

İlker Hasan DUMAN
Avukat

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ UYGULAMASINDA KUSURUN ÖNEMİ

- YÜKLENİCİNİN DİRENİMİNDE (TEMERRÜDÜNDE) KUSUR
- SAHİBİNİN TAMAMLANMIŞ ESERİ KABUL ETMEMESİ
- CEZA KOŞULUNDA KUSUR
- İNŞAAT (İŞ) KAZALARINDA KUSUR
- OLUMLU ZARARDA KUSUR
- OLUMSUZ ZARARDA KUSUR
- KAR KAYBINDA KUSUR

2013



İSTANBUL BAROSU
YAYINLARI

1.
BASKI

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ UYGULAMASINDA
KUSURUN ÖNEMİ





İlker Hasan DUMAN
Avukat

İNŞAAT SÖZLEŞMELERİ UYGULAMASINDA KUSURUN ÖNEMİ

- YÜKLENİCİNİN DİRENİMİNDE (TEMERRÜDÜNDE) KUSUR
- SAHİBİNİN TAMAMLANMIŞ ESERİ KABUL ETMEMESİ
- CEZA KOŞULUNDA KUSUR
- İNŞAAT (İŞ) KAZALARINDA KUSUR
- OLUMLU ZARARDA KUSUR
- OLUMSUZ ZARARDA KUSUR
- KAR KAYBINDA KUSUR

2013



**İSTANBUL BAROSU
YAYINLARI**

Genel Yayın Sıra No: 230
2013/11

Yayıncı Sertifika No: 12457

ISBN: 978-605-5316-61-7

Yazar

Av. İlker Hasan Duman

Kitabın Adı

İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında
Kusurun Önemi

Yayın Sahibinin Adı

İstanbul Barosu Yayınları
İstiklal Caddesi Orhan Adli Apaydın Sokak
1. Baro Han Beyoğlu / İstanbul
Tel: 0216 427 37 22 (pbx) Faks: 0216 427 05 49
www.istanbulbarosu.org.tr

Sayfa Düzenleme

Ege Basım

Baskı

Ege Reklam Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.
Esatpaşa Mh. Ziyapaşa Cd. No:4
34704 - Ataşehir / İSTANBUL
Tel: 0216 470 44 70 Faks: 0216 472 84 05
www.egebasim.com.tr

Birinci Baskı

İstanbul, Kasım 2013

BU ÇALIŞMAYI

**Türkiye Cumhuriyetini kuranlara
kanat gerenlere
devletin ulusu ve ülkesiyle bölünmez bütünlüğünü savunanlara
Türkçeyi zenginleştirenlere
yurtta ve dünyada barış isteyenlere
geleceğe koşarken köklerinden kopmayanlara
ulusun refah, huzur ve kalkınması için çalışanlara
bilgiye önem verenlere
toplumundan ve çağından sorumluluk duyanlara
bilime, eğitime, kültüre yatırım yapanlara
insanların sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına saygı gösterenlere
ulusal egemenliği devlet ve toplum hayatının temeli yapanlara
namus, ahlak ve erdem sahiplerine
gücünü bilimden, adaletten, ulustan ve tarihten alanlara
demokrasiyi cumhuriyetle kaynaştıranlara
aydınlığa koşanlara
rejimi insan hakları üzerine bina edenlere
demokratik siyasal yaşamı geliştirenlere
en doğru yol göstericinin bilim olduğunu benimseyenlere
devletin aklın ürünü yasalarla yönetilmesini isteyenlere
her türlü haksızlık ve keyfilikten kaçınanlara
“Gazi Meclis”in onurunu gözetenlere
eşitlikten ve adaletten ayrılmayanlara
her türlü imtiyazı reddedenlere
çağdaş uygarlık yolunda yürüyenlere
ulusun ak günlerine sevinenlere, kara günlerine üzülenlere
ulusal çıkarları öncelikli ve üstün kılanlara
üretenlere ve adaletli paylaşanlara
çıkar ve geleceğini hukuk düzeni içinde arayanlara**

İTHAF EDİYORUM



ÖNSÖZ

Bu çalışmada, inşaat sözleşmeleri uygulamasında (sorumluluk doğuran) bir sorun ortaya çıktığında, bunda kusurun ne kadar, ne zaman, nerede, neden, nasıl önemli ve etkili olduğu incelenmiştir.

Sözleşmecilerin sözleşmeyi ihlal etmelerinden doğan “akdi sorumluluğun” sadece bir bölümü incelenmiştir. Şöyle ki, arsanın, kullanılan malzemenin, projenin kusurlu (bozuk, ayıp) olması, incelememizin dışında kalmıştır. Bizim incelememizde, sözleşmenin ihlalinden doğan sorumluluk temel alındığından, ihlalin sonuçlarının nasıl giderileceği ve bundan kimin (hangi koşullarda) sorumlu olacağı konusu öne çıkarılmıştır. Sözleşmecilerin sözleşmeyi nasıl ve neden ihlal ettikleri, bu ihlalden ta-rafların sorumlu olup olmayacakları, sorumluluk koşulları içinde yer alan kusurun varlığı ve ispatı önem arzemektedir.

Sorumluluk koşulu olan (borca aykırılık), (zararın meydana gelmesi) ve (zarar ile borca aykırılık arasında nedensellik bağı bulunması) gibi sorunlar incelememizin temelini oluşturmamıştır. Dolayısıyla, sözleşme ihlal edildiğinde ne tür zararların meydana geleceği ve bunların nasıl hesaplanacağı gibi konular incelenmemiştir; inceleme sadece sorumluluk koşulu kapsamında yer alan (kusur)la sınırlandırılmıştır.

Kusur ancak hukuk düzeni ihlal edildiği zaman söz konusu olur. Zarar verici her eylem veya işlem kusur oluşturmaz. Örneğin sezgin olmayan kişinin, ancak hakkaniyet ölçülerinin gerekli kaldığı durumlarda, yargıcın, zarara neden olan sezgin olmayan kişiye, kısmen veya tamamen tazminat ödemeye karar verebilir. Hukuka aykırılık gibi, kusur da, özensiz bir davranış biçimidir. Alacaklı, borçlunun eylemlerini açıklayıp kanıtlayacak, yargıç da, olayların akışından, ifanın gerçekleşmediğine karar verecektir. Alacaklı, borçlunun eylemlerini veya bir eylemi yerine getirmekten çekinmesini, kusurun belirlenmesine yararlı olacağı kanısı ile ileri sürdüğünde, kanıtlamak durumundadır. Oysa TBK. md. 112, borçlunun, hiçbir kusuru bulunmadığını kanıtlamasına değinerek, kanıtlama külfetinde farklı bir yol izlemiştir. Bu yüzden, borçlu edimini sözleşmeye uygun biçimde yerine getirmede akdi

kusurun var sayıldığı kabul edilmektedir. Borçlu kusursuzluğunu, hukukun temel ilkelerine göre kanıtlayacaktır.

İnceleme, sayılı ve sınırlı olmamak kaydıyla, örneklerle yapılmıştır.

Bu konunun ilk kez (bağımsız bir çalışma olarak) incelenmesi nedeniyle, Yargıtay uygulamasına geniş yer verme zorunluluğu duyulmuştur.

Bilime ve eğitime yapılan çalışmaların denize atılan para sayıldığı ülkemizde, İstanbul Barosu, avukatların bilimsel ve mesleki çalışmalarını yayınlama ve değerlendirme konusunda her zaman anlayışlı davranmıştır; bize de bu anlayışı göstermiştir. İstanbul Barosu Genel Sekreteri Av. Hüseyin Özbek konuyu ilk açtığımda büyük bir memnuniyetle karşılamış ve yönetim kurulunun bilgi ve onayına sunmuştur. Yönetim kurulu da söz konusu olumlu anlayış ve duyarlılığı paylaşmıştır. Bu nedenle İstanbul Barosunun başkan, yönetici ve yönetim kurulu üyelerine şükranlarımı sunuyorum.

Saat 20.00'den sonra sabah uzanan (ucu açık) zaman tünelinde... Kendisine ayırmam gereken zamanda... Çalışmama tahammül ettiği için... Uygun ortam sağlayıp desteklediği için... Zaman zaman düzeltimleri yaptığı için... Öncelikle eşim Hatice'ye şükranlarımı sunuyorum.

Yararlı olması dileğiyle...

*16.11.2013-Kartal
Av. İlker Hasan Duman*

Yazarla iletişim:
Kızılay Bulvarı 16/1 Kartal-İstanbul
Gsm:0532 263 20 58
Tlf-Faks: 0216 353 64 02
avilkerduman@gmail.com
www.ilkerduman.av.tr

İÇİNDEKİLER

Giriş: İnşaat Hukuku Sorunlarında “Kusur Niçin”, “Ne Kadar”, “Ne Zaman”ve “Nerede” Önemlidir?	13
§ 1. Ceza Mahkemesi Kararının Hukuk Mahkemesini Bağlaması	20
I-) Genel Olarak	20
§ 2. Borcun Yerine Getirilmemesinden Doğan Zararda Borçlunun Sorumluluğu	37
§ 3. Sorumluluk İçin Kusurun Derecesi	54
§ 4. Sözleşme İle Sorumluluktan Kurtulma	70
§ 5. Yardımcı Kişilerin Eylemlerinden Sorumlulukta Kusurun Önemi	84
§ 6. Borçlu Direniminde Kusurun Önemi	92
§ 7. Olumlu Zararın Koşulu Olarak Kusur	102
§ 8. Kâr Yoksunluğunda Kusurun Önemi.....	106
§ 9. Olumsuz Zararın Koşulu Olarak Kusur.....	108
§ 10. Aşkın Zararda Kusurun Önemi	121
§ 11. Ceza Koşulunda Kusurun Önemi	135
§ 12. Ceza Koşulunu Aşan Zararda Kusurun Önemi.....	138
§ 13. İşe Başlamada Ve Tempoda Gecikmede Kusurun Önemi	141
§ 14. Eserin (İnşaatın) Bozuk Yapılmasında Ayrıca Tazminat İstemenin Koşulu Olarak Kusur.....	166
§ 15. Yüklenicinin Haklı Mazeretleri Nedeniyle İnşaata Devam Edememesi Veya Tamamlayamamasında Kusurun Önemi	171
§ 16. Özen Eksikliğinin Kusurla İlişkisi	187
§ 17. Bozulan Sözleşmenin Tasfiyesinde Kusurun Önemi	220
§ 18. İş Sahibinin Eseri (İnşaatı) Kabul Etmemesi	238
§ 19. Eserin Yokolmasında Kusur	247
§ 22. İş Sahibi Yüzünden İfanın Olanaksızlaşması	255
§ 21. Yapı Denetim Kuruluşunun Kusuru	267

§ 22. İş Güvenliği (İş Kazası) Uygulamasında Kusur	271
§ 23. Kusurun İspatı	288
Sonuç	292
Kaynakça.....	294

KISALTMALAR

- DİK** : Devlet İhale Kanunu
Dn. : Dipnot
HD : Yargıtay Hukuk Dairesi
HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK : İcra ve İflas Kanunu
KMK : Kat Mülkiyeti Kanunu
KİK : Kamu İhale Kanunu
KİSK : Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
TBK : Türk Borçlar Kanunu
TMK : Türk Medeni Kanunu
TTK : Türk Ticaret Kanunu
Örn. : Örneğin
S. : Sayı
Sf. : Sayfa
Vd. : Ve devamı
YİGŞ : Yapım İşleri Genel Şartnamesi



GİRİŞ: İNŞAAT HUKUKU SORUNLARINDA “KUSUR NİÇİN”, “NE KADAR”, “NE ZAMAN” VE “NEREDE” ÖNEMLİDİR?

Eser sözleşmesi taraflara haklar ve borçlar yükleyen bir işgörmeye sözleşmesidir. Bu sözleşmede, yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallar ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de eserin bedelini ödemekle yükümlüdür. Yüklenici, eseri teslim aşamasına kadar, eksik ve kusurlu işlerden sorumludur. Teslimden sonraki dönemde ise, garanti sorumluluğu gündeme gelir¹.

Anlaşma irade ve karşılıklı taahhütler sözleşmenin sonuna kadar var olacaktır. Sözleşmecilerden birinin edimini yerine getirmemek, izin ve onay almadan yükümlülüklerini (sözleşmeyi) üçüncü kişiye devretmek, eseri yıkımı gerektirecek veya kabule zorlanamayacak ölçüde bozuk/kusurlu meydana getirmek, aykırılık nedeniyle kamu makamlarınca yıkım kararı vermek, iflas etmek ve benzeri eylemleri öbür sözleşmecinin güvenini sarsar; bu durumda güveni sarsılan bir sözleşmecinin öbür sözleşmeci ile arasında var olan sözleşme ilişkisini sona erdirmeye hakkı bulunmaktadır.

Edimi yerine getirme, borcu sona erdiren nedenlerdendir. "İfa", borç ilişkisinde borçlunun, yüklendiği "edim"i, kaynağındaki ve yasadaki esaslara uygun olarak yerine getirmesidir. İfanın konusu borç ilişkisinin konusundan, yani edimden başka bir şey değildir. Kural olarak alacaklı kendisine verilmesi (veya yapılması) gereken şeyden başka bir şey isteyemez, verilmek istenen başka şeyi de kabule zorlanamaz. Borcun ödeme (ifa) olanağı olduğu sürece borçlu borcunu yerine getirmekten kaçınıyorsa alacaklı onu ifaya zorlayabilir.

Borcun yerine getirilmemesi ise, borçlunun sözleşmenin kendisine yüklediği ifa yüküne karşı bir davranış içinde olmasını anlatır. Bu durumda borçlu ya borcu yerine getirme olanağını kendi kusuru sonucu kaybetmiştir, ya borcu yerine getirme olanağında sahip olduğu halde haklı bir neden bulunmaksızın, yerine getirmekten tümüyle kaçınmak-

1 15. HD. 23.1.2006, 7623/166; HGK. 18.11.2009, 459/541.

tadır veya yerine getirmiştir ama bu ödeme eksiktir, bozuktur ya da borçlu yerine getirmede kusurlu olarak gecikmiştir. Kural olarak borcun yerine getirilmemesi borçlunun sorumluluğu sonucunu meydana getirir ve borcun yerine getirilmemesinde borçlu "kusurlu" kabul edilir.

Borçlu bu sorumluluktan ancak kendisine bir kusur kanıtlarsa kurtulabilir. Tazminatın nedeni borçlunun taahhüdünü ihlal etmesidir. Borçlunun taahhüdü genellikle bir sözleşmeye dayanır. Onun için buna (akdi tazminat), borçlunun sorumluluğuna da (akdi sorumluluk) denilmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, edimin yerine getirilmesiyle borcun sona ermesi aynı anda gerçekleşir; alacaklı da, bu anda, ifaya ilişkin çıkarına kavuşur². Sürekli bir borç ilişkisi doğurmaz. Yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcunun yerine getirilmesi zaman içinde devam eden bir ifaya yönelik olmayıp, yerine getirme ile (teslimle) sona erer. İş sahibinin ifa ile gözettiği çıkarı, eserin teslimi ile gerçekleşir. Eser sözleşmesini, yüklenici bakımından kurulması ile yerine getirilmesi arasında belirli bir süre geçti diye sürekli borç ilişkisi sayamayız. Bunlar yüklenicinin ifa için yaptığı hazırlık çalışmaları olarak kabul edilmelidir³. Başka bir anlatımla, yüklenicinin edim yükümü, belirli veya belirsiz zaman boyunca sürekli olarak yerine getirilmesi gereken bir borç niteliği taşımaz. Meydana getirilecek eser borcunun başlangıçta kesin olarak belli olmadığı ve zamana yayılmış olarak, ard arda teslimi gereken eser sözleşmeleri ise sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler olarak kabul edilebilir⁴.

25.1.1984 gün ve 3-1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, eser sözleşmeleri “geçici-sürekli karmaşığı” olarak nitelendirilmiştir:

- 2 Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1985: “Ani edimler, borçlunun zaman içinde bir tek hareketini gerektiren, onun tarafından bir defada yerine getirilen edimlerdir. Sürekli edimler ise, borçlunun zaman içinde devamlı, aralıksız bir davranışını gerektiren edimlerdir.”
- 3 Tandoğan, II, 59-60.
- 4 Altaş, Hüseyin, Eserin Tesliminden Önce Telef Olması (BK. md. 368), Yetkin Yayınları, Ankara- 2002, sf. 50.

“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 süresi içinde yapılmış 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. İnşaat sözleşmeleri “geçici sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır. Türk Borçlar Kanunu’nun 123-125. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin bozulması durumunda, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kuralla karşılaşılmaktadır. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır? Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle bozulması durumunda bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonuç doğuracaktır? 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 bir kısmi ifasının karşılığı yalnızca 123-125. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi normal durumlarda sağlayamayacağı bir imkâna (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve yüklenici 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 (TBK. md. 114/II, 51). Görülmektedir ki, 123-125. maddeler tüm olaylara aynen uygulanırsa, bazı ayıksız durumlarda "hakki şekle mahkûm edecek derecede" adalete aykırı sonuçlara neden olabilmekte ve bu kanun hükümleri tatminkâr olmaktan uzak kalabilmektedir”.

Bir inşaat sözleşmesinde sözleşmecilerden biri, borçlanmış olduğu edimi hiç veya gereği gibi ya da vaktinde yerine getirmese, barca

aykırı davranmış ve sözleşmeyi ihlal etmiş olur. Bundan aykırı davranan sözleşmeciy için sorumluluk doğacaktır. Sorumluluğun doğabilmesi için, bir zararın meydana gelmesi, sözleşmenin ihlaliyle zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve sözleşmecinin sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmesi gerekir.

Sözleşmenin ihlalinden alacaklı aleyhine bir zarar doğmalıdır. Zarar, sözleşmenin ihlali sonunda alacaklının hukukça korunan değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Bu zarar maddi olabileceği gibi, manevi de olabilir. Maddi zarar⁵, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere ikiye ayrılır. Fiili zarar ya malvarlığının aktif kısmında gerçek bir azalmanın meydana gelmesiyle ya da pasifteki borçların artmasıyla gerçekleşir. Yoksun kalınan kâr ise, borca aykırı davranmış olmasaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği artışı anlatır⁶.

Borçlu direnime düşmüş ise, zararın hesap edileceği tarih, direnimin gerçekleştiği veya verilen ek sürenin geçtiği tarihtir.

Sözleşmenin ihlali (olanaksızlık, direnim, gereği gibi yerine getirmeme) ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Böylece sözleşmenin ihlali, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye niteliği bakımından elverişli olmalıdır.

Borçlu, sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmelidir. İşte, bu çalışmanın konusu olan “kusur”, bu kusurdur.

5 Maddi zararın unsurları: 1) Yerine getirilmeyen edimin değeri (sonraki olanaksızlıkta borçlanılan edim, yok olduğu veya kaybolduğu ve dolayısıyla bunun aynen yerine getirilmesi olanacağı bulunmuyor ise edimin değeri istenebilir). 2) Masraflar (Noter giderleri, faiz giderleri, malın teslimini boş yere beklemekle geçirilen ve bu sırada harcanan paralar, alacaklının ifa mahallinde malı teslim almak bu nedenle orada hazır bulunmak için yaptığı seyahat giderleri). 3) Olumlu zarar (Edim borçlu tarafından tam ve gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği durumla, halihazırda gösterdiği durum arasındaki farktır. Olumlu zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşmaktadır). 4) Olumsuz zarar (Sözleşmenin kurulmamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Burada sözleşme kurulduğuna veya geçerli olarak kurulmuş bulunduğu duyulan güven boşa çıkmıştır).

6 Eren, III, 219-225; Aral, 166; Oğuzman 281 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 1141 vd.; Tunçomağ, 806 vd.; Oğuzman, 280 vd.; Kılıçoğlu, 636 vd.

Sözleşmenin ihlalinden doğan sorumlulukta kusur, borçlunun mensup olduğu sosyal ve mesleki çevrede yaşayan standart ve normal borçlu tipinin davranışından sapan, hukuk düzeninin kınadığı, onaylamadığı bir davranış biçimidir. Bu anlamda kusur, borçlunun örnek borçlu tipine oranla özen eksikliği, davranış yanlışlığıdır. Benzer işlerde benzer kişiler tarafından gösterilmesi gerekli özeni göstermeyen borçlu ilke olarak kusurludur. Makul ve dürüst bir borçlunun benzer işlerde göstereceği özene bakılır. Borçlunun göstermesi gereken özenin derecesi, yüklenmiş olduğu borcun nitelik, kapsam ve içeriğine, mensup olduğu sosyal ve mesleki çevredeki makul ve dürüst, orta düzeydeki objektif bir borçlu tipinin bu tür ilişkilerde göstereceği özenin derecesine göre belirlenir. Objektif borçlu tipinin farazi davranışından sapan her davranışı, özensiz ve kusurlu bir davranıştır. Ancak bazı durumlarda, borçlunun bilgi ve yetenekleri, objektif tipin bilgi ve yeteneklerinden daha üstün olduğu takdirde, borçlunun bilgi ve yetenekleri esas alınır. Öte yandan, alacaklı kimi durumlarda sözleşme yaptığı sırada borçlunun sahip olduğu bilgi ve yeteneklerin tamamını veya bir kısmını bilebiliyorsa, borçlunun göstereceği özenin derecesi, alacaklının sahip olduğu bu bilgiler göz önünde tutularak saptanacaktır. Ayrıca, borçlunun göstereceği özenin derecesi, her sözleşme ilişkisinin ve somut olayın özellikleri, dürüstlük kuralı, iş çevrelerindeki görüşler göz önünde tutularak belirlenmelidir⁷.

Borçlu, kişisel yeteneksizlik, bilgisizlik, yaşlılık, dalgınlık ve yorgunluğunu, karakter zaafını, zekâ düzeyini, hastalık veya benzer durumlarını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Buna karşılık alacaklı, borçlunun kişisel ve mesleki durum ve düzeyini ve özellikle bu konudaki eksikliklerini bilerek ve bunları kabul ederek sözleşme yapmışsa, bunlar mazeret sayılabilir; borçlu bunları ileri sürerek kısmen veya tamamen sorumluluktan kurtulabilir⁸.

Akdi sorumlulukta kusurun türü ve derecesi büyük bir önem ar-

7 Tunçomağ, 809; Eren, III, 231-232; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 1170.

8 Eren, III, 232.; Kılıçoğlu, 304 vd. ve 640.

zetmez. Borçlu, ilke olarak her türlü kusurundan sorumludur (TBK. md. 114). Borçlunun sorumluluğunun doğması için en hafif kusur dahi yeterlidir. Borçlunun kusurunun hafifliği, tazminattan indirim nedeni olarak değer taşır. Ayrıca sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde işin özel niteliği de rol oynar. Örneğin, iş borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif takdir olunur.

Borçlunun sorumlu olması için sezgin (mümeyyiz) olması gerekir.

Akdi sorumlulukta kusur, kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Kasıt, borçlunun sözleşmeden doğan yükümlülüklerini bilerek, isteyerek ihlal etmesidir. İhmal ise, sözleşmenin ihlalini istememekle birlikte, bunu önlemek için kendisiyle aynı meslek çevresinde bulunan kişilerden aynı koşullar altında göstermesi istenilen dikkat ve özeni göstermemesidir. İhmal, hafif ve ağır olmak üzere ikiye ayrılır⁹.

Olanaksızlık sadece sözleşmenin tarafları için değil, aynı sözleşmeyi yapacak olan herkes için söz konusu ise buna “nesnel olanaksızlık”, yalnız sözleşmenin taraflardan birinin tutumundan doğmuşsa buna da “öznel olanaksızlık” denilmektedir. Olanaksızlık sözleşmeden sonra ve taraflardan birinin kusurundan kaynaklanmışsa buna “kusurlu olanaksızlık”, tarafların kusuru olmadan meydana gelmişse “kusursuz olanaksızlık” denilmektedir. Olanaksızlık borcu sona erdiren bir nedendir. Ancak olanaksızlığın meydana gelmesinde borçlunun kusuru var ise, bunun sonuçlarından borçlu sorumludur¹⁰.

9 Aral, 181; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 1170; Oğuzman, 287; Eren, III, 229-230.

10 15. HD. 17.2.1994, 3539/830: “Taraflar arasındaki 11.8.1988 tarihli noterlikçe resen düzenlenen kat karşılığı inşaat ve satış vaadi sözleşmesi geçerli olup fesih de edilmediğinden tarafları bağlar. Taraflardan her birisi sözleşmesinin ifasını isteyebilir. Davacı yüklenici, 5.3.1990 tarihli ihtamame ile; davalı arsa sahibinden edimlerini yerine getirmesini, yani 10 parsel üzerindeki binayı inşaatla başlamak üzere kendisine teslim etmesini, bu yerin imar çapı ve imar durumunun alınması için gerekli makam ve mercilere başvuruda bulunmasını, tapunun 50/100 hissesinin adına tescilini isteyerek üç günlük süre vermiş ve bu süre içinde davalının edimlerini yerine getirmediğinden bahisle bu tescil davasını açmıştır. Davalı, yirmi ay beklediği halde davacının herhangi bir işlem yapmadığını, Yüksek Anıtlar Kurulu’ndan bir yanıt alınmadığını, imar planının henüz hazırlanmadığını, bu konuların açıklığa kavuşması gerektiğini bildirerek davanın reddini dilemiştir. Taraflar arasındaki sözleşmeye göre, davalıya ait 10 no.lu parsel üzerine davacı tarafından bir bodrum, bir zemin ve üç normal kat yapılması, iki normal katın davalı arsa sahibine verilmesi koşulu ile arsanın 50/100 hissesinin davacı adına tapuya tescili öngörülmüştür.

YARGI KARARLARI

İş sahibinin sözleşme kurallarına göre bedelden sorumlu tutulabilmesi için taraflar arasında geçerli olarak yapılmış bir sözleşmenin var olması gerekir. Davalı iş sahibi üniversite olup, keşif icmalini imzalayan, Yapı İşleri ve Teknik Daire Başkanlığında görevli mühendis sözleşme yapmaya yetkili değildir. O durumda mahkemece yapılan işin bedeli “vekâletsiz iş görme” kurallarına göre yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan alınacak rapor ile işin yapıldığı yıl mahalli rayiçlerine ve işteki kusurlar da dikkate alınarak saptanarak hüküm altına alınmalı, alacak bu biçimde yapılacak yargılama ile saptanmış olacağından icra inkâr tazminatı istemi reddedilmelidir (15. HD. 16.2.2007, 404/975).

Bu sözleşme tapuya şerh edilmiştir. Binanın temel üstü ruhsatından itibaren yirmi ay içinde bitirilmesi ve gerekli her türlü işlemlerin masrafinin davacı yükleniciye ait olacağı kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin tümü incelendiğinde, yüklenicinin ancak inşaatı yapıp bitirdikten ve davalıya düşecek katları teslim ettikten sonra 50/100 hissenin tesciline hak kazanacağı anlaşılmaktadır. Davacı yüklenicinin haklarını güvenceye almak için sözleşme tapuya şerh edilmiştir. Ancak, tapu kaydı davalı üzerinde olduğu için, inşaatı başlamak, devam etmek ve bitirmek için resmi mercilere başvurmak ve gerekli izinleri almak için davalı arsa sahibinin davacı yükleniciye yardımcı olması veya yetki vermesi gerekmektedir. Davalının, sözleşmeden ve işin mahiyetinde anlaşılan bu edimini yerine getirmemesi halinde mahkemece, davalının iradesi yerine geçmek üzere, bu işlerin ifası için davacıya yetki verilmesine karar verilmesi gerekir. Ancak, davalının bu edimin ifasına zorlanabilmesi için, ifanın olanaksız olmaması ve istenebilir olması gerekir. Davacı sadece tescil isteminde bulunmuş ise de; bunun içinde, davalıyı, tescil öncesi edimlerini ifaya davet istemi de var sayılır. İleri sürülen olayları hukuken nitelemek ve uygulanacak kanun hükmünü tespit etmek yargıca aittir. Öte yandan, geçerli bir sözleşmenin ayakta tutulması ve ifa edilmesi esastır. Mahkemece öncelikle, dava konusu olayda 10 no.lu parsel üzerine inşaat yapılmasının sürekli ve mutlak bir şekilde olanaksız olup olmadığı resmi mercilerden sorulup tespit edilmelidir. Böyle bir olanaksızlık bulunduğu takdirde TBK'nın 27 ve 136-137. maddeleri gereğince sözleşmenin ifası istenemez. Şayet bu nitelikte bir olanaksızlık yoksa, geçici bir süre beklenmesi gerekiyorsa, sözleşme geçerlidir, ancak henüz ifası istenemez. Böylece geçici bir imkansızlık da yoksa, davalı arsa sahibinin yükleniciye yardım etmek ediminin ifasına, yani yükleniciye yetki verilmesine karar verilmelidir”

Ş 1. CEZA MAHKEMESİ KARARININ HUKUK MAHKEMESİNİ BAĞLAMASI

I-) Genel Olarak

Yargıç, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza yargıcısı tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza yargıcısının kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk yargıcısını bağlamaz (TBK. md. 74).

Bu maddede, hukuk yargıcısı bir haksız eylemden dolayı tazminat istemi hakkında karar verirken, ceza mahkemesi kararıyla ne dereceye kadar bağlı olduğu açıklanmaktadır.

Burada ceza mahkemesinin kesinleşmiş bir kararı söz konusudur.

Ceza mahkemesinde verilmiş bir aklanma kararı gerek eylemin belirlenmesi ve sezginliğin (temyiz kudretinin) varlığı ve eylemin haksızlığı konularında hukuk mahkemesini bağlamaz.

Ceza mahkemesinden verilmiş mahkûmiyet kararı, ancak eylemin haksızlığını değerlendirmede hukuk yargıcısını bağlar; eylemin pozitif bir biçimde belirlenmiş olması da hukuk yargıcısını bağlar¹¹.

Kural olarak, hukuk hakimi, kusur olup olmadığı, derecesinin tayini, zarar miktarının saptanması bakımından ceza mahkemesi ilkeleri ve sorumluluğa ilişkin kurallarıyla bağlı değildir. Ancak iki mahkeme arasında birbirine ters düşen aykırılık varsa, bu çelişki giderilerek karar verilmesi gerekir. Ceza mahkemesi mahkûmiyet kararı maddi olayın sübut bulması yönünden hukuk mahkemesini bağlar ise de, kusurun takdiri ve zarar miktarının tayini bakımından bağlamaz. Davalılar ceza dosyasındaki davacı alacağını belirleyen bilirkişi raporunun yetersiz olduğunu ileri sürerek yeniden inceleme yaptırılmasını isteyebilirler.

11 Velidedeoğlu/Özdemir, 138.

Yeterli kanıt bulunmaması nedeniyle ceza mahkemesi beraat kararı vermiş ise, hukuk yargıcı bu kararla bağlı tutulamaz.

Sanığın isnat edilen eylemi işlemediğinin kesin olarak tespiti olgusuna dayalı beraat kararı ile o eylemin hukuka aykırılığını ve failini belirleyen mahkumiyet kararı hukuk yargıcını bağlayacaktır.

II-) Kapsam

Gerek ceza hukuku kuralları, gerekse ceza mahkemesinin kararları karşısında hukuk yargıcının geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır: Aynı zamanda suç ve haksız eylem oluşturan eylemler bakımından, hukuk yargıcı ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin kuralları ile bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinin bu konudaki kararlarıyla da bağlı değildir. Hukuk yargıcı, ceza yargıcının suç saymadığı bir eylemi, haksız eylem kabul edebilir. Çünkü eylemin suç olduğu halde haksız eylem oluşturmaması olanaklı bulunduğu gibi, haksız bir eylem sayıldığı halde suç oluşturmayabilir.

Hukuk yargıcı;

- a. Zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı değildir.
- b. Ceza yargıcı tarafından verilen aklanma kararıyla bağlı değildir. Özellikle delil yetersizliği gerekçesiyle verilen aklama kararları böyledir. Bunun sonucu olarak, ceza mahkemesinde aklanan kişinin hukuk mahkemesinde mutlaka tazminata mahkûm edilmesi söz konusu olmayacaktır. Hukuk yargıcı, bu şekilde verilen aklama kararına karşın, haksız eylemin unsurlarının var olup olmadığını ve tazminata mahkûmiyet için gerekli olan koşulların doğup doğmadığını araştıracaktır.
- c. Aklama kararı delil yetersizliğine değil eylemin fail tarafından işlenmediğinin kesin olarak saptanmasına dayanıyorsa, bu kararı dikkate alacaktır (bu karar hukuk yargıcını bağlayıcı olacaktır).

- d. Ceza mahkemesinin olayda nedensellik bağı bulunmadığına ilişkin kararıyla bağı değildir. Çünkü her iki hukuk alanında nedensellik bağı anlayışı farklıdır.
- e. Ceza mahkemesince elde edilmiş/toplanmış/oluşturulmuş delillerle bağı değildir. Hukuk yargıcı, bu delillerle bağı olmayacak, ancak onlardan yararlanabilecektir.
- f. Ceza yargıcı (mahkemesi) tarafından belirlenen kusur oranıyla bağı değildir. Ceza yargıcı kusuru ceza hukuku ilkelerine göre, hukuk yargıcı ise Borçlar Hukuku ilkelerine göre belirleyecektir. Ceza hukukuna göre kasıt yoksa, suç da yoktur. İhmal ceza hukukunda ayrıksı durumlarda suçun öznel ögesini oluşturur. Oysa borçlar hukuku alanında hafif ihmal dahi tazminat yükümlülüğünü doğurur. Ceza hukuku alanında kusursuz sorumluluk durumu bulunmamaktadır. Akıl hastasının veya beş yaşındaki **bir çocuğun, bir adamı öldürmesi durumunda cezai** sorumluluğu olmadığı halde, hakkaniyet gerektiriyorsa, tazminat ödemeye mahkûm edilir. Öte yandan bir aile başkanı, idaresindeki küçük, kısıtlı ve akıl hastalarının başkalarına verdikleri zararlardan cezaen sorumlu olmadığı halde hukuken sorumlu tutulabilir. Ceza hukuku alanında fail ve mağdurun karşılıklı olarak kusurlarının mahsubu mümkün olmadığı halde, haksız eylemler alanında kusurların mahsubu olanaklıdır (TBK. md. 52)¹².
- g. Ceza yargıcının zararın belirlenmesine ilişkin kararıyla bağı değildir.
- h. Savcılıkça verilen koğuşturmaya gerek olmadığı, ceza yargıcı tarafından verilen tutuklama, geçici yakalama ve salıvermeye ilişkin kararlarla bağı değildir.
- i. Genel ve özel af yasası gereğince ceza mahkemesinde verilen kararlarla bağı değildir. Af yasaları eylemi işlenmemiş ve ortadan kalkmış duruma getirmedığından, eylemin hukuksal sonuçları varlığını sürdürür.

12 Kılıçoğlu, 463.

Ceza mahkemesinin aklama kararı, hukuk mahkemesinde “kesin yargı itirazı” kapsamında değerlendirilmez.

Ayrıksı durumlarda, hukuk yargıcı, ceza mahkemesinde görülmekte olan yargılamanın sonucunu bekleyecektir. Zira bu mahkemede verilen bir karar (yukarıda açıkladığımız biçimde), hukuk yargıcını bağlayıcı nitelikte olabilir¹³.

YARGI KARARLARI

Davacı C.K., kamu davasının yürütüldüğü sırada mahkemece alınan ve davalı Satılmış'ın mahkûmiyeti ile sonuçlanan bilirkişi raporuna dayanmak suretiyle davasını açmış, gerçekten orada davalı ve birleştirilen davanın davacısı bulunan Satılmış'ın dava konusu olayda % 65 kusurlu bulunduğu saptanmıştır. Kural olarak hukuk yargıcı kusur olup olmadığı, derecesinin tayini, zarar miktarının tespiti yönlerinden ceza mahkemesi ilkeleri ve sorumluluğa ilişkin kurallar ile bağlı değildir. Ne var ki, olayda gerçeğe varabilme ve hakkı gereği gibi sınırlama bakımından ceza mahkemesince istihsal edilmiş ve davalının cezaya çarptırılmasının delili olmuş bilirkişi raporu ile, hukuk mahkemesine sunulan bilirkişi raporu arasında birbirine tamamen ters düşen aykırılığın ortaya çıktığı anlaşılmıştır. Onun için bu çelişkinin giderilmesi yönünden İstanbul Teknik Üniversitesi Yapı Yollar Kürsüsünden rapor alınmak ve sonucuna göre karar verilmek gerekir (15. HD. 27.2.1976, 5779/801).

--- --

Taraflar arasındaki çimento boru ve briket imalatı işinin diğer yüklenicileri ve davalı şirket yetkilisi A.S. ile davacı İdarenin elemanları, Konya 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 1986/997 esasında kayıtlı davada fazla iş yapılmış gibi gösterilerek sahte hakediş düzenlemek suçundan yargılanmış, Ceza Mahkemesince şirketin idareye borçlu değil, alacaklı olduğu saptanarak sanıkların bera-

13 Tartışma için bkz. Klıçoğlu, sf. 472-473.

atine karar verilmiş, karar kamu davasına katılan idarenin temyizi üzerine Yargıtay'ca onanarak kesinleşmiştir. Hukuk Mahkemesindeki uyuşmazlığın, ceza davası konusunu teşkil eden çimento boru ve briket işinden kaynaklandığı tartışmasızdır. Bu durumda sorunun ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki ilişkiyi düzenleyen TBK'nın 74. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. TBK'nın 74. maddesi gereğince, kural olarak hukuk yargıcısı, Ceza Mahkemesinden verilen beraat kararıyla bağlı değilse de, gerek uygulamada gerekse öğretide, hukuk yargıcısının, Ceza Mahkemesinin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle eylemin hukuka aykırı olup olmadığı saptamasıyla bağlı sayılacağı benimsenmektedir. Öyleyse, somut olayda, davalı şirketin Ceza Mahkemesi kararıyla, davacı idareye borçlu bulunmadığının saptanması ve bu olgunun beraat kararına dayanak yapıldığı gözetilerek hukuk yargıcısının maddi olaya ilişkin bu tespitle bağlı olacağıın kabulü gerekir. Bu durumda mahkemenin, Ceza Mahkemesinin davacı İdarenin alacaklı bulunmadığı şeklinde ortaya koyduğu maddi olgunun aksine işin esasına girilerek idare alacağına hükmetmesi doğru olmayıp, davalı ve karşı davacı vekilinin bu yöne değinen temyiz itirazları yerindedir (15. HD. 27.1.1994, 481/371).

— . . . —

Davalılardan B. İnşaat ve Limited Şirketi, M. 1nci Hizmet Binası İnşaat işinin yüklenicisi, diğer davalılar ise yükleniciye yapılan ödemelerin dayanağı olan 14 ayrı hakedişi tanzim ve tetkik eden idare elemanlarıdır. Bu kişilerin hangi gerekçeyle olursa olsun ihmalleriyle idare aleyhine fazla ödemeye neden olmaları durumunda zarardan TBK. md. 61 hükmü uyarınca davacıya karşı müteselsilen sorumlu olacakları kuşkusuzdur. Öte yandan, A.A. dışındaki davalılar hakkında kamu davası açılmış, alınan bilirkişi raporuna göre, davalılardan K.M. ile C.K. Malatya Ağır Ceza Mahkemesinin 15.4.1992 tarih ve 1990/197- 1992/64 sayılı kararıyla yükleniciye fazla ödemeye neden olmak suçundan cezalandırılmıştır. Görüldüğü gibi, aynı somut olaydan kaynaklandığı durumda hukuk ve ceza mahkemelerine verilen bilirkişi

raporlarında değişik sonuçlara ulaşılmıştır. Öyleyse mahkemece, ceza mahkemesine ait dava dosyası getirilmeli, maddi olguya ilişkin davalılardan K.M. ve C.K. hakkındaki ceza mahkemesi kararı kesinleşmiş ise hukuk yargıcını bağlayacağı, ancak, bu davalar dışındaki davalıların yeterli kanıt olmayışı nedeniyle ceza davasında beraat etmiş olmalarının TBK'nın 74. maddesi uyarınca hukuk yargıcını bağlamayacağı düşünölmeli, ceza dosyasındaki delillerden de yararlanılarak davalıların sorumluluk durumları ve sorumlu oldukları miktarların ne olacağı yeni bir bilirkişi kuruluna incelettirilmeli, oluşan çelişki giderilerek sonucuna uygun bir karar verilmelidir (15. HD. 7.3.1994, 3473/1375).

--- --

Dosya kapsamından; gerçeğe aykırı şekilde tutanak düzenlemek suretiyle davalı yükleniciye fazla ödeme yapıldığı ileri sürölerek belediye görevlisi F.Y. hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan ceza davası açıldığı anlaşılmaktadır. Gerçekten ceza davası sonunda ödemeye esas alınan tutanakların sahte olduğunun anlaşılması durumunda ceza davasının bu davayı etkileyeceğı açıktır. Bu durumda ceza davası sonucu beklenerek ve dosyası celb edilerek ceza davasındaki delillerle birlikte takdir olunup davanın sonuca bağlanması gerekirken eksik inceleme ile davanın reddedilmesi doğru görölmemiştir (15. HD. 10.3.1994, 3283/1510).

--- --

Sulh Ceza Mahkemesindeki ceza davasında sanık sıfatıyla izinsiz kesim yapmaktan yargılananlar hakkında verilen beraat kararı isnat edilen olgunun sabit olmadığı gerekçesine dayanmaktadır. Sanıklar dahi ceza davasında usulsüz kesim yapılmadığını iddia etmemişler, kendilerinin suçun faili olmadığını savunmuşlardır. Bu durumuyula beraat kararı TBK'nın 74. maddesi uyarınca hukuk yargıcını bağlamaz. Bu itibarla sözleşme uyarınca davalı kooperatife teslim edilen sahada sözleşme hükümlerine aykırı şekilde kesim yapıldığı, aksi kanıtlanmayan suç tespit tutanağı ile belli

olduğuna göre bu konuda bilirkişi marifetiyle inceleme yapılarak emvallerin davacı İdarede kaldığı gözetilmek suretiyle İdarenin gerçek zararı saptanarak hasil olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekir (15. HD. 7.4.1994, 6425/5122).

--- --

Kamu görevliler hakkında açılan ceza davalarının beraatle sonuçlandırılması, TBK'nın 74. maddesi gereğince hukuk yargıcını bağlamaz. Çünkü hukuk yargıcı, kusurlu olup olmadığı hakkında ceza hukukunun mesuliyete ait hükümleriyle bağlı değildir. Görevliler hakkında kesin hesap raporu kesinleşmiş sayılmayacağından, mahkemece yukarıda açıklandığı şekilde bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonuca ulaşılması gerekir. Bu incelemede, görevlilerin, görevlerinin niteliği, görev süreleri ve kontrol yönetmenliği de dikkate alınmalı, inşaatta tespit edilecek eksiklik ve kusurların niteliğine göre herbirisinin sorumluluk derecelerinin saptanarak hüküm kurulması gerekmektedir (15. HD. 2.2.1995, 404/479).

--- --

Davacı idarenin görevlileri olan davalılar hakkında açılan dava delil yetersizliğinden dolayı reddedilmiştir. Ceza hukukunun suç ve kusur görüşüyle, medeni hukukun haksız eylem ve kusur görüşleri birbirinin aynı değildir. Hukuk yargıcı bir olayda kusur meselesini takdir ederken ceza hukuku esasları ile bağlı değildir. Bu davalılar hakkında İstanbul 6. Asliye Ceza Mahkemesinde açılan davada sanıkların üzerine atılı suçu işlediklerine dair mahkumiyetlerine yeter delil bulunmadığından bahisle beraatlerine karar verilmiş ise de; bu karar içeriği itibariyle TBK'nın 74. maddesi uyarınca hukuk yargıcını bağlayıcı nitelikte değildir. Bu itibarla mahkemece uyuşmazlık konusu inşaat işinde uzman kimselerden oluşturulacak bilirkişi kurulu aracılığı ile inceleme yaptırılarak, Kontrol Yönetmeliği hükümleri de gözetilmek suretiyle uyuşmazlık konusu işin kontrolü ile görevlendirilmiş olan davalı idare elemanlarının görevlerini yerine getirip getirmediği ve dolayısıyla davacı idarenin zararına neden olup olmadıkları uyuşmazlık konusu köprü

yapımı için projede öngörülen 42 metre fore kazık boylarının birinci keşifte 30 metre olarak öngörülüp buna göre köprü inşaatının yapılması ve sonuçta çökmeye sebebiyet verilmesi ile meydana gelen idare zararından bu davalılara atfedilecek bir kusur olup olmadığının etraflı şekilde ve gerekçeli olarak bilirkişilerce denetime elverişli rapor düzenlemesine, davalı görevlilerin zararın meydana gelmesinde kusurlu oldukları ve dolayısıyla sorumlu bulunmaları gerektiği sonucuna varılması durumunda ne miktarda sorumlu olacaklarının da raporda gösterilmesine, mahkemece bu hususların ikmalinden sonra da hasıl olacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekir (HGK. 7.10.1998, 653/684).

— . . . —

Dava, destekten yoksun kalma ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Davacıların murisi M. ile davalı A. arasında 27.2.1995 tarihinde yapılan yazılı "inşaat sözleşmesi" ile M., yüklenici sıfatıyla, davalı iş sahibine ait inşaatın siva işlerini yükümlenmiş; ancak 17.5.1995 günü yüksek gerilim hattına maruz kalarak inşaatın düşerek ölmüştür. Çay Asliye Ceza Mahkemesinin 24.4.1996 tarihli ilamı ile de, iş sahibi A., İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü uyarınca gerekli tedbirleri almamaktan dolayı 4/8 oranında kusurlu görülerek mahkum olmuştur. Muris ile davalı arasındaki akdi ilişki, hizmet sözleşmesi olmayıp, bir istisna (eser) sözleşmesidir. TTK.nun 12/3. maddesi uyarınca her çeşit imal veya inşaa, ticari iş kabul edilir. Dolayısıyla yükleniciler -genelde- tacir sayılırlar. Yüklenici, bir işçi olmayıp, tam aksine işçi çalıştıran, işçiye göre işveren durumunda olan ve iş sahibi davalıya karşı da bağımsızlığını koruyan uzman kişidir. Davalı iş sahibi, hile veya ağır kusuru hariç, yükleniciye ve onun çalıştırdığı işçilerine karşı, eser sözleşmesinden dolayı sorumlu tutulamaz (TBK. md. 115). Zira, iş sahibi, işveren değildir. Nevar ki, hazırlık tahkikatı sırasında, taraflar arasında bir hizmet sözleşmesi varmışçasına alınan bilirkişi raporu ile bağlı kalınarak, davalı, 4/8 oranında kusurlu bulunmuş ve mahkumiyet kararı kesinleşmiştir. TBK'nın 74. maddesi uyarınca, ceza mahkemesinin kesinleşen bu kararı, dolayısıyla davalının

kusurlu olduğu vakıası hukuk yargıcını bağlarsa da, kusur oranı bağlamaz. Davalı, kusursuz olduğunu savunduğuna göre; mahkemece, kusur oranının yeniden saptanması, mübâyenet (çelişki) durumunda da, çelişkinin giderilmesi ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekir (15. HD. 10.5.1999, 91/1832).

--- --

TBK. md. 49'da düzenlenen haksız eylem sorumluluğu, kusura dayanan bir sorumluluktur. Kusur sorumluluğu ya kasti ya da ihmali eylem sonucu meydana gelen sorumluluktur. Olayımızda davalılar ceza mahkemesinde yargılanmışlar ve beraatlarına karar verilmiş ise de; beraat kararının gerekçesinin son bölümünde, "sanıkların suçlarının sübuta ermediği, atılı suçları işledikleri konusunda mahkumiyetlerine yeterli kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığı" denilmek suretiyle delil yetersizliği sanıkların beraatlarına esas alınmıştır. Öyleyse ceza mahkemesinin anılan kararı ve kararın gerekçesi TBK'nın 74. maddesi anlamında hukuk yargıcını bağlayıcı olmaktan çıkmıştır. Mahkemece; bu husus göz önünde tutularak, uzman kişi veya kişilerden oluşturulacak kurula, davacı şirketin zararının gerçekleştiği yerdeki işlemlerin kuralara uygun şeklini, bu işlemler içinde davalıların görevlerini tespit ettirip, davalıların eylemleri nedeniyle davacı şirketi zararlandırıp zararlandırmadıklarının ve varsa zarar miktarı belirlenip sonucuna göre karar vermek gerekir (11. HD. 8.11.1999, 7135/8855).

--- --

Mahkemenin ceza davasında verilen "delil yetersizliği nedeniyle" beraat kararına dayanarak davanın reddedilmesi karşısında TBK'nın 74. maddesi anlamı üzerinde durulmalıdır. Sözü edilen TBK'nın 74. maddesi Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk arasındaki ilişkiye yer verilmiştir. Madde irdelenirken Ceza Mahkemesinin "delil yetersizliğine dayanan beraat kararının" hukuk yargıcını bağlamayacağı ancak beraat kararı bir maddi olguyu tespit ediyorsa bu kararın hukuk yargıcını bağlayacağı, beraat kararı suçun sanıklar tarafından işlenmediğinin kesin olarak tespiti olgusuna dayanıyorsa, bu kararın hukuk yargıcını da bağlayacağı, bundan

başka kusurun takdiri ve zararın miktarının tayini hususundaki kararın hukuk yargıcını bağlamayacağı hüküm altına alınmıştır. Kural olarak hukuk yargıcı ceza yasasındaki hükümlerle ve ceza yargıcının kararıyla bağlı tutulmamıştır. Böylece md. 74 ile bağımsızlık ilkesi benimsenmiş bulunmaktadır. Bu durumda, ceza mahkemesi kararının kusurun varlığı ve zarar miktarının belirlenmesi konusunda hukuk yargıcını bağlamayacağı kuşkusuzdur Öte yandan olay nedensellik (illiyet) bağı yönünden tartışılmalıdır. Öğretide; Haksız eylemlerin borç kaynaklarının en önemlilerinden birisi olup, haksız eylemin unsurlarını; eylem (fiil), hukuka aykırılık, zarar, kusur, uygun illiyet bağı oluşturur. Haksız eylem bir şeyi yapma şeklinde olabileceği gibi yapmama şeklinde bir davranış da olabilir. Haksız eylemin (eylemin) unsurlarından nedensellik (illiyet) bağı ise; "eylem, mahiyeti itibariyle olayların akışına ve genel yaşam deneylerine göre meydana gelmiş olan zarar nevinden bir zarar oluşturmaya elverişli ise o eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu söz edilir. Diğer bir anlatımla zararlı sonuç, tipik mahiyeti itibariyle eyleme uygun ise, onun uygun sonucu olarak görülebiliyorsa uygun illiyet bağı var demektir" şeklinde tanımlanmıştır. Bu anlamda, zararlar eylem arasında bu bağın var olması için zarar eylemin bir sonucu görülmelidir (TBK. md. 49) Bu konuda ileri sürülen uygun illiyet teorisi uygulamada benimsenmiş bulunmaktadır. Uygun illiyet teorisi uyarınca eylem, niteliği itibariyle olayların doğal ve alışılmışın aksine, hayat deneylerine ve objektif olasılığa göre oluşan türden bir zararı doğurmaya elverişli ise o eylemle zarar arasında uygun illiyet bağı var demelidir Somut olayda ise, Ceza Mahkemesinde sanıkların et pişirmek için ızgarada yaktıkları ateşle yangın arasında illiyet bağı yönünden araştırma yapılmadan delil yetersizliğinden beraat kararı verilmesine karşın yerel mahkeme, ceza davasında olayla yangın arasında illiyet bağı yoksunluğundan dolayı beraat kararı verildiğinden söz ederek davayı red etmiştir. Açıklanan durum karşısında, olayla yangın arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı yönünden hukuk yargıcı tarafından araştırma yapılmalıdır (HGK. 28.11.2001, 1103/1084).

Davacılar vekili, müvekkillerinden M.K. davalı şirketteki paylarını 19.6.2000 tarihli hisse devri senedi ile diğer davacı oğlu M.'ye devredip, belgeyi şirket yöneticisine kayıt ve tescil için verdiğini, ancak yönetim kurulu başkanı olan davalı M.'nin bu payları isim benzerliğinden faydalanarak kendi adına kayıt ve tescil ettiğini ileri sürerek, davalı babası M. üzerine kaydedilen payların iptali ile oğlu davacı M. üzerine kayıt ve tescilini talep ve dava etmiştir. Yargılama aşamasında davalı hakkında hisse devir senedinin düzenlenmesi ile ilgili olarak C. Savcılığına suç duyurusunda bulunulduğunu ileri süren davacı tarafın karar düzeltme dilekçesine eklediği Konya Cumhuriyet Savcılığının 12.1.2001 tarihli iddianamesinden gerçekten de davalı hakkında Hususi Evrakta Sahtecilik ve Hizmet Nedeniyle Emniyeti Suistimal suçlarından Konya Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açıldığı anlaşılmıştır. Ayrıca, bu husus davalı tarafın da kabulündedir. Her ne kadar davalı taraf karar düzeltme dilekçesine cevabında açılan davanın beraatla sonuçlandığını belirtmiş ve bu hususa ilişkin beraat kararı suretini ibraz etmiş ise de, 14.3.2002 tarihinde verilen karar örneği kesinleşme şerhini havi değildir. Ceza mahkemesince verilecek anılan suçlarla ilgili bir mahkumiyet kararı TBK'nın 74. maddesi uyarınca hukuk yargıcını bağlayacağından mahkemece, anılan ceza davasının bekletici sorun yapılması gerekir (15. HD. 10.5.2002, 4342/4599).

--- --

Davacı yüklenici, davalı ise iş sahibidir. Yüklenici genelde tacirdir. İş sahibinin işçisi olmayıp aksine işçi çalıştıran ve çalıştırdığı işçi nedeniyle işveren durumda olan kişidir. Bu özelliğinden dolayı iş sahibine karşı bağımsızdır. Bundan ötürü faaliyeti esnasında her türlü önlemi almak onun görevi ve işinin gereğidir. İş sahibi ise ancak TBK. md. 115 uyarınca yükleniciye karşı oluş hile veya ağır kusuru ile meydana gelmişse sorumludur. Bunların dışında iş sahibinin sorumluluğu düşünülemez olduğundan kaza sonucu meydana gelen zararlarla davalının ilintisi yoktur. Ancak, somut olayda, iş sahibi hakkında Asliye Ceza Mahkemesinde kamu da-

vası açıldığı ve Çatalca Ceza Mahkemelerinde bu davanın derdest olduğu görülmektedir. TBK'nın 74. maddesi hükmünce, hukuk yargıcı ceza mahkemesinin kusur saptayan hükmü ile bağlı değilse de oluşa ilişkin hüküm ile bağlı olacağından mahkemece, mevcut ceza davası sonucu beklenerek davalı cezalandırılır ve bu karar kesinleşirse davacı yararına hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmesiyle yetinilmesi yerine olayı hizmet ilişkisi olarak niteleyen bilirkişi raporlarına bağlı kalınarak davanın yazılı biçimde kabulü doğru olmadığından karar bozulmalıdır (**15. HD. 28.5.2003, 552/2785**).

--- --

Dava, inanç sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir. İnanç sözleşmesi, inanç gösterilene bir hakkın kullanılmasında davranışlarını, inanç gösterenin tespit ettiği amaca uydurmak borcunu yükler. İnanç sözleşmeleri ancak yazılı delil ile kanıtlanabilir. İnanç gösterilen kişi, inanç gösteren namına yapılacak bir işlemde sonra, taşınmazın mülkiyetini ona, yani inanç gösterene, geçirme yükümlülüğü altına girmiştir. Davalı kayıt malikinin Cumhuriyet Savcılığı'na verdiği, imzasını taşıyan dilekçe ve bu dilekçe içeriğini de doğrulayan Cumhuriyet Savcısı'nın huzurundaki 1.7.1998 tarihli beyanında ve Başmüfettiş C.S.'ye el yazısı ile yazılmış olarak verdiği savunması ile Karşıyaka 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 8.6.1999 tarihli oturumunda sanık sıfatıyla alınan savunmasında, dava konusu taşınmazın davacı S.L. tarafından gönderilen para ile alındığını, kendisine ait olmadığını, taşınmaz ve üzerindeki konutların davacıya ait olduğunu açıkça beyan etmiştir. Davalının bu ikrarı bağlayıcı nitelikte olup davanın kabulüne karar vermek gerekirken, davalının ceza tehdidi altındaki savunmasının samimi ikrar niteliğinde bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi doğru görülmemiştir (**14. HD. 23.9.2003, 4737/6273**).

--- --

Ceza mahkemesinde açılan davada davacı yüklenici veya so-

rumlusu sanık ise ve hakkında mahkumiyet hükmü oluşturulursa TBK'nın 74. maddesi uyarınca ceza mahkemesinin mahkumiyet kararı hukuk yargıcını bağlayacağından bu yön üzerinde de durularak salt sözleşme hükmüyle değil, teminat mektubunun iadesi gerekip gerekmediği ceza mahkemesi kararı sonucuna göre değerlendirilmelidir (15. HD. 1.4.2004, 5167/1835).

--- --

Dava, muris Y.'nin davalının baca temizliği işinde elektrik akımına kapılarak yaşamını yitirmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemiyle açılmıştır. Davalı ile davacıların murisi arasında, baca temizliği konusunda sözleşmenin varlığı tartışmasızdır. Bu sözleşme hukuki niteliği itibarıyla TBK. md. 470 ve devamı maddelerinde yer alan eser sözleşmelerindedir. Muris yüklenici olup, işinin uzmanı olması gereken kişidir. Bundan dolayı ifa sırasındaki tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Oluşturulan iş sahibinin hile ve ağır kusurundan söz edilemeyeceğine göre tazminatla sorumlu tutulamaz (TBK. md. 115) ise de ceza mahkemesince, olayda 2/8 oranında kusurlu bulunarak mahkumiyet kararı verildiğinden, sübuta ilişkin ceza mahkemesinin bu kararı hukuk yargıcını bağlar (TBK'nın 74. maddesi). Öyleyse mahkemece yapılması gereken oluşa ve hakkaniyete uygun bir miktar tazminatın takdirıyla hüküm altına alınmasından ibarettir (15. HD. 8.6.2004,2915/3208).

--- --

Dava, taraflar arasında düzenlenen eser sözleşmesinin ifası sırasında, doğalgaz borusunun tahrip edilmesi sonucu meydana gelen patlamayla dava dışı 3. kişiye ait otelde oluşan hasar nedeniyle ödenen tazminatın davalı yükleniciden rücuen tahsili istemine ilişkindir. Sözleşmenin maddelerinde aynı zamanda davacı iş sahibi lehine TBK. md. 115 gereğince mesuliyetten kurtulma (beraat) şartı mevcut olup, madde hükmüne göre davacı İdare ancak hile veya ağır kusuru varsa sorumlu tutulabilir. Dava konusu olayda dosyada mevcut A 1.Ağır Ceza Mahkemesinin ilamında,

davacı idare elemanının 1/8 oranında kusurlu olduğu belirtilerek, Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiş ve bu kişi hakkında A 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 1997/233 E. sayılı dosyasıyla kamu davası açılmış ise de sanığın kendisine bağlı alt birimler vasıtası ile gerekli kontrolleri yaptırdığı ve kontrollerin firmanın da bulunduğu, yatırım daire başkanı olan sanığın her imzasının bulunduğu sözleşmedeki işin başına giderek gerekli kontrolleri yapmasının mümkün bulunmadığı, bu nedenle şahsi sorumluluğunu gerektiren cezai bir sorumluluğunun bulunmadığı, yapılan sözleşme ile meydana gelen kaza arasında sanığın cezai sorumluluğunu gerektirecek illiyet rabitasının bulunmadığından bahisle beraat kararı verilmiştir. Tüm dosya kapsamı itibarıyla davalı yüklenici ve elemanlarının kusurunun İdareye oranla daha ağır olduğu anlaşılmaktadır. İdarenin iş kanunu kapsamındaki sorumluluğu ile sözleşme ve Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde sorumluluğunun tamamen farklı değerlendirilmesi gerekir. Tüm bu açıklamalar ışığında mahkemece yanlar arasındaki sözleşme hükümleri ve TBK. md. 115 gereğince, davacı tarafından ödenen tazminatın tamamının, davalı yükleniciden tahsiline karar verilmesi (15. HD. 9.11.2004, 1546/5739).

--- --

Dava G. Devlet Hastanesi inşaatında yapılan fazla ödemenin tahsili istemiyle açılmıştır. TBK'nın 74. maddesi uyarınca, hukuk yargıcı ceza mahkemesinden verilen beraat kararı ile bağlı değildir. Öte yandan Bayındırlık İl Müdürlüğüne idarenin herhangi bir zararı olmadığı mahkemeye bildirilmiş ise de sözleşmenin tarafı bulunmayan Bayındırlık İskan Müdürlüğü'nün cevabi yazısının davacı Bakanlığı bağlamayacağı ortadadır. Öyleyse mahkemece yapılması gereken iş, davaya konu inşaat ile ilgili tüm ihale evrakı, sözleşme ve ekleri, yazışmalar getirilmeli, uzman bilirkişiler aracılığı ile mahallinde keşif yapılmalı, Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak sonucuna uygun hükme varılmalıdır (15. HD. 14.7.2005, 5934/4255).

--- --

Dava, maddi ve manevi tazminatın tahsili istemine ilişkindir. Olay günü, davalının konutunun boya-badana işini yapan davalının kullandığı fırçanın, balkona yakın mesafeden geçen enerji nakil hattı ile teması sonucu uzuv kaybına uğradığı hususu uyuşmazlık konusu değildir. Eser sözleşmesinin tarafı olan iş sahibi sorumlu tutulamaz. Gerçekte kusursuz olan veya İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatının dışında kusurluluğu kanıtlanamamış bir insanı, sırf mahkûmiyet kararı nedeniyle kusurlu kabul edip, maddi tazminattan sorumlu tutacağız; işte bu sorumluluğun miktarı hakkaniyete uygun bir miktar olmalıdır. Hükmolunan manevî tazminat, zimnen bozmanın kapsamı dışında kaldığı ve böylece bu miktarın kesinleşmiş olduğu gözden kaçırılarak, daha fazla bir miktarda manevî tazminata hükmedilmesi yasaya aykırıdır (15. HD. 28.2.2007, 6860/1270).

--- --

Davalılar haklarında kooperatif üyelerini dolandırdıkları ileri sürülerek "sahtecilik, dolandırıcılık, görevi kötüye kullanmak ve kooperatif yasasına aykırılık suçlarından" dolayı kamu davası açıldığı ve davanın derdest olduğu anlaşılmaktadır. Ceza Mahkemesince verilecek mahkumiyet kararının TBK'nın 74. maddesi uyarınca davalılar açısından bağlayıcı olma ihtimali karşısında mahkemece ceza davasının sonucu beklenmelidir (15. HD. 6.6.2007, 2612/3850).

--- --

Yüklenici, üstlendiği iş konusunda uzman olup, iş sahibine karşı bağımsızdır. İş sahibinden işin nasıl yapılacağı konusunda talimat almaz, talimat olsa bile bu talimat sadece iş sahibinin istediği sonucun (eserin) nasıl olması gerektiği hususundadır. Eser sözleşmesinin konusu olan "her çeşit imal veya inşa" Türk Ticaret Kanunu'nun 12/III. maddesi uyarınca ticari bir iş olduğundan yüklenici, basiretli bir tacir gibi davranmak, gereken özeni göstermek ve gereken güvenliği kendisi sağlamak durumundadır. Yüklenici işin ifası sırasında yanında işçi çalıştırıyorsa, çalıştırdığı işçiyle

aralarındaki hizmet akdine ilişkin olarak işçisine karşı işveren durumunda olup, çalıştığı yerin ve çalıştırdığı işçilerin güvenliğinden ve güvenliğin nasıl sağlanması gerektiğinden İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatına göre sorumludur.

İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatının gerektirdiği bir önlemin alınmamasından dolayı hizmet akdinde işveren sorumlu ise de, eser sözleşmesinin tarafı olan iş sahibi bu mevzuata göre sorumlu tutulamaz. Ancak iş sahibinin bunun dışında kusuru varsa ondan sorumlu olur.

Dava konusu olayla ilgili olarak bu davadaki davalılar hakkında ceza davası açıldığı ve mahkumiyet kararı verildiği anlaşılmakta ise de, verilen kararın kesinleştiği hususunda dosyada bir belge veya bilgi bulunmamaktadır. TBK'nın 74. maddesi hükmü gereğince, ceza mahkemesinin belirlediği kusur oranı ve beraat kararı ile hukuk yargıcı bağı değilse de, ceza mahkemesince verilen mahkumiyet kararı, eylemin haksızlığını değerlendirmede hukuk yargıcını bağlar. Eldeki davada TBK. md. 49 ve devamı maddelerine göre alınacak raporda davalılara kusur izafe edilmese dahi, kesinleşmiş ceza mahkemesi kararı ile davalıların eylemlerinin haksız eylem olarak kabul edilip hukuka aykırılığın varlığının tespit edilmiş olması dikkate alınarak tarafından durumlarına göre davacılar yararına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekir (15. HD. 11.3.2008, 4780/1576).

--- --

Dava, alacak istemidir. Ceza mahkemesince verilen mahkumiyet ve maddi vakia tespiti yapan beraat kararı hukuk yargıcını bağlayacak olması karşısında, mahkemece ceza yargılamasının sonucunun beklenilmesi, kesinleşen ceza ilamının taraflar arasındaki üye işyeri sözleşmesinin ilgili hükümleri ile birlikte değerlendirilmesi ve davalı bankanın hukuki durumunun bu bağlamda tayin ve takdir edilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir (11. HD. 2.12.2009, 9364/12336).

--- --

Davalar, davacıların ortağı olduğu kooperatifçe kendilerine verilmeyen ürün ve krediler üzerinden borç tahakkuk ettirildiği iddiasıyla olumsuz tespit ve istirdat istemine ilişkindir. Somut olayda, dava konusu edilen hususların, Osmaniye 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2010/69 esas sayılı dosyasında yargılama konusu olduğu anlaşılmaktadır. TBK'nın 74. maddesi hükmüne ve yerleşik Yargıtay uygulamasına göre, hukuk yargıcı, delil yetersizliğine dayalı beraat kararı ile bağlı değil ise de, sanığın isnat edilen eylemi işlemediğinin kesin olarak tespiti olgusuna dayalı beraat kararı ile bağlı olduğu gibi, o eylemin hukuka aykırılığını ve failini belirleyen mahkumiyet kararının bu yönleri ile bağlıdır. Davacıların hile iddiaları ceza dosyasında inceleneyeğinden ceza mahkemesi dosyasının sonucu beklenmeden karar verilmesi doğru görülmemiştir (23. HD. 15.6.2012, 2955/4240).

§ 2. BORCUN YERİNE GETİRİLMEMESİNDEN DOĞAN ZARARDA BORÇLUNUN SORUMLULUĞU

1-) Genel Olarak

Borç hiç veya gereği gibi yerine getirilmezse, borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür (TBK. md. 112).

Borcun ödenmemesi durumunda alacaklıya aşağıdaki haklar tanınmıştır:

- a. Edimin yerine getirilmesine olanak bulunduğu sürece, alacaklı aynen ifa davası açabilir.
- b. İki yanlı sözleşmelerde, TBK. md. 125/I uyarınca sözleşmeyi bozabilir.
- c. Edimin olanaksız olması veya buna benzer durumlarda tazminat isteyebilir veya tazminata karşılık, o edimin yerine geçen şeyi isteyebilir.

Tazminat yükümlülüğünün koşulu, sözleşmeye uygun bir ödemenin olanaksız olmasıdır. Bu olanaksızlık, sözleşmenin yapılmasından sonra doğmuş olmalıdır.

Olanaksızlık nesnel veya yüklenici için öznel olabilir.

Olanaksızlık kısmi ise, alacak, geri kalan bölüm için esas olarak geçerli olur. Fakat geriye kalan bölüm alacaklının hiç işine yaramıyorsa, alacaklı bunu kabulden kaçınarak borcun ödenmemesinden dolayı borçludan tazminat isteyebilir.

Ödeme olanaksızlığı borçlunun kusurundan ileri gelmiyorsa, borçlu TBK. md. 136 uyarınca borcundan kurtulur ve tazminatla yükümlü olmaz. Buna karşılık, ödemenin sadece çok güç bir duruma gelmesinde kural böyle değildir; ancak böyle bir durum, örneğin grev veya savaş gibi durumlar sözleşmede öngörülmüşse açıkladığımız kural uygulanmaz.

Gereği gibi ödememe, yani edimin kararlaştırılandan başka bir yerde veya başka bir zamanda yerine getirilmesi veya kusurlu/bozuk bulunması durumlarında olduğu gibi, sözleşmeye uygun biçimde sunulmaması, olanaksızlıkla bir tutulmuştur.

Borçlu, ödemenin uygun olarak yapılmamasından doğan zararı gidermekle yükümlüdür.

Tazminat alacağı, hukuksal bakımdan ana alacağın yerine geçer ve bu nedenle onunla aynı zamanda ivedili olur; rehin ve kefiller tazminat alacağını da sağlarlar.

Tazminat alacağı, önce alacağı üstlenmiş olana düşer. Ana alacak davasında öne sürülebilecek olan itiraz ve savunmalar, tazminat davasına karşı da ileri sürülebilir. İşlemiş olan zamanaşımı, tazminat istemini de kapsar.

Tazminat, sözleşmenin düzenli biçimde yerine getirilmesi durumunda alacaklının elde edecek olduğu yararı karşılamaktadır; yararın (yani olumlu zararın) takdirinde her şeyden önce, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi göz önünde tutulur.

Tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya alacaklının olup, dolaylı olarak zarar gören üçüncü kişilerin böyle bir hakkı yoktur.

Tazminat yükümlülüğünün doğması için bir kusursun varlığı zorunludur; alacaklı, kusuru kanıtlamakla yükümlü değildir; kusurun varlığı, edimin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi nedeniyle, karine olarak kabul edilir. Borçlu bir kusursuzluk kanıtı gösterirse, karine düşer.

Borçlu hiçbir kanıt gösteremezse, kusur olmasa bile, zararı ödemekle yükümlüdür¹⁴.

14 Velidedeoğlu/Özdemir, 222-223.

2-) Kapsamı

TBK md. 112 hükmü uyarınca alacaklı zararın tazmini gerekir. Borçlu bu sorumluluktan ancak kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini kanıtlayarak kurtulabilir. Bu tazminatın nedeni borçlunun taahhüdünü ihlal etmesidir. Borçlunun taahhüdü genellikle bir sözleşmeye dayanır. Onun için buna (akdi tazminat), borçlunun sorumluluğuna da (akdi sorumluluk) denilmektedir.

Akdi sorumluluğun söz konusu olabilmesi için şu temel koşulların gerçekleşmesi gerekir:

- Geçerli bir borç ilişkisi bulunacak.
- Bu borç ya hiç yerine getirilmemiş olacak, ya da kısmen yerine getirilmiş olacak.
- Borçlunun ademi ifasından alacaklı zarar görecektir.
- Zarar ile borcun ifa edilmemesi arasında bir nedensellik bağı bulunacak.

• Borçlu ifa etmemede kusurlu olacak. Hukuka aykırılık gibi, kusur da, bir davranış biçimini anlatmaktadır. Özensiz bir davranıştan kusurun meydana geldiğine, yargıç karar verecektir. Alacaklı olayları sıralayıp ispat edecek, yargıç da olayların akışından, ifanın gerçekleşmediğine karar verecektir. Alacaklı, borçlunun eylemlerini veya yerine getirmekten çekinmesini, kusurun belirlenmesine yararlı olacağı kanısı ile ileri sürdüğünde, kanıtlamak durumundadır. Oysa, TBK. md. 112, borçlunun, hiçbir kusurunun bulunmadığını kanıtlaması gerektiğine değinerek, kanıtlama yükünde farklı bir çözüm getirmiştir. Bu yüzden, borçlu edimini sözleşmeye uygun biçimde yerine getirmediğinde, akdi kusurun varsayıldığı kabul edilmektedir. Sözleşmenin yerine getirilmesine ilişkin konularda borçlu, delil getirmeye daha elverişli ortamda bulunmaktadır; bunun için borçlu, kusursuzluğunu kanıtlayarak, kendi kurtuluşunu sağlaması gerekmektedir. Yargıç, tersine bir delil getirene kadar, edimin yerine getirilmediğine inanmak durumundadır. Alacaklı,

borçlunun kusurunu kanıtlamak durumunda değildir; o, sadece borçlunun sözleşme gereğince sorumlu olduğunu ve kendisinden beklenen edimleri kanıtlayacaktır. Borçlu kusursuzluğunu kanıtlarken, alacaklı da hakkını sağlamlaştırmak için, borçlunun kusurunu kanıtlayabilecektir¹⁵. Kusur unsurunun ispatlanması, yargıcın, bir davranış biçiminin kusurlu olduğuna karar verebilmesi için, olayların ispatlanması demektir. Borçlu da kendi açısından, kendisine hiçbir kusurun yüklenmeyeceğini kanıtlandığında, sorumluluğunun söz konusu olamayacağını kanıtlamış olacaktır. Akdi sorumluluk alanında genelde, akdi kusurun alacaklıya düşmediği; ancak borçlunun zararın meydana gelmemesi için, gerekli olan tüm önlemleri aldığını kanıtlamakla sorumluluktan kurtulduğu ve dolayısıyla kanıtlama yükü, haksız eylemlerden farklı olarak ters çevrilmiştir. Borçlu, kusursuzluğunu, hukukun temel ilkelelerine göre kanıtlayacaktır¹⁶. Alacaklı hakkının dayandığı olayları kanıtlamak durumundadır.

Konusu olanaksız olan sözleşmeler geçersizdir (TBK. md. 27/I).

Borcun yerine getirilmesi borçlunun sorumlu tutulmayacağı nedenlerle olanaksızlaşırsa, borç sona erer (TBK. md. 136/I).

Olanaksızlık, ifa engeli nedenlerinden birini oluşturur. Olanaksızlık, sürekli, kalıcı, temelli bir ifa engelidir.

Bu niteliği ile olanaksızlık, direnimin (temerrüdün) karşıtıdır.

Olanaksızlığın pratik önemi borçluya karşı aynen ifanın zorla sağlanamamasında ortaya çıkar.

Olanaksızlık, borçlanılan edimin ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da sonradan borçlu veya diğer herhangi bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen, fiili veya hukuki engellere verilen isim olarak tanımlanabilir.

Olanaksızlık, bir veya birden çok edimi kapsayabilir. Ayrıca, edimin ifasının olanaksızlığı, asli edimler yanında yan edimler için de söz konusu olabilir.

15 İnal, 281-282.

16 İnal, 283.

Olanaksızlık genellikle edim sonucuna ilişkin olmalıdır. Ancak, bazı durumlarda olanaksızlık, edim fiiline ilişkin de olabilir.

Olanaksızlık bir insan eyleminden veya tabiat olayından doğması yanında, mantıki, hukuki veya fiili nedenlerden de kaynaklanabilir

TBK'nun 27. maddesine göre, bir sözleşmenin konusu olanaklı değilse, o sözleşme olanaksızdır. Burada söz konusu olan olanaksızlık, başlangıçtaki, yani sözleşme yapıldığı sırada var olan olanaksızlıktır. Bu durumda, konusu hukuki veya fiili nedenlerden dolayı olanaksız olan sözleşme geçersizlik (butlan) yaptırımına tabidir ve başlangıçtan itibaren geçersizdir. Burada geçerli olan butlan yaptırımından söz edebilmek için, olanaksızlık sözleşmenin konusu ile ilgili olmalı ve yalnız borçlu bakımından değil, objektif nitelikte ve herkes için söz konusu olmalıdır. Batıl bir sözleşme baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz. Fakat, sözleşme yapılırken taraflardan biri olanaksızlığı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve buna rağmen diğer tarafı bundan haberdar etmemişse, bu durumda karşı tarafın uğradığı olumsuz zararı karşılamakla yükümlüdür.

BK'nun 117.maddesine göre, edimin yerine getirilmesi sözleşme yapıldıktan sonra olanaksız olursa ve bu olanaksızlıkta borçlunun kusuru bulunmazsa, borçlu borcundan kurtulur. Burada sözleşme, başlangıçtaki olanaksızlık gibi butlan yaptırımına tabi olmamakla birlikte, borçlu borcundan kurtulmaktadır.

Borçluyu borcundan kurtaran olanaksızlığın objektif veya sübjektif olması önemli değildir. Sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan olanaksızlık, ister objektif ister sübjektif olsun, borçlunun kusuruna dayanmadıkça, borçlu borcundan kurtulur.

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olanaksızlık, borçlunun kusuruna dayanıyorsa, borçlu bundan sorumlu olur. Sonraki olanaksızlık, ister objektif ister sübjektif mahiyette olsun, borçlunun kusuru söz konusu olursa, borçlu bundan sorumlu olur. Bu takdirde, borca aykırılığı konu alan TBK'nun 112.maddesindeki genel hüküm uygulama alanı bulur.

Olanaksızlık; objektif-sübjektif olanaksızlık, başlangıçtaki-sonraki olanaksızlık, tam-kısmi olanaksızlık, sürekli-geçici olanaksızlık, borçlunun sorumlu olduğu olanaksızlık ve borçlunun sorumlu olmadığı olanaksızlık biçiminde çeşitli türlere ayrılabilir.

Objektif olanaksızlık, TBK'nun 27, 112. ve 136.maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Objektif olanaksızlık-sübjektif olanaksızlık ayrımı baştaki olanaksızlık durumunda önem kazanmaktadır. Sonraki olanaksızlığın doğurduğu hukuki sonuçlar açısından, objektif olanaksızlık ile sübjektif olanaksızlık arasında bir fark bulunmamaktadır. TBK'nun 27. maddesine göre başlangıçtaki objektif olanaksızlık bir butlan nedenidir.

Önemli olan, edimi sadece borçlunun mu, yoksa herkesin mi yerine getirip getiremeyeceğidir. Buna göre, eğer edim, borçlu da dahil üçüncü kişiler tarafından da yerine getirilemiyorsa, olanaksızlık objektiftir.

TBK'nun 136. maddesinde yer alan biçimde, borçluya yükletilemeyen sonraki olanaksızlık durumlarında borçlunun borcu sona ereceğinden, borçlunun karşı taraftan aldığı şeyleri haksız zenginleşme hükümlerine göre geri vermesi gerekir. Henüz almadığı şeyleri ise isteme hakkından yoksun olur. Ancak, bu durumda da istisnai olarak BK'nun 136/II. maddesine göre; taraflar aralarında yaptıkları sözleşme ile borçluya yüklenemeyen olanaksızlık durumunda borçlunun karşı taraftan aldığı şeyleri elinde tutabileceği kararlaştırabilirler.

BK'nun, " Yasadan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık durumlar dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarda zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarda ise tescil anına kadar satıcıya aittir." şeklinde düzenlenen 183. maddesi ve "Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya yasadan doğan çalışma veya benzeri nedenlerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörmeye edimini yerine getiremezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete

uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.” şeklinde hüküm altına alınan 409. maddesi, TBK'nun 136. maddesine istisna getiren özel hükümlerdir. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olanaksızlık durumunda borçlunun kusuru söz konusu ise daha önce de belirtildiği gibi, TBK'nun 112. maddesindeki genel hüküm uygulanır. Bu durumda, borç sona ermez, borçlu, alacaklı zarara uğramışsa, bunu tazmin etmek zorunda kalır.

Olanaksızlık, borçlunun kusuruna dayanıp dayanmamasına değil, genel olarak borçlunun bu olanaksızlıktan sorumlu tutulup tutulmayacağına göre sınıflandırılmalıdır. Nitekim, TBK'nun 136. maddesinde kullanılan sözcükler de bu görüşü desteklemektedir. Yani, yasa kusursuz olmayı değil, sorumlu olmamayı aramaktadır.

Şüphesiz geçici olanaksızlığın varlığı, beraberinde tarafların bu sözleşmeyle ne kadar süre bağlı kalacakları sorununu getirir. Bu konudaki kural "ahde vefa, söze sadakat" ilkesi gereği tarafların sözleşmeyle bağlı tutulmasıdır. Ancak bazı özel durumlar vardır ki, tarafları o sözleşmeyle bağlı saymak hem onların ekonomik özgürlüklerini engeller, hem de bir başkası ile sözleşme yapma fırsatını ortadan kaldırır. Uygulamada, geçici olanaksızlık durumunda tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine "akde tahammül süresi" denilmektedir. Bu sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğini de her somut olaya göre ve onun çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

Genelde temlik borcu doğuran sözleşmelerden olan satım sözleşmelerinde satış konusu olan malın, sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olmasına ya da satıcının malvarlığında bulunmasına gerek yoktur. Bu itibarla ilerde yapılacak veya üretilecek yahut hâsıl olacak şeyler de satışa konu oluşturabilir. Bir başka anlatımla, satıcı başkasına ait şeyleri de satabilir. Eğer satıcı başkasına ait şeyi satmış ve ifa zamanına kadar da o şey üzerinde tasarruf yetkisini elde edememişse ve bu yüzden borcunu yerine getiremiyorsa, ademi ifa nedeniyle tazminat ödemekle yükümlü tutulabilir (TBK. md. 112).

Geçersiz sözleşmelerde ise, taraflardan her biri diğer tarafın ifa ettiği edimi (zenginleşmeyi) geri vermekle yükümlüdür. Bu aşamada, iade yükümlülüğünün zenginleşenin mal varlığının azalmasına yol açmaması önemli bir unsurdur. Dolayısıyla, zenginleşen; iadeden sonra, zenginleşme meydana gelmeseydi, içinde bulunacağı ekonomik durumdan daha kötü veya zararlandırılmış, fakir bir duruma düşmemesine dikkat ve özen gösterilecektir.

Bu tür işlemlerde amaç; davalının edindiği çoğalma sonucu, tüm malvarlığında meydana gelen artışın iadesinden ibarettir.

