunmadan, elinde olmayan bir sebeple inşaatı tamamlama imkanını yitirmesidir. Ters durumda sözleşmeye aykırı davranış yüzünden yani sözleşmenin yasak ettiği bir faaliyeti yaptığı esnada ölmüş yada fiil ehliyetini kaybetse kusursuzluğundan bahsedilemez⁶¹⁷.

Buna karşın azınlıkta kalan fakat üzerinde ısrarla durulan ve istisna sözleşmelerini sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak yorumlanması sebebiyle haklı sebeple fesih durumunun ortaya çıktığını belirtir⁶¹⁸. Ayrıca bu gibi hallerde müteahhidin işletmesi mirasçı veya yardımcıları tarafından devam ettirebiliyorsa sözleşme kendiliğinden sona ermez, iş sahibinin sözleşmeyi fesih beyanında bulunması gerekir. Bu konuda Tandoğan ise bu görüşün ancak müteahhidin işi bizzat yapması veya kendi yönetimi altında yaptırmaya mecbur değilse müteahhidin ölümü veya aczi üzerine mirasçılarının, yardımcı veya kanuni temsilcilerin işe devam etmeyip temerrüde düşme durumu ortaya çıktığı takdirde düşünülebileceğini ve bu talik sözleşmenin fesih edilebileceğini kabul eder⁶¹⁹. Borçlar Kanunu m.371’e göre sözleşmenin sona ermesi ileriye etkili (ex nunc) sonuçlar doğurur⁶²⁰.

⁶¹⁵Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması, s.36.

⁶¹⁶Özyörük, Yapı-Feshi, s.38; Yarg.15.HD.21.11.1989 T., 1739 E.4859 K. (Ergezen, s.156).

⁶¹⁷ Özyörük, Yapı-Fesh, s.38.

⁶¹⁸ Özyörük, Yapı-Fesh, s.38.

⁶¹⁹ Tandoğan, s.336.

⁶²⁰ Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması, s.36; Tandoğan, s.337.

İş sahibi, müteahhidin ölümü veya aczi nedeniyle tamamlanmamış inşaatın bitmiş kısmını kendisi için kullanılması mümkün olduğu takdirde, kabule ve bedelini ödemeye mecburdur (Borçlar Kanunu m.371/2). Müteahhidin imkansızlık anına kadar yürüttüğü inşaat, üçüncü bir şahıs tarafından tamamlanabiliyorsa, iş sahibi bakımından kullanılabilir niteliktedir⁶²¹. Eserin tamamlanmış kısmının kullanılabilir nitelikte olmadığını iddia eden iş sahibinin, bu hususu ispat etmesi gerekir⁶²². İş sahibinin ödemekle yükümlü olduğu bedel, götürü veya takribi bir ücret kararlaştırılmış ise, yapılan işin kararlaştırılan ücret içindeki karşılığı kadardır. Yargıtay da bu görüştedir⁶²³. Taraflarca daha önce bir ücret kararlaştırılmamış ise, iş sahibinin ödeyeceği bedel, yapılan işin değerine ve müteahhidin yaptığı masraflara göre belirlenir (Borçlar Kanunu m. 366)⁶²⁴.

Borçlar Kanunu m.371'de bir tazminat yükümlülüğünden söz edilmemesine rağmen müteahhit, işi tamamlama yeteneğini kusurlu⁶²⁵ bir şekilde kaybetmiş veya bu durum temerrütte bulunduğu sırada gerçekleşmişse, iş sahibinin ifaya olan menfaatinin (müspet zararının) tamamını tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak, ikinci durum bakımından, müteahhit, temerrüde kusuru ile düşmediğini ispat ederek tazminat ödemekten kurtulabilir⁶²⁶.

Malzeme iş sahibi tarafından verilmiş ise, tamamlanmamış ve iş sahibi tarafından kullanılabilir nitelikte olmayan eserin kime verileceği hususunda, malzemenin ve müteahhidin yaptığı işin değerine göre, hukuki tağyire ilişkin Medeni Kanun m.699 uygulanır⁶²⁷.

⁶²¹ Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması, s.37.

⁶²² Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması, s.37.

⁶²³ Yarg.15.HD.30.11.1979 T. 1709 E. 2437 K., HGK. 16.12.1981 T. 1980/15/2714 E. 1981/839 (Tandoğan, s.366; Özyörük, Yapı-Fesh, s.80).

⁶²⁴ Tandoğan, s.336.

⁶²⁵ Müteahhit, kendini öldürmesi ya da bedeni veya fikri iş görme yeteneğinin kaybolmasına neden olması halinde kusurlu sayılamaz; meğer ki bu hallere, sözleşmede doğan yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla sebebiyet vermiş olsun.

⁶²⁶ Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması, s.37.

⁶²⁷ Tandoğan, s.337.

H- İŞ SAHİBİNİN TESLİM İLE İLGİLİ ALACAKLI TEMERRÜDÜNE DÜŞMESİ SEBEBİYLE MÜTEAHHİDİN SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİ

a)Genel olarak

Alacaklının temerrüdü, Borçlar Kanunu'nun 90 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nda yer alan düzenlemeye göre, borçlunun borcun ifası için gerekli tüm hazırlıkları yaparak, edimini miktar, vasıf, yer ve zaman bakımından borca uygun olarak arz etmesine rağmen, alacaklı haklı bir sebep olmaksızın ifayı kabulden veya ifanın gerçekleşmesi için yapılması gereken işlemleri yapmaktan kaçınır ise, alacaklının temerrüdü söz konusu olacaktır (Borçlar Kanunu m. 90). Örneğin iş sahibi gerekli inşaat ruhsatını almamış, boyanın rengini seçmemiş, tamirat için gelen müteahhidi evine almamış ise ifa için ön hazırlıktan kaçınmış olur.

İş sahibinin alacaklı temerrüdünden bahsedebilmek için müteahhidin edimi yani tamamlanmış inşaatı gereği gibi teklif etmiş olmalıdır. Yani müteahhidin muaccel ve ifa kabiliyetine haiz edimini, ifa unsurlarına ve sözleşmeye uygun olarak sunmuş olmalıdır. Borcun vadesinden önce ifa edilmesi alacaklı için zararlı sonuçlar doğurmayacak ise, borçlu vadeden önce ifayı teklif edebilir.

Buna karşın müteahhidin zamanında ve sözleşmeye uygun olarak, iş sahibine sunulan edimi kabulden kaçınmışsa veya ifanın gerçekleşmesi için kendisine düşen hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınmışsa, ifayı reddetmiş sayılır. İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi için kusurlu sayılmasına gerek yoktur.

