

Son Güncelleme Tarihi 02.12.2013

e - akademi

HUKUK, EKONOMİ VE SİYASAL BİLİMLER AYLIK İNTERNET DERGİSİ

ARALIK 2013-SAYI 134

Makale:

“Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri”

Doç. Dr. Faruk ACAR
MÜ. Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilimdalı Öğretim Üyesi

I. Genel Olarak

Eser sözleşmesiyle yüklenici bir sonuç meydana getirmeyi borçlanır (TBK.m.470-OR.Art.363). Bu sonuç genellikle maddi varlık taşıyan cinsten bir nesne ya da nesneye ilişkin olur (TBK.m.472-OR.Art.365'deki malzeme ifadesi buna işaret eder). Örneğin, bir bina inşaatı ya da binanın boyanması veya makinenin onarılması böyledir. Fakat yüklenici bazen de fikri (düşünsel) düzeyde bir sonucu meydana getirmeyi borçlanabilir (TBK.m.470-OR.Art.363'ün eser ifadesini kullanması bundandır, oysa eBK.m.355 bir “şey”in imalından söz etmişti). Örneğin, bilgisayar programının hazırlanması ya da bir reklam filminin çekilmesi böyledir. Ancak her halükarda iş sahibinin sözleşmeyle umduğu yarar yüklenicinin (çalışmayla) meydana getireceği sonuçta¹ yoğunlaşmış ve birikmiş vaziyettedir.

¹ Geniş bilgi için bkz. **KOLLER, A.:** Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Band VI, 2. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Werkvertrag, Art.363-366 OR, Bern 1998, Art. 363, Nr.64, s. 25; **GAUTSCHI, G.:** Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art.363-379 OR, Bern 1967, Vorbem.zu Art.363- 379, Nr.1, s. 9; **BÜHLER, T.:** Kommentar Zum

İş sahibi bakımından sözleşmeye konu edilen, yüklenicinin borçlandığı sonuç önem arz eder. Sonuca kavuşması ile edim yararı gerçekleşir. Aksi halde sözleşmesel ilişkiden zarar görür. Yüklenicinin borcunu ifa etmesi ancak bu sonucu meydana getirmesiyle mümkün olur. Sonuç meydana gelmez ise yüklenici borca aykırı davranmış olur. Üstün çaba ya da özenli davranmış bile olsa yüklenici, sonuç onun hukuksal alanından kaynaklanan veya onun sorumlu olduğu sebeplerle meydana gelmemişse yüklenici borca aykırı davranmış olur. Zira eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlarında bir dereceleme yapılacak olursa ilk sırayı eserin meydana getirilmesi ve bunun iş sahibine kazandırılması gelir. Oysa bir diğer iş görme sözleşmesi olan vekalet sözleşmesinde vekilin birincil nitelikte borcu müvekkili yararına üstün çaba sarf etmektir, buna rağmen umulan ya da hedeflenen yarar doğmayabilir; bundan dolayı vekil müvekkile karşı sorumlu olmayacaktır (TBK.m.506/2-OR.Art.398-2).

Eser sözleşmesinde yüklenilen sonuç “eser” olarak isimlendirilir. Sözleşmesel zeminde bu denli önemli olan sonuç ya da eser, ancak işgörme faaliyetiyle doğar. İş görme faaliyeti az çok, uzun kısa hatta belli belirsiz bir zamanın geçmesini gerektirir. Bu bakımdan eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirmesi zamana yayılan cinstendir. Hatta bu durum yüklenicinin üstlendiği edimin “sürekli edim”, sözleşmenin de “sürekli sözleşme” olduğu yönünde inanca da sevk edebilmektedir. Bize göre şüphesiz olan ise yüklenicinin eseri meydana getirme borcu basit bir ifa hazırlığı hareketi olmadığıdır. Nitekim Kanun koyucu yüklenicinin işi yürütmek (eseri meydana getirmek) borcu altında olduğunu, buna aykırı davranılması halinde ve diğer belli koşullar altında iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğini kabul etmiştir (TBK.m.473/1-OR.Art.366/1).

Kanun koyucunun işin yürütülmesi noktasında yüklenicinin belli bir tutumunu borca aykırı sayması ve buna yaptırım öngörmesi (TBK.m.473/1-OR.Art.366/1) az çok fakat eserin belli ölçüde meydana getirilmesi ya da getirilmiş olduğu olgusunu da bünyesinde örtülü şekilde barındırır. Özellikle yaptırım noktasında kanunun işin zamanında bitmeyeceği koşulunu araması bunu teyit eder ve güçlendirir. Şu halde dönme hakkının doğması ve kullanılması için eser bir ölçüde meydana getirilmiş olması olasılık dahilindedir ve meydana getirilen kısım önemlidir.

Eserin bitmişlik düzeyi veya seviyesi olarak da ifade edilebilecek bu durum eserin tamamlanma oranına işaret eder ki eser sözleşmesine ait hak ve yükümlülüklerin ya da sorunların bir çoğunda bu oran karşımıza çıkmaktadır. Yukarıda belirtilen yasal düzenlemede (TBK.m.473/1-OR.Art.366/1) henüz eseri teslim etme borcu bakımından vade gelmiş, muacceliyet gerçekleşmiş değildir. Öte yandan vade gelmiş veya eseri teslim borcu muaccel hale gelmiş olsa fakat eser tam olarak meydana gelmese, borca aykırılık söz konusu olacak, iş sahibi kanunda tanınan imkanları kullanabilecektir. Yüklenicinin temerrüde düşmesine bağlı olarak iş sahibinin genel hükümlerde yer alan seçimlik hakları kullanması (TBK.m.125-OR.Art.109) eserin tamamlanma oranına göre farklı şekilde görünüm ve etki kazanacaktır. Eserin tamamlanma oranının etkin olduğu başkaca hallerden bir kısmına aşağıda değinilecektir vardır.

Bu makalede eserin tamamlanma oranının etkisi ve buna bağlanan sonuçlardan bazıları üzerinde durulacaktır.

II. Eserin Tamamlanma Oranı Kavramı, Önemi ve Tespiti

Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2d, Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Aufl. Zürich 1998, Art. 363, Nr. 33 vd, s. 39, Nr.49, s. 41 vd.

Eserin tamamlanması diğerk bir ifadeyle tam olarak meydana getirilmesi yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun ifası anlamına gelmektedir. Böylesi bir ifa yüklenicinin bir diğerk borcu olan teslim borcuna hazırlık mahiyetinde olduğundan, teslim borcunun ifasını mümkün kılan bir işlev ve öneme sahiptir. Aksi halde eserin teslimi borcu ifa edilemeyecektir ki, bu durum yüklenici bakımından borçlu temerrüdüne düşme anlamına gelir, sorumluluğunu doğurur.

Eserin tamamlanma oranı kavramı² eserin meydana getirilmeye başlandığını örtülü olarak ifade eden yapıya sahiptir. Eser % 0 düzeyinde iken eserin meydana getirilmeye başlandığından bahsedilemez, olsa olsa meydana getirmek için ön hazırlık mahiyetinde faaliyetlerden söz edilebilir ki, bunlar eserin tamamlanma oranı kapsamında ele alınamaz. Örneğin, yüklenicinin binayı inşaa etmek için bir miktar demiri tedarik etmesi, eseri meydana getirme olmadığı gibi, eserin tamamlanma oranı kapsamında da bir değerk ifade etmez. Şu halde eserin tamamlanma oranı % 0 düzeyini dışlayan bir kavramdır.