Zenginleşmenin kapsamı belirlenirken, edinenin (müktesibin) malvarlığında oluşan çoğalma ile azalmanın karşılaştırılması yapılmalı, böylece, kazanç ve farkın oluşturacağı sonuç, zenginleşmeyi ortaya koymalıdır.

TBK'nun 79/1. maddesine göre; zenginleşen elinde kalanı iade ile yükümlü olacaktır. Belirtilen ilkeler altında zenginleşme saptanırken; malvarlığının, haksız yere artmasına neden olan tüm ihtimal ve olgular (en önemlisi enflasyon) ile nedensellik bağı kurulabilen ve zenginleşenin malvarlığında değişmelere yansıyan bütün olaylar iadenin miktarını tayinde gözden kaçırılmamalıdır. Şu da var ki, bu işlemlerde, yargıcın geniş takdir hak ve yetkisinin varlığı tartışılmaz. TBK. md. 114 yollamasıyla uygulanması gereken TBK.'nun 51 ve 52. maddelerindeki, haksız eylem tazminatında yargıca büyük takdir yetkisi tanıyan kurallar, geri verme borcunun kapsamının belirlenmesinde, kıyas yoluyla uygulanacaktır. Görülüyor ki; geri verme borcunun kapsamı, borçlunun (zenginleşenin) durumunu ağırlaştırıyorsa yargıç bunu hakkaniyete uygun bir ölçüye indirebilecektir.

Kural olarak başkasının zilyetliğindeki tapuda kayıtlı olmayan taşınmazların satışı ve başkasına ait tapuda kayıtlı taşınmazların noter tarafından düzenlenen satış vaadi sözleşmesi ile satışı, kişisel borç doğuran bir sözleşme olması nedeniyle geçerlidir. Bir başka deyimle, borç doğuran bir sözleşmenin geçerliliği, hiç bir zaman satıcının satış

tarihinde veya daha sonra o şeye malik olması koşuluna bağlı değildir. Vaatte bulunanın, satış vaadinin konusunu oluşturan taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin varlığını aramak da gerekmez Maliki olmadığı bir taşınmazı satmış bulunan kişi aleyhine açılacak (ifa ve mülkiyetin alıcıya geçirilmesi) davasının redle sonuçlanması, böyle bir satışın TBK.'nun 27.maddesinde öngörülen objektif olanaksızlık nedeniyle geçersiz sayılmasını gerektirmez. Çünkü, böyle bir sözleşme, (borç doğuran) bir sözleşme olarak geçerlidir ve sonuçta sübjektif olanaksızlık nedeniyle tasarrufi işlemin, yani ifanın yerine getirilememesi sonunda meydana gelen zararın tazmini, TBK.'nun 112. maddesi gereğince satıcıdan istenebileceği gibi, eğer bir ceza koşulu kararlaştırılmış ise bunun da ödetilmesi yine TBK.'nun 179. maddesi uyarınca alıcı tarafından istenebilir.

Alacaklının, borçludan istemeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü bulunduğu bir tek edimi, yani bir tek alacak veya borcu içeren hukuki ilişkiye borç veya dar anlamda borç ilişkisi denir. Borç, bir sözleşme ilişkisinden yüklenilen edimlerle sınırlı değildir; bu edimlerin yerine getirilmemesinden veya sözleşme dışı haksız eylemden doğan tazminat alacağı da borç kavramı içindedir. Borçlar Yasasının 112. maddesine göre alacaklının, borçludan borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat isteyebilmesi için, bu yüzden bir zarara uğramış olması gerekir. Sözleşmeden kaynaklanan zarar olumlu zarar olacağı gibi, olumsuz zarar da olabilir.

Olumlu zarar; borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse, bu durumla eylemli durum arasındaki farktır. Başka bir anlatımla, olumlu zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır. Kuşkusuz kâr yoksunluğunu da içine alır.

Borcun yerine getirilmesinin kusurla olanaksız duruma gelmesinde, direnime düşen borçludan, gecikmiş ifa ile birlikte gecikme dolayısıyla tazminat istenmesinde, yahut borçlunun direnime düşmesi durumunda ifadan vazgeçilip, ifa yerine tazminat istenmesinde ve sözleşmenin olumlu biçimde ihlalinde, olumlu zararın giderimi söz konusu olur.

Borçlar Kanununun 125.maddesine göre, sözleşmelerde borçlunun direnimi (temerrüdü) sonucu borç yerine getirilmemişse alacaklıya üç yetki tanınmıştır. Alacaklı; her zaman için ifa ve gecikme tazminatı isteğinde bulunabilir; derhal ifadan vazgeçip olumlu zararının tazmini isteyebilir veya ifadan vazgeçip akdi fesheder ve olumsuz zararını isteyebilir.

Olumlu zarar, alacaklının ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemesi durumunda söz konusu olur; sözleşme ortadan kalkmamaktadır, yalnız alacaklının ifaya ilişkin talep hakkının yerini olumlu zararının tazminine dair talep hakkı alır. Burada sözleşmenin feshedilmesinden değil, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın söz konusu olduğu göz ardı edilmemelidir.

Olumsuz zarar ise, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır.

Bir zararın oluşması, ona neden olanın tazminat ödeme yükümlülüğünü doğurur. Başlangıçta geçerli olarak kurulmuş olmasına rağmen daha sonra sözleşmenin ifa edilmesinin olanaksız olduğunun anlaşılması durumunda, tazminat miktarı belirlenirken zarar görenin gerçek zararının esas alınması zorunludur.

Burada ilke şu olmalıdır; zarar doğurucu eylem, zarar görenin malvarlığında ne miktarda bir azalmaya neden olmuş ise, zarar verenin tazminat borcu da, o miktarda olmalıdır. Öyle ise, oluşan gerçek zarar ne kadarsa, tazminat da o kadar olacaktır. Bir başka deyişle, ödenecek tazminat o miktarda olmalıdır ki, eğer zarar verici eylem gerçekleşmemiş olsaydı, zarar görenin malvarlığı ne durumda olacak idiyse, ödenecek tazminatla, aynı durum tesis edilebilirdi.

Burada, iadenin gerçekleştiği andaki değil, iadenin talep edildiği andaki zenginleşme miktarı bu borcun kapsamını belirlemelidir¹⁷.

17 HGK. 29.9.2010, 386/427.

Olumlu zararı da olumsuz zararı da hak edebilmek için, borçlunun direnime düşmesi/düşürülmesi gerekir. Borçlu, direnime düşmede kusuru bulunmadığını kanıtladığı takdirde, tazminat ödemekten kurtulacaktır.

Örnek olaylarla açıklayalım:

Örnek Olay: 1

Davacı, satış vaadi sözleşmesinin konusu olan bağımsız bölümlerin adına tescilini, mümkün olmadığı takdirde bedelini istemektedir. Oysa binanın inşaat ruhsatı ve projesi yoktur.

TBK. md. 29. maddesinden alan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri iki tarafa borç yükleyen ve kişisel hak sağlayan sözleşme türündendir. Sözleşme ile mülkiyet devir borcu yüklenen satıcı edimini yerine getirmezse, vaad alacaklısı Türk Medeni Kanunu'nun 716. maddesi uyarınca açacağı tapu iptali ve tescil davasında borcun hükmen yerine getirilmesini isteyebilir. Diğer yandan; mülkiyet aktarımı istemiyle birlikte kademeli taleple tazminat isteğinin öne sürülme olanağı da vardır.

İmar Kanunu'nun 21. maddesi hükmünce Yasa'nın 26. maddesinde sayılan İstisnalar dışında her türlü inşaat için yetkili merciden yapı ruhsatı alınması, inşaatın tasdikli projesine uyularak yürütülüp tamamlanması gerekir. 32. maddeye göre ruhsat alınmadan başlamış inşaat veya alınmış olsa da ruhsat ve eki projelere aykırı olarak meydana getirilen yapı uygulamadaki deyimiyile "kaçak inşaat'dır. Bu tür yapıların yıkımı ve ilgilileri hakkında 42. maddeye göre cezai yaptırım uygulanması gerekir. Yıkımı gereken bu tür yerlerin ekonomik değer olarak düşünülme olanağı bulunmadığından, kaçak yapıdan bağımsız bölüm tescili istenemez.

İfa borcu, sona erdiren nedenlerdendir. "İfa", borç ilişkisinde borçlunun yüklendiği "edim"i, kaynağındaki ve yasadaki esaslara uygun olarak yerine getirilmesidir. İfanın konusu borç ilişkisinin konusundan, yani edimden başka bir şey değildir. Kural olarak alacaklı

kendisine verilmesi (veya yapılması) gereken şeyden başka bir şey isteyemez, verilmek istenen başka şeyi de kabule zorlanamaz. Borcun ifa olanağı olduğu sürece borçlu borcunu yerine getirmekten kaçınıyorsa alacaklı onu ifaya zorlayabilir.

Borcun ifa edilmemesi, borçlunun sözleşmenin kendisine yüklediği ifa yüküne karşı bir davranış içinde olmasını anlatır.

Bu durumda borçlu ya borcu ifa olanağını kendi kusuru sonucu yitirmiştir, ya borcu yerine getirme olanağına sahip olduğu halde haklı bir neden bulunmaksızın, ifadan tüm olarak kaçınmaktadır veya ifa etmiştir ama bu ifası noksandır, ayıplıdır ya da borçlu ifada kusurlu olarak gecikmiştir.

Kural olarak borcun ifa edilmemesi borçlunun sorumluluğu sonucunu meydana getirir ve borcun ifa edilmemesinde borçlu "kusurlu" kabul edilir. TBK. md. 112-116 ivedili borcun yerine sonuçlarını düzenlemiştir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin herhangi bir nedenle ifa edilmemesi sonucu, vaad alacaklısı, alacağını kısmen veya tamamen elde edemez. Dolayısıyla edimin yerine getirilmemesi nedeniyle zarara uğrar¹⁸.

Örnek Olay: 2

Davacı arsa sahibine ait dükkanın sözleşmede kararlaştırılan 75.62 m2. yerine -17.62 m2. küçük olarak 58 m2. Yapılmıştır. Davacı tazminat davası açmıştır.

Sorunun özü, arsa sahibine ait dükkanın sözleşmede kararlaştırılan 75.62 m2. yerine -17.62 m2. küçük olarak 58 m2 yapılmış olmasının "eksik iş"mi, yoksa "ayıp" mı olduğu noktasında toplanmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, mesleki bilgi ve deneyimiyle işin sonuçlarını, özellikle ekonomik çıkarını arsa sahibinden daha iyi değerlendirebilecek durumdadır. Keza yüklenicinin

18 14. HD. 19.11.2007, 12891/14441.

sözleşmede öngörülenle, imal ettiği eserin, değer ve amaca elverişlilik bakımından aynı olmadığı durumlarda, yaratılan farkın başlangıçta arsa sahibinin aynı ücretle sözleşme yapmasına engel olacağını da bilebileceği kuşkusuzdur.

Kararlaştırılan edimlerin sözleşmedeki koşullara uygun biçimde yerine getirilmesi "ahde vefa" (pacta sunt sententa) ilkesi gereğidir. Dürüstlük ve doğruluk kuralına uyulmuş olması da, noksansız ifayla gerçekleşir.

Somut olayda, davalı yüklenici, akdi yükümlülüğünü bilmesine rağmen eseri isteyerek ve kendi yararına noksan şekilde yerine getirmekle iyiniyetli sayılamayacak bir tutum izlemiştir.

Davacıya ait bağımsız bölümün yüzölçümünü cm. karesine değin hesapla, işe başlamış, sonuçta ise 75.62 m2. yerine 58 m2.'lik dükkan teslim etmiştir. Bu durumuyla da sözleşmenin ihlal edildiği ve gereği gibi yerine getirilmediği açıktır.

Borçlar Kanunu, satış, kira ve eser sözleşmelerinde ayıplı ifayı özel olarak düzenlemiştir. Bu nedenle ayıplı ifa hallerinde TBK.nun 112. maddesine göre "gereği gibi ifa etmemeye" dayanılarak istemde bulunup bulunulamayacağı tartışmalıdır.

TBK.nun 475 ve 477. maddelerinde öngörülen muayene ve ihbar külfetine katlanmayan iş sahibinin, ayıptan ötürü hakkının düşecektir. Davacıya teslim edilen bağımsız bölümün, kararlaştırıldan küçük yapılmasının ayıp sayılması durumunda böyle olmasına rağmen, bu durumun eksik iş olarak kabulünde TBK.nun 112. maddesine dayanılarak istemde bulunulabileceği tartışmasızdır. Eksik işte, noksan ifa halinde teslimde çekince koymaya, muayene ve ihbara gerek bulunmamaktadır.

Satım ile eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde yakın benzerlik varken, taşınmaz satışında yüzölçümünün eksik çıkmasını ayıp sayan BK.nun 215. maddesi hükmüne, benzer bir hükme eser sözleşmesinde yer verilmemiştir. Yüzölçümündeki noksanlığı satıma hasren vasfa ilişkin ayıp sayan bu hükmün, eser sözleşmesinde de uygulanması gerekmez.

Anlatılan nedenlerle, inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir.

İnşaat davacı arsasında yapıldığından eseri red olanağı olmayan arsa sahibi, çoğu kez taşıyıcı duvarın varlığı, statik hesaplar, komşu bağımsız bölümün el değiştirmesi vs. zorunlu nedenlerle aynen ifayı, eksikliğin giderilmesini isteme olanağından da yoksundur.

Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi gibi durumlarda ise "değişik eser" in (aliud) varlığı söz konusudur. Kuşkusuz bu durumlarda da borcun ifasına dair genel hükümlere başvurulabilecektir.

Bu bakımdan, yüklenici tarafından bağımsız bölümün kararlaştırıldığından küçük yapılması durumunda teslimde çekince koymaya, ya da ihbara gerek olmaksızın eksik ifadan ötürü genel hükümlere göre TBK. nun değişik 147/son maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresinde dava açılacaktır¹⁹.

Örnek Olay: 3

Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca eksik imalat bedeliyle gecikmeden kaynaklanan zararın ödenmesi istemiyle açılmıştır. Gerek mahallinde yapılan incelemede, gerekse belediyeden alınan cevabi yazılarda, inşaatka kaçak kısımlar bulunduğundan mevcut hali ile iskan raporunun verilemeyeceği anlaşılmıştır. Kaçak yapılan inşaatka eksik imalat bedeli istenemez ise de, davalı sözleşme uyarınca teslim taahhüdünü yerine getiremediğinden direnime düştüğü tarihten sonrası için davacıların gecikme sebebiyle oluşan kira kaybını ödemekle yükümlüdür. Bilirkişi incelemesiyle dava tarihi arasındaki süreye ilişkin olarak saptanan kira kaybından taleple bağılı kalınarak hüküm kurulması gerekir²⁰.

19 HGK. 9.12.1992, 649/732.

20 15. HD. 15.3.2011, 1478/1539.

Örnek Olay: 4

Dava, yüklenicinin temlik işlemine dayalı tapu iptali ve tescil, ikinci kademedeki istek sözleşmenin yerine getirilmemesi nedeniyle tazminat istemlerine ilişkindir. Temlik sözleşmesinin herhangi bir nedenle ifa edilmemesi sonucu temellük eden alacağını kısmen veya tamamen elde edemez. Dolayısıyla ademi ifa sebebiyle bir zarara uğrar. TBK. md. 112 hükmü uyarınca bu zararın tazmini gerekir. Ödenmesi gereken tazminatın nedeni borçlunun taahhüdünü ihlal etmesidir. Borçlunun taahhüdü genellikle bir sözleşmeye dayanır. Onun için buna (akdi tazminat) borçlunun sorumluluğuna da (akdi sorumluluk) denilir. Buradaki borç bir sözleşmeden kaynaklanmış olduğundan tazminatın muhatabı sözleşmeyi imzalayan ancak sözleşmedeki borcunu yerine getirmeyen taraftır²¹.

Örnek Olay: 5

Bütün sözleşmelerde olduğu gibi kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde de taraflar sözleşmenin kendilerine yüklediği borçları belirlenen zaman ve biçimde ifa etmek zorundadır. Buna göre borçlunun edimini süresinde yerine getirmemesi durumunda gecikme kusuru bulunmadığını kanıtlamadıkça ve alacaklının seçimlik hakkını TBK'nın 125/I. maddesinde belirtildiği gibi ifayı beklemek ve gecikmeden doğan zararlarını istemek şeklinde kullanması durumunda sözleşmede kararlaştırılan gecikme tazminatından sorumludur ve aksine düzenleme yoksa bu miktarın değiştirilmeksizin uygulanması gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin edimini süresinde yerine getirmemesi durumunda arsa sahibinin gecikmeden doğan tazminatı talep hakkı Kanundan doğan bir haktır (TBK. md. 125/I). İstenebilecek gecikme tazminatı ise gecikme sebebiyle arsa sahibinin uğradığı tüm zararlar olup uygulamada asgari olarak gecikilen her ay için mahrum kalınan rayiç kira geliri karşılığı bir miktar para olarak kabul edilmektedir. Sözleşmede gecikme tazminatı belirlenmemiş olsa dahi en az aylık rayiç kira seviyesinde gecikme tazminatının istenmesi mümkündür²².

21 14. HD. 28.3.2011, 2808/3887.

22 15. HD. 24.1.2011, 6894/227.

Örnek Olay: 6

Yüklenici davalı, sözleşmede kararlaştırılan koşullarla, davacıların mülkiyetinde bulunan taşınmaza inşaat yapımını ve onlara zemin katta bir, birinci katta bir, ikinci katta bir ve üçüncü katta çatı piyesi bağlantılı bir dubleks dairenin teslimini yüklenmiştir.

Davada, davacılar, yüklenici tarafından kendilerine imâl edilip teslimi yüklenilen dairelerin noksan yüzölçümlü olarak yapıldığını ve yükleniciye ait dairelerden daha küçük alanlı olduklarını ve ayrıca izolasyon işinin yapılmadığını ortak alanda bulunan merdiven boşluğunun eksik bırakıldığını ve ayrıca teslimde haksız gecikme olduğunu ileri sürerek; fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere; 10.000,00 TL maddi tazminatın ve ayrıca toplam 10.500,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini istemişlerdir. Mahkemece, 4 adet dairenin toplam 27,25 m² olarak küçük yapılmış olduğu ve bundan dolayı davacıların kaybının 20.437,50 TL tutarında olduğu ve ayrıca merdiven demir korkuluklarının üzerine yapılması gereken ahşap küpeştenin de eksik bırakılmış olması sebebiyle bedelinin 1.125,00 TL tutarında bulunduğu kabul edilip; taleple bağlı kalınmak suretiyle, 10.000,00 TL maddi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda davacılar ait dairelerin toplam noksan yüzölçüm miktarı (750,00 TL x 27,25 = 20.437,50 TL) olarak hesaplanmış ise de; bu hesap şekli yüzölçüm noksanlığından kaynaklanan gerçek zararı yansıtmamaktadır.

Bağımsız bölümlerdeki yüzölçüm noksanlığı, "eksik iş" olarak kabul edilmektedir.

Davalı yüklenici, davacılar ait bağımsız bölümleri, sözleşme hükümlerine aykırı olarak ve bu kapsamda noksan yüzölçümlü yapmış olduğundan, sözleşmeyle yükümlendiği edimlerini kısmen ifa etmiş sayılır. Bu nedenle, arsa sahibi noksan ifanın yerine getirilmesini ya da bundan doğan zararının tazminini isteyebilir. Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi gereğince, yanlar arasındaki sözleşme hükümlerine göre,

olması gereken yüzölçümlerdeki daireler ile noksan yüzölçümlü olarak yapılan dairelerin teslimi gereken tarihten itibaren hakkını kullanması için makul bir bekleme süresinden sonraki serbest piyasa rayıçleri itibariyle değerleri belirlenerek; farkların toplamının davalıdan tahsili ile davacılara verilmesi gerekirken; az yukarıda açıklandığı üzere, bilirkişi kurulunca yasal yöntemine uygun olmayan şekilde, değer kaybının hesaplanması ve raporun mahkemece kabulü doğru olmamıştır²³.

23 15. HD. 22.2.2010, 1389/1028.

Ş 3. SORUMLULUK İÇİN KUSURUN DERECEİ

Borçlu, genel olarak her türlü kusurundan sorumludur.

Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir.

İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.

Haksız eylem sorumluluğuna ilişkin kurallar, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık durumlarında da uygulanır (TBK. md. 114).

Kusur, bir kimsenin hukuk düzeni tarafından onaylanmayan/benimsenmeyen davranış biçimidir. Sözleşmeye aykırı davranan kişinin davranışı hukuk düzeni tarafından benimsenmediği için kusurlu sayılmaktadır. Hukuk düzeni sözleşmeye o biçimde aykırı davranışı hoş karşılamış olsaydı, o kişi kusurlu sayılmayacaktır.

Kusur, irade bozukluğunu değil, sorumluluğu anlatır: Sözleşmeye aykırılıktan bir zarar doğmuşsa, o kişinin bu zarardan sorumlu olabilmesi için kusurlu bulunması gereklidir.

TBK. md. 49’da, “kusur ve hukuka aykırılık” üzerinde durmuş, kusurun açılımını yapmamıştır. Kusurun derecesi önemli değildir: Bu kavramın içine kast ve ihmal (tedbirsizlik ve dikkatsizlik) sayılacak kusurun her tür ve derecesi girmektedir. Sözleşmeye aykırılıktan doğan zarardan sorumluluk için, zarar verenin kasten hareket etmesi ile tedbirsiz ya dikkatsiz davranması arasında bir fark bulunmamaktadır. Kusurun ağırlığı veya hafifliği, sorumluluğun değil, zararın miktarını belirlemek bakımından önemlidir: Zarara veren sözleşmecinin kusuru ağır ise zararı giderme sorumluluğu daha ağır, kusur hafif ise zararın kapsam ve miktarın daha hafif değerlendirilecektir.

Önlenemez/öngörülemeyen nedenler, zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusuru nedensellik bağına kesmektedir; bu durumlar da zarar görenin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

Sözleşmesel kusur, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün bile bile veya savsama (ihmal) ile ihlal edilmesinden oluşur. Bir borçlu, edimini yerine getirmek için gerekli bütün işleri yapmak ve borcun gereği gibi ödenmesine engel olabilecek her türlü davranıştan sakınmakla yükümlüdür. Bunların neler olduğu, alışlagelen işlerdeki dürüstlük kuralına göre belirlenir.

Yüklenicinin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, yüklenicinin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını belirlemede önemlidir (TBK. md. 114, 51).

Bir sorumluluğun varlığı, kusurun derecesine bağlı değildir; kusurun derecesi, yalnız sorumluluğun kapsamını belirleme konusunda göz önüne alınır; küçük bir savsamanın varlığı yeterlidir.

Kusurun derecesi şunlardır: a) Kast (bile bile işlemek); eğer borçlu sözleşmeye aykırı sonucun doğmasını istemişse, ortada kast vardır. b) Savsama (ihmal); eğer borçlu sözleşmeye aykırı sonucun doğmasını istememiş olup ta, işlerde alışlagelen özenin gösterilmesiyle bunun ortadan kaldırılması olanaklı iken bu özen gösterilmemişse, ortada bir savsama vardır; dikkatli her insanın, bu sonucun oluşacağını çok güçlü bir olasılık içinde görecektir. Savsama “ağır”dır; eğer tehlike ancak çok tedbirli ve uzağı gören deneyimli bir insan tarafından görülebilecek ve ortadan kaldırılabilir nitelikte ise, gereken önlemin alınmaması durumunda buradaki savsama “hafif”tir.

Borçlunun kendi işlerinde göstereceği özeni göstermesi, ağır savsama ile hafif savsama arasında yer alan bir durumdur: “Kendi işlerinde gösterilecek özen” de temel alınan ölçü, nesnel olmayıp özeldir; yani burada alışlagelen işlerde gösterilmesi gerekli olan dikkat değil, borçlunun kendi işlerinde gösterdiği dikkat ve özen göz önüne alınır²⁴.

Tazminatın belirlenmesinde her şeyden önce kusurun derecesi dikkate alınır. Bunun için TBK. md. 49-52’ye başvurulacaktır:

24 Velidedeoğlu/Özdemir, 226-227.

Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür (TBK. md. 49).

Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler (TBK. md. 50).

Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür (TBK. md. 51).

Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.

Zarara hafif kusuruyla neden olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir (TBK. md. 52).

Bu ilkelerin başlıkları şöyle belirlenebilir:

- Zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.
- Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat etmekle yükümlüdür.
- Farazi zarar değil, gerçek zararın ödetilmesi istenecektir.

- Zararı mahkeme yargıcı belirleyecektir. Yargıç, özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda, bilirkişiye başvuracaktır.
- Tazminat hakkaniyete uygun olacaktır.
- Yargıç zararı ve tazminatı değerlendirirken, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutacaktır.
- Tazminatın kapsamı ve ödenme biçimi değerlendirilirken, durumun gereği ve kusurun ağırlığı göz önünde bulundurulacaktır.
- Yargıç, zararı ve tazminatı değerlendirirken, zarar görenin zararı doğuran eyleme razı olup olmadığını veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olup olmadığını, ya da tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığını dikkate alacaktır.

YARGI KARARLARI

Birleşen davada eksik ve kusurlu işlerin giderilme bedelinin tahsili istemi kapsamında davaya konu edilen sığınak yapımı bedeline de hükmedilmiştir. Dosya içeriğine göre, taraflar arasında düzenlenen sözleşmede, sığınanın arsa sahibine teslim edilecek olan C bloğun bodrum katına yapılacağı ifade edilmişse de, uygulamada aynı parselde bulunan E bloğun altına yapıldığı tespit edilmiştir. Bu durumda öncelikle imar mevzuatı gereğince mevcut inşaat sığınak yapılmasının zorunlu olup olmadığı, zorunlu ise fiilen C blok yerine E blok altına inşa edilmesinin yasaya ne gibi bir aykırılık teşkil ettiği ve bu nedenle arsa sahibinin ne tür bir zararının oluştuğu, arsa sahibinden de sorulup gerektiğinde bilirkişi görüşüne de başvurularak sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, mevcut inşaat için 2. bir sığınak yapım bedelinin arsa sahibine verilmesini sağlayacak şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. Bunun yanında, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, sözleşme konusu inşaat için ortak alan teşkil eden yerlerdeki eksik imalatın giderilme bedelinin arsa sahibinin sözleşmedeki payı nazara alınarak hesaplanması yerine tümünün hüküm altına alınması ve dosya kapsamına göre teslimatın 2006 Aralık

ayında yapıldığı ve iskan ruhsatlarının da bu tarihlerde alındığı, delil tespiti incelemesinin ise 2007 yılında gerçekleştirildiği dikkate alındığında TBK'nun 114 ve 52. maddeleri uyarınca davaya konu taleplerin 2007 yılı serbest piyasa rayiçleriyle hesaplanması yerine, bu hususta her hangi bir açıklama içermeyen bilirkişi raporuna itibar edilerek karar verilmesi de hatalı bulunmuştur **(23. HD. 8.6.2012, 1868/4057)**.

--- --

Arsa sahibi tarafından yapılan delil tespiti ve yargılama sırasında alınan bilirkişi raporlarına göre, arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümlerin tamamlanmadığı ve bir kısım eksikliklerin bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı-birleşen dosya davalısı yüklenici tarafından arsa sahibine ait daireler teslim edilmemiş ve 2000 yılında inşaat tamamlanmaksızın terk edilmiştir. Arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin teslimi söz konusu olmadığından teslim almadan itibaren makul süre içerisinde eksik ve kusurların giderilmesini talep etmemek suretiyle zararın artmasına neden olduğundan söz edilemez. Bu nedenle TBK'nın 114. Maddesi yoluyla 52. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Davacı arsa sahibi teslim edilmeyen bağımsız bölümlerle ilgili dava tarihi itibarıyla eksik işlerin giderilme bedelini isteyebilir. Bu durumda mahkemece, hükme esas alınan raporu veren bilirkişiden arsa sahibine ait bağımsız bölümlerdeki eksik işler giderilme bedelinin dava tarihi itibarıyla miktarı ve birleşen 2001/598 Esas sayılı davada yüklenici adına tesciline karar verilen bağımsız bölümlerin aynı tarihe göre ayrı ayrı değerleri konusunda ek rapor alınıp arsa sahiplerinin açtığı davada dava tarihi itibarıyla hesaplanacak eksik işler bedeline hükmedilmesi yüklenici tarafından tapu iptal ve tescil davasında da TBK. md. 97 hükmünce eksik işleri karşılayacak değerdeki bağımsız bölümler yönünden eksik işler bedelinin ödenmesi koşuluyla tapu iptal ve tescile karar verilmesi gerekirken bu hususlar gözden kaçırılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur **(15. HD. 25.4.2012, 705/2787)**.

- - - - -

Hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda eksik işlerin bedeli davanın açıldığı 2006 yılındaki serbest piyasa rayiçleriyle saptanmıştır. Dosya kapsamından davaya konu bağımsız bölümlere ait yapı kullanma izin belgesinin 31.12.2003 tarihinde alındığı, fiili teslimin ise bu tarihten iki ay sonra 2004 yılı Mart ayında yapıldığı anlaşılmaktadır. Eksik işler bedeline yönelik alacak, eserin fiilen teslimi ile birlikte istenebilir (muaccel) duruma geldiğinden eksik işler bedelinin fiili teslim tarihi olan 2004 yılı Mart ayındaki serbest piyasa rayiçleriyle hesaplanması gerekir. TBK'nun 114. Maddesinin yollamasıyla aynı Kanun'un 52. maddesi uyarınca davanın geç açılmasından kaynaklanan artan zarardan davalı yükleniciyi sorumlu tutmak mümkün olmadığından eksik işler bedeline yönelik hesaplamanın davanın açıldığı 2006 yılı serbest piyasa rayiçleriyle yapılması doğru olmamıştır (15. HD. 19.7.2011, 3663/4753).

- - - - -

Hükme dayanak bilirkişi raporunda davacının 30.12.2007 tarihinde yaptırdığı tespitte saptanan eksik işler tutarı 83.000,00 TL'nin makul olduğu belirtilerek bu bedelin dava tarihindeki endekslere göre karşılığının 90.878,22 TL olduğu, böylece davacının eksik işler bedeli alacağı hesaplanmıştır. Oysa davada, dairelerin tespitten sonra 3 ay içerisinde yaptırılıp 1.3.2008 tarihinde teslim alınabildiğinden bu tarihe kadar kira kaybı ve eksik iş bedeli istenmiştir. Davalı da sürede inşaatı tamamlayıp teslim ettiğini kanıtlayamadığına göre davacının tespitten sonra inşaatı ikmal ettiğine ilişkin mahkeme kabulü yerindedir. Ne var ki, eksik işler bedelinin ikmalinden sonra dava açılması yerine gecikerek dava açmak suretiyle istenmesinin davalı zararının artmasına neden olduğu gözetilmeden 22.1.2009 dava tarihindeki fiyatlara göre eksik işler bedelinin hesaplatılıp hüküm altına alınması TBK'nun 114. maddesi yollamasıyla 52. maddesine aykırı olmuş, kararın bozulması uygun bulunmuştur (15. HD. 19.4.2011, 2378/2389).

- - - - -

Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca eksik ve ayıplı imalat bedelinin tahsili istemiyle açılmıştır. Hükme dayanak raporda tespit raporuna atıfta bulunarak dava tarihi itibarıyla değerlendirme yapılmıştır. Davacı açık ayıpları teslimden sonra makul sürede bildirmek zorunda olduğundan ve dosyada tespit raporundan başka açık ayıplara ilişkin ihbar yapıldığına dair delil bulunmadığından, tanık anlatımlarıyla da ayıp ihbarının yapıldığı kanıtlanamadığından davalının açık ayıplardan sorumlu olduğu kabul edilemez. Ancak gizli ayıpların tespitle ortaya çıktığı anlaşıldığından tespit tarihi itibarıyla bedeli hesaplanmalıdır. Eksik işler bedelinin ise borçlunun zararının artmasına sebebiyet vermeden makul sürede giderilmesi veya bedeli istenmelidir. Öyleyse bu nedenlerle yapılması gereken iş, bilirkişiden ek rapor alınarak açık ayıplar ile gizli ayıpların, eksik işlerin ayrımı yaptırılarak, açık ayıplara ilişkin istemin ve mutfak dolapları sözleşmede yer almadığından buna ilişkin istemlerin reddine, gizli ayıpların (iyi tutkal kullanılmadığından kalkan marley bedeli ile sıhhi tesisattaki ayıplar sebebiyle uğranılan zararların) tespit tarihi itibarıyla bedelini hesaplatmak ve bu miktarı hüküm altına almaktan ibarettir (15. HD. 12.5.2010, 2626/2792).

- - - - -

Taraflar arasında imzalanan 19.09.2006 tarihli sözleşmeyle davalı, kabin alanı 1 m2 olmak üzere 4 kişilik insan asansöründen 3 adet imal ederek montajını yapmayı, malzeme ile montaj hatalarına karşı 2 yıl garanti vermeyi yükümlenmiştir. Asansörler 30.03.2007 tarihinde teslim edilmiş ise de, taban alanları 1 m2'den küçük olduğu, 4 kişilik kapasitede olmadığı tespit raporu ve mahkemece yapılan bilirkişi incelemesiyle sabittir. Davalı yüklenici bu eksikliğin asansör kuyusundaki hatalardan kaynaklandığını belirterek raporlara itiraz etmiştir.

Yüklenici özen borcunun sonucu, imalini yükümlendiği eseri, sözleşmesine, fen ve tekniğine, iş sahibinin amacına uygun yap-

makla yükümlüdür. Öte yandan imalâta ilişkin garanti verilmesi, yasanın aksine, garanti süresinde ortaya çıkacak ayıpların ihbar süreleriyle bağlı kalınmaksızın derhal giderilmesini istemek hakkının varlığını resmen kabul etmektir. Başka anlatımla yüklenici garanti kapsamında bildirilen kusurları gidermek zorundadır.

Yine eser sözleşmelerinde taraflar imal edilecek eserin özellikleri dışında, ölçü ve imal tarzını da kararlaştırabilirler. Bu sözleşmelerde iş sahibi yükleniciden sözleşmede kararlaştırılan bütün nitelikleri taşıyan bir şey beklentisinde olduğundan, yüklenicinin eseri bu beklentilerin tamamını karşılar biçimde imali zorunludur.

Tüm bu genel kurallar çerçevesinde somut olaya dönüldüğünde; asansörlerin sözleşmede kararlaştırılan 1 m2 kabin alanına uygun imal edilmediği, eksik alan bulunduğu, böylece 4 kişilik koşulunu da taşımadığı, amaca uygun bulunmadığı ortadadır. Davacı iş sahibi garanti olmasa bile zamanaşımı süresinde bu eksikliğin giderilmesini isteyebilir. Ancak asansörler 30.03.2007 tarihinde teslim edildiğine göre teslimden itibaren makul sürede eksikliğin giderilmesi veya bedelinin ödenmesinin istenilmesi gerekirken, ayrıca oyalamanın bulunduğu da iddia edilmediğinden davalının zararını arttıracak biçimde 1 yıl bekledikten sonra tespit yaptırılarak dava açılması TBK'nın 114. maddesi yollamasıyla aynı Kanununun 52. maddesine aykırıdır. Öyleyse yapılması gereken iş, 2007 yılı piyasa fiyatlarına göre davacı zararının bilirkişilerden ek rapor alınarak hesaplatılması ve bunun hüküm altına alınmasından ibarettir. Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan, hukuki değerlendirmede yanılığa düşülerek davanın reddi usul ve yasaya aykırı olmuş, kararın bozulması uygun bulunmuştur (15. HD. 7.12.2009, 7736/6602).

Dava, kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin feshi nedeniyle tapu kaydına konulan satış vaadi şerhi ile dahili davalı lehine konulan haciz şerhlerinin terkinin istemine ilişkindir. Dava öncesindeki tespit davasında, alınan raporlarla, inşaatta kullanılan be-

tonun projede öngörülen beton sınıfına uygun olmadığı, yıkılıp yeniden yapılması gerektiği anlaşılmıştır. Yapının yıkılıp yeniden yapılmasının güçlendirmeye göre daha ekonomik olduğu belirtilmekle, yüklenici şirket ve diğer sorumlular yıkım ve yeniden yapım masraflarından sorumludur. Ancak yapıdaki ayıp ortaya çıktığı yıl, yeniden yapımın gerektiği de belirlenmiştir. Davacı zararın artmasına neden olmamak için gerekli tedbirleri almak ve davasını da zamanında açmak zorundadır. Davacının ihmalden dolayı artan zarardan davalıların sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu durumda mahkemece meydana gelen zarar, yani binanın yıkım ve yeniden yapım masraflarının, yapının yıkımının gerektiğinin öğrenildiği tarih fiyatlarıyla ve çimento, beton vs. miktar ve oranlarının sözleşmenin yapıldığı tarihte geçerli olan yılın deprem yönetmeliğine göre hesaplatılarak davalının sorumlu olduğu miktar saptanarak davanın sonuçlandırılması gerekir **(15. HD. 24.4.2008, 7091/2710)**.

— . . . —

Dosyadaki belgelere ve alınan yapı kullanma iznine göre inşaatın 02.07.2001 tarihinde tamamlandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı arsa sahibinin gecikmeden inşaatta mevcut eksikliklerin bedelini dava etmesi gerekirken dava 22.03.2005 tarihinde geç açılmış ve davalının zararının artmasına neden olunmuştur. TBK.nun 114. maddesi yollamasıyla aynı Kanununun 52. maddesi uyarınca davalı artan zarardan sorumlu tutulamayacağından mahkemenin eksik işler bedelini 2005 yılı rayiçleriyle hüküm altına alması doğru olmamıştır. Davacı 2001 yılı rayiçlerinden bu bedeli isteyebileceği için raporda belirlenen 6.336,71 YTL ile 1.615,55 YTL kira alacağı toplamı 7.952,26 YTL.nin davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken fazlaya hükmedilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması uygun bulunmuştur **(15. HD. 17.4.2008, 2359/2545)**.

— . . . —

Yanlar arasındaki sözleşme taraflarca fesih olunmadığından,

davacının, işin teslimi gereken tarihten itibaren kabul edilebilir makul süresi içinde eksik iş bedelini yükleniciden istemesi ya da eksik işlerin giderim masraflarının ödenmesini talep etmesi gerekirdi. İş sahibi davacı, zararın çoğalmasına ve zararı yapanın durumunun ağırlaşmasına neden olmamalıdır. Bu yasal nedenle, mahkemece işin ne kadar süre içinde yapılabileceği ve eksik işlerin giderilmesi süresi bilirkşi kuruluna tespit ettirilerek belirtilen sürelerin toplamından sonraki tarih itibariyle taleple de bağılı kalınarak, serbest piyasa fiyatlarına göre eksik iş bedellerinin saptanması ve yüklenici davalının hakkettiği ödenmeyen iş bedeli varsa tutarının saptanan eksik iş bedelinden mahsubu yapılarak varılacak sonucuna göre davacının dava konusu yaptığı alacak hakkında bir karar verilmelidir (15. HD. 29.2.2008, 1845/1291).

--- --

*Davada, davalıların murisi olan yüklenici Burhanettin Eroğlu ile davacı arsa sahibi arasında noterde düzenleme şeklinde yapılan 08.11.1989 tarihli "Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesi" uyarınca arsa sahibine verilecek olan 6 adet bağımsız bölümün bedelinin yükleniciden tahsiline karar verilmesi istenilmiştir. Daha önce davacı arsa sahibi tarafından, yüklenici aleyhine Aksaray 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2000/279 Esasına kayıtlı olarak açılan davada, mahkemece verilen kararın temyizi üzerine, Dairemizin 08.12.1999 tarihli ilamı ile "davacı arsa sahibinin 6 adet daire bedeli yönünden yüklenici aleyhine ayrıca dava açabileceği" belirtilmiş, bu ilama yönelik karar düzeltme istemi Dairemizin 25.04.2000 tarihli ilamı ile reddedilmiştir. Davacı arsa sahibi o tarihte dava açıp sözleşme uyarınca kendisine verilmesi gereken 6 adet dairenin bedelini 2000 yılı mahalli rayiçlerine göre isteyebilecekken 2001 yılının 7. ayına kadar dava açmak için bekleyerek davalının zararının artmasına neden olmuştur. Bu durum TBK.nun 114. maddesinin yaptığı yollama ile aynı Yasanın 52. maddesine aykırıdır. **Davacı kendi davranışları ile davalıların durumunu ağırlaştırmamak zorunluluğundadır (15. HD. 29.2.2008, 6461/1261).***

- - - - -

Davalı-karşı davacı zararın öğrenildiği tarihten itibaren makul bir sürede zararın tazminini istemeyip davacı- karşı davalı tarafından açılan davadan sonra açtığı karşı dava ile talep ettiğinden zararın artışına sebebiyet vermiştir. Bu tür zararların tazmini, zararın öğrenildiği tarihten itibaren makul bir süre beklenip bu sürenin sonunda istenmesi gerekir. Bu nedenle, olaya TBK'nun 114/son yollaması ile aynı yasanın 52. maddesinin uygulanması gerekir. Durum böyle olunca, bilirkişilerden ek rapor alınarak davacı- karşı davalı tarafından satılan dava konusu 8 adet bağımsız bölümün satıldığı 1992 yılından sonraki dava açılması gereken makul süreye göre ve o tarihte meydana gelen zarar hesap ettirilerek belirlenecek bu miktar hüküm altına alınmak olmalıdır. Mahkemece, bu yön gözetilmeden karşı dava tarihine göre belirlenen zararın hüküm altına alınması doğru olmadığından karar bozulmalıdır (14. HD. 29.1.2008, 12510/552).

- - - - -

Eser, sözleşmesine uygun biçimde yapılmamış ve reddi gerekiyorsa iş sahibi eserin reddini ve ödediği bedelin iadesini talep edebileceği gibi eseri reddetmeyip ayıplı imalatın giderilebilmesi için gerekli bedelin ödetilmesini ve her iki durumda da imalatın hatalı yapılması yüzünden uğradığı zararın davalı yükleniciden tahsilini talep edebilir. Bu nedenle mahkemenin davacının uğradığı iş kaybı sebebi ile tazminata hükmetmesi yerinde ise de davacının iş kaybının 182 gün olarak belirlenmesinde isabet yoktur. Çünkü bilirkişi raporunda makinedeki ayıpların 30 günlük sürede giderilebileceği ve sistemin çalışabilir duruma getirilebileceği açıklanmıştır. Davalı, makinedeki ayıpları gidermeyeceğini bildirdiğine göre bu durumda davacının zararın artmasına neden olmayarak işi en kısa zamanda başkasına yaptırması gereklidir (15. HD. 26.11.2007, 7746/7530).

- - - - -

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, 06.01.2004 tarihli eser sözleş-

mesinden kaynaklanmıştır. Bu sözleşmede davacı işveren, davalı taşerondur. Davacı işveren 20.12.2004 tarihli ihtarla, taşeronun edimlerini yerine getirmediğini belirterek sözleşmeyi feshetmiştir. Alınan bilirkişi kurulu raporunda, işverenin fesihte haklı olduğu, avansı iade etmesi gerektiği gibi fiyat artışından kaynaklanan davacı zararını da ödemesi gerektiği belirtilmiştir. Mahkemece, işin başkasına yaptırılmasına dair sözleşmenin dava tarihinden sonra 28.03.2005'te yapılması nedeniyle fiyat farkının istenemeyeceği, ayrıca projede asıl işverence yapılan değişikliklerin davalıya ek külfet getirmesi karşısında davalının bunları yerine getirmesinin beklenemeyeceği gerekçeleriyle zarar istemi reddedilmiştir. Kural olarak akdi fesihte haklı olan davacı bu nedenle uğramış olduğu zararını da isteyebilir (TBK md. 125/II). Davalının yapmadığı işlerin başka şirkete geç yaptırılmış olması nedeniyle zararın artmasına sebebiyet veren davacı, kuşkusuz bu gecikmesinden sorumludur (TBK 114 ve 52. madde). Öyleyse mahkemece yapılması gereken iş, fesihden itibaren makul sürede işlerin yeniden aynı şartlarda yaptırılması için gerekli bedel ile davalıya sözleşme yapılmamış olsaydı en yakın hangi fiyatla yapılabileceği (kaçırılan fırsat) ek raporla bilirkişiye hesaplatılmalı, aradaki fark (olumsuz zarar) hüküm altına alınmalıdır (15. HD. 17.9.2007, 4727/5370).

--- --

Taraflar arasında 1998 yılında kooperatife ait inşaat yerinin hafriyat işinin 655 milyon TL. bedelle yapımı konusunda eser sözleşmesinin varlığı ve ödemenin tamamen yapıldığı uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, davacının tespit yaptırdığı 15.10.2004 tarihi itibarıyla kararlaştırılan bedel üzerinden işin yapımı konusundadır. Sözleşme tarihinde inşaatın ruhsatının bulunmadığı, 29.06.2001 tarihinde alınabildiği dosyada mevcut 139/44-223 numaralı yapı ruhsatı belgesiyle sabittir. İş sahibi kooperatif bu tarihte hafriyata başlaması için davalıyı uyarmasına karşın oyalayarak işe başlamadığını iddia ve ispat etmiş değildir. Ruhsattan hemen sonra işi başkasına yaptırması mümkün iken 15.10.2004

tarihine kadar bekleyerek zararın artmasına neden olacak biçimde istemde bulunması, TBK.nun 114. madde yollamasıyla TBK.nun 52. maddeye aykırı olmuştur. Öyleyse mahkemece yapılması gereken iş, 2001 yılı rayiç fiyatlarıyla hafriyat bedelinin bilirkişiye hesaplatılması ve bunun hüküm altına alınmasından ibarettir. Bu hususlar üzerinde durulmadan 2004 yılı Bayındırlık birim fiyatlarıyla davanın kabulü bozma nedenidir (15. HD. 16.4.2007, 1666/24673).

--- --

Taraflar arasında karşılıklı edimleri içeren tam yanlı bir sözleşme kurulmuştur. Sözleşmede imal edilecek cihazların teslim tarihi 16.7.1977 olarak tespit edilmiş bulunmaktadır. Davalı bu tarihte cihazları teslim etmediğinden TBK. 117. madde hükmüne göre mütemerrittir, borçlunun direnime düşmesi durumunda alacaklı borcun ifa edilmesi için uygun bir mehil tayin veya uygun bir mehil tayinini yaargıçtann isteyebilir. Bu mehil içinde borç yerine getirilmemiş bulunduğu surette, alacaklı her zaman onun ifasını talep ve gecikme nedeniyle zarar ve ziyan davasını açmak hakkına sahiptir. Bir de akdin icrasından ve gecikme sebebiyle zarar ve ziyan isteğinden vazgeçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden doğan zarar ve ziyanlarını talep etmek veya sözleşmeyi feshetmek hakkını elde eder. Ancak olayda davalının yüklendiği borç yukarıda belirtildiği üzere taraflarca tayin ve tespit edilen bir zamanda ve belli bir süre içinde teslimi kararlaştırılmış olduğundan TBK. nun 1247/3. maddesi gereğince artık ifa için bir mehil tayinine gerek yoktur. Ne var ki, aynı Kanunun 125. maddesinde öngörülen seçimlik haklardan akdin feshi ve uğranılan zararın istenebilmesi için davacı alacaklının akdin icrasından ve gecikme nedeniyle uğradığı zarar ve ziyan isteğinden vazgeçtiğini derhal karşı tarafa bildirmesi gerekir. Bunun nedeni borcun ifa edilmemesinden dolayı ortaya çıkan fiyat farkının fesih tarihindeki rayiçlere göre hesap edilmesi zorunluğundan kaynaklanmaktadır. Öte yandan burada istenebilecek zarar olumsuz olumsuz zarardır. Bilindiği gibi olumsuz zarar, akit hiç yapılmamış olsaydı

malvarlığının bulunacağı durum ile, akdin hükümsüzlüğü sonucu malvarlığının almış olduğu durum arasındaki farktır. Davacı olayda akdin icrasından vazgeçtiğini derhal davalıya bildirmemiş cihazların teslim edilmesi gereken tarihten 2,5 yılı aşkın bir süreden sonra davalıya gönderdiği 29.5.1980 tarihli ihtarnamede ifa için 15 gün süre tanımış aksi halde akdi feshedeceğini bildirmiştir. Bu ihtarın TBK.nun 125. maddesinin 2. fıkrasında yer alan (derhal beyan) anlamında kabulüne olanak yoktur. Davacı peşin ödediği paranın iadesini talep ettiğine ve böylece TBK.nun 125. maddesindeki seçimlik haklardan sözleşmenin feshine, ilişkin yolu seçerek iradesini fesih doğrultusunda kullandığına göre, isteyebileceği olumsuz zarar, sözleşmenin ifasından vazgeçtiğini derhal ihbar etmesi gereken tarihteki rayiç değerler üzerinden hesap edilecek miktardan ibarettir (15. HD. 12.5.1983, 1307/1255).

--- --

Taraflar arasında daha önce görülen 1981/335 E. sayılı davada verilen hükmün kesinleşmiş bulunması nedeniyle, 28.9.1978 günlü inşaat sözleşmesinin batıl olduğunu kabul etmek, hukuken zorunlu ise; gerek yerel mahkeme ilamında, gerekse Özel Daire bozma kararında benimsendiği gibi, olayda, yüklenicilerin meslek adamı niteliği ile gerekli özeni göstermedikleri, davacıların arsası üzerindeki yapının yıkılmasında kusurlu buldukları sabit olduğundan, yıkım nedeniyle doğan zarardan, birinci derecede sorumlu olmaları gerektiği tartışmasızdır. Bu durumda, TBK. nun 114/1. maddesi hükmüne göre, davalı borçlular, hafif kusurlarından dahi sorumlu olduklarından, gerçekleşen hukuki ve fiili olanaksızlık karşısında, davacıların uğradıkları zararın ve ödenecek tazminatın miktar ve niteliğini tanımlamak gerekmektedir. Olayda, davacıların uğradığı zarar, arsaları üzerinde bulunan ve davalılar tarafından yıkılan evin enkaz bedeli değil, kaybedilen şeyin objektif değeri ile, bu yıkım nedeniyle elde edilemeyen kira gelirlerinin toplamıdır. Gerçekleşen zararın nasıl ve ne oranda tazmin edilmesi gerektiği sonucuna gelince; TBK.nun 114/II. maddesi hükmüne göre, haksız fiillerin sorumluluğa ilişkin hükümleri

kıyasen akde aykırı davranışlara da uygulanacağından, kusurun ağırlığı, işin borçlular için fayda sağlayıp sağlamadığı ve haksız eylemlerde söz konusu olan birlikte kusur gibi, tazminatın indirilmesini gerektiren nedenler burada da dikkate alınmalıdır. Olayda davalıların, birinci derecede kusurlu olduğu gözönünde tutularak, tazminatın kapsamı yerel mahkemece belirlenmeli, TBK.nun 51 ve 52. maddeleri hükümleri uyarınca inceleme yapılarak tazminattan indirim yapılması gerekip gerekmediği araştırılıp, gerekiyorsa tutarı saptanmalı, sonucuna göre karar verilmelidir (HGK. 27.2.1985, 74/254).

--- . ---

Davacıya ait binaya 3 milyon 500 bin lira karşılığında 70 m2 panjur yapımının ve "en geç" 1.11.1988 tarihinde tesliminin davalı tarafından üstlenildiği çekişme konusu değildir. Kararlaştırılan ücretten 1 milyon liranın peşin ödendiği de davalıca inkâr edilmemiştir. Ancak, ayrıca çekle 700 bin lira daha ödendiği ve işe başlanılıp bir kısmının da yapıldığı savı ise kanıtlanamamıştır. Olayda iş bedeli için alınan 2 milyon 500 bin liralık çekler, işin yapılmayacağından bahisle davalı tarafından davacıya iade edilmiş ve davacı da bedele mahsuben ödediği parayı geri istemiş olduğundan artık sözleşme ilişkisinin sona ermesi konusunda yanların iradelerinin birleştiğinin kabul edilmesi gerekir. Bu durumda edimin yerine getireceği inancıyla davalıya yapılan ödemenin iadesi gerekeceğinden dava edilen 1 milyon liranın tahsiline, karar verilmesi icap eder. Yine davacı, sözleşmeden dönülmesi sonucu aynı işi daha fazla ücretle yaptırabileceğinden bahisle aradaki farkı da dava etmiş ve bilirkişice bu farkın varlığı belirlenip miktarı gösterilmiştir. Nevarki kesin süreli sözleşmede davalının direngen duruma düşmesini müteakip derhal feshe gidilseydi sözleşme ve teslim tarihi arasında geçen 8 günlük sürede fiyatlarda artıştan söz edilemeyeceğinden, dava tarihine değin beklemekle zararın doğmasına sebebiyet veren (TBK. md. 114, 52) davacının bu isteminin reddedilmesi de doğrudur (HGK. 26.10.1994, 443/643).

--- . ---

Olayda davalı yüklenicinin avans olarak kendisine ödenen paranın yarısından az iş yaptığı ve inşaat yerini terk ettiği sabittir. Bu koşullar altında davacının sözleşmenin 6. maddesinde öngörülen götürü bedel bakiyesini ödemesi beklenemez ve buna zorlanamaz. Nevar ki, davalının artık inşaatı yürütemeyeceği anlaşıldığına göre işveren davacının ihtarnamede belirttiği seçimlik hak doğrultusunda eseri yüklenicinin nam ve hesabına tamamlatması gerekir (15. HD. 17.4.1985, 4504/1303).

Ş 4. SÖZLEŞME İLE SORUMLULUKTAN KURTULMA

I-) Genel Olarak

Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

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

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (TBK. md. 115).

“Kast”tan veya “ağır ihmal”den doğacak sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla ortadan kaldırılamaz.

Buna karşılık, böyle bir sorumluluk dolayısıyla doğmuş olan alaktan vazgeçilebilir.

Bu maddede geçersiz olan durum, sorumluluğu ortadan kaldıran koşul (kayıt) olup, sözleşmenin kendisi değildir; bu sözleşme, TBK. Md. 27’ye göre de bozamaz. “Her türlü sorumluluktan uzak kalma” sözleşme kararlaştırılmışsa, böyle bir durumda ancak hafif kusur ortadan kaldırılmış sayılır. Tazminatın sınırlanması bile, sorumluluktan uzak kalma koşulu konulmuş olduğu oranda, geçersizdir.

Sorumluluğun sözleşme ile ağırlaştırılması, (örneğin, hastalık, kaza, malın çalınması ve benzeri beklenmedik rastlantısal olaylardan sorumluluk) geçerlidir. Bu geçerlilik değerlendirilirken, “aşırı yararlanma”nın düzenlendiği TBK. md. 28’in sınırları gözetilecektir²⁵.

25 İlker Hasan Duman, Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Seçkin Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2013, sf. 784 vd.; Nilgün Başalp, Sorumsuzluk Anlaşması, XII Levha yayınları, İstanbul-2011; Selahattin Sulhi Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1979, 702-709; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, sf. 476-480; Mustafa Reşit Karahasan, Sorumluluk Hukuku/Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, Beta Yayınları, İstanbul 2003, sf. 270-278; Halil Yılmaz, Türk Hukukunda Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuksal So-

II-) Kapsam

Sorumsuzluk sözleşmesi, sözleşmenin ihlalden doğan zararın gerçekleşmesinden önce alacaklı ve borçlu arasında açık veya kapalı olarak yapılan ve ileride alacaklı yararına ortaya çıkma olasılığı bulunan tazminat isteminin doğmasına tamamen veya kısmen engel olan bağımsız olarak veya asıl sözleşmeye ek olarak yapılan anlaşmadır. Sözleşmeciler, sorumsuzluk sözleşmesi ile sorumluluğu doğrulayabilirler, bunun miktar ve kapsamına, doğuracağı sonuçlara açıklık getirebilirler; daha ağır bir sorumluluk öngörebilirler: Sözleşmeciler, sorumsuzluk sözleşmesinde borçlunun sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırıp, tam bir sorumsuzluk anlaşması yapabilecekleri gibi, sınırlı bir sorumsuzluk anlaşması da yapabilirler. Sorumsuzluk anlaşması açık veya kapalı olabilir; ancak borçlunun borcunu yerine getirip getirmemekte serbest olduğuna ilişkin anlaşma sorumsuzluk anlaşması değildir. Borçluyu belirli olayların gerçekleşmesi durumunda (örneğin savaş, deprem veya grev durumunda) edimi yerine getirme yükümlülüğünden kurtaran anlaşmalar da sorumsuzluk anlaşması sayılmayacaktır. Sorumsuzluk anlaşması bir sözleşmedir; alacaklı yönünden bir tasarruf işlemi, borçlu yönünden ise bir kazandırıcı işlemdir. Bu sözleşme ile ileride gerçekleşmesi olası bir tazminat hakkı üzerinde tasarruf edilmektedir. Bu anlaşmanın konusu, alacaklının malvarlığında ileride meydana gelecek bir tazminat (alacak) hakkıdır. Bu sözleşme ile borçlunun malvarlığını kısıtlayan bir tazminat borcu ortadan kalkmakta, böylece malvarlığının azalması önlenmektedir²⁶.

Ağır kusurdan doğan sorumluluk önceden yapılan bir anlaşma ile

rumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, sf. 199; Ayhan Uçar, İstisna Sözleşmesinde Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin yayınları, Ankara 2003, sf. 226-229; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. III, Beta Yayınları, İstanbul 1994, sf.; İzzet Karataş, Eser Sözleşmeleri, Ankara 2004, sf. 89; Vıfzı Veldet Velidedeoğlu, Borçlar kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları, Ankara 1987, 230-231; Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku/ Özel Borç İlişkileri, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1974, sf. 510, 529, 546; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2007, sf. 150, Ali Erten, Haksız Eylemlerde Akidlerde Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası 1977, sf. 260 vd.

26 Eren, III, 259-261; Başalp, 17.

ortadan kaldırılamaz ise de, böyle bir sorumluluk dolayısıyla doğmuş olan bir alacaktan vazgeçmek, TBK. md. 115'in koyduğu yasağa girmektedir. Sorumluluğun sözleşme ile ağırlaştırılması, örneğin, hastalık, kaza, malın çalınması ve benzeri beklenmedik rastlantısal olaylardan da sorumluluk -28. maddenin çerçevesinde olmak üzere- geçerlidir²⁷.

Sorumsuzluk anlaşması sözleşme yapıldığı sırada veya en geç zarar doğmadan önce yapılmalıdır.

Sorumsuzluk sözleşmesinin geçerliliği asıl sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır.

Sözleşmenin geçerliliği özel bir biçim koşuluna bağlı değildir.

Md. 115'te geçersiz olan durum, sorumluluğu ortadan kaldıran koşul olup, sözleşmenin kendisi değildir²⁸.

Borçlunun kastından veya ağır ihmalden dolayı sorumluluğu olmayacağı hakkında önceden yapılan bir anlaşma, her şeyden önce ahlak kurallarına ve sözleşme fikrinin özüne yabancı düşmektedir. Bu bakımdan, borçlunun kasttan veya ağır ihmalden sorumluluğunu kaldıran bir anlaşmayı geçersiz saymakta isabet vardır. Hafif ihmal içinse aynı şey söylenemez. Bununla beraber hafif ihmalden doğan sorumluluğu önceden kaldıran anlaşmaların geçerli olması mutlak bir kural değildir. Borçlar Kanunu bu konuda sosyal bir hukuk anlayışını yansıtan iki önemli istisna koymaktadır (TBK. md. 115/II-III)²⁹.

Sorumsuzluk anlaşması genellikle asıl sözleşme ile birlikte yapılır. Ancak, bu anlaşmanın asıl sözleşmenin kurulmasından sonra yapılması da olanaklıdır. Sorumsuzluk anlaşması, ister asıl sözleşme ile birlikte, ister asıl sözleşmeden sonra yapılsın asıl sözleşmeye bağlı ve asıl sözleşmenin esaslı sayılan noktasına ilişkin olmadığından, asıl sözleşme yazılı geçerlilik koşuluna bağlı olsa bile, sorumsuzluk anlaşmasının aynı şekilde yapılma zorunluluğu yoktur. TBK. md. 116'da

27 Velidedeoğlu, 230.

28 Başalp, 18; Erten, 273.

29 Tekinay, 702-709.

sorumsuzluk anlaşması için bir geçerlilik biçimi öngörmediğinden sorumsuzluk anlaşması TBK. md. 12'deki genel kural gereğince herhangi bir geçerlilik biçimine bağlı değildir. Ancak sorumsuzluk anlaşması da bir sözleşme ve dolayısıyla hiç hukuksal işlem olduğuna göre, uyuşmazlık durumunda HMK. md. 189 ve 193 gereğince belgeyle ispat kuralına bağlı olacaktır.

Borçlunun sorumluluğunu kaldırdığı için kesin geçersiz olan sözleşme hükmü, tüm sözleşmeyi geçersiz duruma getirmez.

Sorumsuzluk anlaşması tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamasıyla oluşur. Böyle bir irade uyuşması olmadan sorumsuzluk anlaşmasından söz edilemez. Bunun sonucu olarak, taraflardan birinin tek yanlı olarak karar altına aldığı bir sorumsuzluk kaydı bağlayıcı nitelik taşımaz. Bu nedenle, bazı satış yerlerinde ya da hizmetlerde, satıcının ya da hizmeti sunan kişinin “doğan zararlardan sorumluluk kabul edilmez, satılan malın bozukluğundan sorumluluk doğmaz; kaybolan eşyalar sorumluluğumuzda değildir” biçimindeki açıklamalar sorumluluğu kaldırmaz ya da kısıtlayamaz.

Borçlunun hiçbir kusurdan sorumlu olmayacağını önceden sözleşilmesi, hafif kusur ile verilen zarardan borçlunun sorumlu tutulmayacağı anlamına gelir; yoksa ağır kusur ile verilen zarardan sorumluluğa etki yapmaz.

Borçlunun belirli zarardan tazminat ödemeyeceğinin önceden sözleşilmesi hafif kusur ile verilen zarar yönünden geçerli olup, ağır kusur sonucu doğan zararın giderilmesi gerekir.

Sorumsuzluk anlaşması, borçlunun sadece hafif kusuruna dayanan davranışlarına ilişkin olmalıdır.

Sorumsuzluk anlaşması, özel bir hükümle yasaklanmamış olmalıdır.

Sorumsuzluk anlaşması, en geç zarar meydana gelmeden önce yapılmalıdır.

Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Ağır kusur derken, (kasıt) ve (ağır ihmal) anlaşılmalıdır. Borçlunun, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini bile bile (bilerek ve isteyerek) yerine getirmemesine (kasıt), sözleşmenin ihlalini istememekle birlikte bunu önlemek için kendisiyle aynı meslek çevresinde bulunan kişilerden aynı koşullar altında istenilen dikkat ve özeni göstermemesine (ihmal) denilmektedir.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek (örneğin avukatlık, doktorluk, noterlik) veya sanat (bankacılık, PTT hizmetleri vb.), ancak yasa veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (TBK. md. 115/III). Bu fıkradaki hüküm, yasa ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebilen her türlü faaliyet için değil, sadece uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek ve sanat için uygulanacaktır. Bir örnek verelim: Amacı konut üretmek ve bunları satmak olan bir kuruluş veya ortaklık (A), konutları yüklenici (B)'ye yaptırmıştır. (A) ile (B) arasında (tek tip) inşaat sözleşmesi vardır. Bu sözleşmede inşaatın eksiklik ve bozukluklarından yüklenicinin sorumlu olduğu belirtilmiştir. (A), yaptırdığı siteden bir meskeni (C)'ye satmıştır. Satış sözleşmesinde, inşaat sözleşmesine yollama (atıf) yapılmıştır. Böylece (C)'nin, eksik ve bozuk işlerden yüklenicinin sorumlu olacağını kabul etmesi sağlanmıştır. (C) daire teslim edildiğinde, birçok eksik ve bozukluğu görmüş, bunun için kendisiyle sözleşme yapan (A)'ya dava açmıştır. Satım sözleşmesinin inşaat sözleşmesine yollama yapması, satım sözleşmesini imzalayan (C)'nin inşaat sözleşmesinde belirtilen sorumluluk hükmünü kabul ettiği benimsenebilir. Bu durumda davanın (A)'ya değil (B)'ye açılması gerekir. Ancak, (C)'ye, (A) ile (B) arasındaki tek tip sözleşmenin okunmasına ve anlaşılmasına olanak verilmemişse, okunsa bile anlaşılması olanağı bulunmuyorsa, anlaşılma olanağı bulunsa bile (yollama hükmüne) itiraz etme hakkı tanınmamışsa veya (A)'nın daha başka biçimde ağır kusurlu davranışına karşın bu davranış ve işlemlerden doğan

(örneğin eksik ve bozuk işten kaynaklanan) sorumluluktan kurtulacağı konusunda sözleşmeye bir hüküm konmuşsa o hüküm geçersiz sayılacaktır (TBK. md. 115/I)³⁰.

Borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşme koşulu, sadece hafif ihmalden doğacak sorumluluk hakkında geçerli olacak, kasıt ve ağır kusurdan doğacak sorumluluk hakkında geçersiz sayılacaktır. Borçlunun belirli miktarda fazla tazminat ödemeyeceği biçiminde bir koşul kabul edilmişse, bu sınırlama borçlunun hafif kusurundan ileri gelen zarar için geçerli sayılmayacak, fakat onun kast veya ağır kusurunun bulunması durumunda, borçluya zararın tamamı ödettilmelidir. Borçlunun kusurunun ağırlığını, yani kastının mı, ağır ihmalin mi yoksa hafif ihmalinin mi var olduğunu saptamak, önüne getirilen her somut olayda yargıca aittir. Yargıç eğer ihmalin hafif olduğuna karar verirse, sorumsuzluk koşulu geçerli, ağır olduğuna hükmederse sorumsuzluk koşulu da geçersiz olacaktır.

TBK. md. 115/II-III, sorumsuzluk koşullarının hükümsüzlüğünü yargıcın takdirine bırakmamıştır. Bu hükmün dışında kalan durumlar-

30 Toplu Konut İdaresini örnek gösterebiliriz. Bu idarenin temel görevleri 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu ile belirlenmiştir. İdarenin kuruluş aşamasında 2985 sayılı Kanunun verdiği görevler şunlardır: Devlet garantili ve garantisiz iç ve dış tahviller ile her türlü menkul kıymetler çıkarmak; yurt içi ve yurt dışından, Toplu Konut İdaresi'nce kullanma alanlarında yararlanmak üzere kredi almaya karar vermek; konutların finansmanı için bankaların iştirakini sağlayacak tedbirleri almak, bu amaçla gerektiğinde bankalara kredi vermek, bu hükmün uygulanmasına ilişkin usulleri tespit etmek; konut inşaatı ile ilgili sanayi veya bu alanlarda çalışanları desteklemek; özellikle kalkınmada öncelikli yörelerde bulunan konut inşaatıyla ilgili şirketlere iştirak etmek; Gerektiğinde her çeşit araştırma, proje ve taahhüt işlemlerinin sözleşmeyle yaptırılmasını temin etmek; Kanunlarla ve diğer mevzuatla verilen görevleri yapmak. 06/08/2003 tarih ve 4966 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle, Toplu Konut İdaresinin 2985 sayılı Kanunla tanımlanan görevleri arasına yeni görevler eklenmiştir. Bu görevler şunlardır; Konut sektörüyle ilgili şirketler kurmak veya kurulmuş şirketlere iştirak etmek; ferdi ve toplu konut kredisi vermek, köy mimarisinin geliştirilmesine, gecekonduların dönüştürülmesine, tarihi doku ve yöresel mimarinin korunup yenilenmesine yönelik projeleri kredilendirmek ve gerektiğinde tüm bu kredilerde faiz sübvansiyonu yapmak; yurt içi ve yurt dışında doğrudan veya iştirakleri aracılığıyla proje geliştirmek; konut, altyapı ve sosyal donatı uygulamaları yapmak veya yaptırmak; İdareye kaynak sağlanmasını teminen kar amaçlı projelerle uygulamalar yapmak veya yaptırmak; doğal afet meydana gelen bölgelerde gerek görüldüğü taktirde konut ve sosyal donatıları, altyapıları ile birlikte inşa etmek, teşvik etmek ve desteklemek; Hazineye ait arazileri bağlı olduğu Bakan ve Maliye Bakanı teklifi ve Başbakan onayıyla bedelsiz olarak devralmak.

da ise, yargıca önemli görev düşmektedir. Yargıç, takdir hakkını kullanırken, adalet kurallarını göz önünde bulunduracak, sözleşmecilerin çatışan çıkarlarını dikkate alacak, borçlunun hangi koşullar altında sorumsuzluk koşulunu alacaklıya kabul ettirdiğini, alacaklının kabul beyanının kabul iradesine uygun bulunup bulunmadığını araştırarak ve sonuçta adil bir biçimde kararını verecek, hafif ihmalden doğacak sorumluluktan kurtulma koşulunu geçerli veya geçersiz sayacaktır. Ekonomik yönden güçlü olan tarafın sözleşmeye koydurtmak istediği, bir bakıma zorla kabul ettirilmek istenen bu koşullar, sözleşmenin öbür tarafının haksız zararını doğurduğu takdirde, yargıç tarafından hükümsüz sayılabilecektir. Bir sözleşmede sözleşmecilerden birinin çıkarının tek taraflı olarak, öbür sözleşmecinin zararına, göz önüne alınmışsa, yani sözleşmecilerin karşılıklı çıkarlarında bir uyuma yok ise, haksız zarar var demektir. TBK. md. 115/II-III dışında kalan durumlarda yargıca takdir hakkı verilirken, durum ve koşulların değerlendirilmesinden söz edilmemektedir. Sadece hukuksal sonucun saptanması yargıcın takdir hakkına bırakılmıştır ve ona, bu kararında uyması gereken sınırları da aynı madde tarafından gösterilmiştir³¹.

Eser sözleşmesinde bozukluk nedeniyle sorumluluğu düzenleyen hükümlerde bozukluktan dolayı iş sahibine tanınan haklar sistemi buyurucu nitelikte olmadığından, kusur sorumluluğu ve garanti sözleşmeyle değiştirilebilir. Başka bir anlatımla, yüklenicinin eser sözleşmesindeki ana ve yan edim yükümlülükleri sözleşmeyle sınırlandırılabilir³².

Bir inşaatın genişliği veya güçlüğü nedeniyle bağımsız bir inşaat idarecisi gerekli olduğu halde iş sahibi bu işi bizzat üzerine almışsa, eserin bozukluğundan iş sahibi de ortak kusurlu sayılmalıdır. Bu yüzden etkili bir kontrol yapmayan iş sahibi, yüklenicinin kusuru ile doğmuş zararın bir parçasından sorumludur. Yükleniciye yüklenmiş bu kusurlu sorumluluk, anlaşma ile daha da sertleştirilebilir; örneğin, işin

31 Erten, 262-267

32 Uçar, 227; Başalp, 374.

iyi bir biçimde meydana getirileceği garanti edilmişse, yüklenici kusuru bulunmasa da sorumludur. Bu sorumluluğun anlaşma ile hafifletilmesi de olanaklıdır ve bu anlaşmaların geçerliliği, yüklenicinin kendi kusurundan doğacak sorumluluk söz konusu ise, TBK. md. 115; kullandığı yardımcı kişilere ait ise TBK. md. 116'daki koşullara bağlıdır. Sonuncu madde, özellikle işin alt yüklenicilere verilmesi durumunda uygulanacaktır. Kuşkusuz, iş sahibi, zararın doğduğunu öğrendikten sonra dilediği zaman tazminat hakkından vazgeçmeğe yetkilidir³³.

Eserin bozuk olarak teslimi durumunda, iş sahibine seçimlik haklar tanıyan TBK. md. 475 tamamlayıcı bir hukuk kuralıdır. Yüklenicinin eserdeki bozuklar dolayısıyla sorumluluğu, onun eseri teslim borcundan doğan en önemli bir yan borcu olup bu borç eseri teslim borcunun hem bir sonucu hem de bir tamamlayıcısı olmaktadır. Dolayısıyla yüklenicinin yan borcuna aykırı hareket etmesi durumunda iş sahibine tanınan haklar, TBK. md. 115'e aykırı düşmemek kaydıyla bir anlaşma ile önceden sınırlandırılabilirdiği gibi, tümüyle kaldırılması da olanaklıdır³⁴. Buna iki örnek verelim:

Birinci örnek: Eserin bozuk olması durumunda iş sahibinin sadece bozukluğun giderilmesini isteyebileceğine ilişkin bir anlaşma, kısmi vazgeçme anlamı taşıyacaktır. Fakat bu durumda bozukluğun giderilmesi olanağı bulunmaz ve yüklenici kusursuzluğunu kanıtlayamaz ise, iş sahibi elbette ki tazminat isteyebilecektir. Sonra bu haklardan vazgeçme, örtülü de olanaklıdır; örneğin iş sahibinin, yüklenicinin buyruğuna hazır bulundurduğunu bildirdiği eseri kullanması veya başkasına devretmesi dönme hakkından vazgeçme anlamını taşıyacaktır. Hiç kuşkusuz dönmeden vazgeçmede, ücretin indirilmesinden veya tazminattan da vazgeçme anlamı yoktur³⁵.

İkinci örnek: Taraflar, borçlara uygulanacak zamanaşımının, gözden geçirme ve kusurları bildirme sürelerinin ne olacağını, sözleş-

33 Tunçomağ, 510.

34 Uçar, 226-229.

35 Tunçomağ, 529.

mede daha önceden saptayabilecekleri gibi, TBK. md. 475'te iş sahibine tanınan hakları da önceden açıkça veya örtülü olarak daraltabilecekler ya da tamamen ortadan kaldıracabileceklerdir. TBK. md. 475'te, öbür haklar hariç bırakılarak yüklenicinin ihtar olunan kusuru düzeltmesi yükümüne ilişkin anlaşma, kısmi bir vazgeçmedir. Bu haklardan vazgeçilmesinin örtülü olarak gerçekleşmesi de olanaklıdır. Örneğin, iş sahibinin, yüklenicinin emrine hazır bulundurduğunu bildirdiği eseri kullanması veya başkasına devretmesi dönme hakkından vazgeçme anlamını taşır. Ancak dönmeden vazgeçmede ücretin indirilmesinden veya tazminattan da vazgeçme anlamı yoktur. Uygulamada genellikle garantiden doğan hakların, bu arada iş sahibinin zarar ziyan tazminatı hakkının sınırlandırılması yaygındır. Sözleşmede genellikle, dönme, ücretten indirim ve zarar ziyan hakları kabul edilmez ve iş sahibine onarım hakkı tanınarak böylece iş sahibinin garantiden doğan hakları sınırlandırılır. Ancak sınırlandırma yapılırken TBK. md. 221'deki sınırlamanın da göz önünde tutulması gerekir. Buna göre şayet yüklenici iş sahibinden bozukluğu gizlemiş ise bu durumda garanti borcunun kaldırılması ya da sınırlandırılmasına ilişkin önceden yapılan anlaşma geçersizdir. Yine, garanti sorumluluğunu sınırlayan koşulların geçerli olabilmesi için bu konuda yapılan sözleşme veya koşulan genel işlem koşulu olarak değerlendirilebilecek sözleşme hükümleri içerisinde yer almaması gerekir³⁶.

Eser sözleşmesinde bozukluk dolayısıyla iş sahibine tanınan haklar sınırlandırılabilirse de, bu hakların tamamen ortadan kaldırılması iyi niyet kurallarına aykırı sayılacaktır. Zira, böyle bir olanağın yükleniciye tanınması, bu olanağın yüklenici tarafından bir baskı, sömürü aracı olarak kullanılmasına ve dolayısıyla kamu düzeninin bozulmasına yol açabilir.

Sözleşmede hangi olayların zorlayıcı neden olacağı gösterilmiş olan durumlarda bunların dışında kalan bir durum zorlayıcı neden sayılmayacaktır. Fakat böyle bir anlaşma, ancak TBK. md. 115 ve 116'nın çizdiği sınırlar dışına taşmadığı ölçüde geçerlidir³⁷.

36 Uçar, 226-229.

37 Tunçomağ, 546.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, satıcının sorumluluğunun genişletilmesine olanak verdiğini açıkça düzenlemesine karşın, sorumluluğun kaldırılmasını veya sınırlanmasını düzenlememiştir. Konuya şöyle yaklaşılmalıdır:

- Eğer tüketici kusurlu olduğunu bilerek bir mal veya hizmet satın alıyorsa bundan satıcı sorumlu tutulamayacaktır.
- Sözleşmede yer alan sorumsuzluk kayıtları tüketicinin bozukluğu bilmesini sağlıyorsa, satıcı sorumlu tutulamayacaktır.
- Yüklenicinin veya satıcının sorumluluğunu ağırlaştıran kayıtlar geçerlidir.
- Yüklenicinin veya satıcının sorumluluğunu daraltan ya da (TKHK md. 4,f.6 dışında) kaldıran hükümler geçerli sayılmamalıdır. Zira sorumluluğun daraltılması ya da kaldırılması, yasa koyucunun TKHK’da elde etmek istediği amaçlarla bağdaşmaz. Böyle bir olanak, sözleşmenin daha çok bilgi ve uzmanlığa sahip bulunan tarafını oluşturan hizmeti verence (yüklenici tarafından) kolayca kötüye (bası ve sömürü aracı olarak) kullanılabilirler. Onlara, yasanın tanımadığı olanakları kullandırmamak gerekir. Yargıç, imtiyazlı işletmelerin hafif ihmal için koydukları sorumsuzluk kayıtlarını geçersiz kılabilir. Bu nedenle iktisaden zayıf durumda bulunan tüketici karşısında borçlunun (satıcının) sorumluluğunun daraltılması ya da tamamen ortadan kaldırılması geçerli sayılmamalıdır.
- Sözleşmede gizli bozukluklarla ilgili konulacak sorumsuzluk kayıtları geçerli kabul edilmeyecektir.
- Satıcının ağır kusuru (kasıt veya ağır ihmal) dışında, sorumluluğu kaldırıcı kayıtlar kabul edilmelidir.
- Garanti belgelerinde yer alan ve tüketicinin yasadan kaynaklanan haklarını daraltan koşullar geçersiz sayılmalıdır. Tüketickiye garanti veriyorum adı altında onun haklarının sınırlanması bir çeşit hile kabul edilmeli ve garanti belgesinde yer alan tüketicinin yasal haklarını sınırlayan hükümler geçersiz kabul edilmelidir.

Tüketici ancak serbest iradesiyle önceden bir anlaşma ile haklarını sınırlayabilir. Tüketicinin serbest iradesiyle haklarının sınırlandırıldığından söz edilebilmesi için de, tüketicinin haklarını sınırlayan anlaşmanın yazılı biçimde yapılmış, böyle bir anlaşma veya koşulun genel işlem koşulları olarak değerlendirilebilecek hükümleri kapsamaması ve garanti belgesi içerisinde düzenlenmemiş bulunması, sözleşmede tüketicinin sözleşme nedeniyle yasadan doğan haklarının neler olduğu yazılmış ve tüketici bu hakları konusunda uyarılmış, kısıtlayıcı hükümlerin açıkça belirtilmiş olması gerekir³⁸.

Yapı Denetimi Hakkında Kanun uygulamasında durum: Yapı denetim kuruluşu ile yapı sahibi arasındaki güven ilişkisi çerçevesinde yürüyen yapı denetimi etkinliklerinde, sorumsuzluk anlaşması yapılması, yapılan işin ve sözleşmenin amacına ters düşecektir. Zira, yapı denetimi etkinliği kamu güvenliğini yakından ilgilendirmekte ve kamu düzeninin korunmasına hizmet etmektedir. Çünkü yapıların sağlamlığı toplum güvenliğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, toplumun güvenliğine ters düşen ve onunla bağdaşmayan koşul ve anlaşmalar geçerli sayılmayacaktır. Yapı denetim kuruluşunun hafif kusurundan kaynaklanan sorumluluğunun, yapı sahibinin iradesi ile kaldırılması, yapının sonradan sahibi olacak üçüncü kişilerin ve toplumun güvenliğini hiçe saymak anlamına geleceğinden, böyle bir anlaşma geçerli sayılmayacaktır³⁹.

YARGI KARARLARI

Dava, taraflar arasında düzenlenen 4.9.1995 tarihli eser sözleşmesinin ifası sırasında, doğalgaz borusunun tahrip edilmesi sonucu meydana gelen patlamayla dava dışı 3. kişi M.'ye ait otele oluşan hasar nedeniyle ödenen tazminatın davalı yükleniciden rücuen tahsili istemine ilişkindir. Taraflar arasında düzenlenen 4.9.1995 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde "müteahhit, yapı işlerinde işçi sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü hükümlerini yeri-

38 Uçar, 228-231; Başalp, 317 vd.

39 Yılmaz, 199.

ne getirmekle yükümlüdür. Yapı sırasında çıkabilecek kazalardan ve bu kazaların neden olabileceği zararlardan doğrudan doğruya müteahhit mesul olacaktır. Kazaların doğuracağı zarar, ziyan ve tazminatları yüklenici sigortası vasıtasıyla veya tamamen kendi mali mesuliyeti ile karşılar idareden hiçbir hak ve tazminat talebinde bulunamaz." ve 29. maddesinde ise "işin yapımı sırasında ve yapıldıktan sonra 3. şahısların (bütün kuruluşlar, kişiler ve A dahil) yapılan işlere vereceği zararlar sigorta kapsamında olmalıdır. Aksi takdirde bu gibi zararları yüklenici kendi mali mesuliyeti kapsamında gidermekle yükümlüdür. Söz konusu sigortalar nedeniyle yükleniciye herhangi bir ödeme yapılmaz." hükümlerine yer verilmiştir. Sözleşmenin bu hükümlerine göre davalı yüklenicinin gerek 3. kişilerin işe vereceği zararlar, gerekse işin ifası sırasında 3. kişilerin uğrayabileceği zararlar için A Risk Sigortası yaptırmaması ve 3. kişilere verilebilecek zararların doğrudan doğruya müteahhit tarafından karşılanması gerekmektedir. Müteahhit ödemiş olduğu miktar yönünden idareye rücu edemez. Sözleşmenin bu maddeleri aynı zamanda davacı iş sahibi lehine TBK. md. 115 gereğince mesuliyetten kurtulma (beraat) şartı olup, madde hükmüne göre davacı İdare ancak hile veya ağır kusuru varsa sorumlu tutulabilir. Saniğin kendisine bağlı alt birimler vasıtası ile gerekli kontrolleri yaptırdığı ve kontrolör firmanın da bulunduğu, yatırım daire başkanı olan saniğin her imzasının bulunduğu sözleşmedeki işin başına giderek gerekli kontrolleri yapmasının mümkün bulunmadığı, bu nedenle şahsi sorumluluğunu gerektiren cezai bir sorumluluğunun bulunmadığı, yapılan sözleşme ile meydana gelen kaza arasında saniğin cezai sorumluluğunu gerektirecek illiyet rabitasının bulunmadığından bahisle beraat kararı verilmiştir. Tüm dosya kapsamı itibariyle davalı yüklenici ve elemanlarının kusurunun İdareye oranla daha ağır olduğu anlaşılmaktadır. İdarenin iş kanunu kapsamındaki sorumluluğu ile sözleşme ve Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde sorumluluğunun tamamen farklı değerlendirilmesi gerekir (15. HD. 9.11.2004, 1546/5739).