Alacaklının borçlanılan edime uygun olarak arz edilmiş ifayı kabulden kaçınmasının temerrüde yol açması için, bunun haksız olması gerekmektedir. Alacaklı lehine kaçınmayı haklı gösterecek objektif bir sebep yoksa kaçınma haksız kabul edilmektedir. Örneğin, borçlunun önceden alacaklıya bildirmeksizin borcunu vadeden önce ifa etmek istemesi kabulden kaçınmayı haklı gösterecek bir sebep olarak nitelendirilebilirken, hastalık, borcun konusu olan edimin alacaklı için değerini kaybetmesi objektif yönden haklı bir sebep olarak kabul edilemez.

b)Hüküm ve sonuçları

Borçlar Kanunu m.91'e göre, müteahhit, verme edimlerinde alacaklının mütemerrit olması halinde, bu şeyi bir yere tevdi etmek suretiyle borçtan kurtulabilir. Ayrıca Borçlar Kanunu m.92'ye göre ise borçlanılan şeyin niteliği veya işin türü tevdi

elverişli değilse, borçlu önce ihtarda bulunduktan sonra, hakimin izniyle şeyi sattırarak bedelini tevdi edebilir.

Borçlar Kanunu m.94, müteahhidin borcu, yapma gibi borcu ise dönme hakkını düzenlemiştir. Borçlar Kanunu m.94’de borçlanılan edimin bir şeyin teslimine ilişkin olmadığı borçlarda, alacaklının temerrüdü halinde borçluya borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. Borçlar Kanunu’nun söz konusu olan hükmünden de anlaşıldığı üzere, edimin konusu bir malın teslimi değil de, daha çok bir şeyin yapılmasına ilişkin olduğu hallerde edimin tevdi veya satılarak bedelinin tevdi mümkün olmadığından, borçluya akdin feshi yoluna başvurma imkânı verilmiştir⁶²⁸ Bunu da Borçlar Kanunu m.94’deki sözleşmenin feshi hususunda borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı öngörülmektedir. O halde, borçlu Borçlar Kanunu’ nun 106, 107 ve 108’ inci maddelerinden yararlanarak sözleşmeyi fesih ve sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

Nadiren de olsa konusu Borçlar Kanunu m.94’ün lafzına aykırı olarak bir verme borcunda, alacaklının temerrüdü halinde borçlunun da sözleşmeden döneceği kabul edilmektedir; örnek olarak seçimlik borç içeren ve seçim hakkının alacaklıda olduğu bir sözleşmede, alacaklının seçimi yapmaması üzerine borçlu hangi edimi ifa edeceğini bilmediği için sözleşmeden dönebilir⁶²⁹.

Karahasan⁶³⁰; inşaat sözleşmesinde, inşaatın oluşturulmasına yönelik yapma eylemi ile teslimine yönelik verme işleminde hakkaniyet çerçevesinde bir çözüm için sözleşmeyi bir bütün olarak ele almak gerektiğini, zaten Borçlar Kanunu m.94 anlamında yapma edimini müteahhide yüklediğinin açık olduğunu söyler. İnşaatın meydana getirilmesi aşaması ile sınırlı olarak, sözleşmeden dönmeye yer verilip de, meydana getirilen yapının teslimi açısından bu imkan tanınmazsa, taşınmazların tevdi elverişsizliği yüzünden, müteahhidin, alacaklı temerrüdüne düşmüş iş sahibi karşısında korunmasız kalması sözkonusu olur.

Bu sebeple yazarın, inşaat sözleşmelerinde müteahhidin verme edimi halinde de dönme hakkının olduğu konusundaki yorumu desteklenmelidir. Dolayısıyla sözleşmeye ve ifa şartlarına uygun inşaatı teslim etmek isteyip de iş sahibi tarafından kabul

⁶²⁸ Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul, 2003, s.982.

⁶²⁹ Eren, Genel Hükümler, s.982.

⁶³⁰ Karahasan, s.468-470; Serozan, Dönme, s.324

edilmediği için elinde kalan müteahhidin, alacaklı temerrüdünün kendisine tanıdığı diğer hakların yanında sözleşmeden dönebilme hakkını da kullanabilmesi gereklidir.

Borçlar Kanunu m.94, borçlunun temerrüdüne göre sözleşmeden dönme hakkı vermekte, fakat sözleşmeden dönen borçlunun, alacaklıdan dönme dolayısıyla uğradığı zararın tazmini hususunda açıklama yapmamaktadır. Alacaklının temerrüdü durumunda sözleşmeden dönen borçlunun, sözleşmeden dönmesi dolayısıyla uğradığı zararının tazminini alacaklıdan talep edip edemeyeceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, ifayı kabul alacaklı için borç sayıldığı oranda tazminat talep edilebilir⁶³¹. Bir diğer görüşe göre ise, borçluya tazminat talep etme hakkını tanımamak, 94'üncü maddenin yaptığı atfa aykırı düşecektir. Sözleşmeden dönme hakkını kullanan borçlu, 108'inci maddeden yararlanarak olumsuz zararın tazmini de talep edebilecektir⁶³². Ancak borçlunun tazminat talep edebilmesi için alacaklının kusurlu olması gerekir⁶³³.

I-TARAFLARIN ANLAŞMASI İLE İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Her ne kadar kural tüm sözleşmelerde olduğu gibi inşaat yani istisna sözleşmelerinde de karşılıklı borçların ifası ile sözleşmenin sona ermesinin en istenilen sonucu olsa da taraflar aralarında anlaşarak inşaat sözleşmesi ilişkisini sözleşmenin her aşamasında sona erdirebilirler. Bu anlaşma sözleşmenin bütününe kapsayabileceği gibi sözleşmenin belirledikleri bazı maddeleri için de geçerli olabilir.

İrdelenmesi gereken esas husus, tarafların aralarında anlaşmaları, asıl sözleşmeyi sona erdireceğinden, yani yeni bir sözleşme akdettiklerinin sayılmaları sebebiyle gerek asıl sözleşmenin gerekse anlaşılan sözleşmenin şekil şartlarıdır. Asıl sözleşmenin şekli burada önem arzeder. Şayet asıl sözleşme şekle tabi değil ise, yapılan yeni sözleşmede de şekil şartı aranmaz. Ancak ispat kolaylığı bakımından sona erdiren bu sözleşmenin yazılı yapılması tercih sebebidir

⁶³¹ Oğuzman/Öz, s.281.

⁶³² Eren; Genel Hükümler, s.983; Bozer, Ali; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2. Bası, Ankara, 2007, s. 195.

⁶³³ Eren; Genel Hükümler, s.983.

