

TÜRK BORÇLAR KANUNU MD. 473/II KAPSAMINDA İŞ SAHİBİNİN İŞİN DEVAMINI ÜÇÜNCÜ KİŞİYE VERME HAKKI

Right to grant the continuation of the work within the Turkish Code of Obligations Art. 473/II

Arş. Gör. Fatma HIZIR¹

Geliş Tarihi: 22.12.2016

Kabul Tarihi: 18.09.2017

ÖZET

Türk Borçlar Kanunu'nun 470-486. maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmesi uygulama alanı oldukça geniş olan ve iş görme borcu doğuran rızai bir sözleşmedir. Bu çalışmada Türk Borçlar Kanunu md. 473'II'de düzenlenen, eserin yüklenicinin kusuruyla ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceğinin işin devamında açıkça görülmesi durumunda, iş sahibinin eserin onarımını isteme ya da işin devamını üçüncü kişiye bırakılabilme hakları üzerinde durulmuştur.) Bu bağlamda TBK. md. 473/II hükmünün niteliği incelenmiş ve bu hükmün uygulanabilme şartları ile hukuki sonuçları ortaya konulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Yüklenicinin Eseri Teslimden Önceki Sorumluluğu, Sözleşmeye Aykırılık, Yüklenicinin Kusuru.

ABSTRACT

The Construction (Work) Contract stipulated in Articles 470 through 486 of the Turkish Law of Obligations is a broad voluntary contract which gives way to obligations due to execution of any work. In this study in case it is clearly determined that the works are proven to be deficient due to the default of the contractor or executed contrary to the provisions of the contract during construction stage as stipulated in Article 473/II of the Law of Obligations, the cases for the repair of such works or execution of such works by third parties at the expense of the contractor as far as the conditions may allow, are defined. In this context the legal nature of Article 473/II in general terms is reviewed and the legal applicability and consequences are defined.

Keywords: Construction (Work) Contract, Contractor's liabilities prior to delivery of the work, Breach of Contract, Liability of the Contractor.

1. Türk Borçlar Kanunu md. 473/II Hükmünün Niteliği

I. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanun'u md. 473/II'ye göre "*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*" Bu hüküm gereğince, eserin meydana getirilmesi aşamasında, yüklenicinin kusuruyla işin ayıplı olacağı ya da sözleşmede belirtilen menfaate

¹ Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi. ftmhxr@hotmail.com

aykırı olarak yapılacağı açıkça belirli olursa, iş sahibi uygun bir süre vererek bu süre içerisinde gereği yapılmadığı takdirde hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere tamirat veya imalatın devamının üçüncü bir şahsa tevdi edileceğini ihtar edebilir. TBK. md. 473/II hükmünün amacı, yüklenicinin işi ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak yapacağına anlaşılması durumunda, iş sahibinin hakkı bizzat yerine getirmesinin engellenmesidir (Pour parer a eventualites) .²

Bu konuda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre³, burada sözleşmesel menfaatin diğer zararların bulunması riskine karşı korunmasına ilişkin bir dönme hakkı bulunmaktadır. Dönme hakkının iş sahibinin muhtemel yarar ve rizikolar karşısında sözleşmeyi belirli süreden önce sona erdirmesinin kanun koyucu tarafından çözüm olarak getirilmiş olduğu ifade edilmiş olmaktadır. İleri sürülen bu görüş kanaatimizce isabetli gözükmemektedir. Belirtmek gerekir ki, TBK. md. 473'ün yorumu yapıldığında, işin sözleşmedeki esasa göre yapılması değil bilakis, ayıplı ya da sözleşmede belirli esasa uygun olmamasının tahmin edilmesi birbiri içine geçmiş olarak bulunmalıdır. Bu sebeple kanundaki 'pour parer a eventualites' ifadesi esas alınmalıdır.⁴

Türk Borçlar Kanunu md. 473/I şu şekildedir. *“Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.”* Bu hükmün şartları oluştuğunda iş sahibi teslim süresini beklemeksizin dönme hakkını kullanabilir. Hükümden de anlaşılacağı üzere TBK. md. 473/I'deki dönme hakkı, TBK. md. 484'deki iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkından farklıdır. TBK. md. 484'e göre, eserin tesliminden önceki safhada, iş sahibinin herhangi bir şart gerçekleşmeksizin her zaman dönme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Ancak bu hükme göre yüklenicinin zararını karşılamak gerekir. TBK. md. 473'de sözleşmenin ihlali gereklidir. İş sahibi bu nedenle TBK. md. 473'e (I mi II mi) başvurmadan evvel, vaktinden önce dönme imkânının olup olmadığını araştırmalıdır. Her iki durumda da dönme hakkının münferit hali düzenlediği için, dönmenin TBK. md.473' deki şartlara göre mi yoksa TBK. md. 484'daki duruma göre mi kullanıldığı tespit edilmelidir (BGE 98 II 115).⁵

² GAUCH, Peter, Der Werkvertrag, 4. Aufl., N.868, Zürich, 1996; GÖKYAYLA, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, s. 163, İstanbul, 2009.

³ KOLLER, Alfred, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teil b.I. Unterteilbd., Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, 3. Aufl., N. 145, Bern 1998.

⁴ GAUCH, N. 869.

⁵ GAUTSCHİ, Georg, Berner Kommentar, Bd. IV, Das Obligationenrecht, Der Wervertrag,

Türk Borçlar Kanunu md. 473'in I. ve II. fıkralarında farklı durumlar düzenlenmektedir. Bu iki fıkra arasındaki fark, ikinci fıkrada yüklenicinin kusuru ve iş sahibinin mehil vermesi gerekliliği yanında, 1. fıkrada buna gerek olmamasıdır.⁶ Birinci fıkranın sonucu dönme; ikinci fıkranın sonucu ise işin üçüncü bir kişiye yaptırılabilmesidir (Ersatzvornahme). Ancak bu iki fıkra birbirlerinin alternatifi olarak düzenlenmemiştir. Birinci fıkranın dar düzenlemesi, ikinci fıkranın düzenlemesini tamamlayan nitelikte değildir. Her iki fıkra da özel konuları özel şartlar altında düzenlemektedir.⁷

Eser teslim edildikten sonra, eserde bir ayıbın mevcut olması halinde yüklenici TBK. md. 474-478'de düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince sorumludur.⁸ Buna karşılık yüklenicinin eseri ayıplı ya da sözleşmeye aykırı şekilde yapacağı eserin meydana getirilmesi aşamasında açıkça anlaşılıyorsa iş sahibi, TBK. md. 473/II'deki imkanlardan yararlanabilir.⁹ Zira Türk Borçlar Kanunu md. 473/II, iş sahibine eseri imal için bizzat kendi yapma imkânı sağlayarak, sözleşmeye aykırı imali engelleme imkânı veren özel bir hükümdür.¹⁰ Ayrıca TBK md. 473/II, yüklenicinin özen borcunun eser sözleşmesinde somut olarak görünümüdür. Zira özen borcu, eserin meydana getirilmesinin her aşamasında yüklenicinin yerine getirmek zorunda olduğu borçlarına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Yüklenicinin iş sahibi ile arasındaki güven ilişkisi gereği tek sorumluluğu eser sözleşmesinden doğan borçlarını özenle yerine getirmek olmayıp aynı zamanda iş sahibinin menfaatlerini de korumaktır¹¹.

II. Türk Borçlar Kanunu md. 473/II Uygulama Alanı

İş sahibi, işin devamı esnasında yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini her zaman denetleyebilir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, iş sahibinin iş devam ederken gözetim hakkı sınırsız olarak bulunmaktadır. Eserin kusurlu yapıldığının ya da yapılacağı kesinlikle öngörülebilir olması

Art. 363- 379 OR. N.1c, Bern, 1967; Dönme hakkının TBK. md. 484'e göre kullanıldığı karinesi kabul edilemez, ZINDEL, G./PULVER,U. Kommentar zum Art. 363-379, Basler Kurzkomentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, N. 5, OR, 2. Aufl., Basel 1996.

⁶ ZINDEL/PULVER, N. 3.

⁷ ZINDEL/PULVER, N. 4.

⁸ UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, s. 89 vd. Ankara,2003; Ayrıntılı bilgi için bkz. CANBOLAT, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, s. 43 vd, Ankara, 2009.

⁹ KOCAAĞA, Köksal, Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Biçimde Yapacağıın Anlaşılması Halinde İş Sahibinin TBK. md. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD, C. 6, S. 1, Y. 2004, s. 180.

¹⁰ ZINDEL/PULVER, N. 31.

¹¹ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 51, C. II, İstanbul, 2010; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 788, Ankara, 2015.

durumunda TBK. md. 473/II uygulama alanı bulur.¹² Örneğin; yüklenicinin, yetkisiz alt yüklenici ataması halinde özellikle alt yüklenicinin eserin önemli bir kısmı için yetkilendirildiği bütün hallerde bu hükme başvurulabilir.¹³ Bu sayede iş sahibi, işin sonunda ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanırım düşüncesiyle eserin tamamlanmasını beklemek zorunda kalmaksızın, TBK. md. 473/II gereğince bazı önlemler alma imkanına sahip olur.