Buna karşın %1 ve yukarı bir düzey eserin tamamlanma oranını kavramının kullanımını gerektiren bir durumu ortaya koyar. Bu oran eserin meydana gelmişliği bakımından % 100 düzeyine çıkabilir. Eserin % 100 meydana gelmiş olmasını da tamamlanma oranı kavramının dışında tutmak gerekir. Bir bakıma % 0 ile %100 arasında bu fark yoktur. Zira % 0'da eser meydana getirilmeye başlanmamışken, % 100'de eseri meydana getirme borcu ifa edilmiş demektir.

Eserin tamamlanma oranı, aşağıda bazılarına değinileceği üzere bir çok yerde karşımıza çıkmaktadır³. İşsahibinin bedel ödeme borcunun miktarının tayininde, tazminat karşılığı fesih, erken temerrüt olarak anılan duruma bağlı dönme hakkının kullanımında, borçlu temerrüdüne bağlı olarak işsahibine tanınan seçimlik haklarda ve özellikle dönme hakkının kullanımında eserin tamamlanma oranı açıkça karşımıza çıkmaktadır⁴. Eser sözleşmesiyle ilgili uyuşmazlıkların çoğunluğunun bu konulardan çıktığını belirtmemiz gerekir.

Eserin tamamlanma oranının tespiti teknik bir incelemeyi gerektiren konu olduğundan bilirkişi incelemesine gidilmelidir. Bilirkişi bu oranı belirlerken öncelikle yüklenicinin

² Eserin bitmişlik düzeyi, inşaat seviyesi gibi kavramlar da esasen bu kavramın türevlerinden ibarettir. İnşaat türünde eser meydana getirme borcu bakımından "inşaat seviyesi" ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. **Yargıtay** 15. HD., E. 2008/362, K. 2008/3514, 30.5.2008 t.li kararı için Kazancı-İBB

³ 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.20'de "İdarenin sözleşmeyi feshetmesi", m.21'de ise, "Sözleşmeden önceki yasak fiil veya davranışlar nedeniyle fesih" ele alınmış, bu maddenin 2. fıkrasında ise aynen şu ifadelere yer verilmiştir: "Ancak, taahhüdün en az % 80'inin tamamlanmış olması ve taahhüdün tamamlattırılmasında kamu yararı bulunması kaydıyla; a) İvediliği nedeniyle taahhüdün kalan kısmının yeniden ihale edilmesi için yeterli sürenin bulunmaması, b) Taahhüdün başka bir yükleniciye yaptırılmasının mümkün olmaması, c) Yüklenicinin yasak fiil veya davranışının taahhüdünü tamamlamasını engelleyecek nitelikte olmaması, hallerinde, idare sözleşmeyi feshetmeksizin yükleniciden taahhüdünü tamamlamasını isteyebilir ve bu takdirde yüklenici taahhüdünü tamamlamak zorundadır. Ancak bu durumda, yüklenici hakkında 26 ncı madde hükmüne göre işlem yapılır ve yükleniciden kesin teminat ve varsa ek kesin teminatların tutarı kadar ceza tahsil edilir. Bu ceza hakedişlerden kesinti yapılmak suretiyle de tahsil edilebilir."

⁴ Kredi kabiliyeti bakımından eserin tamamlanma oranı (inşaatın bitmişlik düzeyi) belirleyici olabilmektedir. Örneğin TOKİ konut ihtiyacının fazla olduğu illerde inşaat bitmişlik düzeyini aşağı çekmek suretiyle (% 65 gibi) orta ve uzun vadeli kredi verebilmektedir. Dolayısıyla inşaatın bu seviyeye ulaşması kredi alma imkanını doğurmaktadır (bkz. TOKİ'nin 2003/1 nolu tebliği için http://www.toki.gov.tr/docs/tebligler/2003_1_not.html. Erişim tarihi 7.11.2013. Yine örneğin, 597 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Geçici Madde 21'de devlet kredilerinin inşaat bitmişlik seviyesine göre şekillendirildiği görülebilir (RG. 23 Mayıs 2000 - Sayı: 24057).

üstlendiği eseri, kapsamıyla tam olarak göz önüne alması gerekir. Bu nedenle oran tespitinde eser sözleşmesi esas olarak dikkate alınacaktır.⁵ Sonra yüklenicinin halihazırda yaptığı iş incelenecektir. Zaman ve kapsam itibarıyla dikkate alınacak olan ana ilişkin olarak Yargıtay bir kararında aynen şunları belirttiği görülmektedir: “...*Bunun için her şeyden önce, yüklenicinin işten el çektiği tarihte inşaatın fiziki durumunun tesbitinde ve yapılan işin tüm işe oranının saptanmasında zorunluluk vardır*...”⁶. Şu halde eserin fiziki durumu⁷ tespit edilecek, bu durum ile yüklenicinin üstlendiği, sözleşmede tarif edilen eser mukayese edilerek, bir oran elde edilecektir.

III. Eserin Tamamlanma Oranı ile Benzer Durumlar

A. Ayıplı İş ve Eserin Tamamlanma Oranı

Eserin ayıplı olması ve buna bağlanan sonuçlar TBK.m.474 vd.ında ele alınmıştır. Ancak eserdeki ayıbın ne anlama geldiği bu düzenlemelerde ele alınmış değildir. Oysa satış sözleşmesinde (TBK.m.219-OR.Art.198) açıkça ayıp tanımlanmıştır. Durum bu olmakla birlikte TBK.m.474 vd.ında (OR.Art.367 vd.) ayıbın derecesine dönük hüküm vardır. TBK.m.475, b.1’de (OR.Art. 368), önemli ayıba işaret edilmiştir. Buna göre eser iş sahibinin kullanamayacağı ölçüde ayıplı ya da hakkaniyet gereği iş sahibinin kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ise iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir⁸. Bu hüküm ayıbı tanımlamaz⁹, aksine ayıbın derecelendirilmesi noktasında bir işleve sahiptir. Şu halde ayıbın tanımlanması noktasında satış sözleşmesine ilişkin hükümlerden yararlanmak mümkün olacaktır. Nitekim doktrinde bu şekilde tutum sergilemektedir¹⁰. Şu halde ayıp eserin vasfı, özelliği ya da niteliği

⁵ Yargıtay 15. HD., E. 2008/362, K. 2008/3514, 30.5.2008 t.li kararı için Kazancı-İBB.

⁶ Yargıtay 15. HD., E. 2008/362, K. 2008/3514, 30.5.2008 t.li kararı için Kazancı-İBB.

⁷ İnşaat sözleşmelerinde eserin tamamlanma oranının tespitinde inşaat unsurlarından hareketle bazı tablolar kullanılmaktadır. Örneğin TGD’nin Konut İnşaatlarının Seviyesinin Belirlemede Esas Alınacak Puanlama Tablosunda, inşaat unsurlara ayrılmaktadır. Bu unsurların 100 puan üzerinden bir değeri bulunmaktadır. Her bir unsurun da alt unsurları bulunmakta, alt unsurların toplamı unsuru, unsurların toplamı eseri ortaya koymaktadır. Bu tabloda Kaba inşaat, çatı, kasalar, iç sıva, tesisat, yer döşemesi, ıslak hacim duvar ve yer kaplamaları, dış sıva ve kaplaması ile demir ve demirlik işleri, doğrama, cam kapı ve pencere boya işleri, kalorifer işleri, asansör işleri. Kaba inşaat, toplam inşaatın (asansörlü ya da asansörsüz ya da kaloriferli olsun ya da olmasın) % 40’na tekabül etmekte, kaba inşaat alt unsurları ise kalıp % 20, demir %30, beton %25, tuğla %25 şeklinde puanlandırılmaktadır. Bu alt unsurların puanı ve bunların toplamı inşaatın bütünü bakımından kaba inşaatın % 40’nın kapsamında bir anlam ifade etmektedir. Bkz. http://www.tgd.com.tr/upload/rapor_dosya (erişim tarihi: 7.11.2013). Yine İş Bankasının Konutlar İçin İş Seviyesi Tablosuna bakıldığında, benzer puanlamaya rastlamak mümkündür. Bkz. <http://tr.scribd.com>. Erişim tarihi: 7.11.2013.