Arsa payı karşılığı bir inşaat sözleşmesi söz konusu ise asıl sözleşme noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Bu sebeple sonradan yapılacak olan tarafların anlaşması ile sona erdirilmesi içeren sözleşme de asıl sözleşmenin şeklinde olmalıdır (Borçlar Kanunu m.12). Çünkü yazılı şekil şartı ile kurulmuş bir sözleşmenin şartlarını hafifletmek için bile, değişikliği yazılı şekilde bir tadil sözleşmesi ile yapma durumunda olan tarafların aralarındaki borç ilişkisini ortadan kaldıracak yeni edim borçlarının doğmasını engelleyecek sona erme sözleşmesini şekilsiz olarak yapma imkanı yoktur⁶³⁴. Uygulamada, bu sona erme üzerine yapılan bu anlaşma ibra sözleşmedir

⁶³⁴ Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.108.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN GENEL SONUÇLARI

Yukarıdaki bölümlerde her sona erme sebebinin içinde özel olarak sona ermenin sonuçlarını belirtmiştir. Burada amaçladığımız kısa olarak genel olarak karşımıza neyin çıkacağını ve çözümlerinin uygulamada yapılması gerektiğini görmek olacaktır. Bunun başında da tasfiye durumunun incelenmesi gelmektedir.

a)Tasfiye

Tasfiyenin amacı; inşaat sözleşmesi yukarıda açıkladığımız nedenlerin hangisiyle sona ererse ersin bundan dolayı tarafların sözleşmenin etkisinden kurtulması, sözleşmenin yapıldığı tarihteki durumlarına geri döndürmektir⁶³⁵. Böylece taraflar inşaat sözleşmesi nedeniyle birbirlerinin malvarlığına kattıkları değerlerin iadesini gerçekleştirebileceklerdir.

Tasfiye sırasında oluşabilecek sorunlar ve tasfiyenin hukuki safhaları bütün sözleşmeden dönme halleri için aynıdır. Bu yüzden daha önce zikrettiğimiz sona erme sebeplerinden biri ile sözleşmeden dönme durumunda tasfiye ilişkisi bakımından fark olmayacaktır. Fakat sadece Borçlar Kanunu m369 hükmünde üzerinde durduğumuz gibi ileriye etkili fesih durumu sözkonusu olacağından karşılıklı ve eski hale iade amaçlanmamıştır. Böyle bir durumda iş sahibi yasa gereği yüklenicinin malvarlığını sözleşme ifa ile bitseydi ne duruma gelecekte o duruma getirmek zorundadır.

Tasfiye ifa edilmiş borçlar bakımından gerekli bir işlemdir. Henüz ifa edilmemiş borçların tasfiyesi zaten olanaksızdır. Eğer inşaat bedeli peşin olarak ödenmiş ise sözleşme sona erdirildiği halde bu bedel müteahhitte kalmış olabilir. İnşaat sözleşmesi arsa payı karşılığı ise arsa payının önceden devredildiği durumlar ile müteahhidin yapının hazırlık çalışmalarında bulunulması, masraflar yapılması (proje, harçlar, malzeme) tasfiye ile rayına oturacaktır.

Buradan da anlaşılacağı üzere iki görünüm halinde tasfiye işlemi gündeme gelir. Birincisi iş sahibinin önceden müteahhide verdiği bedelin yani normal şartlarda inşaat sözleşmelerinde bir miktar paranın verilmiş olması halinde onun sebepsiz zenginleşme çerçevesinde geri talebi; ikincisi ise sözleşmeden dönme ile iş sahibinin elindeki müteahhide iade etme halidir.

⁶³⁵ Yarg.15.HD.6.11.2003 T. 1884 E. 5280 K. (Karataş, s.368).

Taraflar, inşaat sözleşmesinde, sözleşmenin sona ermesi halinde tasfiyenin nasıl cereyan edeceğini peşinen veya sona ermeden sonra bir araya gelerek kararlaştırabilirler. Bu durumda tasfiyenin sözleşmedeki şartlar dahilinde gerçekleşmesi gerekir. Zira burada sözleşmeden doğan bir borcun yerine getirilmesi sözkonusu olacaktır.

b)Tasfiyenin yapılış şekli ve uygulanacak hükümler

Tasfiye kural olarak verilenlerin aynen iadesi suretiyle yapılacağından her zaman mümkün olmadığı durumların da olabileceği göz ardı edilmemelidir. İş sahibi, müteahhitten genellikle ödediği iş bedelinin iadesini ister, bunun yanında malzemeyi sağladı ise inşaatın kapsamına girmeyenlerin de iadesini talep edebilir.

ba)Tasfiyenin sebepsiz zenginleşme uyarınca yapılabileceği

Çalışmamızda önce belirttiğimiz dönme kuramlarından klasik dönme kuramını benimseyenlere göre, sözleşmeden dönme ile borç ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erer. Buna göre dönülen bir sözleşme ilişkisi uyarınca önceden elde edilmiş şeyler, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan iktisap oluşturur. İktisabın biçimi fark etmeyeceğinden iade her zaman Borçlar Kanunu m.61 vd.hükümlerince sağlanacaktır.

Dönme anına kadar geçen sürede, iktisap edenin daima iyiniyetli olduğu ve zenginleşmenin art niyetli olmadığı kabul edilir. Böylece sözleşmeden dönülen ana kadar iyi niyetli zenginleşenin iade borcunun kapsamına ilişkin Borçlar Kanunu m.63/1 uyarınca sadece elinde kalanı vermekle yükümlü ve yeterli adledilir⁶³⁶. Türk Hukukunda ise bu hususa şöyle bir çözümler; yasal borç ilişkisi kuramınca tasfiye ilişkisi doğrudan Borçlar Kanunu m.108 hükmünden kaynaklanmasına rağmen sebepsiz zenginleşme hükümlerince boşluk doldurma amacıyla kıyasen uygulanması yoluyla kolaylık getirilir. Bunun sonucu olarak da iade taleplerine bir yıl değil, on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır⁶³⁷

bb)Tasfiyenin sözleşmeden doğan bir borcun ifası hükümlerine göre yapılabileceği

Bu görüş yeni dönme kuramının tasvip ettiği görüştür. Buna göre sözleşmeden dönme ile birlikte borç ilişkisi ters yüz olduğundan her iki tarafın aldıklarını iade borcu gene aynı sözleşmeden doğan bir borç oluşturur. Böylece iade etmesi gereken taraf

⁶³⁶ Yarg. 3.HD 24.5.1957 T. 4087 E. 3488 K (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.228).

⁶³⁷ Yarg. 4.HD 8.6.1959 T. 58 E. 2324 K. (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.228).

Borçlar Kanunu m.96 uyarınca kural olarak elindekini aldığı şekilde vermek zorunda kalacaktır⁶³⁸. Yine uygulanacak zamanaşımı olarak on yıl öngörülür.