Türk Borçlar Kanunu md. 473/II anlamında ayıplı imalat ile sözleşmeye aykırı imalat ayrı durumlardır. Sözleşmeye aykırı imalata örnek olarak, yetkisiz alt yükleniciye başvurma ya da sözleşmeye aykırı imal yöntemleri kullanma gösterilebilir. Eserin imaliyle ilgili olmayan sözleşmeye aykırılıklar TBK. md. 473/II'nin uygulama alanı dışında kalır.¹⁴

Teslim edilmiş eserde ayıp olması halinde öngörülmuş olan tamir hakkı ile TBK. md. 473/II' de düzenlenen hakkın (Ersatzvornahme) birbirine benzer olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmalar hâkimden izin almaya gerek olup olmadığı hususundan kaynaklanmaktadır. TBK. md. 473/II' de hâkimden izin alınmanın öngörülmemiş olması sebebiyle işi başkasına yaptırabilme hakkının (Ersatzvornahme), TBK. md. 113/I'deki düzenlemenin buraya taşınması niteliğinde olmadığı yönündedir.¹⁵

Diğer bir görüşe göre ise TBK. md. 473/II'deki Ersatzvornahme hakkı, bir şeyin icrasına ilişkin genel nitelikli TBK. md. 113'ün özel bir uygulaması olarak değerlendirilmelidir.¹⁶ İş sahibi masraf ve hasar yükleniciye ait olmak üzere işin iyileştirmesini ya da devamını üçüncü kişiye bırakabilir. Bu hakkın kullanılması ile iş sahibi yükleniciye karşı bir ücret alacağı elde eder. Yüklenici, iş sahibine karşı ücret alacağının ödemesi konusunda yükümlüdür. Burada iş sahibinin yardımcı kişisine ve iş sahibine yüklenemeyen bir sebeple üçüncü kişinin kötü ifasından da yüklenici sorumlu olur.¹⁷

Yüklenicinin ortadan kaldırması gerekli olmayan bir ayıp söz konusu olduğunda, iş sahibi işi başkasına yaptırabilme hakkına sahip değildir. Zira bu durumda ayıba giderme ücreti ya çok fazladır ya da ayıp iş sahibinin bizzat kusurundan meydana gelmiştir.¹⁸ Ayıba giderme ücretinin çok fazla olduğu

¹² NICLAUS, Jurg, Das Recht auf Ersatzvornahme gemass Art. 366 Abs. 2- OR, N.8, Diss. St. Gallen, 1999; KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 356, İstanbul, 2008; "Hatta önemli inşaat işlerinde kontrol için yetkili birisini tayin etmeyen iş sahibinin ortak (müterafık) kusuru bulunduğu söylenebilir.", TANDOĞAN, s. 61.

¹³ ZINDEL/PULVER, N. 29.

¹⁴ TANDOĞAN, s. 64.

¹⁵ ZINDEL/PULVER, N. 28.

¹⁶ GAUCH, N. 870.

¹⁷ GAUCH, N. 870.

¹⁸ ZINDEL/PULVER, N. 31.

durumlarda, TBK. md. 475 gereğince, söz konusu madde de düzenlenen seçimlik hakların yanı sıra, iş sahibi genel hükümlere göre tazminat isteme hakkına da sahiptir.

2. Türk Borçlar Kanunu. md. 473/II'nin Uygulanabilme Şartları

I. İşin Devamı Esnasında Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağına Açıkça Tahmin Edilebilmesi

A. Eserin “Ayıplı” veya “Sözleşmeye Aykırı” Şekilde Yapılacağına Görülmesi

Eserin ayıplı şekilde yapılması ile sözleşmeye aykırı şekilde yapılması TBK. md. 473/II'de farklı durumlar olarak öngörülmüştür.¹⁹ Bununla birlikte kanunda eserin ayıplı imalinin yanı sıra sözleşmeye aykırı yapılmasından da bahsedilmesine gerek olmadığı, burada sadece eserin ayıplı imalinin düzenlendiği ileri sürülmüştür.²⁰ Doktrinde ayıp ve sözleşme şartlarına aykırılık ayırımının hukuken bir önemi olmadığı, bunun ayıp kavramının bütünlüğünü zedelediği ve aynı kavramı ifade ettiği belirtilmiştir.²¹

Ayıp, eserin sözleşmede kararlaştırılan ya da sözleşmede kararlaştırılmaya bile dürüstlük kuralı gereğince eserde bulunması beklenen nitelikleri taşımamasıdır.²² Ayıplı imal ise, eserin tamamlandığında açıkça ayıplı olacağına henüz işin yürütülmesi safhasında, tahmin edilebilir olmasını ifade eder. Ayıpla ilgili kesin sonucun oluşması ya da ara denemelerde açıkça bunun ortaya çıkması ayıplı imal kavramını oluşturur.²³ Örneğin; dayanaksız araziye inşaat yapılıyorsa, çatının su geçireceği, makinenin istenen kapasitede çalışmayacağı anlaşılabiliriyorsa, TBK. md. 473/II anlamında eserin ayıplı şekilde yapılacağına tahmin edilmesi şartı gerçekleşmiş olur.²⁴

Eserin ayıplı olacağına tahmin edilmesi ile kastedilen, yürütülen işte beklenen niteliklerin bulunmaması sebebiyle eser teslim edildiğinde ayıplı olacağına bilinmesidir. Yani eser tamamlanırsa ayıplı bir eser olacaktır.²⁵

¹⁹ TANDOĞAN, s. 64; SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Sorumluluğu, s. 111, İstanbul, 1978, s. 111; ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s. 358, Ankara, 2014; GAUCH, N. 877.

²⁰ ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, s. 190, Ankara 2002.

²¹ TANDOĞAN, s. 162; ARAL, s. 374; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 522, İstanbul, 2010; UÇAR, s. 355.

²² CANBOLAT, s. 65; UÇAR, s. 124; ARAL, s. 374; TANDOĞAN, s. 161; YAVUZ, s. 522.

²³ ZINDEL/PULVER, N. 31.

²⁴ UÇAR, s. 125; TANDOĞAN, s. 162; SELİÇİ, s. 119.

²⁵ GAUCH, N. 875; ZINDEL/PULVER, N. 32.

Ayıplı ifanın henüz iş yapılırken ya da iş yürütülürken tahmin edilmesi gerekir. Yüklenici, eseri sözleşmeye uygun olarak ve belirli bir kalitede imal edeceğini, buna ilişkin gerekli önlemleri alacağını taahhüt etmemiş olabilir. Örneğin; yüklenici inşaat yapıyorsa, uygun olmayan malzemeyi depolayamaz. Aksi durumda iş sahibi uygun olmayan malzemenin inşaat alanından uzaklaştırmasını yükleniciden isteyebilir. Yüklenicinin kendisine verilen sürede söz konusu malzemeyi uzaklaştırmaması halinde iş sahibi, gideri yükleniciye ait olmak üzere kendisi uzaklaştırabilir ya da mahkemenin ayıplı malzemenin inşaat alanından çıkarılmasını talep edebilir.²⁶

Eser, ayıplı olmasının dışında diğer sebeplerle sözleşmeye aykırı olduğunda da TBK. md. 473/II uygulanır. Sözleşme şartlarına aykırılıkta ayıplı haller olarak, TBK. md. 473/I'e göre işe zamanında başlamama, özellikle özen ve sadakat yükümlülüğünün ve dürüstlük kurallarının ihlali ile kanunda düzenlenen diğer ihlal halleri sayılabilir. Sözleşme şartlarına aykırı davranıştan bir zararın meydana gelmesi ya da meydana gelme ihtimalinin olması şart değildir. Ancak sözleşmeye aykırılık, işin üçüncü kişiyeye bırakılabilmesini haklı gösterecek derecede önemli olmalıdır.²⁷

Eserin kararlaştırılan tarihte bitmeyeceğinin açıkça anlaşılması üzerine, iş sahibinin teslim için belirlenen süreyi beklemeksizin sözleşmeden dönebileceği TBK. m. 473/I'de düzenlenmiştir ve TBK. md. 473/II kapsamına dâhil edilemez. Ayrıca eserin devamını ve tamamlanmasını engelleyen objektif nitelikte engeller çıkması durumunda da yüklenici sözleşme şartlarına aykırı davranmış sayılmaz²⁸. Bunun gibi eserin imaline ilişkin olmayan sözleşmeye aykırı davranışlar da TBK. md. 473/II kapsamında değildir.²⁹

²⁶ GAUCH, N. 876.

²⁷ ZINDEL/PULVER, N. 32; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, s. İstanbul, 2012. s. 25.

²⁸ "...Bilindiği üzere, T.B.K.nın 473. maddesi uyarınca, yüklenicinin işe zamanında başlamaması sebebiyle arsa sahibinin erken fesih isteminde bulunabilmesi için, oluşan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir. Somut olayda ise sözü edilen bu şart gerçekleşmediği gibi, sözleşmede ruhsat alınması ve işe başlanması için belirli bir vade kararlaştırılmamış, arsa sahiplerince, bu konuda yükleniciye gönderilen ihtarname tebliğ edilememiş, daha sonrasında da yüklenicinin işe başlaması yönünde uyarı amaçlı herhangi bir bildirimde bulunulmamıştır. Tüm bunlara ilaveten yukarıda açıklandığı gibi mahkemece, işin kararlaştırılan vadede tamamlanabileceği tespit edilmiştir..." Yargıtay 23. HD. E. 2013/1452, K. 2013/4106, <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016)

²⁹ KOCAAĞA, s. 182; TANDOĞAN, s. 64; "TBK. md. 358 diğer yasa hükümlerinin hiç birisiyle ilgili olmayan özel ve kendine özgü bir düzenleme getirdiğinden, TBK. md. 360 hükümlerine kıyasen, ayıplı ifa halinde iş sahibine tanınan seçimlik olanaklara burada başvurulamaz. Bu yüzden ayıplı olmakla birlikte eser bütünüyle tamamlanmadıkça, iş sahibi sözleşmedeki bedeli ayıp oranında indirilmesini isteyemeyecektir." ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, s. 64, İstanbul, 1989.