⁸ Kanun kira sözleşmesine ilişkin hükümlerde de benzer yöntemi kullanmış, ayıbı derecelendirmiştir. TBK.m.306/2’ye göre önemli ayıp, kiralanan şeyin kullanımını ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde engelleyen ayıptır ve sözleşmenin feshi imkanını verir. **HIGL, P.:** Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR, Dritte, völlig neu bearbeit. Aufl., Zürich 1994, Art. 258, Nr. 43, s. 388; **WEBER, R.:** Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl. 2003, Art. 258, Nr. 2, s. 1341; **ACAR, F.:** Kira Hukuku Şerhi, İstanbul 2013, s.190, Nr. 26 vd..

⁹ Ayıbın ne anlama geldiğini anlamak bakımından hükme işlev yüklenmektedir. Bkz. **KARADAŞ, İ.:** Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2013, s. 184.

¹⁰**BÜHLER,** Art. 367, Nr.3, s. 179; **GAUCH, P.:** Der Werkvertrag, Vierte überarbeitete und erweiterte Aufl. Zürich 1996, Nr. 1352 vd. s. 378; **BUCHER, E.:** Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich1988, s. 208; **BGE** 104 II 355; **YAVUZ, C./ACAR, F./ÖZEN, B.:** Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 12.Baskı, İstanbul 2013, s. 528; **ZEVKLİLER, A./GÖKYAYLA, K.E.:** Borçlar Hukuku özel Borç ilişkileri, 12. Bası, Ankara 2013, s. 513; **ARAL, F./AYRANCI, H.:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012, s. 210, s. 354; **ÖZ, T.:** İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013, s. 190; **ERMAN, H.:** Arsa Payı Karşılıklı İnşaat Sözleşmesi, 2. Basım, İstanbul 2007, s. 109; **ÖZ, T.:** İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 92; **GÜMÜŞ, M.A.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012, s. 49, 50; yine bkz. **KARADAŞ,** s. 184. Yargıtay ayıbın ne olduğunu açıklarken sözleşmenin yanı sıra yasa hükümlerini esas almaktadır. **Yargıtay** 15. HD.27.1.2009 T., 2008/489 E., 2009/394 K. sayılı kararı için bkz. **KARADAŞ,** s. 184, 185.

ile ilgili bir kavramdır¹¹. Aksine nicelik, miktar, sayı ile ilgili değildir. Öte yandan bir edimin hangi özelliğe olması gerektiği ya sözleşme ile eserin özgüleme yönüyle ortaya konur. Ayıp yüklenicinin sözleşme çerçevesinde sözüne ettiği, bunun olmaması halinde eserin özgüleme amacının gerektirdiği özelliklerin bulunmayışı ya da bulunmaması gereken özelliklerin bulunması olarak ifade edilebilir.

Öte yandan yüklenicinin ayıptan sorumluluğu için eserin teslim edilmiş olması gerektiği genellikle kabul edilir¹². Teslim edilmiş eserin özellik yönüyle sözleşme veya özgüleme amacına aykırılığı taşıması ayıplı olduğunu gösterecektir. Bu durum iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetini düzenleyen hükümlerden anlaşılmaktadır. TBK.m.474/1 (OR.Art.367) açıkça eserin tesliminden sonra ifadesini kullanmakta, ayıplı ifadan dolayı yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin düzenin ancak teslimden sonra işleyeceğini ortaya koymaktadır¹³. Teslim ancak bitmiş, tamamlanmış eser bakımından söz konusu olacaktır¹⁴. Şu halde teslimden önceki ve eserin tamamlanmadığı evre bakımından ayıptan söz edilemeyecektir¹⁵. Zira bu evrede eserin durumunu ifade etmek üzere “eksik iş” veya “noksan iş” ifadesi kullanılabilir. Aşağıda bunun üzerinde durulacaktır. Fakat burada şuna işaret etmeliyiz ki, ayıplı iş veya ayıp eserin tamamlanma oranı ile ilgili değildir. Zira oran nicelik, miktar ve sayıya dönüktür. Şu halde eserin tamamlanma oranı ile ilgili aşağıda ele alacağımız etkiler ayıplı ifa hükümlerinin haricinde kalan hükümler olacaktır.

Durum bu olmakla birlikte satış sözleşmesinde özel ve istisnai hallere dönük olarak nicelik eksiklikleri ayıp olarak kabul edilmiştir. TBK.m.219/1’de “niteliği etkileyen niceliğe aykırılık” ifadesi bunu ortaya koymaktadır. Nitekim doktrin de bunu benimsemektedir. ¹⁶. Özellikle bir evin genişliği nicelik eksikliği olmasına rağmen ayıp olarak nitelendirilmektedir¹⁷. Buradaki nicelik kökenli ayıp tanımlaması eser sözleşmesinde kolaylıkla yapılmamaktadır. Doktrinde *bir görüş* bu tip nicelik eksikliklerini ayıp olarak nitelendirmek eğiliminde iken¹⁸, Yargıtay aksi yönde görüş ortaya koymaktadır. Yargıtay’ın görüşü kabul edilecek olursa yasal zeminde bir çelişki var gibi gözükabilir. Yargıtay’ın eksik iş olarak ifade edebilecek niceliğe dönük yaklaşımı, bunları ayıplı ifa temelinde ele almamak tarzındadır¹⁹. Doktrinde Yargıtay’ın bu yaklaşımının eleştirisi de yapılmıştır²⁰. Yargıtay’ın

¹¹ **BÜHLER**, Art. 367, Nr.24, s. 186; **ARAL, F.:** Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 112; **ÖZ, İş Sahibinin**, s. 92; **KARADAŞ**, s. 185.

¹² **BÜHLER**, Art. 367, Nr.7, s. 179; **GAUCH**, s. 379, Nr.1359; **BUCHER**, s. 208; **ZINDEL, G.G./PULVER, Ü.:** Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 3. Aufl. Basel 2003, Art. 368, Nr.2, s. 2010; **TANDOĞAN, H. :** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987, s. 160; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, BHD, s. 528; **ARAL/AYRANCI**, s. 353; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 513; **ERMAN**, Arsa Payı Karşılığı, s. 109; **GÜMÜŞ**, II, s. 48; örtülü olarak **KARADAŞ**, s. 191.

¹³ **BÜHLER**, Art. 367, Nr.7, s. 179; **LEHMANN, P. :** Kurzkomentar OR Art. 1-529, (Herausgeber: Heinrich Honsell) 2008 Basel, Art. 367, Nr.3, s. 1398. TBK.m.475, b.2’deki işsahibinin eseri alıkoyabilmesinden söz edilmesi, yine b.1 ve 3’de kullanımdan ve onarımı isteyebilme imkanlarına yer verilmesi örtülü şekilde bu durumu teyit etmektedir. Aynı şekilde zamanaşımına ilişkin TBK.m.478’de teslimden söz edilmesi de böyledir.

¹⁴ **BÜHLER**, Art. 367, Nr.6, s. 179; **GAUCH**, s. 379, Nr. 1359; **ZINDEL/PULVER**, art. 368, Nr.2, s. 2010; **TANDOĞAN**, II, s. 160; **ERMAN**, Arsa Payı Karşılığı, s. 30, 109; **KARADAŞ**, s. 147.

¹⁵ **ERMAN**, Arsa Payı Karşılığı, s. 109.

¹⁶ **ARAL/AYRANCI**, s. 105; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, BHD, s. 70; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 121; **ŞAHİNİZ, S.:** Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008, s. 42; **GÜMÜŞ, M.A.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2012, s. 84.