Serozan, bu görüşü savunmakla birlikte ilginç bir yorumla; “Borçlar Kanunu m.96 vd. genel kurallarının yanı sıra, BK’da iade, masraf ve tazminat taleplerini düzenleyen bütün sorumluluk hükümleri sözleşmeden dönme ile birlikte yöneltilen iade taleplerine uygulanabilmesi gerektiğini”⁶³⁹ belirtir.

bc) Tasfiyenin gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine göre yapılabileceği

İnşaat sözleşmesinin sona ermesi ile, önceden yapılmış olan işler sebepsiz zenginleşmeye göre değil, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerince incelenir diyen Gautschi⁶⁴⁰ sözleşme ortadan kalkınca müteahhidin yaptığı faaliyetlerini iş sahibinin çıkarını amaçlamadıkları için vekaletsiz iş görmeye girecektir. Buna göre dönme sonrası tarafların iade borcu Borçlar Kanunu m414’e göre tespit edilir ve iade zamanaşımı 10 yıl olarak kararlaştırılır.

bd) Tasfiyenin satım sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu m.192,193,205 hükümlerine göre yapılabileceği

Bu görüşe göre, satım sözleşmesinde satılanın zaptı veya ayıplı olması üzerine satın alanın sözleşmeden dönmesini düzenleyen Borçlar Kanunu m.192,193,205 hükümleri, kıyasen bütün sözleşmeden dönme hallerine uygulanmalıdır. Yani bu kurallar, uygulandıkları ilişkiden soyutlanarak bütün signallagmatik sözleşmelerden dönülmesi üzerine uygulanacak genel nitelikli bir kural haline getirilmek istenmektedir⁶⁴¹.

Öz⁶⁴², bu görüşler içinde, diğer görüşleri eleştirerek, sözleşmeden dönme üzerine kurulmamış gibi olan borç ilişkisi uyarınca yapılan şeylerin kural olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre tasfiye edilmesi gerektiğini belirtir. Genel kanı da bu yöndedir. İadenin kapsamı konusunda sebepsiz zenginleşme hükümleri daha fazla açıklık taşımaktadır. Ayrıca özel hükümler kadar etraflı düzenlemeye sahip olduğunu belirtir.

⁶³⁸ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.162 vd.; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri s.209.

⁶³⁹ Serozan, Dönme, s.83.

⁶⁴⁰ Gautschi, Art. 375 N.3,9,10, naklen Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.229.

⁶⁴¹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.229.

⁶⁴² Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.229-231.

Sebepsiz zenginleşme ve dolayısıyla iade borcunun doğması için ilk şart, bir kimsenin malvarlığında zenginleşme, bununla bağlantılı olarak diğer bir kimsenin malvarlığında azalma meydana gelmesidir. Ancak bu bir tarafın malvarlığının çoğalması ile diğer tarafın malvarlığının azalması “haklı bir sebep olmaksızın” meydana gelmelidir. İnşaat sözleşmesi bakımından iade borcunun yasada hakim olan “hukuki sebebin ortadan kalkmasından” kaynaklandığından bahsedilir. Gerçekten de zamana yayılmasına rağmen ani edimli özellik içeren inşaat sözleşmelerinde tarafların inşaatın meydana gelmesi için birçok borçları vardır. Bunlar da yerine getirildikçe taraflar kazanımlar elde etmektedir. Fakat teslim gerçekleşmeden sözleşme feshedilirse, ifa süresi içinde verilenlerin sebebi ortadan kalktığından, bunlar, sebepsiz zenginleşme nedeniyle iade edilmelidir.

c) İade

ca) Aynen iade

İade de müktesebin yani kazanmış olan tarafın malvarlığına giren şeyin aynen iadesi mümkün oldukça bu şekilde geri verilmesidir. İade borçlusunun, elindeki şeyi kendinde tutup, değerini ödemek şartıyla tasfiyeye konu yapması ancak karşı tarafın kabulü ile olur. Ör: ayıplı inşaat sebebiyle sözleşmeden dönen iş sahibi, iadeden kaçınarak onun değerini para ile ödemeyi müteahhide dayatamaz. Ancak eğer aynı ilişkiden kaynaklanan karşılıklı iade talepleri varsa ve bunların birbirlerinden mahsup edilerek çıkan fazlalık kadar tek bir sebepsiz zenginleşme talebine hükmedilmesi gerektiğini savunan teori düşünülürse iş sahibinin inşaatı iade yerine bu inşaatın değerinin müteahhide verdiği bedelden fazla olan kısmını ödeyerek inşaatı elinde tutabilir⁶⁴³.

Sebepsiz zenginleşme borcunun ifası sadece iade ile sona ermemiş olabilir. Geri iade edilen şeyin sağladığı diğer zenginleşme unsurlarının da ayrıca parasal değer olarak iadesi gerekir. Aynen iade ile ona ek olarak para ile ödeme de bir arada bulunabilmektedir. İade kapsamı, iade borcu olan tarafın, iade anındaki malvarlığı durumu ile iktisabı yapmasaydı ki malvarlığı arasındaki gerçek olmayan durum arasındaki fark alınır⁶⁴⁴. İade borcu, iade alacaklısının malvarlığındaki azalmadan fazla

⁶⁴³ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.249.

⁶⁴⁴ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.250.

olamaz. Yine aynı mantıkla iade alacaklısının sebepsiz zenginleşme olmasaydı içinde bulunacağı durumdan daha karlı duruma getirilmesi düşünülemez⁶⁴⁵. Örnek olarak sözleşmeden döndükten sonra aynen iadesi mümkün olmayan ayıplı bir malı müteahhide iade eden iş sahibi, bu malın iş sahibinin zilyesinde bulunduğu zaman zarfında elde ettiği çıkarların da müteahhide iadesi gerekmektedir. Ancak tabii inşaat müteahhitte kalsaydı da o dönemde bu çıkarlar sağlanmayacaktı iddiasını ispat ederse iade düşünülemez.

cb) Para ile iade

İnşaatın aynen iadesi mümkün değil ise, bu kez iade mutlak şekilde bir miktar para verilmesi şeklinde olacaktır. Yapılacak olan işlem inşaatın doğrudan doğruya iş sahibinin malvarlığına kattığı değeri tespit etmektir. Karşılıklı tasfiye içeren ilişkilerde parasal değer belirlenirken, iktisabın gerçekleştiği andaki değerler gözönüne alınmalıdır⁶⁴⁶.

Fesih üzerine yapılan tasfiyede tarafların malvarlığında yaratılan, ancak, aynen iadesi mümkün olmayanları para ile istenebilir ise de bunların gerçekten karşı tarafın malvarlığında bir artışa sebep olması halinde talep edilir, aksi halde kalan şeyler onun malvarlığında bir değer yaratmıyorsa herhangi bir şey talep edilemez⁶⁴⁷. Eğer yapılan şey, o haliyle hiçbir işe yaramadığı gibi üzerinde çalışma yaparak, faaliyet göstererek tamamlama imkanı da zor gözükyorsa yani tamamen yok edip yeniden baştan yapmak gerekiyorsa, o haliyle kalması hiçbir anlam ifade etmiyorsa ortada bir zenginleşmeden söz edecek durum yok demektir.