Sözleşmedeki esaslara aykırılık da, TBK. md. 473/II anlamında ayıplı imalat olarak değerlendirilmelidir. Örneğin; yüklenicinin yetkisiz alt yüklenici çalıştırması ya da yer üstü işletmesi yerine yer altı işletmesi yapmak gibi sözleşmeye aykırı bir metodun denenmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir.³⁰

B. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağıın “Açıkça” Görülmesi

Yüklenicinin tutumunda eserin ayıplı ya da sözleşme şartlarına aykırı olacağıın muhtemel olması yetmez, açıkça tahmin edilebilir olmalıdır. Zira TBK. md. 473/II, eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağıın açıkça tahmin edilebilmesi durumunda iş sahibine, teslimi beklemeden, müdahalede bulunma hakkı tanımaktadır³¹. Eserin imali esnasında, eserde belirli niteliklerin bulunmaması, eser tamamlandığında onun ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olmasına sebep olacaksa açıkça öngörülebilir şartı sağlanmış demektir. İş görmenin genel gidişatına bakılarak eserin ayıplı olacağı ya da sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde olmayacağı öngörülebilir.³² Örneğin; yüklenici kararlaştırılan eserin imali için uygun olmayan malzeme depolarsa ya da yüklenicinin işi projeye aykırı olarak yürütmesi durumlarında işin ayıplı yapılacağı açıkça tahmin edilebilir durumdadır. Tekrarlanan haller dışında bu durumda üçüncü kişiye tevdi sınırlı uygulanmalıdır.³³

Gauch’a göre, ayıplı ifa ya da sözleşmeye aykırılığın her zaman önceden ve açıkça tahmin edilebilir nitelikte olması gerekir. Ancak açıkça tahmin olunmadan, iş sahibinin sübjektif endişesi anlaşılmalıdır. Bu konuda ortaya çıkabilecek durumlar dikkate alınarak objektif bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna karşın kesinlik ise gerekli değildir. Çünkü gelecekte olacakların kesinliği

³⁰ TANDOĞAN, s. 64; GAUCH, N. 877; GÜMÜŞ, s. 25; KOCAAĞA, s. 182.

³¹ “...Davacı tarafça sözleşmeye uygun olmayacak şekilde daire teslim edileceğinden bahisle işbu davanın açılmış, mahkemece davanın reddine karar verilmiş ise de, taraflar arasında imzalanan sözleşmenin 2/b maddesindeki “yüklenici tarafça ifraz ve tevhitte sonra elde edilecek imar parselinden eski 31 numaralı parselin üzerine tam denk gelecek şekilde yapılacak zemin kat dükkan, bu dükkan için 20 m²’lik bodrum, dükkan üzerine 62- 59 parsellere cephe olan bir stüdyo daire ve ikinci katta iki bitişik stüdyo dairenin arsa sahibine verileceği, 28.02.2013 tarihine kadar dükkan ruhsatı alınamaz ve zemin kata dükkan yapılmaz ise arsa sahibine belirtilen dükkan ve dairelere karşılık birinci kattan 4 ve ikinci kattan 1 stüdyo daire verileceğine” dair hususların incelenmediği anlaşılmaktadır. Bu husus aynı zamanda TBK’nın 473/2. maddesi şartlarının oluşup oluşmadığının tespiti yönünden de önemlidir. Bu nedenle, gerekirse mahallinde keşif yapıp bilirkişilerden rapor alınarak oluşacak uygun sonuç dairesinde karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır...” Yargıtay 23. HD. E. 2014/9009, K. 2016/66, <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016)

³² ÖZ, s. 62; GÜMÜŞ, s. 25; KOCAAĞA, s. 182; TANDOĞAN, s. 64.

³³ GAUCH, N. 890; TANDOĞAN, s. 63; ÖZ, s. 63.

olmaz.³⁴

Eserdeki ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın eserin imali sırasında söz konusu olması gerekmiyep, böyle bir tehlikenin ileri aşamalarda vuku bulacak olmasının öngörülmesi yeterlidir. İş görme faaliyetleri başlamamış olsa da yapılacak eserin ayıplı olacağı açıkça öngörülüyorsa TBK. md. 473/II'ye başvurulabilir.³⁵

C. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağıın “Meydana Getirilmesi Sırasında” Görülmesi

‘Eserin meydana getirilmesi sırasında’ ifadesinin lâfzî yorumundan, yüklenici sözleşmede kararlaştırıldığı gibi eseri imale başlamış olmakla birlikte eserin henüz tamamlanmamış olduğu anlaşılır. Eserin ayıplı olması ya da sözleşmeye uygun olmamasının, eserin meydana getirilmesi sırasında olması, TBK. md. 473/II için asli şarttır. Bu yüzden iş tamamlandıktan ya da tamamlanmış eserin tesliminden sonra ayıp ortaya çıkarsa TBK. md. 473/II uygulanmaz. Zira teslim edilmiş işin iyileştirmesi kavramı farklıdır.³⁶

Gauch’a göre TBK. md. 473/II’nin amacı, iş sahibinin hâkimin iznine gerek olmadan, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesi durumuna hızlıca müdahale edebilmesini mümkün kılmaktır. Bu sebeple eser tamamlandığında bu amaç ortadan kalkar ve acilen müdahale edilmesi gereken bir durumun varlığından söz edilemez.³⁷ Niklaus ise eserin tesliminden sonra da yüklenicinin ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı gidermede gecikmesi durumunda TBK. md. 473/II’ye başvurulabileceği görüşündedir. Zira yüklenicinin teslim öncesi de teslim sonrası da eserin ayıplı olmasını önleme yükümlülüğü aynı niteliktedir. Her iki durumda da eserin ayıpsız olarak meydana getirilip teslimi amaçlanmaktadır. Bu yüzden teslimden sonraki ayıpların giderilmesinde de TBK. md. 473/II kıyasen uygulanmalıdır.³⁸

Kanaatimizce, Türk Borçlar Kanunu md. 473/II’de “meydana getirilmesi sırasında” ibaresi kullanıldığı için eserin yapımına başlanmış ancak henüz

³⁴ GAUCH, N. 878.

³⁵ GÖKYAYLA, Emre, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi, s. 799, Ocak, 2002, S. 1; GÜMÜŞ, s. 25.

³⁶ GAUCH, N. 873-874; TANDOĞAN, s. 63; “Eser sözleşmesi taraflara haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme akdidir. Bu akitte, yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallar ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de eserin bedelini ödemekle mükelleftir. Yüklenicinin eseri teslim aşamasına kadar, eksik ve kusurlu işlerden sorumluluğu söz konusudur. Teslimden sonraki dönemde ise, tekeffül sorumluluğu gündeme gelmektedir.” Yargıtay 15. HD. E. 2005/7623, K. 2006/166, <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016).

³⁷ KOCAAĞA, s.183.

³⁸ NIKLAUS, s. 158 vd.

tamamlanmamış olması gerekir. Ancak eserin imaline henüz başlanmamış olmakla birlikte yapılacak eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağı açıkça öngörülebiliyorsa, TBK. m. 473/II hükmü lafzına rağmen, uygulanabilir.³⁹ Örneğin; eser için elverişli olmayan malzemenin işyerine depo edilmesi halinde, iş sahibi, söz konusu elverişsiz malzemenin oradan kaldırılmasını talep edebilir.⁴⁰

II. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılmasında Yüklenicinin Kusuru

A. Eserin Ayıplı ya da Sözleşmeye Aykırı Olmasının Yüklenicinin Kusurundan Kaynaklanması

Ayıplı ifa ya da sözleşme şartlarına aykırı imal sebebiyle işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi için yüklenici kusurlu olmalıdır. Hükmün düzenlemesinden iş sahibinin, işi başkasına yaptırabilmesi için yükleniciye yükletilebilen bir kusurun olmasının şart olduğu anlaşılmaktadır. Hükümde açıkça yer alan yüklenicinin kusurlu olması gerektiği ifadesine rağmen yüklenicinin kusurunun olup olmaması gerektiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre ayıp ya da sözleşmeye aykırılık yüklenicinin kusurundan kaynaklanmakla birlikte, bunun için iş sahibinin kusurunun bulunmaması yeterlidir. Çünkü eserin ayıplı olması halinde, yüklenicinin sorumluluğu kusura dayanmaz ve bu durumda iş sahibinin kendi kusuruyla ayıba yol açmaması yeterlidir. İş sahibi eserin tesliminden sonra işin ayıplı olarak yürütülmesine ilişkin taleplerini (TBK. md. 475) ileri sürebilir.⁴¹

Yüklenicinin kusuru lâfzî anlamda yorumlanmamalıdır. Buradaki ölçü iş sahibinin sorumluluğu ile ilgili TBK. md. 476'da olduğu gibi değerlendirilmelidir. Yüklenicinin buradaki sorumluluğu sebep sorumluluğu olup TBK. md. 476'da iş sahibinin bizzat kusuru ile ilgili olan duruma benzer ve buradaki kusur kavramını açıklamak için yeterlidir. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğu göz önünde tutularak iş sahibine eserin ayıplı olması konusunda bir kusurun yüklenememesi gerekir.⁴²

Diğer bir görüşe göre, masraflar yükleniciye ait olmak üzere eserin üçüncü kişiye yaptırılması için ayıp ya da sözleşmeye aykırılık yüklenicinin kusurundan ileri gelmelidir. Kusur, yardımcı kişinin davranışından da kaynaklanabilir. Bu durumda alt yüklenicinin ya da yardımcı kişilerin kusuru da yüklenicinin

³⁹ ARAL, s. 340; GAUCH, N. 874.

⁴⁰ TANDOĞAN, s. 63; ARAL, s. 358.

⁴¹ ALTAŞ, Hüseyin, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Dönme Hakkı (TBK. md.358), Prof. Dr.Fikret EREN'e Armağan, s.123, Ankara, 2006; GAUCH, N. 879-880;

⁴² GAUCH, N. 897; ZINDEL/PULVER, N. 34-35; GÜMÜŞ, s. 25.

kusuru sayılır. Zira, alt yüklenicinin davranışlarından, yüklenici TBK. md 116 gereği sorumludur. Böyle bir durumda alt yüklenicinin kusurlu davranışlarının yükleniciye isnat edilebilmesi gerekir.⁴³

Bu konuda ileri sürülen son bir görüşe göre ise, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması durumlarını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Buna göre eserin ayıplı olduğu durumlarda yüklenicinin kusuru aranmamalıdır. Sözleşmeye aykırılık durumlarında ise yüklenicinin kusurlu olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁴

Eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesinin yüklenicinin kusurundan ileri gelmesi gerektiği TBK. md. 473/II'de açıkça öngörülmüştür. Bu sebeple eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olması durumlarında, yüklenicinin kusurunun olup olmaması gerektiğine ilişkin tartışmaların pratik açıdan bir öneme sahip olmadığı kanaatindeyiz.