Dava, muris Y.'nin davalının baca temizliği işinde elektrik akımına kapılarak yaşamını yitirmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemiyle açılmıştır. Davalı ile davacıların murisi arasında, baca temizliği konusunda sözleşmenin varlığı tartışmasızdır. Muris yüklenici olup, işinin uzmanı olması gereken kişidir. Bundan dolayı ifa sırasındaki tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Oluşta davalı iş sahibinin hile ve ağır kusurundan söz edilemeyeceğine göre tazminatla sorumlu tutulamaz (TBK. md. 115) ise de ceza mahkemesince, olayda 2/8 oranında kusurlu bulunarak mahkumiyet kararı verildiğinden, sübuta ilişkin ceza mahkemesinin bu kararı hukuk yargıcını bağlar (TBK. md. 74). Öyleyse mahkemece yapılması gereken oluşa ve hakkaniyete uygun bir miktar tazminatın takdiriyle hüküm altına alınmasından ibarettir (15. HD. 8.6.2004, 2915/3208).

--- --

Taraflar arasında yapılan 8 Temmuz 1981 tarihli sözleşmenin 16/e, 17 ve 18. maddelerinde, işin devamı sırasında meydana gelecek kaza sonucunda oluşacak her türlü mesuliyetin yükleniciye ait olacağı kararlaştırılmıştır. Alınan bilirkişi raporlarından olayda davalı işverenin hile veya ağır kusurundan söz edilmediğinden sözleşmedeki (işvereni mesuliyetten kurtaran bu şartın) TBK. md. 115 uyarınca batıl olduğundan söz edilemez. Bu durumda, sözleşme gereği iş kazalarının sonuçlarını üstlenen davacının davalıya rücu edemeyeceği gözetilerek davanın reddi ve mukabil davanın ise tamamen kabulü gerekir (15. HD. 30.6.1992, 2324/3459).

--- --

Mahkemece davacının, iş kazasında ölenin yakınlarına yaptığı ödemenin kusuruna isabet eden kısmının davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Davacı ile davalı arasında eser sözleşmesi mevcuttur. Davalı yüklenici eseri yaparken çalıştırdığı işçi kaza sonucu vefat etmiştir. Ölen işçinin mirasçıları tarafından davacı ile davalı aleyhine iş mahkemesinde açılıp sonuçlanan davada, davacının kusuru %40 olarak saptanmıştır. Kusur oranı İş Kanunu hüküm-

lerine göre iş güvenliği esasları dikkate alınarak belirlenmiştir. Sosyal güvenlik yasaları gereğince işverenle yüklenici, işçiye karşı birlikte sorumlu olduklarından ilk davada saptanan kusur oranı bu davada bağlayıcı nitelikte kabul edilemez. Eldeki dava yanlar arasındaki eser sözleşmesine dayanılarak açıldığından yanların olaydaki kusuru eser sözleşmesi hükümlerine göre belirlenmeli ve sözleşmedeki (meydana gelecek kazalardan yüklenicinin sorumlu olacağına dair madde) TBK. md. 115 uyarınca değerlendirilerek davacının bulunacak kusuru hafif kusur olarak kabul edildiği takdirde ödenenlerin tümüne, aksi takdirde kusur oranında indirilmiş miktarına faiz yürütülecek şekilde alacağın tahsiline şeklinde hüküm tesis olunmalıdır (15. HD. 1.6.2004, 2687/3049; 15. HD. 4.5.2004, 1977/2488; 15. HD. 10.5.1999, 91/1832; 15. HD. 28.5.2003, 552/2785; 15. HD. 21.1.1993, 6085/145).

Ş 5. YARDIMCI KİŞİLERİN EYLEMLERİNDEN SORUMLULUKTA KUSURUN ÖNEMİ

Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.

Yardımcı kişilerin eyleminden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşmayla tamamen veya kısmen kaldırılabilir.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (TBK. md. 116).

“Yüklenicinin borcunu bizzat yerine getirmesinde alacaklının yararı bulunması”, “sözleşmenin öngörmesi”, “somut olayın özelliğinin gerektirmesi” gibi ayırksı durumlar yoksa, yüklenici borcu bizzat yerine getirmekle yükümlü olmayıp, bunun için yardımcı kişiler kullanabilir. Yüklenicinin yardımcı kişiler kullanması, onu, borcun ihlalden doğan sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Sözleşmenin yerine getirilmesinin çeşitli aşamalarının her birinde, yardımcı kişilerin işlediği kusurlar, yüklenicinin sorumluluğu yönünden, ayrı ayrı değerlendirilmemelidir. Yüklenici, borçlarının yerine getirilmesini çeşitli kimseler arasında dağıtmışsa, bütün edimleri kendi yapmışçasına, yardımcı kişilerin tümünün eyleminden sorumludur. Yüklendiği edimleri yerine getirmek için, birçok yardımcıya başvuran yüklenicinin sorumluluğunu, borçlarını bizzat yerine getiren, ya da bir tek yardımcı kullanan yüklenicinin sorumluluğuna oranla, daha az sert ölçülere göre değerlendirmek için neden yoktur⁴⁰.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta, yüklenici, zarara engel olmak için durum ve koşulların gerektirdiği tüm önlemleri almış olsa bile,

40 BGE. 88 II 430 (Kaneti, 210).

yardımcı kişilerin davranışlarından sorumludur. Yardımcı kişi, kendiliğinden ve yüklenicinin talimatlarını hiçe sayarak, zarar verici eylemi işlemiş olsa bile, sonuç değişmez⁴¹.

Yüklenicinin bilgisi altında ve onun rızası ile bir işte yüklenici adına çalışan bütün kişiler yardımcı kişi sayılır. Bir kimsenin kendi yerine vekil bıraktığı kişi, yine borçlunun bütün borcunu veya borcun bir bölümünün ödenmesini kendilerine bıraktığı zanaatçılar bu kavramın içine girer. Yardımcı kişilerin bu işi bir para veya ücret karşılığında veya karşılıksız olarak yapmış olmaları önemli değildir. Ancak yasal temsilciler, vekâletsiz iş gören kimseler ile çalışma alanları karşı tarafın (davalının) kişisel hizmetine ilişkin işlerin görülmesiyle sınırlı kaldığı sürece onun hizmetlileri, yardımcı kişi sayılmaz. Tüzel kişiler, kendi organlarının o tüzel kişiliğe ait işlerde çalıştırdıkları yardımcı kişiler için sorumludurlar⁴². Sorumluluğun koşulları:

Yüklenici İle Arsa Sahibi Arasında Bir Borç İlişkisi Bulunmalıdır: Yüklenici ile iş sahibi arasında bir borç ilişkisi (sözleşme) bulunmalıdır. Borç ilişkisi ve onun dayanağı olan sözleşmenin varlığının açıkça veya yazılı olarak yapılmasına gerek yoktur. Somut olayın özelliği, böyle bir borç ilişkisinin kurulduğunu gösterebilir.

Yüklenici, Borcu Yerine Getirmede ve Bir Hakkı Kullanmada “Yardımcı Kişi” Kullanmalıdır: Borcun yerine getirilmesi veya hakkın kullanılması yüklenici tarafından açık veya örtülü bir iradeyle yardımcı kişiye bırakılmış olmalıdır. Yardımcı kişi, yüklenicinin borcun yerine getirilmesini veya bir hakkın kullanılmasını bıraktığı bütün kişilerdir. Yüklenici ile yardımcı kişi arasındaki hukuki ilişkinin türü önemli değildir. Bu ilişki akdi veya fiili, sürekli veya geçici olabileceği gibi, hısımlığa veya aile birliğine dayanan bir ilişki de olabilir. Yüklenicinin talimatı ya da onayı ile borcun yerine getirilmesi eylemlerine katılan herhangi bir kişi, “yardımcı kişi” diye nitelenir. Burada onayın

41 BGE. 85 II 267 (Kaneti, 209).

42 Velidedeoğlu/Özdemir, 232.

açık ya da kapalı olmasının önemi yoktur⁴³. Yasa, yardımcı kişiden söz edebilmek için, yüklenici ile “beraber yaşayan veya maiyetinde çalışanlar” olmasını yeterli görmüş, yükleniciye bağımlı olması ya da herhangi bir sürede onunla bir hizmet ilişkisi içinde bulunmasını aramamıştır. Yüklenicinin izninin bulunması koşuluyla, bir rastlantı sonucu borcun yerine getirilmesi eylemlerine katılan kişiler de TBK. md. 116’nın belirttiği “yardımcı kişi” sayılırlar⁴⁴.

Yüklenici, borcunu yerine getirirken bir arkadaşından, bir akrabasından, tesadüfen yakınında bulunan bir kişiden yardım almış olabilir: Yardımcı kişi ile yüklenici arasında “emri altında çalışma” ilişkisinin varlığı zorunlu değildir.

Yüklenici edimi yerine getirmesini istemeli veya onaylamalıdır. Yüklenicinin onayı yoksa, ifa yardımcısı da yoktur. Yüklenicinin çağrısı veya başvurusu olmadan, onun iradesi ve onayı dışında ifa faaliyetine katılan kişi, yardımcı olarak adlandırılmaz⁴⁵.

Temsilci, üçüncü kişi değil, yüklenicinin adına ve hesabına hareket eden kişi olduğu için, temsilcinin eylemlerinden doğan sorumluluğa TBK. md. 116 değil, md. 40 ve ardındaki maddeler uygulanır.

Tüzelkişinin organları da, ifa yardımcısı sayılmaz. Onlar, eylem ve kararlarıyla tüzelkişiyi bağlayan kişilerdir. Tüzel kişinin eylem ve kararlarından doğan sorumluluk için TBK. md. 116 değil, TMK. md. 50 uygulanır. Ancak tüzelkişi veya organları borcun yerine getirilmesinde yardımcı kişi kullanmışsa, ancak o zaman TBK. md. 116 uygulanabilir.

“Yardımcı kişiler” yükleniciyle birlikte yaşayan kişiler, işçiler, hizmetliler, borçlu tarafından borcun ifası kendisine bırakılmış bağımsız yükleniciler ve onun işçileri gibi kişiler de olabilir.

Yardımcı, borcu yerine getirme çalışmalarına eylemli olarak ka-

43 Eren, III, 246; Karahasan, Sözleşme Sorumluluğu, 545; Arsebük, 796.

44 Reisoğlu, 288; Kılıçoğlu, 472; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 892 vd; Oğuzman//Öz, 354 vd; Şenocak, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınları, Ankara-1995, sf. 104 vd.; Karahasan, Sözleşme Sorumluluğu, 549.

45 Eren, III, 244.

ılmalıdır; eylemli olarak katılmayan, borcu yerine getirmeyen üçüncü kişi, ifa yardımcısı sayılmaz⁴⁶.

İşin Niteliği Borcun Yerine Getirilmesini Yardımcı Kişiye Bırakmaya Elverişli Olmalıdır: Borç ilişkisi ve işin niteliğine göre, borcun yerine getirilmesi veya hakkın kullanılması yardımcı kişiye bırakılabilmelidir. Yüklenici, borcu bizzat yerine getirmek zorundaysa, borcun yerine getirilmesinin veya borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasının yardımcı kişiye bırakılması borca aykırı ise veya yardımcı kişinin seçilmesinde gerekli özen gösterilmemişse, yüklenici kusurlu sayılır ve sonuç olarak ifanın yardımcı kişiye bırakılmasından ve yardımcı kişilerin eylemlerinden doğan zarardan (yardımcı kişinin hiçbir kusuru olmasa bile) sorumludur⁴⁷. Yasa, işverenin, yardımcı kişilerinin “görevlerinin yerine getirilmesi çerçevesinde” verdikleri zararlardan sorumlu olduklarını belirterek, yardımcı kişinin zarar verici eyleminin sözleşmenin yerine getirilmesi vesilesiyle işlenmiş olmasının yeterli sayılmadığını ve bu eylemin sözleşmenin yerine getirilmesinin kapsamında yer almasının zorunlu olduğunu anlatmak istemiştir. Bu bakımdan, zarar verici eylem ile sözleşmenin yerine getirilmesi arasında, zaman ve yer bakımından bir bağlantının varlığı yetersiz olup, bağlantının görevsel olması zorunludur: Yardımcı kişinin zarar verici eyleminin, sözleşmenin kötü ifası ya da yerine getirilmemesi niteliğini taşıması gereklidir⁴⁸.

İş Sahibi Yardımcı Kişinin Eyleminden Zarara Uğramalıdır: Yardımcı kişi borca aykırı davranışla iş sahibine zarar vermiş olmalıdır: Zarar, borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden veya borçtan doğan bir hakkın hukuka aykırı biçimde kullanılmasından doğmalıdır. Aksi halde, yani yardımcı kişinin iş sahibine verdiği zarar borcun ifasıyla ilgili değilse, borçlunun bundan sorumluluğu söz konusu olamaz⁴⁹. Eğer yardımcı kişinin eylemi; borca aykırı bir davranış niteliğinde olmayıp da borcun yerine getirilmesi “vesilesiyle” işlenmiş, borç

46 Eren, III, 246.

47 Reisoğlu, 289; Dalamanlı, I, 789; Eren, III, 251.

48 BGE. 85 II 267 (Kaneti, 210).

49 Eren, III, 252; Karahasan, Sözleşme Sorumluluğu, 554.

ilişkisi dışında kalan bir eylem ise, yüklenici TBK. md. 116'ya göre sorumlu tutulamaz. Yasa, yüklenicinin, yardımcı kişilerin görevlerinin yerine getirilmesi çevresinde verdikleri zarardan sorumlu olduklarını belirterek yardımcı kişinin zararlandırıcı eyleminin, borcun (sözleşmenin) yerine getirilmesinin kapsamında yer almasının zorunlu olduğunu anlatmak istemiştir. Zarar verici eylem ile sözleşmenin yerine getirilmesi arasında, zaman ve yer yönünden bir ilintinin varlığı yeterli değildir. Aradaki bağlantının “kötü ifa” ya da hiç yerine getirmeme” niteliği taşınması gerekir. Yardımcı kişinin zararlandırıcı eylemi ile borçlunun işinin yapılması arasında, amaç ve görev yönünden sıkı bir bağlantı bulunmalıdır. Eğer zararlandırıcı eylem, yükleniciye ait borcun yerine getirilmesi yükümünü ihlal ediyorsa, zararın, borcun yerine getirilmesinden ötürü meydana geldiği kabul edilmelidir⁵⁰.

Yardımcı Kişinin Haksız Eylemi: Yardımcı kişilerin borcu yerine getirirken yaptıkları (borcun yerine getirilmesiyle ilgisi olmayan) haksız eylemlerinden doğan zarardan yüklenici sorumlu değildir.

Yardımcı Kişi Kusurlu ise, Borçlunun Sorumluluğu: Yardımcı kişi borca aykırı davranışında kusurluysa, yardımcı kişinin eyleminden doğan zarardan, yüklenici “kendisi öyle davranmış gibi” sorumludur. Aksi kanıtlanıncaya kadar, yardımcı kişi davranışında kusurlu sayılır.

Yardımcı kişinin kusuru yok ise onun neden olduğu zararlardan kim sorumlu olacaktır: Yardımcı kişi kusursuz ise, onun eyleminden doğan zarardan borçlu sorumlu tutulabilir mi?

Yüklenicinin sorumlu olabilmesi için, ne yardımcı kişinin ve ne de kendisinin kusurlu bulunması gerekmez. Yüklenicinin yardıma çağırdığı kişi, kusurlu olmayabilir. Yardımcı kişinin elinden gelen tüm dikkat ve özeni göstermiş olması veya yüklenicinin yardımcı kişinin seçiminde, gözetiminde ve talimat vermede kusurunun bulunmaması zarardan yüklenicinin sorumlu tutulmasını önlemez.

Yüklenicinin sorumluluğu, kendisinin veya emrinde çalışan yardımcı kişinin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, kusurdan bağımsız olarak doğar.

50 Karahasan, Sözleşme Sorumluluğu, 554 vd.

Sorumluluğun doğması için, objektif özen yükümlülüğünün ihlaliyle meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması yeterlidir.

Yüklenici, borcu kendi yerine getirmiş olsaydı, zarara yol açan eylemde kusurlu sayılamayacağını ve sorumlu olmayacağını kanıtlayabilirse sorumluluktan kurtulabilir. Yardımcı kişinin kusurunun bulunmaması, objektif nedenlere dayanıyorsa, yüklenici sorumlu olmaz. Yüklenicinin önleyemeyeceği objektif nitelikteki bir olaydan, bir kazadan ya da kaçınılmaz nedenden (mücbir neden) ileri gelen zarardan yüklenici sorumlu tutulamaz. Ancak, borca aykırı davranışta yardımcıının kusurlu bulunmaması onun kişiliğine özgü nedenlere dayanıyorsa, borçlu sorumlu olur. Yardımcıyı kusursuz kılan öznel nitelikteki olaylar yüklenicinin başına gelseydi, onun da kusursuz sayılıp sayılamayacağını araştırılması gerekmez⁵¹.

Bir örnek verelim: Banka benim çalıştırdığım kişi gözü ile imzaları karşılaştırdı, sahte imza asıl imzaya çok benziyordu onun için yanıltmıştır diyerek sorumluluktan kurtulamaz. Banka, doğal olarak bir grafoloji uzmanını istihdam etmeyecektir, ancak çekildiği tarih bakımından bile yüksek meblağ içeren bir paranın talimat ile istenmesi durumunda dışarıdan bir uzmanın yardımına pekâlâ başvurabilir. Bundan başka, mudiye telefon, faks ve benzeri araçlarla durumu duyurarak basiretli bir tacir gibi sahteliği önleyici tedbirlere başvurabilir. Bu en basit tedbire başvurmaması Bankanın objektif özen görevini kötüye kullandığını gösterir. Bankanın, adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluktan kurtulabilmesi için, gerekli özeni göstermiş olsaydı bile zararın gerçekleşeceğini kanıtlaması gerekir. Birer güven kurumu olan bankalar, aldıkları mevduatları sahtecilere karşı özenle korumak zorundadırlar. Bu konuda objektif özen borcunun gereği olarak hafif kusurlarından bile sorumludurlar⁵².

Yardımcı kişinin kusursuzluğunu kişiye bağlı nedenler ve kişiye bağlı olmayan nedenler olarak ikiye ayırmak gerekir:

51 Karahasan, Sözleşme Sorumluluğu, 560-561.

52 HGK. 15.6.1994, 178/398.

- a. Yardımcı kişi olağanüstü durum ve kaçınılmaz nedenlerle (yani kişiye bağlı olmayan, harici ve objektif nedenlerle) borca aykırı davranmışsa, yüklenici zarardan sorumlu olmaz.
- b. Yardımcı kişi sınırlı deneyimiyle zararı önleyememe veya ayırt etme gücünü yitirme durumunda olduğu gibi kişiye bağlı nedenlerle borca aykırı davranmışsa, kendisi kusursuz sayılsa bile, borç bizzat yüklenici tarafından yerine getirilseydi yüklenicinin ehliyet ve tecrübesi nedeniyle borca aykırı davranışı oluşturan eylemde yüklenici kusurlu sayılabilecekse, yüklenici yardımcı kişinin eyleminden doğan zararı ödemekle yükümlüdür⁵³.
- c. TBK. md. 116 uyarınca sorumlu kılınmak istenen kimse, borcun ifasını yardımcı kişiye bırakmakta, onu seçmekte, gözetim altında bulundurmakta ve ona talimat vermekte bir kusuru bulunmadığını ve yardımcı kişinin eylemlerini kendisi yap-saydı, bunun kendisi için de kusurlu sayılamayacağını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. TBK. md. 116'ya göre sorumlu tutulmak istenen kişi, yalnız işi yardımcıya bırakmakta, onu seçmede, ona nezaret etme ve talimat vermede kusurlu olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır; bu konuları kanıtlamaktan başka, buna ek olarak yardımcı kişinin davranışının kendisi için dahi kusurlu sayılamayacağını da kanıtlayacaktır. TBK. md. 116'ya göre, yardımcı kişi kullanan kimse kendi kusurundan sorumlu tutulmadığından, söz konusu sorumluluk nesnel niteliktedir⁵⁴.

53 Von Tuhr, Edege Çevirisi, 589 vd.; Kılıçoğlu, 473; Reisoğlu, 291; Oğuzman/Öz, 358; Şenocak, 213.

54 Tandoğan, 80-81; Karahasan, Sözleşme Sorumluluğu, 567.

YARGI KARARLARI

Davacı, davadan evvel davalı ve müteahhidi aleyhine delil tespiti istemiş ve zarar veren taşlan müteahhidin davalı için çıkardığını bildirmiştir. Dava ise delil tespitine dayanılarak açılmış, ancak müteahhit firmaya husumet yöneltilmemiştir. Davalı, husumet itirazında bulunarak müteahhidi ile arasındaki sözleşmeyi ibraz etmiştir. Sözleşme incelendiğinde "kireçtaşı üretim, nakliyat ve istif" sözleşmesi olduğu, müteahhidin patlayıcıları temin etmek, taş ocağını işletmek, malzemeleri fabrikaya teslim ve istif etmekle yükümlülük altına girdiği, sözleşmenin 10, 11 ve 22. maddelerinde patlayıcı kullanımından, kazalardan işçi ve makinelerin 3. kişilere verdiği zararlardan müteahhidin sorumlu olacağına belirtildiği anlaşılmaktadır. Gerek belirtilen hususlar ve gerekse sözleşmenin bütünü incelenip değerlendirildiğinde, davalı ile müteahhit arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Aralarındaki hukuki ilişkinin hizmet (iş görme) sözleşmesi niteliğinde bulunmaması nedeniyle ve eser sözleşmesinde müteahhidin haksız eylemi nedeniyle iş sahibinin sorumluluğu söz konusu olmayacağından husumet itirazının kabulüne karar verilmesi gerekir (HGK. 20.11.2002, 989/991).

Ş 6. BORÇLU DİRENİMİNDE KUSURUN ÖNEMİ

Vadesi gelmiş bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla direnime düşer.

Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız eylemde eylemin işlendiği, haksız zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu direnime düşmüş olur. Ancak haksız zenginleşenin iyiniyetli olduğu durumlarda temerrüt için bildirim şarttır (TMK. md. 117).

Direnime düşen borçlu, direnime düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür (TMK. md. 118).

Direnime düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur.

Borçlu, direnime düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir (md. 119).

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri direnime düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir (TMK. md. 123).

Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur:

1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa.
2. Borçlunun direnimi sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa.
3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa (TMK. md. 124).

Direnime düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemiş-

se veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.

Kusur, geçerli sözleşmelerde önemlidir; geçersiz sözleşmelerde ise “ademi ifa”dan dolayı alacak ve borç doğmayacağından, kusur üzerinde durmaya da gerek bulunmamaktadır. Zira ancak, geçerli sözleşmelerin yerine getirilmesi veya getirilmemesi, dolayısıyla da direnim söz konusu olabilir; geçersiz sözleşmelerde borçlunun direniminden söz edilemez.

İnşaat ruhsat almadan veya ruhsat ve eklerine aykırı yapılmışsa, teknik kurallara uyulmamışsa (örneğin üç katlı binada kullanılacak demir ve kolon ölçüleri ile on katlı bina yapılmışsa), oda yüksekliği mevzuatın öngördüğünden alçaksa, yeterince ışık almıyorsa, hava bacası bulunmuyorsa, tuvalet ayrı bir bölümde değilse, yatak odası ile mutfak ayrı bölümde değilse, imar durumunda belirtilenden fazla kat yapılmışsa, binanın azami yüksekliğine riayet edilmemişse, yapı taban alanına aykırı oturtulmuşsa, komşu çekme mesafesine aykırı inşa edilmişse, imar planında gösterilen cephe hattının önünde yapılmışsa, bina derinliğine dikkat edilmemişse, çatı meyili, saçak seviyesi, piyesler, koridorlar hakkında imar planında gösterilen ölçülere uyulmamışsa, yapı komşu parselde, yola, kamu hizmet ve tesislerine ayrılmış alanlara taşmışsa, eser eksik ve bozuksa, kesin inşaat yasağı bulunan yerlere inşaat yapılmışsa, onaylanmış proje inşaat sözleşmesine aykırı ise, inşaat onaylanmış projeye uygun olmakla birlikte sözleşmeye uygun değilse, örneğin 100 m² olması gereken bağımsız bölümler 90 m² yapılmışsa, genellikle tarafların amaç, arzu, tercih ve ihtiyaçlarını gösteren teknik şartnameye uyulmamışsa, kötü malzeme ve işçilik kullanılmışsa, sözleşmenin öngördüğü tarihte işe başlanmamışsa, sözleşmenin öngördüğü program ve tempoya uyulmamışsa, sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinde eser teslim edilmemişse, uyarı ve ek süreye karşın yerine getirmeme konusunda direnilmişse vb... yüklenicinin kusurundan söz edilir.

İnşaatın onaylanmış projeye, imar durumuna ve imar mevzuatına aykırı yapılması onaylanmış veya desteklenmişse, yüklenicinin inşaat alanına girmesine ve çalışmasına engel olunmuşsa, kiracının bulunması, imar durumunun uygun olmaması veya benzer nedenlerle arsa teslim edilmemişse, arsa inşaat yapılmasına uygun değilse, yüklenicinin inşaat sürecinde veya teslim tarihinde istemeyi veya almayı hak ettiği bağımsız bölümler kendisine devredilmemişse, inşaata başlanması ve devam etmesi için yapılması gereken yönetsel iş ve işlemler için vekaletname verilmemişse, arsa satılmışsa, gönderilen ihtarname ve açılan davalarla yüklenici rahatsız edilmişse, yükleniciye, inşaata ve sözleşmeye olumsuz yansıyacak sonuç ve zararlar verecek emir ve talimatlar vermişse, yüklenicinin sözleşme sürecini tamamlamaması için birçok yola başvurulmuşsa, arsa sahibinin kusurundan söz edilir.

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

Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, direnimde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir (TMK. md. 125).

Borçlu ancak alacağın ivedili olması durumunda direnime düşürülebilir. Taraflar ödemenin (ifanın) zamanı konusunda bir şey kararlaştırmamışlarsa, alacak doğar doğmaz ivedili olur.

Borçlunun direnime düşürülmesi için, alacağın ivedili (vadesinin gelmiş veya istenebilir) olması ve borçluya bir uyarıda bulunulması (ihtarname gönderilmesi) gerekir.

Uyarı (ihtar);

- a. Vadesi gelmiş (istenebilir) bir edimin yerine getirilmesi için alacaklı tarafından borçluya yapılan bir çağrıdır.

- b. Herhangi bir biçime bağlı değildir.
- c. Yöneltilmesi gerekli bir işlemdir ve borçluya ulaştığı andan başlayarak geçerli olur.
- d. Konusu belirli bir borcun ödenmesine ilişkin bulunacak ve bu borcun içeriğine tam olarak uyacaktır.
- e. Ana borçtan daha çok bir istek için söz konusu ise, gerçek borç miktarı için geçerlidir.
- f. Temsilci tarafından veya temsilciye karşı da yapılabilir.

Uyarının yeri ve zamanı yasayla belirlenmediğinden, dürüstlük kuralları ve tarafların çıkarları göz önünde bulundurularak, her zaman ve yerde yapılabilir. Eğer her iki tarafın çıkarı eşit ise, alacaklının çıkarına öncelik verilir.

Aşağıdaki durumlarda ihtarname göndermeye gerek yoktur:

- a) Borçlu ihtara gerek bulunmadığını kabul etmişse.
- b) Borçlu alacaklıyı bundan müstesna tutmuşsa.
- c) Borçlu borcu ödemek istemediğini alacağın ivedili duruma gelmesinden sonra kesin olarak alacaklıya bildirmişse.
- d) Borçlu edimin ne zaman yerine getirileceğini yalnız kendisi bilmekte ise ve özellikle yerine getirmeyi alacaklının bulunmadığı bir zamanda gerçekleştirmeyi yükümlenmişse.
- e) Taraflar, sözleşme ile, ödeme için (kesinlikle belirlenebilecek veya takvimde saptanabilecek biçimde) belirli bir gün saptamışlarsa⁵⁵.

Borçlunun kusuru, direnim için bir koşul değildir. Bununla birlikte, bu kusur, direnimin, TBK. 118, 119 ve 122. maddeleri uyarınca

55 Velidedeoğlu/Özdemir, 237: "Davacı yüklenicinin, eseri, davalı iş sahibine teslim etmekle sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, eserin parası istenebilir duruma gelir. Fakat direnim faizinin, davalının direnime düşürüldüğü günden hesaplanması gerekir" (15. HD. 23.3.1978, 598/602).

doğan sonuçlarında dikkate alınır⁵⁶.

Alacaklının direnimi söz konusu ise (TBK. md. 106 vd.) borçlunun direnimi söz konusu olamaz.

Borçlunun direnimi her zaman, onun yükümlülüklerine aykırı davranması demektir.

Borçlunun direnimi ancak edimin yerine getirilmesi olanaklı bulunduğu sürece var olabilir. Borçlu borcunun direniminden doğan borçlarla birlikte, yöntemine göre öder veya ödemeye sunarsa, direnim durumu sona erer.

Aşağıdaki durumlarda direnim sona erer:

- Edimin yerine getirilmesi olanaksız duruma gelmişse,
- Borç silinmişse (ibra edilmişse),
- Bir savunma hakkının doğması dolayısıyla borçlu edimi yerine getirmekten yükümlü bulunmuyorsa
- Borçluya bir süre tanınmışsa.

Direnim sona ermiş olsa bile onun hukuksal sonuçları geçerli kalır.

Direnime düşen borçlu;

a) Direnime düşmekte kusuru bulunmadığını kanıtlamadıkça, borcun geç ödenmesinden dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Böyle bir zararın doğması için edimin henüz yerine getirilmediği veya geç yerine getirildiği varsayımına dayanılmaktadır; alacaklı artık edimi kabulle yükümlü tutulamaz. Buradaki zarar, ala-

56 Serozan, 239: "Borçlunun kusuru, yalnız sözleşmeye aykırılıktan ötürü zarar-giderim isteminin değil, fakat, doğrudan doğruya "temerrüdün bir ögesi" olarak, aynı zamanda, sözleşmeden dönme işleminin de bir gereğini oluşturmalıdır. BY'nın 125'nin zarar-giderim isteminde olduğu gibi, dönme yetkisinde de var sayılmadıkça, bu kuralın tutarlı ve adaletli bir yolda yorumlandığından söz edilemez. Unutulmamalıdır ki, dönme de bir çeşit zarar-giderimdir; eğer sözleşmeye aykırılık zarar-giderim eliyle, sözleşmenin ifası sonrası gerçekleşecek durum kurulacaksa, dönme eliyle de, sözleşme öncesi durum kurulacaktır. Her ikisinde de, borçlu için eş ağırlıkta yükümler söz konusudur. Hatta, çoğu zaman, dönme yaptırımının, borçlu için çok daha sakıncalı bir yaptırım oluşturacağı, çok daha ağır sonuçları beraberinde getireceği söylenebilir."

cahlılardan birinin bu gecikmeden dolayı uğradığı zarardır. Bu zarar belirlenirken her şeyden önce, direnime sonucunda doğmuş olan giderler, alacaklının şeyi elden çıkararak yarar sağlaması olasılığı güçlü bulunursa, fiyat ve değerlerde o zamandan bu yana oluşan değişiklikler göz önüne alınır. Zararı gidertme borcu ikinci nitelikte bir borç olup, ana borca eklenir⁵⁷.

b) Beklenmedik durum nedeniyle doğacak zarardan sorumludur. Hastalık, kaza, malın çalınması gibi beklenmedik olay için sorumluluk demek, edimin direnime düştükten sonra ve borçlunun kusuru olmaksızın olanaksız bir duruma gelmesi halinde, borçlunun tazminatla yükümlü tutulması demektir. Böyle bir sorumluluğun söz konusu olabilmesi için direnime düşmede borçlunun kusuru olması gereklidir. Bu kusurun varlığı ise, tersi kanıtlanıncaya kadar, karine olarak kabul edilir.

Borçlu, direnime düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında yerine getirmiş olsaydı bile beklenmedik durumun ifa konusu şeye zarar vereceğini kanıtlayarak bu sorumluluktan kurtulabilir. Ödemezlik durumunda, borçlunun kusurluluğu karine olarak kabul edilir. Fakat borçlu gecikmede kusuru olmadığını kanıtlamak hakkına sahiptir. Borçlu hazırlık işlerini uzun süre geciktirirse veya ödeme işinin kolayca yapılacağını sanmışken, ihtiyatlı bir borçlunun hesaba katması gerekli olan engel ve zorluklar ortaya çıkmış olursa, bu durumlarda borçlunun kusuru vardır. Borcundan haberi olmamak da bir kusur sayılır⁵⁸.

57 Serozan, 239-240: "Alacaklı ile borçlunun çatışan çıkarlarını dengeleyen güven ilkesi çerçevesinde, alacaklının, borçlusunun sözüne bağlı kalacağı yolundaki güveni, BY. Md. 112'de borçlu aleyhine bir "kusur karinesinin kabulü ile, kusurluluğun saptanmasında normatif bir ölçüye uygulanması ile ve nihayet borçlunun, alacaklısının ifa çıkarı dışındaki sonuç zararlarından, işbu zarara yönelik bir kusurlu iradesi bulunmasa bile sorumlu tutulması ile (BY. Md. 118 ve 119) yeterince korunmuştur. Borçluyu, bu alabildiğine geniş sorumluluk çerçevesinin dışında, alacaklının edim sonucuna kavuşmamasından ötürü "her durumda", ne olursa olsun sorumlu tutmanın hiçbir yeri ve gereği olamaz. Borçlunun kusurundan soyutlanmış bir "nesnel direnime" kavramının, borçluluklarının ve borçlarının istenebilirliğini kestiremeyecek durumda olan güçsüzlere yöneltilmiş bir silah niteliği taşımaktadır. Kaldı ki, borçlunun borcunu hiç ifa etmez duruma düşmekten ötürü sorumluluğu bakımından, onun kusurunu arayıp (BY. Md. 112), borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesinden (direnimden) ötürü sorumluluğuna gelince, onun kusurunu aramamak, pek yadırgatıcı bir tutarsızlık olarak da sıırır."

58 Velidedeoğlu/Özdemir, 238-239.

Direnime düşen borçluya süre verilmesi: Alacaklının daha sonra yapılacak ödeme için borçluya bir süre tanıma hakkı vardır. Bunu TBK. md. 117’de öngörülen uyarım ile birlikte yapabilir. Borçlu bu sürenin yetersizliğini öne sürerek itiraz edebilir. Çok kısa bir süre yerine, uygun bir süre verilmelidir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri direnime düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir. TBK. md. 123 vd., borçlunun direniminin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede, sözleşmeye uyan alacaklının haklarını düzenlemektedir. Sözleşme iki taraflı değilse, alacaklı ancak 117 vd.’na göre tazminat isteminde bulunabilir.

Yüklenicinin direnime düşmede kusuru aranmaz. Onun nesnel olarak direnime düşmesi yeterlidir.

Süre açıkça belli olmalıdır. Borçludan ödemenin yakında yapılmasını istemek yeterli değildir; süre herhangi bir kuşkuya yer vermeyecek biçimde açık olarak hesaplanmalıdır.

Süre işlerken, borçlunun direngenlik durumu geçerli kalır. Bunun sonucu olarak, borçlu direnime faizini ve gecikmeden doğan zararları ödemekle yükümlüdür. Alacaklının yaptığı bildirim, borcun yerine getirilmesini istemeye ilişkin olmalıdır. Sözleşmeyi bozma tehdidini ileri sürmek şart değildir.

Süre belirlenmesi, yöneltmesi gerekli bir irade bildirimidir ve karşı tarafa ulaştığı andan başlayarak geçerli olur.

Süre belirlemesi, TBK. md. 124 dışında, sözleşmeyi bozmanın bir koşuludur, fakat tazminat davasının koşulu değildir⁵⁹.

Direnime (temerrüde) düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu yerine getirmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı,

a) Her zaman borcun yerine getirilmesini ve gecikme nedeniyle tazminat isteme hakkına sahiptir.

59 Velidedeoğlu/Özdemir, 244-345.

b) Alacaklı, ayrıca borcun yerine getirilmesinden ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir.

c) Sözleşmeden dönebilir (TBK. md. 125/I-II).

Bu haklardan biri ileri sürülürse, ötekileri sona erer; yani bunlardan birini ileri süren alacaklı, daha sonra bundan vazgeçerek ötekini öne sürmek hakkına sahip değildir. Bu haklardan birini seçme bildiri mi, bildirim sözüne göre değil, mantıksal anlamına, işin gereğine ve karşı tarafın bundan çıkarması gereken anlama göre yorumlanmalıdır. Eğer istem konusu olan şeylerden biri, işin gösterdiği duruma göre, olanaksız görünürse, alacaklının hemen karar vermemesi, onun zararına olarak alacaklıya karşı ileri sürülemez.

Alacaklı ifayı her zaman isteyebilir ve gecikme dolayısıyla tazminat dava edebilir.

İfa davası ancak zamanaşımı ile sınırlanmıştır; bu nedenle alacaklı, sonradan da yeni bir süre belirleyerek TMK. md. 125/I-II’de yer alan seçme hakkını yeniden kullanabilir.

Alacaklı, sözleşmenin yerine getirilmesi isteminden vazgeçebilir, fakat bunu hemen, yani bir karar verebilmek için durumdan yeterince bilgi sahibi olur olmaz, yapması gereklidir. Bununla birlikte, alacaklının borçlu zararına olarak spekülasyonda bulunmasına izin verilemez.

İfa isteminden vazgeçme, koşula bağlanamaz. Alacaklı, ifa isteminden vazgeçerse, yasanın kendisine verdiği haklardan hangisini kullanmak istediğini de bildirmek zorundadır. Bu durumda alacaklı, ya ana edim yerine tazminat isteyebilir. Tazminat TBK. 112 vd. maddelere göre belirlenir. Borçlu, kusursuzluk kanıtı da ileri sürebilir. Sözleşmenin tümüyle yerine getirilmesi durumunda alacaklının elde edecek olduğu çıkar, her şeyden önce göz önüne alınır. Tazminatın belirlenmesinde edimin yerine getirilmediği an esas tutulur. Edime konu olan şeyin bu andan önce taşıdığı daha yüksek bir değer, ancak o şeyin alacaklı tarafından o arada satılacak olduğunun güçlü bir olasılık içinde bulunması

durumunda göz önüne alınır. Alacaklı, kendisine düşen edimi sözleşme uyarınca, yerine getirmekle yükümlüdür; çünkü bu sözleşme hükümleri zaten saklı durur⁶⁰.

Alacaklı, borçlunun kusuru olmasa da sözleşmeyi bozabilir (TMK. md. 125/son). Bununla birlikte, alacaklı, edimin bir bölümünü zaten almış ve bunu kendi kusuru sonucunda geri vermemek durumunda kalmışsa, sözleşme bozulmayacaktır.

Eser sözleşmesinde, borçlu direnime düşünce, alacaklının, borçlunun edimini kabul etmeyip, sözleşmeden döneceğini derhal bildirmesi gerekir.

Borçlunun borcunu yerine getirmemesi ile yerine getirememesi arasındaki ufak ayrım, tek bir harf değişikliği ve eksikliğinden pek de fazla sayılmaz. Bu ayrım da olsa, olsa olsa, ifayı sonradan telafi olanağını ve aynen ifa yaptırımını, onun cebren icrasını ilgilendirir, yoksa dönmeyi değil. Üstelik borçlunun edim eylemlerini yerine getirerek edim sonucunu gerçekleştirmemesinin mi (direnim), yoksa gerçekleştirmemesinin mi (olanaksızlık) söz konusu olduğunu, alacaklı da zaten genellikle beilmeyecektir. Çünkü o, borçlunun kapalı çevresinde olup bitenleri pek zor öğrenebilir. Özellikle “olanaksızlık” sayılan edimi yerine getirme gücünü yitirmek ile direnim arasındaki silik sınır ve olanaksızlığın sürekli mi yoksa geçici mi olduğunu saptamadaki güçlük açıktır. İfa olanaksızlığı ile borçlu direnimi arasındaki anlamsız ikilik, sadece alacaklının aynen ifa istemini ve yaptırımını ilgilendirir bir ikiliktir. Bugün artık “fark kuramı”ndan yararlanma olanağı ile birlikte, sözleşmeden dönme yetkisi de, borçlu direniminde olduğu gibi, kusurlu olanaksızlıkta da alacaklıya sunulmuştur. Borçlunun borcunu yerine getirmemesi üzerine, alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için, borçlunun kusurlu bulunmasını gözde büyütmemek gerekir. Zira borçlunun kendi kusursuzluğunu kanıtlama olanağı bulunmaktadır⁶¹.

60 Velidedeoğlu/Özdemir, 244 vd.

61 Serozan, 242 vd.

Bozma, geçmişi kapsayacak –yani sözleşmenin yapıldığı andan başlayarak- geçerli olur ve sözleşmenin tümünü ortadan kaldırır. Artık sözleşmeden hiçbir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlar da sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmecilerden her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de geri isteyebilir (TBK. md. 125/III, c.1). Yargıtay, bunun “haksız zenginleşme” kurallarına göre yapılması⁶², zamanaşımı bakımından ise sözleşmelere ilişkin TBK. 146 vd. maddelerinin uygulanması gerektiği görüşündedir.

Sözleşmeyi bozan taraf, borçlunun kusurlu olması durumunda (TBK. md. 112) bozmanın kendisine sağladığı haklardan ayrı olarak, bir de olumsuz zararının giderilmesini isteme hakkına sahiptir.

Borçlu kusursuzluk kanıtı öne süre bilir: Bu durumda borçlu, direnime düşmekte kusuru olmadığını ispat ederek, kendisinden istenen olumsuz zararı ödemekten kurtulabilir (TBK. md. 125/III, c.2).

TBK. md. 125/III gereğince sözleşmeyi bozan alacaklı, kendisine düşen borcu ödemekten kaçınabilir ve yapmış olduğu ödemeyi geri isteyebilir. Bundan başka, eğer borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlayamazsa, alacaklı sözleşmenin geçersiz kalmasından doğan zararının giderilmesini isteyebilir. Eğer her iki sözleşmeci de sözleşmeyi geriye etkili olarak bozmuşsa, ancak örneğin yüklenici sözleşmeyi bozmakta haksızsa, yüklenici ancak arsa sahipleri yönünden haksız edinme oluşturan alacaklarını (örneğin yüklenicinin ödemediği tapu harçları, bina vergisi, veraset ve intikal vergisi, arsa sahiplerinin yararlanabileceği proje bedelleri ile bunların onaylanması için yaptığı ödemeleri vb.) isteyebilir⁶³.

62 Velidedeoğlu/Özdemir, 249-250; 15. HD. 14.6.1979, 989/1469: “Taraflar arasındaki sözleşme bozulduğuna göre, sözleşme hiç yapılmamış sayılır ve bütün borç ilişkileri ortadan kalkar. Bunun sonucu olarak haksız zenginleşme kurallarıyla davacı yüklenicinin yaptığı inşaat ve imalattan dolayı davalının malvarlığında oluşan artışın saptanması gerekir. Bunun için her şeyden önce, yüklenicinin işten elini çektiği tarihte meydana getirdiği yapının durumu esas alınarak ve geri vermenin parasal tutarı da her davanın açıldığı tarihteki koşullara ve rayiç değerlere göre değerlendirileceği ilkesinden hareket edilerek sonuca varılmalıdır.”

63 15. HD. 15.7.1998, 4079/4808.

Ş 7. OLUMLU ZARARIN KOŞULU OLARAK KUSUR

“İş sahibi, sözleşmenin yerine getirilmesinden ve gecikme nedeniyle tazminat istemekten vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ödenmemesinden doğan zararı için tazminat isteyebilir” (TBK. md. 125/II).

İş sahibinin, direnime düşen yükleniciye inşaatı tamamlaması için uygun bir süre vermesi, bu süre içinde yüklenicinin inşaatı tamamlamamış olması ve iş sahibinin aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirerek olumlu zararının giderilmesini istediğini bildirmesi gerekir. Son süre tayini ile ifadan vazgeçip olumlu zararın giderilmesini isteyeceğine ilişkin irade açıklaması aynı zamanda yapılabilir. TBK. md. 124’teki durumlar varsa, iş sahibi son süreyi tanımaksızın aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın ödenmesini isteyebilir.

Aynen ifa isteminden vazgeçmek demek, inşaatı başlanmamışsa artık başlanmaması, başlanmışsa olduğu noktada bırakılması istemidir. Bu durumda iş sahibi inşaatı başka bir yükleniciye tamamlatma olanağına kavuşurken, yüklenici de henüz yerine getirmediği tüm edim yükümlülüğünden kurtulur; inşaatı tamamlama borcu olumlu zararı giderme borcuna dönüşür.

Teslim süresi dolmasına karşın yüklenici **“inşaatı hiç başlamamışsa”**, aynen ifa hakkından vazgeçen iş sahibinin isteyebileceği olumlu zarar, sözleşmeye konu inşaat için yükleniciye ödenmesi kararlaştırılan bedel ile bu binanın yapılması durumu bakımından, tercih hakkının kullanıldığı tarihteki rayiç değeri arasındaki farktır⁶⁴. Teslim tarihi dolmasına rağmen inşaatı hiç başlamamış olan yükleniciden (aynen ifadan vazgeçerek) olumlu zararını istemeyi düşünen iş sahibi, bu hakkını -teslim tarihinden itibaren- “makul süre”de kullanmalıdır. İş sahibi, yükleniciye, aynen ifayı beklediği izlenimi vermemeli ve onun zararının artmasına neden olmamalıdır.

Yüklenici teslim tarihinde, haklı bir neden olmaksızın işi tamamlamamış ve borçlu direnimine düşmüşse, yüklenicinin yüklendiği

64 Kostakoğlu, 698.

işin bütününe göre, yapılmayan kısmın oranı bulunarak, inşaatın bulunacak kaim bedelinden, bu orana isabet edecek miktar iş sahibinin olumlu zararıdır. Yapılan iş, arsanın tamamlayıcı parçası olarak iş sahibinin mülkiyetine geçmiş olacağından, aynen ifadan vazgeçme iradesi, daha önce kısmen yapılmış ve imar mevzuatına uygun kısımların yıkılmasını veya reddini gerektirmez: İfadan vazgeçmeye ilişkin tercih hakkının kullanılması, ileriye yönelik sonuç doğurur. Bu durumda yüklenicinin yüklendiği işin bütününe göre, yapılmayan kısmın oranı bulunarak, yukarıda sözü edilen yöntemle bulunacak inşaatın kaim bedelinden, bu orana isabet eden miktarın, iş sahibinin olumlu zararının kabulü gerekir. İnşaatı ağır da olsa sürdüren yüklenici tarafından işin tamamlanmasını bekleyen iş sahibini, seçimlik hakkını belirli bir süre içinde kullanmaya zorlamak haklı görülemez ise de, sözleşme süresi sonunda tamamlanamayan fakat faaliyetini tatil eden inşaatı terk eden bir yüklenici hakkında, iş sahibinin uzun süre beklemesi ve daha sonra tercih hakkını olumlu zarar doğrultusunda kullanması, iyi niyet kurallarına uygun olmayan bir davranış olarak kabul edilmelidir⁶⁵.

Olumlu zarar tutarı hesap edilirken, eserin yerine getirilmesinden vazgeçildiği andaki değeri dikkate alınacaktır.

Olumlu zararının karşılanmasını isteyen iş sahibinin sözleşmeye göre kendi edimini yerine getirme yükümlülüğü devam eder; bu bakımdan, iş sahibi sözleşmedeki bedeli yükleniciye tam olarak ödeyecektir. Yüklenicinin tazminat borcu inşaat ediminin yerine geçtiğinden, bu tazminat ödenmeden iş sahibi de bedeli ödemekten kaçınabilir (TBK. md. 97).

Asıl edimin yerine tazminat borcu geçmektedir. Borç ilişkisi devam ettiği için, asıl alacağa bağlı olan güvence de, tazminat alacağının güvencesi durumuna gelir⁶⁶.

İş sahibi, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını istediğinde, sözleşmede kendisine kalacağı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin teslim tarihi itibarıyla bitmiş durumdaki rayiç değerini de isteyebilir. İş sahibi

65 Kostakoğlu, 698.

66 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 962.

bu durumda ayrıca eksik işler bedeli, ceza koşulu, kira tazminatı vb. isteyemeyecektir⁶⁷.

Olumlu zarar, devam eden/dönülmemiş bir sözleşmede, borç ödenmiş/yerine getirilmiş olsaydı alacaklının elde etmiş olacağı maddi yararın sağlanmamış olmasından doğan zarardır: Alacaklının malvarlığının mevcut durumuyla, borç yerine getirilseydi alacağı durum arasındaki farktır. Alacaklının malvarlığının azalması veya malvarlığının çoğalması önlenmiştir (örneğin kârdan yoksun kalmıştır).

İş sahibi ifadan vazgeçtikten sonra kendi ihmali ile bu zarara uğramışsa, örneğin başkasına yaptırmakta gecikmişse, bu zararlarını yükleniciden isteyemeyecektir.

Olumlu zarar giderimi isteyebilmek için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

1. Yüklenici teslim tarihi gelmesine karşın, borç hiç (tamamen) veya gereği gibi (kısmen) yerine getirilmemiş olmalıdır. Yüklenici bu nedenle direnime düşmelidir.
2. Buna rağmen alacaklı sözleşmeden dönmemiş olmalıdır. Sözleşmenin bozulduğu (veya sözleşmeden dönüldüğü) durumlar ile ifanın istendiği durumlarda, olumlu zarar istenemez. Alacaklı, hem aynen ifayı, hem de olumlu zararını isteyemez.
3. Alacaklı “zarara” uğramış olmalıdır.
4. Borçlu, borcun yerine getirilmemesinde veya kötü yerine getirilmesinde “kusurlu” olmalıdır: Yüklenici kusurlu olarak direnime düşmelidir. Kusurun kasti veya ihmali olması, yani kusurun derecesi önemli değildir. Borçlu, kusursuzluğunu kanıtlayarak olumlu zararı ödemekten kurtulabilir.

İfa yardımcılarının (örneğin alt yüklenicinin) neden oldukları gecikmeden, bunların kusuru olmasa bile, yüklenicinin so-

67 15. HD. 14.10.2005, 5335/5448.

rumluluğu vardır (TBK. md. 116). Y¼klenici, alt y¼kleniciyle ilgisi bulunmayan nesnel bir dış olay nedeniyle meydana gelen gecikmenin kaçınılmaz olduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

5. Borcun yerine getirilmemesiyle alacaklının uğradığı zarar arasında “nedensellik bağı” bulunmalıdır.

Ş 8. KÂR YOKSUNLUĞUNDA KUSURUN ÖNEMİ

Kâr yoksunluğu isteyen sözleşmecinin, kusurunun bulunmaması veya (kusur varsa) belirleyici olmaması gerekir. Söz gelimi, iş sahibi yükleniciye kusur yükleyerek, mahkeme kararıyla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini bozmuş ise, yüklenici (sözleşmenin bozulması yüzünden) yoksun kaldığı kârını isteyemeyecektir.

Kâr kaybı, iş sahibinin edimini tam olarak yerine getirmesi durumunda yüklenicinin malvarlığında olması gereken durum ile eylemli durum arasındaki maddi değer farkıdır. Malvarlığının gelecekte çoğalma olasılığı dikkate alınacağından, kâr kaybı hesabı bir varsayıma dayanır.

Kâr yoksunluğu olumlu zarar türlerinden biridir.

Kâr yoksunluğunun istenebilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir.

1. Taraflar arasındaki sözleşme geçerli olmalıdır:
 - a. Kamusal biçimde yapılması gereken bir sözleşme yalın (adi) biçimde yapılmış ve üstelik eser tamamen imal edilip teslim edilmişse, sözleşmeci kâr payı isteyemeyecektir.
 - b. Sözleşmecinin neden olmadığı başlangıçta (TBK. md. 27) veya daha sonra (TBK. md. 136) meydana gelen bir olanaksızlık eserin imalini önlemiş ise, sözleşmenin geçersizliği veya sona ermesinin ardından, sözleşmeci kâr yoksunluğu isteyemeyecektir.
 - c. Sözleşme kamu düzenini koruyan kurallara aykırı ise sözleşmeci kâr payı isteyemeyecektir. Örneğin, bir inşaat sözleşmesi Koop. K. md. 59/VI maddesine aykırı ise geçersiz olacağından, yüklenici haksız zenginleşme kurallarına dayalı olarak karşı tarafın mal varlığına giren iş bedeline kârsız olarak sadece maliyet bedeli üzerinden hak kazanacaktır.
 - d. Sözleşme kamu düzeni kurallarına aykırı olmamakla birlikte, söz-

leşmenin konusu olan eser kamu düzenini koruyan kurallara aykırı olarak meydana getirilmişse, örneğin inşaat İmar Mevzuatına aykırı yapılmış ve bu aykırılık düzeltilemez/giderilemez nitelikte olduğu için yıkıma mahkum ve ekonomik değeri bulunmuyorsa, yüklenici kâr yoksunluğunu isteyemeyecektir.

2. İş sahibi sözleşmeyi bozmakta haklı ise örneğin, eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet kurallarına göre kabule zorlanamayacağı ölçüde kusurluysa veya sözleşmeye önemli ölçüde aykırı ise iş sahibi o eseri kabulden kaçınabilir (TBK. md. 475). Yüklenici bu durumda kâr yoksunluğunu ileri süremez.
3. Sözleşme bozulmamış olmalıdır. Çünkü kâr yoksunluğu olumlu zarar türlerinden olup, sözleşmenin bozulmasıyla istenebilecek olumsuz zarar kalemleri içinde yer almamaktadır.
4. Sözleşmenin bozulmasında kâr yoksunluğu isteyen sözleşmecinin kusuru belirleyici olmamalıdır.
5. Kâr yoksunluğu isteyen sözleşmeci, yaptığı veya yapacağı giderleri isteyemez.

Kâr yoksunluğunun hesabı: Kâr yoksunluğu hesabının TBK. 408. maddesindeki kesinti yöntemine göre yapılması gerekmektedir. Bu maddedeki yöntem göre, yüklenicinin işi tamamlamaması dolayısıyla sağladığı tasarruf (Örneğin malzeme ve personel giderlerinden tasarruf ettiği miktar) ile boş kalması sonucu başka bir iş bularak elde ettiği kâr ve böylece bir iş bulmaktan kasten kaçınmışsa kazanacağı miktar toplamları düşülerek yüklenicinin iş sahibinden isteyeceği tazminat miktarının ortaya çıkarılması gerekmektedir. İnşaattan beklenen kârın elde edilebilmesi için proje, hafriyat, bekçi ücreti gibi giderlerin de yapılması zorunlu olması nedeniyle kâr yoksunluğu yanında bunlar ayrıca istenemez; ancak yüklenici eski binanın yıkımını da sözleşmeyle üstlenmişse bunun için yaptığı giderler kâr yoksunluğunun içindedir⁶⁸.

68 15. HD. 20.7.2007, 2163/5035; 15. HD. 11.12.1995, 4948/7315; 15. HD. 22.1.2004, 3335/334; 15. HD. 22.6.200, 2199/3214; 15. HD. 23.6.1994, 5225/4242; 15. HD. 9.12.2004, 7040/6389; 15. HD. 21.11.1989, 1739/4859; 15. HD. 1.4.1993, 283/1515; 15. HD. 12.5.1994, 545/3093; 15. HD. 30.3.1994, 4489/1968; 15. HD. 8.5.1991, 4710/2382; 15. HD. 2.3.1990,

Ş 9. OLUMSUZ ZARARIN KOŞULU OLARAK KUSUR

Borçlu kendisinse hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlamazsa, alacaklı sözleşmenin geçersiz kalmasından doğan zararı için tazminat isteyebilir. (TBK. md. 125/III).

TBK. md. 125/III gereğince sözleşmeyi bozan alacaklı, kendisine düşen borcu ödemekten kaçınabilir ve yapmış olduğu ödemeyi geri isteyebilir. Bundan başka, eğer borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlayamazsa, alacaklı sözleşmenin geçersiz kalmasından doğan zararının giderilmesini isteyebilir. Eğer her iki sözleşmeci de sözleşmeyi geriye etkili olarak bozmuşsa, ancak örneğin yüklenici sözleşmeyi bozmakta haksızsa, yüklenici ancak arsa sahipleri yönünden haksız edinme oluşturan alacaklarını (örneğin yüklenicinin ödediği tapu harçları, bina vergisi, veraset ve intikal vergisi, arsa sahiplerinin yararlanabileceği proje bedelleri ile bunlar Alacaklı sözleşmeden dönmüş (sözleşmeyi bozmuş) olmalıdır. Alacaklı sözleşmeden dönmekte haklı olmalıdır. Mahkemeye başvurarak sözleşmenin feshine ilişkin bir karar alınabilir. Mahkeme, alacaklının sözleşmeyi bozma hakkını kullanmakta haksız olduğuna karar verirse, olumsuz zararının ödetilmesi yönüne gidilemeyecektir. Borçlu edimini kısmen veya tamamen yerine getirmemelidir, sözleşmeyi ihlal etmelidir.

Tazminat isteyen tarafın kusursuz olması gerekir; bir tarafın az kusurlu, öbür tarafın çok kusurlu olmasının bir önemi yoktur. Az kusurlu olan taraf da sözleşmenin bozulmasına kusuruyla yol açmış sayılacağından tazminat isteyemeyecektir. Taraflar feshe ortak kusur ile neden olmuşlarsa, tazminat istenemez; ancak tasfiye yapmak gerekir.

Borçlu sözleşmeyi ihlalde kusurlu olmalıdır. Kusur, kast veya ihmal biçiminde olur. Borçlunun hukuka aykırı sonucu bilerek ve isteyerek hareketiyle meydana getirmesi, kusurun “kast” türüdür. İhmal ise, gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesidir. Basiretli bir tacir ve işinin

45/919; 15. HD. 23.1.2002, 3766/305; 15. HD. 20.9.1995, 2598/4838; 15. HD. 10.3.2005, 4363/1376; 15. HD. 24.5.2004, 5968/2877; 15. HD. 1.12.1997, 3801/5150.

uzmanı olan yüklenicinin sorumluluğu işçinin sorumluluğundan daha ağırdır. Özen borcundan amaç, yüklenicinin eseri, iş sahibinin yararına olacak biçimde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesidir. Örneğin yüklenicinin ruhsat almadan inşaata başlaması, iş sahibi sözleşmedeki hükme rağmen kararlaştırılan bedeli (arsa payı devrini) ödemişse veya iş sahibi var olan sözleşmeye rağmen asıl yükleniciye arsa teslimi yapmayarak başka bir yüklenici ile sözleşme yapırsa bu durum onun kusuru sayılacaktır. Yüklenici özen borcunu ihlal ettikçe iş sahibi zarar görür ve yüklenicinin tazminat borcu doğar. İhlal (ifa etmeme) objektif nedenlere dayanıyorsa, kusurdan söz edilemeyecektir.

Borçlu, edimin yerine getirilmesinde kusuru olmadığını, özellikle olağanüstü durumun (kazanın, beklenmeyen durumun) veya zorlayıcı nedenin (mücbir nedenin) edimin yerine getirilmesini engellediğini kanıtlayarak, olumsuz zararı ödemekten kurtulabilir. Eğer “şey” borçlunun direnimi sırasında “kaza” sonucu yok olmuşsa bundan doğan zarar, olumsuz zararın hesabında dikkate alınır.

Yüklenici direnime düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlarsa, olumsuz zarardan sorumlu tutulamayacaktır. Sorumluluk hukukunda genel kural kusur sorumluluğudur. Kusursuz sorumluluk, eser sözleşmesinde, TBK. md. 472/I dışında yer almamıştır.

- Alacaklı, sözleşmenin yapıldığı andan fesih tarihine kadar eylemli olarak yaptığı ödeme ve harcamalar ile kaçırdığı fırsatları kanıtladığı takdirde, olumsuz zarar kapsamında bunları borçludan isteyebilecektir.
- Sözleşmeden dönülmesiyle zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

Bu zararın, olumlu zararı aşmamasını veya en çok olumlu zarar düzeyinde olmasını öngören bir hukuk kuralı bulunmamaktadır.

Olumsuz zarar, sözleşme yapılmamış veya görüşülmesine girişilmemiş bulunsaydı uğranılmayacak olan zararlardır. Sözleşmenin uygulanacağına ve yerine getirileceğine güvenerek yapılan ve malvarlığını

eksiltен harcama ve giderler ile başka bir kimse ile daha elverişli sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zararlar olumsuz zararlardır.

Sözleşme geriye etkili olarak bozulduğunda veya sözleşmeden dönüldüğünde olumsuz zararın ödenmesinin söz konusu olabilmesi için, sözleşmeden dönen sözleşmecinin dönmekte haklı olması, haklılığının mahkeme tarafından kabul edilmiş olması gerekir. Mahkeme sözleşmecinin dönmelerini haklı bulmadığı takdirde, olumsuz zarar istenemeyecektir⁶⁹.

İş sahibi sözleşmeden dönünce yükleniciden sadece olumsuz zararını isteyebilir. Bozulan, dönülen, geçersiz duruma gelen sözleşme yapılmamış olsaydı, alacaklı zarara uğramayacaktı⁷⁰; alacaklı sözleşmenin geçerliliğine güvenerek başka sözleşme yapma fırsatını kaçırmış olabilir. İş sahibi ifaya olan çıkarının giderilmesini (ödenmesini) değil, sözleşme yapmaya hiç kalkışılmasaydı uğramayacak olduğu zararını istememektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17.1.1990 tarih ve 392/1 sayılı kararında konu şöyle açıklanmıştır:

“Uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Olumsuz zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade

69 15. HD. 20.3.2006, 7960/1539

70 15. HD. 26.5.2005, 5308/3169: “TBK. md. 125/III'deki tazminat “olumsuz zarar” olup, alacaklının sözleşme yaptığı için uğradığı, sözleşme yapmamış olsaydı uğramayacağı zarardır. Sözleşmeden dönen iş sahibinin “kaçırılan fırsat” adı da verilen “olumsuz zararını” isteyebilmesi için, inşaatı sözleşmeye uygun olarak başkasına yaptırması ve parasını da yeni yükleniciye ödemiş olması gerekir. Bu nedenle iş sahibi işin başka bir yükleniciye verildiğini ve parasının ödendiğini öne sürüyorsa bunu kanıtlamalıdır; yoksa kaçan bir fırsattan söz edilemeyeceğinden olumsuz zarardan söz edilemez. Ancak sözleşmede, “yüklenici her ne nedenle olursa olsun inşaatı başlatamazsa veya bitiremezse iş sahibine arsayı aldığı gibi teslim edecektir” biçiminde bir açıklık varsa, iş sahibinin olumsuz zararı “arsanın eski duruma getirilmesi” olarak karşılaştırıldığından, inşaatın projeye ve ruhsata uygun duruma getirilmesi için yapılacak yıkım ve buna bağlı giderlerden oluşur.”

etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar. Bu konu TBK'nın 125/III. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmıştır: burada alacaklının sözleşmenin hükümsüzlüğünden kaynaklanan zararının tazmini söz konusudur. Çünkü sözleşme fesih edilerek hükümsüz olduktan sonra tekrar sözleşmeye dayanarak borcun ifa edilmemesinden doğan zarardan söz edilemez; istenilecek zarar olumsuz zarardır.

Olumsuz zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir:

- a- Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi.*
- b- Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar.*
- c- Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar: gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi.*
- ç- Sözleşmenin geçerliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi.*
- d- Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar.*
- e- Dava masrafları.*

Davacı idare, davalının sözleşmeyle yüklendiği fiyatla bunun yerine getirilmemesi nedeniyle aynı malı almak için üçüncü kişiye ödediği fiyat arasındaki farkı yani olumlu zararını istemiştir. Ancak sözleşme davacı tarafından feshedildiğine göre hükümsüz olan sözleşmeye tekrar dönerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararını isteyemez. İstenebilecek zarar, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirilecektir. Başka bir anlatımla, davacı sözleşmeye konu olan nesneyi davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak

için ödemek zorunda kaldığı tutar arasında farkı yani olumsuz zararını ister. Çünkü davacı, davalıya güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır; başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme feshedilmeyecek ve belki zararı da gerçekleşmeyecekti.

Burada üzerinde tartışılması gereken bir yön de olumsuz zararın belirlenmesinde ve özellikle kaçırılan fırsatın değerlendirilmesinde ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmamasının etkisidir. Sözleşmeye konu olan mal ülkemizde bol miktarda üretilen ve her zaman ve her yerden temin edilebilecek bir maldır. İhaleye davalıdan başka bir kimse katılmamışsa davacının bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle ihaleye başka birinin katılmamış olması durumunda kaçırılan fırsatın olmadığı ve bu nedenle olumsuz zararın oluşmayacağı görüşü kabul görmüştür.”

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, yüklenici TBK. md. 116 uyarınca “ifa yardımcısı” olarak kullandığı kişilerin neden oldukları zararlar ve kullandığı malzemenin bozuk/kusurlu olmasından doğrudan doğruya kaynaklanan zararlar dışında, daima ve ancak kusuru varsa tazminat borcu altına girer.

Olumsuz zarar, alacaklının söz konusu sözleşmeyi yapmamasındaki yararadır⁷¹.

Sözleşmenin hüküm ifade etmemesi değişik biçimlerde olabilir:

- Bir kimsenin ihmali yüzünden hataya düşmesi ve sonra sözleşmeyle bağlı olmadığını bildirmesi,
- Konusu olanaksız, hukuka aykırı ve biçim eksikliği dolayısıyla geçersiz bir sözleşmenin taraflarından biri geçersizliği gerektiren nedeni bilmesine karşın, öbür taraf bilmiyor ve sözleşmeyi geçerli sanıyorsa,
- Borçlu sözleşmeyi hiç yerine getirmemiş, eksik veya kötü (sözleşmeye aykırı) yerine getirmişse,

71 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 855.

- Yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşme onaylanmamışsa,
- Sözleşme herhangi bir nedenle (örneğin hile, ikrah vb.) iptal edilmişse.

Bu durumlarda alacaklı, sözleşmenin geçerli olduğunu sandığı için sözleşmenin geçersiz olmasından zarar görmüş olabilir⁷².

Alacaklının isteyebileceği “olumsuz zarar”, geçerli olmayan bir sözleşmeye girilmesi nedeniyle uğradığı, girmemiş olsaydı uğramayacağı zarar olup, alacaklının sözleşmeden dönme ile içinde bulunduğu durum ve böyle bir sözleşme yapılmamış olsaydı içinde bulunacağı durum biçiminde ortaya çıkar.

YARGI KARARLARI

Yanlar arasında düzenlenen 21.1.2002 tarihli sözleşmede yapılacak iş, iş bedeli ve bedelin ödenme tarihleri kararlaştırılmıştır. Davalı yüklenicinin ediminin önemli bir kısmını yerine getirmesine karşın davacı iş sahibinin 27.5.2004, 27.6.2002 ve 27.7.2002 tarihlerinde bono karşılığı yapması gereken ödemeleri yapmadığı, direnime düştüğü yüklenicinin bunun üzerine işi bırakarak ödenmeyen bono bedellerini icra yoluyla tahsil ettiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Eser sözleşmelerinde ücret borcu iş sahibinin asli edimidir. Kural olarak da iş sözleşmede kararlaştırılan bedelle yapılacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan ödemenin yapılmamış ve ödenmeyen miktarın yüklenicinin tahammül gücünü aşmış olması durumunda yüklenicinin işe devam etmesi istenemez (TBK. md. 97). Bu durumda yüklenici iş sahibinin zararına olmayacak makul bir süre işi durdurarak direnime (temerrüt) varsa alacağına faiziyle ödenmesini bekleyebileceği gibi, TBK'nın 125/II. maddesine göre sözleşmenin feshi hakkını da kullanabilir. İş sahibinin ödeme zamanını geçirmesi ve direnime düşmesi durumunda kalan tüm işin

72 Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, 427 vd.; Eren, III, 225.

aynı bedelle yapımını istemesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz (TMK. md. 2). Yine iş sahibinin direnime düşmesi nedeniyle yüklenicinin işi bırakarak akdi feshetmesi nedeniyle kendisine kusur yüklenemez. Bu durumda dosya kapsamına göre iş sahibinin direnimi sabit olduğundan yüklenici işi yarım bırakması ve akdi feshetmesinde kusur yüklenemeyeceğinden yapılan iş nedeniyle sözleşme fiyatlarına göre yüklenicinin hak ettiği iş bedelinin hesap ettirilmesi, hesap ettirilecek iş bedeli ile kanıtlanan ödemelere göre varsa fazla ödemelerin istirdadına karar verilmesi gerekir (15. HD. 25.1.2005, 2914/159).

--- --

Geçmişe etkili dönme durumunda yanların o ana değin bu sözleşme gereği aldıklarını iade borcu doğar. İş sahibinin arsasına yapılan inşaatın - yaratılan değerlerin korunması ilkesine de uygun olarak- fiilen iadesi düşünülmemeyeceğine göre bunun yerine bedelin kaim olacağı doğaldır. Somut olayda 16 veya 21 daire ayrımı olmaksızın 37 daire için başlanan inşaat, sözleşmeden dönüldüğü andaki durumu ile iş sahibine kalmıştır. Yüklenici, iş sahibine kalan inşaatın tamamının ücretine hak kazanmıştır. Bu nedenle mahkemenin 21 daireyi çekişme dışında kabul etmesi doğru olmamıştır. Bu husus dönülen sözleşmenin bütünüyle de bağdaşmaz.

Götürü pazarlık edildiği durumlarda yüklenici işi kararlaştırılan bedelle yapmak zorundadır (TBK. md. 480). İşin tamamlanmasında uygulanan bu kuralın yüklenicinin işi bıraktığı anda gerçekleşmiş kısmının, inşaatın tamamına fiziki oranına göre ücretinin hesaplanmasında da uygulanması zorunludur. İşin bırakıldığı anda fiziki oran %12 olarak bilirkişilerce saptanmıştır. Öyleyse ücrete bu oranda hak kazanılmıştır. Ücretin hesaplanması gerek nakit, gerek ayın vs. şeklinde yapılması öngörülen tüm ödemelerin sözleşmenin feshedildiği tarih itibariyle değerlendirilmesi suretiyle yapılması gerekir. Olayımızda sözleşme 3.10.1989'da feshedildiğine göre yüklenicinin alacağı bu tarihte istenebilir (muaccel) olmuştur (TBK. md. 125/III). Fesih tarihinde inşaatın tamamlanmış

olması varsayılarak, götürü bedel, verilmesi kararlaştırılan 80,00 TL. ile 21 dairenin bu tarihteki piyasa rayıçlarının toplanması suretiyle bulunur. Bulunacak bu bedelin -inşaatın fiziki oranına göre- %12'sine yüklenici hak kazanmış olup, daha önce ödenen 23,69 TL. göz önünde bulundurularak istem dahilinde karar verilmesi gerekir.

Yüklenici serbest iradesiyle kredinin temin ve akışında doğacak aksamalardan ötürü ek ödeme isteminde bulunmayacağını sözleşmeyle kabul etmiş olmasına ve işin götürü ücretle yapılmasına rağmen -ortak başına 5,00 TL olarak kararlaştırılan ücrete-10,00'ar TL daha ek ödeme istemekle TBK'nın 480 ve sözleşmenin 9. maddesine aykırı davranmış olduğundan fesihte kusurludur. Bu nedenle iş sahibi "akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararının tazmini" -olumsuz zararını- talep edebilir (TBK. md. 125/III). Sözleşmenin 9. maddesinin açık hükmüne, kredi dışında ödeme taahhütlerinin yerine getirilmiş olmasına göre mahkemece fesihte iş sahibi kooperatifin kusurlu kabul edilmesinde isabet bulunmamaktadır.

İş sahibi verilen mehil içinde yüklenicinin davranışında değişiklik görmediğinden TBK. md. 125'te kendisine tanınan üç seçenekten fesih hakkını kullanmış, bunun sonucu olarak da, feshedilen bu sözleşmeye göre yüklenicinin edimini yerine getireceğine güvendiği için daha elverişli koşullarla sözleşme yapma imkânından yoksun kalındığı için -kaçırılmış fırsat nedeniyle- doğan zararını, başka bir ifadeyle yoksun kalınan kazancını istemiştir. Kaçırılan fırsat olarak M. adlı kişiden aldığı sözleşme teklifini göstermiştir. Ancak bu teklifin varlığını inandırıcı somut delillerle ispatlayamamıştır. Gösterilen tanıklar kooperatifin ortak ya da yöneticileri olup davada çıkarı olan kimselerdir. Teklif sahibi olan kişi de net bir beyanda bulunmamış, nakit dışındaki koşulları belirlememiştir. Kaldı ki, iş sahibi kooperatif olduğuna göre teklifin yazılı olması ve geçen zamana göre halen kooperatifte bulunması gerekirdi. Öte yandan fesihten sonra işin ne şekilde yapıldığı, hangi ko-

şullarda işe ne zaman devam edildiğinin araştırılması zorunludur (15. HD. 16.11.1992/1606/5313).

--- --

Olumsuz zarar kapsamına; sözleşme yapılmasına güvenilerek başka bir sözleşme fırsatının kaçırılmasından doğan zarar, sözleşme giderleri, sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar, sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar, başka bir sözleşmenin yerine getirilmesi nedeniyle uğranılan zarar ve dava masrafları girer. Olaydaki olumsuz zararın hesabında izlenecek yol ise, idarenin sözleşmeyi feshettiği 10.4.1995 tarihine ikinci ihale yapılması için geçecek makul süre ilavesiyle ikinci ihale o tarihte yapılsaydı ikinci ihale tarihindeki sözleşme fiyatlarının bulunmasıyla 12.11.1993 tarihli sözleşme fiyatları arasındaki farkı bulmak olmalıdır. Başka bir anlatımla, TBK'nın 125/III. maddesindeki davacı idarenin olumsuz zararı budur. Bunlardan dolayı bilirkişilerin 12.11.1993 günlü sözleşme fiyatlarını 1996 yılı fiyatlarına eşkale etmesi, ikinci ihalede de bu tarihteki fiyatlarla bulması olumsuz zarar kavramına uygun düşmemiştir. Esasen, böyle bir yöntemin kabulü durumunda sözleşmenin bozulması nedeniyle, alacaklının hiçbir zaman olumsuz zararının doğmayacağı açıktır (15. HD. 24.5.2004, 1210/2834).

--- --

14.11.2000 günlü sözleşmenin 1.2. maddesi gereğince; işin teslim süresi, sözleşme imzalanmasından sonra 5 haftadır. Davalı yüklenicinin işin tesliminde direnime düşmesi sonucu davacı iş sahibi, Kadıköy 17. Noterliği aracılığıyla davalıya tebliğ ettirdiği 24.05.2001 tarih ve 09614 yevmiye no.lu ihtarnamesiyle sözleşmeyi feshettiğini bildirmiştir. Davalı yüklenici işin tesliminde gecikmiş olmasının haklı nedenlerini yasal delillerle kanıtlayamamış olduğuna göre, sözleşmenin davacı tarafından feshinde tamamen kusurludur. TBK'nın 125/III. maddesi hükmü uyarınca, sözleşmeyi bozan taraf, kendisine düşen borcu ödemekten kaçınabilir, o yüzden yapmış olduğu ödemeyi de geri isteyebilir. Bundan

başka, eğer borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlayamazsa, alacaklı sözleşmenin geçersiz kalmasından kaynaklanan zararın tazminini de isteyebilir. Anılan bu yasa hükmünde tazmini düzenlenen zarar, olumsuz zarar niteliğindedir. Özetle denilebilir ki, sözleşmenin uygulanacağına güvenilerek yapılan ve sözleşmenin geçersizliği ya da ifa edilmemesi sonucu malvarlığını eksilten harcama ve giderlerin karşılığı olumsuz zarardır. Bu kapsamda sözleşmenin taraflarının ifa olunmayan sözleşmeye güvenerek kaçırmış olduğu fırsattan kaynaklanan zararları da olumsuz zarardır. Somut olayda da davacı, yanlar arasındaki sözleşmeyi feshetmiş olduğundan ancak olumsuz zararının giderilmesini davalıdan TBK'nın 125/III. maddesi hükmü gereği isteyebilir (15. HD. 27.4.2006, 2929/2493).

--- --

Dava, eser sözleşmesine dayalı eksik işler bedeli ile ifaya bağlı cezai şartın tahsili istemlerine ilişkindir. Cezai şart ile eksik işler bedeli, olumlu zarar kapsamında olup, bu kalem alacakların istenebilmesi için sözleşmeden dönülmemiş olması gerekir. Oysa davacı, 14.7.1997 tarihli ihtarnamesiyle sözleşmeden dönmüştür. Sözleşmeden dönen taraf ise, ancak TBK'nın 125/III. maddesinde öngörülen olumsuz zararını, başka bir anlatımla, cebinden çıkan paranın tahsilini isteyebilir. Olumsuz zarar ise, somut olayda, kaçırılan fırsattan ibarettir. Yani, davacı iş sahibi, davalı ile sözleşme yapmamış olsaydı, o tarih itibariyle davalının teklifine en yakın teklifte bulunmuş başka yüklenici varsa, o yüklenicinin teklif ettiği fiyat ile (o tarihte başka fiyat teklif eden yüklenici yok ise anılan tarih itibariyle o işin rayiç bedeli ile) davacı iş sahibinin sözleşmenin feshini müteakip makul süre içerisinde kalan eksik işler için başka yükleniciye ödediği bedel arasındaki fark olumsuz zarardır. Davada eksik işler bedeli adı altında bir talepte bulunulduğuna göre, bu talebin içerisinde olumsuz zararın tahsili istemi de mevcut olduğundan, mahkemece az yukarıda açıklanan yöntemeye uygun biçimde olumsuz zarar hesaplanmak, davalının hak ettiği imalat bedeli ve ödemeler göz önünde bulundurulmak ve bu

suretle sonuca gidilmek ve cezai şart isteminin de reddine karar verilmek gerekir **(15. HD. 8.11.2000, 2826/4884)**.

--- --

Sözleşmeyi bozan alacaklı (davacı), olumlu zarar kapsamındaki kira tazminatını isteyemez. Sözleşme bozulduğunda ancak olumsuz zararlar istenebilir **(15. HD. 4.11.2003, 1996/5202)**.

--- --

Sözleşme bozulduğunda olumlu zarardan olan kira kaybı istenemeyeceği gibi, sözleşmeyi bozmayı tercih eden iş sahibinin "nama ifa bedelini" de isteyemez. Sözleşme bozulmuşsa, peşin ödenen iş bedelinin işin fiziki oranına göre yapılmayan işlere yansıyan miktarın yüklenici tarafından geri verilmesi gerekir **(15. HD. 11.6.2001, 1544/3141)**.

--- --

Sözleşmeden dönen taraf, diğer tarafa daha önceden verdiği şeyi TBK'nın 125/III. maddesi uyarınca geri isteyebileceği gibi, somut olayda, (4.125 TL'lik fazla ödeme), eğer haklıysa aynı Yasanın 125/III, maddesine dayanarak, olumsuz zararının tazminini de talep edebilir. Sözleşmenin ifa edileceğine güvenmekten doğan zarar olarak tanımlayabileceğimiz bu zararın içine "Daha elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan" zarar da girmektedir. Sözleşmenin yapıldığı 11.10.1991 tarihinde davalının dışında bir başka yüklenicinin verebileceği en yakın fiyatlarla, işin kalan kısmı kaçta yapılacak idiyse, bulunacak o bedel ile sözleşmeden dönen davacının, kalan işi yaptırmak için yeni yükleniciye ödediği bedel arasındaki fark, olumsuz zarar kapsamında kalan "Daha elverişli koşullarla sözleşme yapma fırsatının kaçırılmış olmasından doğan zararı" oluşturur. Olumlu zarar kapsamında kalan kira kaybı, eksik işler bedelini (bu arada "nama ifa bedelini") sözleşmeden dönen tarafın haklı dahi olsa isteyebileceği olacak kalemlerinden değildir **(15. HD. 23.2.1998, 73/627)**.

- - - - -

Seçimini sözleşmenin bozulması doğrultusunda kullanan davacı ancak olumsuz zararlarını isteyebilir; başka bir anlatımla bozduğu sözleşmeye dayanarak “ayın” isteminde bulunamaz (15. HD. 29.5.2003, 404/2826).

- - - - -

Olumsuz zararın yasal dayanağı, TBK. md. 125/III'dir. Bu maddeye göre olumsuz zarar istenebilmesi için sözleşmeden dönen tarafın haklı olduğunun saptanması ve kesinleşmesi gerekir. Öte yandan, olumsuz zararın varlığının kanıtlanması ve miktarının saptanması için de yerinde keşif yapılması gerekir; bu incelemenin dosya üzerinden yaptırılması yanlıştır (15. HD. 5.2.2001, 4134/625).