İnşaat, iş sahibinin arsası üzerinde yapılıyorsa; artık inşaatın bütünleyici parçası olan kullanılan malzemenin mülkiyeti arsa malikinin yani iş sahibinin olmuştur. Malzeme iadesi ancak inşaat yıkılması ile malzemenin bütünleyici parça olmaktan çıkarılması sözkonusu olur ki zaten yıkmak her an düşünülebilecek bir çözüm yolu değildir. Hakim, yapılan kısmın değerini takdir edip bunu esas almanın yanında, olayın özelliklerini de gözönüne alarak hakkaniyet çerçevesi içerisinde tazminat miktarında hafif oynamalarla, sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygun bir belirleme yapar.

⁶⁴⁵ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.250.

⁶⁴⁶ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.251.

⁶⁴⁷ Yarg.15.HD. 09.02.2004 T. 3637 E. 538 K. (Karataş, s.372).

Para ile iade durumunun imkansız olduğu fakat inşaat sözleşmesinin belirli bir safhasını oluşturan birinci hali; eserin niteliği icabı maddi iadeye konu olamayacak türden olmasıdır. Buna örnek olarak boyama, süsleme, onarım işi gösterilebilir. Buradaki hesap, normal piyasa rayıçları gözönünde tutularak işçilik ücreti ve bunun yanında malzeme müteahhide ait ise, malzeme masraflarını kapsar. Bu tür eserler, inşaat gibi satılıp devredilebilir nitelikte değildir.

İktisap edilen şeyin aynen iade edilmesinin imkansız olduğu ve para ile iadenin gerçekleşeceği ikinci durum, aslında nitelik itibariyle aynen iadeye elverişli olmasına rağmen sonradan iade edilemez hale gelmesidir. Buna örnek olarak iş sahibinin iade etmesi gereken ayıplı inşaatı elden çıkarmış olma durumu böyledir. Sözleşmeden dönme halinde elden çıkarılan bir yapı karşılığı ekonomik bir çıkar elde edilmiş ise zenginleşmenin belirlenmesinde bu ekonomik çıkar “kaim değer” mantığıyla iade edilecek unsur olarak yer alır. Mesela iş sahibi ayıplı yapıyı satmış ise o satış parasını ya da sigortadan yapının telef olması üzerine alınan bedeli müteahhide vermek zorundadır.

Eğer iade konusu inşaat, iade borçlusunun elindeyken kısmen veya tamamen telef olmuş ve bu telef sonucu bir kazanç elde edilmemiş ise bu durumda iade ile yükümlü olan taraf kural olarak iyiniyetli ya da kötü niyetli olmasına bakılmaksızın iade borcundan muaf tutulacaktır⁶⁴⁸. Ancak iade bilinci altında olmasına rağmen kötüniyetli olarak inşaatı tahrip edip veya kendisinin alması gereken önlemleri almadığı için inşaat zayi olmuşsa ve ayrıca hiçbir geçerli gerekçe sunmadan iadedden kaçınmış ise, iade borcu sona ermez. Belirtelim ki; iş sahibi para yerine arsa payı ile anlaştığı inşaat sözleşmelerinde de, sözleşmeden dönme halinde bu iade şartları uygulanmaya devam edecektir.

d)Denkleştirme

Sebepsiz zenginleşmenin sınırları ve buna göre zenginleşen tarafın iade borcunun ne kadar olduğunu tespit edilirken, bu iktisabın yolaçtığı malvarlığı azalmalarının zenginleşme tutarından düşülmesi gerekmektedir⁶⁴⁹. Bu yöntem

⁶⁴⁸ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.252.

⁶⁴⁹ Pedermann, W, Die Haftungsbeschränkungen des Bereicherungsschuldners, Marburg,1956, s.50,51; Petersen, N., Der Umfang der Bereicherungshaftung im Deutschen und Französischen Recht, Kiel, 1969, s.117,118 naklen Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.253.

denkleştirme adı verilir. Bu yolla iade borçlusunun malvarlığında zenginleşmeye neden olan iktisap ile nedensellik ilişkisi içindeki malvarlığı azalmaları, iade borcunu bu oranda sınırlayacaktır. Bu sonuç, zenginleşme belirlenirken iktisaptan sonraki malvarlığı durumu ile iktisabı yapmasaydı ki malvarlığı arasındaki gerçek olmayan durum arasındaki farktan çıkar. Örneğin iş sahibinin iktisap etmek için yaptığı masrafları, sözleşmeden dönmesi üzerine oluşacak parasal iade borcundan indirilir.

e)İadenin yapılması

Müteahhidin inşaat sözleşmesinden doğan bedel alacağını tamamen veya kısmen elde etmiş olması ve inşaaata ilişkin olarak iş sahibine de bazı değerler kazandırmış olduğu aşamada, sözleşmeden dönülmesi üzerine, her iki taraf içinde sebepsiz zenginleşme gerçekleşmiş olacaktır. Bu durumda; iki ayrı talep ve karşılıklı ikili tasfiye ilişkisi ve zenginleşme düşüncesi ile iki tarafın malvarlığı oynamalarının aynı tasfiye ilişkisinden kaynaklandığından mahsup yapılarak tek bir zenginleşme olduğu düşüncesi savunulmuştur⁶⁵⁰.

Sözleşmeden dönme ile birlikte tarafların ellerindeki iade borçları doğar ve hemen talep edilebilir. Bu iade borçları sözleşme ilişkisinden değil sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmıştır. Zira amaç eski hale iadeyi sağlayacak bir tasfiyedir ve bu tasfiye işlevsel olarak iki tarafa da aynı neticeyi yaratmak için yüklenmiş borçların ifasıyla oluşur. Bu nedenle, iadelerin aynı anda yapılması gerekmektedir⁶⁵¹.

İnşaat sözleşmesinden dönülmesi üzerine, müteahhit iş sahibine karşı iade alacağını elde edinceye kadar aldığı bedeli geri vermekten kaçınabilir ve iş sahibi de verdiği bedel iade edilinceye kadar elindeki müteahhide vermeyi reddedebilir⁶⁵².

İade borcunun yapılacağı yer ile yapılış şekli konusunda, herhangi bir borcun ifasını yerine getiriyormuş gibi BK genel hükümlerinden Borçlar Kanunu m73'e atıf yaparak kolayca çözüme gidilmiştir. Emredici bir hüküm olmaması sebebiyle taraflar anlaşma yoluyla diledikleri yerde ve şekilde iadeyi düzenleyebilirler. İstisnai bir durum olan, müteahhidin paradan başka bir şey alması halinde, iade borcu, sözleşmeden dönme anında bu iade konusu şeyin bulunduğu yerdir.

⁶⁵⁰ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.254.

⁶⁵¹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.255.