B. Eserin Ayıplı ya da Sözleşmeye Aykırı Olmasında İş Sahibinin de Kusurunun Bulunması

Eserin üçüncü kişiyeye yaptırılabilmesi ve masraflarının yükleniciden istenebilmesi, iş sahibinin kusurunun olmamasına bağlıdır. Burada iş sahibinin kusurunun bulunmaması yeterli olduğu için, yüklenici kusurlu olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olmasında, hem iş sahibinin hem de yüklenicinin kusuru bulunduğu durumlarda iş sahibi, TBK. m. 473/II gereğince işi üçüncü kişiyeye yaptırabilir. Ancak bu durumda işin üçüncü kişiyeye yaptırılması masraflarına katılmak zorundadır.⁴⁵

İş sahibi, eserin gereği gibi ifası için yapılan fazla giderler ile birlikte ayıplı imal yüzünden uğranılan zararları ve üçüncü kişiden alınamayan ya da kaza

⁴³ TANDOĞAN, s. 64; NIKLAUS, s.101 vd; GÖKYAYLA, s. 800; ŞENOCAK, s. 200; YAVUZ, s. 612.

⁴⁴ KOCAAĞA, s. 186.

⁴⁵ ZINDEL/PULVER, N. 35; NIKLAUS, s.104-105; GÖKYAYLA, s. 800; "Yüklenici, davacıya ait binanın zeminden ısıtma işini üstlenmiştir. İşin teslim tarihi 24.2.1993'tür. Davacı 24.2.1993- 14.12.1993 dönemi için gecikme tazminatı istemiş ve davanın kabulüne ilişkin bu karar kesinleşmiştir. İkinci dava 24.2.1993- 15.4.1993 dönemi için açılmış ve davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Her ne kadar yüklenicinin direniminden itibaren gecikilen sürede tazminat ödenmesi gerekli ise de, kendisine gönderilen 9.12.1993 ihtarnamede işin 14.12.1993 tarihinde iş sahibi tarafından teslim alınacağı; eksik ve ayıplı işlerin başkasına yaptırılacağı bildirilmiştir. Bu durumda davacı iş sahibi işi bizzat yapmayı üstlendiğinden, mahkemece yapılacak iş; başka bir yüklenici bulunması ve eksik/kusurlu işlerin tamamlanması için ne kadar bir süre gerektiğinin tespiti ile o süreye göre gecikme tazminatının hesaplanıp ortak kusur nedeniyle bundan bir indirim yapmaktan ibaret olacaktır." Yargıtay 15. HD. T. 24.01.2005 04/2922, 05/153 YKD. S. 5, Y. s. 732, 2005, <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016).

sonucunda meydana gelen zararları yükleniciden talep edebilir. Ancak iş sahibi de işi tevdi edeceği kişiyi seçerken ve ona talimat verirken özenli davranmak zorundadır. Aksi halde zarara kendisi katlanır.⁴⁶

III. Yükleniciye Uygun Bir Mehil Verilmesi ve İşin Üçüncü Kişiye Yaptırılacağı İhtarında Bulunulması

İş sahibi, yükleniciye TBK. md. 123'e göre uygun bir süre vermeli ve hasar ve masrafı ona ait olmak üzere ayıpların giderilmesini talep etmeli ya da işin devamının üçüncü kişiye yaptırılacağı ihtarda bulunmalıdır. İş sahibi vereceği mehili kendisi belirleyebileceği gibi hâkime de tayin ettirebilir. Sürenin yeterli olup olmadığı konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklarda, ispat kolaylığı açısından sürenin hâkime tayin ettirilmesi daha uygundur. Yüklenici, kendisine verilen bu sürede iş görme faaliyetlerini yeniden yapılandırıp yanlışlığı düzelterek, hatalı kısımları tamir edecektir. Zira iş sahibine verilen bu hak eserin gereği gibi ifa edilmesi içindir.⁴⁷ İşin üçüncü kişiye tevdi edilebilmesi için verilen mehil sonuçsuz kalmalı, süre yüklenicinin ihtarına uymaması ile geçirilmiş olmalıdır.

Süre vermedeki amaç yüklenicinin kusurlu eylemine son vererek eserin sözleşmeye uygun şekilde, zamanında ve gereği gibi teslim edilmesini sağlamaktır. Bu süre geçmeden iş sahibinin işi üçüncü kişiye yaptırma yetkisi yoktur. İş sahibi, yükleniciye uygun bir mehil verip ihtarında bulunmadan işi üçüncü kişiye yaptırması durumunda masrafları yükleniciden talep edemez.⁴⁸ Zira iş sahibinin ücrete ilişkin alacak hakkı, üçüncü kişinin yükleniciye verilen sürenin dolmasından sonra çalışmaya başlamasıyla doğar. Ancak yükleniciye verilen süre dolmadan üçüncü kişi işe başlamak için hazırlık yapabilir. Üçüncü kişinin hazırlık faaliyetlerine başlaması için yükleniciye verilen sürenin geçmiş olması gerekli değildir. Ücret ile ilgili alacağın kapsamına, bu hazırlık işleri için yapılan harcamalar da dâhil edilir. Burada iş sahibi tarafından sözleşmenin feshine benzer bir durum oluşur.⁴⁹ Burada, yüklenici kendisine verilen süre içerisinde eserdeki ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı giderirse, üçüncü kişinin işe başlamak için giriştiği hazırlık faaliyetleri sebebiyle, yaptığı masrafları kimden isteyeceği sorusu gündeme gelebilir. Kanaatimizce bu gibi bir durum söz konusu olduğunda, iş sahibinin üçüncü kişiye (ikame yüklenici) karşı sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışından doğan sorumluluğu (culpa in contrahendo) sebebiyle tazminat yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Bu sebeple iş sahibi, üçüncü kişinin uğramış olduğu menfi zararları tazmin etmelidir.

⁴⁶ TANDOĞAN, s. 65-66; KARAHASAN, s. 252.

⁴⁷ SELİÇİ, s. 113; TANDOĞAN, s. 62; ALTAŞ, s. 124; ÖZ, s. 63; KOCAAĞA, s. 187.

⁴⁸ TANDOĞAN, s. 65; GÖKYAYLA, s. 800.

⁴⁹ GAUCH, s. 882.

Verilen mehil, eserin tamamlanması için uygun ve deneyimli bir yüklenicinin gerekli tedbirleri alarak eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesi için yeterli olmalıdır. Zira süre vermenin amacı eserin gereği gibi ifası için yükleniciye son bir şans tanımaktır. Örneğin; kalitesiz malzeme kullanılmışsa, bu malzemenin değiştirilmesi ya da malzemelerin saklanması için bir baraka yapılması gerekiyorsa bu barakanın yapılması için yeterli bir süre verilmelidir.⁵⁰ Ortaya çıkan ayıbın giderilmesi imkânı varsa, mehili belirleyen iş sahibi, yüklenicinin ortaya çıkan ayıbı ne kadar süre içerisinde giderebileceğini dikkate almalıdır. Mehil verme yüklenicinin karar verme özgürlüğünü sınırlar. Bu sınırlama iş sahibinin menfaatinin korunması ile ilgilidir. Özellikle eserin sorunsuz olarak devamı için zarardan korumasına ve vaktinde eserin ayıpsız teslimine ilişkin iş sahibinin menfaati dikkate alınmalıdır.⁵¹

Yüklenici, kendisine verilen süreyi yeterli bulmazsa derhal itiraz etmelidir; daha sonradan sürenin yetersiz olduğunu ileri süremez ve mehili içeren ihtar geçerli hukuki sonucunu doğurur.⁵² Verilen mehil kısa olsa bile yüklenici için de uygun ise yüklenici sürenin kısa olmasına itiraz edemez. Mehil verilmesini gerektirmeyen durumlar söz konusu ise, yükleniciye süre verilmesine de gerek yoktur. Örneğin; yüklenicinin ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırma imkânı olmadığı ya da yüklenicinin ayıbı ve sözleşmeye aykırılığı gidermeyi kesin ve ciddi olarak reddetmiş olduğu durumlarda süre verme gereksiz bir uygulama niteliği taşır.⁵³ Ayıp ve sözleşmeye aykırılık eserde önemli bir zarara sebep olmuşsa da TBK. md. 124 gereğince süre vermeye gerek yoktur. Zira süre vermenin amacı, ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın zarar meydana gelmeden giderilmesini sağlamaktır. Zarar meydana gelmişse ihtar yapılarak zararın tazmini istenebilir.⁵⁴

Yüklenici verilen sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı giderse dahi iş sahibi gecikme sebebiyle yükleniciden tazminat talep edebilir. Zira verilen süre yükleniciye işleri uzatma yetkisi vermez. Ancak bunun için eseri teslim alırken bir ihtiraz kaydı ileri sürmesi gerekir. İhtiraz kaydı ileri sürmeksizin eseri kabul eder ya da yüklenicinin ücretini öderse, iş sahibi tazminat talebinde bulunamaz.⁵⁵

⁵⁰ SELİÇİ, s. 112.

⁵¹ GAUCH, s. 884.

⁵² SELİÇİ, s. 112; TANDOĞAN, s. 65; KOSTAKOĞLU, s. 357; KARAHASAN, s. 252; GÖKYAYLA, s. 800; GÜMÜŞ, s. 26; YAVUZ, s. 612.