¹⁷ **ARAL/AYRANCI**, s. 105; **GÜMÜŞ**, I, s. 84; **BGE 87 II 244**.

¹⁸ **GÜMÜŞ**, II, s. 28 ve dp.138’de anılan yazarlar. Banyo küvetinin sözleşmede kararlaştırıldan daha uzun olmasına ilişkin olarak **BGE 93 II 317 S. 327**.

¹⁹ “İnşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmedeğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir.”. **Yargıtay** HGK. E. 1992/15-649, K. 1992/732, T. 9.12.1992 (Kazancı-İBB). Yine Yargıtay 15.

havuz, sosyal tesis, bahçe düzenlemesinin yapılmamasını eksik iş olarak nitelendirmesi eski TTK döneminde bir anlam ifade etmekteydi. Zira ayıplı ifa yoluyla işsahibinin haklarının savunulması kısa zamanaşımı (altı ay) sebebiyle zayıf kalmaktaydı. Öte yandan bildirim külfetinden işsahibi kurtarılması gerekmekteydi. Oysa yeni TTK kısa zamanaşımını kaldırmıştır. Öte yandan ayıplı ifa halinde işsahibine dört adet seçimlik hak tanınmıştır, bunlardan işsahibinin yararlandırılması gerekir.

Yargıtay'ın nicelik bakımından borca aykırı bu tür halleri eksik iş olarak nitelendirmesi isabetlidir. Bu farklılığın korunması ve kabul edilmesi gereğine biz inanıyoruz. Öncelikle belirtmeliyiz ki, eser sözleşmesinde yüklenici bir sonuç vaat etmiştir. Sonucun tam ve eksiksiz doğması ve işsahibine kazandırılması gerekmektedir. Yargıtay'ın katı tutumunun temelinde yatan asıl sebep bu durum olsa gerekir. Yine bu tür eksikliklerin ayıplı ifa sayılması yüklenicinin bedel talebinin muacceliyetine sebebiyet verecektir. Bu durum işsahibinin menfaatlerinin korunması bakımından son derece önemlidir. Öte yandan satış ile eser sözleşmesindeki bu farklılığın ayıplı ifaya dönük seçimlik haklarda aramak gerekir. Satış sözleşmesinde hem alıcı lehine hem de satıcı lehine satılanın ayıpsız bir diğeriyle değiştirilmesi kabul edilmişken (TBK.m.227, b.4, f.3), eser sözleşmesinde böylesi bir imkana yer verilmemiştir. Alıcının aksine işsahibinin eserin ayıpsız bir diğeriyle değiştirilmesini talep etmesi söz konusu değildir. Bu bakımdan işsahibinin ifa yararının korunması ve ayıplı ifaya bağlı hükümlerin bu noktadaki yetersizliği eksik iş olarak tanımlanan nicelik bakımından borca aykırılığın temerrüt çerçevesinde ele alınmasını gerektirmektedir. Ayrıca bugün de ayıplı ifa halinde işsahibinin gözden geçirme külfeti varlığını korumaktadır. Eksik işte işsahibinin durumuna oranla ayıplı ifa bu bakımdan da olumsuzluk yaratır. Yine seçimlik haklar noktasında temerrüt hükümlerine oranla işsahibi lehine fazlalık "bedel indirimini" talep hakkıdır. Bedelin ödenmediği aşamada eksik iş sayılmasına bağlı olarak bedel ödeme borcunu ifa etmekten kaçınabilmesi daha üstün bir koruma sağlayacağı için, ayıplı ifaya ilişkin hükümlerin üstünlüğünden bahsedilemeyecektir. Ücretsiz onarım seçimlik hakkı aynen ifa talebinin bir türevi veya uzantısı olarak kabul edildiği düşünülecek olursa, eksik iş halinde temerrüt hükümleri çerçevesinde işsahibinin zaten aynen ifayı talep etmesi mümkün olduğundan, bu yönlü de ayıplı ifa hükümleri avantaj oluşturmayacaktır. Tazminat talebi noktasında ise genel hükümlerin tatbik edilecek olması karşısında ayıplı ifanın temerrüde oranla daha işlevselliği de söylenemeyecektir.

B. Eksik İş ve Eserin Tamamlanma Oranı

Eksik iş kavramına genellikle inşaat sözleşmelerinde rastlamaktayız. Eser sözleşmesinin konusunu bir binanın inşası veya bina ile ilgili sonuç taahhüdü oluşturabilmektedir. Bu bağlamda eksik iş kavramı sıklıkla kullanılmaktadır²¹.

Eksik iş kavramını, eserin tamamlanma oranıyla doğrudan bağlantılı bir kavram olarak algılayabiliriz. Zira eser bitmemiş veya tamamlanmamışsa eserin tamamlanma oranı önemli

HD.'nin kat karşılığı inşaat sözleşmesine dönük de olsa verdiği bir kararında sözleşmeye göre üç odalı olması gereken dairenin iki odalı yapılmasını eksik iş olarak değerlendirdiğini görmekteyiz (17.6.2008 t.li, 2008/1942 E., 2008/4021 K. sayılı kararı için bkz. **KARADAŞ**, s. 190). Aynı yönde görüş için bkz. **KARADAŞ**, s. 190.

²⁰ **ÖZ** ise Yargıtay'ın havuz, sosyal tesis, bahçe düzenlemesi gibi işlerin bitirilmemesi ya da yapılmamasını eksik ifa (eksik iş) olarak nitelendirmesinin temelinde ayıplı ifaya ilişkin hükümlerin işsahibi açısından daha olumsuz durum yaratmasını önlemek olduğunu belirtmektedir. Zira ayıplı ifa bakımından gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yanı sıra ayıplı ifaya ilişkin kısa zamanaşımı söz konusuydu (eTTK). Oysa yeni TTK bakımından kısa zamanaşımı bulunmamakta, ayrıca işsahibine ayıplı ifaya bağlı olarak dört seçimlik bulunmaktadır. Şu halde Yargıtay'ın bu zorlama yorumunun gereği kalmamıştır (bkz. İnşaat Sözleşmesi, s. 191, dp.80).

²¹ **ÖZ**, İnşaat Sözleşmesi, s. 193; **KARADAŞ**, s. 190.

hale gelmekte, aynı zamanda bu durum eserin “eksik iş” olarak nitelendirilmesine sebebiyet vermektedir²². Buradan hareketle eksik işi, eserin oran itibariyle sözleşmeyle belirlenen düzeye gelmemesi şeklinde ifade edebiliriz²³. Yüklenicinin borçlandığı sonuç (eser) oran itibariyle % 100 tamamlanmış ise, eseri imal etme yükümü yerine getirilmiş demektir. Kural budur. Şu halde bu oranın altında kalan eseri meydana getirme durumu eksik işi ifade edecektir.

Eksik iş kavramı borca aykırılık ile açıklanabilir bir kavramdır. Eksik iş bir borca ayırılık halidir²⁴. Eksiklik vurgusu esasen borcun ifası bakımından muacceliyete gizli bir atfı yapar. Borç muaccel olmuş ve ifa vakti gelmiş olduğu halde üstlenilen iş oran itibariyle % 100 tamamlanmamış ise eksik işten bahsedilecektir. Şu halde muacceliyet öncesi evre için eksik iş kavramı kullanılmayacaktır. Zira bu evrede kural olarak henüz borca aykırılık oluşmuş değildir (TBK.m.473/1'deki –OR.Art.366/1- durumu istisna olarak görmek mümkündür).

C. Eserin Teslimi ve Eserin Tamamlanma Oranı

Eserin meydana getirilmesi (tamamlanması) ile eserin teslimi farklı şeylerdir²⁵. Her iki kavram ve durum yüklenicinin birbirini tamamlayan ve takip eden iki borcunu ifade eder. Zamansal sıralama açısından yüklenici önce eseri meydana getirecektir, sonra teslimi yapacaktır²⁶.