- - - - -

Davalı yüklenici edimini yerine getirmemiş, davacı iş sahibi sözleşmeyi bozmuştur. İş sahibinin sözleşmeyi bozmakta haklı olduğu saptanmıştır. Davacı sözleşmeyi bozduğuna göre bu yüzden uğradığı olumsuz zararlarını isteyebilir. Olumsuz zarar sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Olumsuz zararın belirlenmesinde kaçırılan fırsat ile aynı malı almak için ödenmek zorunda kalınan tutar arasındaki fark olumsuz zararı oluşturur. Olumsuz zarar borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar. Dayanağını da TBK. md. 125/III oluşturur.

Uyuşmazlık konusu olayda, başka öneri verenin olmaması ve işin yapılmayan bölümünün emanet usulü ile yaptırılmasının önemi yoktur.

Burada ilk ihale aşamasında ikinci ucuz öneriyi verenin bulunmaması önemli olmayacağı için, davalı yüklenicinin dışında başka öneri olsaydı ne miktarda öneri verebileceğinin belirlenmesi gerekir. Öte yandan işin kalan bölümünün emanet usulü ile yap-

tırılmasının davalının zararına bir durum yaratıp yaratmadığı da saptanmalı ve bu doğrultuda bilirkişilerden ek rapor alınarak kaçırılan fırsat dolayısıyla davacı idarenin uğramış olduğu olumsuz zarar bu yönetime göre belirlenip ortaya çıkacak sonuca göre bir karar verilmelidir (15. HD. 11.12.1996, 6203/6597).

--- --

TBK. md. 125/III uyarınca; alacaklı sözleşmeyi bozmakta haklı ise sözleşmeyi bozmaktan doğan zararının ödenmesini isteyebilir. Uygulamada “kaçırılan fırsatın tazmini” biçiminde adlandırılan bu çeşit davalarda, ilk ihalede sözleşmeyi yapan yüklenicinin önerisine en yakın önerilen fiyat ile sözleşmenin bozulmasını izleyen makul sürede yapılması gereken ikinci ihale arasındaki fark, olumsuz zarardır (15. HD. 18.9.2002, 3600/3976).

--- --

Davacı sözleşmenin yerine getirileceğine inanarak yaptığı giderleri olumsuz zarar olarak isteyebilir. Ancak davacının zararlarını, başka bir anlatımla yaptığını öne sürdüğü giderlerin (örneğin, proje hazırlatmak, ruhsat başvurusu yapmak, araç ve gereç temini vb.) gerçekliğini kanıtlamalıdır. Bilirkişi kanıtlanmamış giderleri dikkate alamaz. Noter giderlerinin ne olduğu ve kimin tarafından ödendiği mahkemece kendiliğinden araştırılmalıdır (15. HD. 5.11.1999, 2653/3919).

--- --

İş sahibi, yüklenicinin edimini yerine getirmediğini öne sürerek peşin ödediği paranın geri verilmesini istemiş olmakla, sözleşmeden dönmüş sayılmalıdır. Sözleşmeden dönen iş sahibinin, kaçırılan fırsat adı altında olumsuz zararını isteyebilmesi için, yapılmayan işi bir başka yükleniciye vermesi ve parasını da yeni yükleniciye ödemiş olması gerekir (15. HD. 8.12.1999, 4290/4536).

Ş 10. AŞKIN ZARARDA KUSURUN ÖNEMİ

I-) Genel Olarak

Alacaklı, direnim faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür.

Direnim faizini aşan zarar miktarı görülmekte olan davada belirlenebiliyorsa, davacının istemi üzerine hâkim, esas hakkında karar verirken bu zararın miktarına da hükmeder (TBK. Md. 122).

Yasa koyucu para borcunun geç ödenmesi durumunda bir zararın doğacağını kural olarak benimsemiştir. Bu zararın giderilmesi iki bölümde düşünülmüştür. Birinci bölüm, kanıtlanmadan ödenmesi istenecek zarar tutarıdır; buna direnim faizi diyoruz. Direnim faizi miktarınca alacaklının zarara uğradığı yasal bir karine olarak benimsenmiştir. İkinci bölüm ise, zararın direnim faizi ile karşılanamayan bölümüdür. Davacı, direnim faizini aşan zararın varlığını kanıtlamak zorundadır. Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasada faiz oranının yüksek oluşu davacıyı ispat yükümlülüğünden kurtarmayacaktır⁷³.

Aşkın zarar; borçlunun para borcunu yerine getirmede gecikmesi nedeniyle, faizin, alacaklının gecikmeden dolayı uğradığı zararı karşılayamaması durumlarında söz konusu olabilir. Bu durum, özellikle ödemede gecikilen zaman süreci içinde, yani ödemede direnim tarihinden alacağa kavuşulduğu tarihe değin geçecek sürede, para değerinde meydana gelen değer kaybının direnim faizinden fazla olması durumunda söz konusu olacaktır. Alacaklı, alacağın geç ödenmesinden dolayı finans darlığına düşmüş ve sırf bu yüzden kredi kullanarak, kredi faizi, komisyon, ceza, vergi ödemiş, ödeme güçlüğüne düştüğü için icra takibine maruz kalmış ve ticari işletmesinin devamını sağlamak amacıyla finans temini için malvarlığının bir bölümünü düşük bir değerle elden çıkartmış olabileceği gibi⁷⁴; borçlu borcunu zamanında ödeseydi aldığı

73 5. HD. 8.2.2000, 21737/1497.

74 Karataş, 324.

parayı değerindeki düşmeden etkilenmeyecek yatırım araçlarında kullanılarak zarara uğramayacaktı⁷⁵. Türk Lirası değerinde düşüş olsa bile borcunu itibari değerden ödeyen borçlu borcundan kurtulur. Direnim faizi dışında alacaklının para değerindeki düşüşü ileri sürerek ek bir ödeme istemesi olanaksızdır⁷⁶.

Aşkın zarar, olası kâr kaybı olmadığı gibi, yasal direnim faizi ile mevduat faizi arasındaki fark da değildir, bir fiili zarardır.

II-) Kapsam

Aşkın zararın istenebilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi gerekir:

A. Borçlunun Direnimi

Borçlu borcunu yerine getirmede direnime düşmelidir. Borçlunun direniminden önceki dönemde, alacaklının faizi aşan miktarda zararının oluştuğundan söz edilemez⁷⁷. Borçlu, direnime düşmede (başka bir anlatımla borcu hemen ödememede) bir kusuru bulunmadığını kanıtlarsa, zararı giderme yükümlülüğünden kurtulabilir. Çünkü kusur, munzam zararda bir unsur olarak yer almaktadır⁷⁸.

B. Borcun Konusunun Para Olması

Aşkın zararlar ilgili TBK. md. 122 hükmü, sadece para borcunda direnime düşmesi durumunda uygulanabilir. Para borcunun sözleşmeden, haksız eylemden veya nedensiz zenginleşmeden kaynaklanmış olması önemli değildir.

C. Alacaklının Aşkın Bir Zararının Bulunması

Yasa, alacaklının, geçmiş günler faizini aşan zararının karşılanmasını amaçlıyor. Zarar, borçlunun direnime düştüğü tarihten, eylemli olarak yapılan ödeme tarihine kadarki zararları kapsar. Bu nedenle,

75 Kılıçoğlu, 510.

76 Karataş, 324.

77 13. HD. 19.6.2003, 4079/8062.

78 HGK. 18.10.2000, 118/1300; HGK. 12.2.1992, 615/57.

TBK. md. 122’de öngörülen faiz, sadece direnim faizi ile ilgilidir. Bunun sonucu olarak, konusu para olan bir borç ilişkisinde, taraflar sözleşme süresince ödenmesi gereken akdi faizi kararlaştırmış iseler, alacaklının akdi faizi aşan ve akdi faizle karşılanamayan zararının tazmini TBK. md. 122 hükmüne dayandırılmaz. Zira burada henüz direnim doğmamıştır ki, direnim faizinden ve onu aşan zarardan söz edilebilir.

TBK. md. 122’de sözü edilen “geçmiş günler faizi” hem “yasal direnim faizini” hem de “akdi direnim faizini” ifade ettiğinden, para borcuna uygulanacak direnim faizi ister taraflarca kararlaştırılmadığı için yasalarla öngörülen yasal direnim faizi olsun, isterse taraflarca sözleşmede kararlaştırılan akdi direnim faiz oranı olsun, alacaklı faizle karşılanamayan aşkın zararının ödenmesini isteyebilir⁷⁹.

Örneğin, döviz alacağının fiili ödeme tarihindeki Türk Parası karşılığını isteme hakkı varken ilk dava tarihindeki Türk Parası karşılığı tercih edilmişse (tercih hakkı bu biçimde kullanılmışsa), bu tarihten sonra alacağın artık dövizin fiili ödeme günündeki Türk Parası karşılığının istenmesini önler. Alacaklı bir kez kullandığı tercih hakkından dönemez. Bu nedenle döviz alacağının geç ödenmesinden doğan “aşkın zarar” adı altında bir zarar istenemeyecektir⁸⁰.

TBK’nın 122. maddesinde karşılanması öngörülen faizi geçen zararın, ülkede varlığı kabul edilen genel ekonomik olumsuzlukların (yüksek enflasyon oranı, yüksek ve değişken döviz kurları, mevduat faizleri) "malum ve meşhur" olgular olarak kabulü ile değil, bunlar dışında, somut ve davacının durumuna özgü, somut vakıalarla kanıtlanması gerekir. Zararın varlığı ileri sürülerek somut olgular ile kanıtlandıktan sonra, zararın miktarının belirlenmesinde, zamanında ödeme yapılmadığı için alınmak zorunda kalınan borca ödenen yüksek faiz oranının, mal varlığında meydana gelen azalmanın veya dövize ödenen yüksek kurun ve ülkede cari diğer ekonomik göstergelerin dikkate alınacağı tabiidir⁸¹.

79 Kılıçoğlu, 516; Domaniç, Hayri, Faizle Karşılanamayan Zararların Giderilmesini Sağlayan BK. md. 105 ve Diğer Hükümler, Temel Yayınları, İstanbul-1990, sf. 1175.

80 HGK. 8.5.2002, 1086/371; 13. HD. 12.12.2002, 10329/13321.

81 HGK.19.6.1996, 144/503.

Aşkın zarar alacaklısı; öncelikle direnime uğrayan asıl alacağının varlığını kanıtlamalıdır. Bu alacağın geç veya hiç ödenmemesinden dolayı direnim faizi ile karşılanmayan zararını; örneğin, alacaklının faize bağlı borcunu ödeyememesi veya alacağını elde edememesi nedeniyle daha yüksek faiz oranını içeren bir ödünç sözleşmesi yapmak zorunda kalması, yani sağlamak zorunda kaldığı kredi maliyetinden dolayı zarara uğraması; borçlunun direnimi nedeniyle büyük bir kâr elde edeceği ve kendisinin üzerinde kalması kesin olan bir ihaleye katılamaması, iflas etmesi; başkalarının alacaklıyı direnime düşürüp daha yüksek oranda faiz ödemeye ya da aşkın zarara mahkum ettirmesi, alacaklının mallarını haczettirmesi; borçlunun direnimi nedeniyle bedelini ödeyemediği bir sözleşmenin bu yüzden bozulması ve bu sözleşmeden beklediği kazancı yitirmesi; enflasyon veya kur ayarlaması nedeniyle paranın değer kaybetmesi gibi olguları kanıtlayabilir⁸². Aşkın zarar davalarında alacaklının (davacının) ispat yükümlülüğü çok sıkı kurallara bağlanmamalı genel ispat yöntemlerinde olduğu gibi her olayın kendi yapısı ve özelliği içinde değerlendirilmelidir. Alacaklı asıl alacağını alırken direnim faizinden doğan alacak miktarını saklı tutmamışsa sonradan aşkın zararın hesabında yeniden direnim faizine hükmedilemez. Aksi halde sona ermiş bulunan bir alacak canlandırılmış olur. Mahkeme, dava veya hüküm tarihine kadar doğmuş aşkın zararın ödetilmesine karar verebileceği gibi, daha da ileri giderek karar tarihine kadar saptadığı ölçüleri temel alarak ödeme gününe kadar olan bölümü için de hüküm kurabilir (TBK. md. 122/II). Alacaklı, ana alacağını ve direnim faizini isterken, aşkın zararı bunlarla birlikte de isteyebilir. Alacaklı, asıl alacak ve direnim faizini isterken, aşkın zararı saklı tutması gerekmez⁸³. Kur farkına ilişkin tazminat davalarında da munzam zarar söz konusu olabilir. Çünkü alacaklıya ödeme yerinde ve zamanında yabancı para alacağına eşdeğer bir ödeme yapılması zorunludur. Borçlunun yararlanacağı karineler vardır. Örneğin, tacir olan alacaklı parayı zamanında almış olsaydı ticari işlerde kullanabilirdi⁸⁴.

82 Kılıçoğlu, 518; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, 943; Barlas, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü, İstanbul-1992, sf. 187; Reisoğlu, 301; Oğuzman/Öz, 384.

83 HGK. 21.7.1987, 241/752.

84 11. HD. 24.9.1985, 3533/4757.

Davacının konjonktürel nedenlerle, ya da direnim faizinin düşük olmasından dolayı maddi kaybının olması⁸⁵, tek başına munzam zarar doğurmaz.

Alacaklı alacağını zamanında alamadığı için vergi borcunu ödeyememiş ise ve bu yüzden vergi cezasına maruz kalmışsa, kanıtlamak koşuluyla bunu “aşkın zarar” olarak isteyebilir⁸⁶. Enflasyon nedeniyle paranın alım gücünün düşmüş olması, munzam zarar kabul edilemez. Zararın somut olarak iddia ve ispat edilmesi ve enflasyonla nedensellik bağının kurulması gereklidir⁸⁷. En yüksek mevduat faizi ile yasal faiz arasındaki fark munzam zarar olarak kabul edilemez⁸⁸. Aşkın zararın söz konusu olabilmesi için, borçlunun, direnime düşmede (alacağı hemen ödememede) kusurunun bulunmadığını kanıtlaması gerekir. Çünkü kusur, munzam tazminatın bir ögesidir. Ayrıca alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen direnim faizinden fazla olduğunu da kanıtlamak zorundadır. Salt, enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin direnim faizinden yüksek olması munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez.

Davacının kanıtlaması gereken konu enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin kişisel ve somut olarak geç ödemediği dolaylı zarar gördüğü durumudur. Alacağı bankaya koyup daha yüksek faiz alabileceğine ilişkin genel, afakî ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen, genel ekonomik konjonktürel olgular munzam zarar tazminatını gerektirmez.

Bir örnekle konuyu açıklayalım: Bedel alacağının tahsili geciken yüklenici, bu parayı vaktinde tahsil etse idi bununla alacağı inşaat malzemelerinin piyasa fiyatının direnim faiz oranından fazla arttığını kanıtlarsa, bu kanıtlama yükünü yerine getirmiş sayılabilir ve direnim faizini aşan malzeme fiyatı artışını iş sahibine ödetebilir. Buna karşılık, yükle-

85 Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesinin birçok kararında, örneğin Aka -Türkiye kararında, direnim faizi ile ödemenin yapıldığıtarihi arasındaki enflasyon oranı arasındaki farkı munzam zarar olarak kabul edilmiştir.

86 15. HD. 16.1.1995, 6546/65.

87 15. HD. 27.1.1995, 4985/363.

88 5. HD. 12.4.1994, 4947/7947.

nicinin şayet bedel vaktinde ödense idi bir başka projeyi değerlendirecek iken bunu kaçırmayı yüzünden uğradığını ileri sürdüğü muhtemel kazanç kaybı, ancak bu projenin varlığının somut yazılı önsözleşme veya önerilerle kanıtlanması durumunda göz önüne alınabilir⁸⁹.

D. Kusur

Direnim faizinden sorumlulukta borçlunun kusuru aranmazken, direnim faiziyle karşılanamayan zararın ödenmesinde borçlunun sorumlu olabilmesi için kusurlu olması gerekir. Örneğin, inşaat sözleşmesinde iş sahibi, öngörmesi ve önlem alması olanaklı bulunmayan bir mali kriz nedeniyle ödemezlik durumuna düştüğünü, direnime düşmekte kusuru bulunmadığını kanıtlarsa, ücret borcu + direnim faizi ödedikten başka, ayrıca yüklenicinin direnim faiziyle karşılanamayan zararlarını ödemekten kurtulur. Buna karşılık, iş sahibinin mali durumunu ve hâlihazırda ve muhtemel mali gücünü iyi hesaplayamadığı için düştüğü ödeme güçsüzlüğünde kusurlu olduğu kabul edilir⁹⁰.

Zarar gören (alacaklı) borçlunun kusurunu (kusurlu olduğunu) kanıtlamak zorunda değildir. Borçlu, kusursuzluğunu kanıtlamalıdır. Borçlu ancak direnimindeki kusursuzluğunu kanıtlarsa sorumluluktan kurtulabilir. Borçlu, ödemeye ayırdığı paranın kusuru olmaksızın çalındığını, zamanında gönderdiği paranın alacaklıya kendi kusuru olmaksızın geç ulaştığını, alacaklıya ödemek için ayırdığı parasını yatırdığı bankanın iflas ettiğini, içinde paralarının bulunduğu evinin ya da arabasının yandığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir⁹¹.

E. Zararla Borçlunun Direnimi Arasında Nedensellik Bağı Bulunmalıdır

Aşkın zarar, borçlunun direnimi sonucu doğmuş olmalıdır. Aşkın zarar ile borçlunun direnimi arasında nedensellik bağı yoksa, borçlunun munzam zarardan sorumluluğu söz konusu olamaz. Nedensellik bağının var olduğunu alacaklının kanıtlaması gerekir⁹².

89 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 82.

90 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 82.

91 Kılıçoğlu, 517.

92 15. HD. 21.10.2002, 4786/5391.

YARGI KARARLARI

Munzam zarar olarak talep edilen ve mahkemece hüküm altına alınması gereken masraf hesap edilirken, yapılan masrafın gerçek miktarı güncelleme yapılmadan dikkate alınmalı ve bu miktara ayrıca KDV ilave edilmemelidir. Davacı şirketin alacağına geç kavuşması nedeniyle bankalardan almış olduğu kredilere ödemiş olduğu faiz miktarının, davacının açmış olduğu alacak davası sonucunda saptanan kesin alacağı oranında munzam zarara yansıtılması ve miktarın güncelleme yapılmadan hesaplanması gerekir (15. HD. 10.4.2008, 7441/2339).

--- --

Kural olarak alacaklının duçar olduğu zarar geçmiş günlük faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararın tazmini ile yükümlüdür. Ancak zararın somut delillerle ortaya konulması zorunludur. Mahkemece, davacının dosyaya sunduğu delilleri toplanmalı aleyhine yapılan takipler nedeniyle ve almış olduğu krediler için fazladan ödemek durumunda kaldığı faiz, ceza gibi somut olarak uğradığı zararlar gerektiğinde davacının defter ve kayıtları da birlikişiyeye incelettirilmek suretiyle varsa munzam zararı hesaplatılmalıdır (15. HD. 3.3.2008, 6046/1345).

--- --

Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan iş bedelinin zamanında ödenmemesi nedeniyle uğranılan munzam zarar alacağının tahsili istemine ilişkindir. Alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen direnim faizinden fazla olduğunu ispat etmek zorundadır. Soyut enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin direnim faizinden yüksek oranda olması munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlanması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemediği dolaylı zarar gördüğü keyfiyetidir (15. HD. 11.2.2008, 6169/779).

Yasa koyucu para borcunun geç ödenmesi durumunda bir zararın mevcut olduğunu kural olarak benimsemiştir. Bu zararın karşılanması iki bölümde düşünülmüştür. Birinci bölüm kanıtlanmadan ödenmesi talep edilecek zarar miktarıdır ki bu direnim faizidir. Diğer bir deyişle direnim faizi miktarınca alacaklının zarara uğradığı yasal bir karine olarak kabul edilmiştir. Bunun dışında davacının herhangi bir karineden istifade etmek olanağı yasal olarak mevcut değildir. Dava konusu somut olaydaki ana fikir, ana düşünce direnim faizini aşan bir zararın mevcut olup olmadığıdır. Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Zira; davacı para alacağını zamanında alması durumunda ne şekilde kullanacağını kanıtlayamamıştır. Ayrıca alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen direnim faizinden fazla olduğunu ispat etmek zorundadır. Soyut enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin direnim faizinden yüksek oranda olması munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlaması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemedi dolaylı zarar gördüğü keyfiyetidir. Örneğin alacağını zamanında tahsil edememekten ötürü, başkasına olan borcunu ödemek için daha yüksek oranda faizle borç aldığını, alacaklı olduğu parayı zamanında alsa idi yabancı para ile ödemek durumunda olduğu borcunu, geçen süre içinde gerçekleşen bu fark sebebiyle daha yüksek kurdan ödemek zorunda kaldığını kanıtlamak durumundadır. Ülkede yaşanan ekonomik kriz nedeniyle paranın döviz karşısında hızlı değer kaybı, yüksek enflasyon gibi genel afaki ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen umumi ekonomik konjonktürel olgular TBK'nın 122. maddesinde sözü edilen munzam zararın varlığını göstermez. Davacı dava dilekçesinde alacağın zamanında ödenmemesi nedeniyle bankadan kredi kullanmak zorunda kaldığını iddia etmiş, 09.12.2004 tarihli delil listesinde de bu konudaki delillerini ibraz etmiştir. Mahkemece davacının talep ettiği döneme ilişkin olan

*ve delil listesinde bildirilmiş bulunan banka kredileri ile ilgili gerekli araştırma ve inceleme yapılarak davacının defter kayıtları ile belgeleri de incelenmek suretiyle konusunda uzman kişilerden yeniden oluşturulacak bilirkişi kurulundan rapor alınmak suretiyle davacının faizi aşan bir zararının mevcut olup olmadığı, zarar var ise miktarı saptanmak suretiyle sonucuna göre bir karar verilme-
lidir (15. HD. 11.2.2008, 5953/780).*

--- · ---

Enflasyonun yüksek seyretmesi, döviz fiyatlarındaki aşırı artışlar TEFE, TÜFE fiyatlarındaki değişiklikler bizatihi munzam zararın ispatı için yeterli olmayıp davacı alacaklı munzam zarar alacağıının oluştuğunu filen ispatlamak durumundadır (15. HD. 28.5.2007, 657/3556).

--- · ---

Munzam zarar talebine ilişkin davalarının kabul edilebilmesi için; alacaklının alacağına geç kavuşması nedeniyle faizi aşan bir zararının olduğunu kanıtlaması gerekir. Zarar, "örnek olmak üzere; ödemenin gecikmesinden ötürü bankalardan kredi kullanılarak fazladan faiz ödenmesi; alacağın geç ödenmesi nedeniyle icra takibine maruz kalınması ve yine bundan dolayı sabit bir değer elden çıkartılması... gibi" somut şekilde kanıtlanmalıdır. Soyut olarak enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin, direnim faizinden yüksek oranda olması munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez (15. HD. 26.4.2006, 3025/2472).

--- · ---

Munzam zarar alacağıının, asıl alacak davasıyla birlikte talep edilmesi mümkün olduğu gibi, daha sonra müstakil bir davada istenmesi de mümkündür. Asıl alacak davasının açıldığı tarihte, alacağın geç tahsili nedeniyle oluşan munzam zararın miktarının tespiti imkân dahilinde ise aynı tarihte davanın açılmasının gerektiği ve zamanaşımının o tarihte başladığı düşünülebilir ise de alacağın hiç ödenmemesi veya kısmen ödenmesi durumundda

oluşacak zararın miktarının tespiti mümkün olmadığından, münzam zarar davalarında zamanaşımının başlangıç tarihinin alacağın tamamının tahsil edildiği tarih olarak düşünülmesi gereklidir (15. HD. 6.3.2006, 100/1235).

— · —

Alacaklı zararının direnim faizinden daha fazla olduğunu ispat etmek zorundadır. Bu ispat, somut şekilde, örneğin; para alacağının geç ödenmesi nedeniyle bankadan kredi kullanılması, alacağın geç alınmasından icra takibine uğranılması ya da bu gecikmeden ötürü sabit bir değer elden çıkarılması ... gibi yapılabilir. Şayet direnim faizini aşan zarar somut olarak kanıtlanmamışsa iddia başka bir yolla ispat edilmiş kabul edilemez. Bundan dolayı davacı zararının bazı varsayımlarla gerçek kabul edilmesi yasa hükmüne aykırı olmuştur. Davacı zararının varlığını somut şekilde ortaya koyarak kanıtlayamadığından davanın reddi gerekir (15. HD. 7.11.2005, 648/5864).

— · —

Bu tür davaların kabul edilebilmesi için alacaklının alacağına geç kavuşması nedeniyle faizi aşan bir zararının olduğunu da kanıtlaması gerekir. Bu zarar, örnek olmak üzere; ödemenin gecikmesinden ötürü bankalardan kredi kullanılarak fazladan faiz ödenmesi, alacağın geç ödenmesi nedeniyle icra takibine maruz kalınması ve yine bundan dolayı sabit bir değer elden çıkartılması... gibi somut şekilde kanıtlanmalıdır. Olayda davacı açıklanan biçimde bir delil getirerek direnim faizini aşan zararını somut şekilde kanıtlayamadığından davanın reddi gerekir (15. HD. 11.5.2005, 5092/2927).

— · —

Yasa koyucu para borcunun geç ödenmesi durumunda bir zararın mevcut olduğunu kural olarak benimsemiştir. Bu zararın karşılanması iki bölümde düşünülmüştür. Birinci bölüm, kanıtlanmadan tahsili talep edilecek zarar miktarıdır ki bu direnim faizidir. Diğer bir deyişle direnim faizi miktarınca alacaklının zarara uğradığı yasal bir karine olarak kabul edilmiştir. Bunun dışında davacının

herhangi bir karineden istifade etmek olanağı yasal olarak mevcut değildir. Davacı direnim faizini aşan bir zararının mevcut olduğunu kanıtlamamıştır. Yüksek enflasyon, dolar kurundaki artış, serbest piyasadaki faiz oranlarının yüksek oluşu davacıyı ispat yükünden kurtarmaz. Zira davacı para alacağını zamanında alması durumunda ne şekilde kullanacağını ispat etmemiştir. Ayrıca alacaklı, uğradığı zararın kendisine ödenen direnim faizinden fazla olduğunu kanıtlamak zorundadır. Soyut, enflasyonun ya da bankalarda mevduat için ödenen faizin, direnim faizinden yüksek oranda olması munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmez. Burada davacının kanıtlanması gereken husus enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi yerel olgular değil, kendisinin şahsen ve somut olarak geç ödemededen dolayı zarar gördüğü keyfiyettir. Örneğin, alacağını tahsil edememekten ötürü, başkasına olan borcunu ödemek için daha yüksek oranda faizle borç aldığını, alacaklı olduğu parayı zamanında alsa idi yabancı para ile ödemek durumunda olduğu borcunu, geçen süre içinde gerçekleşen bu fark nedeniyle daha yüksek kurdan ödemek zorunda kaldığını kanıtlamak durumundadır. Dava dilekçesinde ileri sürüldüğü gibi enflasyon ve paranın satın alma gücü, döviz kurlarındaki artışlar, devlet tahvili faiz oranları gibi faktörler genel, afaki ve doğrudan davacının zararını ifade etmeyen ekonomik konjonktürel olgular olup, TBK'nın 122. maddesinde sözü edilen munzam zararın tazminini gerektirmez. Somut olayda faiz oranları döviz kur artışları Tüfe, Tefe oranları dikkate alınarak hazırlanan bilirkişi raporuna dayanılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmesi de isabetli olmamıştır. Tüm bu nedenlerle davacı zararın varlığını açıklanan olgular ışığında ortaya koyup kanıtlayamadığından yerel mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir (15. HD. 21.3.2005, 4662/1596).

— · —

Para borçlarında borçlu direniminin bir sonucu da munzam zararın tazminidir. Kural olarak alacaklı, zararın direnim faizini aşan miktarda olduğunu somut delillerle ispat etmek ve illiyet bağının

bulunduğunu da kanıtlamak zorundadır. Bu itibarla davacının ibraz ettiği deliller toplanarak munzam zararın varlığı kanıtlandığı takdirde davanın kabulü gerekirken bu yolda hiçbir araştırma ve inceleme yapılmaksızın dolar ve altının 1993-2001 yılları arasındaki artış oranı mücerret munzam zarar olarak kabul edilerek hüküm altına alınması doğru olmamıştır (15. HD. 10.1.2005, 1621/33).

— · —

TBK. md. 122'ye dayanarak munzam zarar isteyen alacaklının, öncelikle direnim faizi ile karşılanandan daha çok bir zarara uğradığını rapor etmesi gerekir. Bu ispat, ancak somut şekilde, örneğin; para alacağının geç ödenmesi nedeniyle bankadan kredi kullanılıp faiz ve komisyon ödenmesi, bu alacağın geç alınmasından ötürü icra takiplerine uğranılması ya da yine bu gecikmeden dolayı sabit bir değer için daha az bir fiyatla elden çıkarılması gibi yapılabilir. Kuşku yok ki, böyle bir araştırmaya girilirken sözü edilen örneklerle zarar arasında illiyet bağının varlığı da aranmalıdır. İlke olarak başkalarına ait taşınmaz malların satışı veya araç satışları ile munzam zarar arasında illiyet bağı olduğu düşünülemez. Adi yazılı borçlanma belgelerinin munzam zarar borçlusunu bağlamayacağı da düşünülmelidir. Şayet, direnim faizini aşan zarar yukardan beri sayılan biçimde somut olarak kanıtlanamamışsa bunun başka türlü bir yolla ispat edilmiş olduğu kabul edilemez. Bundan dolayı davacının munzam zararını bazı varsayımlara dayalı olarak gerçek sayan ve bunu bazı yöntemlerle hesaplayan bilirkişi görüşü ile benimseyen mahkeme hükmünde yasaya uygun bir yan yoktur. Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; davacıya munzam zararını yukardan beri söylenenler doğrultusunda kanıtlama fırsatı tanımak, bu konudaki somut delillerini isteyip toplamak, önceki kesinleşen miktarı da gözeterek lüzumunda yeni bir heyete bilirkişi incelemesi de yaptırılarak kanıtlanan kadarı ile istemi hüküm altına almak, aksi halde davayı reddetmekten ibarettir (15. HD. 25.3.2004, 4682/1688).

— · —

Munzam zararın somut delillerle kanıtlanması gerekmektedir. Dava konusu olayda davacı zararını ispat için bankalardan kredi kullandığı ve faiz ödediği vakiasına dayanmıştır. Bilirkişi raporunda geç ödenen paranın karşılığında kullanılan kredi için ödenen faiz tutarı ve direnim tarihi ile ödeme tarihi arasındaki miktarı hesaplanmamıştır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, bir inşaat mühendisi, bir bankacı ve bir hukukçudan oluşacak yeni bir bilirkişi kurulunun teşkili ile öncelikle ikinci davada istenen kesin hesap bakiyesi alacağıının saptanması bu alacağın bulunmadığının anlaşılması durumunda ikinci davanın tamamen reddine, alacağın varlığı saptanırsa ilk davadaki asıl alacak miktarı ile ikinci davada saptanacak miktarın direnim tarihlerinden itibaren fiili ödeme tarihlerine kadar geçecek süre için bankalardan kullanılan kredilere ödenen ve asıl alacak tutarına tekabül eden faiz vs. banka giderleri açıklattırılarak sonucuna göre her iki davanın karara bağlanmasından ibarettir (15. HD. 18.4.2002, 4205/1943).

— . — . — . — .

Dava konusu olayda; yapılan icra takibi sonucunda davacı alacağının kısmen tahsil edildiği safhada bu dava açılmıştır. Enflasyon karşısında paranın değer kaybetmesi bizatihi munzam zararın ispatı için yeterli olmayıp, uğranılan zararın ispat edilmesi gerekmektedir. Davacı munzam zarar iddiasını, paranın geç ödenmesi yüzünden P... ve Ş...'tan kredi kullanmasına, bu yüzden faiz ödemesine ve taşınmazlarını satmasına dayandırmıştır. Oysa mahkemece bu konularda hiçbir araştırma yapılmadığından inceleme hüküm tesisine yeterli değildir. Mahkemece yapılacak iş, davacının bankalardan kullandığı kredilerin miktarının, tarihlerinin, geri ödemelerinin belirlenmesi, o dönemlere tekabül edecek şekilde davacı şirketin ticari defter ve kayıtlarında inceleme yapılarak davacının söz konusu kredi ve taşınmaz satışından elde ettiği gelirin nerelerde kullanıldığıının ve bankaya yapılan faiz ödemelerine isabet eden kısmının alınacak raporla saptanması ve böylece ispatlanacak zararın yani davalının direnimi nedeniyle tahsil olunan faiz miktarını aşan kısmının davacının faiz yönün-

den kabul ettiği miktar da nazara alınarak ve hesap sonucu bulunan miktardan ana para tahsilatı hariç sadece tahsil olunan faiz miktarından düşülerek sonucuna göre hükme varılmasından ibarettir (15. HD. 15.4.2002, 5267/1806).

Ş 11. CEZA KOŞULUNDA KUSURUN ÖNEMİ

Asıl borç herhangi bir nedenle geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir nedenle olanaksız duruma gelmişse, cezanın ifası istenemez. Ceza koşulunun geçersiz olması veya borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir nedenle sonradan olanaksız duruma gelmesi, asıl borcun geçerliliğini etkilemez (TBK. md. 182/II).

Borçlunun, asıl borcunu ileride hiç veya gereği gibi veya zamanında yerine getirmemesi durumunda alacaklıya karşı ödemeyi önceden taahhüt ettiği (ekonomik değeri olan) edime ceza koşulu (cezai şart) diyoruz. Ceza koşulu, alacaklının ifayı elde edebilmek için, borçluya karşı kullanabileceği bir baskı aracıdır⁹³.

Ceza koşulu her şeyden önce bir sözleşmedir; öyle sözleşme ki, bununla borçlu borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmezse, alacaklıya karşı bir edimde bulunmayı yükümlenir. Bu sözleşme ek (tali, ikincil) bir sözleşme olup, bundan doğan borç, ivedili olmadığı sürece ana borca bağlıdır. Buna karşılık, ana borç ivedili olur olmaz, ceza koşulundan doğan alacak bağımsız bir nitelik kazanır ve ana borcun sona ermesi, koşula bağlanmış cezaya artık hiçbir etki yapmaz; ancak ceza koşulu bağımsız bir nitelik kazanmaksızın ana alacağa bağlı olduğu sürece, onun yazgısı ana alacağın yazgısına bağlıdır; yani bu durumda ana alacak son bulursa, ceza koşulu da sona erer⁹⁴.

Ceza koşulu genellikle alacaklıyı, zararı kanıtlama yükümlülüğünden kurtarmak amacıyla konulur, yoksa borçluyu cezalandırmak için değil⁹⁵: Genel olarak, borçlu borcunu ihlal ederse, alacaklı onu aynen ifaya veya tazminat vermeye zorlayabilir; fakat tazminat isteyen

93 Kılıçoğlu, 575: "Cezai şart kavramı iki sözcükten oluşmaktadır. Buradaki <ceza> sözcüğü, borçlunun borca aykırı davranışı halinde bir ödemede bulunması yönündeki yaptırımını; <şart> sözcüğü ise, bu yaptırımın 'borçlunun borca aykırı davranışı' şartıyla uygulanacağını ifade eder."

94 Velidedeoğlu/Özdemir, 333.

95 Velidedeoğlu/Özdemir, 334.

alacaklının, hem zarara uğradığını, hem de zararın miktarını kanıtlaması gerekir. Oysa borçlu ceza koşulu ödemeyi taahhüt etmişse, artık alacaklı herhangi bir zarara uğradığını öne sürmek veya zararının kapsamını kanıtlamak zorunda kalmadan, tazminat elde etmek olanağını bulacaktır⁹⁶.

Ceza koşulu hesaplanırken, dikkate alınacak sürenin doğru belirlenmesi gerekir. İş sahibinin edimini yerine getirmemesi, ek ve değişik iş istemesi, kusurlu bir davranışı eserin zamanında tesliminin gecikmesinde etkili olmuşsa, bu sürenin teslim süresine eklenmesi gerekir⁹⁷.

Ceza koşulu sorumluluğunun doğabilmesi için, yüklenicinin hem borca aykırı davranması, hem de bu aykırılığın yükleniciye yüklenebilecek bir kusura dayanması gerekir (TBK. md. 112, 136, 182/II)⁹⁸. Ceza koşulu tazminatın “zarar” koşuluna bağlı değildir fakat kusur koşuluna bağlıdır. Yüklenicinin borca aykırı davranması, edimi hiç yerine getirmemesi biçiminde olabileceği gibi, eksik yerine getirmesi biçiminde de olabilir. Bunun için yüklenicinin kusurunun ağır veya hafif olması önemli değildir. Yükleniciye yüklenilebilen her türlü kusur borçlunun ceza koşulundan sorumlu olmasına yeterlidir. Örneğin, inşaat sözleşmesi iki parselin birleştirilmesini öngörmediği ve verilen vekâletnamede birleştirme yetkisi bulunmamasına karşın yani iş sahibinin iznini almadan yüklenicinin iki parseli birleştirip inşaat yapmaya çalışması iş sahibinin güvenini sarsabilir. İş sahibi yüklenicinin bu kusuru nedeniyle sözleşmeyi bozabilir. Yüklenici sözleşmenin bozulmasına kusuruyla neden olmuşsa ceza koşulu isteyemez. Yüklenici olumlu zararını değil yalnız iş sahibinin yararlanabileceği imalat bedelini isteyebilir⁹⁹.

96 Von Thur, Edege Çevirisi, II, 763; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 341.

97 15. HD. 28.9.2009, 4952/4899.

98 Kılıçoğlu, 781: “TBK. Md. 182/II hükmünün sadece sonraki kusurlu olanaksızlıkla sınırlı olduğu kabul edilemez. Aksinin kabulü, genel olarak borca aykırı davranışlarda borçlunun kusur koşulunu arayan TBK. Md. 112 hükmüyle çelişki yaratır. Bu nedenle, TBK. Md. 182/II hükmü geniş yorumlayarak, borçlunun edimi sonradan olanaksız duruma getiren borca aykırı davranışları dışındaki durumlarda da (borçlunun direnimi, bozuk ifade bulunması gibi) ceza koşulu alacağını doğabilmesi için, borçlunun kusurlu olması gerekir.”

99 15. HD. 02.11.1992, 1515/5016.

Yüklenici edimi yerine getirirken kullandığı yardımcı kişilerin ya da temsilcilerinin kusurları, yüklenicinin kişisel kusuru gibi, ceza koşulu sorumluluğunu gerektirir.

Sözleşme hükümlerini yerine getirmede kusurlu davranışta bulunan taraf ceza koşulu isteyemez¹⁰⁰. Doğruluk ve dürüstlük ilkesi gereği taraflar bakımından aslolan sözleşmeyle kararlaştırılan konuları yerine getirmek, verilen sözleri tutarak sözleşmeyi ifa ile sonuçlandırmaktır. Şayet, taraflardan biri doğruluk ve güven kurallarından ayrılarak öbür tarafın güven duygusunu zedelemişse, sözleşmenin onun bakımından çekilmez duruma geldiğinin kabulü gerekir. Sözleşmenin bozulmasına kusuruyla neden olan taraf kâr yoksunluğu ve ceza koşulu isteyemeyecektir¹⁰¹.

Yüklenici gecikmede kusurlu olmadığını kanıtlayamazsa ceza koşulu sorumluluğu altına girer. Sözleşme, yüklenicinin gecikmede kusuru bulunmasa bile gecikme cezası ödeyeceğini düzenleyebilir. Bu durumda yüklenici kusursuzluğunu kanıtlayamazsa bile ceza koşulu ödemek zorunda kalacaktır. Yüklenici, gecikmenin ifa yardımcılarının eyleminden kaynaklanmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Ancak yüklenici ifa yardımcılarının neden olduğu gecikmede kusurlu olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır.

100 15. HD. 22.10.1991, 1829/4951.

101 15. HD. 03.06.1999, 1450/2278.

Ş 12. CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARDA KUSURUN ÖNEMİ

Alacaklının uğradığı zarar, kararlaştırılan ceza tutarını aşyorsa, alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu kanıtlayarak, aşan miktarı isteyebilir. (TBK. md. 180/II).

Alacaklının ceza koşulunu aşan zararını borçludan isteyebilmesi için, aşkın zararın meydana gelmesinde borçlunun kusuru bulunduğunu kanıtlaması gerekir.

Sözleşme koşullarının ihlali nedeniyle doğacak zarar, genel olarak haksız fesihte kâr yoksunluğu, ifanın gecikmesi durumunda ise kira kaybı biçiminde belirir. Sözleşmede bu konuda özel bir hüküm yoksa, istenen cezadan ayrı olarak, sözleşmenin ihlali nedeniyle zarar gören taraf, karşı tarafın kusurunu ve kendi zararını kanıtlayarak, saptanacak zarardan ancak ceza miktarını aşan kısmını isteyebilir: Ceza zarardan çok ise (yani zarar cezadan az ise) ise, ceza ile birlikte zarar istenemeyecektir. Sözleşme bu ilkenin aksini öngörebilir: Sözleşme hem cezanın ve hem de zararın tam olarak ödenmesini öngörebilir¹⁰². Gecikme cezasında ve seçimlik ceza koşulunda, aksi sözleşme ile kararlaştırılmadıkça, zarara uğramamış olsa da ceza koşulu isteyebilen alacaklı, borçludan ayrıca tazminat isteyemeyecektir¹⁰³. Ancak alacaklı ceza koşulu ile karşılanamayan zararlarını isteyebilir.

Alacaklı asıl borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi sonucu kararlaştırılan ceza koşulu miktarını aşan zararı bulunduğunu kanıtlayacaktır. Örneğin, borçlunun edimini yerine getirmemesi nedeniyle, alacaklının 70.000 TL maliyet farkından doğan zararı, 15.000 TL kira yoksunluğu ve 80.000 TL de ceza koşulu alacağının gerçekleşmesi durumunda, cezayı aşan zarar $70.000 + 15.000 = 85.000 - 80.000 = 5.000$ TL'dir.

¹⁰² Kostakoğlu, 468.

¹⁰³ 11. HD. 27.2.2001, 10625/1710: "Ceza koşulu olumlu zarardır. Somut olaydaki ceza koşulunun da, gecikmeden doğabilecek zararı karşılamak için sözleşmeye konulduğu açıktır. Bunun sonucu olarak, davacı alacaklının ceza koşulu ile sınırlı zararını ayrıca isteme hakkı bulunmamaktadır. Bu zararı zaten ceza koşulu kapsamında karşılanmakta olup, alacaklıya yasa ile tanınan kolaylık, zararın varlığını ve miktarını ispat etme yükümlülüğü ile karşılaşmaksızın maktu olarak giderme olanağı ile sınırlı kalmaktadır."

Hem ceza koşulu ve hem de kira tazminatı istenmiş ancak kira tazminatı miktarı ceza koşulu miktarından azsa, yalnız ceza koşulu istenebilir¹⁰⁴. Alacaklı ceza koşulunu istememiş ve yalnız zararlarını istemişse, TBK. md. 180/son hükmü dikkate alınarak, dava edilmeyen ceza koşulu hesaplanarak istenen tazminat tutarından indirilmelidir¹⁰⁵.

Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 24.1.2005 gün ve 2633 gün ve 152 sayılı kararında, yasa metnine uygun biçimde, “*sözleşmede gecikme durumunda ceza koşulu dışında ayrıca gecikme tazminatı ödeneceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığından, ceza koşulunu aşan gecikme alacağı varsa gecikme cezasına ve cezayı aşan miktara, aksi takdirde sadece ceza koşuluna karar vermek gerekirken, TBK. md. 180/II hükmüne aykırı olarak hem cezaya hem de kiraya hükmedilmesi doğru olmamıştır*” denilmiştir.

Ceza koşulu niteliğinde olan “kesin teminat”ın sözleşmenin bozulması durumunda irat kaydedileceğine ilişkin Genel Şartnamedeki hüküm, zararın kesin teminat tutarına ulaşmadığı durumlarda aradaki farkın geri verilmesini önler. Aksi kararlaştırılmamış ise kesin teminat tutarını aşan zararın ödenmesinde irat kaydedilen teminatın zarar toplamından mahsubu gerekir¹⁰⁶.

104 15. HD. 29.6.2002, 1996/3366; 15. HD. 13.6.2002, 1769/3223; 15. HD. 19.7.2006, 3275/4613.

105 15. HD. 14.5.1998, 1459/2025; 15. HD. 13.3.1996, 6740/1323: “Somut olayda yanlar sözleşmeyle cezanın ve zararın ayrı ayrı istenebileceğini kararlaştırmamıştır. Kural olarak zararın cezadan az olması halinde ceza ile birlikte zarar istenemez ise de, ceza miktarından fazla olan zararın cezayı aşan miktarı talep edilebilir. Öyleyse, davacı arsa sahibi ceza miktarından fazla olan zararını, yani cezayı aşan zararını isteyebilecektir. Yerinde yapılan tespit sonucu mahkemeye verilen 02.11.1993 günlü bilirkişi raporunda üzerinde inşaat yapılacak 206 numaralı parselin açılan tahliye davası sonucu yükleniciye ancak Ocak 1991’de teslim edildiği, böylece 30 ay olan inşaat süresinin Haziran 1993 tarihinde dolduğu belirlendiğinden, 11.03.1994 olan dava tarihine göre, arsa sahibinin geç teslim nedeniyle 8 aylık süre için kira tazminat talebine hak kazandığı açıkça ortadadır. Ancak davalı yüklenici tapu devrindeki gecikmenin teslim süresini etkilediğini savunduğundan, bu savunma üzerinde de durulması gerekir. Bu durumda mahkemece, yerinde yeniden keşif yapılarak oluşturulacak bilirkişi kuruluna yüklenici savunması da gözetilmek suretiyle teslimde gecikilen dönem için arsa sahibine ait dükkan ve daireler nedeniyle talep edilebilecek gecikme tazminatı hesaplatılmalı, az yukarıda değinilen ilkeler doğrultusunda bulunacak bu alacak hüküm altına alınmalıdır.”

106 15. HD. 23.5.1997, 1783/2688.

Alacaklı, cezayı aşan zarara uğramasında borçlunun kusurlu olduğunu kanıtlamalıdır (TBK. md. 180/II). Borçlunun kusuru kanıtlanmadıkça, ceza koşulunu aşan zarar istenemeyecektir. Çünkü zararın içinde ceza koşulu isteği de karşılanmış bulunmaktadır. Borçlu kusursuzluğunu kanıtlamak zorunda değildir. Borçlunun kusurlu olduğunu kanıtlama yükü alacaklıya aittir.

Ceza koşulunu aşan zararın istenebilmesi için, alacaklının sözleşmeden dönmemiş olması gerekir. Ceza koşulunun sona erdiği, düştüğü, geçersiz duruma geldiği, alacaklının cezayı aşan zarar hakkında vazgeçtiği veya gecikme cezasında ifayı önkoşul öne sürmeden aldığı durumlarda da “ceza koşulunu aşan zarar”dan söz edilemez.

Sözleşmede yazılan teslim tarihi geçmiş, eser teslim edilmeyerek yüklenici kusuru ile direnime düşmüş ise dönme cezası (TBK. md. 179/II) ve sözleşmede hükme bağlanmasa da kanıtlanmasıyla, cezayı aşan zarar (TBK. md. 180) istenebilir. Belirli bir miktar olarak ödenmesi kararlaştırılan gecikme cezası -asgari maktu- cezadır¹⁰⁷.

İfayı engelleyen ceza koşulunda (dönme cezasında), borçlu kararlaştırılan ceza miktarını ödeyerek sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu için ondan fazla zararın giderilmesi istenemez.

İş sahibi, işi geciktiren ve gecikmede kusurlu olan yükleniciden gecikme cezasıyla birlikte, cezayı aşan zararını da istemişse¹⁰⁸; iş sahibinin ceza koşulunu aşan zararının mahallindeki rayiç kira üzerinden hesaplanması ve yüklenicinin ödemelerinin belirlenecek miktardan indirilerek belirlenmesi gerekir¹⁰⁹.

107 Karataş, 301-302.

108 Kılıçoğlu, 582: “Alacaklı, borçlunun borca aykırı davranışı sonucu bir zarara uğradığını kanıtladığında, ceza koşulu dışında doğan zararının ödetilmesini isterken, ancak, ceza koşulu, alacaklının uğradığı ve kanıtladığı zarardan indirmek zorunda değildir. Sözleşmecilerin gerçek iradeleri “ceza koşulu”na yönelik ise, alacaklı bir zarara uğramasa bile, bunun ödetilmesini isteyebileceği gibi, bunun dışında uğradığı ve kanıtladığı zararını da isteyebilir. Sözleşmecilerin gerçek iradeleri, borçlunun sözleşmeye aykırı davranması durumunda ödenmesi peşin olarak kararlaştırılmış tazminat niteliği taşıyorsa, bu durumda alacaklı, sadece tazminatı istemekle yetinir. Çünkü bu durumda, sözleşmede kararlaştırılmış bir ceza koşulu söz konusu değildir. Yasa, alacaklının ceza koşulunu aşan zararının giderimini borçlunun borca aykırı davranışında kusurlu olması koşuluna bağlamıştır. Yasadaki açıklık nedeniyle, borçlu kusursuzluğunu kanıtlamayacak, borçlunun kusurlu olduğunu alacaklı kanıtlayacaktır.”

109 15. HD. 23.11.2005, 7694/6271.

Ş 13. İŞE BAŞLAMADA VE TEMPODA GECİKMEDE KUSURUN ÖNEMİ

1-) Genel Olarak

Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir nedenle ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.

Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden kusurlu (ayıplı) veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, kusurun veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve giderleri kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda uyarıda bulunabilir (TBK. md. 473).

TBK. md. 473/I'in amacı, ileride zaten direnime düşeceğini belli etmiş bulunan yükleniciye karşı iş sahibine borçlu direnimindeki hakları vadeden önce tanımaktır. Böylece, TBK. md. 473/I hükmü TBK. md. 125'te düzenlenen direnim sonuçlarını, bazı koşullarda, henüz eser borcunun ivedili olmadığı bir zamana taşımış olmaktadır. Buna göre koşullar oluştuğunda, iş sahibi vadeyi beklemeksizin önce TBK. md. 123 uyarınca uygun bir ek süre vererek (md. 124'teki durumlarda ise süre vermeyerek) ardından TBK. md. 125'te yazılı haklardan birini kullanabilecektir. Yüklenicinin işe başlamaması, işi terk etmesi veya durdurması, sadece gecikeceğini değil, artık bu işi hiç yapmayacağını/yapamayacağını gösteriyorsa; esasen iş sahibi TBK. md. 112 uyarınca ifa borcunun yerini tazminat borcunun aldığı ileri sürerek, derhal (vadeyi beklemeden) yükleniciden olumlu zararının giderilmesini isteyebilir¹¹⁰.

110 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 114: "İş sahibi işin genel ilerleyişini denetlemek istiyorsa, sözleşmeye ara vadeler koyarak bunu gerçekleştirebilir. Ara vade konularak, sonuç borcu adeta kısımlara ayrılarak her bir kısım için ayrı inşaat sözleşmeleri varmış gibi düşünülmektedir. Böylece işin tamamlanması biçimindeki sonuç, ara vadeyle örneğin %10'unun veya kaba inşaat gibi belli

Eser sözleşmeleri kural olarak ani edimli sözleşmeler sayılmakla birlikte, burada ifaya hazırlık çalışmaları o denli özel bir öneme sahiptir ki, yasa koyucu bu aşamaya ilişkin özel bir kural getirmiş (TBK. md. 473) ve iş sahibine daha bu aşamada ileri sürebileceği bazı önemli haklar tanımıştır¹¹¹.

Yüklenici, işe başlamada gecikmiş ise bundan sorumlu olacaktır; o, ancak gecikmede kusuru bulunmadığını, gecikmenin nesnel (objektif) nedenlerden veya iş sahibinden kaynaklandığını kanıtlayarak kurulabilir.

Yüklenicinin işi tamamlayacağı (teslim) tarihin belirtilmediği veya tamamlanma tarihinin yüklenicinin işe başladıktan sonra işleyeceği kararlaştırılmış olduğu bir sözleşmede inşaatı yapma faaliyetlerine “hiç” başlamazsa, iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Teslim tarihi sözleşmede belirtilmiş ise, “başlamada gecikme” değil, “gecikme yüzünden vadeye yetişmeyeceği” gerekçesi söz konusu olur.

“İşe başlama” nedir? “işe başlama”dan plan ve projelerin yapılması¹¹² gibi ilk ifa işlem ve eylemlerinin yapılabileceği (ilk uygun zaman) anlaşılmalıdır. Yüklenici projeyi hazırlatıp onaylatmışsa, kendisine teslim edilen eski binayı yıktırmışsa, enkazını kaldırmışsa, arsa üzerinde şantiye binası yapmışsa, inşaat için gerekli ihzaratta bulunmuşsa, işyerini sigorta kapsamına aldirmışsa... işe başlamış sayılmalıdır.

İşe başlama zamanı sözleşmeyle veya hukuki ilişkinin niteliği ile başka türlü belirlenmemişse, yüklenici sözleşmenin kurulmasıyla derhal eserin imaline başlamalıdır; bununla birlikte kendisine zorunlu veya teamülden olan hazırlık süresi tanınmalıdır. Taraflar ara vadeler koyarak veya koymayarak belli bir teslim tarihi kararlaştırmışlarsa, başka tutamak noktaları olmadıkça, tarafların varsayılan iradelerine göre, yüklenici, varsa ara vadelere de uymak kaydıyla, işe başlamayı, kalan süre

bir kısmın tamamlanması biçiminde somutlaştırılmaktadır. Ara vadede bu sonucun sağlanamamış olması durumunda, iş sahibi md. 473/1'e başvurabilir.”

111 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 113.

112 Becker, Dura Çevirisi, 607.

iş teslim tarihinde bitirmeye hala yeterli olacak biçimde bekletebilir; yüklenicinin fiyatlar artacak olursa bir pahalılık zammı alacak olması yalnız başına onu işe daha çabuk başlamağa veya çalışma temposunu hızlandırmağa zorlamak için bir neden olmaz¹¹³.

“İşe başlamada gecikme” nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için şu koşullar gerçekleşmelidir:

- Yüklenici işe başlamada gecikmelidir. Bu nedenle geri kalan sürede inşaatın tamamlanıp teslimi olanaklı bulunmamalıdır.
- Gecikme iş sahibinin riziko alanında meydana gelmemiş olmalıdır.
- Teslim tarihi dolmamalıdır (teslim borcu henüz ivedili olmamalıdır).
- Yüklenicinin teslim borcu olanaksızlaşmamalıdır.
- İş sahibi yükleniciyi uyarmalı ve ona ek süre vermelidir. Bu ikisini aynı anda yapabilir.

Gecikme iş sahibinin kusuru olmaksızın doğmuş ve yüklenici de tahminlere göre eseri kararlaştırılan zamanda bitirme durumunda bulunmamış ise, iş sahibi teslim zamanını beklemeksizin sözleşmeyi bozabilir. Teslimin ne zaman yapılacağı sözleşmede gösterilir. Eğer bu konuda bir anlaşma yoksa, iş sahibi eserin yapımına derhal başlanmasını isteyebilir. Bir ek sürenin saptanması zorunludur. Meğerki TBK. md. 125 uygulanmamış olsun. İş sahibi, geç teslim edilmiş olsa bile eseri kabul edebilir ve yüklenicinin kusuru ile oluşan bir gecikme yüzünden tazminat da isteyebilir¹¹⁴.

TBK. md. 473/I’ in uygulanabilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerekir: İnşaat seviyesi, belli bir tarihte olması gerekenin gerisinde bulunmalıdır. Bu geri kalma durumu, iş sahibinin riziko alanından kaynaklanmamış olmalıdır. Bunun için, borcun henüz ivedili olmaması,

113 Tandoğan, II, 114.

114 Velidedeoğlu/Özdemir, 572.

ifanın olanaksızlaşmaması gerekir; ayrıca yüklenici ihtar edilmeli ve kendisine ek süre verilmelidir.

İnşaatın seviyesinin belli bir tarihte olması gerekenin gerisinde kalması gerekli ve yeterlidir. Örneğin, yüklenicinin belli bir tarihte inşaata başlamış olmasının veya inşaatı belli bir tarihte belli bir düzeye getirmiş olmasının kararlaştırıldığı durumlarda, inşaatın bu seviyenin gerisinde kalması, söz konusu hükmün uygulanması için yeterli olacaktır. Bu nedenle inşaatın bulunduğu seviyenin ve bulunması gereken düzeyin belirlenmesi önem taşır. Bunun için inşaatın zamanında tamamlanmasının olanaksızlaşması gerekmez. Aynı sonuç, inşaat seviyesinin sözleşmeyle belirlenmediği durumlarda da uygulama alanı bulur.

İnşaatın düzeyi olması gerekenin altında kalmadığı sürece, inşaatın düşük bir işgücü veya teknik donanımla yürütülmesi veya işe belli bir süre ara verilmesi tek başına md. 473/I'ın ihlali olarak kabul edilemez. Örneğin, 10 aylık bir teslim süresi olan yüklenici, ilk üç ayda hızlı çalışmış ve %60'ını tamamlamışsa, artık o, tasarruf ettiği bu zamanı, ara vermek veya tempoyu yavaşlatmak biçiminde değerlendirebilecektir. Yine, sözleşmeyle yüklenicinin iki vardiya biçiminde çalışması gerektiğinin kararlaştırılmasına karşın, tek vardiya olarak çalışması, inşaatın düzeyinin geri kalması sonucunu doğurmadığı sürece başlı başına 473/I'ın uygulanması için yeterli değildir¹¹⁵. Yüklenici, bu durumda da, gecikmede kusuru bulunmadığını ve gecikmenin nesnel nedenlerden kaynaklandığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir.

TBK. md. 473/I'ın uygulanabilmesi için, öbür koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla, inşaatın büyük bölümünün eksik olması gerekmez.

İnşaatın belli bir tarihte bulunması gereken düzeyin saptanması bakımından, inşaatın teslim edilmesi gereken tarihin sözleşmede belirlenmiş olup olmadığı önemlidir.

473. maddenin ikinci fıkrasında ise, eserin teslim tarihinden

115 Ayan, 331.

önce bozuk yapılması durumunda iş sahibinin sahip olduğu hakları düzenlemektedir. Bu haklar, iş sahibine eseri imal etmekle yükümlü olan yükleniciden bozukluğu ya da başka sözleşmeye aykırı durumları ortadan kaldıracı olanağını vermektedir. 473/II hükmü, bozukluk ya da sözleşmeye aykırılığın daha teslim gününden önce ortaya çıkması durumunu düzenlemektedir. Burada yasa yüklenicinin kusurlu olduğu durumlarda TBK. md. 113 kapsamında eserin düzeltilmesini ya da esere devam etmeyi üçüncü bir kişiye devir edeceği ihtarı ile süre tanınması yöntemini öngörmüştür. Tehlike ve giderlerin yükleniciye ait olması demek, yüklenicinin sadece fazla giderleri değil, aynı zamanda işin üçüncü kişiye devri ile bağlı olan umulmadık olaydan doğan tehlikeyi de taşımak zorunda olduğu anlamındadır. İş sahibi kendisi, yargıç kararı olmadan üçüncü kişiye eserin düzeltilmesini ya da esere devam etmeyi, devir edebilir, Ancak üçüncü kişiye seçmede ya da bu kişiye verdiği talimatta özenli hareket etmezse zarara kendisinin katlanması gerekir¹¹⁶.

II-) Kapsam

A-) Başlamada Gecikme

Teslim tarihinin belirtilmediği inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin işe başlaması gereken zaman, sözleşmeyle en azından belirli vade biçiminde belirlenmemişse, TBK. md. 90 gereğince, iş sahibi “**somut olayın özellikleri aksini gerektirmiyorsa**” inşaatı “**derhal**” başlanmasını ihtar (talep) edebilir. Uyarının sonuçsuz kalması üzerine, iş sahibi inşaatı başlanması için uygun bir ek süre vererek TBK. md. 473/I’e başvurabilir¹¹⁷. Buradaki “derhal” sözcüğünün “uygun bir hazırlık süresinin ardından hemen” biçiminde anlaşılması gerekir. Çünkü inşaat sözleşmelerinin geniş zamana yayılmış yapısı ve edimin kapsamı bunu gerektirir¹¹⁸.

116 Becker, Dura Çevirisi, 608-609.

117 Ayan, 350-351.

118 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 117: “Direnim uyarısına gerek yoktur. TBK. md. 123 süre verme borçlu direnimindeki gibi “ifanın gerçekleşmesi” için değil, “hazırlama faaliyetlerine girişmesi için” verileceğinden, TBK. md. 473 direnim kuralını kabul etmemiştir.”

Sözleşmede inşaat başlama süresi belirtilmemiş olsa bile, yüklenici -sözleşme kendisine yüklemişse- proje düzenleme ve inşaat ruhsatı alma gibi hazırlıkları makul bir sürede yapmalıdır¹¹⁹.

Somut olayın özelliği gereği işe hemen başlama zorunluluğunu kaldıran durumlara birçok örnek verebiliriz:

- Kapı pencere işini üstlenen yüklenicinin işe başlayabilmesi için, öncelikle binanın kaba inşaatı tamamlanmış ve sıvaları bitirilmiş olması gerekir.
- Taraflar inşaat başlanması için yaklaşık bir tarih belirlemişlerse, yüklenici derhal işe başlamak zorunda değildir.
- Sözleşmenin yapıldığı mevsim, inşaat için uygun değilse, yüklenici inşaat başlama için uygun değil, mevsimin inşaat için uygun gelen ilk günlerinde başlayabilir. Turistik bölgelerde “turizm sezonu” olarak bilinen aylarda yerel yönetimlerin koydukları inşaat yasaklarını da bu kapsamda görmek gerekir.
- İş sahibi kendi yükümü olan yapı iznini almamışsa, bu izin alınmadan yüklenici işe başlayamaz.
- İşin niteliği derhal çalışmaya başlatmaya elverişli olmayabilir. Örneğin, önce gerekli izinlerin alınması gereken bir inşaat işinde, bu izinler (özellikle inşaat izni) yetkili kurumlardan alınmadan inşaat başlatılamayacaktır.¹²⁰
- Sözleşmeye göre projeleri iş sahibinin hazırlayıp yükleniciye vermesi gerekiyorsa ancak plan, proje ve malzemenin verilmesinde bir gecikme olmuşsa, bunun sonuçlarından yüklenici sorumlu olmayacaktır¹²¹.
- Sözleşmenin yapıldığı sırada yüklenici başka bir iş yapıyor ve iş sahibi bu durumu biliyorsa... Bu durum, tarafların, yüklenicinin

119 15. HD.30.5.1989, 3349/2577.

120 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 117.

121 Olgaç, III, 908.

işini bitirdikten sonra sözleşme konusu işe başlaması konusunda anlaşlıkları biçiminde yorumlanabilir.

Somut olayın özelliği derhal işe başlanmasını gerektirmiyorsa, işe başlama ihtarına da gerek olmamalıdır.

İş sahibi süreyi işe başlaması için değil de inşaatın bitirilmesi için vermişse, bu durumda onun işe zamanında başlanmasından çok zamanında bitirilmesine önem verdiği anlaşılır ve artık yüklenicinin işe başlamaması nedeniyle sözleşmeden dönemez. Bundan sonra iş sahibi, bu ifa tarihine kadar ancak - eserin tamamlanması için yeterli olması koşuluyla verdiği bu sürenin sonunda eserin tamamlanamayacağını anlaşılması nedeniyle sözleşmeden dönebilir. Ya da bu sürenin dolmasını bekleyip yükleniciyi direnime düşürerek TBK. md. 125'teki haklarını kullanabilir¹²². Böyle bir durumda işe başlamada gecikme olursa TBK. md. 473/I'e gitmeğe gerek yoktur¹²³.

Verilen süre dolmadan yüklenici işe başlamışsa, iş sahibi "işe başlamama" gerekçesiyle sözleşmeden dönemez.

Teslim süresi belli olan işlerde, "belli" olan yalnız "teslim süresi" olabileceği gibi, hem teslim süresi ve hem de başlama süresi de olabilir.

Teslim süresi belli olan bir sözleşmede işe başlama zamanı da belirtilmiş ise, yüklenici belirtilen tarihte işe başlayacaktır.

Sözleşmede yüklenicinin işe ne zaman başlayacağı "açık bir tarih" olarak belirtilebileceği gibi, iş sahibinin yapacağı ihbardan, arsanın veya malzemenin yükleniciye tesliminden, arsa üzerindeki yapıda bulunan kiracının tahliyesinden, komşu taşınmazla olan uyumsuzluğun giderilmesinden veya inşaat izninin alınmasından sonra belli bir süre içinde inşaata başlaması gerektiği kararlaştırılmış olabilir¹²⁴.

122 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 118.

123 Tandoğan, II, 123-124.

124 Ayan, 340-341: "İnşaatın başlamasına ilişkin sözleşme kayıtlarının fiilen inşaata başlanmasına değil teslim süresinin hesaplanmasına ilişkin olup olmadığının incelenmesi gerekir. Örneğin yüklenicinin, sözleşmeden başlayarak üç ay içinde inşaata başlayacağı ve başlamadan itibaren 36 ay içinde inşaatı tamamlayarak teslim edeceğinin kararlaştırıldığı sözleşme

İnşaata başlama, mutlaka inşaata fiziksel olarak başlanmasını –örneğin, temelinin kazılmaya başlanmasını- gerektirmez. Bu nedenle işe başlama kavramı, somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Örneğin planın hazırlanması ve inşaat izninin alınmasını da üstlenmiş olan bir yüklenicinin, işe başlaması gereken tarihte plan hazırlamak ve izin almak için gereken işlere girişmesi de işe başlamak olarak değerlendirilmelidir. Fakat inşaata fiziksel olarak başlanmaması nedeniyle iş sahibinin 473/I hükmüne başvurmak istemesi durumunda, iş sahibinin bu durumu örneğin bir “delil tespiti” yoluyla kanıtlanmasının ardından; yüklenicinin örneğin planın çizilmesi ve inşaat izninin alınması gibi işlere başladığını ileri sürerek, 473/I hükmünün koşullarının oluşmadığını öne sürmesi durumunda, bunu kanıtlanma yükü yükleniciye ait olmalıdır¹²⁵.

İş sahibi, işe başlama tarihi sözleşmede gösterilmiş olsa bile, kendi edimini yerine getirmeden, örneğin arsayı kusursuz ve engelsiz olarak teslim etmeden, işe zamanında başlamasını isteyemez. Sözleşme iş sahibine kusursuz ve engelsiz biçimde arsayı teslim etme borcu yanında, hukuki yükümlülükler de yüklemişse onların da yerine getirilmesi gerekir. Örneğin, sözleşme, imzalandığı tarihten beş gün içinde yükleniciye isabet edecek arsa payının devrini öngörmüşse, iş sahibi bu devri gerçekleştirmelidir; aksi halde yüklenici işe başlamak zorunda değildir. Ancak bu noktada haklı durumda bulunan yüklenicinin haksız duruma düşmemesi için, iş sahibini uyarması ve pay devri için uygun bir süre vermesi gerekir. Yüklenici, iş sahibini pay devrini gerçekleştirme konusunda uyarmadan beklemeye çekilirse haksız duruma düşebilir ve yasanın kendisine tanıdığı hakları yitirebilir. Örneğin, işe geç başlanmış ve bu süre içinde imar durumunda meydana gelen olumsuz yöndeki

birinciye; fakat yapının, inşaat izninin alınmasından itibaren 36 ay içinde teslim edileceğine ilişkin hüküm ise ikinciye örnektir. Birincide belirlenen tarihte (üç ay içinde) inşaata başlanmaması halinde iş sahibi uygun bir ek süre vererek md. 473/I'e başvurabilirken; ikincide ise bu hakkını inşaatı zamanında tamamlanma olanağının bütün tahminlere göre ortadan kalkmasına kadar kullanamaz. Çünkü birinci ihtimalde, yüklenicinin inşaata başlaması gereken tarih açıkça kararlaştırılmış sayılır.”

125 Ayan, 343.

değişiklikten dolayı sözleşme bozulmuşsa, yüklenici kâr yoksunluğu isteyemeyecektir. Yüklenici uzağı gören bir iş adamı gibi davranarak taşınmazın hukuksal durumunu görmelidir.

İş sahibine yüklenebilir bir durum dolayısıyla iş zamanında başlamak olanaklı değilse, iş sahibi bu durumda sözleşmeden dönmeyecektir; iş sahibinin ön çalışmalarda, örneğin planların verilmesinde ya da yüklenici tarafından monte edilmesi gerekli bir makine için tabanın yapılmasında gecikmiş olması da böyledir¹²⁶.

Yapı izni konumuz bakımından daha da önemlidir. Şöyle ki;

- Yasanın gösterdiği ayrık durumlar dışında, yüklenici yapı izni almadan inşaata başlayamaz. İş sahibi de yükleniciden bu yönde bir istemde bulunamaz.
- Sözleşme yapı izni alma yükünü yükleniciye yüklemişse, iş sahibinin istemine bağlı olmaksızın yüklenicinin inşaata başlaması gerekir. Yüklenici inşaat iznini almasına karşın inşaata başlamamışsa, iş sahibi herhangi bir uyarıya gerek olmaksızın md. 473/I'e başvurabilir. Yüklenicinin söz konusu yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için "yeterli yetkilerle donatılmış" geçerli bir vekâletnamenin kendisine verilmesi gerekir. Aksi halde, sözleşmede anılan işlerin yükleniciye verilmiş olması onu sorumluluk altına sokmayacaktır.
- Yüklenici, inşaat izninin alınması gereken tarihin açıkça gösterildiği durumlarda, sözleşmenin alınmasını kendisine yüklediği inşaat iznini almayı haksız yere geciktirmişse, iş sahibi md. 473'e başvurabilir.
- Sözleşme inşaat izni alınması gereken tarihi belirtmemişse, bu iznin makul ve iyi niyetli bir yüklenici tarafından alınabileceği ortalama sürenin yükleniciye tanınması gerekir; bu durumda iş sahibi vereceği uygun bir sürenin ardından md. 473/1 hükmüne başvurabilir. Ancak iş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için,

126 Becker, Dura Çevirisi, 608; Olgaç, III, 907.

yüklenicinin yapı izni almasını güçleştiren veya geciktiren nedenlerin onun riziko alanında meydana gelmemesi gerekir; yoksa iş sahibi bu maddeye dayanarak sözleşmeden dönemeyecektir.

Bir örnek verelim: Yüklenici <temel üstü ruhsat> tarihinden başlayarak 25 ay içinde anahtar teslimi villa yapımını yüklenmiş olsun. Yüklenici, arazide kayma olduğu, arsanın birinci sınıf kırık fay üzerinde bulunduğu, bu nedenle Afet İşleri Genel Müdürlüğü'nün olurunun gerektiği, arsanın kusuru nedeniyle ruhsat almada ek zamana ihtiyaç duyduğu gerekçesiyle ruhsat almak için kendisine ek süre verilmesini istemiştir. Belediyeden gelen yazıda da, arsanın jeolojik sakıncalı alanda kaldığından inşaat izni verilmediği belirtilmiştir. Bu durumu şöyle değerlendirmeliyiz: İnşaat yapılacak arsa imara uygun mudur? İfa objektif olarak olanaksız mıdır? Eğer öyle ise, olanaksızlık sözleşme tarihinde mi, sonradan mı ortaya çıkmıştır? Bu durumu anlamak için keşif yapılacak ve bilirkişiden görüş alınacaktır. Sözleşme tarihinde inşaat yapma olanağı bulunmuyorsa, yerine getirmeyi olanaksız kılan nedenler dikkate alınarak sözleşmenin geçersizliği kabul edilecektir. Olanaksızlık başlangıçta değil sonradan ortaya çıkmış veya başlangıçta bulunmakla birlikte sonradan ortadan kalkmışsa, yenilenen imar durumuna göre sözleşme koşullarında inşaat yapımının olanaklı olup olmadığı incelenecektir. Yüklenicinin inşaat gecikmesi veya direnimi olup olmadığı bu incelemeden sonra değerlendirilecektir¹²⁷.

İşe zamanında başlamayı önleyen veya güçleştiren nedenler, sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi, somut olayın özelliğinden de kaynaklanabilir. Bir örnek verelim: Olaya uygulanan sözleşmeye göre sözleşmecilerin hak (örneğin bağımsız bölüm sayısı) ve borçları (örneğin işe başlama ve bitirme zamanı) belirlenmiştir. Ancak sözleşmenin bir başka maddesinde, yükleniciye “arsanın imar durumunu sözleşmeciler yararına değiştirme” yükümlülüğü veren bir hüküm vardır. Arsa sahibi, yüklenicinin imar durumunu değiştirmek için gerekli işlemleri yapabilmesini sağlamak üzere ona vekâletname çıkarmıştır. Yüklenici,

127 15. HD. 17.5.2004, 5515/2738.

vekâletnameyi alınca hemen işlemleri başlatmıştır. Kamusal işlemlerin gerçekleşmesinde gecikme ve aksama olmuş ve her iki sözleşmecinin yararına olarak imar durumu ancak on yıl sonra değişebilmiştir. Arsa sahibi, gecikmeyi makul bulmaz, gecikmeden yükleniciyi sorumlu tutar ve bitirme zamanı belli olan bir işe zamanında başlanmadığını öne sürerek sözleşmeyi bozmayı düşünmektedir. Çünkü ona göre, yürürlükteki imar durumu eldeki sözleşmeye göre inşaat yapılmasına uygun olduğuna ve tarafların hak ve borçları bu sözleşmede gösterildiğine göre yüklenici imar durumunu değiştirmeyi beklemeden inşaata başlayıp bitirmeliydi. Yüklenici sözleşmenin bozulmasının haksız olduğunu, çünkü gecikmenin kendisinden değil belediyeden kaynaklandığını ve işe başlamak istediğini savunmaktadır. Sözleşme yükleniciye imar durumunu değiştirme görevi vermemesine karşın o kendiliğinden buna girişmiş olsaydı, gecikmeden sorumlu tutulabilirdi (bu gecikme sözleşmenin bozulmasında haklı neden olabilirdi). Sözleşmede sözleşmecilerin yararına imar durumunun değiştirilmesine ve bunun yüklenicinin görevi olduğuna ilişkin bir kural varsa, yüklenicinin neden olmaması koşuluyla, başka bir anlatımla gecikmenin belediye veya başka kurum ve organların işleyişinden kaynaklanması durumunda işe başlama zamanının engelin kalktığı (örneğin imar durumunun değiştirildiği) tarihten başlatılması gerekmektedir. Yüklenicinin kusuru olup olmadığı, sürenin makul olup olmadığı, yüklenicinin makul bir yükleniciden beklenen çalışmayı yapıp yapmadığı, kamu makamlarında işlerin ilerlemesi ve erken bir zamanda tamamlanması için göstermesi gereken tüm çabayı gösterip göstermediği, kısaca zamanında işe başlamayı engelleyen durum ve olguları yargıç belirleyecektir; ancak yargıç bu konuda kişisel kanı ve gözlemiyle ya da tarafların savunma ve kanıtlarıyla yetinmeyecek, uzman bilirkişi görüşünden yararlanacaktır.

Kararlaştırılan tarihte işe başlanmamasına karşın işin zamanında tamamlanma olanağı bulunduğu sürece iş sahibi sözleşmeden dönemeyecektir; yüklenicinin işe başlamada gecikmesinin sözleşmeden dönme için bir neden olabilmesi için, bu gecikmenin teslimi de tehlikeye soka-

çok derecede ilerlemiş olması gerekir¹²⁸.

TBK. md. 473/I'de belirtilen (işe hiç başlamama) durumu yüklenicinin kusuru olmaksızın ortaya çıkmış olsa bile, iş sahibi sözleşmeden dönebilir. İş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, bu durumların yüklenicinin sözleşmeye aykırı tutumu ile uygun nedensellik bağının bulunması gerekir.

Aşağıdaki durumlarda, yüklenicinin gecikmesi yükümlülüğüne aykırı sayılmaz:

- Bu durumlar yüklenicinin iradesi dışında gerçekleşen ve öngörülmesi olanağı bulunmayan nedenlerden (örneğin yapılan inşaatın temelinde önceden tahmin edilemeyecek biçimde su veya kaya çıkmasından) kaynaklanmışsa.
- Bu durumlar iş sahibine yüklenebilen (iş sahibinin faaliyet alanında gerçekleşen) nedenlerden (iş sahibinin inşaatı kullanacak malzemeyi, proje ve talimatları sağlamayı üstlenmesine karşın sağlamamasıyla) meydana gelmişse.
- Yüklenicinin edimi sözleşmenin kurulmasından sonra objektif olarak olanaksızlaşırsa edim yükümlülüğü ortadan kalktığından, edimde yükümlülüğe aykırı bir gecikme ve direnimsizlik söz konusu olamayacaktır.
- Yüklenicinin tehlike yaratan veya hukuka aykırı bir davranışını

128 15. HD. 18.9.1973, 15/54; 15. HD. 26.12.1974, 898/1922; 15. HD. 8.5.1984, 1341/1611; Ayan, 344: "Yüklenicinin işe başlamasının belirli vadeye bağlanması durumunda, fakat buna rağmen yüklenicinin zamanında inşaatı başlamaması durumunda, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, inşaatın zamanında tamamlanması olanağının ortadan kalkması gerekmez. Sözleşmede belirlenen işe başlama tarihinde işe başlanmaması durumunda, işin zamanında tamamlanması olanağının ortadan kalkması gerekmesiz iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Bunun aksinin kabulü halinde, md. 473/I'deki "müteahhit, işe zamanında başlamazsa" biçimindeki ibarenin hiçbir anlamı kalmazdı. Buna göre işe başlama tarihinin belirli vade biçiminde kararlaştırılmış olmasına rağmen yüklenicinin işe zamanında başlamaması halinde, iş sahibi uygun bir ek süre vererek sözleşmeden dönebilir. Çünkü bu durumda iş sahibi, işe başlama tarihini açıkça sözleşmeye koydurmak suretiyle, zamanında işe başlanmasına ilişkin menfaatini açıkça ortaya koymuştur. Bu nedenle, artık yüklenicinin işe zamanında başlamamasının, işin zamanında tamamlanmasını tehlikeye sokup sokmadığının araştırılmasına gerek görülmemelidir."

önleme zorunluluğu bulunmamasına karşın, iş sahibi yüklenicinin işe başlamasına, yürütülmesine engel olmuşsa.

- Yüklenicinin TBK. md. 97 ve 98'deki savunmaları (defileri) ileri sürebildiği durumlarda gecikmesi yükümlülüğüne aykırı sayılmaz.

TBK. md. 473/I'deki durumların, yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüğüne objektif olarak aykırı davranmasından doğması sorumluluğu için yeterlidir¹²⁹. Yüklenici hakkında birçok icra takibi yapılmakta ve bu nedenle işe geç başlamakta ve iş yavaş ilerlemekteyse ve bu durum sözleşmeden beklenen yararları tehlikeye sokmaktaysa, iş sahibi, istediği güvencenin verilmemesi durumunda sözleşmeyi boza-bilecektir¹³⁰.

TBK. md. 473/I'de belirtilen (işe hiç başlamama) durumu iş sahibinin üzerine düşen herhangi bir yükümünü yerine getirmemesinden, iş sahibine yüklenebilecek (onun faaliyet alanında gerçekleşen) herhangi bir nedenden kaynaklanmışsa, iş sahibi kural olarak sözleşmeden dö-nemeyecektir; ancak, yüklenici bunlar konusunda iş sahibini vaktinde uyarıyorsa söz konusu gecikme olmayacak idiyse, yüklenici bundan so-rumlu tutulabilecektir. Somut olayda bu durumu sezip gerekli önlemleri alması veya gerekeni yapması için iş sahibini uyarması işin uzmanı sa-yılan yükleniciden beklenebilir. Bu durumdaki yüklenicinin iş sahibini uyarılmaması onun yükümünü ihlal etmesi anlamına gelir ve gecikme-den sorumlu olur¹³¹.

Yüklenici iş sahibine bağlanabilen bir gecikme yüzünden yüküm-lülüğünü yerine getirememişse, örneğin iş sahibince yükleniciye inşaat yeri teslim edilmemişse, arsaların birleştirilmesi veya ayrılması işlemleri yaptırılmamışsa, iş sahibinin düzenlendiği plan ve proje onaylatıl-mamış veya yapı izni alınmamışsa, iş sahibi bu gerekçeyle sözleşmeyi bozamayacaktır¹³².

129 Dayınlarlı, 58.

130 15. HD. 23.2.1998, 4967/637.

131 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 116.

132 Becker, Dura Çevirisi, 608.

Gecikmenin iş sahibinden kaynaklanmasına birçok örnek verebiliriz:

- İş sahibinin, üzerinde inşaat yapılacak arsayı inşaata elverişli ve kusursuz (ayıpsız) olarak yükleniciye teslim etmemesi.
- Planların hazırlanmaması, gerekli talimatın vaktinde verilmemesi, projede değişiklik yapılması, yükleniciye belli zamanlarda yapılması gereken ödemelerin geciktirilmesi, malzemenin geç verilmesi, iş sahibinin yapması gereken hazırlayıcı çalışmaların yapılmaması, iş sahibinin yüklediği arsa payını devir yükümlülüğünü yerine getirmemesi gibi. Yüklenici “iş sahibinin zaman alıcı yeni talimatını” bunlar için gerekli normal sürede yerine getirmişse, iş sahibi artık TBK. md. 473/I’ e dayanamayacaktır¹³³.
- İş sahibi eseri bölümlere ayırıp bu bölümleri ayrı ayrı ihaleye çıkarmışsa, yüklenicilerden biri işini tamamlaması gerekir ki öbür yükleniciler işe başlayabilsin. İş sahibinin riziko alanında gerçekleşen geciktirici nedenlerden, öbür yükleniciler sorumlu tutulamaz. Örneğin temelde su veya kaya çıkması kazı işlerini ve dolayısıyla duvarcıların işe başlamalarını geciktirebilir; doğramacıların işlerinin uzaması camcıların işe geç başlamak zorunda kalmalarına neden olabilir¹³⁴.
- İş sahibinin riziko ve sorumluluk alanı dışında kalan ve ifayı geçici olarak engelleyen durumlar (kötü hava koşulları, grev, satın alınan malzemenin geç gelmesi gibi) yüklenicinin direnimini ortadan kaldırmaz¹³⁵.