⁵³ GAUTSCHİ, N. 7; GAUCH, s. 885; ÖZ, s. 63; SELİÇİ, s. 119; KARAHASAN, s. 252.

⁵⁴ SELİÇİ, s. 112; GÖKYAYLA, s. 800; ERGEZEN, Muaz, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, s. 66, Ankara, 2007.

⁵⁵ TANDOĞAN, s. 65; KOSTAKOĞLU, s. 357; “ Müteahhit verilen süre zarfında eserin ayıplı olacağı tehlikesini bertaraf etmesine rağmen, bu düzeltme faaliyetleri yüzünden artık eser vadeye yetişmez hale gelirse, iş sahibi bu kez de doğrudan TBK. md. 358/1’de düzenlenen bu nedenle, ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmelidir.” ÖZ, s. 63.

İş sahibi, verilen süre içerisinde ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmemesi durumunda masraflar yükleniciye ait olmak üzere işin üçüncü kişiye yaptırılacağını en geç süre tayininde ihtar etmelidir. Mehilin dolmasından sonra yapılan ihtar geçerli değildir. İhtar içermeyen uygun süre tayini, işin üçüncü kişiye yaptırılmasını sağlamaz. Bunun gibi verilen süre dolmadan iş üçüncü kişiye ikame edilemez. Eğer iş sahibi yükleniciye böyle bir ihtar da bulunmadan işi üçüncü kişiye yaptırırsa masraflara kendisi katlanır.⁵⁶

3. Türk Borçlar Kanunu. md. 473/II'nin Sonuçları

I. İş Sahibinin İş Üçüncü Kişiye Yaptırma ve Eseri Tamir Hakkı

A. Genel olarak

Türk Borçlar Kanunu md. 473/II'deki şartların gerçekleşmesiyle iş sahibinin, işin devamında söz konusu olabilecek hasar ve masraflar yükleniciye ait olmak üzere işi, üçüncü kişiye yaptırması veya tamiri mümkündür. Zira yüklenici, eserin zamanında ve eksiksiz teslimini borçlanmıştır. Ayrıca TBK. md. 113'de öngörülmüş olan hâkimden izin almak zorunluluğu burada söz konusu değildir.⁵⁷

Türk Borçlar Kanunu md. 473/II'nin lafzından üçüncü kişiye eserin tamiratının ya da imalatının devamının bırakılacağı sonucu çıkarılabilir. Üçüncü kişi, eserdeki ayıbı giderme, iyileştirme ya da eserin meydana getirilmesine devam edebilecektir.

B. İşin Üçüncü Bir Kişiye Yaptırılması veya Tamiri

Şartların oluşmasıyla işin üçüncü kişiye verilmesi durumunda iş sahibi ile üçüncü kişi (ikame yüklenici) arasında, ilk yükleniciyle iş sahibi arasındaki eser sözleşmesinden bağımsız ve yeni bir eser sözleşmesi kurulurken, ilk yüklenici ile iş sahibi arasındaki eser sözleşmesinin tasfiyesi söz konusu olur. Böyle bir durumda iş sahibi yeni yükleniciye karşı aralarındaki eser sözleşmesi gereğince bütün haklara sahip olduğu gibi, ayrıca ücret ödeme borcu altına da girmiş olur. İlk yüklenici ise işin üçüncü kişi tarafından yapılması sebebiyle söz konusu olan masrafları ödeme borcu altındadır.⁵⁸

İlk yüklenici ile ikame yüklenici arasında ise herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur. Ancak ikame yüklenicinin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı ifade bulunması durumunda iş sahibi bunlardan dilediğine başvurabilir. Burada ilk yüklenici ile ikame yüklenici arasında TBK. md. 61 gereğince teselsül söz konusudur ve bir rücu ilişkisi meydana gelir.⁵⁹

⁵⁶ SELİÇİ, s. 112; TANDOĞAN, s. 65; KARAHASAN, s. 252; ŞENOCAK, s. 201-202; NIKLAUS, s.106-107.

⁵⁷ ZINDEL/PULVER, N. 35; BGE 124 II 55.

⁵⁸ ŞENOCAK, s. 204; KOCAAĞA, s. 190.

⁵⁹ GÜMÜŞ, s. 26; ŞENOCAK, s. 205; NIKLAUS, s.112.

Bir görüşe göre⁶⁰ bedel götürü olarak belirlenmişse, bu bedelin aşılması durumunda dahi, iş sahibi işi üçüncü kişiye yaptırabilir. Ancak belirtmek gerekir ki bedelle ilgili sınırları dürüstlük kuralına göre tayin etmek gerekir (TMK. md. 2).

İşin TBK. md. 473/II gereğince üçüncü kişiye bırakılabilmesi için edimin yüklenicinin şahsına bağlı olmasının bir önemi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre işin yüklenicinin şahsına bağlı olup olmamasının bir önemi yoktur. Zira edimin yüklenicinin şahsına bağlı olması alacaklının menfaatindedir ve alacaklı dilerse bundan feragat ederek işi üçüncü bir kişiye verebilir.⁶¹ Diğer bir görüşe göre ise⁶², işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi için edimin yüklenicinin şahsına bağlı olmaması gerekir. Yüklenicinin, eserin meydana getirilmesinde kişisel özelliklerinin önemli olduğu hallerde, üçüncü kişinin eserin yapımına katılması eserin değerinde azalmaya yol açabileceği için kalan kısmın tamamlanması üçüncü kişiye bırakılamaz. Böyle bir değer kaybı iş sahibinin menfaatlerini zedelediği gibi dolaylı olarak yükleniciye de zarar verebilir. Bu yüzden iş sahibi, yüklenicinin onayını almaksızın ayıbın ve sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için üçüncü kişiye başvuramaz.

İş sahibi tamir ve işin devamını istemekte serbest seçim hakkına sahip değildir. Kural olarak ayıp ya da sözleşmeye aykırılık hallerinde üçüncü kişiye sadece işin tamiri yaptırılabilir. İşin tamamının yapılması üçüncü kişi için söz konusu olmaz. İşin kalan kısmının üçüncü kişiye yaptırılabilmesi eserin zamanında ve gereği gibi ifasının tehlikeye düştüğü durumlarda söz konusu olabilir. Buna karşılık iş sahibi TBK. md. 113'deki durumda olduğu gibi tamir veya işin devamını üçüncü kişiye gitmeden bizzat kendisi yapabilir.⁶³ Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre⁶⁴, böyle bir sınırlama yapmak gereksizdir. İş sahibi, TBK. md. 473/II gereğince ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın üçüncü kişi tarafından giderilmesinden sonra işin devamını üçüncü kişiye bırakabileceği gibi yüklenicinin de devam etmesini tercih edebilir. Yüklenicinin kendisine tanınan sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı gidermesi, işe devam etme niyetinde olduğunu gösterir. Aksi halde yüklenici verilen sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığını ortadan kaldırmazsa, iş sahibi ayıbın ve sözleşmeye aykırılığın giderilmesiyle birlikte işin kalan kısmını da üçüncü kişiye yaptırabilir.

İşin devamının üçüncü bir kişiye tevdi edilebilmesi yüklenicinin ayıpsız ve eksiksiz olarak imal etmeyi borçlanmış olduğu iş görmedir ki buna malzeme temini borcunu da dâhil etmek gerekir. TBK. md. 473'ün amaçsal yorumuna

⁶⁰ GAUCH, N. 871.

⁶¹ KOCAAĞA, s. 191.

⁶² ALTAŞ, s. 124; GAUCH, N. 893; ŞENOCAK, s. 199-200; GÜMÜŞ, s. 25.

⁶³ GAUCH, N. 889; TANDOĞAN, s. 64; ARAL, s. 360.

⁶⁴ GÜMÜŞ, s. 26; KOCAAĞA, s. 192.

göre bir değerlendirme yapıldığında, sözleşmeye aykırılığı engellemekte yeterli olursa henüz yerine getirilmemiş çalışmanın ayrılabilen kısmının üçüncü kişiye tevdi edilmesi mümkündür.⁶⁵

Yüklenici, ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı giderme konusunda ciddi ve samimi olmalıdır. Verilen sürede işi yapıyormuş izlenimi vererek göstermelik faaliyetlerde bulunuyorsa, yani ihtarin hükmünden kurtulmak amacındaysa iş sahibi TBK. md. 473/II'den faydalanabilmelidir.⁶⁶

İşin üçüncü kişi tarafından yapılması sebebiyle doğacak masraflarla birlikte hasar rizikosu da yükleniciye ait olup yüklenici kazaen meydana gelen zararları da karşılamakla yükümlüdür. İşin devamının üçüncü kişi (ikame yüklenici) tarafından yapılması sırasında bir hasar meydana gelirse TBK. md. 473/II uyarınca bundan ilk yüklenici sorumlu olacaktır. Ancak zarar ve hasar, ikame yüklenicinin seçilmesi ya da ona talimat verilmesi gibi iş sahibine isnat edilebilecek bir sebepten ileri gelirse bu durumda ilk yüklenici sorumlu tutulamaz.⁶⁷

C. İşin Üçüncü Kişiyne Yaptırılmasının Masrafları

İşin üçüncü kişiyne yaptırılmasından doğan ücret, muhtemel tehlikelerden meydana gelecek zarardan ve kötü işin tevdi edilen kişi tarafından giderilemeyen sonuçlarından doğan sorumluluk yükleniciye aittir. Yüklenicinin eser meydana getirme edimi, ikame ifanın masrafları ve gerektiğinde tazminat ödeme borcuna dönüşür. İş sahibinin ikame yükleniciyle sözleşme yaptığı anda ilk yüklenicinin sorumluluğu doğar ve iş sahibi yaptığı masrafları istemek hakkını kazanır. Bunun dışında iş sahibi, üçüncü kişiyne ödemiş olduğu tutarı da talep edebilir. Bu bir tazminat talebi niteliğinde değildir. Bilakis eserin tamamlanmasında, üçüncü kişinin kullanılmasından doğan bir alacak hakkı vardır.⁶⁸

İş sahibi ücret ödeme borcunu henüz yerine getirmemişse, TBK. md. 97 gereğince ödemelik def'inden yararlanarak ücret ödeme borcunu ifadan kaçınabilir. Böylelikle iş sahibi sonradan talep edeceği tazminatla ücret ödeme

⁶⁵ GAUCH, N. 888.