Bitmiş ya da tamamlanmış eserin varlığı halinde teslimden söz edilebilir²⁷. Yüklenicinin teslimi gerçekleştirebilmesi için işin tamamen bitmiş olması gerekir. Şu halde eserin

²² İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin inşaat alanında yapılacak işinin kalmaması eserin tamamlanması anlamına gelmektedir. Eserin bünyesine dahil olmamakla birlikte, eserin imalatına hizmet eden başkaca unsurların temizlenmesi, araziden uzaklaştırılmasının eseri meydana getirme borcu bağlamında çalışma kapsamında ele alınabilmektedir. Örneğin, inşaat atıkları, araç ve gereçler, kullanılan malzemelerden kalanlar gibi. Bkz. **BÜHLER**, Art.367, Nr. 7, s. 180. Bu noktada araç ve gereçlerin araziden uzaklaştırılmasını teslim borcu bağlamında ele almak bize daha isabetli gelmektedir. Dolayısıyla araç ve gereçlerin araziden uzaklaştırılmaması eserin tamamlanması borcuna aykırılıktan ziyade teslim borcunun ihlali sonucunu doğurabilecektir.

²³ **ÖZ** ise eksik işi doğrudan olmasa da şöyle açıklar: *“Herhangi bir edimin ifasında eksiklik, şayet edim inşaat gibi bölünemeyen bir şeyse, alacaklının bu haliyle o edimden amacına uygun şekilde hiç yararlanmayacağını ifade eder.”* (İnşaat Sözleşmesi, s. 193). **ÖZ**'ün bu yaklaşımının yüklenici yararına olduğu açıktır. Zira buna göre eksik iş, iş sahibinin hiç yararlanmadığı halde meydana gelebilecektir. Kısmen yararlanabilme halinin varlığı (yarım eser) eksik iş nitelmesini engelleyecektir. **ÖZ** devamında **BİGŞ** m.41'deki % 5'lik oranın ölçüt olarak kullanılabileceğini de belirtmektedir. **BİGŞ** m.41/4 geçici kabul başlığı altında şu hükme yer vermiştir: *“Kabul heyetinin oluşturulması ve işyerine gönderilebilmesi, yapılan işin kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri toplamının, işin tamamına ait bedelin yüzde beşinden fazla olmasına bağlıdır. Ayrıca bu oranı geçmeyecek kusur ve eksiklikler, aynı zamanda işin idareye teslimine ve kullanılmasına engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte olmalıdır.”* Ancak **BİGŞ**.m.41/4'deki % 5'lik değer oranı geçici kabul için öngörülmüştür. Geçici kabule rağmen, % 5'lik kısmın ayıp olarak nitelendirilmesi yine doğru olmayacaktır. Burada bir tür kısmi ifa kabulü zorunluluğu ya da gereğine işaret edilmektedir. Aynı değerlendirme **YİGŞ**.m.42/2 için de yapılabilir. **BİGŞ** m.41/2 ve **YİGŞ**.m.42/2'deki düzenlemeler kısmi ifanın kabul zorunluluğuna kaynaklık teşkil eden TMK.m.2 ile açıklanması da mümkündür.

²⁴ Eserin tamamlanmasında temerrüt olarak nitelenecek suretiyle **ZINDEL/PULVER**, Art. 368, Nr. 9, s. 29011; yine hiç ifa etmeme durumu olarak algılaması ve buna bağlı olarak temerrüt hükümlerinin devreye gireceğini belirtmek suretiyle **ÖZ**, İnşaat Sözleşmesi, s. 194; **KARADAŞ**, s. 193; TBK.m.112'nin uygulanmasına işaretlerle **GÜMÜŞ**, II, s. 29.

²⁵ **KARADAŞ**, s. 147.

²⁶ **GAUCH**, s. 379, Nr. 1359; **ZINDEL/PULVER**, art. 368, Nr.2, s. 2010; **TANDOĞAN**, II, s. 160; **ERMAN**, Arsa Payı Karşılığı, s. 30, 109; **KARADAŞ**, s. 147.

²⁷ Bölünmesi mümkün olan bir eserin kısmen ifası da imkansız değildir. İş sahibinin kabul etmesine bağlı olarak yüklenici meydana getirdiği kısmi iş sahibine teslim edebilir. Zira ne tam ifaya ne de eser sözleşmesine ilişkin teslim borcunu düzenleyen hükümler emredicidir (TBK.m.84/2). Ayrıca TBK.m.474'de düzenlenen “eserin

tamamlanma oranı teslim borcuna tesir eden bir yapıya sahiptir. Nitekim doktrinde teslimin tanımı yapılırken “...uygun bir şekilde meydana getirilen eserin ifa olarak iş sahibine arz edilmesidir” ifadesine isabetli bir şekilde yer verilmektedir²⁸. Bundan hareketle tamamlanmamış eserin tesliminden ve yüklenicinin teslim borcunu ifa etmesinden söz edilemeyecektir. Teslim borcunun bildirimle gerçekleştiği hallerde bile²⁹ eser tamamlanmamışsa bildirim teslim borcunun ifa edildiği sonucunu doğurmayacak, yüklenici hem eseri meydana getirme hem de teslim borcu bakımından borca aykırı davranmış ve temerrüde düşmüş olacaktır.

Eserin teslimi borcu da tıpkı eserin meydana getirilmesi (tamamlanması) borcu gibi yüklenicinin temerrüdüne sebebiyet verir. Yaptırımda özdeşliğin varlığı eserin meydana getirilmesinden türeyen eksik iş kavramının içeriğinin belirlenmesinde bu iki borcun birbirine karışmasına sebebiyet verebilecektir. Ancak eserin meydana getirilmesi için bitmişlik oranıyla tespit edilebilirken, teslim borcunun ifası eserin iş sahibine kazandırılmasıyla tespit edilebilmektedir. Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre anahtar teslimi inşaat sözleşmelerinde iskan ruhsatının yüklenici tarafından alınmasının zorunlu olması³⁰ teslim borcunun ifa edilmesiyle ilgilidir³¹. Bu noktadaki bir borca aykırılık yüklenicinin temerrüdüne sebebiyet vermesine rağmen, esasen eser tamamlanmıştır. Diğer bir ifadeyle eserin tamamlanma oranı % 100’dür. Yine yüklenicinin iş sahibinin binayı fiilen kullanabilmesi imkanını vermemesi (bildirime rağmen) teslim borcunun ifa edilmemesi şeklinde kabul edilir³². Oysa eser tamamlanmıştır.

Şu halde eserin tamamlanma oranı, yüklenicinin eseri teslim etme borcu yerine eseri meydana getirme borcuyla ilgili ve bu borcun ne derece ifa edildiği/edilmediğinin tespitinde kullanılan bir kavram olarak görmek gerekmektedir. Buna rağmen eserin tamamlanma oranı meydana getirme borcunun ifa edilmediğini gösterirse, iş sahibi aynı zamanda teslim borcunun ifası noktasında da temerrüde düşmüş olacaktır. Böylesi bir temerrüt ile işin bitmişlik oranı arasında dolaylı bir bağlantı vardır.