İş sahibinin bir eşyasıyla bütünleyici parça oluşturan fakat sökülüp kaldırılması mümkün olan şeylerin, iade sırasında söküp kaldırma masraflarına gelince; eğer sökme ve kaldırma masrafları makul değerler içindeyse iş sahibi kendi yaparak müteahhide bildirerek talep edebilir. Bunun için müteahhide uygun bir süre verip o süre sonunda müteahhidin hareketsiz kalması gerekir⁶⁵³. Eğer müteahhit yapılan şeyi sökülüp kaldırmıyor, iş sahibi de bunu bizzat yapmaktan kaçınıyorsa artık bu durumda iadenin bu şeyin değeri hesaplanarak para ile yapılması gerekir⁶⁵⁴.

Konumuz itibariyle; iş sahibinin arsasında yapılan şey, taşınmaz bina inşası niteliğinde ise ve bu yapının eksik kalmış olması sebebiyle, iş sahibi, sözleşmeden dönme imkanına sahip olsa bile tasfiyenin haksız inşaat hükümlerine göre yapılmasını gerektiğini savunan Öz, iş sahibinin rızasıyla yapılmış şeyin sökülmesi ve kaldırılması durumunun olamayacağını sadece Medeni Kanun m.649 uyarınca müteahhide ödeme yapılması gerektiğini belirtir⁶⁵⁵.

Sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade talepleri, Borçlar Kanunu m.66 hükmünde belirtilen sürelerin dolması üzerine zamanaşımına uğramaktadır. Bu hükme göre, iade alacaklısı, talep hakkının bulunduğunu öğrendikten itibaren bir yıl, ve her halde bu hakkın doğumundan itibaren on yıl içinde bu hakkını ileri sürmezse bu hak zamanaşımına uğrar. Sözleşmeden dönme ile birlikte süre başlayacağından ve dönme ile birlikte taraflar, bunu öğrendikleri için on yıllık süreye yer olmadan bir yıllık süre uygulamada daha çok yer alır.

İş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda, müteahhit, kendi malzemesi ile başkasının arsasına inşaat yapan konumuna girdiğinden, iade talebiyle ilgili Medeni Kanun m.649 uyarınca tazminat isteme hakkı bir yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

Müteahhide inşaat bedeli olarak arsa payı verilen inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, arsa payı yani mülkiyet hakkı kendiliğinden geçmişe yürür şekilde geri döneceğinden⁶⁵⁶ yani bu iade talebi aynı bir hakka dayanacağından herhangi bir zamanaşımına tabi olmayacaktır⁶⁵⁷. Fakat bu şekilde zamanaşımından muaf bir şekilde iade talebini ileri süren iş sahibine karşı, bir yıllık zamanaşımı ile sınırlı olarak talep hakkı olan müteahhidin durumları dürüstlük kuralına

⁶⁵³ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.166.

⁶⁵⁴ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu s.166.

⁶⁵⁵ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.257.

⁶⁵⁶ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.258.

⁶⁵⁷ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.258.

aykırılık teşkil eder. Bu şekilde iş sahibinin zamanaşımı def'ine başvurması Medeni Kanun m.2 iştirakiyle önlenmelidir.

f)Üçüncü kişilerin durumu

Sözleşmeden dönülmesi üzerine, sözleşmenin tarafları kendilerinde kalacakları ümidiyle ellerinde bulundurdukları şeyleri sonra geri vermek zorunda kalmaları yüzünden sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişileri etkileyebilir.

fa)İade borçlusundan kazanılan aynı haklar

İade konusu şey üzerinde üçüncü bir kişi geçerli olarak aynı hak kazanabilir. Özellikle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden dönülmesi ile mülkiyet hakkı geri döner görüşü çerçevesinde değerlendirilirse değişik sonuçlar çıkabilir. Uygulamada da müteahhit genelde arsa payını üzerine geçirme işleminden sonra inşaata başlar. Daha sonra adına tescil edilen bu payları, henüz inşaat başında finansman sağlamak adına üçüncü kişilere satıp onların adlarına tescil ettirir.

Sözleşmeden dönme halinde ise; müteahhit adına yapılan tescil baştan itibaren geçersiz sayıldığından, üçüncü kişi her ne kadar malikten aynı hak iktisap etmişse de yolsuz tescil yolu ile malik olan birinden olduğu için üçüncü kişinin de tescili yolsuz olacağı söylenebilir. Ancak bu tür olaylarda Medeni Kanun m.1023 hükmü uygulanarak iktisabın geçerli sayılabilmesi sağlanabilir: Müteahhitten yani o dönülen sözleşme ile adına tescil yapılmış kişiden taşınmaz üzerinde aynı hak iktisap eden kimse, burada yolsuz tescile iyiniyetle güvenerek aynı hak iktisap etmiş sayılarak iktisabın geçerliliği gündeme gelir ve sakınca ortadan kalkmış olur. Medeni Kanun m.1023, bu aşamada görünüşe olan güveni devralan üçüncü kişinin ve iyiniyetini korur, çünkü iktisap anında, ilerde sözleşmeden dönülürse tasarruf yetkisi olmayan birinden iktisap yapıldığını bilmelerini beklemek güç olur⁶⁵⁸. Ancak kötüniyetli bir durum ispat edilirse bu hükümden yararlanılması söz konusu olmaz.

fb)İade borçlusuna karşı iktisap edilen kişisel haklar

İade konusu şeyle ilgili üçüncü kişinin iade borçlusundan iktisap ettiği ve iade talebi olan bu kişisel haklara ilişkin, üçüncü kişiler iade alacaklısın talebine karşı çıkamayacak ve herhangi bir hak ileri süremeyecektir. Yapılabilecek tek şey, iade

⁶⁵⁸ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.260.

meydana gelirse yalnızca kendi borçlusu olan müteahhide karşı, borca aykırılık hükümlerine göre bir tazminat talebi ileri sürerek uğradığı zararları tazmin edebilirler.

Bazı kişisel haklar şerh edilerek sıradan birer kişisel hak olmaktan çıkarak eşyaya bağlı bir borç ilişkisi yaratırlar ve artı bir etki kazanarak o taşınmazın sonraki her malikine karşı ileri sürülebilir. Konumuza uyarlandığında, inşaatın başında, iş sahibi tarafından müteahhit adına tescil edilen payla ilgili müteahhidin üçüncü kişilerle “taşınmaz satış vaadi” veya “kira sözleşmesi” yapması (veya şufa hakkının tanınması) ve bunun tapuya şerh edilmesi olarak karşımıza çıkar.