⁶⁶ GÖKYAYLA, s. 801.

⁶⁷ SELİÇİ, s. 113; TANDOĞAN, s. 62-63.

⁶⁸ ZINDEL/PULVER, N. 37; ARAL, s. 361; "Eser sözleşmelerinde kural olarak, yüklenicinin iş bedelinin tamamına hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve iş sahibinin ondan beklediği amacına uygun ve ayıpsız olarak yapıp teslim etmesi gerekir. Eserin eksik ve kusurlu yapılması nedeniyle iş sahibi eksik ve kusurlu işlerin başkasına yaptırılmasından dolayı alacak talebinde bulunabileceği gibi eserin tamamen reddini gerektirmiyorsa iş bedelinin eksik ve kusurlu işlere ilişkin kısmını ödemekten kaçınabilir." Yargıtay 15. HD. E. 2005/7466, K. 2005/6769 <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016).

borcunu takas edebilir. Eğer iş sahibi ücret ödeme borcunu ifa etmişse, böyle bir durumda ödemelik def'i söz konusu olamayacağından tazminat talep edebilecektir.⁶⁹

İlk yüklenicinin sorumlu olduğu masraf miktarı, işin ikame yükleniciye yaptırıldığı miktarla sınırlıdır. İş sahibi en az maliyetli yükleniciyi seçmek zorunda olmadığı gibi işi en yüksek maliyetle yapan yükleniciyi tercih etme yetkisi de yoktur. İş sahibi, ikame yükleniciyle daha masraflı ve lüks bir metot kararlaştırmışsa bu masrafları ilk yükleniciden isteyemez. Önemli olan masrafların dürüstlük kuralına uygun yapılmış olmasıdır.⁷⁰

Verilen mehilin dolmasını beklemeden işi kendisi yapan iş sahibi sadece zorunlu giderlerini talep edebilir. Bu durumda yüklenici, eser gereği gibi ifa edilseydi zaten karşılamak zorunda olduğu masrafları ödemek zorundadır. Ancak ikame yüklenicinin işi tamamlaması sebebiyle eser değer kazanmışsa, bu değer ilk yüklenicinin karşılamak zorunda olduğu masraflardan indirilmelidir.⁷¹

İşin üçüncü kişiyeye yaptırılması sebebiyle söz konusu olacak masraflar için genel kabule göre iş sahibinin, ilk yükleniciden avans istemesi mümkündür. Bunun için iş sahibinin ikame yükleniciyle sözleşme yapması zorunlu olmayıp görüşmelere başlamış olması yeterlidir. Avansın miktarı işin üçüncü kişiyeye yaptırılması sebebiyle doğacak muhtemel masraflara göre belirlenir. Bu masraflar eserin tamamlanabilmesi için mahkemeye başvurulduğu sırada piyasa rayicine göre ortalama bir tutarı kapsamalıdır.⁷²

İlk yükleniciden alınan bu avans daha sonra onun ödemek zorunda olduğu masraflardan indirilir. Avansın, ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermeye yetmemesi durumunda iş sahibi tekrar avans isteyebileceği gibi, yüklenici de artan avans miktarını iş sahibinden geri talep edebilir.⁷³

D. İş Sahibinin İşini Bizzat Kendi Yapması Durumu

İş sahibi işi mutlaka üçüncü kişiyeye yaptırmak zorunda olmayıp bizzat kendisi de yapabilir.⁷⁴ Eserdeki ayıp ya da sözleşmeye aykırılık durumunda iş sahibi, TBK. md. 473/II gereğince işi bir başkasına tevdi edebileceği gibi, TBK. md. 113/II'e göre kalan işin masrafları yükleniciye ait olmak üzere kendisi

⁶⁹ DİRİCAN, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, s. 52-53, İstanbul, 2007.

⁷⁰ GAUCH, N. 871; NICLAUS, s. 119.

⁷¹ KOSTAKOĞLU, s. 357; ŞENOCAK, s. 206.

⁷² AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, s.182, Ankara, 2008; ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 90, İstanbul, 2007; GÜMÜŞ, s. 44; KOCAAĞA, s. 194.

⁷³ KOCAAĞA, s. 194-195; UÇAR, s. 206; ŞENOCAK, s. 207.

⁷⁴ ZINDEL/PULVER, N. 38; GAUCH, N. 891; ŞENOCAK, s. 191.

tarafından ifasına izin verilmesini hâkimden isteyebilir.⁷⁵

Türk Borçlar Kanunu md. 473/II'de işin üçüncü kişiye verileceği (Beizug Dritten) ifadesi yer almaktadır. İş sahibi bu hüküm sayesinde işin tamamlanması ya da tamirine ilişkin menfaati elde eder. Bu açıdan TBK. md. 473/II hükmü, TBK. md. 113/I'e benzemektedir. TBK md. 473/II'de işin tamamlanması ya da tamiri yetenek gerektirdiği için üçüncü kişiye yaptırmak kavramı getirilmiştir. Bu yüzden, eserin iş sahibi tarafından yapılması halinde beklenen menfaat sağlanamaz. Çünkü iş sahibinin kararlaştırılan eserin imaline ilişkin uzmanlığı ve altyapısı yoktur.⁷⁶

Yüklenicinin işi şahsen yürütme borcunun olduğu hallerde, işin tamamlanması ve tamiri için işin üçüncü kişiye verilmesi söz konusu olmaz. Çünkü bu temsili mümkün bir durum arz etmez. Bu durum TBK. md. 473'de düzenlenmemiştir. Burada boşluk olduğu için iş sahibinin bu gibi durumlarda korunması söz konusu değildir.⁷⁷ İş sahibini korunmasız bırakmamak için TBK. md. 473/1'in amaçsal yorumundan hareket ederek iş sahibine sözleşmeden dönme hakkını tanımak gerektiği doktrinde belirtilmiştir.⁷⁸ Ancak Gauch'a göre TBK. md.473/II'de düzenlenmemiş olan bu durumu TBK. md. 473/I' deki hükümlerle doldürmek mümkün değildir. Zira her iki hüküm farklı durumları düzenlemektedir.⁷⁹

Kanaatimizce de, TBK. md. 473/I ve TBK. md. 473/II birbirine alternatif hükümler değildir ve ilgili fıkralarda iki farklı durum düzenlenmektedir. Bu sebeple yüklenicinin işi şahsen yürütme borcu olduğu durumlarda, işin tamamlanması ya da tamiri üçüncü kişiye bırakılmayacağından, iş sahibini korumak amacıyla TBK. md. 473/I gereğince iş sahibine dönme hakkı tanımak da zorlama bir yorum olacaktır. Bu gibi durumlarda genel hükümler çerçevesinde iş sahibinin zararlarının tazmini yoluna gidilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

II. İş Sahibinin Türk Borçlar Kanunu. md. 125'de Öngörülen Diğer Seçimlik Haklardan Yararlanması

A. Genel Olarak

Yüklenici, verilen sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı gideremezse, iş sahibinin işi üçüncü bir kişiye yaptırmak hakkının yanı sıra TBK. md. 125'de düzenlenen seçimlik haklardan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda TBK.

⁷⁵ DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, s. 64 (sayfa no kontrol ediniz, Ankara, 2008; SELİÇİ, s. 97; ALTAŞ, s. 108; TANDOĞAN, s. 20.

⁷⁶ GAUCH, N. 891.

⁷⁷ GAUCH, N. 893.

⁷⁸ ZINDEL/PULVER, N. 41.

⁷⁹ GAUCH, N. 893.

md. 473/II'de açıklık yoktur. Yüklenicinin kendisine verilen süreyi faydasız geçirmesi durumunda, iş sahibinin tekrar süre vermek mecburiyetinde kalmadan, işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine, TBK. md. 125'de yer alan aynen ifa ile gecikme tazminatını isteme, müspet zararın tazminini isteme, sözleşmeden dönme ve menfi tazminat isteme seçimlik haklarını kullanmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁸⁰ Zira iş sahibinin işi üçüncü kişiye yaptırmayı seçimlik haklardan feragat ettiği anlamına gelmez.⁸¹

B. İş Sahibinin Tazminat Hakkı

İş sahibinin, işin üçüncü kişiye yaptırılacağı ihtarında bulunmasının TBK. md. 125'deki seçimlik haklardan vazgeçtiği anlamına gelmediğinin, doktrinde genel olarak kabul gördüğünü daha önce belirtmiştik. Bu çerçevede işin üçüncü kişiye yaptırılması, müspet zararın somut yöntemle hesaplanması niteliğindedir.⁸² İş sahibi ayıp veya sözleşmeye aykırılık giderilmezse işi üçüncü kişiye yaptırabileceği gibi, aynen ifayı ya da derhal bildirmek kaydıyla müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini talep edebilir.

Yüklenicinin işin üçüncü kişiye verilmesi sebebiyle oluşan masrafları ödemekten kaçınması halinde cebri icra, bir para alacağı üzerinden yapılacaktır. Dolayısıyla eserin tamamlanması ikame yükleniciye verilmişse müspet zarar fiilen yapılmış olan masraflara göre belirlenecektir. Bu sebeple iş sahibi işi başka birine tevdi etmek yerine zararın doğrudan doğruya nakden tazminini de isteyebilir.⁸³ Bununla birlikte daha önce de belirtildiği gibi, yüklenici ayıby veya sözleşmeye aykırılığı kendisi gidermiş de olsa gecikmeden dolayı iş sahibi tazminat talep edebilir.