IV. Eserin Tamamlanma Oranının İş Sahibinin Bedel Ödeme Borcuna Etkisi

A. Eserin Tamamlanma Oranının Götürü Bedel Borcuna Etkisi

Eser sözleşmesinde iş sahibi götürü bedel vermeyi borçlanmış olabilir (TBK.m.480-OR.Art.373). Götürü bedelin temel özelliği sabit oluşudur. Buna göre kararlaştırılan bedel değişmez, eser daha pahalıya ya da daha ucuza meydana getirilmiş bile olsa taraflar bedelin arttırılmasını ya da azaltılmasını isteyemezler (TBK.m.480/3-OR.Art.373/3)³³.

kabulü” ile bu noktadaki eserin teslim alınması aynı anlamda değildir. TBK.m.474’deki eserin kabulü ayıplı hale rıza gösterme anlamında kullanılmaktadır ki, bu sayede yüklenici ayıplı ifaya ilişkin sorumluluğundan kurtulmaktadır.

²⁸ KARADAŞ, s. 147.

²⁹ Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmelerinde inşaat iş sahibinin arazisinde yapıldığı için, taşınırlarda olduğu gibi bir teslim fiiline gerek duyulmaz, aksine yüklenici iş sahibine bildirim yapmak suretiyle teslim etmiş olur. Bkz. ERMAN, Arsa Payı Karşılığı, s. 30. Benzer şekilde KARADAŞ, s. 147.

³⁰ Yargıtay 15. HD.05.12.2008 T., 2008/177-2008/7301 sayılı kararı için bkz. KARADAŞ, s. 148.

³¹ ERMAN, Arsa Payı Karşılığı, s. 31.

³² ERMAN, Arsa Payı Karşılığı, s. 30.

³³ Yine bkz. BÜHLER, Art. 373, Nr. 18, s. 368. Gerçek anlamda götürü ücret çerçevesinde bkz. GÜRPINAR, D.: Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006, s. 57.

Söz konusu bedelin muacceliyeti eserin teslim edilmiş olmasına bağlıdır. Kural olarak bedel borcu eser tamamlanıp, teslim edilmesiyle muaccel olur (TBK.m.479/1-OR.Art.372/1). Ancak bu kuraldan vazgeçmek anlaşma ile mümkündür³⁴. Böylece taraflar işsahibinin bedel ödeme borcu için muacceliyet anını teslimden önceki bir tarih hatta teslimden sonraki bir tarih olarak tespit edebilirler.

Eserin tamamlanma oranının sabit bedel ile ilgisi birkaç noktada karşımıza çıkmaktadır. **İlki** TBK.m.479/2'deki (OR.Art.372/1) "*Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur*" şeklindeki hükümdür. Bu düzenleme bedel ödeme borcunun nasıl gerçekleşeceğine ilişkin olsa da eserin tamamlanma oranıyla doğrudan bağlantılıdır. Eserin edim olarak bölünebilmesi mümkün olduğu gibi bölünemez edim niteliğinde olması da mümkündür. Hüküm sadece bölünebilir edim mahiyetindeki eser sözleşmeleri ele alınmış izlenimi vermektedir. Zira hükmün başı ve sonu bir bütün halinde okunduğunda durum anlaşılır: "*Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış...her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur*". Hükümdeki "*bedel parçalara göre belirlenmişse*" ifadesi bedel ödeme borcuna ilişkin genel kuralın (TBK.m.479/1-OR.Art.372/1) bir yönüyle aksinin sözleşme ile kararlaştırılması haline işaret etmektedir³⁵. Diğer bir anlatımla bu ifade bölünebilen edim mahiyetinde olan eserin parça parça teslim edilmesine özgü olarak her bir parça için bedel tespiti yapılması fakat tek bir bedelin varlığı halini düzenlemektedir³⁶. Örneğin 1000 adet masanın imal edilmesi, bunların her biri 250 adetten oluşan dört partide teslim edilmesi ve her bir parti için 2500 TL. ödeme yapılması, toplamda ise 10000 TL. bedelin tespit edilmesi halinde, yüklenici ilk parti olan 250 adet masayı teslim etmesiyle birlikte genel bedel 10.000 TL.nin bir kısmını ifade eden 2500 TL.yi ödeme borcu muaccel olacaktır.

Bölünemez edim mahiyetinde eser sözleşmeleri bakımından TBK.m.479/2'nin uygulanması mümkün olacak mıdır? Yukarıda bir ölçüde açıklandığı üzere bu soru olumsuz yanıtlanacaktır³⁷. TBK.m.479/2 (OR.Art.372/1) hükmü bölünmeye müsait eseri içeren sözleşmede uygulanabilir niteliktedir. Bölünmez edim mahiyetinde eserin varlığı halinde eserin bütünüyle tamamlanmasından ve tesliminden önce işsahibinin ödeme yapması mümkündür. Bu ödeme bedelin tamamını da oluşturabilir. Fakat bedelin bir kısmının ifa edilmesi yönünde anlaşma da geçerlidir³⁸. İşte bu son durum TBK.m.479/2'de (OR.Art.372/1) ele alınan durum ile büyük benzerlik göstermektedir. Yukarıdaki sorunun ortaya konmasının sebebi de bu benzerliktir. İnşaat sözleşmelerinde sıklıkla rastlanan bu yöntemle ifada, inşaat birimlere ayrılmakta, her birimin bitimiyle işsahibi genel bedelin o birime isabet eden kısmını ödemekte veya bunu üstlenmektedir. Bu ödeme ara ödeme olarak *ara hakediş* raporu tanzimine bağlı olarak gerçekleşmektedir. Ekonomik işlev olarak bu tür ödemeler avans mahiyetindedir. Yapılan bu ödeme genel bedelden düşülmektedir. Bütün birimlerin yani eserin tamamlanması ve tesliminden sonra önceden yapılan ödemeler düşüldükten sonra kalan bakiye bedel borcunu iş sahibi ödemektedir. Artık bu aşamada *kesin hakediş* söz konusu olmaktadır. Bu yöllü bedel ödeme yönteminde bedelin ve eserin kısmen de olsa teslimi söz konusu değildir. Bu nedenle TBK.m.479/2 (OR.Art.372/2) uygulama alanı bulmayacaktır³⁹.

³⁴ Zira TBK.m.479 kuralı emredici değildir. Bkz. **ZINDEL/PULVER**, Art. 372, Nr.15, s. 2055, 2056; **GÜMÜŞ**, II, s. 84.

³⁵ İstisnai hüküm olması yönüyle **BÜHLER**, Art. 372, Nr.40, s. 354.

³⁶ Birden fazla eserin üstlenildiği sözleşmelerde de bu hükmün uygulanabileceği yönünde **BÜHLER**, Art. 372, Nr.40, s. 354.

³⁷ **BÜHLER**, Art. 372, Nr.40, s. 354; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, BHD., s. 543; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 552.

³⁸ **GÜMÜŞ**, II, s. 84.

³⁹ **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 551, 552.

Avans mahiyetindeki bu tür ödemeler doğrudan doğruya TBK.m.479/1'deki kuralı ilgilendirir ve tarafların anlaşmasına dayanır⁴⁰.