Dönme işlemi ile müteahhit taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkını geçmişe etkili olarak yitireceğinden tapu sicilindeki yolsuz tescile güvenerek yetkisiz kişiden iyiniyetle iktisap edilen kişisel hakların şerhi halinde nasıl bir sonuç çıkacağı hususunda görüşler mevcuttur. Eğer az önce (fa) bendinde zikrettiğimiz aynı haklara uygulanabilen ve iktisabın geçerli olduğu yolundaki Medeni Kanun m.1023 hükmü kıyas yapılırsa şerh, dönmeye rağmen geçerli sayılacak ve şerh edilen kişisel hak sahibini dönmenin sonuçlarından kurtaracak, ancak eğer tersi düşünce olaya uygulanırsa yani tapu siciline güvenle şerhin oluşumundaki sakatlık giderilemez görüşü; üçüncü kişi sadece sıradan bir kişisel hakka sahip olacağından sadece müteahhide karşı tazminat talebi işeri sürebilir. Bunların yanında Öz’e göre kişisel hakların sözleşmeden dönmeden etkilenmesinin engelleyici bir imkan da; kişisel hakkın kurulduğu sırada devredenini yani konumuzda iş sahibinin de bu olayda onayı varsa ve üçüncü kişinin bunu yapmasında güven ve garanti vermişcesine davranış sergilemiş ve teşvik etmiş ise bu özel durumda, sözleşmeden dönme sonrası bu hakkın kullanılması imkanını veren bir düşüncedir. Bu çözüm, Medeni Kanun m.2’deki dürüstlük kuralından ileri gelmektedir⁶⁵⁹.

fc)Alacağın temlik yoluyla iktisap edilen haklar

Müteahhit, inşaat sözleşmesi sonunda iş sahibinden olan alacak hakkını, üçüncü kişilere temlik etmesi durumunda, devamında iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine; sözleşmeden dönme ile borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağından; bu alacak hakları hiç doğmamış gibi olacak ve temlik işlemi de hükümsüz kalacaktır. Bu sebeple üçüncü kişiler bu temlik işlemine dayanarak iş

⁶⁵⁹ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.260.

sahibine karşı bir talep ileri süremeyeceklerdir. Temlik işleminin yapılma zamanı da geçerliliğini olumlu ya da olumsuz etkilemez.

fc)Üçüncü kişilerin iade borçlusuna koyduğu hacizler

Sözleşmeden dönme ile iade edilecek şey, iade borçlusunun mülkiyetinde iken üçüncü bir kişi müteahhitten olan alacağı için haciz yapması fakat hacizden sonra sözleşmeden dönme gerçekleştiğinde iade alacaklısının istihkak iddiaları ile su yüzüne çıkan problemler gündeme gelir. Müteahhidin borcu sebebiyle üçüncü kişi taşınmaz payını haczetse, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile geçmişe etkili olarak iş sahibine geri döneceğinden, iş sahibi yolsuz tescili düzeltirken bunu hacizden kurtarabilecektir. Ancak sözleşmeden dönmenin aynı hakka etki etmeyeceği düşüncesi hakim kılınırsa, üçüncü kişinin haczi geçerli olur ve iş sahibi sadece bu hacze katılabilir.

Öz'ün savunduğu görüşe göre⁶⁶⁰; taşınmazların haczinde iade alacaklısı olan iş sahibinin hacze iştirak yerine bunu hacizden kurtararak geri alabilmesinin imkanlar dahilinde olduğudur. İş sahibinin, müteahhide devrettiği taşınmaz payını tekrar geri alabilmesinin, iade borçlusunun herhangi bir borcundan dolayı alacaklısının bu malı sattırarak tahsil etmesi çok da korunmaya değer değildir, ayrıca sebebe bağlı aynı hakların sözleşmeden dönene bir ayrıcalık tanınması aykırılık teşkil etmemelidir. Sözleşmeden dönmenin tüm şartlarını ve gereklerini haczedilen taşınmaz payının paraya çevrilme anına kadar tamamlayan iş sahibi, payı hacizden kurtarabilir. Fakat dikkat edilmelidir ki; sahte, hileli, anlaşmalı dönme ile hacizden kurtulma yolları tespit edilirse her türlü yasal prosedür uygulanacaktır.

fd)Üçüncü kişilerin dönülen sözleşmenin borçları için verdiği teminatlar

İş sahibinin inşaat sözleşmesinden doğacak bir alacağını teminat almak için üçüncü kişilerin kefalet veya rehin vermesi hallerinde bazı irdelenmesi gereken hususlar vardır.

Kural olarak kefalet ve rehin gibi fer'i haklar, alacaklının ifaya olan çıkarını teminat altına alarak, müteahhidin bu borcunu ifa etmemesinden dolayı uğradığı olumlu zararı kefinden ister veya rehni paraya çevirir, ancak sözleşmeden dönme üzerine alacaklının ifaya olan çıkarını yani olumlu zararı değil sadece olumsuz zararı talep

⁶⁶⁰ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.263-264.

edebilecektir. Halbuki iş sahibi, sözleşmeden dönme yerine diğer seçimlik haklarından birini kullansa (ifadan vazgeçerek olumlu zarar tazmini) teminatları koruyabilecektir. O halde sözleşmeden dönen iş sahibi, bunu göze almaktadır⁶⁶¹. Yani genel sonuç; iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde kefilin borcunun da kendiliğinden ve geçmişe etkili olarak sona erecek, rehin verilmiş ise aynı şekilde hükümsüzleşecektir⁶⁶².

Hukukun cevaz verdiği takdirde ileride doğacak hakların önceden belirlenerek kefalet ve rehin altına alınmaları halinde; sözkonusu teminatlar açıkça olumsuz zararın tazmini için verilmiş ise⁶⁶³, böyle bir durumda sözleşmeden dönme sonrası kefile başvurmak veya rehinin paraya çevrilmesini istemek mümkün olur. Burada teminat, sözleşmeden doğan edim borcunun ifası ve buna ilişkin çıkar için değil, olası sözleşmeden dönme üzerine doğacak olumsuz zarar için verilmiştir.

g)Tazminatlar

Sözleşmenin dönüldüğünde karşımıza çıkan sonuçların en önemlilerin bir tanesi de sözleşmenin bu şekilde dönme ile sona ermesinden kaynaklanan zararlardan dolayı ileri sürülebilecek tazminat talebidir.

Çalışmamızda; zaten sona ermenin sonuçlarını incelerken tazminatlarla ilgili detayları da ilgili bölümlerde belirterek konuya değinmiştik. Bu belirttiğimiz tazminat türlerine bir de manevi tazminatı ekleyebiliriz. Manevi tazminat da genel olarak, müteahhidin borcunu ihlali iş sahibinin beden tamlığını zarara uğratmışsa Borçlar Kanunu m47'ye göre, eğer iş sahibinin kişilik haklarını zarara uğratmışsa Borçlar Kanunu m.49'a göre manevi tazminat talep edilebilir.

Tazminatın hesaplanmasında incelenecek bir husus da, sözleşmeden dönüldüğünde istenebilecek olan olumsuz zararın tespitinde hangi tarihi esas alınarak hesaplama yapılacağıdır. İsviçre öğreti ve uygulaması, sözleşmenin yapıldığı tarihteki değerlerin göz önüne alınması gerektiğini savunurken, aynı ekolden, dönme işlemini yapıldığı anı dikkate almak gerektiğini de söyleyenler de mevcuttur⁶⁶⁴. Türk

⁶⁶¹ Tandoğan s.495, Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.265.