İş sahibinin ücrete ilişkin alacak hakkı, TBK. md. 113/I'deki hakka benzer ve bir tazminat alacağı olarak nitelendirilemez.⁸⁴ Ücrete ilişkin olan tazminatın sınırları, iş sahibinin taahhüdü ölçüsünde takdir edilmelidir. Buna karşılık iş sahibinin üçüncü kişiye yaptırarak tasarruf ettiği kısım ise yüklenicinin borçlandığı teslim borcundan mahsup edilir.⁸⁵

Tandoğan⁸⁶, yapılacak işin sadece düzeltme ya da işin tamamının olmasına göre bir ayırım yapmaktadır. Düzeltme halinde işin tamamı değil, sadece düzeltilecek kısmı üçüncü kişiye yaptırılır. Burada iş sahibi işi üçüncü kişiye

⁸⁰ SELİÇİ, s. 113; TANDOĞAN; s. 65; YAVUZ, s. 615.

⁸¹ TANDOĞAN, s. 66; KARAHASAN, M. Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, s. 253, İstanbul, 1997.

⁸² TANDOĞAN, s. 66; SELİÇİ, s. 113–114; YAVUZ, s. 615.

⁸³ SELİÇİ, s. 114; TANDOĞAN, s. 66.

⁸⁴ ZINDEL/PULVER, N. 39; GAUCH, N. 871.

⁸⁵ GAUCH, N. 871.

⁸⁶ TANDOĞAN, s. 66; Ayrıca bkz. YAVUZ, s. 619.

yaptırmak yerine tazminat da talep edebilir. Zira masrafların yükleniciden alınması somut metotla müspet zararın hesaplanması niteliğindedir.

Yükleniciye süre verilmesi, zarar tehlikesinin olduğu dönemde önem arz ettiğinden, önemli bir zarar söz konusuysa işin üçüncü bir kişiye yaptırılması yerine doğrudan tazminat talebinde bulunulabilir.⁸⁷

Eserdeki eksiklikler ayıp olarak nitelendirilemeyen çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. İş sahibi özen borcuna aykırılıktan kaynaklanan yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde de tazminat talebinde bulunabilir.⁸⁸

C. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

İşin üçüncü kişiye verilebilmesi hakkının şartları oluştuğunda TBK. md. 473/I veya md. 475'de olduğu gibi iş sahibinin dönme hakkı var mıdır? Yoksa bu hak eserin tesliminden sonra mı söz konusu olacaktır? Ayıp giderilmez ya da iş sözleşmeye uygun hale getirilmezse iş sahibi sözleşmeden dönebilir mi? Bu soruların cevapları TBK. md. 473/II'de açıkça düzenlenmemiştir.

Ayıp ve sözleşmeye aykırılık durumunda yüklenicinin verilen süreyi verimsiz geçirmesi üzerine iş sahibinin TBK. md. 125'deki seçimlik haklara başvurabileceği kabul edilmektedir.⁸⁹ O halde borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK. md. 125'de öngörülmüş olan dönme hakkı TBK. md. 473/II'de öngörülen durumlar için de geçerlidir denebilir. Zira TBK. md. 473/I'de iş sahibine dönme hakkı tanınmıştır ve TBK. md. 473/II'nin amacı da iş sahibini daha elverişsiz bir duruma sokmak olmayıp TBK. md. 125'deki seçimlik haklara ek olarak işin üçüncü kişiye yaptırılarak iş sahibinin daha iyi bir duruma gelmesini sağlamaktır. Dolayısıyla ayıplı ya da sözleşmeye aykırı eseri vaktinden önce düzeltme imkânının yanı sıra sözleşmeden erken dönme imkânının da tanındığı kabul edilmelidir.

TBK. md. 473/I'e kıyasen sözleşmeden dönmek, ancak işin üçüncü kişiye yaptırılmasının uygunsuz sonuçlar meydana getireceği ve bir yarar sağlamayacağı, eserin zamanında bitirilmesinin mümkün olamayacağı ya da üçüncü kişinin eseri zamanında bitiremeyeceğinin açık olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Ek olarak yüklenici işi şahsen ifa borcu altındaysa, yani kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edimi borçlanmışsa ve yürütülecek işin özelliklerine göre tercih edilmişse de iş sahibi sözleşmeden doğrudan dönebilecektir.

⁸⁷ SELİÇİ, s. 112.

⁸⁸ ZINDEL/PULVER, N. 32; TANDOĞAN, s.60-61; SELİÇİ, s. 110-111.

⁸⁹ EREN, Fikret, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer s. 78, Ankara 18-29 Mart, 1996; ERGEZEN, s. 66; TANDOĞAN, s. 69; ÖZ, s. 62; DAYINLARLI, s. 126-127; ŞENOCAK, s. 192.

Bu durumlar haricinde iş üçüncü kişiyeye yaptırılabilirse, iş sahibinin sözleşmeden dönemeyeceği belirtilmiştir.⁹⁰ Ancak eser ayıplıysa, sözleşmenin kurulması aşamasında objektif imkansızlık ya da sonraki imkansızlık hallerinde istisnaen dönme hakkı söz konusu olabilir.⁹¹

İş sahibinin sözleşmeden dönmek için tekrar süre tayin etmesine gerek yoktur. Sözleşmeden dönmeyle birlikte iş sahibi menfi zararlarını da isteyebilecektir.⁹²

Dikkat edilmesi gereken bir husus da, iş sahibinin, eserdeki ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın, yüklenici adına kendisinin ya da bir başkasının gidermesini talep hakkının sözleşmeden dönme anlamına gelmemesidir. TBK. md. 473/II sözleşmenin feshini öngören bir hüküm değildir. Dolayısıyla kusurlu kısmın yüklenici tarafından düzeltilmemesi sebebiyle buradaki bozukluğun iş sahibi ya da üçüncü bir kişi tarafından giderilmesi, sözleşmeden dönme sonucunu doğurmaz. Yüklenicinin yarım kalan esere devam etmesi gerekir. Zira sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri ve eserin gecikmesinden doğan zarardan sorumluluğu devam etmektedir. Ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için gereken ve eserin tamamlanmasını geciktiren bu süre ek süre olarak sözleşme süresine eklenemez.⁹³

İş sahibinin sözleşmeden dönebilme imkanı bulunduğu takdirde taraflar için sözleşmenin tasfiyesi söz konusu olacaktır. Buradaki dönme, ister TBK. md. 125'e ister TBK. md. 473/1'e dayandırılırsa kural olarak geriye etkili bir dönme niteliği taşır. Şartları varsa taraflar karşılıklı borçlarını takasla sona

⁹⁰ ALTAŞ, s. 124, GAUCH, N. 893; ZINDEL/PULVER, N. 40; TANDOĞAN, s. 119-120; ARAL, s. 362; ÖZ, s. 63.

⁹¹ ZINDEL/PULVER, N. 38-39; GÜMÜŞ, s. 25.

⁹² SELİÇİ, s. 114; DAYINLARLI, s. 127; KARAHASAN, s. 253; GÖKYAYLA, s. 801; "Taraflar arasındaki 26.4.1989 tarihli sözleşmeye göre, imalat ve montaj işinin 15.4.1990 tarihinde bitirilip teslim edilmesi gerekmektedir. Bu tarihte sözleşmeye uygun olarak iş yapıp teslim edilmediği halde davacı, 25.10.1990 tarihine kadar gereksiz yere bekleyerek bu tarihte davalıya ihtar çekmiş ve ondan sonra gene gereksiz yere bekleyerek 11.12.1990 tarihinde sözleşmeyi feshetmiştir. Bundan sonra, kalan işi başkasına yaptırmıştır. Sözleşme feshedildiğine göre, davacı sadece bu yüzden uğradığı menfi zararlarını isteyebilir. Bu durumda, iki ihale arasındaki fark, yani feshedilen sözleşmedeki fiyat ile sonradan yapılan iş dolayısı ile ödenen fiyat arasındaki fark talep edilemez, ancak feshedilen sözleşme tarihinde, yani 26.4.1989 tarihinde serbest piyasa fiyatına göre bu imalat ve montaj işinin kaç yapılabileceği saptanıp, teslim tarihi olan 15.4.1990 tarihinden itibaren makul bir bekleme süresi eklenerek bulunacak tarihte aynı işin serbest piyasa fiyatlarına göre kaç yapılabileceği tespit edilip, bu iki fiyat arasındaki farka menfi zarar olarak hükmedilmesi gerekirken, mahkemece sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile tespit tarihindeki fiyat arasındaki farka hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır." Yargıtay 15. HD. E. 1993/854, K.1993/4589 <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016).

⁹³ KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, s. 357, İstanbul, 2008; ERDOĞAN, İhsan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD, C.3, S.1, s.147, Ocak- Haziran Konya, 1990.

erdirebilirler⁹⁴. Sözleşmeden dönme halinde, iş sahibinin menfi zararını ödeyen yüklenici, dönme tarihine kadar yapmış olduğu işin bedelini de iş sahibinden talep edebilecektir. Dönme nedeniyle söz konusu olacak iade yükümlülükleri aynı anda ifa edilir.⁹⁵

4. Türk Borçlar Kanunu. md. 473/II ile Türk Borçlar Kanunu. md. 113/II Arasındaki Hukuki İlişki

Yapma borcu, kural olarak iş görme edimlerine ilişkindir. Bu sebeple yapma borcuna aykırılığın ve bu durumun müeyyidesinin düzenlendiği TBK. md. 113'ün de incelenmesi gerekmektedir.⁹⁶

Türk Borçlar Kanunu md. 113/I'de "*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.*" denilerek bir şeyin yapılmasına ilişkin borcun yerine getirilmemesi durumunda alacaklıya, borçlu yerine geçerek ifada bulunma yetkisi verilmesi ya da işin üçüncü kişiye yaptırılmasına izin verilmesi için mahkemeye başvurma imkanı tanınmıştır.