Örnek: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre, arsaya beş katlı yığma bina yapılacaktır. Arsa ikinci derece deprem bölgesindedir. İmar ve İskân Bakanlığı’nın afet bölgelerinde yapılacak yapılar hakkında çıkarttığı yönetmelik hükümlerine göre ikinci derece deprem

133 Tandoğan, II, 115

134 Tandoğan, II, 116.

135 Tandoğan, II, 117.

bölgelerinde yığma binaların üç kattan fazla olmaması ve üç kattan fazla yığma binalar için inşaat ruhsatı verilmemesi gerekir. Bu durumda projesine göre beş katlı yığma bina yapılmasına ilişkin olarak taraflar arasında kurulmuş olan inşaat sözleşmesi hukuksal olanaksızlık nedeniyle baştan itibaren geçersizdir (butlandır). Çünkü sözleşmenin yerine getirilmesi, yönetmelik gereğince olanaksız bulunmaktadır. Yanlar ile ri sürmese bile, yargıç geçersizliği kendiliğinden göz önünde tutacaktır. Sözleşme geçersiz olduğundan herhangi bir hukuksal sonuç, başka bir anlatımla yanlar için bir borç veya alacak meydana gelmeyecektir. Yüklenici edindiği şeyleri nedensiz edinim kuralları çerçevesinde geri vermek ve kusurlu işe iş sahibinin sözleşmenin geçerliliğine güvenmenin sonucu uğradığı olumsuz zararları ödemek zorundadır. Yüklenici bir inşaat taahhüdü altına giren meslek adamı sıfatıyla gerekli özeni göstermeden sözleşmenin uygulanması için inşaat yerindeki eski binayı yıkması nedeniyle kusurludur ve iş sahibinin uğradığı olumsuz zarardan sorumlu olması gerekir. Yüklenicinin ödeyeceği iş sahibi zararı, eski binanın değeri olmayıp, enkaz bedelidir. Çünkü sözleşmenin her iki yanının ortak amacı eski binayı yıkıp yüklenici aracılığıyla arsa payı karşılığı burada yeni bir bina yaptırmaktır. Bugün için imar mevzuatı ve afet işlerine ilişkin yönetmelik hükümlerine uygun biçimde eski binanın bulunduğu arsa üzerinde karkas bir bina yaptırmalarına hukuki ve fiili engel yoktur. Bu nedenle kendileri tarafından da yıkılması zorunlu olan binaların inşaat değeri davacıların olumsuz zararı olarak kabul edilemez¹³⁶.

B-) Tamamlamada ve Tempoda Gecikme

Bu hükme göre iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesinin koşulu inşaatın getirildiği seviye itibarıyla zamanında tamamlanmasının bütünü tahminlere göre olanaksız görülmesidir. İnşaatın sözleşmede belirlenen tarihte tamamlanmasının olanaksız olması, iki durumun saptanmasını zorunlu kılar. Bunlardan ilki, iş sahibinin direnir kurallarına başvurmak istediği tarihte inşaatın getirildiği seviyenin (geri kalan işin) yüzdellik

136 15. HD. 7.5.1981, 331/105.

olarak belirlenmesidir. İkinci olarak ise geri kalan sürenin, kalan işin tamamlanabilmesi için yeterli olup olmadığının belirlenmesi gerekir¹³⁷.

Geri kalan sürenin inşaatın tamamlanması için yeterli olup olmadığının belirlenmesinde somut olayın bütün koşulları dikkate alınarak, makul bir yüklenicinin ortalama bir çalışma temposuyla inşaatı tamamlayabilmesi için ne kadar süreye ihtiyaç duyacağına bakılır. Geri kalan işin ortalama bir çalışma temposuyla zamanında tamamlanması bütün tahminlere göre açıkça olanaksız olarak nitelenebiliyorsa, iş sahibinin direnimden doğan hakları kullanabileceği kabul edilmelidir. Geriye kalan iş, zamanında tamamlanamayacak kadar çok olmalıdır¹³⁸.

137 15. HD. 11.3.1993, 3285/1196: "Yanlar arasında tanzim edilen 19.6.1991 günlü sözleşmede işin süresi ruhsat alımından itibaren 20 ay olarak kararlaştırılmıştır. Dava ise 26.8.1991 tarihinde açılmıştır. Bu haliyle ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkının kullanılması söz konusudur. TBK'nın 473/1 maddesince, henüz işe başlanılmadan eser sözleşmesinden iş sahibinin dönebilmesi belli koşulların varlığı halinde mümkündür. Yasa metninde; "iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan teahhur"den söz edilmektedir. Buna göre "iş sahibine isnadı kabil olmayan gecikme" ön koşuldur. Bunun yanında, eser sözleşmesinde yüklenici genelde ifa süresi içinde hareket serbestisine sahip olduğundan işe başlamak ve onu yapmak hususundaki gecikmeye rağmen, işin tayin edilen sürede bitirilmesi olanağı olup olmadığının araştırılması lazımdır. İşe zamanında başlanmasa da vadede eserin bitirilmesi olanağı varsa sözleşmenin bozulması istenemez. Ayrıca, maddede yer almamakla beraber yüklenicinin direngen duruma düşebilmesi için genel hükümlere göre iş sahibi tarafından yükleniciye işe başlaması için uygun bir mehil tanınarak ihtar yapılması da zorunludur. Somut olayda; her iki sözleşmede aksine hüküm yer almadığından inşaat ruhsat alımı arsa sahiplerine aittir. Davalı Naci ve Beşir'in Mustafa'ya pay devri ruhsat alınması koşuluna bağlanmış, daha sonra arsa sahiplerinin muvafakati üzerine Beşir payı devretmiş, Naci ise ruhsat alınma koşulu yerine getirilmediğinden pay devrini yapmamıştır. Davacılar ve uhdesinde pay bulunan diğer davalılarca ruhsat alınmadığı gibi bu konuda yüklenici Mustafa'ya vekaletname de verilmiş değildir. Bundandır ki bir örneği dosyaya giren "tescil istem belgesi" de uhdelerine pay geçirilen ilk yüklenicilerle birlikte arsa sahiplerince düzenlenmiştir. Yüklenici Mustafa'dan ruhsatsız hafriyata ve inşaat başlanmasını beklemek ve istemek kamu düzeniyle bağdaşmaz. O halde işe başlanılmada gecikmeyle iş sahibi davacıların tutumu arasında nedensellik bağının varlığı açık ve ortadadır. Ruhsat tarihinden itibaren yirmi aylık sürede bitirilmesi öngörülen işin hiç bir girişimde bulunulmadan geçen 68 günlük süreden arta kalan zaman içinde bitirilmesi olanağı bulunup bulunmadığı hususu üzerinde durulmamış, olanaksız bulunduğu da saptanmış değildir. Tüm bunlar bir yana davalıların edimlerini yerine getirmeleri için kendilerine işe başlanması ihtar edilerek mehil verilmemiş, dava yoluyla doğrudan fesih iradesi karşı tarafa iletilmiştir. Yanların işe başlama ve işin tamamlanma tarihlerini tespit için gerçek amaçları bu iki tarih arasında inşaatın bitirilmiş olması esasında toplanmaktadır. Aslanan üstlenen edimlerin yerine getirilmesidir. Yüzeysel nedenlerle ve yasada öngörülen koşulların varlığına bakılmaksızın sözleşmelerin bozulması ahde vefa kuralıyla da bağdaşmaz."

138 Ayan, 335-337.

“İşi belirli zamanda bitirmesine olanak vermeyecek derecede olursa” biçimindeki anlatım, borcun ortadan kalkmasına neden olan sonraki olanaksızlıkla bir ilişkisi yoktur: Kalan işin zamanında tamamlanmasının bütün tahminlere göre olanaksız olması, borcu sona erdiren teknik anlamdaki olanaksızlık değildir. Çünkü borcu sona erdiren olanaksızlıkta, inşaatın tamamlanmasının olanaksızlaşması sadece teslim tarihiyle sınırlı değildir. Objektif ve mutlak anlamda inşaatın tamamlanması olanaksızlaşmışsa, TBK. md. 473 değil, olanaksızlığa ilişkin 485 ve 486. maddeler uygulama alanı bulacaktır.

O denli gecikilmiş olmalıdır ki, yüklenicinin, bütün tahminlere göre, eseri kararlaştırılan zamanda bitirmesi olanağı bulunmamalıdır. Bu durumda iş sahibi, teslim için kararlaştırılan zamanı beklemek zorunda olmaksızın, sözleşmeyi bozabilir.

Teslim tarihi geçmiş veya teslim tarihinin dolmasına çok az bir zaman kalmışsa, iş sahibi TBK. md. 473/I’ dayanarak sözleşmeden dönebilir mi?. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 18.9.2000 tarih ve 2623/3857 sayılı kararında bu soruya olumsuz karşılık vermiştir: “*Yanlar arasındaki sözleşmede işin teslim tarihi 1.4.1994’tür. Eser bu tarihte bitirilip teslim edilmemiştir. Eser sözleşmesinin TBK. md. 473/I’e göre feshine gidilebilmesi teslim süresinin bitmesinden önce olanaklıdır. Oysa olayda yanlarca belirlenen teslim tarihi aşılmış, 18.7.1994 tarihine değin beklenilmekle sözleşme süresiz hale dönüşmüştür. Bu durumda genel hükümlerin uygulanması gerekir. TBK. md. 123 uyarınca süresiz hale dönüşen sözleşmenin direnime nedeniyle fesih için davacı yükleniciye ifa yönünde münasip bir mehil tanınması, bu mehil zarfında olumlu sonuç alınmazsa derhal feshe gidilmesi gerekir. Yasanın öngördüğü bu prosedüre uyulmadan yapılan fesih, başka bir neden armaksızın haksızdır. Durum böyle olunca; sözleşmenin 6. maddesinde yer alan dönme cezasına davacı hak kazanacağından TBK. md. 179/son hükmünce bu cezanın hesaplattırılması, buna mahsuben dava edilen 50,00 TL hakkında karar verilmesi yerine, yazılı biçimde hüküm tesisi doğru olmamıştır.*”

“İşin yürütümünde gecikme” nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için şu koşullar gerçekleşmelidir:

- Yüklenici işin yürütümünde gecikmelidir. Bu nedenle geri kalan sürede inşaatın tamamlanıp teslimi olanaklı bulunmamalıdır.
- Gecikme iş sahibinin riziko alanında meydana gelmemiş olmalıdır.
- Teslim tarihi dolmamalıdır (teslim borcu henüz ivedili olmamalıdır).
- Yüklenicinin teslim borcu olanaksızlaşmamalıdır. Edimi yerine getirmeme, borca aykırı davranış olmalıdır. Yüklenicinin ediminin nesnel olarak olanaksızlaşması veya onun TBK. md. 97 ve 98'e dayanarak işi yerine getirmekten kaçınabildiği durumlarda borca aykırılık söz konusu olmayacaktır. İş sahibinin alacaklı sıfatıyla gerekli hazırlık ve işbirliği eylemlerini yerine getirmemesi (inşaat alanını teslim etmemesi, gerekli talimatları vermemesi), haklı gecikme nedeni veya onun riziko alanına giren neden olarak, direnimi önleyecektir¹³⁹.
- İş sahibi yükleniciyi uyarmalı ve ona ek süre vermelidir. Bu ikisini aynı anda yapabilir.

YARGI KARARLARI

Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı fesih (dönme) istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki 23.09.1997 günlü kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapılacak olan A, B, C, D ve E blokların teslim tarihi 31.12.1999'dur. İşin tesliminden 4 ay kadar önce meydana gelen büyük deprem nedeniyle inşaat yasağı getirildiği ve bu yasağın 22.03.2001 tarihinde kalktığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Ne var ki, gerek inşaatın teslimine 4 ay kala meydana gelen deprem ve gerek 26.01.2001 dava tarihi itibarıyla (A) bloğun sadece hafriyatının yapılıp temelinin döküldüğü, (E) bloğun ise sadece hafriyatının yapıldığı, (B) bloğun da temelinin atılarak perdelerinin döküldüğü ve bodrum tavan kalıbının yapıldığı tespit edilmiştir. Üstelik, davalı yüklenici de, inşaatı bu durumuyla

139 Tandoğan, II, 115-116.

bırakıp, inşaat mahallini terk etmiştir. İnşaatın deprem olmasa dahi kalan sürede tesliminin yapılamayacağı aşikâr olduğuna ve yüklenici de inşaatı terk ettiğine göre, TBK'nın 473/1. maddesi uyarınca, davacı arsa sahiplerinin vadeden önce dahi sözleşmeden dönme haklarının doğduğu göz önüne alınmalıdır (15. HD. 7.5.2007, 161/3059).

--- --

Davacı arsa sahibi, davalılardan yüklenici H. ile 25.1.1990 günlü Bakırköy İkinci Noterliği 5639 YN. ile tanzim edilmiş düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince arsanın 185/300 payı davalı yükleniciye devredilmiştir. Yüklenici ise bu payı yapılacak binadan bağımsız bölüm satın almak isteyen diğer davalılara devretmiştir. Sözleşme uyarınca inşaatın tamamlanması için davalı yükleniciye 12 ay süre tanınmış olup, bu durumyla teslim tarihi 25.1.1991 olmasına karşın dava tarihi olan 19.12.1990 tarihinde yapılmış olan işin henüz bodrum seviyesinde olduğu yapılan delil tespitiyle sabittir. Kalan iki aydan az sürede işin tamamlanamayacağı bilirkişice beyan edilmiş, mahkemece yapılan keşif sonucu alınan 23.12.1991 günlü raporda da geçen 10 ay 16 gün süre içerisinde yapılanaya göre işin kalan sürede bitirilemeyeceği kesin olarak bildirilmiştir. Davada istem, "sözleşmenin feshi" ve "tapu iptalidir". Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edimi binayı imal ve teslimdir. Oysa davalı yüklenicinin bu edimini kararlaştırılan sürede yerine getiremeyeceği açık olup TBK'nın 473. maddesince arsa sahibi sözleşmeden dönmek hakkına sahiptir (15. HD. 21.4.1993, 3812/1871).

--- --

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerdir. Karşılıklı borçlar; tapuda tevhit işlemi yapılması, yeni oluşan tapudaki hissenin devri, inşaata başlanması, kat irtifakı kurulması gibidir. Davacı yüklenicinin, taahhüdünü yerine getirdikten sonra; tapuda tevhit işlemini yaptıran arsa sa-

hibinin, sözleşmedeki hisse devrini yapmaması durumunda, ruhsat alınmadığı için inşaatla başlayamayan davacının, sözleşmeyi feshetmesi haklıdır (15. HD. 30.11.1993, 652/4896).

--- --

Davacılar, sözleşmeden dönmeyi iki nedene dayandırmıştır: 73/174 payın diğer davalıya devri ve inşaatla başlanılmamış olması.

Sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça ücret (olayda arsa payı), eserin teslimi anında ödenir (TBK. md. 479/1). İnşaat gibi büyük yatırımı gerektiren işlerde; taraflar, iş sahibinin ve yüklenicinin inşaat masraflarına katılmasını öneren hükümler koyabilirler. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa payının işin başında veya seyri sırasında yükleniciye geçirilmesi gibi. Sözleşmenin 7. maddesinde, inşaat teminat ipoteği karşılığı arsa payının geçirilmesini ve yüklenicinin, kendisine düşen bu payı başkalarına satıp ve satılanlar üzerindeki ipoteğin de satılmayanlar üzerine kaydırılacağı kabul edilmiştir. Davalı yüklenicinin finans kaynağı yaratılmasına yönelik bu hakkını kullanmasında sözleşmeye ve yasaya aykırı bir durum yoktur.

Öte yandan; sözleşmenin yapılmasından sonra yönetici imar durumunun çıkarılması, ruhsatın alınması arsaların tevhidini ve tapuya tescil işlemleri ile uğraşmış henüz 20 aylık inşaat bitirim süresi dolmadan dava açılmıştır. Bu durumda; davacıların dayandığı ikinci dönme nedeni de sözleşmeye ve TBK'nın 473/1 maddesine uygun değildir.

Öyleyse mahkemece davacıların inşaat teminat ipoteği isteyecekleri düşünülmeden; akdin feshi ve tapuların iptaline karar verilmesi doğru değildir (15. HD. 2.10.1995, 2259/5181).

--- --

Eser sözleşmesinin TBK. md. 473/1 gereğince feshine gidilebilmesi, teslim süresinin bitmesinden önce olanaklıdır. Teslim tarihi açılmış, tarihine kadar beklenilmekle sözleşme süresiz duruma

dönüşmüştür. Bu durumda genel hükümlerin uygulanması gerekir. TBK. md.123 uyarınca süresiz duruma dönüşen sözleşmenin direnim nedeniyle feshi için davacı yükleniciye ifa yönünde “münasip bir mehil tanınması, bu mehil zarfında, olumlu sonuç alınmazsa derhal feshe gidilmesi gerekir. Yasanın öngördüğü bu prosedüre uyulmadan yapılan bir fesih, başka bir neden aranmadan haksız fesihtir (15. HD. 18.9.2000, 2623/3857).

--- --

Davacıların (TBK. md. 473/1 uyarınca) kat karşılığı inşaat sözleşmesini feshedebilmeleri için yüklenici davalının zamanında işe başlamaması veya sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibinin kusuru olmaksızın doğan gecikme bütün tahminlere göre, yüklenicinin, eseri, kararlaştırılan zamanda bitirmesine engel olacak ölçüde bulunması gerekir. Belirtilen bu koşulların dava tarihi itibarıyla gerçekleşmesi durumunda, iş sahibi, teslim için saptanmış olan zamanı beklemek zorunda olmaksızın, sözleşmeyi bozabilir (15. HD. 28.5.2003, 722/2796).

--- --

İnşaat gibi büyük yatırım gerektiren işlerde, taraflar sözleşmeye inşaat bitmeden önce iş sahibinin de yüklenicinin masraflarına katılmasını öngören hükümler koyabilirler: Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa payının işin başında veya seyri sırasında yükleniciye geçirilmesi gibi. Nitekim taraflar, 13.1.1988 tarihli sözleşmenin 7. maddesiyle, inşaat teminat ipoteği karşılığı arsa payının geçirilmesini ve yüklenicinin, kendisine düşen bu payı işin seyrine göre başkalarına (olayımızda diğer davalı Selahattin'e) satabileceği ve satılanlar üzerindeki ipoteğin de satılmayanların üzerine kaydırılacağı kabul edilmiştir. Davalı yüklenicinin, finans kaynağı yaratılmasına yönelik bu hakkını kullanmasında sözleşmeye ve yasaya aykırı bir durum yoktur. Sözleşmeye göre, imar durumunun çıkarılmasından sonra 6 ay içinde temel ve temel üstü ruhsatı alınacak ve alındığı tarihten itibaren de en geç 20 ayda inşaat bitirilecektir. Sözleşmenin yapılmasından sonra

yüklenici arsaların tevhit işlemleri ile uğraşmış ve tevhit işlemi 24.8.1989 tarihli encümen kararıyla onanarak, 4.10.1989 günü 82 parsel numarasıyla tapuya tescil edilmiş ve henüz süre dolmadan 19.3.1990 günü işbu dava açılmıştır. Başka bir anlatımla, yüklenicinin işe başlayabilmesi için -dava tarihi itibariyle- henüz süresi vardır. Bu durumda, davacıların dayandığı diğer dönme nedeni de, sözleşme hükümlerine ve TBK'nın 473/1. maddesine uygun düşmemektedir (15. HD. 2.10.1995, 2259/5181).

--- --

Yanlar arasındaki sözleşme TBK'nın 473. maddesi ilk fıkrası uyarınca fesh edilmiştir. Gerçekten, davacı yüklenici hem ruhsatı geç alarak işe başlamada gecikmiş, hem de 26.1.1999 tarihinde ruhsat alınmasına rağmen işe hiç başlamamıştır. Sözleşmenin feshinde kusurun davacı yüklenicide olduğu açık-seçiktir. Taraflar arasındaki 20.4.1998 ve 20.5.1998 tarihli sözleşmelerde arsa payı devri karşılığı inşaat yapımı öngörüldüğünden karşılıklı hak ve borçlan içerir. Bu bakımdan akdin feshinde uygulanacak yasa hükmü TBK'nın 123 ve 125. maddeleridir. Sözleşmeyi haklı olarak fesheden davalı ve karşı davacı arsa sahiplerinin isteyebileceği zarar gerek doktrin ve gerekse Yargıtay uygulamasında olumsuz zarar olarak kabul edilmektedir. Olumsuz zarar kapsamına, sözleşmenin ifa ile bitirileceğine güvenilerek başka bir yüklenici ile sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan zarar da girer. Somut uyuşmazlıkta, davalı ve karşı davacıların isteminin bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir. Daha açığı, davacı arsa sahipleri davacı ve karşı davalı yüklenici ile o tarihlerde sözleşme yapmayıp da, başka bir yükleniciyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmayıp arsanın bulunduğu yer ve o tarihlerdeki rayiçler gözetilerek arsasına karşılık inşaat yapımında kaç bağımsız bölüm alabilecekler ise sonradan bir başka yükleniciyle yaptığı sözleşme objektif şartlarla yapılmış ve daha az sayıda bağımsız bölüm sağlanmışsa, arsa sahipleri olumsuz zarar olarak bu iki sözleşme arasındaki farkın parasal değerini, olumsuz zarar olarak yükleniciden isteyebilir. Öyleyse mahkemece yapılması gereken husus;

yukarıdan beri anlatılan çerçevede bilirkişi incelemesi yaptırılarak davalı karşı davacı arsa sahiplerinin talep edebileceği olumsuz zararları olup olmadığını bilirkişilerce etraflıca açıklığa kavuşturmak, varsa bunun parasal tutarını hesaplatıp hüküm altına almak, aksi halde karşı davayı reddetmekten ibarettir (15. HD. 19.4.2004, 5541/2201).

--- --

Açıklık ve kesinlik taşımayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenici; arsa malikinin bilgisi dahilinde, avan proje yaptırmış, beş yıl gibi uzun süreyle de olsa, belediyeden en uygun ve en elverişli imar durumu almak için uğraşmışsa; arsa sahibi belediyeden alınmak istenen projeye karşı çıkmamış, yükleniciye, çabalarından vazgeçmesi için ihtarname çekmemişse, direnir gerçekleşmediğinden, aynen ifa davası açamaz (15. HD. 29.11.1993, 653/4882).

--- --

Sözleşmede inşaatın süresi 8.6.1998 tarihinden itibaren 36 ay olarak belirlenmiş ve bu süre içerisinde inşaatın %62 seviyelerine getirilebildiği anlaşılmıştır. İnşaatın seviyesi akdin ileriye etkili feshini haklı kılacak derecede değil ise de, davalı arsa sahibi borcunun tapu devredilmesi suretiyle ifasını kabul ettiğinden alacaklı durumunda bulunan yükleniciler, yapılan imalât için bedel değil, sözleşmedeki paylaşım oranında kendilerine isabet edecek bağımsız bölümlerin tapu kayıtlarının iptal ve adlarına tescilini isteyebilirler. Arsa sahibi sözleşmedeki borcunu bu şekilde ifa etmeyi kabul ettiği sürece davacıların imalât bedelini TL cinsinden talep etmeleri sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Bu açıklamaların ışığı altında mahkemece yapılacak iş; işin seviyesine göre davacılar isabet edecek bağımsız bölümlerin miktarı ve tapu paylarının belirlenmesi ve istem sözleşmeden doğan alacağın tahsiline ilişkin olduğundan davanın tapu iptal ve tescil talebini de içerdiği benimsenerek tazminat davasının tapu devri suretiyle sonuçlandırılmasından ibarettir (15. HD. 9.3.2005, 4582/1338).

- - - - -

*Davacı arsa sahibi, davalılardan yüklenici H. ile 25.1.1990 günlü Bakırköy İkinci Noterliği 5639 YN. ile tanzim edilmiş düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince arsanın 185/300 payı davalı yükleniciye devredilmiştir. Yüklenici ise bu payı yapılacak binadan bağımsız bölüm satın almak isteyen diğer davalılara devretmiştir. Sözleşme uyarınca inşaatın tamamlanması için davalı yükleniciye 12 ay süre tanınmış olup, bu durumyla teslim tarihi 25.1.1991 olduğu halde dava tarihi olan 19.12.1990 tarihinde yapılmış olan işin henüz bodrum seviyesinde olduğu yapılan delil tespitiyle sabittir. Kalan iki aydan az sürede işin tamamlanamayacağı bilirkişice beyan edilmiş, mahkemece yapılan keşif sonucu alınan 23.12.1991 günlü raporda da geçen 10 ay 16 gün süre içerisinde yapılanaya göre işin kalan sürede bitirilemeyeceği kesin olarak bildirilmiştir. Davada istem, "sözleşmenin feshi" ve "tapu iptalidir". Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edimi binayı imal ve teslimdir. Oysa davalı yüklenicinin bu edimini kararlaştırılan sürede yerine getiremeyeceği açık olup TBK'nın 473. maddesince arsa sahibi sözleşmeden dönmek hakkına sahiptir **(15. HD. 21.4.1993, 3812/1871)**.*

- - - - -

Ardeşen Yayla Mahallesi yol betonlaması işi davacıya ihale edilmiş 11.11.1975 gün 2541/60 sayılı noterde tasdikli sözleşme yapılmıştır. Yerel teslimi 12.11.1975 takvim günü süresine inşaat mıntkasında çalışmaya havanın fen noktasından müsait olmadığı günler ile resmi tatil günleri nazara alınarak tespit olunduğu bu nedenlerle ayrıca süre uzatımı verilmeyeceği hususları yazılıdır. Bir hafta içinde işe başlamasına dair tebligata rağmen davacı hiç işe başlamamış bulunduğundan davalı belediye 30.3.1976 tarihli sözleşmeyi feshetmiştir. Müteahhit işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder, yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkan verme-

yecek derecede olursa, iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın akdi feshedebileceğinden davalı belediye tarafından akdin feshi sözleşmeye ve TBK'nın 473. maddesine göre, doğrudur. Bu durumda davalı belediye teminatı irat kaydetmekte haklı olduğu gibi akdin ifasında mütemerrit duruma düşen davacı taraf zarar ve bu arada olumsuz zararını da isteyemez. (15. HD. 28.9.1977, 1619/1738)

Ş 14. ESERİN (İNŞAATIN) BOZUK YAPILMASINDA AYRICA TAZMİNAT İSTEMENİN KOŞULU OLARAK KUSUR

Eser önemli ölçüde kusurlu ve sözleşmeye aykırı olursa, iş sahibi o eseri kabulden kaçınabileceği gibi, bunda yüklenicinin kusuru varsa, tazminat da isteyebilir. Eserde önemli olmayan bozukluk ve aykırılık varsa, iş sahibi ücretin indirilmesini veya onarımın yapılmasını istemekle birlikte, bunda yüklenicinin kusuru varsa, iş sahibi tazminat da isteyebilir (TBK. md. 475/I-II).

Tazminat istemine bozukluktan doğan öbür istemlerin yerini almak üzere başvurulamaz. Burada sadece bozukluk sonucu ortaya çıkan zararın ödenmesi düzenlenmiştir. Bozukluk sonucu ortaya çıkan zarar ise, sözleşmeden dönmeye, ücret indirimine veya onarımına karşın giderilemeyen ve uygun nedenini bozukluğun oluşturduğu bir zarardır. Yüklenicinin bu zarardan sorumluluğu kural olarak kusura dayanır ve yüklenici kusursuzluğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Bu zarar fiili zarar biçiminde görülebileceği gibi kâr yoksunluğu biçiminde de ortaya çıkabilir¹⁴⁰.

Yüklenici, meydana getirdiği eserde kullandığı gereçlerin iyi türden olmaması yüzünden iş sahibine karşı sorumlu ve bu konuda satıcı gibi garanti ile yükümlüdür (TBK. md. 472/1). Böylece yüklenici, TBK. md. 219-231'deki kurallara başvurmadan, bu tür bozukluklar yüzünden iş sahibinin uğradığı zararları gidermekle yükümlü olmaktadır. Yüklenici bozuk malzeme seçmede kusursuz olsa bile, iş sahibinin eserdeki bozukluk yüzünden doğrudan doğruya (dolaysız olarak) uğradığı zararları gidermek zorundadır¹⁴¹.

140 Yavuz, 292.

141 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 145: "Burada söz konusu olan ve giderilmesi gereken zarar, bozukluk sonucu iş sahibinin uğradığı ve öbür seçimlik hakların kullanılmasıyla giderilemeyen zararlardır. Burada, yüklenicinin eseri bozuk olarak yapması nedeniyle ortaya çıkan ve arsa sahibinin malvarlığında oluşan bir zarar söz konusudur. Yüklenicinin özen borcuna aykırılık sonucu meydana gelen zararlar, TBK. md. 475 kapsamında tazminat sonucunu doğurmaz. Bozukluk sonucunda meydana gelen zararlar dışındaki öbür sözleşmeye aykırılık durumları TBK. md. 471 ve buna bağlı olarak TBK. md. 112 vd. hükümleri uyarınca yüklenicinin sorumluluğunu doğurur. Örneğin, yüklenicinin inşaatı yaparken, bizzat esere değil de, arsa

TBK. md. 475/II'de öngörülen tazminat isteme hakkı, sözleşmeden dönme, ücretin indirilmesi veya onarımın yerine kullanılabilir bir hak değildir; bu üç seçimlik hakka ek olarak ve onlarla birlikte veya onlardan ayrı olarak kullanılabilen bir olanaktır¹⁴².

Yüklenici eserin bozuk meydana getirilmesinde kusursuzluğunu kanıtlayamazsa, iş sahibi bedel indirimi ile karşılanamayan zararlarının ödenmesini isteyebilir. Örneğin, su borularının arızası yüzünden evi su basmış ve mobilyaları telef olmuş veya elektrik arızası yüzünden çıkan yangında mal ve can zararına uğramış ise, iş sahibi bunların giderilmesini de isteyebilir. Buna karşılık, bozuk yapıyı daha ucuza satmak zorunda kaldığı gerekçesiyle tazminat istenmeyecektir, zira bozukluk oranında bedel indirilerek bu zarar karşılanmış sayılır¹⁴³.

İş sahibinin TBK. md. 475/I ve II gereğince isteyebileceği tazminat, onun bozukluğu izleyen zararlarının karşılığıdır. Bozukluğu izleyen zarar, bozukluğun sonraki sonucu olarak ortaya çıkan ve bozuk eserdeki değer eksikliği dışında kalan her türlü zarardır. Örnekler:

- Yeni inşa edilen evin bozukluğu giderilinceye kadar uğranılan kira kaybı.
- Dairelerin bozuk/kusurlu/ayıp olması yüzünden iyi kira getirememesi.
- Onarım sırasında işletmedeki üretimin durmasından doğan kâr kaybı.
- İş sahibinin uzman bir kişiye eseri gözden geçirtmek için yaptığı giderler.
- Bacanın teknik kurallara uygun yapılmamasından çıkan yangın sonucu zarar görülmesi.

sahibinin başka bir malvarlığına zarar vermesi durumunda, bozukluk sonucu meydana gelen bir zarar söz konusu olmayıp, özen borcuna aykırılık nedeniyle doğan bir zarar vardır. Yine, yüklenicinin eseri teslimde gecikmesi gibi başka sözleşmeye aykırılık nedeniyle meydana gelen zararlar bakımından da TBK. md. 475 hükmüne göre tazminat istenemez.”

142 Tandoğan, II, 204.

143 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 179.

- İnşaattaki bozukluk nedeniyle iş sahibinin kazaya uğraması.
- Bozuk tırmanma kayışının bunu kullananın bacağına kırılmasına ve tedavi giderlerine neden olması.
- Bozukluk nedeniyle iş sahibinin ham maddelerinin yanması.
- İyi bir biçimde onarılan eserin piyasa (satım) değerinin azalması¹⁴⁴.

Bozukluğa izleyen zararlar yüklenicinin yardımcılarının davranışlarından ileri gelmişse, TBK. md. 116 gereğince kusursuz sorumluluk söz konusu olur¹⁴⁵.

“Tazminat” sorumluluğu için, eserin bozuk olması, iş sahibinin zarara uğraması, bozukluk ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması, yüklenicinin kusurlu olması gerekir. Yüklenici veya yardımcılarının eserin bozuk meydana getirilmesi dışındaki sözleşmeye aykırı davranışlarından, özellikle eserin teslimini geciktirmelerinden, işlerini görürken özen borcuna uymayarak iş sahibinin başka şeylerini bozmalarından veya kişisel varlıklarını ihlal etmelerinden veya eserin kullanılma biçimi konusunda iş sahibini uyarmamalarından doğan zararlar “ayıp sonucu zarar” kavramı dışında kalır¹⁴⁶.

Yüklenici, ancak kusuru olmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Yüklenici, edimin yerine getirilmesini engelleyen ve borçlunun sorumlu tutulmadığı olayların varlığını kanıtlayarak kusursuzluğunu kanıtlayabilir. Zira borca aykırılığın olağanüstü durumdan ya da zorlayıcı nedenden ileri gelmesi durumunda, borçlu, bunları kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Yüklenicinin, ücretin az olduğunu veya yeteneğinin ancak bu kadarını yapmaya elverdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması olanaklı değildir. Uzman olmayan tarafı oluşturan iş sahibine uzman olmadığı bir konuda kanıtlama yükü getirilmemelidir.

Yüklenicinin kusurunun derecesi (kast veya ihmal olması) önemli değildir.

144 Tandoğan, II, 205; Uçar, 212-213; Seliçi, 182; Yavuz, 292.

145 Aral, 376.

146 Uygur, VII, 7896.

Yüklenicinin gerekli mesleki bilgiye sahip olmaması, bilgisini gerektiği biçimde kullanmaması, uzmanlığı olmamasına karşın uzmanlığı gerektiren bir eserin meydana getirilmesini üzerine alması, bu konuda uzmanlığı bulunan bir yardımcı kişiden yararlanmaması, uzmanlığını tümüyle iş sahibinin emrine vermemesi eserin kusursuz olarak yapımını engelleyecek durumlar konusunda gerekli koruma önlemlerini almaması, iş sahibini uyarmaması, iş sahibini aydınlatmaması, özen borcunu ihlal etmesi, TMK. md. 2'den kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda yüklenici kusurlu sayılır. Doğrudan-dolaylı zarar ayırımı yapmaksızın bozukluk sonucu uğranılan tüm zararların tazmininin yüklenicinin kusurlu olması koşuluna bağlanması kimi vakit hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçlar doğurabilir. Eserdeki bozukluk dolayısıyla iş sahibinin uğradığı, örneğin bedensel varlığının zarar görmesi gibi bir fiili zarar ile kâr yoksunluğu şeklinde uğradığı bir zarar eşit olarak değerlendirilmemeli ve her iki zarar türünün ödenmesinin de yüklenicinin kusurlu olması koşuluna bağlı olduğu düşünülmemelidir. Eserdeki bozukluğun iş sahibinin bedensel değerlerine verdiği fiili/doğrudan zararlarda örneğin, bozuk/kusurlu olarak onarılan bir tırmanma kayışının iş sahibinin sakatlanmasına, tedavi giderlerine yol açması gibi durumlarda, yüklenicinin bir kusurunun olup olmadığına bakılmaksızın iş sahibinin zararı ödetilmelidir. Çünkü sözleşmenin uzman tarafını oluşturan yüklenicinin bu tür durumları önceden öngörmesi ve gerekli önlemleri alması kendisinden beklenebilir bir davranıştır. Yüklenicinin bu davranış yükümlülüğüne bilerek ya da bilmeyerek aykırı hareketinin yaptırımı da, zararın ortaya çıkmasında kusuru bulunmasa bile, zararı ödemesi olmalıdır. İş sahibinin dolaylı zararlarının tazmininde, yüklenicinin sorumluluğu için onun kusuru aranabilir¹⁴⁷. Yüklenici kusurlu davranışıyla sözleşmeden kaynaklanan bir tazminat alacağına doğmasına neden olursa, bozukluk ya da sözleşmeye aykırılıkla uygun nedensellik bağının bulunması zorunludur. İş sahibinin zararı, yerine getirilmeyen edimin değeri ile kendi karşı ediminin değeri arasındaki farktır.

147 Uçar, 218-221.

Zararın, somut olayın özelliği, yüklenicinin kusurunun ağırlığı ve iş sahibinin ortak kusuru dikkate alınarak, hükmün verileceği en yakın tarihe göre hesaplanması gerekir¹⁴⁸.

148 Öz, 298.

Ş 15. YÜKLENİCİNİN HAKLI MAZERETLERİ NEDENİYLE İNŞAATA DEVAM EDEMEMESİ VEYA TAMAMLAYAMAMASINDA KUSURUN ÖNEMİ

I-) Genel Olarak

Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer.

Bu durumda iş sahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür (TBK. md. 486).

Maddede yazılı koşullar gerçekleştiğinde, yüklenici, kusuru olmamasına karşın edimini yerine getiremediği için sözleşmenin <kural olarak> kendiliğinden sona ermesi durumu ile karşı karşıya kalmaktadır.

Yüklenicinin ölümü kural olarak sözleşmeyi sona erdirmemektedir. Bu kuralın istisnası, yüklenicinin kişiliği göz önüne alınarak yapılmış olan sözleşmelerde görülür: Yüklenicinin özel mesleki bilgisi, kişiliğinin kuvvetle güven vermesi, üne kavuşmuş bir kişi olması gibi özellikler gözetilerek yapılan sözleşmeler, onun ölümüyle amaca uygun olarak gerçekleşmesi beklenemeyeceğinden, ölümle son bulacağı kabul edilmiştir¹⁴⁹. Özel bir teknik uygulayan yüklenicinin veya ünlü bir ressam ya da heykeltıraşın, dünyaca ünlü stilistin yapacağı işleri örnek gösterebiliriz. Sözleşmenin kurulmasına etkili olan “yüklenicinin kişisel özellikleri” sözcükleri, bu özelliklerin bulunduğu inanılmaması durumunda sözleşmenin kurulmayacağı muhakkak olan durum ve nitelikleri anlatır. Örneğin; inşaata devam ederken yüklenicinin ölmesi, sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmez. Çünkü onun bıraktığı işler başkaları tarafından yürütülebilir. Ama örneğin, bir resim yapımı söz konusu ise ve bu nedenle adı ve kişiliğiyle iş sahibi için çok önemli olan bir ressamla anlaşılmışsa, bu ressamın ölümü durumunda sözleş-

149 HGK. 4.7.1973, 405/559.

me kendiliğinden sona erer. Çünkü ressamla sözleşme yapılırken ressamın kişiliği göz önünde tutulmuştur.

Yüklenicinin kişisel özellikleri gözetilmeden yapılan sıradan bir inşaat işinin yüklenicisi ölmüşse, inşaatı yüklenicinin mirasçıları da yürütebilir. Yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı durumlarda, işin yapımında ve yönetilmesinde yardımcı kişilerden yararlanılabileceği gibi, yüklenicinin mirasçıları, yasal temsilcileri, ardılı ve iflas masası da işe devam edebilir. Sözleşme yapılırken, yüklenicinin kişisel niteliklerine önem verildiğinin açıklanması zorunlu değildir. İşin o yüklenici tarafından yapılmasını istediğini karşı tarafın anlayacak durumda olması yeterlidir; hatta somut olayın özelliklerinden yüklenicinin kişisel niteliklerinin önemli olduğu sonucu çıkarılabilir¹⁵⁰.

Yüklenici ölmüş veya kusuru olmaksızın işi yapmaktan aciz duruma gelmelidir. Bu durumun meydana gelmesi ve işin tamamlanmasının olanaksız duruma gelmesi, işin bizzat yapılmasına veya bizzat yönetilmesine ilişkin olabilir. Bu madde, işin bir kısmı yapıldıktan sonra olduğu gibi, hiç başlanmadan bitirilmemesi durumunda da uygulanabilir¹⁵¹.

Sözleşmenin son bulması tarafları bütün haklardan yoksun bırakmaz: İş sahibi parçanın kullanılması olanaklıysa eseri kabul edip karşılığını ve yüklenici tarafından sağlanıp kullanılmış olan gereç ile geriye kalanın olasılıkla uğrayacağı değer kaybını da tazminat olarak ödemek zorundadır. Eğer malzeme iş sahibi tarafından sağlanmış ise artan, TBK. md. 472/II uyarınca kendisine geri verilmelidir. İş sahibinin ölümü sözleşmeyi asla etkilemez¹⁵².

Sözleşmeden yüklenicinin kişiliği göz önüne alınarak yapılmadığı anlaşılabilirse, sözleşmede bu konuda açıklık varsa, yüklenici bir tüzelkişiyse ve ortaklardan biri ölmüş veya ortaklıktan ayrılmışsa, TBK. md. 486 hükmü uygulanmayabilir. Tüzelkişiyle yapılan sözleşmelerde, ölen veya ayrılan ortağın kişiliği önem taşıyorsa, başka bir anlatımla

150 Ergezen, 155.

151 Ergezen, 155.

152 Velidedeoğlu/Özdemir, 586.

ölen veya ayrılan ortak olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı sonucuna varılabiliyorsa, bu durumda TBK. md. 486 hükmü uygulanabilir.

Eserin yükleniciden başka bir kişiye tamamlattırılması olanaklı olup da yüklenicinin ardıllarına veya yardımcılarına güvenilmeyen durumlarda, yükleniciye verilecek bedelin, eserin tamamlanmış kısmının değeri ile tamamen bitirilmiş olsaydı taşıyacağı değer arasındaki orantıya göre hesaplanması gerekir. Böyle bir oran kurulamıyorsa, TBK. md. 481 hükmü uygulanarak, yapılan işin değerine ve giderlerine göre belirlenmelidir. Belirlenen bu bedel, inşaatın tamamlanma oranının yüklenicinin ödeme güçsüzlüğü veya ölüm tarihindeki inşaatın sürüm değerine uygulanarak bulunacak para olabileceği gibi, somut olayın özelliğine göre arsa payı biçiminde de olabilir¹⁵³.

Yasa, kamu yapım işlerinde yüklenicinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu ve mahkumiyetinin sözleşmeye etkisini ayrıntılı biçimde düzenlemiştir: Yüklenicinin ölümü durumunda, sözleşme bozularak hesabı genel hükümlere göre tasfiye edilerek kesin teminatları ve varsa başka alacakları alacaklılarına verilir. Ancak, aynı koşulları taşıyan ve istemde bulunan mirasçılara idarenin uygun görmesi durumunda, ölüm tarihini izleyen otuz gün içinde varsa ek güvenceler dahil taahhüdün tamamı için gerekli kesin teminatı vermeleri koşuluyla sözleşme devredilebilir. Yüklenici iflas etmişse, sözleşme bozular (feshedilir). Ağır hastalık, tutukluluk veya özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyeti nedeni ile yüklenicinin taahhüdünü yerine getirememesi durumunda, bu durumun oluşunu izleyen otuz gün içinde yüklenicinin önereceği ve

153 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 64-65: "TBK. md. 486/II uyarınca, ölen veya kusuru olmaksızın ödeme güçsüzlüğüne düşen yükleniciye veya ardıllarına yapılan işle orantılı olarak verilmesi gereken bedelin, sözleşmede kararlaştırılmış olan bedele göre saptanacağı kuşkusuzdur. Sözleşmede belirlenen bedel ise arsa payının devri olarak kararlaştırılmış bulunduğundan, sözleşmeye aykırı olarak orantılı arsa payı yerine, orantılı nakdi ödeme yapılmasının makul bir açıklaması bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarında "bedelin pay olarak düşünülmesi, bütünleyici parça kuralı gereğince inşaatın arsaya bağlı olması nedeniyle, meydana getirilen inşaatın karşılığını alan mirasçıların (yüklenicinin) ayrıca arsa üzerindeki inşaatın da paydaşı durumuna gelmeleri sonucunu doğurur ki, bedelin yukarıda açıklandığı gibi saptanmasından sonra para olarak ödetilmesine yönelik çözümün tercih edilmesinde zorunluluk vardır" biçimindeki gerekçe de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde zaten gerçek amacın yüklenicinin inşaata paydaş olmasını amaçlaması karşısında yerinde bir gerekçe olarak kabul edilemez."

ilgili idarenin kabul edeceği birinin vekil atanması koşuluyla taahhüde devam edilebilir. Ancak, yüklenici kendi serbest iradesi ile vekil atayacak durumda değilse, yerine ilgililerce aynı süre içinde genel kurallara göre bir yasal temsilci atanması istenebilir. Ortak girişimlerce yerine getirilen taahhütlerde, ortak girişimi oluşturan kişilerden birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması sözleşmenin devamına engel olmaz. Ancak, bunlardan biri idareye pilot veya koordinatör ortak olarak bildirilmiş ise, pilot veya koordinatör ortağın gerçek veya tüzel kişi olmasına göre iflas, ağır hastalık, tutukluluk, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûmiyet veya dağılma durumlarında, sözleşme bozulur. Pilot veya koordinatör ortağın ölümü durumunda ise sözleşme bozularak yapılmış olan işler tasfiye edilerek kesin güvence geri verilir. Bu durumların oluşunu izleyen otuz gün içinde öbür ortakların önerisi ve idarenin uygun görmesi durumunda da, teminat dahil o iş için pilot veya koordinatör ortağın yüklenmiş olduğu sorumlulukların üstlenilmesi kaydıyla sözleşme yenilenerek işe devam edilebilir. Pilot veya koordinatör ortak dışındaki ortaklardan birinin ölümü, iflası, ağır hastalığı, tutukluluğu, özgürlüğü kısıtlayıcı bir cezaya mahkûm olması veya dağılması durumunda, diğer ortaklar teminat dahil işin o ortağa yüklediği sorumlulukları da üstlenerek taahhüdü yerine getirirler. Sözleşme yapıldıktan sonra yüklenicinin mali aciz içinde bulunması nedeniyle taahhüdünü yerine getiremeyeceğini gerekçeleri ile birlikte yazılı olarak bildirmesi durumunda, ayrıca protesto çekmeye gerek kalmaksızın kesin teminat ve varsa ek kesin teminatlar gelir kaydedilir ve sözleşme bozularak hesabı genel kurallara göre tasfiye edilir¹⁵⁴.

Yüklenicinin kişiliği ve kişisel nitelikleri göz önünde tutularak yapılan eser sözleşmelerinde, edimi yüklenici adına başka kişilerin yerine getirmeleri kabul edilemeyeceği için, yüklenicinin ölümü veya işi yapma yeteneğini yitirmesi, nesnel olanaksızlığa (objektif imkânsızlığa) yol açar. Bu olanaksızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve sürekli bir olanaksızlıktır¹⁵⁵. Bu olanaksızlık işin bizzat

154 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu md. 17, 18, 19.

155 Aral, 401; Buz, 35

yapılmasına veya bizzat yönetilmesine ilişkin olabilir; bizzat yönetme yükümlülüğü işlerin tamamını kapsamasa bile olanaksızlık göz önüne alınır¹⁵⁶.

TBK. md. 486 işin bir kısmı yapıldıktan sonra olduğu gibi hiç başlanmadan bitirilememesi durumunda da uygulanabilir¹⁵⁷.

Eser sözleşmesi yüklenicinin kişiliği göz önüne alınarak yapılmışsa, yüklenicinin ölümü ile sözleşme sona erer.

Sözleşme yüklenicinin kişisel nitelikleri (özel mesleki uzmanlık, özel güvenilirlik, özel mali yaraşırılık, sanat gücü, kuvvetle güven vermesi, özel krediye layık bulunması vb.) dikkate alınarak yapılmış olmalıdır¹⁵⁸. Yüklenici firma bir ortaklık ise ortaklardan birinin kişiliği de önem taşıyabilir ve onun yokluğu halinde yerini tutacak başka kimse yoksa TBK. md. 486 uygulanabilir¹⁵⁹. Yüklenicinin kişisel nitelikleri, onun bilgi ve uzmanlığı veya sanat gücü şeklinde kendini gösterebilir¹⁶⁰.

Yüklenici tarafta belirli bir kimsenin kişisel özelliklerini temel alan iş sahibinin, bunu sözleşmenin yapılması sırasında belirtmesi gerekmez, tarafların sözleşmedeki iradelerinden, sözleşme konusu işin niteliğinden, durum ve koşullardan doğrudan doğruya anlaşılması gerekir. İş sahibinin tek taraflı bir notu bu konuda yeterli olmayacaktır¹⁶¹.

Yüklenicinin ölümü ile sözleşme sona erdiğinde, yapılan kısmın kullanılması olanaklıysa, sözleşmedeki bedel yüklenicinin mirasçılığına yaptığı kısım oranında ödenir.

İşin bitirilmesi yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın işi yapmaktan âciz kalması dolayısıyla olanaklı bulunmamalıdır; bu olanaksızlık işin bizzat yapılmasına veya bizzat yönetilmesine ilişkin

156 Tandoğan, II, 334.

157 Tandoğan, II, 334.

158 Becker, Dura Çevirisi, 645.

159 Tandoğan, II, 333.

160 Tandoğan, II, 332.

161 Becker, Dura Çevirisi, 646; Yavuz, 504.

olabilir; bizzat yönetme yükümlülüğü işlerin tamamını kapsamasa bile olanaksızlık göz önüne alınacaktır¹⁶².

“Kusuru olmamak” koşulu yalnız “ödeme güçsüzlüğü” bakımından değil, ölüm için de gereklidir; bunun sonucu olarak, somut olayın özelliği, eser sözleşmesinin varlığı göz önüne alınarak bazı tehlikeli eylemleri yapmaktan kaçınmamasını “kusur” olarak değerlendirmeye olanak verebilir.

TBK. md. 486/I iflası işe devamı olanaksız kılan nedenlerden saymamakla birlikte, bunu “ölüm ve işi bitirmekten âciz kalma” durumlarına benzetebilir ve bu kapsamda değerlendirebiliriz.

Yüklenicinin kusuru yüzünden kendisinin yapması gerekli işi bizzat yapması olanaksız duruma gelirse (örneğin iş hayatından çekilirse), sözleşme sona erer. Bu durumda yüklenici TBK. md. 486/II’ye dayanamaz; yüklenici kusurlu olanaksızlık nedeniyle TBK. md. 112 uyarınca tazminat ödemekle yükümlü olur¹⁶³.

Özel veya kamu yapım işlerinde herhangi bir nedenle yüklenicinin işlerinin tasfiyesine veya sanatını yapmaktan önlenmesine mahkemece karar verilirse, bu sonuç genellikle yüklenicinin kusuruyla meydana geleceğinden TBK. md. 486 uygulanmaz. Kamu yapım işlerinde, mahkeme kararının sonucu olarak sözleşme bozulunca yüklenicinin teminatı Hazine’ye gelir kaydedilir.

Sözleşme yüklenicinin kişisel nitelik ve özellikleri dikkate alınmadan yapılmışsa; TBK. md. 486 uygulanmaz. Yüklenicinin kişisel nitelikleri dikkate alınmadan yapılan eser sözleşmelerinde, gerek yüklenicinin gerekse iş sahibinin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, her iki taraf da, somut olayın özelliği uygun düşüyorsa, bir olanaksızlık maddesi değil bir güçsüzlük maddesi olan TBK. md. 98’e dayanarak sözleşmeyi bozabilir¹⁶⁴:

162 Tandoğan, II, 334.

163 Tandoğan, II, 334.

164 Tekinay, Borçların İfası, İhlali, Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası 1967, sf. 68: “Karşılıklı taahhütleri içeren sözleşmelerde, daha önce ifa ile yükümlü olan taraf, karşılıklı edimi ileride isteyip isteyemeyeceğinden endişe eder: Karşılıklı edimin bir süre sonra olanaksız duruma

- Yanlardan biri ödeme güçsüzlüğüne düşmelidir.
- Öbür sözleşmeci (özellikle batkınlığı veya mallarına haciz konulmasının sonuçsuz kalması yüzünden hakkı tehlikeye düşen taraf) kendi yararına olan borcun ödenmesi için güvence isteyebilir.
- Öbür sözleşmeci güvencenin verilmesi için bir süre belirleyebilir.
- Öbür sözleşmeci, güvence verilinceye kadar kendisine düşen borcu ödemeyebilir ve uygun bir süre içinde verilmezse, sözleşmeyi bozabilir.

Sözleşme konusu işin başka bir yüklenici tarafından yerine getirilmesinin önemi yoksa, bu sözleşme sona ermeyecektir.

Yüklenicinin kişiliği göz önünde bulundurularak yapılan eser sözleşmelerinde genellikle şahsa sıkı sıkıya bağlı bir edim söz konusu olduğundan, yüklenicinin ölümü veya iş yapma yeteneğini yitirmesi, söz konusu edimin nesnel (objektif) olarak olanaksızlaşması anlamına gelir. Çünkü şahsa sıkı sıkıya bağlı edimlerin yerine getirilmesinin olanaksızlığı her zaman nesnel niteliktedir. Bu olanaksızlığın eser sözleşmesini sona erdirebilmesi için sürekli nitelik arzemesi ve eser sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkmış olması gerekir. İş sahibinin, işi yapmaktan aciz kalması bedensel bir özürden ya da belli nitelikteki sosyal gücünün kaybından kaynaklanabilir. Ancak, yüklenicinin mali aczi ya da iflası TBK. md. 486 anlamında olanaksızlık kavramı kapsamına girmez¹⁶⁵.

Karşılıklı borçları kapsayan bir sözleşmede, ödemesini daha önce yapmakla yükümlü olan sözleşmeci, karşılıklı edimin bir süre sonra ola-

gelmeleri öbür tarafın ölmesi, ehliyetini kaybetmesi veya mali durumunun bozulması daima ihtimaller sınırı içindedir. Fakat geleceğe ait bu türlü fena ihtimaller edimini daha önce yerine getirmekle yükümlü olan tarafa –kural olarak- ne bir kaçınma ne de bir gecikme mazereti sağlar. Fakat önceki ifa muaccel olduğu zaman, sözü edilen ihtimallerden biri gerçekleşmiş olursa durum değişebilir. Karşılıklı edimi ileride yerine getirmekle yükümlü olan taraf, önceki edim, yani kendisine borçlanılan edim muaccel olduğu zaman, mali bir iktidarsızlık içinde bulunursa, kanun diğer tarafa (daha önce ifa ile yükümlü olan tarafa) ifadan kaçınma hakkı tanımaktadır.”

165 Altaş, 205.

naksız duruma gelmesi, öbür sözleşmecinin ölmesi, ehliyetini kaybetmesi veya mali durumunun bozulması gibi nedenlerle karşılıklı edimi ileride elde edip edemeyeceğinden kaygılanmakta haklıdır. Öbür sözleşmecinin ölmesi, ehliyetini kaybetmesi veya mali durumunun bozulması gibi nedenler, edimini daha önce yerine getirmekle yükümlü olan tarafa –kural olarak- ne bir kaçınma ne de bir gecikme mazereti sağlar. Ne var ki, önceki edim ivedili olduğu zaman, sözü edilen olasılıklardan biri, gerçekleşmiş olursa durum değişebilir.

Karşılıklı edimi ileride yerine getirmekle yükümlü olan sözleşmeci, önceki edim, yani kendisine borçlanılan edim ivedili olduğu zaman, mali bir iktidarsızlık (aciz) durumunda bulunuyorsa, yasa öbür sözleşmeciye (daha <önce ödeme> ile yükümlü olan sözleşmeciye) edimi yerine getirmekten kaçınma hakkını tanımaktadır.

Yüklenicinin ödeme güçsüzlüğüne düşmesine de değinmeliyiz:

Edimini yerine getirmekten kaçınmak isteyen sözleşmecinin borcu daha önce ivedili olmalıdır. Her iki sözleşmecinin aynı zamanda ve karşılıklı olarak ödemeyele yükümlü buldukları durumlarda TBK. md. 98 değil, md. 97 uygulanacaktır.

Borcu daha sonra ivedili olan sözleşmeci gerçekten ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olmalıdır. Bir borçlu “alacaklılarını tatmin etmek için gerekli olan mali araçlardan yoksun” kalmışsa acze düşmüş sayılacaktır.

TBK. md. 98 (iflası) ve (semeresiz kalan haczi), ödeme güçsüzlüğüne düşmenin iki durumu olarak düzenlemiştir. Demek ki bir sözleşmeci iflas etmişse veya başka bir borçtan dolayı aleyhine haciz yoluyla yapılan takip sonuçsuz kalmışsa onun ödeme güçsüzlüğüne düştüğü kabul edilmelidir. Md. 98’in uygulanabilmesi için, borçlunun mutlaka iflas etmiş ya da aleyhinde –icra dairesince- borç ödemedi aciz vesikası verilmiş olmasına gerek yoktur. Ödeme güçsüzlüğü başka yollarla da kanıtlanabilir. Örneğin borçlu ödemelerini tatil etmiş, işleri bozulduğu için ticarethanesini kapatmış, çek, poliçe, bono niteliğindeki senetleri

için protesto çekilmiş veya alacaklıları ile konkordato istemde bulunmuşsa yine ödemede düşkünlük durumu varsayılmalıdır¹⁶⁶. “Ödemede güçsüzlük” geniş yorumlanmalıdır.

Ödeme güçsüzlüğünün, sözleşme yapıldıktan sonra meydana gelmesine gerek yoktur; yeter ki sözleşme yapılırken daha önce edimi yerine getirmeyi taahhüt eden sözleşmeci, öbür sözleşmecinin ödeme güçsüzlüğünü bilmiş olmasın. Böyle bir bilgi, md. 98’in işlemlerini engelleyecektir; zira sözleşmecilerden biri, öbür sözleşmecinin ödeme güçsüzlüğünü bilmesine karşın, daha önce edimi yerine getirmeyi taahhüt etmişse, onun özel bir korunmaya hak kazanmadığı açıktır.

Ödeme güçsüzlüğü, geçici olarak değil, sürekli bir nedenden ileri gelmiş bulunmalıdır. Örneğin borçlunun belli bir anda, malvarlığının aktifini paraya çevirecek durumda olmaması md. 98’in uygulanması için yeterli değildir.

Borçlunun ödeme güçsüzlüğü, edimini daha önce yerine getirmekle yükümlü olan sözleşmecinin hakkını tehlikeye düşürmüş olmalıdır. Alacak aynî veya şahsî bir teminata bağlanmışsa, md. 98 işlemeyecektir. Öyleyse md. 98, kural olarak, teminatsız alacaklar bakımından uygulanacaktır.

Edimini daha önce yerine getirmekle yükümlü olan sözleşmeci, öbür sözleşmecinin ödeme güçsüzlüğüne düşmesi durumunda, bir savunma (def’i) hakkına sahiptir. Bu, geciktirici bir savunmadır; borç ilişkisinin kapsamında değişiklik meydana getiren bir etkiye sahiptir. Zira, bu savunma ileri sürülünceye kadar, edimini daha önce yerine getirmekle yükümlü olan sözleşmeci, savunmanın ileri sürülmesinden sonra, ancak bir teminat karşılığında ödeme yapmak zorunda olur.

Edimini daha önce yerine getirmekle yükümlü olan sözleşmeciye yasa ikinci bir olanak daha tanımıştır: O, öbür sözleşmeciye bir süre vererek teminatın bu süre içinde verilmesini isteyebilir. Tanınan süre uygun olmalı, önerinin benimsenmesini güçleştirecek kadar kısa olma-

166 Dalamanlı, 730-731.

malıdır. Bu süre içinde teminat verilmezse, edimini daha önce yerine getirmekle yükümlü olan sözleşmeci, tek yanlı bir açıklamada bulunarak sözleşmeden dönme hakkına sahiptir (TBK. md. 98/II). Bu durumda ödemedi kaçınma artık geçici değil, sürekli ve kesin olur. Tanıdığı süre içinde güvence gösterilmediği için sözleşmeden dönen sözleşmeci ayrıca tazminat isteyemez. Çünkü ödeme güçsüzlüğü, tek başına, sözleşmeye aykırılık olmadığı gibi, güvence göstermeme de bu yüküme aykırılık oluşturmamaktadır¹⁶⁷.

YARGI KARARLARI

Dava, açılacak tazminat dava hakları saklı kalmak üzere sözleşme hükümlerinin yerine getirilmemesi nedeni ile uzun süre terk edilerek yüzüstü bırakılan inşaatın Borçlar Kanununun 97. maddesi gereği giderleri davalılara ait olmak kaydı ile kendileri tarafından veya bulunacak bir müteahhit aracılığı ile tamamlanmasına ilişkin olup 17.12.1969 tarihli sözleşmenin âkidi İ. Bumin'in 1971 Ağustos ayında öldüğü ve sözü edilen sözleşmenin 13. maddesindeki (ölüm durumunda mirasçılar sözleşmeye bağlı olarak, inşaatı devam ettireceklerdir) hükmüne dayanılarak ölen yüklenicinin oğlu Ö. Bumin'in inşaat devam ettiği ve daha sonra arsa sahipleri ile varis Ö. Bumin arasında 12.10.1971 tarihli sözleşmenin akdedildiği bu yüklenicinin de verilen ek sürelerle rağmen 16 aydan beri inşaatı terk eylediği vakası açıklanmalıdır.

TBK. md. 486/I gereği yüklenici öldüğü veya zarar doğurucu bir ihmali olmaksızın işi bitirmekten aciz kaldığı takdirde bu konudaki eser sözleşmesi son bulur. Yasasının adı geçen 371/1. maddesinde yüklenicinin kişisel yetenekleri söz konusudur. Sosyal ve Ekonomik hayatın normal akışına göre, apartman yapımı kişisel yetenek isteyen bir şey olmakla esere sözleşmesinde esas tutulacak kişisel nitelikler arasında yüklenicinin özel mesleki bilgisi kuvvetle güven vermesi, özel krediye layık olması tecrübesi, de-

¹⁶⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, sf. 833-837.

nenmiş olması ve ünü gibi kişisel ve mal varlığına ilişkin özellikler sayılabilir. Bu özellikler göz önünde tutularak eser sözleşmesinin yapılmış olması doğal olmakla yasanın 486. maddesi emrettiği buyurucu- nitelikte bir hükümdü. Kaldı ki, yüklenicinin sağlığında mirasçılarının kişisel ve ekonomik hukukunu etkileyecek ve aşan biçimde eser sözleşmesinin 13. maddesinde (ölüm durumunda mirasçılar sözleşmeye bağlı olarak inşaatı devam ettireceklerdir.) şeklindeki irade beyanını açıklaması da geçerli de değildir. İş yüklenicinin kişisel yetenekleri göz önünde tutularak yüklenilmiştir. Yüklenici miras bırakan İ. Bumin ile yapılan 17.12.1969 tarihli sözleşme TBK. 486/1 gereği ölüm ile sona ermiştir. (fesh edilmiştir.) Bundan sonra ölen yüklenicinin mirasçısı oğlu Ö. Bumin ile arsa sahipleri arasında 12.10.1971 tarihli sözleşmenin yapılmış olması da miras bırakan ile yapılan sözleşmenin hukuken son bulunduğu görüşünü teyit etmektedir.

Bu itibarla arsa sahipleri ile diğer taraf Ö. B. arasında imzalanan 12.10.1971 tarihli sözleşme, terk edilen inşaata taraflar arasında uygulama alanı bulabilen haklar ve ödevler yükleyen geçerli bir mutabakat olmakla bu hususa ilişkin itiraz yerinde değildir. Ancak yeni sözleşme yüklenici Ö. B. ile mal sahipleri A.U.Y. ve A.B. Y. arasında yapılmıştır. Diğer davalılar bunun dışında kalmaktadır. TBK'nın 486. maddesi gereği diğer davalılar yönünden de inşaatın yürütülmesine karar verilmesi doğru değildir (15. HD. 7.7.1975, 3149/3436).

--- --

Yükleniciye, işe başlaması için çekilen ihtarın sonuçsuz kalması, mahkemeye yaptırılan tespitte inşaatın süre sonunda bitirilmesi olanağının bulunmadığının saptanması, halihazır inşaatın %20 seviyesinde kalması, yüklenicinin de mali yönden aciz halinde olduğunun belirlenmiş olması karşısında sözleşmenin feshine, tapudaki şerhin terkinine karar verilmesi gerekirken, dava'nın reddine karar verilmesi doğru değildir (15. HD. 25.10.2001, 2694/4801).

--- --

İstisna sözleşmelerinde yüklenicinin ölümü durumunda, sözleşmede yüklenicinin kişiliği nazara alınmışsa, sözleşme münfesihtir. Oysa somut olayda yüklenici normal bir apartman inşaatı işini yüklenmiş olup bu işin yerine getirilmesi özel veya üstün bir beceriyi gerektirmediğinden, ölümü, sözleşmenin sona ermesini gerektirmez. Öte yandan, sözleşmede yüklenicinin ölümü durumunda, sözleşmenin son bulacağı hususunda bir hükümde yer almamıştır (HGK. 1.11.1995, 652/900).

--- --

Taraflar arasındaki uyuşmazlık eser (istisna) sözleşmesinden kaynaklanmış olup, davacı arsa sahibi, davalı ise yüklenicidir. Davalı yüklenici 11.10.1996 tarihli Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi ile davacıya ait 4621 Parsel (7810 m²) sayılı taşınmaz üzerine imar durumuna uygun olarak 48 adet bağımsız bölüm inşa etmeyi üstlenmiştir. Sözleşmeye göre yapılacak konutların %28'i davacı arsa sahibine, %72'si davalı yükleniciye ait olacak, inşaat ruhsat tarihi olan 7.3.1997 tarihinden itibaren 24 ay içerisinde yani 7.3.1999 tarihinde bitirilip teslim edilecektir. Davacı 22.12.1998 tarihinde keşide ettiği ihtar ile inşaatı 6 ayı aşkın zamandır ara verildiğini bildirerek işe başlamak üzere davalıya 7 gün süre vermiş, ihtardan sonuç alamayınca 28.1.1999 tarihinde tespit için mahkemeye başvurmuştur. Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesinin 1999/37 D. İş Dosyası ile yaptırılan tespit sonucu düzenlenen raporda inşaatın hali hazır durumu saptanmış, halen hiçbir faaliyet olmayan inşaatın süre sonu olan 7.3.1999 tarihinde bitirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Mahkemece alınan 31.3.2000 tarihli bilirkişi raporuna göre ise inşaatın ikmal oranı kalitesiz yapıldığı da gözetilerek %20 seviyesinde olup inşaat terkedilmiş durumdadır. İkmali için 18 aylık süreye ihtiyaç vardır. Dosya kapsamı delillerle davalı yüklenicinin mali yönden aciz halinde olduğu da saptanmış olmakla davalının direngen durumda olduğunun kabulü zorludur. Her ne kadar yanlar arasındaki sözleşmede müteahhide tüm

binaların su basmanı bittiğinde 2 adet meskenin ferağ takrirlerinin verileceği kararlaştırılmış ise de müteahhidin bu iki bağımsız bölüm hakkında satış yetkisinin verilmesi ve ipoteğin fekki için davacıya gönderilmiş bir uyarısı bulunmadığından yüklenicinin direnimi nedeniyle sözleşmenin feshine ve tapudaki şerhin terkinine karar verilmesi gerekir (15. HD. 25.10.2001, 2694/4801).

— · —

Dava, sözleşmenin feshi, davalıya devredilen arsa payına isabet eden bağımsız bölümlerin devirlerinin iptali ve iadesi, süresinde teslim etmeme nedeniyle kira bedellerinin ve cezai şartın ve inşaatın teknik şartnameye uygun duruma getirilmesi ve bitirilmesi için gerekli bedelin tahsili istemiyle açılmış, mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Dosya içerisinde bulunan İstanbul Üçüncü Sulh Hukuk Mahkemesinin 1999/189 D. İş sayılı tespit dosyasındaki bilirkişi raporundan, inşaatın projesine göre büyük yapıldığı anlaşılmaktadır. Mahkemece bu konu üzerinde durulmamış, inşaatın imara aykırı olup olmadığı, bu durumyla yapı kullanma izni alınmasının mümkün olup olmayacağı araştırılmamıştır, imara aykırılık kamu düzenine ilişkin olup mahkemece resen araştırılması zorunlu bir konudur, inşaatın imara uygun duruma getirilip getirilemeyeceğinin, yapı kullanma izni verilmesinin mümkün olup olmayacağının araştırılması, gerektiğinde bu konularda gerekli işlemleri yapması için davalıya süre tanınması zorunludur, inşaatın imara uygun duruma getirilmesinin mümkün olmaması durumunda, mahkemece verilen fesih kararı sonucu itibarıyla doğru olacağından, fesih yanında olumsuz zarar kapsamında olan sözleşmenin 9. maddesindeki oturlan yer kira bedelinin karar altına alınması, diğer isteklerin reddedilmesi gerekir. İnşaatın imara uygun duruma getirilmesinin ve yapı kullanma izni alınmasının mümkün olacağına anlaşılması durumunda, tamamlanma seviyesinin %95 olması da dikkate alınarak, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 25.1.1984 tarih 3/1 sayılı kararı uyarınca, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshine karar verilmesi, davacıların sözleşmenin 8. maddesine dayanan

gecikme nedeniyle kira istemlerinin, 9. maddesine dayanan otu-
rulan yere ilişkin kira istemlerinin, 12. maddesine dayanan cezai
şart istemlerinin de karar altına alınması gerekir. Davacılar ta-
rafından davalıya davanın açılmasından önce TBK. md. 117/l'e
göre, miktarı belirtir ve ödeme ister bir ihtarname gönderilmedi-
ği, davalının davanın açılmasıyla direngen duruma düştüğü dü-
şünülmeden, kabul edilen miktarlar yönünden, dava tarihi yerine
24.11.1996 tarihinin faiz başlangıcı kabul edilmesi doğru olma-
mıştır (15. HD. 30.1.2002, 4235/409).

— . . . —

İcra ve İflas Kanunu'nun 166. maddesi gereğince iflas kararının
iflas dairesine bildirilmesi üzerine iflas dairesinin müflis malları-
nın defterini tutması gerekir (İİK m. 208). Tutulan defter kayıtları-
na göre iflas masasına girecek haczi olanaklı hak, alacak ve hiçbir
mal bulunmazsa, iflas dairesi tasfiyenin tatiline karar verir ve bu
kararı ilan eder (İİK m. 217). İlan tarihinden itibaren 30 gün için-
de alacaklılar tarafından tasfiye masrafları karşılanarak tasfiyeye
devam edilmezse iflas dairesinin talebi üzerine iflasa karar vermiş
mahkemece "iflasın kapatılmasına" karar verilir ve bu karar ilan
edilir (İİK m. 254). Tasfiyenin tatili nedeniyle iflasın kapatılmasına
karar verildikten sonra masaya dahil edilmesi gereken mal veya
hak ve alacağın bulunduğu saptanması durumunda iflas da-
iresi, iflasın kapanmasına karar veren mahkemeden "iflasın ka-
panması kararının kaldırılmasını ve tasfiyenin devamını" ister.

Somut olayda da, müflisin iflasının açılmasından önce müflis
tarafından açılmış alacak davasının bulunduğunu saptayan iflas
idaresi, iflasın kapatılması kararının kaldırılmasını ve tasfiyenin
devamını istemiş, Ankara Yedinci Asliye Ticaret Mahkemesi'nce
verilen (...) sayılı karar ile "iflasın kapatılması hakkındaki kararın
kaldırılmasına ve tasfiyenin devamına" karar verilmiştir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 184. maddesi gereğince, iflasın açıl-
ması ile birlikte müflis borçlunun haczedilebilen tüm malları,
hak ve alacakları iflas masasına dahil olur. Diğer yandan, iflasın

açılması ile müflis borçlunun iflas masasına dahil olan hak ve alacakları ile malları üzerindeki tasarruf yetkisi kısıntıya uğrar ve alacaklılara karşı hükümsüz olur (İİK m. 184, 191). Bu yasal nedenlerle, iflas açıldıktan sonra masaya giren tüm mal, hak ve alacaklara ilişkin dava açılması ve açılmış davanın takibi iflas idaresine aittir (İİK m. 194). Bu husus, kamu düzeni ile ilgili olduğundan, mahkemece doğrudan gözetilmesi gerekir. Ancak, iflas idaresi oluşmamış ise, asıl resmi iflas organı olan iflas dairesi, iflasın kapatılması kararı kaldırılmış olduğuna göre, tasfiye işlemlerini yürütmekle ödevlidir (İİK m. 222). Yasal temsile yetkili olması sebebiyle de İİK'nın 194. maddesi gereğince durdurulan ve müflisin davacı veya davalı olduğu hukuk davalarını araştırmak, davaları takip etmek, iflas dairesinin görevleri dahilindedir.

Somut olayda, iflas dairesi davanın takibi için bizzat müflise yetki vermişti. İflas dairesinin, müflise davayı yürütme yetkisini vermesi doğru olmamıştır. Çünkü, masa ile ilgili davalar hakkındaki takip yetkisi iflas dairesine aittir ve müflisin dava ile ilgili tasarruf yetkisi yoktur. Ancak, İİK'nın 245. maddesi gereğince alacaklı ya da alacaklılara sadece çekişmeli hakkın ve dolayısıyla davaların takibi yetkisi devredilebilir.

Diğer yandan, dava sırasında taraflardan birinin iflas ettiğinin anlaşılması durumunda mahkemece, iflas idaresine tebligat yapılması zorunludur. Davada taraf teşkili sağlandıktan sonra da, İİK'nın 194. maddesi gereğince, madde hükmünde istisna olarak sayılan davalar dışındaki müflisin davacı veya davalı olduğu davalara bakan mahkeme, bir ara kararı ile davaların ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonrasına kadar durdurulmasına karar vermesi gerekir. Yine somut olay bakımından mahkemece Ankara Ticaret Sicil Müdürlüğü'ne 11.06.2008 tarihinde davacı şirketin sicil kaydının bildirilmesi için müzekkere yazılmışsa da, müzekkere cevabı beklenmeksizin davanın işlemde kaldırılması kararı verilmiştir. Müflis şirketin, ticaret sicilinden terkin olunması durumunda, iflas dairesi, müflisin ihyası için gerekli hukuksal işlemleri de yapmalıdır (15. HD. 16.12.2009, 4218/6856).

Dava, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin feshi ile tapu iptali ve tescil istemine ilişkindir. Mahkemece davanın İİK'nın 198 ve 199. maddeleri gereğince reddine dair verilen karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

İİK'nın 198. maddesinde yer alan alacak deyiminden de anlaşılacağı gibi buradaki alacaklar nispî (şahsi) haklara ilişkin alacaklardır. Buna karşılık aynı haklar 198. madde hükmünün kapsamı dışındadır ve iflasın açılmasıyla para alacağına dönüşmezler. İflasın açıldığı anda iflas edenin elinde bulunan üçüncü şahıslara ait mallar, şerh verilmek suretiyle aynı hak kuvvetini kazanmış olan kişisel haklar ve mülkiyete dayalı aynı haklar iflasta para alacağına çevrilmezler ve bu haklar iflas masasına karşı aynen ileri sürülebilir.

İİK'nın 199. maddesinde yapılan düzenleme ise maddi başlığından da anlaşılacağı gibi satışlara ilişkin olduğu eser ve satış vaadi sözleşmesinden oluşan karma nitelikli kat karşılığı inşaat sözleşmeleri gereğince yükleniciye pay devri avans niteliğinde kabul edildiği ve yüklenici sözleşme ve ekleri ile imara ve tasdikli projesine göre inşaatı tamamlayıp teslim etmedikçe tam mülkiyetini kazanamayacağından tapuda satış olarak gösterilse dahi bu devir işleminin gerçekte satış olarak kabulü mümkün değildir.

Yüklenicinin iflası durumunda eser sözleşmesi ilişkisinin son bulmayacağı kabul edilmektedir. İş sahibinin iflastan önce yükleniciye iş bedelini ödemiş olması durumunda iflas anında eser tamamlanmış olsa bile eserin değerini para olarak İİK'nın 198/1. maddesine göre iflas masasına yazdıracağı düşünülebilir ise de arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde pay devri semenin ödenmesi niteliğinde olmayıp yüklenicinin sözleşme gereği taahhüt ettiği yükümlülüğüne mahsuben avans ödemesi vasfında olduğu ve gerçek satış işlemi de söz konusu bulunmadığından mülkiyet hakkı sahibi olan davacı arsa malikinin tek taraflı irade beyanı ile sonlandırılması mümkün olmayan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin feshini ve mülkiyet hakkına dayalı olarak tapu kaydının iptal ve tescilini istemek hakkı vardır (15. HD. 5.5.2011, 2052/2753).

Ş 16. ÖZEN EKSİKLİĞİNİN KUSURLA İLİŞKİSİ

Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı yararlarını gözeterek, sadakat ve özenle yerine getirmek zorundadır.

Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır. (TBK. md. 471).

Özen borcundan doğan sorumluluğun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen makul, dürüst ve basiretli bir yüklenicinin gösterdiği dikkat, mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır. Yüklenici eserini meydana getirirken, örneğin inşaatın temeli, yapımı, malzeme, araç ve gereç kullanımı, güvenlik önlemleri konusunda bilinen teknik kuralları uygulayacaktır. Meslek odalarının yayınladıkları kurallar, yayınladıkları anda “bilinen teknik kurallar” sayılırlar¹⁶⁸.

Yüklenicinin özen borcu, eser sözleşmesinin kurulmasıyla başlar, eserin iş sahibine teslim edildiği ana kadar (örneğin eseri koruma yükümlülüğü olarak) devam eder; eserin tesliminden sonra da bozukluğa/kusura/ayıba karşı garanti sorumluluğu biçiminde kendini gösterir¹⁶⁹. Yüklenici bir işi üstlenirken kendi bilgisinin uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olup olmadığını iyice tartmalı; örneğin inşaatın yapılacağı arazinin ve kullanılması istenilen malzemenin amaca

168 Eren, Fikret, İnşaat Sözleşmeleri, BTHAE Yayını, Ankara-1996, sf. 74-75.

169 15. HD. 12.10.1998, 3228/3801 “TBK’nın 471/I-II. maddedeki borç, yüklenicinin “özen” borcudur. Yüklenicinin bu borcu, akdi ilişkinin (eser sözleşmesi) kurulması aşamasından başlar, eserin (somut olayda tamir edilmiş olan aracın) iş sahibine (davacı) teslim edildiği ana kadar devam eder. Yüklenicinin diğer yan (tali) borçlarına nazaran daha genel nitelikte olan bu özen borcunun içerisinde, teslim edildiği ana kadar eseri koruma yükümlülüğü de vardır. İş sahibi, onu tesellümden direnime düşmüş olmadıkça, yüklenici, aracın kaybindan tam olarak sorumludur. Özen borcuna aykırılık nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu, eser teslim edilmiş olsa dahi, sonuç sorumluluğu, başka bir anlatımla, ayıba karşı tekeffül (TBK. md. 475) sorumluluğu olarak ortaya çıkar. Somut olayda, davalı yüklenicilerin koruma yükümlülüğünde olan araç, teslimden önce çalınmıştır. İş sahibinin onu teslim almaktan kaçındığı iddia ve kanıtlanmış değildir. Aracın çalınmış olması, yüklenicileri sorumluluktan kurtarmaz. O halde, aracın çalındığı tarihteki halihazır değerinin, bu işten anlayan uzman bilirkişiye tespit ettirilerek, hüküm altına alınması gerekir.”

elverişli olup olmadığını önceden incelemeli ve eseri teslim ederken gerekiyorsa onun kullanma biçimi konusunda iş sahibini aydınlatmalıdır. İş sahibi de, dürüstlük kuralının gereği olarak, arsayı ve malzemeyi teslim ederken, kendisinin bildiği ve ancak göze çarpmayacak derecede olan tehlikeli ya da işi etkileyecek niteliklerden yükleniciyi haberdar etmelidir. Ancak, örneğin, inşaatın çok yakınından elektrik tellerinin geçtiği herkesçe görülebileceğinden, tehlike bu kadar açıkken, yüklenicinin yanındaki kişilerin uyarıya karşın çıplak elektrik teline müdahale ederek olumsuz sonuç meydana gelebileceğinden, iş sahibinin tehlikeyi yükleniciye haberdar etmediğinden ötürü kusurlu olduğu söylenemez. Arsanın kusurlu olması ya da eserin yapılmasını tehlikeye koyacak durumun varlığında, bunların giderilmesi için iş sahibinin uyarılması görevi yüklenicininindir (TBK. md. 472/son). Bu uyarıya karşın iş sahibinin kayıtsız kalması durumunda, işe devam etmesi ve dahası çıplak tele elle dokunulmasıyla istenmeyen sonuç meydana geldiğinden, iş sahibine kusur yükletilemez; kimse kendi kusurlu davranışından yararlanamaz¹⁷⁰.

Özen borcunun ihlali veya özen eksikliği, savsama içinde ağır savsama ile hafif savsama arasında yer aldığı belirtilmektedir¹⁷¹.

Yüklenici tacir olup basiretli iş adamı gibi hareket etmek zorunda bulunduğundan, onun işçinin işverene gösterdiğinden daha ağır bir özen borcu bulunmaktadır¹⁷². Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 9.10.1991

170 HGK. 1.7.1992, 309/452.

171 Velidedeoğlu/Özdemir, 226.

172 Erman, Arsa Payı Karşılığı, 35-36: "Yüklenici genellikle arsa sahibine oranla uzman kişi olduğundan ve arsa sahibinden talimat alma konusunda daha bağımsız olduğundan, işçiden daha çok özen göstermek durumundadır ve sorumluluğunun işçiden daha ağır takdiri gerekir. Yüklenicinin işi üstlenirken eserin yapımı için gerekli önkoşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırması gerekir. Plan ve projeleri iş sahibi onaylamış olsa bile, yüklenici bunların hatalı olmasından doğan sonuçlardan sorumludur. Ayrıca yüklenici yapı tekniği kurallarına uymak zorundadır ve bunları uygulamadığı takdirde sorumlu olur. Basiretli ve tedbirli iş adamı ölçüsünde olduğu gibi, tecrübeli ve uzman bir yüklenicinin davranış biçiminin ölçü olarak alınması gerekir. Burada yapılacak yapının özellikleri, niteliği, kapsamı da göz önünde tutulmalıdır. Üç katlı üçüncü sınıf bir inşaatın yapımını üstlenen bir yüklenici ile birçok bloktan veya kattan oluşan ve çeşitli kompleksleri kapsayan bir inşaat işini yüklenen yükleniciden beklenen özenin ölçüsü farklı olacaktır."

gün ve 340/467 sayılı kararında belirtildiği üzere; “yüklenici, bir işi yüklenirken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise, sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde, özen borcuna aykırı davranmış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder.”