⁶⁶² Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.265.

⁶⁶³ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.266.

⁶⁶⁴ Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.297

Mahkemeleri ise bazen tazminat talebinin yapıldığı anı⁶⁶⁵ bazen de zarara sebebiyet veren olayın gerçekleştiği anı esas alarak hesaplama yapar⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ Yarg. İBK 28.11.1956 T. 15 E. 15 K., Yarg. HGK 31.1.1979 T. 77/15 E. 79/68 K. (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.297).

⁶⁶⁶ Yargıtay 4.HD 19.11.1979 T.10740 E. 12706 K., Yargıtay 4.HD 23.12.1982 T.7190 E. 11637 K. (Öz, İş Sahibinin Dönmesi, s.297).

SONUÇ

Yapılan bu çalışmamızda, istisna sözleşmesi ışığında, inşaat sözleşmelerine göz atarak, baştan sona el aldık. Hangi hallerde sona erdiğini gördük ve neticelerinde hangi durumlarla kalabileceğimiz gördük. Gerçekten bir hukukçunun kolaylıkla en azından aklındaki karabulutları çözüp önündeki meseleye odaklanabilmesi için iyi bir yol gösterici olabileceği düşüncesindeyim.

Gayet geniş bir kavram dizini kapsayan çalışmamızda, bu genişlik yani kapsamın yoğunluğu, çalışmanın uzun olmasını sağlamasının yanında, hukukçu olmayan her okuyucunun da bir takım şeyler çıkarabileceği görüşündeyim.

Sona erme sebeplerini incelediğimizde kanunkoyucunun inşaat sözleşmesinin yalnızca bir tarafını koruyucu rol üstlenmediği, yeri ve zamanı geldiğinde her iki tarafında hakkaniyetin elverdiği ölçüde inşaat sözleşmesini sona erdirip, hukuken ve ekonomik olarak mağdur duruma düşmesini engellediğine şahit olduk. Bu durum, inşaat sözleşmesinde herhangi bir tarafın güçlü olmadığını, yada kontrolünde sevk edilmediğini, hukukun icap ettiği misyonları yerine getirmeyen tarafın bunun sonuçlarına katlanacağını gösterir.

KAYNAKÇA

- **Aral, Fahrettin**, Özel Borç İlişkileri, Yetkin 7.bası, Ankara 2007.
- **Altaş, Hüseyin**, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, BK.m.368, Ankara 2002.
- **Baygın, Cem**, Türk Hukuku'na Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.
- **Bilge, Necip**, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- **Bozer, Ali**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2. Bası, Ankara 2007.
- **Buz, Vedat**, Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme, Yetkin, Ankara 1998.
- **Buz, Vedat**, İş Sahibinin BK.m.369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, Batıder 2000, 21.Cilt,2.sayı, s.210, Hukukçular için Ortak Seminer (18-29 Mart 1996) , Ankara 1996 (Buz, V. Fesih).
- **Buz, Vedat**, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/462/5256.pdf>) (V. Buz, Müteahhidin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması).
- **Ciğirim, Erdin**, Yüksek Lisans Tezi (Danışman; Hatemi), Götürü Bedelli İstisna Sözleşmesinde Ortaya Çıkan Olağanüstü Haller ve Sonuçları BK.m.365/2, İstanbul 1996.
- **Dayındarlı, Kemal**, İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara, 1986.
- **Dayındarlı, Kemal**, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara 2003.
- **Dirican, Gökhan**, Eser Sözleşmelerinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulamaları, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2007.
- **Duman, İlker Hasan**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Legal Yayınları, İstanbul 2006.
- **Dura, A.Suat**, H.Becker'in Çevirisi, İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, İstanbul 1993.

- **Eren, Faruk**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, BATİDER, C. XIX, S. 4, Ankara Aralık 1998.
- **Eren, Fikret**, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer (18-29 Mart 1996) , Ankara 1996.
- **Eren, Fikret**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 8. Bası, İstanbul 2003.
- **Ergezen, Muaz**, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007.
- **Erman, Hasan**, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.m.365/2), İstanbul 1979 (Hasan E, Beklenilmeyen haller).
- **Erman, Hasan**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 1993 (Erman H., Arsa Payı Karşılığı).
- **Gökyayla, Emre**, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Y.1, S. 1, İstanbul 2002.
- **Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Hukuku – Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- **Karahasan M.R.**, İnşaat, İmar İhale Hukuku, Doktrin, Yargıtay, C.1, Beta, Ankara 1997.
- **Karahasan M.R.**, Türk Borçlar Kanunu Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Öğreti, Yargıtay ile İlgili Mevzuat, Beta, 2002.
- **Kaplan, İbrahim**, Türk İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983.
- **Karataş, İzzet**, Eser (İnşaat) Sözleşmeleri, Ankara 2004
- **Kartal, Bilal** (1993) Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara: Matsa Yayınları
- **Kocaağa, Köksal**, Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK.m.358/2 Uyarınca Sahip Olduğu Haklar.
- **Kostakoğlu, Cengiz**, İçtihatlı İnşaat Hukuku, Kat Karşılığı Sözleşmeler 5.Bası, Beta, İstanbul 2006.

- **Olgaç, Senai**, Hukuk Davalarında İstisna Akdi, Olgaç Matbası, Ankara 1977.
- **Oğuzman, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul 2000.
- **Öz, M.Turgut**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Öz, İş Sahibinin Dönmesi).
- **Öz, M.Turgut**, İnşaat Sözleşmesi Ve İlgili Mevzuat, Yamaner, İstanbul 2007. (Öz, İnşaat Sözleşmesi)
- **Özyörük, Sezer** İnşaat Sözleşmesi Yapısı ve Feshi, BK.m.371, Feshin Sonuçları, İstanbul 1988.
- **Schwarz A.B.**, Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle fesih (Davran B., çevirisi) Ebulüa Mardin'e Armağan, İstanbul, 1943.
- **Seliçi, Özer**, Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi İstanbul, 1976.
- **Seliçi, Özer**, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978
- **Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul 2007.
- **Sungurbey, İsmet**, Medeni Hukuk Sorunları, C.IV, İstanbul: Fakülteler Matbaası (1980).
- **Tandoğan, Haluk** Özel Borç İlişkileri, II. Cilt, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1987.
- **Tunçomağ, Kenan**, Borçlar Hukuku Cilt 2, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1977
- **Uçar, Ayhan**, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.
- **Uygur Turgut**, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku Eser ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Cilt: 1, Adil Yayınevi, Ankara 1997.
- **Yavuz, Cevdet**, Özel Borç İlişkileri, Yenilenmiş 7.bası, İstanbul 2007.
- **Zevkliler, Aydın, Havutçu, Ayşe**, Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara 2007.