Türk Borçlar Kanunu md. 113/I, yapma borçlarında masrafları borçluya ait olmak üzere, alacaklının ikame işlem yapmak suretiyle, borcun konusunun kendisi ya da üçüncü bir kişi tarafından yapılmasını sağlayan genel bir hükümdür. Burada yapma borcunun aynen ifasının cebri icra yoluyla yerine getirilmesi sağlanmaktadır.⁹⁷ TBK. md. 473/II ile TBK. md. 113/I karşılaştırıldığında TBK. md. 473/II'nin daha özel bir hüküm (lex specialis) olduğu kabul edilmektedir.⁹⁸ TBK. md. 113/I sayesinde iş sahibi eseri tamamlatarak eser sözleşmesiyle amaçladığı menfaati elde etmektedir.⁹⁹

İş sahibinin TBK. md. 473/II'ye göre işi üçüncü kişiye yaptırması için hâkimden izin almasına gerek yoktur. Burada TBK. md. 113/I'deki kuraldan ayrılmaktadır. TBK. md. 473'ün amacı işin sözleşmeye aykırı olarak yapılacağına anlaşılması üzerine bunun acilen önlenmesinin sağlanmasıdır. Bunun için hâkimden izin alınmasına gerek görülmemiştir. Buna karşılık iş sahibi dilerse süreyi hâkime tayin ettirebilir.¹⁰⁰ Bunun haricinde işin üçüncü kişiye tevdi edilmesi ve bunun masraflarının yükleniciden istenebilmesi

⁹⁴ TANDOĞAN, s. 70; SELİÇİ, s. 114; ARAL, s. 361.

⁹⁵ TANDOĞAN, s. 70; SELİÇİ, s. 114; ARAL, s. 361.

⁹⁶ DİRİCAN, s. 50.

⁹⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 633 vd, Ankara, 2012; EREN, s. 1027 vd, (Borçlar Genel).

⁹⁸ GÜMÜŞ, s. 21; ALTAŞ, s. 108; ŞENOCAK, s. 196.

⁹⁹ AYAN, s. 175.

¹⁰⁰ GAUCH, N. 887; TANDOĞAN, s. 65; SELİÇİ, s. 114; ARAL, s. 361-362.

açısından TBK. md. 113/I ve TBK. md. 473/II paralellik göstermektedir.¹⁰¹

Türk Borçlar Kanunu md. 113/I, aynen ifanın sağlanması niteliğindedir. Bu sebeple eser sözleşmesinden kaynaklanan borç herhangi bir sebeple sona ererse bu hüküm uygulanamaz. Eserin tamamlanması objektif olarak imkânsızlaşmışsa¹⁰² ya da iş sahibi TBK. md. 123/II'ye dayanarak aynen ifadan vazgeçmişse yine TBK md. 113/I'in uygulanması söz konusu olmaz.¹⁰³

Türk Borçlar Kanunu md. 473/II'nin amacı ivedi bir şekilde henüz eserin meydana getirilmesi aşamasında söz konusu olabilecek ayıp veya sözleşmeye aykırılığın önüne geçilmesidir. Eser tamamlandığı anda artık TBK. md. 473'ün uygulama amacı ortadan kalkar ve TBK. md. 113/I uygulama alanı bulur.¹⁰⁴

Türk Borçlar Kanunu md. 113/I'in son fıkrasında yer alan “*Her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.*” cümlesinden, yüklenicinin kusursuzluğunu ispatlayamaması durumunda, iş sahibinin eserin sözleşmeye uygun olarak teslim edileceği zamana kadar geçen dönem için gecikme tazminatı¹⁰⁵ ya da cezai şart talep edebileceği sonucuna varılabilir.¹⁰⁶

SONUÇ

Eser sözleşmenin kurulmasından eserin teslimine kadar sözleşme tarafları arasında birçok teknik ve hukuki sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bu sorunlardan biri de yüklenicinin asli edim yükümlülüklerinden olan işe zamanında başlama ve işi yürütme borcuna aykırı davranmasıdır. TBK md.473/ I'de yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme şartlarına aykırı olarak eserin icra faaliyetlerini yavaş yürütmesi ve ertelemesinden doğan sorumluluğu düzenlenirken, TBK md. 473/II'de ise eserin meydana getirilmesi

¹⁰¹ ALTAŞ, s. 108.

¹⁰² “...Mahkemece, sözleşmenin 9. maddesinde yer alan “sözleşmeden müşterinin vazgeçmesi halinde sözleşme tutarının %30'u gelir kaydedilip kalan tutar iade edilir” hükmü cezai şart olarak yorumlanmak suretiyle dava reddedilmiş ise de davacının tek taraflı olarak sözleşmeden cayması söz konusu olmayıp ortaya çıkan objektif imkânsızlık nedeniyle (ruhsat alınmadığından) iş yapılmadığından açılan davanın kabulü ile iş bedeline mahsuben ödenen 5.000,00 TL'nin tahsiline karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme sonucu yazılı gerekçe ile davanın reddedilmiş olması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir...” Yargıtay 15. HD. E.2014/6696 K.2015/3002, <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016).

¹⁰³ AYAN, s. 177.

¹⁰⁴ GÜMÜŞ, s. 25.

¹⁰⁵ “...Gecikme tazminatı kural olarak, sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden, eserin eksiksiz ve ayıpsız olarak sözleşmeye uygun biçimde teslim edildiği tarihe kadar ya da iş sahibinin teslimden önce bağımsız bölümü fiilen kullanmaya başladığı veya üçüncü kişiyeye kiraya verdiği ya da sattığı tarihe kadar istenebilir...” Yargıtay 23. HD. E. 2014/1551, K. 2014/6299, <http://www.kazancihukuk.com/> (01.12.2016).

¹⁰⁶ ERMAN, s. 90; AYAN, s. 182; DİRİCAN, s. 53.

aşamasında yüklenicinin kusuru sebebiyle eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir şekilde yapılacağına açıkça öngörülmesi durumunda yüklenicinin sorumluluğu düzenlenmiştir.

İşin devamı esnasında eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağına açıkça görülmesi durumunda, TBK. md. 473/II gereğince işin devamı ya da tamiri, masraflar yükleniciye ait olmak üzere üçüncü kişiye bırakılabilir. Bunun için iş sahibi, yükleniciye uygun bir süre vererek, hasar ve masrafı ona ait olmak üzere ayıpların giderilmesini ya da işin devamının üçüncü kişiye yaptırılacağını ihtar etmelidir. TBK. md. 113'de öngörülmüş olan hâkimden izin almak zorunluluğu burada yoktur.

Eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olmasında yüklenicinin kusurlu olması gerekir. Bu hususta iş sahibinin de kusuru varsa, iş sahibi işin üçüncü kişiye yaptırılması masraflarına katılmak zorunda kalır. (sarı kısımlarda Ş harfi düzeltiniz)

İş sahibi, işi mutlaka üçüncü kişiye yaptırmak zorunda değildir. TBK. md. 473/II gereğince işin devamını ya da tamirini bir başkasına tevdi edebileceği gibi, TBK. md. 113/I'e göre kalan işin masrafları yükleniciye ait olmak üzere kendisi tarafından ifasına izin verilmesini de hâkimden talep edebilir.

Ayıp ve sözleşmeye aykırılık durumlarında, yüklenicinin verilen süreyi verimsiz geçirmesi üzerine, iş sahibinin TBK. md. 125'deki seçimlik haklara başvurabileceğini de kabul etmek gerekir. Zira BK. md. 473/I'de iş sahibine dönme hakkı tanınmıştır ve kanaatimizce TBK.md. 473/II'nin amacı iş sahibini daha elverişsiz bir duruma sokmak değildir. TBK md. 473/II'de öngörülen işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi hakkına ek olarak, iş sahibinin TBK. md. 125'deki seçimlik haklardan da yararlanabileceği kabulü, sözleşmenin tecrübesiz tarafı olan iş sahibinin daha iyi bir konuma gelmesini sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

ALTAŞ, Hüseyin: İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadadan Önce Dönme Hakkı (BK. md.358), Prof. Dr.Fikret EREN'e Armağan Ankara, 2006.

ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2014.

AYAN, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008.

CANBOLAT, Ferhat: İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, 2009.

DAYINLARLI, Kemal: İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, 2008.

DİRİCAN, Gökhan: Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007.

ERDOĞAN, İhsan: İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD, C.3, S.1, Ocak- Haziran Konya, 1990.

EREN, Fikret: Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer Ankara 18-29 Mart, 1996.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2015.

ERGEZEN, Muaz: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara, 2007.

ERMAN, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2007.

GAUCH, Peter: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich, 1996.

GAUTSCHİ, Georg: Berner Kommentar, Bd. IV, Das Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art. 363- 379 OR., Bern, 1967.

GÖKYAYLA, Emre: Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009.

GÖKYAYLA, Emre: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi, Ocak, 2002, S. 1.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper :Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, 2012.

KARAHASAN, M. Reşit: İnşaat İmar İhale Hukuku, İstanbul, 1997.

KILIÇOĞLU, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012

KOCAAĞA, Köksal: Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Biçimde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. md. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD, C. 6, S. 1, Y. 2004.

KOLLER, Alfred: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teil bd., I. Unterteilbd., Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, 3. Aufl., Bern 1998.

KOSTAKOĞLU, Cengiz: İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2008.

NIKLAUS, Jürg: Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2- OR, Diss. St. Gallen, 1999.

ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989.

SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Sorumluluğu, İstanbul, 1978.

ŞENOCAK, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, İstanbul, 2010 (Tıpkı Bası).

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

YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2010.

ZINDEL, G./PULVER, U.: Kommentar zum Art. 363-379, Basler

Kurzkommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. Aufl., Basel 1996.

Yararlanılan internet kaynakları

<http://www.kazancihukuk.com/>