Yasanın yeni düzenlemesi; yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunu belirlerken, işçinin özen yükümlülüğüne ilişkin kurallarla yetinmemiş, eser sözleşmesinin kendine özgü yapısı ve koşullarını göz önünde bulundurarak, **benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışının esas alınacağını** benimsemiştir.

Gösterilmesi gereken özen yüklenicinin kişisel ve özel durum ve koşullarını değil, aynı alanda iş gören yüklenicilerin gösterdiği veya göstermek zorunda oldukları özeni anlattığından buna “objektif özen” diyoruz.

Özen borcu dürüstlük kuralı çerçevesinde kaldığından, yüklenicinin, özen borcu yüzünden girişeceği incelemelerin, alacağı işe oranla çok masraflı veya çok zaman kaybettiren türden olmaması gerekir¹⁷³.

Eser sözleşmesinin tarafı olan yüklenici, edimini, yasa ve sözleşme hükümlerine; fen ve sanat kurallarına uygun olarak yerine getirmekle yükümlüdür ve yüklenicinin bu sorumluluğu, eser sahibine karşı olan "özen borcu" gereğidir (TBK. md. 471/I-II). Öncelikle eser ve bu kapsamda yapımı yüklenilen inşaat, yasal olmalıdır. Çünkü, İmar Kanunu'nun 21. maddesi uyarınca, istisnalar hariç, ilgisine göre belediye veya valiliklerden alınacak yapı ruhsatına uygun yapılması durumunda yapı "yasal" olur. Aksi halde, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılan yapılar İmar Kanunu'nun 32. maddesi gereğince belediye veya valilikçe yıktırılır ve ayrıca aynı kanunun 42. maddesi gereğince de "para cezası" yaptırımı uygulanır. Tamamen veya kısmen

173 İnal, 252 vd.

"kaçak" yapılan yapı, yasal ve teknik olanaklar varsa öncelikle yüklenici tarafından; yüklenicinin bu yöndeki edimini yerine getirmemesi durumunda ve istekli olması durumunda arsa sahibi tarafından "yasal duruma" getirilebilir. Bunun için onlara mahkemece uygun süre ve yetki verilmelidir¹⁷⁴.

Bir örnekle açıklayalım: İş sahibi (A) iş merkezi inşaatının projelerinin çizilmesi, hazırlanması, onaylanması ve ruhsat alınması konusunda yüklenici (B) ile sözleşme yapmıştır. Yüklenici (B) projecidir. Yüklenici, işin uzmanı ve bilen bir kimse olarak projenin sonucundan sorumludur. Yüklenici, üstlendiği işi "özen"le yapmak zorundadır. Bu özen borcu, sözleşmenin yapıldığı andan başlar, işin eksiksiz ve kusursuz (ayıpsız) tamamlanmasına kadar sürer. Aksine davranış, yüklenicinin kusurunu oluşturur. İşin, zamanında ve eksiksiz yapılması, iş sahibine yüklenebilecek bir davranışa bağlı olarak mümkün olamıyor veya zorlaşıyorsa, yüklenicinin iş sahibini derhal uyarması gerekir. Yüklenici/projeci (B), sözleşmede belirtilen süre içinde, projelerin hazırlanmasında hata yaptığı için onaydan geçirememekle "özen yükümlülüğünü" çiğnemiş ve direnime düşmüştür¹⁷⁵.

İş sahibi yüklenicinin gerekli ehliyet ve niteliklerine sahip olmadığını bilse bile, iş sahibinin bu bilgisi, yüklenicinin göstermesi gereken özen derecesinin daha hafif takdir edilmesine yol açmaz; zira bu durumda, iş sahibinin, yüklenicinin eserin gereği gibi meydana getirilmesi için uzman bir yardımcı kişiye başvurmasını beklemeye hakkı vardır¹⁷⁶.

Yüklenicinin işinin sonucundan sorumlu tutulmasını sağlayan

174 15. HD. 3.3.2009, 6908/1163.

175 15. HD. 3.4.1996, 1531/1892; 15. HD. 16.2.1994, 2929/762: "Kural olarak iş sahibine karşı, işçinin iş sözleşmesindeki sorumlu olduğu özene eş değerdeki özenle sorumlu görülen yükleniciden işin ehli ve basiretli tacir olması nedeniyle daha da üst derecede özen beklenir. Somut olayda yüklenici sözü edilen özen borcuna aykırı davranarak işi üstlenmeden önce yapması gereken bazı incelemeleri yapmaksızın sözleşmeyi imzalamakla gerekli özeni göstermediğinden sözleşmesinin yerine getirilememesinden dolayı kusurlu sayılmalıdır. Burada nesnel nedenlerle sözleşmeyi yerine getirmeyen yüklenicinin kendi kusurunun sonuçlarından yararlanması düşünülemez."

176 Şenocak, 28; Turut, 67; Şahin, 107.

bozukluğa (ayıba) karşı garanti kuralları varken, ayrıca onun işinde gerekli özeni göstermemesinden dolayı sorumluluğuna gidilmesine gerek var mıydı? Türk Borçlar Yasası, sonuç sorumluluğunun karşılayamadığı olasılıkların da bulunabileceğini düşünerek md. 471'de özen borcunu düzenlemiştir. TBK. md. 473, 482, 483, 484, 485'te, bozukluk nedeniyle sorumluluk kurallarının uygulanamayacağı, iş sahibinin eseri ya hiç teslim almadığı veya onun yalnız bir parçasını teslim aldığı, iş sahibine, hiç olmazsa o zamana kadar yapılmış olan ve bazen bedelini ödemek zorunda kalacağı işin özenle görülmemiş olmasından dolayı yüklenici veya mirasçılarını sorumlu tutma olanağı tanıdığı örnekler bulunmaktadır.

Yüklenici, eseri tamamlayıp teslim edinceye kadar yaptığı işi korumakla da yükümlüdür¹⁷⁷.

İş sahibi, yüklenicinin istemlerine karşı, özen yükümlülüğünü yerine getirmemesinden doğan kendi tazminat istemini ileri sürebilir. Örneğin yüklenicinin imar hukuku kurallarına uymamasından dolayı, inşaat yetkili makamlarca durdurulmuş ve bu yüzden yarıda kalmışsa, iş sahibi bozukluk nedeniyle sorumluluk kurallarından yararlanamaz; fakat yüklenici özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğinden, iş sahibi işin yarıda kalmasından dolayı uğradığı zararın giderimini ondan isteyebilir. Bazen de, eser tamamlanmış ve kusursuz (ayıpsız) olarak teslim edilmiş olmasına karşın, yüklenicinin işin yürütümü sırasında özen borcuna aykırı davranması yüzünden, iş sahibi veya onun kendilerine karşı sorumlu olduğu kişiler için bir zarar ortaya çıkabilir. Örneğin bir binanın üst katında duvar onarımı yapan yüklenicinin kurduğu iskele çöküp alt kat camlarını kırabilir; onarım kusursuz olsa bile yüklenici özen borcuna aykırı hareketi dolayısıyla kırılan camları ödemekle yükümlü olacaktır¹⁷⁸.

Eser kusurlu/bozuk (ayıplı) olarak teslim edilmişse, bozukluk nedeniyle sorumluluğu yanında, bu kusurdan ileri gelmeyen, fakat özen yükümlülüğüne aykırı hareketten doğmuş bulunan zararlar ortaya çıka-

177 15. HD. 22.1.1997, 6963/305

178 Tandoğan, II, 52.

bilir. Bu durumda, bozukluk nedeniyle sorumluluk yanında özen borcuna dayanan sorumluluk da ileri sürülebilecektir. Buna karşılık, bozuk/kusurlu teslimden doğan zararlar için, daha özel nitelikteki bozukluk nedeniyle sorumluluk kuralları özen sorumluluğunu içerir ve bu bozukluk bir özensizlikten ileri gelse bile, ancak bozukluk nedeniyle sorumluluk kurallarına dayanılarak tazminat istenebilir; bu nedenle, gözden geçirme ve bunu bildirme ödevi yerine getirilmemişse böyle bir tazminat istenemez¹⁷⁹.

Yüklenici, işin ifası süresince kendinden beklenen özeni göstererek, eseri tamamlayıp iş sahibine teslim edecektir.

Tedbirli bir tacir olarak özenle hareket etmek durumunda olan yüklenicinin, bir inşaatı yüklenirken bilgi ve uzmanlığının ve parasal gücünün o işi yapmaya yeterli olup olmadığını düşünmüş olduğu kabul edilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30.9.1991 gün ve 373/533 sayılı kararında konu şöyle değerlendirilmiştir: *“Yüklenici kural olarak işin görülmesi ve tesliminde işçiye göre daha yüksek bir özen göstermelidir. Yüklenici, bir işi yüklenirken, kendi uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranmış olur ve bundan dolayı sorumlu tutulur. Özen borcu hazırlık çalışmalarından eserin teslimine kadar devam eder.”*

Yüklenici gerekli yetenekleri bulunmaksızın bir eseri meydana getirmeyi kabul eder ve özel bilgiler yapılan sözleşmenin üstü kapalı koşulunu oluşturursa bundan dolayı iş sahibine karşı sorumlu olur¹⁸⁰.

Alacaklının alacağına tamamen veya kısmen kavuşmasını sağlamak amacıyla, yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve paylaşılmasında dürüstlük kurallarına başvurulmalıdır. Eğer alacaklı alacağının tümünü veya bir bölümünü alamazsa, borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini, örneğin özen eksikliği bulunmadığını kanıtlamadıkça

179 Tandoğan, II, 53.

180 Velidedeoğlu/Özdemir, 569.

bundan doğan zararı ödemekle yükümlüdür. İş sahibinin zarar gördüğü durumlarda yüklenicinin sorumluluğu, onun özen borcunun ihlaline dayanır. Yüklenici, iş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınmalıdır. Bu nedenle, aksine davranış halinde iş sahibi, sadece zararın varlığını kanıtlamakla yükümlüdür. Yüklenici ise, zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini kanıtlayacaktır¹⁸¹.

Özen borcunun gereği olarak yüklenici; 1) Üzerine aldığı işi özenli yapmalıdır. 2) İş sahibinin haklı çıkarlarını gözetmelidir. 3) Eserin tam ve zamanında yerine getirilmesini geciktirecek veya tehlikeye düşürecek veya eserin maliyetini önemli ölçüde arttıracak olağanüstü durumları derhal iş sahibine bildirmelidir. 4) Eserin kullanımı veya iş sahibinin talimatları konusunda iş sahibini aydınlatmalıdır. 5) İş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmalıdır. 6) İş sahibi tarafından verilen malzemeyi özenle kullanmalı ve korumalıdır. 7) Eserin montajı sırasında ortaya çıkacak durumları iş sahibine derhal haber vermeden imalata girişmemelidir¹⁸².

Yüklenici, uzmanlığını tümüyle iş sahibine özgüleyecektir. Yüklenici, iş sahibinin eserin yapımı için gerekli koşulları yerine getirip getirmediğini (örneğin, iş sahibinin verdiği hesap ve planlar doğru mu, gösterilen yer bu işe elverişli mi, verilen malzeme kullanılabilir mi...) incelemekle yükümlüdür.

Yüklenici inşaatı yaparken olası zararları önlemek için gerekli koruma önlemlerini alacaktır. Yüklenici bu konuda mevzuat boşluğu veya yetersizliği bulunduğunu öne sürerek, zararı önleyici önlemleri almama hakkı bulunduğunu öne süremeyecektir. Mevzuatta özel hüküm bulunsun veya bulunmasın, zararı önleyici önlemleri almak zorunludur.

Yüklenicinin özen sorumluluğu sözleşme ile genişletilebileceği gibi, daraltılabilir de¹⁸³.

181 HGK. 12.10.1994, 265/600.

182 15. HD. 10.2.2004, 3270/641.

183 Becker, Dura Çevirisi, 598-599.

Özen borcu sözleşmenin yapıldığı andan başlar, işin eksiksiz ve kusursuz olarak teslimine kadar sürer¹⁸⁴.

Özen ve sadakat borcunun önemi ve kapsamı konusunda aşağıda verilen “çerçeve bilgi” önemlidir:

- Yüklenici, yeterli uzmanlığa sahip olmasa ve bu durum iş sahibi tarafından bilinse bile, sorumluluktan kurtulamaz. Yüklenicinin teknik ve maddi açıdan yetersiz olması nedeniyle yapamayacağını bildiği bir işi üstlenmesi özen borcuna aykırılık oluşturur.
- Yüklenici, kendisine tevdi edilen iş alanında, iş sahibinden daha geniş iş olanaklarına sahip olabildiği gibi, işçiye göre de, iş sahibinden alınacak talimatın niteliği ve niceliği açısından, daha bağımsız bulunmaktadır. Bu bağımsızlık, yüklenicinin sorumluluğunun, işçisinin sorumluluğuna oranla daha ağır olarak değerlendirilmesine neden olmaktadır.
- Yüklenicinin, bir işi üstlenirken, bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün idrakinde olan, tedbirli ve basiretli bir iş adamı olarak, önündeki engelleri görmesi ve eğer gerektiriyorsa sözleşmeyi kurmaktan kaçınması gerekir¹⁸⁵.
- Olanaklarının üzerinde bir iş için sözleşme yapan ve ifayı hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen yüklenici, özen borcunu yerine getirmemiş olmaktan ötürü ayrıca sorumludur.
- Yüklenicinin özen borcunun bir gereği de, kendisine ısmarlanan eserin iş sahibinin beklentilerine uygun olarak gerçekleşmesi için gerekli olan ön koşulların bulunup bulunmadığını öncelikle araştırması ve buna göre bilgileri vermesidir.
- İmar planının uygun olmadığını bilmesine karşın sözleşmeyi yapan yüklenici; başlangıçta taşıdığı olanaksızlık nedeni ile sözleşmenin geçersiz kılınması nedeniyle, iş sahibinin olumsuz zararlar-

184 15. HD. 3.4.1996, 1531/1892).

185 15. HD. 13.11.2006, 5256/6439: “Yüklenici eseri, iş sahibinin yararına olacak biçimde amacına uygun ve özenle meydana getirmekle yükümlüdür. Örneğin, eser sözleşmesinde geminin yat haline dönüştürülmesi amaçlandığına göre, işinin uzmanı sayılan ve basiretli tacir gibi davranmak olan yüklenici edimi amacına uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır.”

rını ödemek zorunda kalır. Bu sorumluluk, özen borcunun gereği gibi yerine getirilmemiş ve iş sahibine gerekli uyarıların zamanında yapılmamış olmasına dayanır.

- Yüklenicinin, işin devamı boyunca, arazide her türlü zararı engellemek amacıyla gereken önlemleri bizzat alması veya işin sahibini uyararak önlemler alınmasını sağlaması da özen borcunun gereğidir.
- Yüklenicinin, iş sahibinin malvarlığı veya servetini ya da yatırımlarının gelişmesini tehlikeye sokabilecek rizikolara girişmekten kaçınması, aralarında kurulmuş bulunan ilişkinin her aşamasında iş sahibinin yararlarını kollaması özen borcunun bir gereğidir.
- Yüklenicinin, eserin giderlerini karşılayacak parasal olanakları önceden sağlaması ve ayırması ve malzeme darlığına karşı önlem alması gerekir.
- Yeni bir inşaat tekniği, teorik verilere göre, kullanılagelen eski tekniklere göre çeşitli üstünlükler taşıdığı önyargısını oluşturursa bile, başkalarının yeterince denenmemiş olduğu için, iş sahibinin rızası olmadığı sürece kullanılamayacaktır. Eserin veya malzemenin ya da başkalarının can ve malvarlıklarının tehlikeye düşmemesi için gerekli önlemi almak, yüklenicinin özen borcunun gereğidir.
- Yüklenici gerekiyorsa, iklim koşulları, arazinin jeolojik yapısı, kullanılacak malzemenin niteliğinin tespitine yönelik hesapların doğruluğuna, teknik bakımdan isabetine ve bunların dayandığı teknik verilerin doğruluğuna bizzat kanaat getirmelidir.
- Yaptığı inceleme sonunda elde ettiği bulguların doğruluğu konusunda kuşkuya düşen yüklenici, iş sahibini uyarmalıdır.
- Plan, proje ve inşaat hesapları iş sahibince yaptırılmış, onaylatılmış ve bunlar yükleniciye yalnızca uygulanmak üzere verilmiş olsa bile; yüklenici, bunları incelememiş ve varsa eksik ve hatalarını iş sahibine bildirmediği sürece yanlışlıklarından doğan so-

nuçlardan sorumlu olur. Ancak hesapların taşıdığı eksikler yüklenicinin yaptığı uyarılara karşın iş sahibince dikkate alınmamışsa, bunda yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olmaz. Yüklenicinin eseri teknik kurallara uygun yapması temel borcudur. İş sahibinin verdiği malzeme veya projeler tekniğe uygun değilse, yüklenici “bunları madem iş sahibi verdi, öyleyse uyarmama gerek yok” diyemez. Yüklenici, kendisine verilen malzeme veya projenin, imalatın noktası noktasına uygulamasını tehlikeye koyacak her durumu iş sahibine derhal haber vermek zorundadır.

- İnşaatin yapılacağı arazinin jeolojik yapısı önem taşımakta olduğundan, yüklenici arazinin sertlik derecesine uygun malzemenin kendisine sağlanmış olup olmadığını, inşaat öncesinde inceleyerek, rapor etmek zorundadır. Bu incelemeyi iş sahibi yapmış ve uygunluk raporlarını iş sahibi almış olsa bile, yüklenici, bu raporların fenne ve gerçeğe uygun olup olmadığını ve bir hata veya kusurun bulunup bulunmadığını incelemek ve sakıncalı bir durum varsa bunu iş sahibine bildirmek zorundadır.

İş sahibinin verdiği malzeme konusunda yüklenicinin özen borcu yasada özel olarak düzenlenmiştir: Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin kusurlu olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur (TBK. md. 472).

Basiretli bir tacir gibi davranma zorunluluğu olan inşaat yüklenicisinin, yetenek ve olanaklarındaki bazı yetersizliklerinin ve eksiklerinin esasen sözleşme yapıldığında iş sahibinin bildiğini veya bilmesi gerektiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulması kabul edilmemektedir. Herhangi bir biçimde borcunu ihlal eden (direnime düşen, olanaksızlığa neden olan veya bozuk imal eden) yüklenicinin, bunlara önlenemez/öngörülemez nedenlerin (mücbir sebeplerin) veya iş sahibinin tutumunun yol açması dışında, kendisinden beklenebilecek bütün özeni gösterdi-

ğini ileri sürüp kusursuzluğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulması pek sık görülebilecek bir durum değildir. Böylece, mali bakımdan düştüğü darboğaz nedeniyle veya işin gerektirdiği yüksek teknolojiye yahut mesleki bilgiye sahip olmadığı için işi vaktinde yapamayan ya da bozuk yapan yüklenicinin; kendisinin de bu yetersizliğini öngörmediğini ve öngörmemekte haklı nedenleri bulunduğunu veya bu yetersizliğini iş sahibinin de sözleşmeyi kurarken bildiğini/bilmesi gerektiğini (yani kusursuz olduğunu) ileri sürmesi dikkate alınmayacaktır¹⁸⁶.

Yüklenicinin sahip olduğu işletme, esnaf faaliyetlerinin sınırını aşıyorsa ticari işletme, yüklenici de tacirdir. Yüklenici, bir tacirin davrandığı gibi, basiretli ve tedbirli davranmalıdır.

Yüklenici, meydana getirmeye çalıştığı eserin tamamlanmasının tehlikeye girmesi durumunda bunu iş sahibine bildirmek zorundadır.

Şayet zararın doğumu ve artmasında iş sahibinin de ortak kusuru varsa, iş sahibi kusuru oranında bu zararın bir kısmından sorumlu olacaktır: Yüklenici, iş sahibinin verdiği malzeme, plan ve projeyi gözden geçirmeksizin inşaata başlamamalı, bunlardaki bozukluk ve kusurları iş sahibine bildirmelidir. İş sahibi, yüklenicinin uyarısına karşın, eserin yapımında kendisinin verdiği bozuk ve kusurlu malzeme, plan ve projeyi kullanması konusundaki emir ve talimatında ısrar ederse bunun olumsuz sonuçlarına katlanır; çünkü yüklenici kendisinin kişisel (şahsi) sorumluluğunu gerektiren bir durum bulunmadıkça, talimatın yanlışlığını gerekçe yaparak sözleşmeyi bozamaz. İş sahibi, verdiği malzeme, plan ve projenin kusurlu olduğu ve eserin yapımında kullanılmaması gerektiği konusunda uyarılmasına karşın, bunların kullanılmasında ısrar etmesinden dolayı eser bozuk/kusurlu meydana gelmiş ve sonunda yok olmuşsa, yüklenicinin ücretini tam olarak ödemek zorundadır.

Yükleniciye bağlanmış bu (kusurlu) sorumluluk, anlaşma ile daha da sertleştirilebilir; örneğin işin iyi bir biçimde meydana getiri-

186 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 107.

leceği garanti edilmişse, yüklenici kusuru bulunmasa da sorumludur. Sorumluluğun anlaşma ile hafifletilmesi de olanaklı olup, yüklenicinin kendi eyleminden kaynaklanması durumunda TBK. md. 115; kullandığı yardımcı kişilere aitse TBK. md. 116'daki kurallar uygulanır¹⁸⁷.

YARGI KARARLARI

İnşaatın onanmış projesinin bulunmadığı, tamamının ruhsatsız (kaçak) yapıldığı ve bu nedenle İmar Kanunu md. 32-42 gereğince işlem yapılarak hakkında... tarih ve sayılı encümen kararı alındığı anlaşılmaktadır. Taraflar arasındaki Sözleşmeye göre, binanın iskân raporunun yükleniciler tarafından alınacağı ve buna göre inşaatın onanmış projesine uygun yapılmasının yüklenicilere ait olduğu anlaşılmaktadır. Yüklenicilerin bu edimlerini yerine getirmedikleri, binanın tümünün ruhsatsız ve kaçak olduğu anlaşıldığından, davacı arsa maliki bu inşaatın iskân ruhsatı alınabilecek duruma getirilmesini yükleniciden isteyebilir.

Öte yandan, bu yön kamu düzeni ile ilgili bulunduğundan, davacıların onanmış projesi ve inşaat ruhsatı bulunmayan binaya muvafakat ettikleri kabul edilemez. Mahkemenin, binanın iskân ruhsatı alınması yolundaki işlemlerin davalılar tarafından yerine getirilmesine ilişkin verdiği karar bu nedenlerle usul ve yasaya aykırıdır.

İnşaatın imar mevzuatına aykırı olarak yapıldığı ve henüz iskân ruhsatı alınmadığı saptandığına göre, kamu düzenine aykırı olan böyle bir binadaki siva, sığınak, depo gibi eksikliklerin giderilmesine karar verilemez. Bu gibi işlemler ancak imar mevzuatına uygun olarak yapılan inşaatlar için söz konusu olabilir. İnşaatın tümü henüz kaçak olup imar mevzuatına uygun duruma getirilmediğinden ve bu yön kamu düzenine aykırı bulunduğundan davacı arsa malikinin yasaya aykırı olan bu yapıdaki kimi eksiklerin giderilmesi yolundaki isteğinin bu nedenle reddine karar vermek gerekirken, yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi yanlıştır (15. HD. 23.3.1994, 4469/1760).

187 Tunçomağ, 509-510; Yavuz, 273; Zevkliler, 335; Karahasan, 96 vd.

- - - - -

Kamu düzenine aykırılığı mahkeme kararı ile saptanmış inşaatı devam edilmesi yükleniciden beklenemez. Öyleyse, sözleşmeden sonra ortaya çıkan bu objektif imkânsızlık (inşaat ruhsatı ve inşaatın dayanağı nazım ve uygulama imar planındaki değişikliklerin idare mahkemesince iptaline karar verilmesi ve bu kararın yasa yollarından geçerek kesinleşmesi) nedeniyle davalı yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemez (15. HD. 31.1.2002, 4351/454).

- - - - -

*İnşaat sözleşmesine göre, yüklenici davalı, temel ruhsatının alınmasından başlayarak en çok... ay içinde inşaatı tamamlayıp, davacılara kararlaştırılan paylaşıma göre davacıların taşınmazlarını teslim etmeyi ve fakat bu süre içinde teslim edilmemesi durumunda ise her dairenin aylık kira getirisinin iki katını davacılara ödemeyi yüklenmiştir. Bitim ve teslim tarihi... ise de, **işin tesliminin gecikmesinde “haklı nedenler etkili olmuş ise” bu nedenlerin haklı kıldığı gecikme süresinin de eklenmesi gerekir.** Somut olayda, davalı yüklenicinin yaptığı 706 m² büyüklüğündeki sözleşme dışı inşaat işi, işin gecikmesine haklı neden olarak kabul edilebilir. Belirtilen haklı nedenin, üç aylık ek süre verilmesini gerektirdiği bilirkişilerce saptandığına göre, kabul edilmelidir (15. HD. 6.3.2003, 4955/1115).*

- - - - -

Bir meslek adamı olan yüklenici, meslek bilgisi bakımından yapımını yüklediği işin uzmanı sayıldığından, iş inşaat tekniğine, sözleşme koşullarına ve kendisine duyulan güvene uygun olarak yapmak zorundadır. Aksi halde yüklenici, “özen” borcunu yerine getirmemiş olur (TBK. md. 471). Mahkemece, uyuşmazlığın çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektirmesine karşın, bu yönde bir inceleme yapılmadan, yüklenicinin yanlar arasındaki sözleşme koşullarına uygun biçimde yüklediği edimini yerine getirdiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa yapılan su bas-

masının “yakın gönyeden kayması” nedeniyle TBK. md. 475 gereğince kabul edilemeyecek derecede ayıplı yapılmış olması sonucu yıkıldığı ileri sürülmektedir.

TBK. md. 472/son gereğince, eser imal edilirken iş sahibinin verdiği malzemelerin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır veya işin noktası noktasına düzenli olarak meydana getirilmesini tehlikeye koyacak başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek, eğer bildirmez ise bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Yüklenici, sadakat borcundan kaynaklanan ihbar yükümlülüğünü yerine getirmişse sorumluluktan kurtulabilir. Ayrıca, yüklenicinin belirtilen ihbar yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği, işin ayıplı olup olmadığı ve ayıplı ise derecesi yanlar arasındaki sözleşme hükümleri de değerlendirilerek saptanmalıdır (**15. HD. 6.7.2004, 6827/3782**).

— . . . —

Kural olarak, arsa sahibi ile yüklenici arasında arsa payı karşılığında inşaat yapılması konusunda sözleşme düzenlendiğinde ve yüklenici bu sözleşmeden doğan edimlerini yerine getirdiğinde yüklenici kişisel hak kazanır. Bunun üzerine yüklenici, inşaat sözleşmesinde kendisine ayrılan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebileceği gibi TBK. md. 183 vd. uyarınca yazılı olmak koşuluyla ve bu hakkını arsa sahibinin onayını almadan üçüncü kişilere temlik edebilir. Bu durumda yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de arsa sahiplerini dava ederek kendisine temlik edilen bağımsız bölümün adına tescilini isteyebilir. Üçüncü kişinin tescil isteğinde de, yüklenicinin inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini tam olarak yerine getirip getirmediği konusunun saptanması gerekir. Yüklenici edimlerini tümüyle yerine getirmemiş olmakla birlikte kalan noksanlığın oranı çok az, başka bir anlatımla arsa sahipleri tarafından katlanılabilir bir boyutta olursa o vakit kalan noksanlığın yüklenici veya halefi olan üçüncü kişiler tarafından tamamlanması yahut parasal olarak karşılanması durumunda de tescil olanağı bulunabilir. Somut

olayda, yüklenicinin inşaatı %98 oranında tamamladığı tespit edilmiştir. %2 eksikliğin ise, inşaat sözleşmesi ile yüklenici tarafından alınacağı kararlaştırılan iskân raporunun alınmaması olduğu bilirkişi raporuyla saptanmıştır. Mahkeme iskân raporu alınması için gerekli gideri saptayarak davacılara depo ettirdikten sonra tescile karar vermiştir. İnşaat sözleşmesinde, iskân raporunun yüklenici tarafından alınacağı ve giderlerinin yüklenici tarafından karşılanacağı kabul edildiğine göre, iskân raporunun alınması yükümlülüğünün yüklenicinin halefi olan davacılar veya bizzat yüklenici tarafından yerine getirilmesi sağlanmadan tescil kararı verilmesi doğru görülmemiştir (**14. HD. 28.5.2001, 3619/4014**).

--- --

Yerinde keşif sonucu alınan 24.5.2000 tarihli bilirkişi raporunda mevcut yapının ruhsat ve eklerine aykırı yapıldığı, bu durumuyla projeye uygun duruma getirilmesinin mümkün olmadığı, yıkılarak yeniden yapılması gerektiği saptanmıştır. Yanlar arasındaki 11.8.1993 günlü düzenleme şeklinde gayrimenkul satış vadedi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 3. maddesinde de taraflar açıkça "... binanın bazı katları ve kısımlarının kaçak olacağını..." kabul etmiştir. Nitekim ilgili idari mercii de yapımın yıkımını karar altına almıştır. İmar Kanunu hükümleri emredici niteliktedir, herkesi bağlar ve mahkemelerce de kendiliğinden göz önünde tutulur. Kanunun 42. maddesi de ruhsata aykırı bina yapımını "imar suçu" olarak kabul etmiştir. Taraflar başlangıçtaki sözleşmeleriyle binanın kamu düzenine ilişkin hükümlere aykırı olarak kaçak yapılacağını kabul ettiğinden yapımı imar suçu teşkil eden bu yerde kal dışında somut olayda olduğu gibi gecikme tazminatı dahil herhangi bir talepte bulunamazlar (**15. HD. 11.4.2001, 5678/1870**).

--- --

Dava içeriğinden ve toplanan delillerden; dava konusu taşınmaz üzerinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca kaçak olarak inşa edilen binadaki çekişme konusu bağımsız bölümlerin da-

vacıya satış yoluyla devredildiği; bu yere davalı olup yine paydaş bulunan yüklenicinin diğer davalılara kiraya vermek suretiyle elattığı sabittir. Ecrimisile hükmedilmesi doğrudur. Tarafların taşınmazda paydaş buldukları, payları karşılığı mülkiyet hakkına sahip oldukları tartışmasızdır. Yapının imara aykırı ve kaçak olarak yapılmış olması taşınmazdaki mülkiyet haklarının kullanılmasına engel oluşturmaz. Yapının imara aykırılığı idareyi ve idari yaptırımını gerekli kılar. Durum böyle olunca, TMK'nın paylı mülkiyete ilişkin hükümleri ve yapı hakkında düzenlenen kat karşılığı inşaat sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak, elatmanın önlenmesi istekli çekişmeye de çözüm getirilmesi gerekirken, hükümde yazılı gerekçelerle bu isteğin reddedilmiş olması yerinde değildir (1. HD. 10.6.2003, 5333/6929).

— . — . — . —

İmar Kanunu, ülke bütünündeki yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlenmiştir (m. 1). Kanununun 5. maddesindeki tanıma göre, bina; kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri, oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasını sağlayan yapılardır. Yapı, ancak imar planı, yönetmelik, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılabilir (m. 20). Bazı istisnalar dışında, bütün yapılar için belediye veya valiliklerden yapı ruhsatı alınması zorunludur (m. 21). Yapı ruhsatı ise ancak, mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları imar planı ve yönetmeliğe uygun düzenlenmiş inşaatlara verilir (m. 22). Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak inşa edilen yapılarda ruhsata aykırılık giderilemiyorsa, inşaat derhal durdurulur, sonuçta da bina, belediye encümeni ya da İl İdare Kurulu kararıyla, yıkım masrafı yapı sahibinden alınmak üzere yıktırılır (m. 32). Ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine ya da imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine ve yükleniciye de ceza uygulanır (m. 12). Yapılaşmanın plan, sağlık ve çevre şartlarına uygun gelişmesini amaç-

layan İmar Kanunu'nun "fenne uygunluk" kavramı ile insanların içerisinde güvenle oturacağı bir yapının ortaya çıkmasını da arzu ettiği, o yüzden, daha inşaaata başlanmadan işi denetime almak istediği" görülmektedir. Zira imar mevzuatında yapı ile ruhsat (izin) arasında çok sıkı bir ilişki kurulmuştur. Bu bağ, daha inşaaata, başlanmadan, alınması zorunlu yapı ruhsatı ile başlamakta ve inşaatın devamı sırasında denetim yoluyla sürmekte ve oturma izni (iskân ruhsatı) ile sona ermektedir. O nedenle inşaatın imar mevzuatında aranan şartları taşıyıp taşımadığının ve yapı emniyeti olup olmadığının denetlenmesi, o inşaatın ruhsata (izne) bağlanması ile olanaklıdır.

İmar Kanunu'nun konuya ilişkin emredici, herkesi bağlayıcı ve bundan ötürü mahkemelerce de resen (kendiliğinden) göz önünde tutulması zorunlu bu hükümleri karşısında, yüklenici, ruhsatsız olarak bir inşaaata başlayamayacağı, arsa sahibinin de yükleniciyi ruhsatsız inşaat yapımına zorlayamayacağı açık seçiktir. Bina her nasılsa kaçak inşa edilmiştir. İmar mevzuatına aykırılık, bu uyuşmazlıkta olduğu gibi, işin başında yapı ruhsatı (izin) alınmadan inşaatın tamamlanması suretiyle ortaya çıkabileceği (ruhsatsız kaçak yapı) gibi, işin ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapılması (ruhsatına aykırı yapı) suretiyle de ortaya çıkabilir, İmar Kanunu'nun emredici hükümlerine aykırı biçimde inşa edilmiş, ruhsatsız (kaçak) bina veya ruhsatına aykırı bölüm ile ilgili yasaya aykırılık giderilmeden mahkemelerden kal dışında eksik veya fazla işler bedeli, tescil ya da hukuki yarar söz konusu olsa bile mülkiyet tespiti istenemez. Yasaları uygulamakla görevli olan mahkemeler de, imar suçu işleyen yükleniciler ile onların bu eylemlerinden yararlanmaya kalkışan arsa sahiplerinin bu tür talepleri doğrultusunda karar veremezler (HGK. 17.11.1999, 653/965).

— . . . —

Kooperatif anasözleşmesinin ve ticaret sicili dosyasının getirtilerek, anasözleşme ile yönetim kurulu üyelerine ne gibi yetkilerin verildiği ve bu yetkileri kimlerin ne şekilde kullanabileceklerinin belirlenmesi, kooperatifin amacı ve bu amaç içinde kat karşılığı

inşaat yapıp yapamayacağının tespiti gerekir. Kooperatif sözleşmesinin inikadından sonra müdür olarak tayin olunan Hayati tarafından imzalanan akitlere ve yapılan inşaatı, kooperatifçe onay verilip verilmediğinin tartışılması gerekir. Kooperatiflerde en yetkili organ genel kurul olup yasanın amir hükümleri dışında kooperatifle ilgili her konuda karar almaya yetkilidir. Bu nedenle, vekilce gerçekleştirilen sözleşmelerin geçersiz olduğu kabul edilse bile, genel kurulca benimsenmişse artık bu akdin feshinin istenmesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Öyleyse, Genel Kurulun bu işleme onay verip vermediği araştırılıp, tartışılmalıdır (HGK. 30.3.1994, 860, 181).

--- --

Taraflar arasındaki eser sözleşmesinin bitimi ve işin teslimi belirli süreye bağlandığına göre; bu sürenin dolmasıyla, davalı yüklenicinin, borcunu yerine getirmede direndiği olgusunun hukuksal sonuçlar doğurduğu kabul edilmelidir (TBK. m. 117/I). TBK'nın 125/I. maddesinde, karşılıklı yükümlülükleri içeren sözleşmelerde borcun yerine getirilmemesi (ifada gecikme) durumunda, alacaklının hakkını, nasıl kullanacağı düzenlenmiştir. Alacaklı, borcun yerine getirilmemesi durumunda, başka bir anlatımla yerine getirmede direnme durumunda (gecikmiş ifa) alacaklı, TBK. md. 125/I'deki hakkını "her zaman" kullanabilir; ancak kullanmak zorunda da değildir. Bu nedenle alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifayı) ve gecikme tazminatını zamanaşımı süresi (kural olarak 10 yıl) içerisinde isteyebilir.

Alacaklı TBK'nın 125/I. maddedeki seçimlik hakkını kullanmak zorunda değildir; bu durumda bile gecikme tazminatı isteyebilir.

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin "özen borcu" üzerinde durulmalıdır: Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre "daha yüksek özen" göstermelidir (TBK. md. 471/II). Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna. aykırı davranış olur ve borç-

lu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder

TBK'nın 52. maddesinin somut olayda uygulama alanı: Zarar görenin kusuruna hukuki sonuçlar veren bu madde, TBK'nın 114. maddesinin yaptığı yollama ile sözleşme ilişkilerinde de uygulanır. TBK'nın 52. maddesinde, kural olarak, zarar görenin kusuru, tazminattan indirim sebebi olarak (tazminatın tenkisi) kabul edilmiştir; buradaki kusur TBK'nın 49. maddesindeki teknik anlamdaki kusurdan farklıdır. Özel olarak belirlenen davranışlar tazminatın saptanmasında etkili neden olarak kabul edilmiştir. Zarar görenin "zarara razı olması" yahut "eylemi zararın oluşmasına" veya "zararın artmasına yardım etmesi". Bu özel nedenler olmadıkça zararın sonuçlarının bir kısmı davacı işverene (davacıya) yükletilemez. Teknik anlamda bir kusur olmamakla beraber zarar görenin kusuru belirlenirken kusuru belirlenmesine ilişkin yöntem ve tanımlardan yararlanılmaktadır. Bu nedenle zarar görenin kusurundan söz edebilmek için de, "başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmayıp somut olaydaki gibi kınanabilen bir eylemin bulunması" gerekir. Diğer taraftan kusuru belirlerken alınan objektif ölçü burada da geçerlidir.

Davacının, zararın nedeni olan işin geç tesliminde kınanabilecek bir eylemiyle zarara razı olduğu yahut zararın oluşmasına veya artmasına neden olması kanıtlanmamıştır. Diğer taraftan davacının, sözleşmeye göre, davalı yükleniciye vermesi gereken dairelerden bir tanesinin satış yetkisini vermemiş olması gecikmeye neden olan kusur olarak nitelendirilemez. Çünkü bu dairenin satış yetkisi davalının işi bitirmede direnmesi nedeniyle meydana gelecek zarara karşılık güvence olarak verilmemiştir; Kaldı ki, davalı yükleniciler satış yetkisi verilseydi bu dairenin satılacağı satımın bu nedenle engellendiğini kanıtlamamışlardır. Bu nedenle satış yetkisinin verilmemesiyle gecikme arasında uygun illiyet bağı da yoktur. Son dairenin satış yetkisinin verilmemesi olgusu ne mahkeme ve ne de, 15. Hukuk Dairesi'nin bozma kararında tartışılmadığından davacı yararına kazanılmış hak oluşmuştur. İş

sahibinin 125/l. maddedeki seçimlik hakkını geç kullanması kınanabilecek bir davranış olarak kabul edilemez. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanmak iş sahibinin yasal hakkıdır; O nedenle bu kınanacak bir davranış değildir. Diğer taraftan davacı sözleşmenin yerine getirilmesinde ve işin tesliminde davalıyı duraksamaya düşürerek, işin gecikmesine neden olan bir eylemi de bulunmaktadır. Her iki tarafın, sözleşmenin yerine getirilmesi ve teslimi konusundaki eylemli durumu bunun kanıtıdır. Bu nedenlerle davacının, TBK'nın 52. maddesindeki özel durumları oluşturma yönünde bir eylemi bulunmadığı gibi Yasaya uygun davranışını tazminatın indirilmesinin nedeni (kusur) olarak kabul etmek olanağı da yoktur.

TMK'nın 2/l. maddesinde belirlenen "doğruluk ve güven kurallarının (objektif hüsnüniyet) somut olayda tartışılması: Sözleşmelerde kararlaştırılan hususların yerine getirilmesi, verilen sözün tutulması. ilkesi gereğidir. Çünkü doğruluk ve dürüstlüğün gereği budur. Bu nedenle olayımızda davalı eser sözleşmesiyle işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat-cezai şart- ödemeyi kabul etmiş olduğuna göre bunu davacıya eksiksiz olarak ödemek zorundadır; bundan kaçınma sözleşmeye, doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranış olur. Ne var ki, bu kuralın ayrıcalıksız uygulanması bazı durumlarda yine doğruluk, güven kurallarına aykırı olacak sonuçlar doğurabilir. Bunun için "öngörülmeleyen bir nedenin" sözleşmenin tamamının veya bir koşulunun yerine getirilmesini taraflardan biri için çekilmez ve yıkım teşkil edecek yoğunluğa getirmesi gerekir.

Olayımızda, ne öngörülmeleyen bir durum ve ne de yapılan işin kapsamı gözetildiğinde... TL. tazminatın davalı için çekilmez ve ekonomik yönden yıkım teşkil ettiği söylenemez. Kaldı ki, davalının sözleşmeye sadakat göstermeyerek gecikme tazminatını (Cezai şartı) ödememekte direnmekte, onun yönünden doğruluk ve güven kurallarına (TMK. md. 2/l) aykırıdır.

Davacının gecikme süresinin tamamını kapsayan tüm tazmi-

natı istemesi "hakkın kötüye kullanılması" olarak da nitelendirilemez (TMK. md. 2/II). Hakkın kötüye kullanılması hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanıldığı durumların dışında "hem kendine yarar sağlamak ve hem de karşı tarafa zarar vermek kastı ile hakkın kullanıldığı durumlar" da söz konusu olabilir. Davacı, sözleşmeden doğan hukuka uygun bir hakkını kullanmakla kendine yarar sağlamaktadır; ancak bu hakkını davalıya zarar vermek kastıyla kullandığını söylemek olanağı yoktur.

Sözleşme ilişkilerinde; alacaklının, borcun uzun süre yerine getirilmemesine göz yumması durumunda: Sözleşmenin yerine getirilmesi ve tazminat istemenin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesini gündeme getirebilir. Ancak bu yola seyrek ve olağanüstü durumların varlığı halinde başvurulmalıdır; özellikle uzun süre bekleme nedeniyle fiyat dalgalanmalarından yararlanma borçluyu zarara sokmak ve onun durumundan yararlanma kastının varlığı aranmalıdır.

Davalı, işin süresinde teslim edilmemesi durumunda davacıya verilecek her daire için aylık ... Lira ödeyeceğini kabul etmiştir. Bu, TBK'nın 179/II maddesinde belirlenen bir cezai şart niteliğindedir. TBK'nın 182/III. maddesi gereğince cezai şartın, "fahiş olduğu gerekçesi ile tenkisi" gerekeceği düşünülebilir. Ancak davalılar tacir olduğundan böyle bir indirim söz konusu olamaz (TTK. md. 22). Özen borcuna aykırı davranarak kusurlu durumda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezai şartı tam olarak ödemek zorundadır. Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen cezai şart kadar zarara uğradığı da bir olgudur. Bu nedenle de davacı hiç bir indirime tabi tutulmadan gerçek zararını isteyebilecek durumdadır (TBK. md. 180/II). Bu durumda, tüm bu nedenlerle yüklenici olan davalıların, işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezai şartı davalıya hiç bir indirim yapılmaksızın ödemesi sözleşmeye, TBK'nın 471/II. maddesindeki özen borcuna ve doğruluk ve güven kurallarına uygun düşer (HGK. 9.10.1991, 340/467).

Taraflar arasında imzalanan 19.09.2006 tarihli sözleşmeyle davalı, kabin alanı 1 m2 olmak üzere 4 kişilik insan asansöründen 3 adet imal ederek montajını yapmayı, malzeme ile montaj hatalarına karşı 2 yıl garanti vermeyi yükümlenmiştir. Asansörler 30.03.2007 tarihinde teslim edilmiş ise de, taban alanları 1 m2'den küçük olduğu, 4 kişilik kapasitede olmadığı tespit raporu ve mahkemece yapılan bilirkişi incelemesiyle sabittir. Davalı yüklenici bu eksikliğin asansör kuyusundaki hatalardan kaynaklandığını belirterek raporlara itiraz etmiştir. Yüklenici bu özen borcunun sonucu, imalini yükümlendiği eseri, sözleşmesine, fen ve tekniğine, iş sahibinin amacına uygun yapmakla yükümlüdür. Öte yandan imalâta ilişkin garanti verilmesi, yasanın aksine, garanti süresinde ortaya çıkacak ayıpların ihbar süreleriyle bağlı kalınmaksızın derhal giderilmesini istemek hakkının varlığını resmen kabul etmektedir. Başka anlatımla yüklenici garanti kapsamında bildirilen kusurları gidermek zorundadır. Yine eser sözleşmelerinde taraflar imal edilecek eserin özellikleri dışında, ölçü ve imal tarzını da kararlaştırabilirler. Bu sözleşmelerde iş sahibi yükleniciden sözleşmede kararlaştırılan bütün nitelikleri taşıyan bir şey beklentisinde olduğundan, yüklenicinin eseri bu beklentilerin tamamını karşılar biçimde imali zorunludur. Tüm bu genel kurallar çerçevesinde somut olaya dönüldüğünde; asansörlerin sözleşmede kararlaştırılan 1 m2 kabin alanına uygun imal edilmediği, eksik alan bulunduğu, böylece 4 kişilik koşulunu da taşımadığı, amaca uygun bulunmadığı ortadadır. Davacı iş sahibi garanti olmasa bile zamanaşımı süresinde bu eksikliğin giderilmesini isteyebilir. Ancak asansörler 30.03.2007 tarihinde teslim edildiğine göre teslimden itibaren makul sürede eksikliğin giderilmesi veya bedelinin ödenmesinin istenilmesi gerekirken, ayrıca oyalamanın bulunduğu da iddia edilmediğinden davalının zararını arttıracak biçimde 1 yıl beklemeden sonra tespit yaptırılarak dava açılması TBK'nın 114. maddesi yollamasıyla TBK'nın 52. maddesine aykırıdır (15. HD. 7.12.2009, 7736/6602).

--- --

Eser sözleşmelerinde yüklenici eseri tekniğine, sözleşmesine uy-

gun ve kusursuz imal ile iş sahibine teslim yükümlülüğündedir. İşinin uzmanı sayılan yüklenici eserin noksansız, tekniğine uygun imali için gerekli özeni göstermek ve tedbirleri almak, bu hususla iş sahibini uyarmak durumundadır. Şayet iş sahibinin gösterdiği arsa veya verdiği malzeme eserin noktası noktasına imalatım tehlikeye sokacak ise bunun sorumluluğundan ancak iş sahibini önceden uyardığını kanıtlamakla kurtulabilir. Aksi durumda sorumluluk yüklenicininindir (TBK. md. 472/son). Ayrıca yüklenici kötü malzeme kullanması, hileli iş yapması ve kasten sakladığı gizli kusurlar nedeniyle teslimden itibaren 10 yıl sorumludur (TBK. md. 147/son). Kesin kabulün yapılması yükleniciyi bu sorumluluğundan kurtarmaz. Güçlendirme projesini yapan T.C. Gazi Üniversitesi Vakfı raporunda, kolonların mevcut donatım ve beton numunelerinin şartname hükümlerini sağlamakta yetersiz kaldığı açıklanmış, ayrıca binanın oturduğu zemin etütlerinin yapılması ve projenin deprem yönetmeliğine uygunluğunun araştırılması gereğine değinilmiştir. Görülüyor ki, her iki rapor arasında büyük çelişki vardır. Öte yandan yüklenici, zeminin durumunu ve projeyi inceleyip idareyi uyardığını da kanıtlamış değildir (15. HD. 4.7.2005, 5856/3991).

--- --

İş sahibi satın aldığı klimanın montajı işini yükleniciye yaptırmıştır. Montaj yapılırken yangın çıkmıştır. Yangına uygun tesisatla sigorta panosuna bağlanmayan ve zamanında müdahale edilmeyen klimanın neden olması durumunda, bu zarardan yüklenici sorumlu tutulabilir mi? Yüklenici işin uzmanı olup edimini özenle yerine getirmek zorunda olduğu gibi imal edilen şeyde kullanılan malzemenin iyi cinsten olmadığı veya yetersiz olduğu konusunda iş sahibini uyarmak zorundadır. Aksi halde özen borcu ve uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenici kusurlu sayılır ve bu kusur nedeniyle oluşan zarardan sorumlu tutulur. Yangının çıkması ve zararın oluşmasında yüklenicinin kusuru olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmelidir (15. HD. 16.6.2010, 2040/3436).

--- --

Yanlar arasında 30.12.2008 tarihli ve “sözleşmedir” başlıklı adi yazılı biçimde sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşme, TBK. md. 470’te tanımı yapılan bir eser sözleşmesidir. Davacı, iş sahibi; davalı ise yüklenicidir. Yüklenici davalı şirket, sözleşmedeki koşullarla sözleşmenin 3. Maddesinde tanımlanan çatı paneli ve cephe paneli işinin yapımını üstlenmiştir. Sözleşmenin 9. Maddesi işin süresini 50 gün olarak belirtmiştir. Bu süre, davacıya davalı tarafından çatının montaja hazır duruma geldiğinin yazı ile bildirilmesinden ve davacının da bunu kabul etmesinden sonra başlamış olacağı kararlaştırılmıştır. Aynı maddede iş süresini etkileyecek haklı gecikme nedenleri de gösterilmiştir. TBK. md. 471 gereğince, sözleşme konusu işin yüklenici tarafından yapılmış olduğunun karine olarak kabulü gerekmektedir. Mahkemece yapılan keşif ve inceleme sonucu bilirkişi tarafından sunulan 12.3.2010 tarihli bilirkişi raporunda; yanlar arasındaki sözleşme konusu işlerin tamamlanmış olarak yapıldığı açıklanmıştır. Bu konu, iki tarafın kabulündedir. Ancak, işin, davanın yargılaması aşamasında tamamlanmış olduğu da sabittir. Davacı iş sahibi vekili, eksik işleri davacı tarafından yapılmış olduğunu ileri sürmüş ise de; bu yöndeki iddiasını da yasal delillerle kanıtlayamamıştır. Bu nedenle tümünün yüklenici tarafından davanın yargılaması sırasında tamamlanmış olduğunun kabulü gerektiğine göre, davanın konusu kalmamıştır. Yüklenici davalı tarafından yüklenilen edimin ifasında direnmi gerçekleştikten ve davadan sonra yüklenilen iş tamamlanmış olduğundan davanın açıldığı tarihteki haklılık durumuna göre yargılama giderlerinden ötürü tarafların sorumlulukları hakkında mahkemece karar verilmesi gerekir. Çünkü yargılama giderleri dava açıldığı zamanda, haksız durumda olan tarafa yükletilir (15. HD. 2.11.2012, 6746/6799).

--- --

TBK’nın 471/Son maddesine göre; aksine adet veya sözleşme olmadıkça, yüklenici, imal olunacak şeyin icrası için gereken vasıtaları, alet ve edevatı kendi masrafı ile tedarik etmeye mecburdur. Somut olayda, sözleşmenin konusu, iş iskelesi yapımı işi değildir. İş iskelesi, sözleşme konusunu oluşturan ve yüksek tavanda ça-

İşmayı gerektiren elektrik tesisatının yapım işinde kutlanılan bir vasıtaadır. Başka bir anlatımla meydana getirilen eserin bir parçası olmayıp, işin bitiminde ondan ayrılan ve yüklenicide kalan bir araçtır. Bu aracın sağlanması bir külfeti gerektiriyorsa, masrafının iş sahibi tarafından ödeneceği sözleşmede açıkça gösterilmeli veya bu doğrultuda o yörede istikrar bulmuş ve adet haline gelmiş bir uygulama olmalıdır. Aksi halde, bu masrafa yüklenici katlanmak zorunda kalır. Yüklenici, konusunda uzman olup, birim fiyatla üstlendiği işin tüm koşullarını ve bunun yanında sözleşmenin XVI. maddesi hükmünce birim fiyat listesinde bulunmayan işler için fiyat tutanağı yapılması gerektiğini bilen, en azından bilmesi gereken kişidir. Nitekim, E.F.Z.-1 ve E.F.Z.-2 no.lu fiyat tutanakları taraflarca düzenlenmiş ve işin bu tutanaklarda yazılı fiyatlarla yapılacağı da kabul edilmiştir. Bu tutanaklarda, işçilik kalemleri gösterilmiş; sonuçta, malzeme ve işçilik dahil, birim fiyatlar saptanmıştır. Sözleşmenin XV. maddesinin 1.b bendinde, uygulama yılı fiyat farklarının hesabına ilişkin bir noksan ödemededen söz edilmemiştir. Taraflarca kabul edilen bu birim fiyatlarına montaj işçiliği dahil olduğuna göre, mülkiyeti yükleniciye ait olan ve imalatta kullanılan vasıtaların (masa ya da mobil iskeleler) bedellerinin ayrıca ödettirilmesi "Bir işe iki bedel ödenmez" kuralına da aykırıdır (15. HD. 18.5.2000, 157/2444).

--- --

Arsa sahibi, ruhsatsız olarak inşaata başlamasını yükleniciden isteyemez ve onu zorlayamaz. Yüklenici de ruhsatsız olarak inşaata başlayamaz. İnşaatın kaçak yapılması durumunda, ifa var denilemez.

Kaçak veya ruhsata aykırı bina veya bağımsız bölümlerin, yasalar önünde ekonomik değeri yoktur. Yerel yönetimlerin, encümenlerin yıkım kararına rağmen, bu kararları yerine getirmemeleri, hiç kimseye bir hak bahsetmez. Bina sahibi, mahkemede yıkım davası açarak, alacağı ilamı icra müdürlüğü kanalıyla yerine getirebilir. Yasanın yıkılmasını emrettiği bir bina veya bölüm üzerinde tarafların korunmaya değer bir hakkı olamaz. Bu nedenle, eksik

ve ayıplı işler bedeli ile fazla işler bedeli, tescil ve mülkiyetin tespiti davaları açılmaz.

Yüklenici, imar durumu ile örtüşen sözleşme uyarınca “yasal” bina yapma yükümlülüğü altına girdiğinden, böyle bir inşaatı yapmakta gecikmesi durumunda, arsa sahibi yıkım dışında sadece gecikmeden dolayı gecikme tazminatı (kira kaybı) isteyebilir (15. HD. 29.12.1999, 4511/5021).

— . . . —

Davacıların maliki oldukları tapulu taşınmaz, dosyada mevcut sözleşmeler ve protokoller gereğince arsa üzerine yapılacak inşaatın davacılara verilecek belli bağımsız bölümler karşılığında davalı kooperatife devredilmiştir. Yani, devrin amacı satış değil eser sözleşmesidir. Davacılar arsanın bedelini, taşınmazın üzerine yapılacak inşaatın pay almak suretiyle alacaklardır. Olayda müteahhit kişiler davada taraf değil iseler de davalı kooperatif cevap ve savunmalarında bu hususu açıkça kabul etmekte inşaatın bitiminde de edimini ifa edeceğini bildirmektedir. Her ne kadar taraflar arasında eser sözleşmesi resmi biçimde yapılmamış ise de kooperatif müteahhitlerin fiillerini TBK'nın 128. maddesi uyarınca üstlenmiş ve tapuyu da devir almakla inşaatın bitiminde davacılara sözleşmelerdeki nispetler dahilinde pay aktarma borcu altına girmiştir.

Bu durumda, tapunun iptali şartlarının eser sözleşmelerinin ışığında incelenmesi gerekmektedir. Buna göre, inşaat yapılacak parsel için ifraz ve parselasyon tamamlandığında inşaat ruhsatı alınacak ve ruhsat tarihinden itibaren 30 ay içinde de inşaat bitirilmiş olacaktır. Dosyaya göre, dava açıldığı tarihte henüz İmar ve Parselasyon işlemleri tamamlanmamış ve inşaat süresi dahi işlemeye başlamamıştır. Bu sürenin uzamasının sebebinin bir kısım hisselerin alınamaması nedeniyle açılan ortaklığın giderilmesi davasının sonucunun beklenmesinden kaynaklandığı da ortada-

dır. Öyleyse henüz inşaat başlanmamasında davalı kooperatife yüklenebilecek bir kusur olmadığı gibi, inşaat süresi de sözleşmeye göre henüz sona ermediğinden inşaatın yapılamamasından dolayı bir iptale gidilmesi doğru değildir (15. HD. 8.4.1991, 5458/1795).

--- --

Son olarak taraflar arasında noter önünde resen düzenlenen 3.8.1987 tarih ve 40387 sayılı kat karşılığı inşaat sözleşmesi kurulmuştur. Buna göre inşaatın ruhsat alınmasından 18 ay içinde anahtar teslimi olarak tamamlanacağı kabul edilmiştir. Davacı, davalı yüklenicinin hulus ve saffetinden yararlanarak kendisine haksız kazançlar sağlamaya yönelik hareketleri üzerine iş bu davayı açtığı, çünkü yüklenicinin bu sözleşmeye dayanan inşaatı hakkıyla yapamayacağına ve kendisini zararlara uğratacağına kanaat getirdiğini ileri sürerek akdin feshine karar verilmesini dava etmiştir.

Davacı, akdin feshinde maddi olgu olarak sözleşmenin imzasından önce yüklenicinin kendisine 2.000.000 lira vermeyi kararlaştırdıklarını, bunun üzerine davalının 5 adet altın verdiğini bu altını paraya çevirmek için sarrafa götürüldüğünde bunun sahte olduğunun anlaşıldığını, diğer üç altının da sahte çıktığını göstermiştir.

Görülüyor ki, dayanılan güvensizliğin nedenini oluşturan eylem kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yer almadığı gibi taraflar açısından tamamen ayrı bir hukuki ilişki oluşturmaktadır.

Oysa, karşılık taahhütleri içeren bir akdin ifası tehlikeye düştüğü durumlarda; fesih koşulları yasayla düzenlenmiştir. Gerçekten TBK'nın 98. madde hükmü gereğince bu gibi akitlerde taraflardan biri ancak acze düşmesi, iflas etmesi veya aleyhindeki haczin sonuçsuz kalması karşısında öbür sözleşmecinin hakkının tehlikeye düştüğü kabul edilerek fesih yoluna gidilebilir. Yasakoyucu bu koşulları dahi yeterli görmemiş, güvenini kaybettiği ileri sürülen taraftan teminat istenebileceği, bu teminatın tayin edilen uygun

lamış, sonuçta ise 75.62 m² yerine 58 m²'lik dükkân teslim etmiştir. Bu durumuyla da sözleşmenin çiğnendiği ve gereği gibi yerine getirilmediği açıktır.

Borçlar Kanunu, satış, kira ve eser sözleşmelerinde ayıplı ifayı özel olarak düzenlemiştir. Bu nedenle ayıplı ifa durumlarında TBK'nın 112. maddesine göre "gereği gibi ifa etmemeye" dayanılarak istemde bulunup bulunulamayacağı tartışmalıdır. Ağırlıklı görüş, TBK'nın 474 ve 477. maddelerinde öngörülen muayene ve ihbar külfetine katlanmayan iş sahibinin ayıptan ötürü hakkının düşeceği şeklindedir. Davacıya teslim edilen bağımsız bölümün, kararlaştırılandan küçük yapılmasının ayıp sayılması durumunda durum böyle olmasına rağmen, bu durumun eksik iş olarak kabulünde TBK'nın 112. maddesine dayanılarak istemde bulunulabileceği tartışmasızdır. Eksik işte, teslimde çekince koymaya, muayene ve ihbara gerek yoktur.

Satım ile eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde yakın benzerlik varken, taşınmaz satışında yüzölçümünün eksik çıkmasını ayıp sayan TBK'nın 244. maddesi hükmüne, benzer bir hükme eser sözleşmesinde yer verilmemiştir. Yüzölçümdeki noksanlığı satıma hasren vasfa ilişkin ayıp sayan bu hükmün, eser sözleşmesinde uygulanması gerekmez: Yüzölçümdeki noksanlık ayıp sayılmaz. Aksine düşünce, muayene ve ihbar külfetine ilişkin hükümlerin tacir olmayan alıcılar -iş sahipleri- için ağır olduğu, muayene biçim ve süreleri için daha geniş davranılmasının uygun olacağı, akdin gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı genel hükümlere göre istemde bulunabilme olanağı tanınmasını savunan yeni görüşlere de ters düşmektedir.

Anlatılan nedenlerle, inşaatlarda yüzölçümü eksikliğinin eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir. Yüzölçümdeki noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi gibi durumlarda ise "değişik eser" in varlığı söz konusudur. Kuş-

kusuz bu durumda da borcun ifasına dair genel hükümlere başvurulabilir.

Bu itibarla; yüklenici tarafından bağımsız bölümün kararlaştırıldan küçük yapılması durumunda teslimde çekince koymaya, ya da ihbara gerek olmaksızın eksik ifadan ötürü genel hükümlere göre TBK'nın değişik 147/son maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımını süresinde dava açılabilir (HGK. 9.12.1992, 649/732).

— . . . —

Yanlar arasında biçimine uygun yapılan 22.6.1995 günlü sözleşmeyle davacıya ait Antalya merkez ilçe (U... Çiftliği Mahallesinde) bulunan arsada davalı tarafından üç katlı ve altı daireli binanın yapımı, bunlardan üç dairenin davacıya teslimi üstlenilmiş, karşılığında tapuda 50/100 payın kendisine devri kararlaştırılmıştır. Ortaya çıkacak binanın teknik özellikleri sayılmış, Bayındırlık Bakanlığı şartnamesine uygun iş yapılacağı, arsa sahibince beğenilen projenin uygulanacağı özellikle belirtilmiştir. Bunların yanında, icabında ilerde yeni kat ilave edilmesi durumunda paylaşmanın nasıl olacağı da gösterilmiştir. Ayrıca her katın simetrik ve eşit olduğunu ve bağımsız bölümlerin paylaşımına dair kesitleri gösterir taslak projeler sözleşmeye eklenmiş, ilgili mercilerde işlerin takip ve yürütülmesi için arsa sahibince davalıya vekâletname verilmiştir. Davalı işe başlamış, davacı yanca 7.8.1996 günlü ihtarla sözleşmede yer alan eşitlik kuralına uyulmadığı 26.8.1996 günlü ihtarda ise giriş ve merdiven gibi ortak yerlerin davacıya ait daire alanlarına kaydırıldığı, terasın taraflarca eşit paylaşım yerine 20/39 m2 olarak bırakıldığı, beğenilen projenin uygulanmadığı bildirilip, inşaatın sözleşmeye uygun duruma getirilmesi istenmiş aksi halde ferağ verilemeyeceği ileri sürülmüştür. Belediye İmar İşleri Müdürlüğüne inşaat 20.9.1996 tarihinde ruhsatlı projeye aykırı yapıldığı için durdurulmuş ve mühürlenmiştir. Davacının başvurusu üzerine mahkemece yapılan delil tespiti sonucu alınan bilirkişi raporunda ise ihtarnamede yer alanlar yanında, binada dış duvarların tuğla kalınlığının, bir kısım kolonların, balkon parapetlerinin fennin öngördüğü ebatların altında olduğu,

banyoda giriş demiri kesilerek mukavemet düşüklüğüne yol açıldığı saptanmış, mukavemetinin ayrıca araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Davalının istemi üzerine İnşaat Mühendisleri Odasının yaptırılan inceleme sonucu alınan raporda da çatı katta duvar ve hatlı ebadına göre "ilerde tehlike doğabileceği", alçak dökülen merdiven üstü betonun ancak bir miktar kırma yoluyla kullanılabilir duruma gelebileceği, fosseptik yan duvarlarının perde yerine briket yapıldığı, kolon kalınlıklarının "deprem" yönetmeliğine uygun olmadığı görüşlerine yer verilmiştir. Mahkemece yapılan keşif sonuca alınan raporda işe; tasdikli projede yer alan iki katlı merdiveninde insan boyunun kurtarılmadığı, bunu temin için "tehlikeli olduğuna bakılmaksızın" giriş kırıldığı, dış duvarların 20 yerine 13,5 cm, çatı katı hatıllarının 20/50 yerine 13.5/40 cm kalınlığında olduğu, kolon boyutlarının da 25 yerine 20, uzun kenarların ise 5-10 cm küçük yapıldığı, balkon parapetlerin 10 yerine 7 cm konulduğu bodrumda 20 cm perde yerine briket duvar örüldüğü, "çatı katın duvarlarının ilerde tehlikeli olabilecek kadar" mukavemet açısından yetersiz, fosseptik duvarlarının 20 cm perde beton yerine briketle yapıldığı, birinci katta banyo girişinin "mukavemet açısından önemli olacak" biçimde delindiği... "neticeten binanın imar mevzuatına uyulmadan yapıldığı" kanaati bildirilmiştir. Sözleşmede yer verilmese dahi işin imar mevzuatına, fen ve teknik kurallara uygun yapılması zorunludur. Bu husus kamu düzeninden olup mahkemece de doğrudan gözetilecek hususlardandır. Somut olayda işin anılan kurallara uygun yapılmadığı, Merciiince verilen durdurma kararı ve çeşitli aşamalarda alınan fenni bilirkişi görüşleriyle sabit ve mahkemenin de kabulündedir. Sözleşme hükümlerine uyulması "ahde vefa" kuralı gereğidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Özen borcu sadakat borcunun bir sonucudur. Yüklenici, sözleşmeye uygun olmayan proje ve bu projeye aykırı iş yapmakla sadakat ve özen borcunu ağır biçimde ihmal etmek, davacıda var olan güveni kökünden sarsmakla kusurlu olduğu gibi, kamu düzenine ilişkin imar kurallarına

uymamakla da başka bir neden aranmaksızın kusurludur. Sadece bu nedenle dahi iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının varlığı ortadadır. İşin devamı süresinde yapılan uyarılara kayıtsız kalan yüklenicinin kasıtlı bu tutumu karşısında, davacının sözleşmeden dönme hakkının varlığının duraksamaya yer olmaksızın kabulü gerekir. Başlanıldıktan kısa süre sonra adli ve idari mercilerce işin durdurulmasına, yüklenicinin başvurusu üzerine, işin, ruhsat, fen ve teknik kurallara uygun duruma getirilmesi koşuluna bağlı olarak durdurma ve tedbir kararları kaldırılmış olmasına rağmen, olanak varken geri dönüp aksaklıkları giderme çabasını göstermeyen yüklenicinin işe sözleşmeye, alınan ruhsata, fen ve teknik kurallara aykırı biçimde devam ettiği yük değerini teyit eden muhtelif bilirkişi raporları ile ortadadır. Statiğine güven duyulmayan, sözleşmede öngörülmesine karşın ilerde yeni kat ilavesi mümkün olmayan binayı kabule iş sahibinin zorlanması adalet ilkesine aykırıdır. Satım akdinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinde olduğu gibi bu durumda iş sahibinin fesih hakkı geriye etkili olup, sözleşmenin bütün sonuçlarıyla ortadan, kaldırılması gerekir. Olayda kal isteminin kabulü de bu nedenle zorunlu ve adil olan sonuçtur. Yüklenici, duraksamaya yer kalmaksızın ağır kusurlu, kendi çıkarı için kasıtlı tutum içindedir. Özellikle mühendislik hizmetlerinden fen ve teknik kurallardan yoksun binanın konut olarak kullanılması kimseden beklenilmeyeceğine göre "yaratılan değerlerin korunması", şeklinde bir düşüncenin de olayda yeri bulunmadığından, doğacak zarar üzerinde durulmaksızın binanın kal'ine dair istemin de kabulü gerekir (15. HD. 25.1.1999, 4289/115).

— · — · —

Yanlar arasındaki 24.4.1998 günlü sözleşmenin konusu, davacıların yöneticisi bulunduğu apartmanda ısınmayı temin eden kömür kazanının yerine doğalgaz kazanı konulması ve buna bağlı olarak donanımın gerektirdiği değişikliklerin yapılması işidir. Kısaca, apartmanda kömür yerine doğalgazla ısınmanın teminidir. Amaç apartman sakinlerinin ısınmasıdır. Yükleniciye ödenecek bedel bu amaca ulaşmak içindir. Doğalgaz ülkemizde yakın ta-

rihte yakıt olarak kullanılmaya başlanmış olup, tekniği uzmanlığı gerektirir. Çeşitli riski de gözetilerek bu konuda yeterli görülen firmalara merciinden verilen izinle iş yapılabilmektedir.

İşin n incelemesini yapan ve projesini de üstlenen yüklenici edimini sözleşmenin amacına uygun yerine getirmek zorundadır. Projesini hazırlayan, kazan kapasitesini saptayan yüklenicidir. İş sahibi daha düşük kapasitede kazan konulmasını istese dahi, işin uzmanı olan yüklenicinin istenen kapasitede kazanla eserin amacına ulaşılamayacağını hatırlatması yasadan doğan yan borcudur (TBK. md. 472). Bir sözleşmede edimin yerine getirildiğinden söz edebilmek için borçlanılan eda ile yerine getirilenin - sadece söze bakılarak değil - amacı itibariyle birbirine uyması gerekir. Sözleşmeden beklenen gayeye ulaşılamaması ya da bu gayenin tehlikeye düşmesi durumlarında edanın varlığından söz edilemez (15. HD. 14.5.2001, 590/2568).

Ş 17. BOZULAN SÖZLEŞMENİN TASFİYESİNDE KUSURUN ÖNEMİ

Eser sözleşmesi ile ilgili BK. maddelerinde fesih hakkı şöyle düzenlenmiştir: İşe başlamada gecikme nedeniyle erken fesih (TBK. md. 473/I); eserin teslim tarihine yetişmeyeceğinin anlaşılması nedeniyle fesih (TBK. md. 473/I); keşif bedelinin aşırı aşılması nedeniyle fesih (TBK. md. 482); götürü işlerde olağanüstü durum nedeniyle fesih (TBK. md. 480/II); iş sahibinin ücret ödemede direnime düşmesi nedeniyle fesih (TBK. md. 479); zararın tümünü ödeyerek fesih (TBK. md. 484); iş sahibi yüzünden ifanın olanaksızlaşması nedeniyle fesih (TBK. md. 485); yüklenicinin ölümü veya güçsüzlüğe düşmesi nedeniyle fesih (TBK. md. 486); eserin tesliminde direnime düşmesi nedeniyle fesih; eserin önemli ölçüde bozuk olması nedeniyle fesih (TBK. md. 475/I); iş sahibinin malzeme temininde ve ücret ödemedeki direnime düşmesi nedeniyle fesih (TBK. md. 472).

İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kendi kusuruyla işi belirli zamanda bitirmeyerek direnime düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından bozulması durumunda, uyuşmazlığın kural olarak TBK'nun 123-125. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, TMK. md. 2 hükmü gözetilerek, sözleşmenin bozulması ileriye etkili sonuç doğuracaktır¹⁸⁸.

Sözleşmecilerden biri direnime düşmüşse, öbür sözleşmeci sözleşmeyi bozabilir. TBK. md. 124'te sayılan durumlar varsa, iş sahibi, yükleniciyi bir ihtarla direnime düşürmeksizin, yani derhal sözleşmeyi bozabilir. Sözleşmenin bozulması, her zaman açık irade bildirimleriyle gerçekleşmez, kimi vakit bazı eylem ve davranışlar sözleşmenin bozulduğunu gösterebilir. Örneğin, iş sahibinin yükleniciye verdiği parayı geri istemesi sözleşmeyi bozduğu anlamına gelir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine göre yükleniciye verilen vekâletnamenin azil sureti-

188 İBK. 25.1.1984, 3/1.

le geri alınmasının sözleşmenin feshi anlamına gelip gelmediği somut olayın özelliğine göre anlaşılabilir: Vekâletten azletmede, fesih amacını içerebileceği gibi, sözleşmeye dokunulmaksızın vekâletteki yetkiler arsa sahibince bizatihi kullanılmak istenmiş de olabilir¹⁸⁹.

Sözleşme geriye veya ileriye etkili olarak bozulabilir. Sözleşme geriye etkili olacak biçimde bozulmuşsa, tasfiye süreci başlayacaktır. Yargıtay tasfiyenin haksız zenginleşme kurallarına göre yapılmasını öngörmektedir. Buna göre yüklenici, sadece imal ettiği imalat bedelini kârsız olarak alabilir. Sözleşme ileriye etkili olarak bozulmuşsa, yüklenici inşaatın geldiği fiziki düzeyle orantılı olarak arsa payının devrini isteyebilecektir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi mahkeme kararıyla bozulmuşsa, tescil olanağı ifanın olanaksızlığı nedeniyle ortadan kalkmaktadır. Sözleşmeden yararlanamayan kusursuz sözleşmeci, öbür sözleşmeciden uğradığı zararları ve iş sahibinin yararına vekaletsiz yaptığı iyileştirme giderlerini isteme hakkına sahiptir¹⁹⁰.

Aşağıda daha ayrıntılı biçimde açıklanacağı üzere, bir genel eser sözleşmesinde fesih iradesinin karşı tarafa ulaşmasıyla fesih gerçekleşir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapu devrini de öngördüğünden kamusal biçimde yapılması zorunlu olduğu gibi sona erdirilmesinde tarafların karşılıklı iradelerinin birleşmesi veya mahkeme kararının varlığı zorunludur.

İş sahibi için sözleşmeye devamı katlanılmaz, ondan beklenemez duruma sokan haklı (önemli) nedenlerin ortaya çıkması durumunda o, sözleşmeyi bozabilir. Bu bozma ileriye etkili olur ve iş sahibinin bozma anına kadar yapılmış işin değer ve giderlerini ödemesi gerekir. İş sahibi bu durumda md. 484'te olduğu gibi yüklenicinin yoksun kaldığı kârın tümünü ödemek zorunda değildir¹⁹¹.

189 Kostakoğlu, 754.

190 14. HD. 15.6.2007, 5813/7560.

191 Tandoğan, II, 352.

Eser sözleşmesi herhangi bir nedenle geçersiz olabilir. Örneğin Kooperatifler Yasası'na göre, yönetim kurulu üyeleri ve kooperatif personeli ortaklık işlemleri dışında kendisi veya başkası adına bizzat veya dolaylı olarak kooperatif konusuna giren bir ticari işlem yapamaz (md. 59/6). Anılan yasa kuralı “buyurucu” nitelikte olduğundan, bu kurala aykırı sözleşmeler geçersizdir (batıldır). Bu noktanın mahkemece doğrudan gözetilmesi zorunludur. Bu öneminden ötürü, eser sözleşmesinin geçerli olup olmadığının öncelikle araştırılması gerekir. Sözleşme herhangi bir nedenle (örneğin söz konusu Koop. K. md. 59/6 gereğince) geçersizse, yüklenici “nedensiz edinme” kurallarına dayanarak, karşı tarafın malvarlığına giren iş bedeline, kârsız olarak sadece “maliyet bedeli” üzerinden hak kazanacaktır.

Yüklenici “sözleşme dışı işler bedelini”, “kâr yoksunluğu zararı” ve “bedelin ödenmemiş kısmını”, iş sahibi ise “sözleşmenin bozulmasını” istemiş ise, bu durumda öncelikle, sözleşmenin geriye mi yoksa ileriye mi etkili olarak bozulduğu ve bozmanın haklı nedenlere dayanıp dayanmadığı konusu araştırılacaktır.

Sözleşmenin geriye etkili bozulması durumunda; artık sözleşmeden hiçbir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlar da sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan sözleşmeci değil, öbür sözleşmeci de, yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri geri isteyebilir. İadenin haksız zenginleşme kurallarına göre mi yoksa sözleşmenin tasfiyesinin bir sonucu olarak mı gerçekleşeceği konusundaki tartışmalara aşağıda yer vereceğiz.

Yüklenicinin direnimi nedeniyle sözleşme iş sahibi tarafından bozulmuşsa, yüklenicinin yaptığı iş ve inşaat iş sahibinin malvarlığını artırdığı oranda ona (yükleniciye) geri isteme hakkı sağlayacaktır.

Sözleşme ileriye etkili olarak bozulmuşsa, yüklenici, kısmi ifanın bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de yüklenicinin kusuruna bağlı tüm zararlarını yükleniciden isteyebilecektir¹⁹².

192 15. HD. 9.12.2004, 7040/6389.

Davacı dava dilekçesinde hem sözleşmenin bozulmasını hem de ifaya izin (TBK. md. 113) ve olumlu zararlarının ödetilmesini istemişse, zarar kalemleri arasındaki çelişki onun gerçek arzu ve iradesi yorumlanarak giderilecek ve asıl amacın sözleşmenin bozulması değil inşaatın tamamlanması olduğu kabul edilmeyecektir¹⁹³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bozulduğunda, yüklenicinin yaptığı işin bedeli bozma (fesih) kararının kesinleştiği tarihe göre hesaplanacaktır. Yüklenici ancak yasal olan, ekonomik değeri bulunan, imar durumuna ve onaylanmış projesine uygun yapılan imalatın bedelini isteyebilecektir. İmar durumuna ve onaylanmış projesine aykırı inşaat, yasal duruma getirilemiyorsa veya yüklenici tarafından yasal duruma getirilmezse ekonomik değeri olmayacağından, yüklenici bu nitelikteki inşaatın bedelini hak kazanamayacaktır. Yüklenici, yasal olan veya yasal duruma getirilen imalatın bedelini, sözleşmenin feshine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihten başlayarak, TBK. md. 147/6'daki beş yıllık zamanaşımı süresi içinde iş sahibinden isteyebilecektir¹⁹⁴.

Yüklenicinin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, yüklenicinin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını belirlemede önemlidir (TBK. md. 114, 51).

193 15. HD. 19.6.1996, 3158/3503.

194 15. HD. 16.10.2006, 6220/5874

YARGI KARARLARI

Yüklenici 27.4.1987 tarihli sözleşmeyle taşınmaz üzerinde 37 daire + 1 dükkânı, (...) TL + 21 daire karşılığı ve yapı izninin alındığı tarihten başlayarak 30 ay içinde inşa edecektir. İş sahibi yüklenicinin istemesine karşın "para borcunu" ödeyememiş, 3.10.1989 tarihinde sözleşmeyi bozmuştur. Dönme anında tamamlanma oranı %12 olmuştur. Davacı olumsuz zararını, davalı yüklenici ise yaptığı iş bedelini istemiştir. Geçmişe etkili bozma halinde yanların o ana değin sözleşme gereği aldıklarını iade borcu doğar. İş sahibinin arsasına yapılan inşaatın -yaratılan değerlerin korunması ilkesine uygun olarak- fiilen iadesi düşünülemeyeceğine göre bunun yerine bedelin kaim olacağı doğaldır. Somut olayda 16 veya 21 daire ayrımı olmaksızın 37 daire için başlanan inşaat, sözleşmeden dönüldüğü andaki durumu ile iş sahibine kalmıştır. Yüklenici, iş sahibine kalan inşaatın tamamının ücretine hak kazanmıştır. Bu nedenle mahkemenin 21 daireyi çekişme dışında kabul etmesi doğru olmamıştır. Bu husus dönülen sözleşmenin bütünüyle de bağdaşmaz. Götürü pazarlık yapılmışsa yüklenici işi kararlaştırılan bedelle yapmak zorundadır (TBK. md. 480). İşin tamamlanmasında uygulanan bu kuralın yüklenicinin işi bıraktığı anda gerçekleşmiş kısmının, inşaatın tamamına fiziki oranına göre ücretinin hesaplanmasında da uygulanması zorunludur. O halde ücrete hak kazanılmıştır. Ücretin hesaplanması gereken nakit, gerek ayın vs. şeklinde yapılması öngörülen tüm ödemelerin sözleşmenin bozulduğu tarih itibariyle değerlendirilmesi suretiyle yapılması gerekir. Olayımızda sözleşme 3.10.1989'da feshedildiğine göre yüklenicinin alacağı bu tarihte muaccel olmuştur (TBK. md. 125/III). Fesih tarihinde inşaatın tamamlanmış olması varsayılarak, götürü bedel, verilmesi kararlaştırılan (...) TL ile 21 dairenin bu tarihteki piyasa rayiçlerinin toplanması suretiyle bulunur. Bulunacak bu bedelin -inşaatın fiziki oranına göre- %12 yüklenici hak kazanmış olup, daha önce ödenen (...) TL göz önünde bulundurulurak karar verilmelidir (15. HD. 16.11.1992, 1606/5313).

- - - - -

Arsa sahibi olan davacılar ile davalı yüklenici arasında arsa payı devri karşılığı yapılan değişik tarihli adi yazılı sözleşmeler vardır. Ne var ki, adi yazılı bu sözleşmeler yükleniciye tapu devri suretiyle geçerli hale gelmiştir. Bu hali ile davacılar ile davalı yüklenici arasındaki arsa payı devri karşılığı sözleşmelerin bulunduğu gerçektir. Davalı yüklenicinin sözleşme konusu işin yapımını kooperatife devretmesi varolan sözleşmelerin geçerliliğini ortadan kaldırmayacağı gibi davacıların sözleşme uygulamasından kaynaklanan haklarını da etkilemez. Yukarıda sözü edilen sözleşmelere göre eserin teslim süresi 4 yıl, bilirkişice saptanan seviye ise %20'dir. Teslim süresi geçmiş olmasına rağmen eser teslim edilmemiş olduğundan yüklenici davalı borçlu temerrüdüne düşmüştür. Arsa sahipleri, TBK'nın 123-125. maddelerine dayanarak seçimlik hakkını akdin feshi doğrultusunda kullanabileceğinden fesih istemi ve işin tasfiyesi de gerekeceğinden tasfiyenin doğal sonucu olarak davalılar üzerinde sözleşmeyle geçen kayıtlar varsa bunların arsa sahibi davacılar adına tescili gerekir. Kaldı ki, bilirkişi raporunda saptandığı şekilde mevcut inşaat ruhsatsız olduğundan kaçaktır. İşinin ehli yüklenicinin ruhsatsız olarak işe başlayarak inşaatı kaçak yapması dahi başlı başına fesih sebebidir (15. HD. 8.12.2003, 2679/6105).