Avans mahiyetindeki bu tür ödemeleri konu edinen eser sözleşmesi ile birim başına götürü ücretin söz konusu olduğu eser sözleşmesinin bütünüyle aynı olmadığını belirtmemiz gerekir. Eserin birimlere ayrılması her iki durumda da söz konusudur. Fakat birimlere ayrılmış eserin, avans ödemesi bir biriminin bitmesiyle gerçekleşirken, birimlere ayrılmış olması eserin her zaman avans verme yükümüne sebebiyet vermez. Götürü bedelin bir türü olan birim başına bedelde, birimlerin bir kısmının tamamlanması iş sahibine derhal bedelin bir kısmını ifa etme yükümünü yüklemeyiz. Bu yönde bir kural da yoktur. Aksine TBK.m.479/1 (OR.Art.372/1) aksini öngörür. Şu halde birim başına götürü bedelin işlevi, nihai bedelin tespitinde ortaya çıkar. Taraflar baştan sabit bir rakam belirlemek yerine (örneğin, 10.000.TL. yerine), her bir birim için (masa başına 100 TL. gibi) bedel belirlemeyi tercih ederler. Birim sayısı ile birim bedeli çarpılmak suretiyle nihai rakam (eser bedeli) tespit edilir⁴¹.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan *üç farklı durumun* varlığı anlaşılmaktadır. Bunlar;

-*Bölünebilen edim içeren eser sözleşmesinde parça parça teslimine bağlı götürü bedel ve ödemesi (TBK.m.479/2).*

-*Bölünemez edim içeren eser sözleşmesinde oluşturulan birime bağlı avans mahiyetinde ödemeler (TBK.m.479/1).*

-*Eserin bölünebilir veya bölünemez oluşundan bağımsız olarak birimlere göre şekillendirilmiş götürü bedel (TBK.m.479/1).*

Her üç durumun eserin tamamlanma oranıyla bağlantısı gelince: Öncelikle TBK.m.479/2 (OR.Art.372/2) çerçevesinde eserin "*parça parça*" teslimi mümkün ise, her bir parçanın imal edilmesi eserin bütününe bitmesi doğrultusunda borca uygun vaziyette bir mesafe alındığına⁴², parça itibariyle eserin bitmişliğine işaret eder ki, bu durum yüklenici bakımından kısmi ifanın başarılması, iş sahibi bakımından ise bedelin bir kısmının ifa edilmesi zorunluluğunu doğurur.

Bölünmez edim içeren eser sözleşmesinde oluşturulan birime göre avans ödeme gereği, birimin tamamlanmasına bağlı durumdadır. TBK.m.479/1'den (OR.Art.372/1) sapmayı ifade eden bu tür ödeme yükümlülüğü sözleşmeden kaynaklanır. Eserin tamamlanma oranı bir kısmı ifa oluşturulmasına rağmen, birimin tamamlanması koşuluna bağlı avans ödeme borcunun muacceliyeti için önem arz eder ve işlev görür⁴³.

⁴⁰ Bölünemez edim mahiyetinde eserin varlığına bağlı olarak TBK.m.479/2'nin uygulanamayacağına ilişkin yargı, yüklenicinin sorumluluğu bakımından önemlidir. TBK.m.479/2'nun uygulandığı hallerde, kısmi ödemeyi yapan iş sahibi teslim aldığı (eser) kısmının sözleşmeye uygun olduğunu kabul etmiş olur. Oysa bölünemez edim mahiyetindeki esere dönük yapılan avans mahiyetindeki ödemelerin böyle bir işlevi yoktur. Bkz. **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 552.

⁴¹ **GÜRPINAR**, s. 64.

⁴² Dolayısıyla TBK.m.473/1 çerçevesinde yüklenici lehine bir durum doğmuş olur. Zira TBK.m.479/2'ye konu eser sözleşmelerinde TBK.m.473/1'in uygulanması mümkündür. Parçalara bölünmüş eserin meydana getirilmesi için her bir parçaya dönük ara vadeler (terminler) oluşturulmuş olabilir. Oluşturulan bu ara vadeler yüklenicinin işe zamanında başlama ve geciktirmeksizin yürütme borcuna (TBK.m.473/1) uygun davranıp davranmadığının tespitinde önemli ve kolaylık sağlayıcı bir işlevi vardır.

⁴³ Böylesi sözleşmeler bakımından da TBK.m.473/1 çerçevesinde yüklenici lehine bir durum doğmuş olur. Hernekadar birimin tamamlanması kısmi ifa sayılmasa da bu birim için ara vadeler öngörülmüşse, vadesinde birimin tamamlanmaması TBK.m.473/1'in uygulanmasına sebebiyet verebilir. Ara vadelerin öngörülmemiş olmasına rağmen TBK.m.473/1'in uygulanmasına engel bir durum da yoktur. Önemli olan "*bütün tahminlere göre yüklenicinin isi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça*" anlaşılması ve tespitidir.

Eser birimlere bölünmüş ve birimlere göre şekillendirilmiş götürü bedelin kararlaştırılması karşısında, eserin tamamlanma oranı bedel tespitinde önem arz etmeyecektir. Diğer yandan bir işlevi de bulunmamaktadır. Zira TBK.m.479/1'in (OR.Art.372/1) aksine yani eserin tesliminden önce bedel ödeme borcu kararlaştırılmış değildir. Tamamlanan birimlerin ya da buna bağlı işin bitmişlik oranının bu yönde bir görevi olmayacaktır. Buradaki birim oluşturma'nın asıl hedefi nihai genel bedelin tespitinde bir ölçüt olmalarıdır.

B. Eserin Tamamlanma Oranının Yaklaşık Bedel Borcuna Etkisi

Yaklaşık bedelin⁴⁴ yer aldığı eser sözleşmesinde eserin tamamlanma oranı, götürü bedeldeki kadar önem arz etmez. Şöyle ki: TBK.m.481'de (OR.Art.374) düzenlenen bu tür bedel tipinde, taraflar başlangıçta kesin ve net bir rakamdan söz etmezler. Tahmini bir bedel müzakere edilir, fakat kesin ve nihai bedel iş bitiminde ortaya çıkar. Bu nedenle başlangıçta tahmin edilen bedelden fazla bir miktarın çıkması riski iş sahibine ait olacaktır. Tahmin edilen bedelden aşırı fazla bir bedelin çıkması halinde iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi de mümkündür (TBK.m.482/1-OR.Art.375/1). Yaklaşık bedel üzerinden kurulan eser sözleşmesinde nihai ve kesin bedelin nasıl saptanacağı hususu TBK.m.481'de (OR.Art.374) şöyle düzenlenmiştir: “*Eserin bedeli...yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.*”. Görüldüğü üzere yaklaşık bedelin tespitinde iki unsur dikkate alınır. Bunlar “*eserin değeri*” ve “*yüklenicinin gideri*”. Dikkat edilecek olursa “*eserin değeri*”, eserin tamamlandığına işaret etmektedir. Oysa eserin tamamlanma oranı, eserin tamamlanmasından önceki evrede önemlidir ve anlamlıdır. Eserin tamamen imal edilmesi halinde tamamlanma oranından bahsetmeye lüzum yoktur. Böyle bir halde TBK.m.481 (OR.Art.374) çerçevesinde bedel tespit edilecektir⁴⁵. Götürü bedelde baştan bedel belirlenmiş olduğundan ve buna bağlı olarak bedelin kısmen ve önceden ifası yönünde anlaşma yapılabilmekte, bu bağlamda eserin tamamlanma oranı önemli bir işleve sahip olabilmektedir.

Yaklaşık bedelde eserin kısmen imal edilmesine (eserin bitmişlik düzeyine, tamamlanma oranına) bağlı olarak TBK.m.481'deki (OR.Art.374) yöntemle kısmi bir bedel ödenmesi imkansız da değildir. Taraflar birimlere ayırmak suretiyle eserin kısmen imal edilmesine bağlı olarak avans mahiyetinde bir ödemeyi kararlaştırmaları mümkündür. Buna rağmen kesin ve nihai bedel eserin tamamen meydana getirilmesinden sonra keşif yapılmak suretiyle ve yine TBK.m.481 (OR.Art.374) çerçevesinde gerçekleşecektir⁴⁶. Kesin ve nihai bedelin eserin tamamen imal edilmesiyle ortaya çıkabilecek olması, tarafların eser tamamlanmadan önce avans mahiyetinde ve belli birimleri ölçü alarak ara ödemeleri kararlaştırmalarına engel

⁴⁴ Yaklaşık masraf tahmini ya da keşif bedel, yaklaşık bedelden farklıdır. Keşif bedelinde bedel miktarını kararlaştırma yönünde birleşmiş bir irade yoktur, sadece masraf tahmini yapılmaktadır. Dolayısıyla keşif bedeli, “bedel” düzeyine erişmeyen bir aşamayı ifade eder. Fakat ne var ki, yaklaşık bedel ile keşif bedeli halinde bedel tespitinde TBK.m.481 uygulanır. Bkz. **BAYGIN**, C.: Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabii Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 42. Yine bkz. **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 543;

⁴⁵ **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 544; **BAYGIN**, s. 40; **GÜRPINAR**, s. 70.