- - - - -

Yüklenicinin sözleşme gereği bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi inşaatı kusursuz ve eksiksiz tamamlayıp teslim etmesine bağlıdır. Sözleşmeden sonra ve inşaat süresince yükleniciye bir kısım payların devri avans niteliğindedir. Sözleşmenin geriye etkili olarak bozulması (feshi) durumunda bu arsa payları talep halinde arsa sahibine geri döner (TBK. md. 125/III) (15. HD. 29.11.2010, 6021/6481).

- - - - -

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili bozulması durumunda imalat bedelinin fesih iradelerinin birleştiği ya da

sözleşmenin dava yoluyla bozulması durumunda bozma (fesih) kararının kesinleştiği tarih itibarı ile mahalli piyasa rayıçlarına göre istenmesi mümkündür. Sözleşmenin 10. Maddesinde yüklenicinin yaptığı işlerin bedelini o yılın bayındırlık birim fiyatlarına göre isteyebileceği şeklindeki düzenleme arsa sahiplerinin kasıtlı, maksatlı olarak vekâletnameden azletmesi, başka bir anlatımla sözleşmenin arsa sahiplerinin kusuru ile bozulması durumunda uygulanabileceği ve eldeki davada sözleşme yüklenicinin direnimi ve kusuru ile bozulduğundan imalat bedelinin bu maddeye göre belirlenemeyeceği kabul edilmelidir. Kesinleşen % 27 imalat düzeyi ve feshin kesinleştiği tarihteki mahalli piyasa rayıçlarını göz önünde tutarak davacı yüklenicinin gerçekleştirdiği imalat bedelleri, güçlendirme gideri ve varsa yıpranma payı da düşülerek davanın sonuçlandırılması gerekir **(15. HD. 1.10.2012, 5360/5918)**.

— . . . —

Fesih iradesinin açık bir irade beyanı ile karşı tarafa bildirilmesi mümkün olduğu gibi, bu iradenin bir eylem biçimi ile de duyurulması mümkündür. Somut olayda; davacı yüklenici davada gerçekleştirdiği imalat bedelinin tahsilini talep etmiştir. Davacı yüklenici imalat bedelini istediğinden, bu talebi ile sözleşmeyi feshettiği de anlaşılmaktadır. Davalı arsa sahipleri de davadan sonra keşide ettikleri ihtar ile sözleşmeyi feshettiklerinden fesih konusunda taraf iradeleri birleşmiştir. Fesih iradeleri birleştiğinden imalat bedeli yönünden feshin haklı olup olmamasının önemi yoktur. Fesih sonucu işin tasfiyesi gerekeceğinden, davacı yüklenici sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, dava tarihi itibarıyla gerçekleştirdiği arsa sahiplerinin yararlanabileceği ekonomik değeri olan ve malvarlıklarında artış sağlayan imalat bedelini isteyebilir **(15. HD. 19.12.2005, 7707/6899)**.

— . . . —

TBK. md. 123-125'e göre karşılıklı taahhütleri içeren bir sözleşmede taraflardan her biri direnime düşerse öbürü borcun yerine getirilmesi için uygun bir süre belirleyip direngen sözleşmeciye

bildirir ve bu süre içinde borç yerine getirilmezse aynı maddenin ikinci fıkrasında yazılı "aynen ifa ve gecikme tazminatı", olumlu zarar ve sözleşmenin feshi haklarından birini kullanabilir. TBK. md. 124/3'e göre sözleşmede borcun yerine getirileceği gün kesin olarak kararlaştırılmış ise md. 123-125'te yazılı "süre verme"ye gerek olmadan aynı maddenin ikinci bendindeki seçimlik haklarından biri kullanılabilir. Somut olayda yanlar arasında imzalanan tel bükme makinesi protokolü başlıklı sözleşmenin 4. maddesinde eserin teslim süresi sipariştten itibaren üç hafta olarak kararlaştırılmış ve davalı yüklenicinin borcunu yerine getireceği gün kesin olarak belirlenmiştir. Davalı yüklenici eseri bu süre sonunda teslim ettiğini ve teslim hazırlanmaya getirmesine rağmen davacı iş sahibinin tesellümden kaçınması nedeniyle teslim edemediğini kanıtlayamamıştır. Bu nedenle ayrıca süre verilerek yüklenicinin direnime düşürülmesine gerek bulunmamaktadır. Davacı iş sahibi icra takibinde peşin ödediği iş bedelini isteyerek seçimlik hakkını sözleşmeden dönme biçiminde kullanmıştır. Bu durumda sözleşmenin feshi nedeniyle her iki tarafın verdiği geri istemekte haklı olduğundan davalıya ödendiği uyuşmazlık konusu olmayan peşinat ile ilgili davanın kabulüne karar verilmesi gerekir (15. HD. 14.7.2006, 2611/4438).

--- --

Karşılıklı edimleri içeren eser sözleşmelerinde -kural olarak kısmi ifanın kabulü olanaksızdır. Öte yandan, eser sözleşmelerinin yıllara yayılma özelliği nedeniyle tarafların karşılıklı olarak güven duymaları açıktır. Sözleşmeciler edimlerin yerine getirilme sürecinde birbirlerine güven duymalı, öbürünü hayal kırıklığına uğratmamalıdır. Somut olayda, eserin teslim süresi dolmasına karşın ancak belli bir düzeye getirildiği, yapımı kararlaştırılan bağımsız bölümlerin bir bütün olarak tamamlanmadığı, hatta bazı parseller üzerine kaçak inşaat yapılması nedeniyle Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması Hakkındaki Kanun'a muhalefet suçundan iş sahibi hakkında kamu davası açılmıştır. Sözleşme iş sahibince 1.11.1999 tarihinde bozulmuş, davacı yüklenici 24.4.2000 tari-

hinde açtığı bu davada feshe karşı çıkmayarak ileriye etkili feshin tasfiyesi ile ilgili istemler ileri sürülmüştür. 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı İBK'da açıklandığı biçimde, eser sözleşmesinin iş sahibi tarafından bozulduğu anda kusuruyla direnime düşen yüklenicinin, inşaatı tamamladığı kısmın getirildiği düzey ve olayın özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK. md. 2'deki dürüst davranma kuralı doğrultusunda sözleşmenin ileriye etkili bozulması olanağı varsa da bunun için öncelikle ve özellikle yüklenicinin yapıyı tamamladığı kısmın sözleşme konusunun bütününe göre getirildiği düzeye bakmak gerekir. Sözleşmenin ileriye etkili bozulmasında öne çıkan düşünce yükleniciyi korumak, inşaatları getirdiği düzeye göre sembolik bir para ile bozmanın sonuçlarından zarar görmesinin önüne geçmektir. Bilirkişi raporuna göre inşaatın düzeyi %86'dır. Bu durumda, borçlu direnimine düşen yüklenici sözleşmenin ileriye etkili bozulmasının sonuçlarından yararlanamayacağından, sorunun, genel kurala dönülerek sözleşmenin iş sahibi tarafından bozulması durumunda uygulanması zorunlu TBK. md. 123-125 hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Mahkemece yapılacak iş, yüklenicinin yaptığı işlerin bedelini hesaplatmak, daha önce yükleniciye geçirilen arsa tapuları varsa iş sahibine geri verilmesi koşuluyla "fesih tasfiyesi"ne göre bulunacak bu bedeli hüküm altına almaktır (15. HD. 10.3.2004, 4328/1320).

--- --

Yüklenici, geçersiz sözleşmenin haksız bozulması nedeniyle yaptığı harcamaların, zemin etüdü, proje bedeli, maddi ve manevi tazminat istemiştir. Hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda, davacının düzenlediği taslak projelerin onaylı imar planına göre kabul edilme ihtimali bulunduğu, kesit ve cephe projelerini içermemekle birlikte istenen bedelin hakkaniyete uygun düşeceği görüşüne yer verilmiştir. Taraflar arasında biçimine uygun düzenlenen geçerli bir sözleşme bulunmadığından sözleşme ilişkisinin kurulduğundan söz edilemez ise de, kural olarak haksız zenginleşme hükümlerince taraflar birbirlerine ödemiş olduklarını veya kazanımlarını isteyebilirler. Ancak somut olayda olduğu gibi yapı-

lan imalatın diğer tarafın yararına olması kısaca ekonomik değer ifade etmesi gerekir. Oysa davacıların sunduğu taslak niteliğindeki bilgisayardan çıkarılan vaziyet planlarının davalıların işine yarayacağına dair bilirkişi görüşü bulunmadığı gibi ekonomik değerinin varlığından da söz edilmemiştir. O halde davacıların proje bedeli karşılığı istemlerinin tümüyle reddedilmesi gerekir (15. HD. 13.9.2012, 4418/5733).

--- --

Arsa paylı mülkiyet düzeninde ise, sözleşmenin bozulmasına ilişkin davaya tüm paydaşların katılması gerekir. Bazı paydaşların açtığı davada, diğer paydaşlar davada taraf olmuşçasına sözleşmenin bozulmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır.

Sözleşmenin bozulmasına karar verildiğinde, davacı iş sahibi olumsuz zararlarını isteyebilir. Somut olayda davacının olumsuz zararları şunlardır:

- *İnşaatın yapımı süresince oturdukları yere ödedikleri kira parası.*
- *Yapının ruhsatsız olması nedeniyle yetkili mercilerce uygulanan imar cezası.*
- *Daha önce var olan ve sözleşmenin icrası için yıkılan gecekondü enkaz bedeli.*

Davacı sözleşmeyi bozduğundan, olumlu zarar kapsamında yer alan kira yoksunluğunu isteyemez (15. HD. 23.10.2003, 1873/4992).

--- --

Sözleşme ilişkisinin tasfiye edilerek sonuçlandırılması gerekir. Tasfiyeden amaç; şayet yüklenicinin iş sahiplerinin malvarlığına geçirdiği bir değer varsa bunun geri verilmesinin sağlanması (örneğin yapılan inşaat bedeli), buna karşılık arsa sahipleri de yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse bunların saptanarak arsa sahibine geri verilmesinin sağlanması gerekir. Zira iş tasfiyeyle

sonuçlandığında bunlar karşı tarafın malvarlığında kaldığı sürece haksız zenginleşmeye neden olur. İş sahibi 17.7.1997 tarihinde fesih iradesini yükleniciye bildirdiğine göre, şayet varolan inşaatlar iş sahibinin işine yarayacaksa, bunların bedeli, fesih iradesinin ulaştığı tarihe, dava açmak için geçecek makul bir süre ekleyerek bulunacak tarihe göre hesaplandırılmalıdır. Davanın açıldığı tarih ile fesih iradesinin ulaştığı tarih arasında makul olmayan bir zaman geçmişse, inşaat bedelinin davanın açıldığı tarih esas alınarak belirlenmesi yasaya aykırıdır (15. HD. 6.11.2003, 1884/5280).

— . . . —

Yüklenicinin sözleşme uyarınca kendisine isabet eden bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi, ancak inşaatı eksiksiz ve ayıpsız olarak iş sahibine teslim etmesine bağlıdır. Yükleniciye verilmesi gereken daireler avans niteliğinde olduğundan, mahkemece, inşaatın hâlihazır oranını karşılayacak sayıda bağımsız bölümün yüklenici adına tesciline, eksik ve bozuk kısım oranlı sayıda bağımsız bölüm tapusunun da -teminat olarak- iş sahibi üzerinde bırakılması gerekir (15. HD. 25.5.1998, 1914/2183).

— . . . —

Somut olayda inşaat %60 oranında tamamlandığında, fesih geriye etkili sonuç doğurur. Tasfiye sonucu tarafların birbirlerinden isteyebileceği malvarlığına kattıkları arı değerlerin geri verilmesidir. Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; yükleniciye geçirilen tapuların geri verilmesi gerekir; yüklenici bunların bir bölümünü üçüncü kişilere devretmişse bunların davaya katılmaları ve deliller toplandıktan sonra, olanaklı ise tapu kayıtlarını iş sahibi adına tescil etmek, iş sahibinin yükleniciden satın aldığı bağımsız bölüm varsa bunun bedelini yüklenici alacağından mahsup ederek, inşaat bedelinin arsa sahibinden alınmasına karar vermek gerekir (15. HD. 24.3.2003, 4015/1657).

— . . . —

Yüklenicinin kararlaştırılan sürede edimini yerine getiremeyeceği kesin biçimde belli olduğundan sözleşmenin bozulmasına

karar verilmiştir. Geriye dönük bu feshin sonucunda taraflar al-dıklarını geri vermekle yükümlüdürler. Bundandır ki, mahkemece yüklenici adına tescili yapılan 1 no.lu parselin tapu kayıtlarının iptali ile iş sahibi adına tesciline karar verilmiştir. Yüklenicinin sözleşme gereğince karşı tarafa verdiği ise fen ve sanat kurallarına uygun olduğu, bu durumyla yararlanılması olanaklı imalattan ibarettir. Belli aşamaya gelen inşaatın arsadan sökülüp yükleniciye geri verilmesi düşünülmemeyeceğine göre bunun bedelinin yükleniciye verilmesi gerekir. Fesih iradesinin karşı tarafa ulaştığı dava tarihine göre iş sahiplerinin malvarlığına geçen imalatın mahalli rayiç değeri saptanmalı ve bu hüküm altına alınmalıdır. Bu imalatın, kusuruyla feshe neden olan yükleniciye maliyeti bir yana bırakılıp dava tarihinde iş sahiplerinin malvarlığında ortaya çıkan artış hüküm altına alınmalıdır (15. HD. 4.11.1999, 2965/3899).

— . . . —

Dava ve karşı dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin alacak istemlerine ilişkindir. **Sözleşme geriye etkili feshedilince;** yüklenicinin arsa sahipleri yararına yaptığı bir kısım imalat varsa, bu imalatın bedeli, fesih kararının kesinleştiği tarihteki serbest piyasa rayicine göre hesaplanır. Somut olayda, davalı arsa sahipleri, yapılan imalatın işe yaramadığını ve yıkılması gerektiğini savunduklarına göre, bu hususta bir araştırma yapılması gerekirken yapılmadığı gibi, fesih kararının kesinleştiği tarih yerine dava tarihi esas alınarak, üstelik serbest piyasa rayici yerine Bayındırlık Bakanlığı birim fiyatlarına göre imalat bedelinin tespiti de doğru olmamıştır (15. HD. 19.2.2007, 70/1022).

— . . . —

Dava, sözleşmenin haklı olarak feshedildiğinin tespiti, elatmanın önlenmesi, cezai şartın tahsili, birleşen dava iş bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Kat karşılığı inşaat sözleşmeleri, kural olarak mahkeme kararıyla feshedilebilir. Bunun istisnası, taraf iradelerinin fesih konusunda birleşmesidir. Taraf iradelerinin fe-

sih konusunda birleştiği tarihteki mahalli piyasa rayiçlerine göre, yüklenicinin imar ve projeye uygun yaptığı iş bedelinin hesaplanması gerekir. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi durumunda, yüklenicinin yaptığı işin bedelinin feshin kesinleştiği tarih itibariyle hesaplanması gerekir. Yüklenici, ancak imara ve projeye uygun olarak yaptığı işin bedeline hak kazanabilir (15. HD, 18.1.2007, 7593/187).

--- --

Davacı yüklenici tarafından sözleşme konusu iş davalı Belediye'ye teslim edilmiştir. Davalı Belediye tarafından işin teslim edilmesinden sonra sözleşme feshedilmiştir. İşin tesliminden sonra iş sahibi Belediye'nin sözleşmeyi feshetmesinde haklı bir neden görülmemiştir. Bu şekilde taraflar arasında bir ilişki sona erdirildiğine göre, davacı tarafından sözleşme gereği verilen teminat mektubunun davacı yükleniciye iadesine karar verilmesi gerekirken, herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin bu konudaki istemin reddi de hatalı olmuştur (15. HD. 27.2.2007, 196/1233).

--- --

Sözleşmede yüklenicinin edimlerini yerine getirmemesi durumunda sözleşmenin bozulmuş sayılacağı kabul edilmiştir. Bu durumda sözleşme ile yükleniciye kalması kararlaştırılan dairelerden satılmayanların arsa sahiplerine ait olacağı gibi, yüklenicinin noter senedi ile yaptığı satışların da arsa sahibini bağlamayacağı açıkça belirtilmiştir. Kararın tarafları bağlayan söz konusu sözleşme hükümlerine uygun verilmesi gerekir (15. HD. 3.12.1986, 894/4099).

--- --

İnşaatın tamamlanma oranı %90 olup iş sahibi kendisine düşen bağımsız bölümleri teslim alıp üçüncü kişilere kiralanmışsa, sözleşmenin geriye etkili bozulması ve tasfiyesi istenemez (15. HD. 8.5.2002, 139/2397).

--- --

İş sahibi ihtarname çekerek sözleşmeden döndüğünü bildirmişse, gecikme tazminatı ve gecikme cezası isteyemez. Gecikme tazminatının istenmesi, sözleşmenin hâlâ ayakta kalmasının istendiğini gösterir (15. HD. 20.2.2002, 4937/855).

--- --

Sözleşmenin geçmişe etkili olarak bozulduğu zaman gecikme ceza ve cezayı aşan gecikme tazminatının istenebileceğine ilişkin olarak sözleşmede bir hüküm yoksa, bunlar sözleşmenin geriye etkili bozulduğu durumlarda istenemez (15. HD. 20.3.2006, 7960/1539).

--- --

Gecikme cezası isteyebilmek için sözleşmenin ayakta (bozulmamış) olması gerekir. Sözleşme geçmişe etkili olarak bozulmuşsa, gecikme cezası istenemez; ancak sözleşme ileriye etkili olarak bozulmuşsa gecikme cezası istemi kabul edilebilir (15. HD. 4.6.1998, 2081/2403).

--- --

Davacı arsa sahibi, inşaatın süresinde tamamlanmadığını öne sürerek kat karşılığı inşaat sözleşmesinin bozulmasını ve davalı yükleniciye devredilen tapunun iptalini istemiştir. İnşaatın %77 düzeyinde tamamlanması, arsa sahibinin kat karşılığı inşaat sözleşmesini geriye etkili olarak bozmasına engel olmaz. Sözleşmeye uygun davranılmaması durumunda sözleşmeyi bozma yetkisi yasadan doğan bir hak olup hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez. Yerel mahkemece sözleşmenin ileriye etkili olarak bozulmasına karar verilmesi yanlıştır (15. HD. 1.10.2004, 4730/4801).

--- --

Paylı mülkiyete konu taşınmaz üzerinde kat karşılığı inşaat yapılmı, paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi niteliğindedir. Bu nedenle bu tür taşınmazlarla ilgili kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması, bu sözleşmelerin feshi veya feshi için dava açılması tüm paydaşların kabulünü gerektirir. Husumet ehliyeti dava

koşulu olduğundan kendiliğinden göz önüne alınması gerekir (15. HD. 14.9.2005, 7598/4679).

— . . —

Yanlar arasındaki sözleşme 05.06.1997 tarihli olup noterde düzenleme şeklinde yapılmıştır. Sözleşme gereği yüklenici, arsa üzerinde mevcut eski binanın yıkılmasından itibaren 60 gün içinde inşaatı başlayacak ve sözleşmenin tanzim tarihinden itibaren 36 ay içinde inşaatı tamamlayarak iskan izni almak suretiyle arsa sahiplerine teslim edecektir. İnşaat süresinde bitirilemediği takdirde mal sahibine aylık cezai şart olarak 5 tam Cumhuriyet altını veya karşılığı Türk Lirası ödenecektir. Arsa sahiplerinden M., dava tarihinden önce 16.08.2002 tarihinde davalıya ihtar keşide ederek inşaatın teslimi gereken sürede teslim edilemediğini, ihtar tarihi itibarıyla 10 aylık gecikmenin söz konusu olduğunu, sözleşmede öngörülen gecikme cezasının ödenmesi gerektiğini bildirerek ödeme için yükleniciye süre tanımış, bu meyanda sözleşmeyi feshettiğini de bildirmiştir. Anılan ihtarname arsa sahiplerinden sadece birisi tarafından keşide edilmiş olup ihtar içeriğinden öncelikli olarak akdin feshinin değil ifasının talep edildiği açıkça anlaşılmaktadır. Eser (istisna) sözleşmelerinde akdin feshi iradesinin karşı tarafa ulaşması ile fesih olanaklı ise de, kat karşılığı inşaat sözleşmesi aynı zamanda tapuda pay devrini de içerdiğinden resmi şekilde düzenlenmesi zorunlu olduğu gibi sona erdirilmesi için de tarafların karşılıklı iradelerinin birleşmesi veya mahkeme kararının varlığı zorunludur. Davacıların dava dilekçelerinde fesih isteği yer almış olmayıp, davalı yüklenici de inşaatı el çekmediğinden deliller toplanarak aynen ifaya yönelik davacı talepleri yönünden işin esasına ilişkin bir karar verilmesi gerekir (15. HD. 9.3.2006, 7640/1334).

— . . —

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi; yüklenicisinin, işe devam etmeyeceğini bildirmesi üzerine feshedilmişse, uyuşmazlığın kural olarak, menfi zararların giderilmesi şeklinde çözülmesi gerekir.

Yüklenicinin, inşaatı hiç bir şey talep etmeyeceğine dair söz-

leşme hükmü, bu kişinin iktisaden yok olmasına neden olacağından geçersizdir.

Yüklenicinin, tapuya hak kazanabilmesinin koşulları; yaptığı işe, iyiniyet kurallarına ve inşaatı terk ettiği tarihteki fiziksel orana göre belirlenmelidir.

Davada taraf olmayan kişiye satılan dairenin tesciline ilişkin hüküm, arsa sahibini, taraf olmaması nedeniyle bağlamayacağından, bu kişinin, hükmen malik olana karşı dava açması halinde, deliller toplanmadan ret kararı verilmemelidir (15. HD. 7.4.1997, 248/1891).

— . . . —

İnşaatın süresinde teslim edilememesi halinde yapılan imalatın arsa sahiplerine kalacağına dair cezai şart hükmüne yer verilmiş ise de inşaatın getirildiği seviye itibariyle davalının iktisaden mahvına neden olacağı, ahlaka ve adaba aykırı nitelik de bulunmakla geçersiz olup, mahkemenin inşaatın davacılara bırakılmasına dair kararı yerinde görülmemiştir (15. HD. 25.4.2007, 2466/2730).

— . . . —

Dosyada bulunan 2.6.1999 tarihli Belediye yazısıyla 26.5.1998 tarihli encümen kararından yüklenici tarafından yapılan inşaatın ruhsatı ve projesi olmadığı için 12.5.1998 tarihinde İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca zabıt tutularak durdurulduğu anlaşılmaktadır. İmara aykırı olarak yapılan yapının ekonomik bir değeri bulunmayacağından ve yıkımı gerekeceğinden bedeli talep edilemez ise de yüklenici tarafından inşaatın durdurulduğu 12.5.1998 tarihine kadar yapılan işlerin imara uygun hale getirilip getirilemeyeceği ve davalının savunması gibi yıkılması gerekip gerekmediği üzerinde durulmadan, %34 seviyesindeki inşaatın imar mevzuatına uygun hale getirilmesi için davacı yükleniciye uygun mehil ve yetki verilmeden eksik incelemeyle yazılı şekilde yapılan işler bedeline yönelik davanın tümünden reddi doğru olmuştur. O halde mahkemece yapılacak iş; davacı yüklenici tarafın-

nusu özetle açıklanan içerikli olmasına karşın; yanlar arasındaki sözleşme geçerli ise, ileriye yahut geriye etkili olarak fesih olunup olunmadığı fesih olunmuş ise feshin haklı nedenlere dayalı olup olmadığı mahkemece araştırılmamıştır. Oysa fesih hakkı yenilik doğurucu bir hak niteliğindedir. Karşılıklı borç içeren inşaat sözleşmelerine konu ilişkilerde, sözleşmenin feshine ilişkin irade beyanı karşı tarafa ulaşmakla hukuksal sonuç doğurur ve bu irade beyanı sahibini mutlak bağlayıcı olup, haklı nedene dayandığı veya karşı tarafça kabul edildiği durumlarda muhatabı da bağlar. Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde; artık sözleşmeden hiçbir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlarda sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmenin taraflarından her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de TBK'nın 79 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca sebepsiz mal edinme kurallarına göre geri isteyebilir (15. HD. 9.12.2004, 7040/6389).

Ş 18. İŞ SAHİBİNİN ESERİ (İNŞAATI) KABUL ETMEMESİ

Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir neden olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, direnime düşmüş olur (TBK. md. 106).

Alacaklının direnime düşmesi için onun kusurlu bulunması gerekli değildir; alacaklı burada hiçbir borcu ihlal etmemektedir; onun davranışı, kendisinin olan bir hakkı kullanmamak eyleminden oluşmaktadır; böylece onun direnimi, tazminat verilmesi sonucunu doğurmaz. Alacaklının direnimi, ya yöntemince kendisine sunulan edimi kabul etmemesinden ya da kabul için kendisine düşen hazırlık işlemlerini yapmamış olmasından doğar¹⁹⁵.

Alacaklı, istenebilir, yerine getirilmesi olanaklı bir edim, ifa amacıyla, kendisine gereği gibi önerilmesine karşın, haklı bir neden olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu yerine getirebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, direnime düşmüş olur (TBK. md. 106). Bu durumda; A) Yüklenici eseri ifa amacıyla iş sahibine teslim etmesine karşın iş sahibi tarafından kabul edilmezse, alacaklının direnime düştüğü tarihten başlayarak, yüklenici eserden elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği semerelerden dolayı sorumlu olmaz. B) Eser, iş sahibinin direnime düşmesinden sonra yüklenicinin kusuru olmadan hasara uğrar veya telef olursa bundan doğan zarara alacaklı katlanır (TBK. md. 483/I). C) Alacaklının direnime düşmesinden sonra faiz işlemez. D) İş sahibine ifa önerisinde bulunan yüklenici, daha önce direnime düşmüşse, bu önerisiyle birlikte direnimden kurtulmuş olur¹⁹⁶. Bunun sonucu olarak gecikme faizi

¹⁹⁵ Velidedeoğlu/Özdemir, 213.

¹⁹⁶ Kılıçoğlu, 668: "Alacaklının ifayı reddetmesi, verme borçlarında borçlu tarafından teslimi gereken edimi kabulden kaçınması şeklinde ortaya çıkabilir. Borçlunun edimini borca uygun olarak ifa etmesi ya da ifasını teklif etmesine rağmen, alacaklının bunu kabulden kaçınması borca aykırı bir davranıştır. Alacaklının ifayı kabul etmesi herhangi bir şekilde bağlı değildir. Ancak borçlu alacaklıdan edimi ifa ettiğine ilişkin bir belge talep edebilir. Bu husus ifanın kabulün geçerliliği değil, ispatıyla ilgilidir."

işlemeye devam etmez. Ceza koşulu borçlunun direnimi sürdükçe işleyen bir tazminat borcu olarak kararlaştırılmışsa, iş sahibinin direnime düştüğü andan başlayarak bu borç da artık işlemez olur. E) Alacaklının direnimi gerçekleşince borçlu sorumluluktan kurtulma olanağını elde eder. Bu olanak borcun konusu olan şeyin tevdi, satılarak bedelinin tevdi, ya da sözleşmenin bozulmasıyla gerçekleşir. **Tevdi hakkı:** Alacaklının direnime düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Tevdi yerini, ifa yerindeki yargıç belirler. Bununla birlikte ticari mallar, hâkim kararı olmadan da bir ardiyeye tevdi edilebilir (TBK. md. 107). **Satma hakkı:** Sözleşmenin konusu olan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi edilmesine uygun düşmez veya teslim edilecek şey bozulabilir ya da bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gideri gerektirir ise, borçlu, alacaklıya önceden ihtarda bulunması koşuluyla, hâkimin izniyle onu açık artırma yoluyla sattırıp bedelini tevdi edebilir (TBK. md. 108). F) Yüklenici, TBK. md. 123-125’de yazılı hükümlere uyarak sözleşmeyi bozabilir. Özellikle arsa sahibinin eseri teslim almak zorunda olduğu durumlarda TBK. md. 123 hükümleri uygulanacaktır (TBK. md. 110). G) İş sahibinin direnime düşmesinden sonra bile, yüklenici, ifanın olanaksız duruma gelmesinden veya gereği gibi yapılmamasından sorumlu olacaktır. Bu sorumluluk, yüklenicinin kusuru hafifse daha hafif olur; hatta yargıcın takdirine göre büsbütün ortadan kalkabilir (TBK. md. 114/I).

Yüklenicinin inşaata başlaması için, iş sahibinin, gerekli işlemleri tamamlamış olması zorunludur. İş sahibi, arsayı veya plan ve projeyi teslim etmeden, yüklenicinin, inşaata başlamasını isteyemeyeceği gibi, imar mevzuatına göre, inşaat ruhsatı alınmaksızın, ondan, kaçak bir inşaata başlaması da beklenemez¹⁹⁷.

197 Öz, İnşaat Sözleşmeleri, 100-102: “İnşaat Sözleşmesinde özel olarak ve ayrıca kararlaştırılmadıkça; İş sahibinin; 1-) İnşaat hazırlıklarında ve inşaatın yapılmasında yükleniciye herhangi bir konuda yardımcı olmak zorunluluğu bulunmamaktadır. 2-) Yüklenicinin yaptığı inşaatı kabul etme borcu da yoktur. İnşaatı yaptırma ve teslim alma iş sahibi için bir hak olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan, inşaat sözleşmesinde, satım sözleşmesinde satım konusunu teslim almayı alıcı için sadece bir hak değil aynı zamanda bir borç olarak düzenleyen BK.

Bir bina inşası için, bazı araç ve gereçler alacaklı tarafından sağlanacaksa veya duvarların boyanmasından önce, renk seçimi alacaklı tarafından yapılacaksa, bu işler tamamlanmadıkça, borçlunun, borcunu yerine getirmesi, eylemli olarak olanaksızdır. Bu durumda borçlu, alacaklıyı, kendine düşeni yapmaya çağırarak ve bu isteği yerine getirmekten kaçınan alacaklıyı direnime düşürebilecektir. Borçlunun bu çağırısı, ödemenin önerilmesi niteliğindedir¹⁹⁸.

İş sahibi, yapı ve onarım işlerinde olduğu gibi, inşaat ruhsatı, plan

md. 232 gibi bir hüküm bulunmadığından; yüklenicinin inşaatı yapmasına engel olan iş sahibi borçlu direnimine değil, sadece alacaklı direnimine düşürülebilir. Bundan Dolayı; 1-) İş sahibi tarafından haksız ve yersiz biçimde inşaatı başlamasına engel olunan veya inşaatı sürdürürken inşaat alanından çıkarılan yüklenici, mahkemeye başvurarak iş sahibini ifaya zorlamaz: Yüklenici inşaatı tamamlayacağı taşınmazda pay sahibi olduğunu veya olacağını, buna bağlı olarak inşaat tamamlandığında kat mülkiyetine geçilerek kendisine de bağımsız bölümler kalacağını gerekçe göstererek, yargıçtan inşaatı devam etmesi ve iş sahibinin de buna katlanması hakkında karar verilmesini isteyemez. 2-) İmar Kanunu'nun 22. Maddesine göre inşaat ruhsatı almak için başvurma hakkı arsa sahibinin olduğundan, arsasında inşaat yapılacak iş sahibi bu başvuruyu bizzat yapmadığı ve yükleniciye de bu konuda vekalet vermediği takdirde, ayrıca taahhüdü bulunmadıkça, borçlu direnimine değil, alacaklı direnimine düşmüş olacaktır. Paylı mülkiyette ortak taşınmazda inşaat gibi olağanüstü işler yapmak için TMK. Md. 692 uyarınca tüm paydaşların katılımı gerektiğinden, yüklenici –varsa- arsadaki mülkiyet payına dayanarak İmar Kanunu'na göre inşaat izni alamaz ve taşınmazda herhangi bir faaliyette bulunamaz. Hatta yüklenici fiilen taşınmaza zilyet olup iş sahibinin istemine karşın işyerini terk etmiyorsa, iş sahibi mülkiyet hakkına dayanarak elatmanın önlenmesi davası açarak yükleniciyi taşınmazdan uzaklaştırabilir. Ancak, bütün bu durumlarda, şayet iş sahibi sadece işin yapılmasını fiilen engellemekle kalmıyor, fakat artık yükleniciyi istemediğini ve sözleşmeyi sona erdirmeye karar verdiğini de açıklıyorsa; TBK. Md. 484 hükmüne göre haksız/keyfi fesihle bulunmuş sayılır, bu durumda yüklenici yaptığı iş kısmı oranında bedeli ve uğradığı tüm kazanç kaybının ödenmesini isteyebilir. İş yüklenici adına kendisinin bizzat veya başka bir yüklenici yardımıyla yapmak için mahkemeden izin almadan (TBK. Md. 113), yükleniciye karşı elatmanın önlenmesi davası açan veya yükleniciyi kesinlikle inşaat yerine sokmayacağını bildiren iş sahibi, TBK. Md. 484 uyarınca tazminat karşılığı fesihle bulunmuş sayılmalıdır. Şayet inşaat iş sahibi yüzünden yapılamamakla birlikte, iş sahibi artık sözleşmeyi sürdürmek istemediğini bildirmiş değilse, alacaklı direnime hükümlerine başvuran yüklenici, burada bir işgörmeye alacağına direnime bulunduğundan, TBK. Md. 110 uyarınca borçlu direnimine ilişkin hükümlere (TBK. Md. 123-124) göre ek bir süre verip verimsiz süre sonunda sözleşmeden dönebilir. Fakat bu durumda olumlu zararının istenemeyeceği hatta olumsuz zararın istenmesinin bile tartışmalı olduğu göz önüne alınırsa, kusurlu iş sahibine karşı yüklenicinin mağdur olmasına yol açacaktır. Bu bakımdan, şayet sözleşmeden dönme yüklenicinin işine gelmiyorsa, iş sahibine süre verirken süre sonunda hâlâ inşaatı izin vermezse TBK. Md. 484 uyarınca haksız fesihle bulunmuş sayılacağını bildirip bu süre sonunda TBK. Md. 484 uyarınca tüm olumlu zararının tazminini isteyebilmelidir.”

198 Koç, 134.

ve projelerin sağlanması, işin yürütülmesine ilişkin talimat vermesi, arsanın yükleniciye teslimi gibi eserin yapımına başlamak için gerekli ön hazırlıklara katılması gerekir. İş sahibinin yükleniciye tapu için teslim ettiği arazi veya arsa sorunsuz (ihtilafsız) bir yer olmalıdır. Aksi takdirde yüklenicinin ihtilafli arsada inşaata devam etmemesinin sorumluluğu ve bundan doğacak zarara iş sahibi katlanacaktır. İşte iş sahibi, hazırlık eylemlerine katılması için yüklenicinin yaptığı uyarıya karşın, bu ön hazırlıklara katılmazsa veya katılmaktan haklı bir neden olmadan kaçınırsa durum onun direnimine neden olur. TBK. md. 473'e göre yüklenici eser sözleşmesinin konusunu oluşturan edimi yerine getirmek için işe zamanında başlamak zorundadır. İş sahibi hazırlık eylemlerine katılmaktan kaçınırsa, yüklenici güç durumda kalır. Sözleşmeye göre belli bir tarihte işe başlamak zorunda olan yükleniciye iş sahibi arsayı veya araziye teslim etmezse, yüklenici işe başlayamayacaktır. Öyleyse, yükleniciyi uzun zaman bu güvensiz ortam içinde bırakmak doğru olmaz¹⁹⁹. Bu durumda yüklenici eser sözleşmesinden dönebilir (TBK. md. 110). Yüklenici, TBK. md. 125/III'e göre, sözleşmeden dönmüşse, olumsuz zararlarını ve işe başlamak için yaptığı giderleri direnime düşen iş sahibinden isteyebilir. Ancak, yüklenici sözleşmeden dönmek yerine karşı edimi elde edemeyişi ile meydana gelen olumlu zararın karşılanmasını seçebilir (TBK. md. 125/II). İş sahibinin eserin tamamlanmasına engel olması, yükleniciyi işyerine sokmaması, oradan uzaklaştırması üzerine, içine düşürüldüğü güvensiz durum nedeniyle yüklenicinin TBK. md. 110 ve 123-125'e başvurabilmesi onun meydana getirdiği kısmın ücretini istemeye ve ayrıca uğradığı zararın giderilmesine olanak verecek yönde değerlendirmeli ve burada da TBK. md. 484 hükmü asla gözardı edilmemelidir²⁰⁰.

Yüklenici nitelik, yer ve zaman bakımından sözleşmeye uygun olarak meydana getirdiği eseri gerçekten iş sahibine teslim için harekete geçmeli ve eseri kabul için iş sahibine sunmalıdır. Eser sözleşmesinin konusu yeniden imal ve inşa edilen taşınır bir eser ise, zilyetlik doğrudan doğruya iş sahibine geçmelidir. Sözleşmenin konusu onarımı gere-

199 Dayınlarlı, 100.

200 Karahasan, Mustafa Reşit, İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Ankara 1979, sf. 239.

ken bir taşınır eser ise teslim, zilyetliğin geriye verilmesi biçiminde söz konusu olur. Bu durumda teslim için yüklenici ifayı iş sahibine sunmalı ve iş sahibi de ifanın gerçekleşmesine katkıda bulunmalıdır. Sözleşmenin konusu bir taşınmazın onarımı ise, zilyetlik zaten iş sahibinde kaldığı için, teslim için yüklenicinin aletlerini toplaması, kurduğu iskeleyi sökmesi ve varsa çukurları kapatması, araziye, arsayı düzeltmesi gibi hareketleri yapması gerekir. Su ve elektrik bağlantılarının yapılmasını öngören bir sözleşmede teslim, bu bağlantıların yapılmış olmasıyla gerçekleşir. İnşaat iş sahibinin arsası üzerinde meydana getirilmekte ise bu durumda iş sahibi tarafından arsanın zilyetliğinin yükleniciye doğrudan doğruya intikali zorunlu değildir. Bina tamamlandıktan sonra yüklenici inşaat yerindeki aletlerini, makinelerini, işçilerini oradan çekmeli ve örneğin anahtarları notere teslim etmeli ve bu durumu hemen iş sahibine bildirmelidir. Bu durumda yüklenici eseri teslim etmiş sayılır²⁰¹.

Eserin iş sahibinin kullanamayacağı ve kabule zorlanamayacağı ölçüde kusurlu veya sözleşmeye önemli ölçüde aykırı olması durumunda iş sahibinin eseri kabulden kaçınabileceği TBK. md. 475/I'de belirtilmiştir. Yüklenici tarafından eser bozuk olarak sunulursa iş sahibi sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmediği savunmasını ileri sürebilir. Bu durumda kabulden kaçınma haklı nedene dayandığı zaman alacaklının direniminin gerçekleşmesi engellenmiş olur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen koşullar varsa, sözleşmeden dönülemez. Kendisine sunulan eseri gözden geçirme ve bozuklukları bildirme görevini yerine getirmesi kaydıyla TBK. md. 475'teki koşullar çerçevesinde işi reddeden veya onarım isteyen iş sahibi TBK. md. 97'ye dayanarak borca uygun ifaya ilişkin kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilir. Ayrıca, TBK. md. 475/III hükmü bozuk ifa durumunda dahi eserin iş sahibi tarafından reddine engeldir. Aksi halde iş sahibi direnime düşürülebilir. TBK. md. 483/I'de, iş sahibinin eseri teslim almada direnime düşmesi ne yer verilmiştir²⁰².

201 Dayınlarlı, 102.

202 Dayınlarlı, 104-105.

YARGI KARARLARI

*İnşaatın yapım süresi, yanlar arasındaki sözleşmenin 3. maddesinde kararlaştırılmış olup, temel üstü ruhsatından itibaren yedi aydır. **Yüklenicinin yüklendiği ediminin ifası doğrultusunda inşaat işinin yapımına başlayabilmesi için öncelikle arsa sahibi tarafından yükleniciye yer tesliminin yapılması gerekmektedir. Çünkü karşılıklı edimleri içeren inşaat sözleşmelerinde, yer teslimi iş sahibinin öncelikli edim borcudur (TBK. md. 97, 106). Bu yasal nedenle, arsanın kusursuz ve inşaaata elverişli biçimde teslimine kadar yükleniciden inşaaata başlaması istenemez.***

*Saptanan hukuksal durum bu olunca da; arsa sahibi davalının belirtilen öncelikli ediminin ifasında direnime düşmüş olduğunun kabulü gerekir (TBK. md. 106). **Sözleşmenin taraflarından birinin ediminin ifasında direnime düşmesi durumunda, diğer taraf TBK'nın 125. maddesinde öngörülen seçimlik haklardan birini kullanabilir. Somut olayda da, yüklenici davacı sözleşmenin aynen ifasını istemiştir. Başka bir anlatımla, davacı TBK'nın 125/1. maddesinde öngörülen gecikmiş ifanın aynen yerine getirilmesi yönünde hakkını kullanmış ve inşaat yapılacak arsanın boş ve sorunsuz olarak teslimini, davalı arsa sahibinden istemiştir (15. HD. 5.5.2004, 5372/2508).***

--- --

Davacı zararı 6.10.1976 tarihli 2 sayılı hakedişe önce 60.403,45 lira alacak olarak sokulmuş, fakat sonradan yeniden düzenleme yapılarak bu tutar 2 sayılı hakedişten çıkarılmış ve ödeme de son duruma göre yapılmıştır. Sözleşme eki Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 33. maddesi gereğince ara hakedişlerle inşaat ve ihzarat karşılığı yükleniciye yapılan ödemeler, kesin olmayıp alel hesap yapılmaktadır. Bunlar avans mahiyetinde ödenmiş paralardır. Yüklenicinin bunlarda gösterilen veya ara hakedişlere göre aldığı paraları hak edip etmediği, kesin hakedişte hesapla ortaya çıkar. Öyleyse 2 sayılı hakedişin ilk düzenlenmesinde davacının zararının hesaba dahil edilmesi, mahkemenin kabulünün tersine, davacı

yükleniciye bir hak kazanması sağlamaz. Öte yandan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 27. maddesinde yapılan inşaat ve ameliyatın kesin kabul muamelesinin idarece tasdiki tarihine kadar her türlü mesuliyetleri tamamen yükleniciye ait olduğu yazılıdır. Bu hüküm TBK. md. 483/1 gereğince, teslimine kadar, meydana getirilen işe kaza olayları dolayısıyla gelen hasar ve zararı yüklenici taşımakla yükümlüdür. Öyleyse davada sel basmasının tehlikesini davacı taraf taşımalıdır. Bu nedenle mahkemenin davacı zararını ödetmenin Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 27. maddesine uygun düşüşü düşüncesi de isabetli görülmemiştir.

Ne var ki, olayda bu prensipte ayrılmayı gerekli kılan bir özellik vardır. Zararın doğmasına ihtiyati tedbir nedeniyle inşaaata devam edilememesi ve buna da mahkemede uyuşmazlık konusu arazinin davacıya inşaat yeri olarak teslim edilmesi neden olmuştur. Bu olayda nedenselliği olan hasar ve ziyanın iş sahibi davalı idareye yüklenmesi zorunludur.

Gaziantep Yapı İşleri Dokuzuncu Bölge Müdürlüğü'nün 14.4.1976 günlü raporunda, kazılan kısma 70 cm. yüksekliğinde mil ve pislik dolduğu ve inşaaata mevcut ihzarat malzemelerinden 192 torba çimentonun taşlaşarak kullanılmaz duruma geldiği, 168 m³ tuvanen malzemenin sel suları tarafından sürüklendiği tespit olunmuştur.

İhtiyati tedbir, tecavüz edilen arazi bölümünde inşaaata devam edilmesi yolundadır. Bunun sonucu, tedbirin devam süresince inşaat haklı olarak durmuş ve ihtiyati tedbirin kaldırıldığı tarihte ise inşaat için ölü mevsim başlamıştır. Bundan sonra hafriyatta sökme olmuş, kazılan yerleri mil basmıştır. Bu nedenlerle kazılan yerlerin yeniden açılması için gereken 32.435.05 liranın davacıya tazmin edilmesine ilişkin ödetme kararı yasaya uygundur. Ancak, alınan ihtiyati tedbirin niteliği göz önünde tutulduğunda malzeme zararları ile inşaatın durması arasında uygun bir nedensellik bağının varlığı kabul edilemez. İhtiyati tedbir tecavüz edilen arsa bölümüne ilişkin olduğundan ve inşaat yerindeki malzemelere herhangi bir şekilde el konulmadığından, yüklenicinin çimento ve

tuvan malzemesini koruyucu önlemler alması gerekirdi. Çünkü Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'nin 13. maddesi gereğince, inşaat yerlerindeki her türlü alet, inşaat malzemesi ve sair levazım ile ihzarat ve tesisatın muhafazası yükleniciye aittir.

Çimentoların taşlaşması ve tuvanenin sel sularına karışması, davacının ihzaratı koruma borcunun ifası ile ilgilidir. Bu nedenle bu malzeme bedellerinden davalı sorumlu olmayacağından, çimento, kum ve çakıl bedelleri ile bunların nakliyesi ücretinin davacıya ödenmesine ilişkin kararın bozulması gerekir (15. HD. 20.12.1978, 2341/2433).

— . — . —

Belediyenin kadastro işlemi nedeniyle inşaat yapılacak yeri mühürlediği, bu nedenle yerin yükleniciye teslim edilemediği, belediye mührünün ancak 24.11.1975 tarihinde kaldırıldığı, yüklenicinin 16.10.1975 tarihinde keşide ettiği ihtarnamede mahkemedeki uyuşmazlığın bitirilerek yer tesliminin en kısa zamanda yapılmasını istediği, inşaaata devam izninin alınmasını, aksi halde geçecek zaman içinde yükselecek malzeme fiyatları ve artacak işçilik/ustalık fiyatları üzerinde inşaaata devam edeceğini, aksi halde sözleşmedeki birim ve rayiçlere göre bağlı olmadığını bildirdiği dosya kapsamı ile sabittir. Eser sözleşmesi yanlara edim ve borçlar yüklemektedir. **İş sahibi kendi hukuk alanına giren bir uyuşmazlık nedeniyle yer teslim edememiş ve yüklenici de sözleşme süresi geçtikten sonra sözleşme fiyatlarıyla bağlı olmadığını ihtaren bildirmiştir. İş sahibi kendi hukuk alanına giren bir olay nedeniyle duran işte yeri yükleniciye teslim etmeyerek direnime düşmüştür (15. HD. 5.3.1979, 357/421).**

— . — . —

Eser sözleşmesinde, ifanın gerçekleşmesi için iş sahibinin edim eylemlerine katılmasında zorunluluk vardır. Örneğin, yüklenicinin işin yapılacağı yere girmesini sağlaması, ifanın gerçekleşmesi için gereklidir ki, burada, iş sahibinin ön hazırlıkları yerine getirmesinden söz edilir. İşte bu durumda; iş sahibinin kendisine düşen

hazırlık eylemleri yapmaktan kaçınması da, kabulden kaçınmaya benzer ve bu kavram içinde yer alır ki, bu gibi eylemlerden kaçınma da alacaklı direnimini oluşturur. Üstelik, kaçınmanın kusura dayanması bir koşul da değildir, haklı bir nedene dayanmaması yeterlidir. İşin tamamlanmasına engel olma durumunda da, iş sahibine düşen hazırlıkları yapmaktan kaçınma söz konusu olur. Alacaklı direniminde, sözleşmeden dönmenin, borçlu direnimine ilişkin kurallar çerçevesinde yapılacağı ise, TBK. md. 110'da belirtilmiştir. Davacı yüklenici, idarenin, edim eylemlerinin yapılacağı yerin eylemli olarak bunu yapmamış davacının uyarmasına karşın ön hazırlıkları gerçekleştirmemiş, davacının başvurularını yanıtlamamış, dava sırasında gönderdiği yazıda bile işyerinin eylemli tesliminin sağlanacağı ve güvenlik önlemlerinin alınacağını asla bildirmemiştir. Bu durum ve koşullar karşısında, davacının, eser sözleşmesiyle kurulan ilişkiden kaynaklanan güvenini boşa çıkaran İdarenin, haklı bir nedene dayanmayan tutumu ve kaçınması ile içine düşürüldüğü güvensizlikten kurtulması için sözleşmeden dönmekten başka bir seçeneği kalmamıştır (15. HD. 17.10.1978, 1225/1962).

Ş 19. ESERİN YOKOLMASINDA KUSUR

“Eserin yok olması, malzemenin veya iş sahibince seçilen arsanın kusurlu bulunmasından veya iş sahibinin verdiği emirlerin sonucunda olmuşsa, yüklenici tehlikeyi zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerinin ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca tazminat istemeye de hakkı vardır.” (TBK. md. 483/III).

Eserin Telefine Yolaçan Nedenler

A. Malzemenin Kusurlu Olması

Eserin kendisinden meydana getirildiği ve eser içinde (bünyesinde) kalan gereçlere malzeme denir. Onarım için bırakılan şeyler ve onarım için bırakılan araçlar da TBK. md. 483 anlamında malzeme sayılır. İş sahibinin getirdiği veya verdiği, ister meydana getirilecek eserde kalacak olsun, ister eserin yapımında araç-gereç olarak kullanılan şeylerde bulunsun bir kusur nedeniyle telef olmuşsa, kural olarak hasar ve ücret riskine iş sahibi katlanır. TBK. 483/III’ün uygulanabilmesi için, malzemeyi iş sahibinin getirmesi veya vermesi gerekir. İş sahibi malzemeyi bizzat kendi stoklarından verebileceği gibi, dışarıdan ücret karşılığında da sağlayabilir. Malzemenin sağlanması iş sahibinin girişim veya talimatıyla olsa bile giderlerini yüklenici vermişse, malzemeyi yüklenicinin sağladığı kabul edilmelidir. Bu durumda sorumluluk yükleniciye aittir²⁰³.

B. Arsanın Elverişsiz Olması

Arsanın zemini ister doğal durumda ister bazı hazırlıklar yapılmış durumda olsun, kusur taşınması durumunda TBK. md. 483/III uygulanır. Örneğin, arsanın heyelan bölgesinde olması (eseri meydana getirmeye elverişli olmaması) durumunda kusurlu sayılır.

Bir arsa üzerinde meydana getirilen eser telef olmuşsa, öncelikle arsanın belli bir bölgede ya da belli bir ortalama kalitenin altında olma-

203 Altaş, 95-96.

sı, telef olma nedeninin arsadan kaynaklandığı anlamına gelir. Örneğin, bir arsada meydana getirilen eser küçük bir depremde veya toprak kaymasında telef olursa, bu telef olmanın arsadan kaynaklandığının kabulü gerekir. Bu durumdaki bir eserin telef olması her ne kadar deprem veya toprak kaymasından kaynaklanmışsa da, eserin telef olması nedeniyle doğan zararın ortaya çıkmasında zeminin kusuru umulmayan olaya göre daha ağır basmaktadır. Çünkü arsa kusurlu değil de normal özellikte olsaydı, umulmayan olaya rağmen inşaat yıkılacaktı. Ancak, meydana gelen depremde çevredeki tüm eserler çökmüşse, eserin telef olmasına arsanın bir kusurunun değil, depremin yol açtığı kabul edilmelidir.

Yapılmakta olan eserin telef olmasına arsanın kusurunun değil de, aynı arsa üzerinde fakat “başka bir” yüklenici (örneğin hafriyatçı) tarafından yapılan hazırlık çalışmalarındaki hata veya eksiklerin neden olması durumunda da, hasarın iş sahibine ait olması gerekir. İş sahibi, eserin telef olmasına neden olan ön çalışmaları yapan “diğer” yükleniciye karşı bozukluğa (ayıba) karşı garanti (TBK. md. 474) veya genel kurallar (TBK. md. 112) çerçevesinde haklarını arayabilir. Eski bir evin boyanmasında evin duvarlarının aşırı nemli oluşu veya iş sahibin verdiği boya malzemesinin hatalı olması nedeniyle boyalar dökülmüşse, TBK. md. 483/III uygulanarak iş sahibinin sorumlu olduğunun kabulü gerekir.

TBK. md. 483/III’e göre, yüklenici sadece eserin telef olmasına iş sahibinin gösterdiği arsanın kusurunun neden olması durumunda sorumluluktan kurtulur.

Kusur, yalnız fiziki nitelikte değil, imar ve eşya hukukundan kaynaklanan hukuki nitelikte de olabilir. Örneğin, sözleşme ve imar durumu gereği beş katlı bir bina yapılmıştır. Bina yapıldıktan sonra, arsanın imar durumunun üç kata izinli olduğu gerekçesiyle belediye tarafından fazla iki kat yıkılmışsa, telef olan iki katın sorumluluğu iş sahibine ait olur²⁰⁴.

204 Altaş, 97-98.

C. İş Sahibinin Talimatı

Eser iş sahibinin mutlak ve makul talimatıyla telef olmuşsa (talimat mevzuat ve uygulama ile iş dünyasında geçerli kurallar dikkate alındığında zaten olması gereken özellikteyse), iş sahibi telef olmanın riskini üzerine almış olmaz, TBK. md. 483/III uygulanmaz. İş sahibine kendisinin bir talimatı olmasaydı bile sonucun aynı olacağını kanıtlanırsa olanağı verilmelidir. İş sahibinin talimatları olağan ise, TBK. md. 483/I uygulanmalı ve bu durumda eserin telef olması durumunda riske yüklenicinin katlanacağı düşünülmelidir. Örneğin, bir yamaçtaki arsaya yapılan binada, iş sahibi arka tarafa istinat duvarı yapılması talimatı vermiş, ama inşaat buna rağmen şiddetli bir depremde çökmüşse, burada iş sahibinin talimatı olağan olarak nitelendirilip, eserin telef olmasından dolayı ücret riskine yüklenici katlanmalıdır.

İş sahibinin yanlış (inşaat biliminin ve mevzuatının gereklerine aykırı) talimatlarının sonucu olarak eser telef olmuşsa TBK. md. 483/III uygulanır ve bunun riskine iş sahibi katlanır. İş sahibinin verdiği eserin telefine neden olan hatalı talimat işin meydana gelmesi ve inşaat tarzıyla ilgili olmalıdır. Örneğin iş sahibinin eser meydana gelirken planlar ve projeler konusunda verdiği yanlış talimatlar nedeniyle eserin telef olmasında durum böyledir.

Talimat tek taraflı olursa TBK. md. 483/III'ün uygulanması düşünülebilir. İş sahibi ile yüklenicinin birlikte kararlaştırdıkları şeyler talimat sayılmaz.

İş sahibinin talimatının TBK. md. 483/III kapsamına girebilmesi için, özellikleri ve bağlayıcılığı açısından eserin tamamlanmasının ötesine geçmesi, işin belirli ve ancak o şekilde yapılmasını sağlamak amacıyla verilmesi gerekir.

Talimat sözleşme yapılırken verilebileceği gibi sözleşmenin ifası sırasında da verilebilir.

Eserin telef olması ile iş sahibinin yanlış talimatları arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Örneğin, duvarların çok ince yapılması talimatı verilen bir binanın betonarmesi çökmüşse, sorumlu kişi yük-

lenicidir; çünkü hiçbir binanın duvarları ince yapıldı diye betonarmesi çökmez²⁰⁵.

D. İş Sahibinin Kusurlu Davranışı

Eser iş sahibinin veya yardımcı şahıslarının ya da onun davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin kusurlu bir hareketi nedeniyle telef olmuşsa, bunun riskine iş sahibi katlanır (TBK. md. 483/III). Örneğin, iş sahibinin bahçesinde resim yapan kişinin, yapılmakta olan bu resim iş sahibinin çocuğunun attığı bir topla telef olmuşsa, sorumlu kişi iş sahibidir. Bu durumda iş sahibi sadece ücret ve malzeme riskine katlanmayıp, ayrıca tazminat yükü altına girer. Tazminatın nedeni, sözleşmenin zamanından önce ve tamamlanmadan bitmesi dolayısıyla zarar görmesidir. İş sahibi kendisinden beklenen bütün özeni göstermesine karşın, eserin telef olmasına yol açan olayı önleyemediğini, yani kusuru bulunmadığını kanıtlayamadığı takdirde kusurlu sayılır. İş sahibinin malzeme veya arsanın kusurunu bilinmesine karşın yükleniciyi bundan haberdar etmemesi veya yüklenici iş sahibinin tehlikeli talimatı konusunda kendisini uyarmasına karşın talimatında ısrar etmesi durumunda kusurlu sayılmalıdır²⁰⁶.

İş sahibi yapılan kısmın telef olmasına kusurlu davranışıyla neden olmuşsa, yüklenicinin tüm zararlarını ödemek zorunda kalır (TBK. md. 483/III). Örneğin, gösterdiği arsanın bozukluğundan, verdiği talimatın zararlı sonuçlarından haberdar olan veya yüklenicinin uyarısına karşın hatalı talimatında ısrar eden iş sahibi, sadece hakkaniyete uygun bir bedel artışı yapmakla kurtulamaz; telef olan kısmın inşaatın tümüne oranı kadar sözleşmedeki bedeli arttırmak zorunda kalmasının yanında, bu telefin yol açtığı ve yüklenicinin giderlerini/maliyetini artıran her kalemi ödemekle hatta işin bu yüzden geç bitmesi nedeniyle yüklenicinin tüm bedeli geç alması, başka işlere geç başlaması, uğradığı saygınlık (prestij) kaybı nedeniyle kaçıracağı başka işler vb. nedeniyle uğradığı diğer zararlarını da gidermekle yükümlü olacaktır²⁰⁷.

205 Altaş, 98 vd.

206 Altaş, 101 vd.

207 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 164.

E. Yüklenicinin İhbar Yükümlülüğü

İş sahibinin TBK. md. 483/III sayılı nedenlerden sorumlu olabilmesi için, yüklenicinin üzerine düşen ihbar yükünü yerine getirmesi gerekir. Yasa koyucunun bu ihbar yükünü yükleniciye yüklemesinin nedeni, genellikle iş sahibinin acemi ve tecrübesiz, onun ise uzman kişi kabul edilmesindedir. Yüklenici özen ve sadakat görevinin gereği olarak bu tehlikelere iş sahibinin dikkatini zamanında çekmezse, ortaya çıkan olumsuz sonuca da kendisi katlanır.

İhbarın muhatabı iş sahibi veya yetkili temsilcisidir. Yetkili olmayan birine, örneğin iş sahibinin sekreterine veya bir başka çalışanına ulaşan uyarı yasanın aradığı sonuçları doğurmaz.

Yüklenici, iş sahibine, malzeme, arsa veya yanlış talimatın uygunluğu konusunda haklı bir şüpheye sahip olduğu ve olması gerektiği anda, vaktinde ve gecikmeksizin ihbarı yapmak zorundadır. Yüklenici, ihbarı zamanında yapsaydı bile eserin kazaya uğrayacağını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir. İhbarın, (arsa, malzeme, yanlış talimatın neden olacağı) tehlikenin doğuracağı sonuçları (eserin telef olacağı) onun anlayacağı içerikte olması gerekir.

İhbar yükümlülüğü aşağıdaki durumlarda zorunludur: 1) Malzemenin veya arsanın kusurlu veya verilen talimatın uygunsuzluğunun onun tarafından bilinmesi açık olan durumlar. 2) Yasa, örf ve adet veya iş hayatının gerekleri nedeniyle malzeme veya arsadaki kusuru veya talimatın uygunsuzluğunu yüklenicinin bilmesi gerektiği durumlar. 3) Malzeme ve arsadaki kusuru ya da talimattaki uygunsuzluğu dikkatli ve işinin uzmanı bir yüklenici olarak bilmesi (bilmek zorunda olması) gereken durumlar.

İş sahibinin yapılan iş konusunda uzman olması veya kendisini bir uzmana temsil ettirmesi (uzmandan bilgilenmesi) durumunda yüklenicinin kural olarak ihbar yükümlülüğü yoktur. Örneğin, arsa sahibi kendi anlaştığı yapı denetim ortaklığına inşaatı kontrol ettirmekteyse durum böyledir. Burada yapılması gereken kontrolün, malzeme mi, gösterilen

arsa mı, yoksa verilen talimatlar mı olduğunun ayırt edilmesi gerekir. İş sahibinin uzman olduğu veya bir uzman tarafından temsil edildiği durumlarda ya da uzmanlarca bilgilendirilen iş sahibi talimatlarında, yüklenicinin kontrol yükümlülüğü daha toleranslı yapılmalıdır. Yüklenici, uzmanlarca verilen talimat ve bilgilerin eserin meydana getirilmesini tehlikeye sokmayacağına güvenmekte haklıdır. Örneğin, inşaat mühendisi olan iş sahibi tarafından yaptırılan inşaat halinde durum böyledir. Ancak yüklenici kontrol yükümlülüğünün bulunmadığı durumlarda iş sahibinin talimatlarının uygunsuzluğunu özel ve esaslı bir kontrol yapmaksızın öğrenirse bunu iş sahibine ihbar etmek zorundadır. Örneğin, inşaatın çatısını yapan bir kalfanın, verilen talimatlarda çatı eğiminin yanlış olduğunu fark etmesine karşın, iş sahibinin inşaat mühendisi olduğu gerekçesiyle ihbar etmemesi onu sorumluluktan kurtarmaz.

Yüklenici iş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın uygunluğunu, iş sahibinin uzman olması veya uzman tarafından temsil edilmesi durumunda bile, kontrol etmekle yükümlüdür. Çünkü iş sahibinin veya yardımcı elemanlarının uzman olması gerçeği, yükleniciye malzemenin veya arsanın yapılan eser için uygun olduğuna güvenme hakkı vermez.

Sözleşme malzeme veya arsanın kusurlarını kontrol yükümlülüğünü iş sahibine vermişse, yüklenicinin ihbar yükümü kalmaz²⁰⁸.

YARGI KARARLARI

TBK. md. 483'teki "kazara" sözcüğü ile amaçlanan da, eserin sözleşmenin taraflarından hiçbirine isnat edilemeyecek nedenlerle telef olması durumudur. Başka bir deyişle ancak bu durumda hasar meydana gelmişse telef olan malzeme kime ait ise, hasara da o katlanır. Somut olayda, teknenin davalıya ait işyerinde ve davacının hakimiyet alanı dışında çıkan yangınla hasarlandığı çekişmesizdir. Yangının çıkış nedeni saptanamamış ise de zarar, davalının hakimiyet alanındaki işyerinde meydana geldiğinden davacı iş sahibine yüklenecek bir kusur yoktur. Durum böyle olun-

208 Altaş, 103 vd.

ca, mahkemece bilirkişilerden tekne motorunun bedeli açısından da ek rapor alınarak bu kalem istemin de kabulü gerekir (15. HD. 19.2.2003, 70/746; 15. HD. 20.4.1995, 6303/2382).

--- --

Davacıya ait kesim motorunun davalı tarafından onarılmasına ilişkin yanlar arasında sözlü akit yapıldığı çekişmesizdir. Bu akdi ilişki, hukuksal niteliğince bir "eser" sözleşmesi olup; davacı iş sahibi, davalı yüklenicidir. Onarımı, yüklenilen davacıya ait kesim motorunun davalının iş alanındayken yani atölyesinden çalınmış olduğunda da yanlar arasında uyuşmazlık yoktur. Yüklenici, yapımını yüklediği işi, sözleşme hükümlerine, öngörülen amaca, fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmak ve belirlenmiş ise süresinde, teslim süresi belirlenmemişse işin niteliğine göre uygun sürede iş ya da eseri sahibine teslim etmekle yükümlüdür (TBK. md. 471) Yüklenicinin bu 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 olmasına karşın; sorumluluğu, bilgisi ve ekonomik gücü itibarıyla işinin uzmanı sayıldığından işçiye nazaran daha ağırdır. TBK'nın 483/I. maddesi hükmü gereğince; eser, tesliminden önce, bir kaza sonucunda yok olmuşsa iş ya da eser sahibi onu teslim almada direnmedikçe (direnime düşmedikçe) yüklenici, ne yaptığı işin ücretini ne de giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İlke olarak, hasar, imal olunan yahut onarılan eserin, iş sahibine teslimine kadar yükleniciye aittir. Kaza sonucu teslimden önce eserin yok olması durumunda malzeme kime aitse, hasarı da ona ait olur (TBK. md. 483/II) Ancak, eserin yok olmasında yüklenici kusurlu ise, TBK'nın 483/II. maddesi hükmünden yararlanamaz. Yüklenici, eseri, iş sahibine teslim etmek istemiş ve fakat iş sahibi alacaklı direnimine düşmüş ve bundan sonra eser kaza sonucu yok olmuşsa, yahut hasara uğramışsa, sorumluluk artık yüklenicide değil, iş sahibine ait olur. (TBK. md. 106, 483/I) Özetle açıklanan bu hukuksal çerçevede dahilinde somut olayın değerlendirilmesine gelince; iş sahibi

davacının alacaklı direnimine düşürüldüğü davalı tarafından ileri sürülüp yasal delillerle kanıtlanmadığı gibi; yüklendiği ediminin aynen ifasının imkansızlığının kendisine yöneltmesi mümkün olmayan bir nedenden dolayı olduğunu da kanıtlayamamıştır. Genellikle, edim borçlusunu, kendisine yöneltmesi mümkün olmayan bir nedenden dolayı, ediminin olanaksız duruma gelmesinden sorumlu tutulamaz. Buna "kaza" denilir ve kazadan amaç, eserin yok olmasının sözleşmenin taraflarından hiç birine yükletilmemesidir. Ancak, edimin ifasının olanaksızlaşması durumunda hiçbir kusurun kendisine yükletilemeyeceğini kanıtlama ödevi, eseri teslim etmek borcu yükümlülüğünü taşıyan yükleniciye aittir. Dava dosyası kapsamındaki deliller ve 27.10.2002 günlü bilirkişi raporunda açıklanan tespitler değerlendirildiğinde; davalının atölyesinin kapısının, kilit kısmından sert bir cisimle dışarıdan kolaylıkla açılabilir durumda olduğu ve dolayısıyla onarımını yüklediği davacıya ait motorun muhafazasında gerekli özeni göstermediği ve özen borcuna aykırı davrandığı ve zararlı sonucun oluşumuna kusuruyla neden olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da, sorumsuzluğunu kanıtlayamayan davalı, TBK'nın 112. maddesi hükmü gereğince davacının gerçek zararını gidermekle yükümlüdür. Mahkemece yapılacak iş, davacının kesim motorunun tüm özellikleri, amortisman durumu ve piyasa koşulları gözetilerek gerçek değerinin bilirkişi incelemesi yaptırılarak saptanması ve belirlenecek değerinin istek de gözetilerek ödetilmesine karar vermekten ibaret olmalıdır (15. HD. 17.11.2003, 2621/5492).

Ş 22. İŞ SAHİBİ YÜZÜNDEN İFANIN OLANAKSIZLAŞMASI

Eserin tamamlanması iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla olanaksızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. Olanaksızlığın ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır (TBK. md. 485). Bu madde iş sahibinin şahsında veya tehlike alanında gerçekleşen umulmayan bir olaydan doğan olanaksızlığı düzenlemektedir. Bu maddenin uygulanması için, iş sahibinin şahsını ilgilendiren veya onun rizikolar çerçevesinde meydana gelen bir kazanın veya iş sahibinin kusuru bulunmayan bir olayın, işin ifasına engel olması ve onu nesnel olarak olanaksızlaştırması gerekir²⁰⁹.

Olanaksızlık,

- İş sahibinin şahsında veya tehlike alanında gerçekleşen umulmayan bir durumdan (örneğin, iş sahibinin ölümü veya ağır hastalanması nedeniyle portresinin veya elbise provasının yapılamaması, inşaat ve iş sahibine ait arsanın kamulaştırılması, deprem veya toprak kayması sonucu inşaat yapılamayacak duruma gelmesi, üzerine inşaat yapılacak arsaya yetkili makamlarca inşaat yasağı konulması veya iş sahibinin önerdiği projeye izin verilmemesi vb.) meydana gelmelidir.
- Sürekli, nesnel ve mutlak nitelikte olmalıdır; eserin meydana getirilmesi herhangi bir yüklenici için olanaklı bulunmamalıdır.
- Eserin başlanmasına, tamamlanmasına ve teslimine engel olmalıdır.

Bu durumda, bir fesih beyanına gerek olmadan, yani yasa gereği sözleşme ileriye etkili olarak sona erecektir; bunun sonucu olarak eserin henüz tamamlanmamış kısmına ilişkin karşılıklı talepleri sona erecektir²¹⁰.

Olanaksızlığın iş sahibinin yardımcılarının (TBK. md. 116) dav-

209 Ergezen, 149

210 Buz, 27, Tandoğan, II, 327.

ranışından kaynaklanması durumunda da, iş sahibi TBK. md. 485/II açısından sorumlu olacaktır²¹¹.

Eserin kusursuz (ayıpsız) olarak imaline ilişkin olanaksızlık durumunda TBK. md. 485 değil, kusurlu/bozuk (ayıplı) eser teslimine ilişkin TBK. md. 474 vd. hükümleri uygulanmalıdır²¹².

Madde, kazadan ve eserin tamamlanması olanağını ortadan kaldırmaktan doğan sonuçları iş sahibine yükleyerek, TBK. md. 483/III'ü tamamlamaktadır. Bu sonuçlarla md. 483/III'ün öngördüğü sonuçlar arasında özdeşlik vardır²¹³.

Önemli olan eserin teslimidir. Eser yüklenicinin egemenlik alanında bulunduğu sürece, eserin tamamlanmışlık derecesine bakılmaksızın TBK. md. 485 uygulama alanı bulacaktır.

Burada eserin eksik kalmasının iş sahibi yüzünden başlanması veya tamamlanmasının olanaklı bulunmaması söz konusudur. Eser tamamlandıktan sonra iş sahibine bağlanan nedenlerle eser yok olursa, hasar iş sahibine ait olacaktır (TBK. md. 483/I)²¹⁴.

*İfanın olanaksız duruma gelmesinde iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca olumlu zararının tamamını isteme hakkı vardır; bu tazminattan, yüklenicinin edim yükümünden kurtulma sonucu yaptığı başka işlerden elde ettiği veya kasten elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar indirilecektir*²¹⁵.

Eserin tamamlanması veya işe başlanması olanaksız olmalıdır. Anılan olanaksızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan, sürekli ve nesnel nitelikte olup, eserin meydana getirilmesi herhangi bir yüklenici için olanaklı bulunmamalıdır. Bu olanaksızlık yüzünden, eserin yapımına başlanamamakta veya başlanmış ise eser tamamlana-

211 Aslan, 400.

212 Tandoğan, 327.

213 Velidedeoğlu/Özdemir, 585.

214 Zevkililer, 347.

215 Buz, 32.

mamaktadır. İş sahibinin bu ifaya katlanıp katlanmayacağına bakılmayacaktır²¹⁶. İş sahibinin şahsını ilgilendiren veya onun ilişkileri çevresine, ona ait rizikolar (tehlikeler) çevresine giren bir kaza, iş sahibinin kusuru bulunmayan bir olay için yerine getirilmesine engel olmalı, onu nesnel olarak olanaksızlaştırmalıdır. İşe başladıktan sonraki veya başlamadan önceki olanaksızlık durumu da bu kuralın kapsamına girebilir. Çünkü TBK. md. 485, yüklenicinin yüklendiği eserin iş sahibine yüklenebilen bir nedenle olanaksızlaşması durumunu düzenlemektedir. Burada önemli olan, olanaksızlığın eserin tamamlanmasından önce veya sonra gerçekleşmesi değil, yüklenicinin yüklendiği eser meydana getirme yükümlülüğünü tam olarak yerine getirememesidir. Örneğin, üzerinde inşaat yapılacak iş sahibine ait arsanın kamulaştırılması veya imar yasağı kapsamına alınması durumunda TBK. md. 485 anlamında eserin meydana getirilmesi hukuken olanaksızlaşmıştır. Aynı biçimde, gelinlik veya takım elbise siparişi veren iş sahibinin ölmesi durumunda, artık gelinliğin veya takım elbisenin prova yapmak üzere giydirilmesi olanaklı değildir²¹⁷. Olanaksızlık eserin kusursuz (ayıpsız) olarak yapımına ilişkin ise TBK. md. 485'e değil, eserdeki bozukluk nedeniyle sorumlulukla ilgili TBK. md. 474 vd'na dayanılmalıdır²¹⁸.

Eser tamamlanmış ancak teslim edilemiyorsa, "alacaklı direnimi"ne ilişkin kurallar (TBK. md. 106) uygulama alanı bulur. Olanaksızlığın eserin tesliminden önce tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra ortaya çıkmasının, TBK. md. 485'in uygulanabilirliği üzerinde bir etkisi yoktur. Eski tarihi bir eser için mimari özellik taşıyan kapı yapımıyla ilgili olarak iş sahibiyle marangozun anlaştığı, tarihi eserin bir deprem sonucu yıkıldığı ve aslına uygun olarak yeniden yapılmasının olanaklı bulunmadığı, kapının iş sahibi için kullanılamaz duruma geldiği bir sorunda, somut olay adaleti gereği, iş sahibi indirilmiş bir ücret (veya uygun bir tazminat) karşılığında sözleşmeyi sona erdirebilmelidir²¹⁹.

216 Aral, 398; Tandoğan, II, 327; Buz, 27; Altaş, 189

217 Altaş, 190-191.

218 Tandoğan, II, 327.

219 Altaş, 191.

TBK. md. 483'te, sözleşme konusu şeyin telef olması öngörülmemekte; TBK. md. 485'te ise, iş sahibinin ilişkileriyle ilgili olaylar yüzünden eserin telef olması değil, yapılmasının veya tamamlanmasının mümkün olmaması ve bu durumuyla işin tamamlanmasının yükleniciden beklenememesi durumu düzenlenmektedir. Yoksa iş sahibi nezdindeki bir kaza yüzünden eser telef olursa yine TBK. md. 483/I uygulanacaktır²²⁰.

Eserin tamamlanıp teslimi iş sahibi tarafta ortaya çıkan umulmadık bir olay dolayısıyla olanaksız duruma gelmişse, bu madde hükümleri uygulanacaktır. Kamulaştırma, taşınmazın toprak kayması veya deprem sonucu yok olması örnekleri tamamlanıp da henüz teslim edilmemiş yapı için de söz konusu olabilir. Alacaklı eseri teslim almakta direnime düşmüş olmadıkça, teslimi olanaksız durumlar için de geçerlidir²²¹.

İş sahibinin ilgili olduğu ve borçlanılan eserin tamamlanmasına neden olan olay onun kişiliğinden, işletmesinden veya ifa yardımcılardan ya da ona ait bir riskin gerçekleşmesinden kaynaklanabilir. İş sahibinin ilişkileri ve ona ait rizikolar çevresine giren ve işin tamamlanmasına engel olan durumlar somut olayın özelliğine göre yargıç tarafından değerlendirilmelidir²²². Umulmayan olay nedeniyle, sadece işin sonucunun elde edilmesinin zorunlu olarak iş sahibinin belirli bir katkısına (veya davranışına) gereksinim bulunuyorsa, örneğin sipariş edilen gelinliğin son provasından önce iş sahibinin ölmesi durumunda iş sahibinin şahsından kaynaklanan bir olanaksızlık vardır demektir²²³.

Umulmadık olaya örnekler:

- İş sahibinin kusuruyla neden olmadığı hastalıktan ötürü ehliyetsiz olması.

220 Ergezen, 151.

221 Tandoğan, II, 327.

222 Tandoğan, II, 327; Altaş, 192.

223 Altaş, 192.

- İş sahibinin arsasına üçüncü şahsın koydurduğu ihtiyati tedbir nedeniyle yüklenicinin inşaaata devam edememesi.
- İş sahibinin eserin yapılmasına katılması sözleşme ile öngörülmesine karşın, onun ölümü dolayısıyla şahsen katılmasının engellenmesi.
- Üzerinde inşaat yapılacak arsaya yetkili makamlarca inşaat yasağı konulması veya iş sahibinin önerdiği projeye izin verilmemesi.
- Ölçü üzerine bir elbise veya takma diş ısmarlayan iş sahibinin ölmesi nedeniyle gerekli provaların yapılamaması, iş sahibinin evinde yapılmakta olan tamamlanmamış tablonun çalınması.
- Sözleşmenin kabul ettiği inşaat sistemine resmi makamların izin vermemesi.
- İş sahibinin sağladığı malzemedeki bozukluk veya gösterdiği arsanın elverişsizliği veya verdiği talimatta ısrarı yüzünden işin tamamlanmasının olanaksızlaşması.
- Taşınmazın kamulaştırılması, deprem veya toprak kayması sonucu inşaat yapılamayacak duruma gelmesi veya daimi olarak su altında kalması²²⁴.
- İş sahibi iflas etmişse, iflas idaresi -iflasın açıldığı tarihte henüz tamamlanmamış olan eser için- sözleşmenin ayakta kalmasına karar vermediği sürece, sözleşmeden dönülmüş olduğunun kabulü gerekir²²⁵.

TBK. md. 485/I yalnız iş sahibinin çevresinde meydana gelen bir umulmadık durumun eserin tamamlanmasını olanaksızlaştırması durumunda değil, tamamlanmış bir eserin tesliminin iş sahibinin çevresinde doğmuş bir kaza yüzünden olanaksızlaşması durumunda da uygulanabilir²²⁶.

224 Tandoğan, II, 327; Becker, 644; Aral, 399; Olgaç, III, 996; Buz, 27.

225 Uygur, VII, 8395.

226 Becker, 644; Aral, 398.

TBK. md. 485, yalnız mutlak ve objektif olanaksızlık durumlarında değil, öznel olanaksızlık durumlarında da sözleşmeye devamın iş sahibinden beklenemeyeceği, onun için katlanılmaz olacağı durumlarda da uygulanmalıdır. İş sahibi, sözleşmeye devam etmesini yükleniciden beklenemez duruma getiren önemli bir neden ortaya çıktığında bu maddeye başvurulabilir. Bu fesih hakkının kullanılması, böylece sözleşmeye devama engel olan önemli bir nedenin ortaya çıkması ve sözleşmeyi bozmak için md. 484'e göre tam tazminat ödemenin iş sahibinden beklenemeyecek aşırı bir külfet niteliği taşıması koşullarına bağlıdır. Giderlerin aşırı derecede artması durumunda iş sahibine sözleşmeyi bozma yetkisi tanıyan TBK. md. 482 ve 480/II, TBK. md. 485/I'in özel uygulama biçimini oluştururlar. Bu gibi nedenlerle sözleşme bozulduğunda da, iş sahibinin yüklenicinin o ana kadar yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini ödemesi gerekir²²⁷.

İş sahibinin şahsında ortaya çıkan umulmayan olaya TBK. md. 483/III'de düzenlenen durumlar, yani iş sahibinin verdiği malzeme, arsa ya da talimatlar nedeniyle eserin telef olup, tamamlanmasının olanaksızlaştığı durumlarda da aslında eserin tamamlanması iş sahibi nedeniyle olanaksızdır. TBK. md. 485/I'in uygulanması için, eserin olanaksızlaşmasına, iş sahibinin kusurunun veya kusursuz sorumlu olduğu bir durumun değil kazanın yol açması gerekir. Zira bu durumun ortaya çıkmasına iş sahibinin kusuru yol açıyorsa, TBK. md. 485/I değil II'nin uygulanması gerekir²²⁸. Eserin tamamlanmasının olanaksızlaşması durumunda, TBK. md. 483'ün uygulanması gerekiyorsa, TBK. md. 485'in uygulanma şansı yoktur²²⁹.

TBK. md. 485'te öngörülen koşullar gerçekleştiğinde, eser sözleşmesi, bir fesih beyanına gerek kalmadan²³⁰, ileriye etkili olarak sona erer. Bu durumda, yanların eserin henüz tamamlanmamış kısmına ilişkin istemleri de sona erer. Sona ermenin kendiliğinden mi, yoksa yük-

227 Tandoğan, II, 328-329.

228 Aral, 397, Altaş, 193.

229 Altaş, 193.

230 İhtamameye gerek yoktur, çünkü sözleşmenin feshedileceğini bizzat yasa maddesi açıklıyor.

lenicinin bozma bildirimiyile mi gerçekleşeceği sorunu tartışma götürür. Nasıl sona ererse ersin, bozmanın etkisi geriye değil ileriye sonuç doğuracaktır²³¹.

Yasada açıklanan nedenler gerçekleştiğinde, yüklenici, sözleşmenin sona ermesine kadar yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini iş sahibinden isteyebilecektir. Yüklenicinin ücret alacağı hesaplanırken sözleşmecilerin önceden kararlaştırdıkları ücret esas alınacaktır.

İş sahibinin riziko alanında meydana gelen bir olay veya durum nedeniyle eser teslimden önce telef olmuşsa yüklenici kural olarak ücret veya tazminat isteyemeyecek; işe yeniden başlayıp devam ederse bir ücret artırımını isteminde bulunamayacaktır. Eserin telefinde iş sahibinin kusuru varsa, hem yapılmış kısmın ücretini, hem de ayrıca yükleniciye tazminat ödemesi gerekir. Eser telef olmadan onun tamamlanması için sözleşmeye devamı engel olan iş sahibinin çevresine ilişkin tehlikeler gerçekleşir veya sözleşmeye devam iş sahibinden beklenemezse, yüklenici TBK. md. 485'e dayanarak işinin değerini ve giderlerini isteyebilir²³².

Yüklenicinin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini ödeyen iş sahibi, eserin olanaksızlık anına kadar tamamlanmış kısmını alabilir²³³.

İş sahibinin faaliyet alanına giren bir nedenle iş olanaksızlaşmışsa, yapılan kısım iş sahibinin yararlanamayacağı bir şey olsa bile yüklenici yaptığı kısım oranında bedel isteyebileceği gibi, işin tümüne ilişkin kazanç kaybı kadar olmasa bile, aldığı orantılı bedeli aşan bir tazminat da alabilir. Bunun miktarını yargıç belirler. Şayet yapılan kısım iş sahibinin işine yaramayacak ise, bu durumda orantılı bedel alamayacaksa da, yapılan kısmın maliyetini isteyebilir. İş sahibinin faaliyet alanında ortaya çıkan olanaksızlığa, iş sahibinin arsasında yapılacak inşaatlarda

231 Aral, 399; Tandoğan, II, 329.

232 Tandoğan, II, 330.

233 Altaş, 197.

arsanın sözleşmedeki inşaatı yapmayı olanaksızlaştıracak bir özelliğinin ortaya çıkması; inşaatı olanaklı kılacak resmi izinleri almayı iş sahibinin yüklendiği sözleşmelerde bu izinleri iş sahibinin öznel bir özelliği nedeniyle veya sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan nesnel bir nedenle alamayacağının anlaşılması; inşaat yapılan iş sahibine ait arsanın kamulaştırılması örnek verilebilir²³⁴.

İşin değeri ve giderlerin nasıl hesaplanacağı TBK. md. 481 ve 483/II'de gösterilmiştir. Burada yüklenici, md. 483'te olduğu gibi işin tamamlanması durumunda elde edeceği kârın tamamını değil, sözleşme sona erinceye kadar yaptığı iş için genel giderler payını da içine alan uygun bir karşılık isteyebilir. İşin çok ilerlemiş olması ve sözleşmede kararlaştırılmış ücretin yüksek olmaması durumunda yüklenicinin alacağı tazminat bu ücrete yakın olabilir. Yüklenici henüz işe başlamadan olanaksızlık ortaya çıkmış ise, ancak yaptığı hazırlıkların giderlerini isteyebilir, fakat sözleşmenin kurulması giderlerini isteyemez²³⁵.

Eserin tamamlanmasının iş sahibi nezdinde ortaya çıkan nedenler dolayısıyla olanaksız duruma geldiği anda yüklenici “borçlunun direnimi” durumunda bulunuyorsa, TBK. md. 118-119 tamamlayıcı olarak uygulanmalı ve kurtuluş kanıtı getiremeyen yüklenici iş sahibinin olanaksızlıktan doğan zararını gidermelidir; ayrıca iş sahibi yapılmış kısmın kendisi için kullanılması olanaklı değilse bu kısmı da kabul etmeyip onun için ücret (masraf) ödemekten kaçınabilir²³⁶.

İş sahibinden kaynaklanan nedenler yüzünden işin tamamlanmasının olanaksızlaşması ve bu nedenle sözleşmenin sona ermesi durumunda, bundan alt yükleniciler de etkilenir. Alt yüklenici ilk yükleniciden o zamana kadar yaptığı işin değerini ve buna dahil olmayan giderlerini ve asıl iş sahibinin kusuru varsa olumlu zararının ödenmesini isteyebilir; zira ilk yüklenicinin asıl iş sahibine ait rizikoyu alt yükleniciye yüklemesi ve kendi yükümlülüklerinden sıyrılması hakkaniyete

234 Öz, İnşaat Sözleşmesi, 162.

235 Tandoğan, II, 330.

236 Tandoğan, II, 331; Altaş, 197.

uygun olmaz; ilk yüklenici alt yüklenicinin zararının tazminini üçüncü kişinin ifaya olan yararlarını kendi adına iş sahibine karşı ileri sürmek yoluyla sağlamalıdır²³⁷.

İş sahibi, yüklenicinin borçlandığı eserin tamamlanmasını kendi davranışı ile kasten veya ihmali ile olanaksız duruma sokarsa, TBK. md. 485/II anlamında kusurlu sayılır. Örneğin, düğün gününden en az iki gün önce gelinliğin provası için terziye gitmek zorunda olan iş sahibi, düğüne bir saat kala gelirse, kusurlu davranışıyla eserin tamamlanmasını olanaksızlaştırmış sayılır. Bu durumda, yüklenicinin (terzinin) prova sonrası yapacağı giderler indirilerek, ücreti ödemek zorundadır. Eserin ifasının olanaksızlaşması, iş sahibinin kendisinden beklenen özeni göstermemesi veya onun ifa yardımcılarının davranışından kaynaklanıyorsa, iş sahibi yine kusurlu sayılacaktır. Örneğin, iş sahibinin veya ifa yardımcılarının yüklenicinin inşaat yapacağı arsaya girmesini engellemeleri, onarılacak evi yıkmaları, inşaatın başlaması için gerekli ruhsatı almaması gibi durumlarda TBK. md. 485/II uygulanır²³⁸.

İş sahibin kusuru değerlendirilirken, sözleşmeden doğan bir borcun ihlali ve teknik anlamda bir kusur bulunmaması zorunlu değildir²³⁹.

Bir eserin tamamlanmasının olanaksızlaşmasına iş sahibi kendi kusuruyla neden olmuşsa, yapılan kısım ister işine yarasın ister yaramasın, yüklenici olumlu zararının (ifaya olan yararlarının) tamamının (tüm kazanç kaybının) ödenmesini isteyebilir. Olumlu zarar hesaplanırken, tarafların edim yükümlülükleri sona erdiğinden, yüklenicinin yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka işlerden elde ettiği veya iyi niyet kurallarına aykırı olarak elde etmeyi ihmal ettiği kazançlar indirilir²⁴⁰.

İş sahibinin borç ödemekten aczi halinde yüklenicinin sözleşmeyi bozması: İş sahibi iflas etmişse, iflasın açılması anında eser henüz tamamlanmamışsa, sözleşmeden dönüldüğü karine olarak kabul edil-

237 Tandoğan, II, 332.

238 Altaş, 196.

239 Tandoğan, II, 331.

240 Altaş, 195.

melidir; ancak iflas masası sözleşmeye katılmak hakkını kullandığını açıklarsa sözleşme devam edebilecektir. Eser sözleşmesinin konusu bir yapının yapılması değilse veya yapı işi söz konusu olup da henüz yasal ipotek hakkı tescil ettirilmemişse, yüklenici iş sahibinin iflas etmesi veya aleyhindeki haczin semeresiz kalması üzerine, iflas masasından veya aleyhindeki takip semeresiz kalan iş sahibinden, ücret alacağı için bir güvence göstermesini isteyebilir; bu güvence uygun süre içinde gösterilmezse yüklenici sözleşmeyi bozabilir. Bir yapı söz konusu ve iflasın açılması sırasında tamamlanmağa yakın ise, yükleniciye daha önce önemli miktarda avanslar verilmişse veya yapı kolaylıkla paraya çevrilebilecek nitelikteyse, iflas masasının iş sahibi yerine sözleşmeye girmesi alacaklılar için elverişli bir yol olabilir; fakat çoğu zaman masanın elinde güvence gösterecek bir değer bulunmadığından bu yola seyrek olarak başvurulmaktadır. İflas masasının sözleşmeye girmemesi veya yüklenicinin yasal ipoteği yeterli bulmaması ve masanın da başka güvence göstermemesi yüzünden yüklenici sözleşmeyi bozmuşsa, eser tamamlanmamış ve yasal ipotek hakkı da tescil ettirilmemiş ise, yüklenici “ifaya olan menfaatinin tamamından eserin tamamlanamamış olması dolayısıyla tasarruf ettiği miktar çıkarıldıktan sonra kalanı kısmı” masaya imtiyazsız olarak yazdırılabilir; bu alacaktan önce verilmiş avanslar varsa onlar da mahsup edilmelidir. Bir yapı işi söz konusu olup da yüklenici iflas açılmazdan önce veya sonra yasal ipotek hakkını tescil ettirmişse, iflas masası sözleşmeye katılırsa yüklenici güvencesini yeterli görüp işe devam edebilir veya yeterli görmeyip ek güvence ister ve bu verilmezse sözleşme bozulabilir; sözleşmeyi bozarsa ücretinden eserin tamamlanmaması dolayısıyla tasarruf ettiği giderler indirildikten sonra kalan kısım yasal ipotek hakkından yararlanır; yüklenici avans almışsa bu da alacağından indirileceğinden, çoğu zaman işe devam etmek, yasal ipotek hakkı yeterli olmasa bile, onun için elverişli görünebilir. Yasal ipotek hakkı geçici olarak tescil ettirilmişse, iflas idaresinin yüklenicinin tartışmalı olan alacaklarını kabul veya ret konusunda karar vermesi, reddettiği bölüm için yüklenicinin mahkemeye başvurması gerekir. Malik henüz inşaatla başlamadan önce taşınmazını değerinin

çok üstündeki alacaklar için rehnetmiş olabilir; yüklenicinin yasal ipotek hakkının tescili daha sonraki tarihli olduğu için ipotegin paraya çevrilmesinde yüklenicinin çalışmasıyla arsaya getirdiği değer fazlasının önceki ipotek sahiplerinin eline geçmemesi için, rehin paraya çevrildiği zaman yüklenici bütün alacaklarını alamamak suretiyle zarara uğrarsa, bu zararın doğacağını önceden bilen veya bilmesi gereken üstün sıradaki alacaklılar, paylarına düşen miktarların toplamından arsanın değerine düşen miktar indirildikten sonra kalanla yüklenicinin zararını gidermekle yükümlüdürler²⁴¹.

YARGI KARARLARI

Uyuşmazlık, eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davacı, arsa sahibi; davalı, yüklenicidir. Davacıya ait arsada devredilecek pay karşılığı davalının yapacağı binadan belli bağımsız bölümlerin davacıya verilmesi kararlaştırılmıştır. Eserin bitim ve teslim süresi 30.3.1988 tarihinden itibaren 14 ay olarak kararlaştırılmıştır. İnşaat henüz bodrum kat seviyesinde iken davacı tarafından noterlik kanalıyla gönderilen ihtarnamede sözleşmede kararlaştırılan ve gecikme nedeniyle mahrum kalınan... TL. kira parasının tahsili, tapudaki satış vaadi şerhinin kaldırılması istenilmiş, 'sözleşmenin feshedildiği' bildirilmiştir. Olumlu cevap alınmaması üzerine de bu dava açılmıştır.

Arsaya inşaat ruhsatı verilmeyeceğinin bilindiği ve verilmediği, başlanan inşaatın yetkili mercice durdurulup mühürlendiği çekişme konusu değildir. Yanlar arasında sözleşme yapıldığı tarihte imar ve inşaat izni alınamayacağı bilindiğine göre, sözleşmede işin süresi için konulan koşul kamu düzeni ile bağdaşmaz, dolayısıyla geçersizdir. Her ne kadar 19.10.1990 tarihinde parselin bulunduğu mevkiinde imar durumu belirlenmiş ve imar yasağı kaldırılmış ise de, bu kez sözleşme eki projenin uygulama kabiliyeti kalmamış, durdurulan inşaatla aynı projeye devamı yine olanaksız kalmıştır.

241 Tandoğan, II, 339-340.

Sözleşmenin iki projeye ve dolayısıyla amacına uygun yerine getirilmesi olanaksız olduğuna göre davalının direniminden değil, akdi ilişkiye son verilmesi olanaksızlık nedeniyle yerindedir. Bunun sonucu olarak tapu kaydındaki satış vadinin terkinine karar verilmesi gerekir. Kuşkusuz yapılan işlerin bedeli hakkında davalının ayrıca dava hakkı saklıdır. Davacının da bildiği objektif olanaksızlıktan ileri gelen gecikmeden ötürü kira mahrumiyeti istenemez (15. HD. 15.2.1994, 2577/797).

--- --

Yanlar arasında iki blok halinde iş yeri yapmayı konu alan bir sözleşme vardır. İşyerinin nitelikleri konusunda yanların üzerinde anlaşmış oldukları herhangi bir proje yoktur. Sözleşmede “imar durumunun taşınmaz malikinin de onaylayacağı en elverişli ve en uygun biçimde alınması esastır” biçiminde açıklık ve kesinlik taşımayan bir hüküm vardır. Sözleşmeden sonra tarafların üzerinde anlaşmış oldukları bir uygulama projesi yaptırılmıştır. Ancak yürürlükteki imar planı karşısında bu projenin uygulanma şansı bulunmamaktadır. Yüklenici imar planında gerekli değişikliği yaptırmak amacıyla belediyeye birçok kez başvurmuş ancak her başvuru ayrı ayrı reddedilmiştir. Buna rağmen iş sahibi “aynen ifa” isteğiyle dava açmıştır. Davanın açıldığı tarihte yüklenici direnime düşmüş değildir. Sözleşmede açık ve kesin bir proje mevcut olmayıp “en uygun ve en elverişli projenin” yapılması öngörülmüştür. Uygulama aşamasında bir uygulama projesi çizdirilmiş ise de, iş sahibinin bilgisi içinde, belediyeden imar değişikliğini gerçekleştirmek için gösterilen çabalardan sonuç alınamamıştır. İş sahibi belediyeden karar altına alınmak istenen projeye karşı çıkmamış ve bu çabalardan vazgeçilmesine ilişkin olarak yükleniciyi uyarmamıştır. Öyleyse yüklenicinin resmi mercilerden kaynaklanan gecikmesinde bir kusuru bulunduğu, sözleşmeye aykırı davrandığı ve direnime düştüğü kabul edilemez. Direnime düşürülmeyen yükleniciden, “aynen ifa” istenemez (15. HD. 29.11.1993, 653/4882).

Ş 21. YAPI DENETİM KURULUŞUNUN KUSURU

Yapı denetim kuruluşunun yapı denetimini yapmakta hareket-siz kalması, zamanında denetim işine başlamaması, bu yolda bir hazırlık yapmaması sözleşmeyi hiç ifa etmemesini anlatır. Denetim kuruluşu edimini kusursuz olanaksızlık nedeniyle yerine getiremiyorsa, borç sona erer (TBK. md. 136). Kendi kusuru ile edimini sürekli ve kesin olarak olanaksız duruma getiren yapı denetim kuruluşu kusurlu olanaksızlıktan sorumlu olacaktır (TBK. md. 112). Yapı denetim kuruluşu edimi yerine getirmeyeceğini, zamanından önce davranışlarıyla göstermişse, yapı sahibi vadeyi beklemeden, edimin olanaksızlaştığını öne sürerek, olanaksızlıktan sonraki zaman içinde ortaya çıkacak olan karşılıklı borçlar sona erecek ve yapı sahibi olanaksızlıktan sonraki zararını isteyebilecektir.

Denetim kuruluşu edimini yerine getirmemezse direnime düşer. Direnime ilişkin TBK. 117-125 maddeler hükümleri yapı denetim kuruluşunun direniminde de uygulanacaktır.

Yapı denetim kuruluşu denetim borcunu yerine getirmiş olmakla birlikte, denetim sözleşmede öngörülen nitelikte yapılmamışsa, TBK. md. 112 uygulanarak zararın giderilmesi istenebilir: Yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı yapılmış olması; yapının eksik yapılmış olması (denetimin sözleşmeye ve yapı tekniğine göre tamamlanmaması); yapının hatalı/ekli projeye aykırı yapılmış olması; yapının kusurlu yapılmış olması (örneğin, denetimin yetkisiz kişilere yaptırılması, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı olarak yapılan yapım işinin görmezden gelinmesi, işin başında bulunulmaması, kötü ve ölçüsüz malzeme kullanımına izin verilmesi, ilgili yönetime ve yapı sahibine karşı gerekli uyarıların hiç yapılmaması ya da zamanında yapılmaması vb.) denetimin gereği gibi yerine getirilmemesi örnekleridir.

Yapı denetim kuruluşu, yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan hasardan dolayı sorumludur (YDHK. md. 3).

Yapı denetim kuruluşu yapı denetiminin iyi ve özenle yerine getirilmesinden sorumludur. Denetim borcu bir özen borcu olduğundan, denetimin hiç yapılmaması, eksik yapılması, yerinde ve zamanında yapılmaması, kötü yapılması özen borcunun ihlali sayılacaktır.

Bir yapı denetim kuruluşu, yapı denetimine egemen olan anlayışa göre, ortalama bir yapı denetim kuruluşundan beklenebilecek davranışı göstermek zorundadır. Bu zorunluluktan sapılması kusuru anlatmaktadır.

Yapının fen ve sanat kurallarına uymayan, eksik, hatalı, gerekli ölçü ve kaliteye uymayan malzemenin kullanılmasına bilerek izin vermemekle birlikte, bunların meydana gelmemesi için yeterince inşaatın başına gitmemiş, beyanlarla yetinmiş, numune alınırken başında bulunmamış ve bizzat kontrol etmemiş ise, denetimde gerekli özeni göstermediği kabul edilecektir.

Meslekten olan kişilerin büyük çoğunluğu tarafından denenip uygulanan kuralların bilinmediği ileri sürülemez. Denenmiş işlerde başarısızlık göstermek, yapı denetim kuruluşu için bir tür kusur karnesi sayılabilir. Yapı hasarının ortaya çıkmaması için hukuk düzeninin kamuyu ve yapı sahibini korumak amacıyla öngördüğü standartların altına düşen davranış ve uygulamalar kusur olarak nitelenecektir.

Özen yükümlülüğünü belirlerken, fen (mesleğin gerektirdiği etik ve teknik kurallar, mevzuat ve genel uygulama kodları), sanat, sağlık kurallarına göre yapılan denetimin kapsamına bakılacaktır. Yapı hasarı fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırılıktan ileri gelebileceği gibi (teknik yapı yöntemlerine uyulmaması; kötü malzeme kullanılması; benzeri yapılarda bulunması gereken özelliklere uyulmaması, gerekli ölçülerin gözetilmemesi vb.), yapının eksik, hatalı ve kusurlu yapılmasından da doğabilir.

Denetim kusurunun varlığı, ondan doğan yapı hasarının gerçekleşmesinden bağımsız olduğundan, yapının yapımının bitmesinden sonra, bilim ve teknikteki ilerleme nedeniyle ortaya çıkan, yeni yapım

yöntemleri ve tekniğin göz önünde tutulmamış olmasından doğan bir zararın varlığı ileri sürülerek, denetim kuruluşunun sorumluluğuna gidilemeyecektir.

Denetim kuruluşunun sorumluluğu kusuru oranındadır; bu oran somut olayın özelliği, yapının özellikleri ve özgülenme amacı dikkate alınarak bilirkişi tarafından saptanacaktır.

Yapı inşaatı devam ederken (yani henüz tamamlanmadan ve kulanıma açılmadan önce) yıkılırsa, bundan yapı denetim kuruluşu sorumlu olmayacaktır.

Yapı denetim kuruluşu yapım aşamasında yapıyla ilgili yönetsel, teknik ve güvenlik bakımından kurallara uyulmasını sağlamak amacıyla yapı sahibini uyarması ve onu aydınlatması da özen borcunun kapsamında yer almaktadır.

İnşaat alanına hiç gitmeden, kullanılan demir ve beton kontrol edilmeden uygunluk raporu vermek ağır ihmal olarak nitelenebilir.

Bir yapının yapımı bakımından yasa, tüzük veya yönetsel bir kararla öngörülen zorunlu standartlara aykırılık, ağır kusur sayılacaktır.

Denetim kuruluşu, benzer yapılarda da aynı eksikliğin bulunduğunu veya o yapıları denetleyen kuruluşların da aynı şeyi yaptığını, uygulamanın bu biçimde olduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Yapının plan ve projelerinin eksiksiz yapılmış; yapı ruhsatının yöntemine uygun biçimde alınmış ve imar müdürlüğünce onanmış olması yapı denetim kuruluşunu sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Denetim kuruluşunun kusurunun değerlendirilmesinde, yüksek ve özel bir özen yükümü altında olduğu, çalıştırılan denetçi ve yardımcı elemanların yeterliliği, uzmanlık kuruluşu olduğundan özne kusur ve hataları dahi dikkate alınacaktır.

Yapı denetim kuruluşu, çalıştırdığı (denetçi mimar ya da mimar grubuna girmeyen) yardımcı kişilerin denetim sırasında iş sahibine ver-

diği zarardan sorumludur (TBK. md. 116). Denetim kuruluşu, yardımcı kişinin yerine geçerek işi bizzat yaptığıının kabulü durumunda bile kendisini kusurlu saymak olanaklı olmuyorsa yardımcı kişinin verdiği zarardan sorumlu tutulamayacaktır²⁴².

Yapı sahibinin kusuru, yapı hasarını tek başına doğuracak ağırlıkta olması ve denetim kuruluşunun sözleşmeye ve yasaya aykırı eyleminin etkisini kaldıracak derecede olması durumunda meydana gelen yapı hasarından denetim kuruluşu sorumlu olmaz. Çünkü bu durumda nedensellik bağı kesilmiştir. Yapı hasarının kısmen eksik denetim kısmen de kullanım yanlışlıklarından meydana gelmesi durumunda denetim kuruluşu bundan sorumlu olacaktır. Meğer ki, kullanım hatası neden-sonuç ilişkisini kesecek oranda ağır kusur oluştursun. Bu durumda nedensellik bağı ortadan kalktığından denetim kuruluşu bundan sorumlu tutulamayacaktır. Yapıyı kullanan kimsenin kusurlu davranışı neden sonuç ilişkisini kesmemekle birlikte zararın oluşumuna katkıda bulunuyor ise, tazminatta indirim yapılabilir.

242 Yılmaz, 160 vd.

Ş 22. İŞ GÜVENLİĞİ (İŞ KAZASI) UYGULAMASINDA KUSUR

Kazı, hafriyat, inşa, prefabrike elemanların montajı ve sökümü, değiştirme veya donatma, yenileme, onarım, sökme, yıkım, yenileme (restorasyon), bakım, boyama ve temizleme, akaçlama vb. yapı işlerinde yüklenicinin mevzuatla düzenlenmiş²⁴³ ve aşağıda kısmen yer verilmiş sağlık ve güvenlik önlemlerini alma yükümlülüğü vardır. 2006 yılında inşaat sektöründe meydana gelen 7143 iş kazasında 397 ölüm ve 428 sürekli iş göremezlik ölçüsünde yaralanma gerçekleşmiştir. İnşaat sektöründe meydana gelen kazaların ilk sırasında “insan düşmesi” bulunmaktadır. “Malzeme düşmesi” ve “malzeme sıçraması” diğer çok görülen kaza tipleridir. Bu kaza türlerinin sık görülmesinin temel nedeni, işyerlerinde güvenlik önlemlerinin alınmaması ve işverenin güvenlik önlemlerini maliyet olarak görmesidir. İnşaat sektöründe eğitim düzeyinin düşüklüğü ve iş sağlığı ve güvenliği eğitiminin ihmal edilmesi de bunlara eklenmelidir²⁴⁴. Yüklenici, eseri meydana getirirken iş sahibinden bağımsız çalışır; kural olarak iş sahibinin denetim, emir ve talimatından uzaktır. Bunun için, yüklenicinin ve çalıştırdığı insanların üçüncü kişilere verdikleri zararlardan iş sahibi sorumlu tutulmayacaktır. Ancak sözleşme, iş sahibine, yükleniciyi denetleme, ona emir ve talimat verme yetkisi vermişse, bu yetki eylemli olarak kullanılmış ol-

243 Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Yönetmeliği.

244 7. HD. 5.7.2012, 5910/5298: "Dava, davalı İSKİ Genel Müdürlüğü müteahhidi diğer davalı Ç... İnşaat A.Ş tarafından yapılan kanalizasyon bağlantısı kazı çalışmaları sırasında davacıya ait kabloların hasara uğratıldığı iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. Davalı İSKİ Genel Müdürlüğü cevabında sorumluluğun yükleniciye ait olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir. Dava konusu hasara neden olan işi davalı İSKİ Genel Müdürlüğü davalı Ç... İnşaat A.Ş'ne devretmiş ancak bu işe ait sözleşme dosyaya sunulmamıştır. Davalı İSKİ Genel Müdürlüğünün iş veren sıfatıyla sorumluluğunun bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için dava konusu işin yapımına ilişkin sözleşmenin incelenmesi gerekmektedir. Bu durum karşısında mahkemece, sözleşme getirilerek, işveren durumundaki davalının işin yapımı sırasında davalı yükleniciyi denetleme ve gözetim hakkının mevcut olup olmadığı, diğer bir deyişle işin başından sonuna kadar salt yüklenicinin kontrolüne bırakılıp bırakılmadığı ve davalı İSKİ'nin de kontrol ve sorumluluğunun devam edip etmediği tespit edilmek ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Mahkemenin bu yönü gözetmeden eksik inceleme sonucu davalı İSKİ Genel Müdürlüğünün yükleniciyi denetleme ve gözetim hakkının mevcut olup olmadığını açıklığa kavuşturmadan verdiği karar usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir."

sun veya olmasın, yüklenicinin ve adamlarının inşaat süresince üçüncü kişilere verdikleri zarardan iş sahibi de sorumlu tutulabilecektir²⁴⁵.

Yüklenici; çalışanın iş kazalarıyla meslek hastalıkları, hastalık, analık, malullük, yaşlılık ve ölüm durumlarında -yasanın aradığı koşullarda- sosyal güvenlik yardımlarından yararlanmasını sağlamalıdır. Çalışanlar, işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olurlar. Çalıştıran ile çalışan hakkında sigorta hak ve yükümlülükleri, işçinin işe başladığı tarihten başlayacaktır. İşçi sosyal güvenlik hakkından vazgeçemez; vazgeçse bile yüklenicinin yükümlülüğü devam edecektir. İşçi ile yüklenici arasında sosyal sigorta yardım ve yükümlülüklerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamayacaktır. Yüklenici, işyeri bildirgesini en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte kuruma bildirmekle yükümlüdür. Bildirgenin verilmemesi, yasanın öngördüğü hak ve yükümlülükleri ortadan kaldırmaz. Yüklenici, çalıştıracağı kimseleri, işe başlatmadan önce kuruma bildirmekle yükümlüdür. Yüklenici ad ve hesabına işin yönetimi görevini yapan kimseler, sosyal güvenlik işlemleri bakımından “işveren vekili” sayılır ve sosyal güvenlik yükümlülükleri onları da kapsar. Yüklenici; kendisinin kastı, işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı ya da suç sayılabilir hareketi sonucu meydana gelen iş kazası ve meslek hastalığından işçinin uğradığı zararlardan sorumludur.

Yüklenicinin açıklamakta olduğumuz yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda, üçüncü kişilere, çalışanlara, iş sahibine yansıyan sorunlar meydana gelmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde genellikle bu konu düzenlenmekte ve sorumluluk yükleniciye bırakılmaktadır. Hukukun buyurucu ve kamu düzenini korumaya yönelik kurallarına aykırı olmamak koşuluyla, sözleşmedeki özel hükümler sözleşmecileri bağlayacaktır.

Yüklenicinin; işyerinde iş sağlığını ve iş güvenliğini sağlayıcı tedbirleri almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, çalışanların alınan önlemlere uymasını sağlamak, önlemlere uyulup uyulmadı-

245 7. HD. 30.3.2010, 8423/1773.

ğini denetlemek, çalışanları karşı karşıya buldukları mesleki riskler, hak ve sorumluluklar konusunda bilgilendirmek, gerekli iş sağlığı ve iş güvenliği konusunda eğitim vermek, makineler, tesisat, araç ve gereç ile kullanılan madde ve malzeme ve çalışma koşulları nedeniyle ortaya çıkabilecek iş kazaları ve meslek hastalıklarını önlemek, yaş, cinsiyet ve özel durumları nedeniyle korunması gereken kişilerin çalışma koşullarını ayrıca düzenlemek vb. yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda bundan olumsuz sonuçlar doğabilir (İş Kanunu md. 77).

Yüklenici insan yaşamının kutsallığı çerçevesinde çalışan işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu konudaki koşulları işin özelliğini de dikkate alarak belirlemek ve noksansız bulundurmakla yükümlüdür²⁴⁶.

İşyerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuatının ihlali nedeniyle bir kusur araştırması yapılacaksa;

- Yüklenicinin mevzuat gereği alması gereken önlemlerin neler olduğunu,
- Bu önlemlerden hangilerinin alındığını, hangilerinin alınmadığını,
- Alınan önlemlerin yeterli olup olmadığını,
- Alınan önlemlere işçinin uyup uymadığını... araştırmak gerekir.

İşçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuatı, öngördüğü sistemi kurup işletirken, yalnız işverene değil, işçiye de görevler yüklemiştir: İşveren her türlü önlemi alacak, araç ve gereci eksiksiz bulduracak, tehlikeyi en aza indirecek teknolojik araçları kullanacak, işçiyi bilgilendirecek, eğitecek, önlemlere uyup uymadığını denetleyecek, işçinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünü işyeri tehlikelerine karşı koruyacak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü tedbire uymakla yükümlü olacaktır. Yasa her iki tarafı da görevlendirdiği için, güvenli çalışma ortamının bozulması durumunda her iki tarafın kusuru araştırılmaktadır²⁴⁷.

246 21. HD. 27.2.2003, 1143/1463.

247 Kılıçoğlu, Mustafa, İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara-2005, sf. 537 vd.

İşçi sağlığı ve iş güvenliği kuralları emredici niteliktedir.

İşverenin sorumluluğu tehlike sorumluluğudur.

İş sahibi ile yüklenici arasındaki ilişkinin “eser sözleşmesi”ne dayalı olmasının önemini bir örnekle açıklayalım: Yüklenicinin iş sahibine ait inşaatın yapımı işlerini yaparken yüksek gerilim hattına maruz kalarak inşaatın düşerek ölmesinden iş sahibi sorumlu olamayacaktır. Yüklenici, iş sahibinin işçisi olmayıp, tam aksine işçi çalıştıran, işçiye göre işveren durumunda olan ve iş sahibine karşı bağımsızlığını koruyan uzman kişidir. İş sahibi, hile ve ağır kusuru dışında, yükleniciye ve onun çalıştırdığı işçilere karşı, eser sözleşmesinden dolayı sorumlu tutulamaz. Zira iş sahibi, işveren değildir²⁴⁸. Bir başka örnek: Araç sahibi aracının bakım ve onarımı için aracını “motorcu” tabir edilen oto tamirhanesine götürüyor, bakım sözleşmesi yapılıyor. Bakım sözleşmesi eser sözleşmesi niteliğindedir. Tamirci yüklenici durumunda olup, araç sahibinin istihdam ettiği ve yardımcı kişi durumunda kabul edilemez. Onarım ve bakım işleri bittikten sonra, tamirci kontrol için aracı sürdürdüğü sırada kazaya neden olmuştur. Araç sahibi kazadan sorumlu ise de, somut olayda, üçüncü kişinin neden olduğu kaza nedeniyle araç ile zilyetliği kesilmiştir; tamirci kontrol amacıyla aracı sürerken araç sahibinden emir ve talimat almamıştır. Öyleyse araç sahibi sorumlu olmayacaktır²⁴⁹.

İş sahibi ile yüklenici arasında bağitlanmış olan sözleşmede, iş sahibinin yükleniciyi denetleme ve kontrol etme yetkisi bulunduğunu gösteren kurallar varsa, yüklenicinin üçüncü kişilere verdiği zararlardan, iş sahibi de zincirleme sorumluluk ilkesine göre sorumlu olacaktır²⁵⁰.

A. İşçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarının öngördüğü tedbirlerin alınmaması veya bu tedbirlere uyulmaması durumunda “iş kazası” denilen üzücü olaylar meydana gelir; iş kazası işçinin fiziksel ve ruhsal değerlerinde kayıp ve eksilmelere neden olan olaylardır.

248 15. HD. 10.5.1999, 91/1832; 15. HD. 28.5.2003, 1552/2785.

249 4. HD. 16.12.2002, 9648/14129.

250 7. HD. 4.3.2005, 517/593.

İş kazası ve meslek hastalığı kimi zaman işçinin ölümüne veya yaralanmasına, başka bir anlatımla kısmen veya tamamen çalışma ortamından uzaklaşmasına neden olmakta, kimi zaman da işletmenin kapanmasına yol açmaktadır.

B. İşçinin vücut bütünlüğündeki fiziksel ya da duygusal eksilmeye zarar diyoruz. Biyolojik, ekonomik ve kişisel zararlar olmak üzere çeşitleri vardır. Tedavi giderleri zarar kavramı içindedir.

İleride yapılması zorunlu olan tedavi giderleri önceden istenebilir. Yeter ki tedavi zorunlu olsun.

Zarar veren, gerekmedikçe, pahalı bir tedavi ile sorumlu tutulamaz.

İşgöremezlik/maluliyet oranı özünde efor kaybının karşılanmasıdır.

Çalışma yeteneğinin kaybından kaynaklanan zarar ekonomik bir zararın varlığını gerektirir. Çünkü önemli olan çalışma yeteneğinin kendisinin zarara uğraması olmayıp kazanma gücünün azalmasıdır.

C. Kaza ile ölüm veya yaralanma arasında “uygun nedensellik bağı” bulunmalıdır. Eğer işlerin olağan gidişatına ve yaşam tecrübesine göre böyle bir sonucu doğurmaya elverişli olarak kabul ediliyor ise ve böyle bir sonucun genel olarak bu olay tarafından doğduğu ve desteklediği anlaşılıyor ise uygun neden oluşturur²⁵¹.

Tehlike sorumluluğu (en ağır) bir kusursuz sorumluluk durumudur. İşveren her türlü özen borcunu yerine getirmiş olsa bile, meydana gelen kazadan dolayı sorumluluktan kurtulamaz. Bu anlamda tehlike sorumluluğu mutlak bir sorumluluk olarak nitelendirilebilir. Ancak tehlike sorumluluğu bir “sonuç” sorumluluğu değildir. Zarar işletmeye özgü bir tehlikeden doğmamış, yani araya giren bir başka nedenden ileri gelmişse, işverenin bu zarardan sorumlu tutulmaması gerekir. Başka bir anlatımla işyerinin işletilmesi veya

251 Kılıçoğlu, 549.

bundan doğan tehlikeler ile zarar arasında uygun bir nedensellik bağı yoksa, yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemez²⁵².

Nedensellik bağı, önlenemez/öngörülemeyen, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusuru sonucu kesilir²⁵³. Kişi bizzat kendisi tarafından alınabilecek tedbirlerle olayı ve sonuçlarını engelleyebilecek durumda ise “önlenemez/öngörülemeyen durum” oluşmaz. Bir örnek verelim: Davacının miras bırakanı yüklenici tarafından sağlanan işyeri yatakhaneğinde uyurken oluşan deprem sonrasında yıkılan binanın altında kalarak yaşamını yitirmişse, bu bir iş kazasıdır, işveren bu kazadan sorumlu tutulamaz. Kazanın işyerinde meydana gelmiş olması, işverenin sorumluluğu için yeterli değildir. Çünkü olay, doğal afet niteliğinde önlenemez/öngörülemeyen neden olan deprem sonrasında gerçekleştiği için, işyerine özgü tehlike ile meydana gelen sonuç arasında uygun nedensellik bağının varlığından söz edilemez. Başka bir anlatımla olay öngörülemeyen/önlenemez nedenden (mücbir sebepten) dolayı meydana geldiğine göre nedensellik bağı kesilmiştir ve işverenin sorumluluğuna gidilemez²⁵⁴.

D. İş kazası kendine özgü bir kavram olup Sosyal Güvenlik Hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde değerlendirilir. İş kazası, yasanın belirlediği koşullarda meydana gelen, işçiyi bedensel veya ruhsal zarara uğratan bir olaydır. Bu nedenle olayın iş kazası sonucu meydana gelip gelmediği, “iş kazası olup olmadığı” davanın ön koşuludur. Yasa, iş kazası ve meslek hastalığı sayılan durumları ve koşulları göstermiştir²⁵⁵.

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu’ndan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlü-

252 21. HD. 3.10.2002, 7847/8012.

253 HGK. 18.3.1987, 722/203.

254 21. HD. 3.10.2002, 7847/8012.

255 Kılıçoğlu, 551 vd.

lüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur (İş Kanunu md. 1).

Asıl işveren-alt işveren (taşeron) ilişkisi gerçekleşmişse, bu ilişkinin eser, vekâlet, kira, taşıma (servis), işletme, güvenlik, temizlik, bakım ve onarım sözleşmesi olup olmadığına bakmaksızın, İş Kanunu bakımından “birlikte sorumluluk” söz konusu olur. İş sözleşmesi dışında hangi tür sözleşme yapılırsa yapılsın, taraflar İş Kanunu’nda işçiler için öngörülen korumayı bertaraf eden bir sözleşme hükmü kabul edemezler. Bir başka deyişle asıl işveren ile alt işverenin aralarında yaptıkları sözleşme türünde, “kendilerini işçi haklarını ödemekten kurtaracak” veya “taraflardan sadece birini sorumlu kılacak” sözleşme hükümleri geçersizdir. Alt işveren işçileri sanki asıl işveren işçisiymiş gibi işlem görürler; asıl işveren sadece “işçilik haklarından değil” aynı zamanda işyerinde çalışan işçi sayısına bağlı (işyeri hekimi, iş güvenliği uzmanı bulundurma ve özürlü çalıştırma ile yetkili sendikanın belirlenmesi gibi) yükümlülüklerden de sorumlu tutulur.

İş Kanunu (md. 1), daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile alt işveren ilişkisi kurulmasını yasaklamış ve bunu “muvazaalı işlem” olarak nitelendirmiştir. Alt işverenle (taşeronla) yapılan muvazaalı taşeron (eser, taşıma, kira) sözleşmeleri İş Kanunu bakımından geçersiz olmakla birlikte, Borçlar Kanunu bakımından geçerlidir. Bu tür sözleşmeler, işçi aleyhine doğuracağı hüküm ve sonuçlar bakımından, geçersizdir. Bu gibi durumlarda, örneğin, “eser (taşeron) sözleşmesi” tarafından “haksız fiil” veya “ayıplı mal veya hizmet” üretimi nedeniyle uğradıkları zararları birbirine karşı ödettirmesi her zaman mümkün olmakla birlikte, işçi aleyhine doğurduğu haklar bakımından asıl işveren-alt işveren ilişkisi danişıklı sayılarak, işçiler başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçileri kabul edilerek işçilik hakları bakımından kayba uğratılamazlar.

YARGI KARARLARI

Kusurlu sorumluluk ile kusursuz sorumluluğun bütün durumları için gerekli olan nedenlerin tehlike sorumluluğunda etkili olmayacağını açıklamak güçtür. Aslında illiyet bağıını kesmesi söz konusu olan bu çeşitli durumların öncelikle tehlike sorumluluğunda kabul edilmesi gerekir. Zira kusurlu olmadığı gibi, kendisinden beklenen özeni gereği şekilde yerine getirmiş olan bir işvereni, işyeri ya da işletmesiyle uzaktan yakından ilgili bulunan bir üçüncü kişinin eyleminden giderek önlenemez/öngörülemes nedenden (mücbir sebepten) de sorumlu tutmak adalet ve hakkaniyet duygularını incitir. Örneğin; işyerine gitmek için işverence sosyal yardım amacı ile temin edilen araca binerek işyerine gitmekte olan işçinin karşıdan gelen başka bir aracın kusurlu çarpması sonucu ölümü ile sonuçlanan olayın, sosyal güvenlik mevzuatına göre bir iş kazası olarak nitelendirilmesi, işverenin bu kazadan sorumlu tutulmasını gerektirmez. Başka bir anlatımla, kazanın işverenin işi görülürken gerçekleşmiş olması, sorumluluğu için yeterli değildir. Çünkü olay, üçüncü kişinin tamamen kusurlu davranışı sonucu gerçekleştiği için, işyerine özgü tehlike ile meydana gelen sonuç arasında uygun illiyet bağıının varlığından söz edilemez. Başka bir deyişle, olay üçüncü kişinin %100 kusurlu davranışıyla meydana geldiğine göre, illiyet bağı kesilmiştir. bu itibarla, davalı işvereni bu iş kazasından sorumlu tutmak olanağı yoktur (HGK. 18.3.1987, 722/203).

--- --

Nurdağı Gaziler Caddesi üzerinde M.G.'ya ait inşaatta çalışan 1971 doğum tarihli Ö.G. 15.03.1999 günü inşaatın 3'üncü kat penceresine demir isketeyi yerleştirirken isketenin inşaatın 50 cm. uzağından geçen yüksek gerilim hattına değmesi sonucu elektriğe kapılarak ölmüş geride hak sahipleri olarak mirasçıları eşi M. ile çocukları H., B. ve Ç. onun maddi desteğinden yoksun kalmışlardır. Somut olayda maktül Ö.G. %25, davalı M.G. %30, davalı TEDAŞ %25, davalı Nurdağı Belediye Başkanlığı %20 oranında, kusurlu hareket etmişlerdir. Saptanan bu kusur oranları

dikkate alınarak N. Esnaf, Sanatkâr, Şoförler ve Otomobilciler Odası Başkanlığının 30.04.2003 tarihli yazısı ile bildirilen davacıların desteği Ö.G'nin 1999-2000-2001-2002 ve 2003 yıllarında elde edebileceği aylık ücretler esas alınarak maddi giderim hesabı yapılmış mahkemece de tespit edilen miktara hükmedilmiştir. Oysa hüküm altına alınan miktar olayın niteliğine ve hakkaniyete uygun değildir. Şöyle ki; **maddi giderim davalarının yasal dayanaklarından birini oluşturan TBK'nın 51'inci maddesi giderimin belirlenmesinde yargıca, kimi görevler yanında geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Böylece gerçekçi ve adil bir sonuca ulaşmak amaçlanmıştır. Uygulamada kabul edildiği üzere, maddi giderim hesapları, bilinen birtakım veriler yanında varsayımlara da yer vererek bir sonuca ulaşır. Gerçi insan yaşamının kutsallığı, beden ve ruh sağlığının korunması ve bu alanda uğranılan zararların hiçbir biçimde para ile karşılanmasının olanaklı bulunmadığı düşünülebilirse de, hukuk sisteminin başka bir giderim yöntemi öngörmemiş olması karşısında, zorunlu bu tür bir hesaplama yoluyla zarara uğrayanın tatmini sağlanmaya çalışılmaktadır. İşte yargıç bu tür davalarda sonuca ulaşırken hesaplama ile ilgili maddi unsurları, yanların kusur durumlarını, sorumluluğa ilişkin temel hukuk ilke ve esasları yanında tarafların ekonomik ve sosyal koşullarını hep birden değerlendirmek zorundadır. Maddi giderimin hiçbir zaman zenginleştirme aracı olmadığı ve özendirici nitelik göstermemesi gereği göz ardı edilmemeli ve bu arada sözü edilen giderimin bir tarafın zararını karşılarken, diğer tarafın ekonomik ve ticari hayattan silinmesini gerektirecek boyutlara ulaşması önlenmelidir. Daha açığı giderim belirlenirken bunun toplumda yaratacağı olumsuz durumlar göz ardı edilmemeli ve toplumsal denge ve çıkarlar da korunmalıdır. Bu durumda yargıç toplayacağı kanıtlar sonucu gerektiğinde TBK. 51. Maddesinin kendisine verdiği yetkiyi kullanmak suretiyle hakkaniyete uygun indirim yoluna gitmeli giderim belirlemenin gerçekçi niteliğini ortaya koymalıdır. Dava konusu somut olayda yanların hal ve mevkiine, kusur oranlarına, olayın oluşuna ve olay tarihinden TBK'nın 51. Maddesinin uygula-**

nıp uygulanmayacağıın karar yerinde tartışılmaması usul ve yasaya ve yöntemeye aykırı olmuştur (15. HD. 9.6.2005, 5608/3475).

--- --

Dava, eser sözleşmesinin ifası sırasında yüklenicinin ölümünden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olup; ölen yüklenicinin eş ve çocukları tarafından iş sahibine karşı açılmıştır. Davalı ile davacıların murisi arasında, baca temizliği konusunda sözleşmenin varlığı çekişmesiz olup, bu sözleşme hukuki niteliği bakımından TBK'nın 470 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan eser sözleşmesidir. Bunun doğal sonucu olarak, eser sözleşmesinin ifası sırasında meydana gelen ölüm nedeniyle ölenin yakınlarınca açılan tazminat istemli eldeki davada hizmet sözleşmesi değil eser sözleşmesinin hukuksal özelliklerinin gözetilmesi gerekmektedir. Zira, eser sözleşmesinde iş sahibi ve yüklenicinin yükümlülükleri ve eser sözleşmesinin yasal dayanağı ile ilkeleri, hizmet sözleşmesinden de haksız eyleme dayalı tazminat istemlerinde uygulanacak ilkelerden de farklılık göstermektedir. Bu nedenle, iş sahibi/davalı yönünden ceza mahkemesinde tespit olunan maddi olgularla hukuk yargıcı bağlı olmakla birlikte kusur oranına ilişkin saptamayla bağlı değildir. Kusur oranının tespitinde ceza hukuku ilkeleriyle eser sözleşmesinin kendine özgü ilkelerinin her zaman birebir örtüşmeyeceği düşünüldüğünde kusur incelemesinin hukuk yargılamasında yeniden yapılması gereği ortaya çıkmaktadır. Kusur incelemesi yapılırken de konusundaki uzman bilirkişilerden oluşan bir kurul görevlendirilerek ölüm olayının eser sözleşmesinin ifası sırasında meydana gelmesi, bu sözleşmeyle ilgili yasal düzenlemeler ve bu sözleşme kapsamında tarafların hak ve yükümlülükleri gözetilerek kusur oranının yeniden hukuka, usul ve yasaya uygun biçimde tespiti gerekmektedir. Muris yüklenici olup, işin uzmanı olması gereken kişidir ve ifa sırasındaki tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Oluştaki davalı iş sahibinin hilesi iddia ve ispat edilmemiş ise de ağır kusurunun bulunup bulunmadığı eser sözleşmesiyle ilgili yasal düzenlemeler ve bu sözleşme için geçerli kabul edilen ilkelere uygun biçimde

araştırılmamış ve hükme varmaya yeterli biçimde ortaya konulmamıştır (HGK. 31.1.2007, 39/34).

--- --

Dava, zararlandırıcı sigorta olayı sonucu sigortalıya yapılan sosyal sigorta yardımları nedeniyle uğranılan Kurum zararının, davalıdan rücuun tahsili istemine ilişkindir. Davalının oğlu olan dava dışı Hüsnü'nün evindeki tadilat işi konusunda Hüsnü ile kazalının babasının anlaştığı, kazanın anılan işin yürütümü sırasında elektrikli spiral motoru ile çalışılırken gerçekleştiği, davalı ve Hüsnü tarafından Kuruma sigortalı bildiriminde bulunmadığı anlaşılakta olup, mahkemece kusur incelemesi yaptırılmaksızın istemin reddine karar verilmiş ise de, bu kabul dosya içeriğiyle uyum göstermemektedir.

Hizmet akdinin ayırıcı ve belirleyici özelliği, "zaman" ve "bağımlılık" unsurlarıdır. Zaman unsuru, çalışanın iş gücünü belirli veya belirsiz bir süre içinde işveren veya vekilinin buyruğunda bulundurmasını kapsamaktadır ve anılan sürede buyruk ve denetim altında (bağımlılık) edim yerine getirilmektedir. Bağımlılık ise, her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın edimi ile ilgili buyruklar dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte bir bağımlılıktır. Hizmet akdi, çoğu kez TBK'nın 470. maddesinde tanımlanan istisna akdi (eser sözleşmesi) ile karıştırılabilmekte, ikisinin ayırt edilebilmesi bazı durumlarda güçleşmektedir. Çalışan, iş gücünü belirli veya belirsiz bir zaman için çalıştırmanın buyruğunda bulundurmakla yükümlü olmayarak, işveren buyruğuna bağlı olmadan sözleşmedeki amaçları gerçekleştirecek biçimde edimini görüyorsa, sözleşmenin amacı bir eser meydana getirmekse, çalışma ilişkisi istisna akdine dayanıyor demektir. Hizmet akdinde ise çalışan, emeğini iş sahibinin emrine hazır bulundurmaktadır ve ücret, faaliyetin meydana gelmesinin sonucu için değil, bizzat yapılan faaliyetin karşılığı olarak ödenmektedir. Öte yandan; 393. madde hükmünün açıklığı gereği, çalışanın kendi aletleri ile çalışması veya götürü hizmet sözleşmelerinde ücretin, yapılacak işe

göre toptan kararlaştırılması olanaklı bulunduğundan, tarafların belli bir fiyat üzerinden anlaşmaları istisna akdinin varlığını göstermediği gibi, götürü sözleşmelerde, bir süre için hizmet etme borcunun mu, yoksa, önceden belirlenmiş bir sonucun meydana getirilmesi borcunun mu yüklenildiğinin şüpheli bulunduğu durumlarda, araştırma yapılarak tarafların amacı, durumu ve yaşam deneyimleri gözetilip hukuki ilişki saptanmalıdır. Bu açıklamalar ışığı altında inceleme konusu dava değerlendirildiğinde, davalı ile bilgi ve görgüsüne başvurulmuş kişilerin anlatımları, işin ve çalışmanın niteliği karşısında kaza geçiren kişi ile kurulan hukuki ilişkinin hizmet akdi olduğu anlaşılmaktadır. Hemen belirtilmelidir ki; işveren olarak kabul edilen ve yasal yükümlülüklerini yerine getirmediği için hakkında kaza sonrasında Kurumca idari işlem tesis edilen davalının iptal istemiyle Samsun İdare Mahkemesi'ne açtığı dava sonunda, taraflar arasında hizmet akdinin bulunmadığı gerekçesiyle verilen ve kesinleşen iptal kararının işbu dava yönünden bağlayıcı yönü bulunmadığı açıktır.

Hizmet akdinin varlığı ve gerçekleşen kazanın iş kazası niteliğinde bulunduğu, böylelikle belirlendikten sonra, ilgililerin kusur durumlarının saptanması önem arz etmektedir. Bu konuda, davalı ile oğlunun açılan ceza davası sonunda kusursuz bulunarak beraat ettikleri ve kararın kesinleştiği belirgin ise de, TBK'nın 74. maddesi hükmüne göre, hukuk mahkemesi yargıcı, kusur durumunun belirlenmesinde ceza hukukunun sorumluluğa ilişkin hükümleriyle ve ceza mahkemesinden verilen beraat kararı ile bağlı değildir. Bu nedenle, anılan ceza davası dosyası, yukarıda belirtilen idari dava dosyası ile birlikte yalnızca delil olarak değerlendirilebilir (10. HD. 21.9.2006, 5359/11340).

--- --

Eser sözleşmesinin konusu olan "her çeşit imal veya inşa" işleri ticari bir iştir. Taraflardan biri için ticari iş mahiyetinde olan mukaveleler, aksine hüküm olmadıkça diğer taraf için de ticari iş sayılır. Yüklenici, üstlendiği iş konusunda uzman olup, iş sahibine karşı bağımsızdır; işini nasıl yapacağı yolunda talimat almaz; alsa bile,

bu talimat sadece iş sahibinin istediği sonucun (eserin) nasıl olması konusundadır. Yüklenici, basiretli bir tüccar gibi davranmak, gereken özeni göstermek ve gereken güvenliği kendi sağlamak zorundadır. Yanında işçi çalıştırıyorsa, çalıştırdığı işçiyle aralarındaki hizmet akdine binaen işçisine karşı işveren durumunda olup, çalıştığı yerin ve çalıştırdığı işçilerin güvenliğinden ve güvenliğin nasıl sağlanması gerektiğinden sorumludur. Bunu da İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatına göre sağlamalıdır.

İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatının gerektirdiği bir önlemin alınmamasından dolayı hizmet akdinde işveren sorumlu ise de, eser sözleşmesinin tarafı olan iş sahibi sorumlu tutulamaz. İş sahibinin, bunun dışında bir kusuru varsa, elbette sorumlu olur.

Bu açıklamaların ışığı altında somut olaya gelince; Ceza mahkemesinin kesinleşen ve mahkûmiyetle sonuçlanan yargılamasında, tarafların kusurlu olup olmadıkları hususu, sanki davacı işçi ve davalı da hizmet akdine binaen işveren durumundaymış gibi, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatına göre belirlenip, hüküm kurulmuş ve aynı yanlışlık hukuk mahkemesinde de sürdürülmüştür.

Ne var ki, ceza mahkemesinin kararı, yanlış belirleme ile ortaya çıkan kusura dayanarak da olsa, kesinleştiğine göre, artık TBK'nın 74. maddesi uyarınca davalıyı kusursuz sayamayız; zira, mahkûmiyet kararı hukuk yargıcını bağlar.

Bu durumda, madem, gerçekte kusursuz olan veya İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatının dışında kusurluluğu kanıtlanamamış bir insanı, sırf mahkûmiyet kararı nedeniyle kusurlu kabul edip, maddi tazminattan sorumlu tutacağız; işte bu sorumluluğun miktarı hakkaniyete uygun, vicdanları rahatsız etmeyen uygun bir miktar olmalıdır. Bunun ölçüsünü yargıç takdir eder; bu takdirin sonucu da, herhalde ... TL gibi fahiş veya maddi tazminatın reddi gibi sıfır bir miktar olmamalıdır. Bozmanın gereği yerine getirilmeli, bozmaya uyulmakla kazanılmış usulî hak ihlâl edilmemelidir.

Öte yandan, hükmolunan... TL'lik manevî tazminata ilişkin kısım, zımnen bozmanın kapsamı dışında kaldığı ve bu miktarın az

olduğundan bahisle davacı tarafından önceki bozmalarda temyiz gelinmediği ve böylece bu miktarın kesinleşmiş olduğu gözden kaçırılarak, 10.000,00 TL manevî tazminata hükmedilmesi de bir başka bozma nedenini oluşturur.

Bu durumda, mahkemece yapılması gereken iş; az yukarıda açıklandığı üzere hafif kusurun varlığı kabul edilerek, hakkaniyete uygun miktarda maddi ve ayrıca kesinleşmiş olan... TL manevî tazminatın tahsiline karar verilmesinden ibarettir (15. HD. 28.2.2007, 6860/1270).

--- --

Davacı mirasçılarının murisi M. (1967), R. İnşaat Elektrik Ticaret Sanayi Ltd. Şti'nin iki ortağından ve yetkilisinden biri olup, olay günü, daha önce de elektrik işlerini yaptığı davalı şirketten telefonla çağırılarak, kendisinden elektrik arızasının giderilmesi istenilmiştir.

Arızayı gidermek için direğe tırmanan muris, beraberinde getirdiği yardımcısının uzattığı madeni saplı fırçayla kontakların temasını sağlarken, cereyana kapılıp vefat etmiştir.

Somut-olayda, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin adı, istisna (eser) sözleşmesidir.

O zaman, bu hukuki ilişkiden doğan uyumsuzluk, TBK'nın özel hükümleri (md. 470-486) ile ilgili genel hükümleri ve Özel Dairenin bu konudaki kararları göz önünde bulundurularak çözümlenmelidir.

Yasal adı istisna, uygulamadaki adı eser olan bu sözleşmelerin taraflarından birine "yüklenici", diğerine ise "iş sahibi" denilir.

Yüklenici, faaliyette bulunmak suretiyle bir sonucu (eseri), amaca uygun olarak gerçekleştirmeyi ve iş sahibi de bu sonucun (eserin) bedelini ödemeyi taahhüt ederler. Olayımızda, davacıların murisi plan yüklenici, davalı şirketin (iş sahibi) telefonla yaptığı çağırılı kabul etmekle; tamir etmek suretiyle bir faaliyette bulunmayı ve sonuçta elektrik sistemini çalışır duruma getirmeyi

(eser) taahhüt etmiş sayılır. Elektrik arızasının giderilmesi, imal kavramına dahil olup, ticari bir iştir. Yüklenici genelde tacir sıfatını haiz olup, basiretli bir işadamı gibi davranmak zorundadır.

Davacıların murisi de, elektrik işleriyle ilgili kurulan bir şirketin iki sahibinden biri ve yetkilisidir. Yüklenici, yaptığı işin uzmanı sayılır ve iş sahibinden o işin, teknik yönden nasıl yapılması konusunda talimat almaz; başka bir anlatımla, iş sahibine karşı bağımsızdır. Uzmanı olduğu bir işin yapılmasında da, yanında çalıştırdığı işçilerine karşı işveren durumunda olduğu için; kendisinin, işçilerinin ve üçüncü kişiler ile iş sahibinin can güvenliğini sağlamak ve gereken tedbirleri İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatı'na göre almak zorundadır.

Öyleyse, işveren olmayan iş sahibinin olayda kusurunun bulunup bulunmadığı, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatına göre tayin ve tespit olunamaz. İş sahibi, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatı'na göre yüklenicinin alması gereken tedbirlerin dışında kusurlu ise, o zaman sorumlu olur.

Hizmet sözleşmesinde (TBK. md. 393 vd.) ise, taraflardan biri işçi, diğeri işverendir. İşçi, işverene karşı bağımsız değildir ve yaptığı işin uzmanı sayılmaz. İşin nasıl yapılması konusunda, işverenden talimat alır. İşyerindeki can güvenliğini sağlamak ve bununla ilgili tedbirleri almak ise, işverenin görevidir.

Somut olayda, davacıların murisi olan yüklenici ile davalı iş sahibi şirket arasındaki hukuki ilişki, sanki hizmet akdiymiş gibi algılanmış ve sorumlulukları İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatı'na göre tespit edilerek, yanlış sonuca varılmıştır.

Mahkemece yapılması gereken iş; yukarıdan beri yapılan açıklamalar göz önünde bulundurularak, eser sözleşmeleri konusunda uzman bilirkişi veya bilirkişiler vasıtasıyla, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatı'nın dışında, davalı iş sahibinin sonuca etkili bir kusurunun (kasıt, ağır veya hafif kusur) bulunup bulunmadığının tespitiyle sonucuna göre bir hüküm kurulmasından ibarettir.

Öte yandan, sözleşme ilişkisinden doğan vadesi gelmiş bir ala-

cağa direnim faizi yürütülebilmesi için, miktarı gösterilmek ve talep edilmek suretiyle o alacağın borçludan ihtaren istenmesi gerekir (TBK. md. 117/1). Aksi takdirde, icra veya dava tarihinden; davada ıslah varsa, arttırılan miktar yönünden de ıslah tarihinden itibaren direnim faizi yürütülür.

Somut olayda, sözleşme ilişkisine göre alacağına hükümlenildiğine göre; dava ve ıslah tarihleri yerine, sanki sözleşme ilişkisi yokmuş gibi, başka bir anlatımla haksız eylemden (TBK. md. 49 vd.) kaynaklanmış gibi, olay tarihinden itibaren faize hükümlenmesi de, kabul şekli bakımından doğru olmamıştır (15. HD. 15.3.2007, 7028/1669).

--- --

Davacı ile davalı arasında eser sözleşmesi vardır. Davalı yüklenici eseri yaparken çalıştırdığı işçi kaza sonucu vefat etmiştir. Ölen işçinin mirasçıları tarafından yüklenici aleyhine açılan mahkemede, kusur durumu, iş güvenliği kuralları dikkate alınarak belirlenmiştir. Sosyal güvenlik yasaları gereğince işverenle yüklenici, işçiye karşı birlikte sorumlu olduklarından ilk davada saptanan kusur oranı bu davada bağlayıcı nitelikte kabul edilemez. Eldeki dava yanlar arasındaki eser sözleşmesine dayanılarak açıldığından yanların olaydaki kusuru eser sözleşmesi hükümlerine göre belirlenmeli ve sözleşmedeki (meydana gelecek kazalardan yüklenicinin sorumlu olacağına dair madde) TBK. md. 115 uyarınca değerlendirilerek davacının bulunacak kusuru hafif kusur olarak kabul edildiği takdirde ödenenlerin tümüne, aksi takdirde kusur oranında indirilmiş miktarına faiz yürütülecek biçimde alacağın tahsiline şeklinde hüküm kurulmalıdır. (15. HD. 1.6.2004, 2687/3049).

--- --

Sözleşmede, işin devamı sırasında meydana gelecek kaza sonucunda oluşacak her türlü sorumluluğun yükleniciye ait olacağı kararlaştırılmıştır. Alınan bilirkişi raporlarından olayda davalı işverenin hile ve ağır kusurundan söz edilemeyeceğinden sözleşme-

deki (işvereni sorumluluktan kurtaran bu koşulun) TBK. md. 115 uyarınca geçersiz (batıl) olduğundan söz edilemez. Bu durumda, sözleşme gereği iş kazalarının sonuçlarını üstlenen davacının davalıya rücu edemeyeceği gözetilmelidir **(15. HD. 30.6.1992, 2324/3459)**.

--- --

Taraflar arasındaki uyuşmazlık; 27.10.1999 tarihli önerinin davacı yanca kabul edilmesi sonucunda gerçekleşen eser sözleşmesinden kaynaklanmıştır. İşin konusu; deprem nedeniyle binada oluşan hasarın giderilmesi ve yapının güçlendirilmesine yöneliktir. İşin yapım işi TBK. md. 470 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi kapsamında olup davacı işveren, davalı ise yüklenici durumundadır. Yanlar arasında işçi-işveren ilişkisi bulunmamaktadır. Davada istenen, işin devamı sırasında meydana gelen kazada vefat eden davalının işçisine davacı tarafından yapılan ödemelerin geri alınmasıdır **(15. HD. 19.3.2007, 1190/1705)**.

--- --

Usulüne uygun olarak bakım ve kontrolü yapılmayan asansörde meydana gelen kazadan doğan zarardan site yönetim kurulu üyeleri ve asansör bakım şirketi birlikte sorumludur **(4. HD. 14.7.2011, 6669/8407)**.

§ 23. KUSURUN İSPATI

Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür (TBK. md. 112).

Direnime düşen borçlu, direnime düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür (TBK. md. 118).

Borçlu, direnime düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir (TBK. md. 119/II).

Alacaklı, direnime faizini aşan bir zarara uğramış olursa, borçlu kendisinin hiçbir kusuru bulunmadığını ispat etmedikçe, bu zararı da gidermekle yükümlüdür (TBK. md. 122/I).

Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, direnime düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir (TBK. md. 125/son).

Akdi sorumlulukta, borçlunun kusurunu ispat yükü alacaklıya düşmez.

TMK md. 6'daki "yasada aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür." kuralı, akdi sorumlulukta geçerli kabul edilemez. Aksi halde, borçlunun kusurlu olduğunu alacaklının ispat etmesi gerekirdi.

TBK. md. 112, kusursuz olduğunu ispat yükünü borçluya yüklemiştir. Bu hüküm, aksi her zaman ispat edilebilen bir karinedir. Borçlu, mahkemede sözleşmenin ihlalinde kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini, zararlı sonucun meydana gelmemesi için durumun gerekli kıldığı her türlü tedbiri aldığını ispat edemezse, umulmayan bir olay so-

nunda meydana gelen zarardan dahi sorumlu olur. Kusursuz olduğunu ispat eden borçlu, sorumluluktan kurtulur. Borçlu kusursuz olduğunu, kusursuzluk kanıtıyla ispat eder. Çünkü, borçlu, edimin yerine getirilmesini olanaksız duruma getiren olay ve durumları, faaliyet ve işletmesi üzerinde bilgi ve egemenlik sahibidir²⁵⁶.

Hukuka aykırılık gibi, kusur da, bir davranış biçimini anlatmaktadır. Özensiz bir davranıştan kusurun meydana geldiğine, yargıç karar verecektir. Alacaklı olayları sıralayıp ispat edecek, yargıç da olayların akışından, ifanın gerçekleşmediğine karar verecektir. Alacaklı, borçlunun eylemlerini veya yerine getirmekten çekinmesini, kusurun belirlenmesine yararlı olacağı kanısı ile ileri sürdüğünde, kanıtlamak durumundadır. Oysa, TBK. md. 112, borçlunun, hiçbir kusurunun bulunmadığını kanıtlaması gerektiğine değinerek, kanıtlama yükünde farklı bir çözüm getirmiştir. Bu yüzden, borçlu edimini sözleşmeye uygun biçimde yerine getirmedeğinde, akdi kusurun varsayıldığı kabul edilmektedir. Sözleşmenin yerine getirilmesine ilişkin konularda borçlu, delil getirmeye daha elverişli ortamda bulunmaktadır; bunun için borçlu, kusursuzluğunu kanıtlayarak, kendi kurtuluşunu sağlaması gerekmektedir. Yargıç, tersine bir delil getirene kadar, edimin yerine getirilmediğine inanmak durumundadır. Alacaklı, borçlunun kusurunu kanıtlamak durumunda değildir; o, sadece borçlunun sözleşme gereğince sorumlu olduğunu ve kendisinden beklenen edimleri kanıtlayacaktır. Borçlu kusursuzluğunu kanıtlarken, alacaklı da hakkını sağlamlaştırmak için, borçlunun kusurunu kanıtlayabilecektir²⁵⁷.

Kusur unsurunun ispatlanması, yargıcın, bir davranış biçiminin kusurlu olduğuna karar verebilmesi için, olayların ispatlanması demektir. Borçlu da kendi açısından, kendisine hiçbir kusurun yüklenmeyeceğini kanıtladığında, sorumluluğunun söz konusu olamayacağını kanıtlamış olacaktır. Akdi sorumluluk alanında genelde, akdi kusurun alacaklıya düşmediği; ancak borçlunun zararın meydana gelmemesi

256 Eren, III, 234.

257 İnal, 281-282.

için, gerekli olan tüm önlemleri aldığını kanıtlamakla sorumluluktan kurtulduğu ve dolayısıyla kanıtlama yükü, haksız eylemlerden farklı olarak ters çevrilmiştir. Borçlu, kusursuzluğunu, hukukun temel ilkelelerine göre kanıtlayacaktır²⁵⁸.

Alacaklı hakkının dayandığı olayları kanıtlamak durumundadır. Alacaklının, sözleşmeyi ve bunun kapsamını kanıtlayacağı gibi, yargıcın kusur unsurunu, oluşan kanısına göre belirlemesini sağlayacak olan olayları da kanıtlaması gerekir. Borçlu ise, sözleşmenin kendi yararına olan hükümlerini ileri sürecek ve kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlayacaktır. Kusursuzluğun kanıtlanmasında, borçlunun olumsuz bir kanıt getirmesi gerekmektedir. Getirmediginde, borçlu kusursuz olmasına karşın, sorumlu kılınabilecektir. Borçlu kurtuluş kanıtını, ifayı engelleyen ve kendisinden kaynaklanmayan olayları (umulmayan durumlar, üçüncü kişinin kusuru, borçlunun kendisinden beklenecek her şeyi yapmış olduğunu) kanıtlayacaktır²⁵⁹.

Borçlunun kusurlu olmaya ehil olması da gerekir. Ayırt etme gücünden yoksun bulunan borçlu, TBK. md. 65 hükmü²⁶⁰ saklı kalmak kaydıyla, sözleşmenin ihlal edildiği anda ayırt etme gücünden yoksun bulunduğunu kanıtlamakla, sorumluluktan kurtulacaktır.

Kusursuz olanaksızlık da borcu sona erdiren bir neden olduğu için, bunu ispat yükü, kusursuz olanaksızlık nedeniyle borcun sona erdiğini öne süren borçluya düşer. Zira burada ayrıca hakkı ortadan kaldıran bir olay söz konusudur. Borçlu, kusursuzluk kanıtını ancak olağanüstü nitelikteki dış olayların sözleşmenin ihlaline neden olduğunu ispat ederek getirebilir. Olağanüstü dış olaylar ise nedensellik bağımlı kesen önlenemez neden, alacaklı ve üçüncü kişinin ağır kusuru gibi olaylardır.

Borçlu borcun varlığını ve ivedili (istenebilir) olduğunu bilmiyor veya göstermiş olduğu bütün dikkat ve özene rağmen bilecek durumda

258 İnal, 282

259 İnal, 283.

260 TBK. Md. 65- "Hakkaniyet gerektiriyorsa; yargıç, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verebilir."

bulunmuyor ise onun bu iyi niyeti kusurunu kaldırır. Borçlu bunu ispat ettiği takdirde sorumluluktan kurtulur²⁶¹.

Alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek zorunda değilse de, sözleşmenin ihlal edildiğini, bundan zararın meydana geldiğini, zarar ile ihlal arasında nedensellik bağı bulunduğunu ispat etmek zorundadır.

Taraflar sözleşmede, borçlunun kusurunu ispat yükünü alacaklıya yükleyebilirler.

261 Eren, III, 235.

SONUÇ

Edimi yerine getirme, borcu sona erdiren nedenlerdendir.

"İfa", borç ilişkisinde borçlunun, yüklendiği "edim"i, kaynağındaki ve yasadaki esaslara uygun olarak yerine getirmesidir.

İfanın konusu borç ilişkisinin konusundan, yani edimden başka bir şey değildir. Kural olarak alacaklı kendisine verilmesi (veya yapılması) gereken şeyden başka bir şey isteyemez, verilmek istenen başka şeyi de kabule zorlanamaz. Borcun ödeme (ifa) olanağı olduğu sürece borçlu borcunu yerine getirmekten kaçınıyorsa alacaklı onu ifaya zorlayabilir.

Borcun yerine getirilmemesi ise, borçlunun sözleşmenin kendisine yüklediği ifa yüküne **“karşı bir davranış”** içinde olmasını anlatır. Bu durumda borçlu ya borcu yerine getirme olanağını kendi kusuru sonucu kaybetmiştir, ya borcu yerine getirme olanağında sahip olmasına karşın haklı bir neden bulunmaksızın, yerine getirmekten tümüyle kaçınmaktadır veya yerine getirmiştir ama bu ödeme eksiktir, bozuktur ya da borçlu yerine getirmede kusurlu olarak gecikmiştir. Kural olarak borcun yerine getirilmemesi borçlunun sorumluluğu sonucunu meydana getirir ve borcun yerine getirilmemesinde borçlu "kusurlu" kabul edilir.

Borçlu bu sorumluluktan ancak kendisine bir kusur yüklenemeyeceğini kanıtlarsa kurtulabilir. Tazminatın nedeni borçlunun taahhüdünü ihlal etmesidir. Borçlunun taahhüdü genellikle bir sözleşmeye dayanır. Onun için buna (akdi tazminat), borçlunun sorumluluğuna da (akdi sorumluluk) denilmektedir.

Bir inşaat sözleşmesinde sözleşmecilerden biri, borçlanmış olduğu edimi hiç veya gereği gibi ya da vaktinde yerine getirmemezse, barca aykırı davranmış ve sözleşmeyi ihlal etmiş olur. Bundan aykırı davranan sözleşmeci için sorumluluk doğacaktır. Sorumluluğun doğabilmesi için, bir zararın meydana gelmesi, sözleşmenin ihlaliyle zarar arasında

uygun nedensellik bağıının bulunması ve sözleşmecinin sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmesi gerekir.

Sözleşmenin ihlalinden alacaklı aleyhine bir zarar doğmalıdır. Zarar, sözleşmenin ihlali sonunda alacaklının hukukça korunan değerlerinde iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Bu zarar maddi olabileceği gibi, manevi de olabilir. Maddi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olmak üzere ikiye ayrılır. Fiili zarar ya malvarlığının aktif kısmında gerçek bir azalmanın meydana gelmesiyle ya da pasifteki borçların artmasıyla gerçekleşir. Yoksun kalınan kâr ise, borca aykırı davranmış olmasaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği artışı anlatır.

Borçlu direnime düşmüş ise, zararın hesap edileceği tarih, direnimin gerçekleştiği veya verilen ek sürenin geçtiği tarihtir.

Sözleşmenin ihlali (olanaksızlık, direnim, gereği gibi yerine getirmeme) ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Böylece sözleşmenin ihlali, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye niteliği bakımından elverişli olmalıdır.

KAYNAKÇA

- Ahmet Kılıçoğlu: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 16. Baskı, Ankara-2012.
- Andreas von Thur: Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, C. I-II, (Çvr. Cevat Edege), Yargıtay Yayınları No. 15, Ankara-1983.
- Aydın Zevkliler: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ank.-1998.
- Ayhan Uçar: İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayınları, Ankara-2003.
- Ayşe Arat: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin Yayınları, Ankara-2006
- Ayşe Havutçu: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir-1995.
- Bilal Kartal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara-1993.
- Cafer Ergen/Veli Böke: Kaçak Yapı, Seçkin Yayınları, Ankara-2006.
- Cengiz Kostakoğlu: İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Yayınları, İstanbul-2005.
- Cevdet İlhan Günay: Cezai Şart, Turhan Kitabevi, Ankara-2002.
- Cevdet Yavuz: Borçlar Hukuku Dersleri /Özel Hükümler, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul-2001.
- Efrail Aydemir: Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Adalet Yayınları, Ankara-2009.
- Emre Gökyayla: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2009.
- Fahrettin Aral: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2003.
- Feyzi N. Feyzioğlu: Borçlar Hukuku, Hususi Kısım: Akdin Muhtelif Nevileri, C. 1, İstanbul-1970.
- Fikret Eren: Borçlar Hukuku, 3 Cilt, Beta Yayınları, İst-1994.
- Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Fikret Eren: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, AÜHFY, Ankara-1975.
- Gökhan Dirican: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, Vedat Kitapçılık, İstanbul-2007.
- Halil Akkanat: Taşeronluk Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İst.-2000.
- Halil Kalabalık: İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2003

- Haluk Burcuoğlu: Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılama, İst.-1995.
- Haluk Tandoğan: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul-1989.
- Haluk Tandoğan: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara-1961.
- Hasan Erman: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul-2007 (Arsa Payı Karşılığı olarak geçecektir).
- Hasan Erman: İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul-1979.
- Herman Becker: Borçlar Kanunu Şerhi (Çvr. Suat Dura), Yargıtay Yayınları No. 24.
- Hüseyin Altaş: Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Yetkin Yayınları, Ankara- 2002.
- İlker Hasan Duman, İnşaat Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara-2013.
- İlker Hasan Duman, 100 Soruda İnşaat Hukukuna Giriş, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2011.
- Kemal Dayınlarlı: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Dayınlarlı Yayınları, Ankara-1988.
- Kemal Oğuzman/Kenan Tunçomağ: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Borç İlişkileri, İstanbul-1974
- Köksal Kocaoğlu: Cezai Şart, Ankara 2003.
- Mehmet Altunkaya: Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara-2005.
- Muaz Ergezen: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Yetkin Yayınları, Ankara-2007.
- Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İleri Yayınları, İzmir 2012.
- Mustafa Dural: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul-1976.
- Nami Barlas: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü İstanbul-1992.
- Necip Kocayusufpaşaoğlu: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmesinde Hata Kavramı, İstanbul-1968.
- Nevzat Koç: İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, DEÜ Yayınları, Ankara-1992.
- Nilgün Başalp: Sorumsuzluk Anlaşmaları, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011.
- Özer Seliçi: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul-1977.
- Özer Seliçi: İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul-1978.
- Rona Serozan: Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.
- Sanem Aksoy Dursun: Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul-20082.

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

Saim Ocak, İş Güvenliği Uzmanlığı, Adalet Yayınevi, Ankara – 2013.

Serkan Ayan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara 2008

Şafak Güleç: Eser Sözleşmesinin Beklenmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Tamer İnal: Borca Aykırılık ve Sonuçları, Kazancı Yayınları, İstanbul-2004.

Tekinay/Akman/Altop: Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul-1993.

Turan Şahin: Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara 2012

Turgut Öz: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul-2000.

Turgut Öz: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Yamaner Yayınları, Ankara-2006.

Turgut Öz: İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul-1989.

Turgut Öz: Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul-1990.

Turgut Uygur: Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. V, Ankara-1995.

Türker Yalçınduran: Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara-2000.

Vedat Buz: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin yayınları, Ankara-1998.

Veysel Başpınar: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara-2004.

Zarife Şenocak: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınlarlı Yayınları, Ankara-1995.

YAZARIN YAYIMLANMIŞ ÇALIŞMALARI

A. KİTAPLAR

- Karşılaştırmalı Türk Anayasa Hukuku (İstanbul - 1985)
- Anayasa Sözlüğü (İstanbul - 1996)
- Cumhuriyet ve Nitelikleri (İstanbul - 1996)
- Hukuk Devleti (İstanbul - 1997)(İstanbul-2004)
- 82 Anayasasında İnsan Haklarına Saygılı Devlet (İstanbul - 1997)
- Sosyal Devlet (İstanbul - 1997)
- 82 Anayasasında Cumhurbaşkanı (İstanbul - 1997)
- Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi (İstanbul 2005)
- İnşaat Hukuku (1. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul-2006; 2., 3., 4. ,5. ve E 6. Baskı, Seçkin Yayınları).
- 100 Soruda İnşaat Hukukuna Giriş (İstanbul Barosu Yayını, İstanbul-2011).
- İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Dürüstlük Kurallarının Önemi, İBY, İstanbul-2013.
- İnşaat Sözleşmeleri Uygulamasında Kusurun Önemi, İBY, İstanbul-2013.

B. SÜRELİ YAYINLAR

“YENİ ADALET DERGİSİ”
(Yargı ve Hukuk Dergisi)

C. MAKALELER

Yargıtay Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

1. Kamu Görevlilerinin Giderim Sorumluluğu, Ocak - Nisan 1988.
2. Yargıçlık Üstüne, Ocak 1985.
3. Kanunsuz Emir, Ocak - Nisan 1987.
4. “Genel Ahlakın Korunması Gerekçesiyle Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması”, Temmuz 1999.

Terazi Hukuk Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

5. İnşaat Hukuku Sorunlarında Şerhlerin Kaldırılması, Ekim 2011, sf. 49 vd.

Adalet Bakanlığı Adalet Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

6. Hukuk Mahkemelerinde Tarafların Sorgusu, Haziran 1985.

7. Tanıklık, Temmuz 1984.

Bursa Barosu Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

8. Kamu Düzeni Gereğiyle İnsan Haklarının Sınırlanması, 1999/3.

9. Batı Demokрасisi, 1999/7.

Antalya Barosu Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

10. Yasa Devleti- Hukuk Devleti, 1997/6.

11. Yasa Gücünde Kararname, Ocak 1998.

12. Yayımlanmamış Yasa Olur mu, 1998/10.

13. Erzurum Kongresi, 1999/10.

14. Atatürk: "Devrim Savcıları", 200/7.

15. Hakimlerin Tazminat Sorumluluğu, 2000/10.

16. Yasayı Eleştirmek Suçu, 2001/1.

17. İşkencenin Önlenmesinde Hekimlerin Rolü,. 2001/2.

18. Milli Güvenlik Kurulu, 2001/3.

19. Sade Vatandaş Anayasa Mahkemesinde Doğrudan Dava Açabilmelidir, 1992/9.

Denetim Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

20. Memurların Anayasaya Bağlılık Borcu, s.31.

21. Demokratik Toplum Düzeni, s. 44.

22. Memurların Disiplin İlkeleri ve Güvencesi, s.22.

23. Çağdaş Hukuk, s.34.

Manisa Barosu Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

24. Bilirkişi Raporlarının Mahkemelerin Bağımsızlığına Etkisi, s.19.
25. Dilekçe Hakkı, s.18.
26. Cevap ve Düzeltme Hakkı, s. 21.

Yeni Adalet Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

27. Silahlı Kuvvetleri Kullanma Yetkisi, s. 1990/9.
28. Atatürk'ün Vasiyeti, s.1991/6.
29. Tutuklama Hastalığı, s. 1990/9.
30. Atatürk Devrimlerinin Yasa ile Korunması, s.1991/1.
31. Anayasaya Uygunluk Denetiminde Mahkemelerin Etkinliği, s.13.
32. YÜCE DİVAN, s.991/3.

Ankara Barosu Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

33. Her Şey Çocuklar İçin, 1999/2-3.
34. Avukatların Reklam Yasağı. 1992/3.

Yeni Türkiye Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

35. Hakem Mahkemeleri, s.10.

Barolar Birliği Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

36. Türk Yurttaşlığının Anayasal Çerçevesi, 2001/3.
37. Devletin Ulusu ve Bölünmez Bütünlüğü ve Bu Gerekçe ile Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması, 2001/2.
38. Anlatım Özgürlüğü, 1999/2.
39. "Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde" Kanunlar Yetkili Kılınan Merciin Emriyle Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması, 1999/3.
40. Anayasa Mahkemesi Üyeliği Profili, 2000/3.
41. "Halkı Birbirine Düşürmek" Suçu, 2001/1.
42. Azınlık Hakları ve Lozan Anlaşması, Mart-Nisan 2005, sf. 307.

43. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yargıcın Tazminat Sorumluluğu, Eylül-Ekim 2011, sf. 403 vd.
44. Yükleniciden Cebri İcra Yoluyla Bağımsız Bölüm Kazanan Kişinin İyi Niyetinin Korunması, Ocak-Şubat 2012, sf. 411 vd.
45. İnşaatın Yasallık Kazanması İçin Mahkemenin Tarafıara Süre ve Yetki Vermesi, Temmuz-Ağustos 2013, sf. 455 vd.

İstanbul Barosu Dergisinde Yayımlanan Makaleler:

46. Savcının Müzakereye Katılması, Ekim 1983.
47. Atatürk İlkeleri ve Hukuk Devrimi, 1981/10.
48. Hukuk Yargılaması Sorunları, 1983/7.
49. Siyasi Parti Özgürlüğü, Eylül 1998.
50. Tutuklu Hakları-Hukuk Devleti, 1999/4.
51. Anayasa Mahkemesinin Vazgeçilmezliği, Şubat 2006, sf. 615 vd.
52. Sözleşme İle Sorumluluktan Kurtulma (Sorumsuzluk Anlaşması), Eylül-Ekim 2011, sf. 243 vd.
53. Yükleniciden Alacağı Bulunan Üçüncü Kişinin Arsa Sahibi Aleyhine Tapu İptal ve Tescil Davası Açması, Mart-Nisan 2012, sf. 248.
54. Binalarda Yapım ve Bakım Eksikliğinden Sorumluluk, Mart-Nisan 2013, sf. 224.
55. İnşaat Devam Ederken Yürürlüğe Giren Yeni İmar Planında Kat Sayısının Azaltılması, Yükleniciye Paylaşımın Yeniden Yapılmasını İsteme Hakkı Verir mi?, Temmuz-Ağustos 2013, sf. 115 vd.