⁴⁶ **BAYGIN**, s. 40; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 544; **GÜRPINAR**, s. 70.

değildir⁴⁷. İşte böyle bir ihtimalde bu ara ödemeler için eserin tamamlanma oranı ölçüt olarak işlev görebilecektir⁴⁸.

V. Eserin Tamamlanma Oranının Vadeye Bağlı Etkileri

A. Vadeden Önce Eserin Tamamlanma Oranı ve Etkisi

a. Borca Uygunluk Durumu

Eser sözleşmesinde her iki yanın edimleri diğer sözleşmeler gibi vadeye bağlanabilir. Vadenin basit belirli vade şeklinde olması mümkün olduğu gibi, kesin vade tipinde olması hatta mutlak kesin vade olarak anılan vade türünde olması da mümkündür. Bu yönüyle eser sözleşmesinin diğer sözleşmelerden farkı bulunmamaktadır.

Yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim etme yükününün ifa zamanıyla bağlantılı olarak TBK.m.473/1'e (OR.Art.366/1) rastlamaktayız. Bu hüküm sadece işe "zamanında başlama" ve "işini geciktirme"den söz etmiş, eseri meydana getirme ve teslim etme noktasında muacceliyeti ortaya koymuş değildir. Şu halde yüklenicinin bu borcunun ne zaman muaccel olacağı hususunda genel hükümler (TBK.m.90 vd.) uygulama alanı bulacaktır⁴⁹.

Belirsiz vadeye bağlı bir eser sözleşmesinde yüklenici eseri meydana getirme yükümü çerçevesinde işe derhal başlaması gerekir (TBK.m.90-OR.Art.75). Yüklenici bu tarzda işe başlaması sonrası sözleşmeyle üstlendiği işin gerektirdiği çalışma temposuyla yürütme yükümü söz konusudur (TBK.m.473/1- OR.Art.366/1).

Belirsiz vadeye bağlı eser sözleşmesinde yüklenici işe derhal başlar ve işin gerektirdiği tempo ile yürüttüğü taktirde borca uygun davranmış olur. Böylesi bir durumda eserin meydana gelme sürecinde eserin tamamlanma oranı borca uygun vaziyette olacağı için yüklenici bakımından bir sorumluluk kaynağı olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle böyle bir durumda TBK.m.473 (OR.Art.366) çerçevesinde iş sahibinin yapabileceği bir şey yoktur.

Vadeye bağlı sözleşmeler bakımından yüklenici belirlenen tarihte işe başlama ve yine belirlenen tarihte eseri teslim etme yükümü altındadır. Vadeye uygun şekilde yüklenici işe başlar ve yürütürse, yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Ancak ara vadelerin kabul edildiği (iş programlı) sözleşmeler bakımından yüklenicinin eseri ara vadelere isabet eden ve vaat ettiği seviyeye ya da orana eseri getirmek yükümü altındadır. Buna uygun davranan yüklenici TBK.m.473 (OR.Art.366) çerçevesinde sorumlu tutulamayacaktır.

Şu halde borca uygun bir seyirde yürüyen eseri meydana getirme borcunun ifasında eserin tamamlanma oranı yüklenicinin sorumluluğu noktasında temel bir işleve sahip olmayacaktır. Durum bu olmakla birlikte aşağıda ele alınacağı üzere yüklenicinin TBK.m.473

⁴⁷ Nitekim TBK.m.482/2'de "...eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi ise devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir" hükmüne yer verilmiştir. Yaklaşık bedelin kararlaştırıldığı bir sözleşmede iş henüz bitmediği bir evrede "hakkaniyete uygun bir bedel" adı altında bir bedel ödeme mümkün olabilecektir. Tarafların eseri birimlere bölmek suretiyle birim için bir bedeli henüz eser bütünüyle meydana gelmeden önce ifa etme yönünde anlaşmaları TBK.m.482/2'ye benzer bir durumu ortaya koymaktadır.

⁴⁸ Böyle bir ödemenin riski de vardır. TBK.m.482 çerçevesinde sözleşmeden iş sahibi dönecek olursa, yüklenici aldığı bedeli iade etmesi gerekebileceği gibi, iş sahibinin yüklenicinin ödeme gücünü sebebiyle zarara uğraması olasılık dahilinde olacaktır.

⁴⁹ TANDOĞAN, II, s. 123; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 525; GÜMÜŞ, II, s. 33.

(OR.Art.366) çerçevesinde sorumlu tutulabilmesi ya da iş sahibinin belirli imkanları kullanabilmesi bakımından maddenin öngördüğü koşulların oluştuğunun tespitinde eserin tamamlanma oranı temel bir işleve sahip durumdadır.

b. Borca Aykırılık Durumu

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere vadeye bağlı veya vadesiz eser sözleşmeleri bağlamında yüklenicinin eseri meydana getirme borcu hatta teslim borcu bakımından ifa zamanıyla bağlantılı borca aykırılığın gerçekleşmesi mümkündür. Böylesi hallerde eserin tamamlanma oranı daha bir önem arz edecektir. Bu başlık altında ele alınacak olan konu TBK.m.473/1’de (OR.Art.366/1) düzenlenen “işe başlama ve yürütme borcu” bakımından gecikmedir. Aşağıda ele alınacağı üzere eserin tamamlanma oranı üç noktada etkinleşmektedir:

- İlki TBK.m.473/1 çerçevesinde dönme hakkının doğum koşulları.
- Diğeri dönme yerine fesih hakkının kullanılması zorunluluğu.
- Bir diğeri ise feshe bağlı olarak yükleniciye ödencek bedelin tayinidir.

Yüklenici sözleşmeye uygun olarak eseri meydana getirmek için zamanında işe başlamaz veya başlamasına rağmen sözleşmeye aykırı olarak geciktirirse borca aykırı davranmış olur (TBK.m.473/1-OR.Art.366/1). Böylesi bir durumun borca aykırı olduğu sabittir. Fakat bu aykırılığın vasıflandırılması veya nitelendirilmesi tartışmalı konuyu oluşturur. Bu çalışmayı ilgilendirdiği boyutuyla bu tartışmaya değinmek durumundayız.

Doktrinde azınlık sayılabilen *bir görüşe* göre, böylesi bir gecikme teknik anlamda temerrüt sayılmaz. TBK.m.473/1’de (OR.Art.366/1) düzenlenen durum temerrüt yerine özel bir borca aykırılığı oluşturur, buna özgü yaptırım öngörülmüştür. Zira eser sözleşmesi ani edimli bir borç ilişkisi sayılmaktadır, eseri meydana getirme borcu (eseri teslim etme borcunun başarılması için) bir tür ifa hazırlığı mahiyetindedir. Buna bağlı olarak iş sahibine (genel temerrütteki seçimlik haklardan farklı olarak) sözleşmeden kurtulma imkanı (dönme imkanı) verilmiştir⁵⁰.

Buna karşılık bizce de isabetli olan ve zorlama çözüm arayışından kurtaran *hakim görüş*, TBK.m.473/1’deki (OR.Art.366/1) düzenlemeyi bir tür öne alınmış ya da erken temerrüt olarak ele almaktadır. Vade geldiğinde eserin tesliminde temerrüde⁵¹ düşmenin önceden açıkça belli olduğu böylesi hallerde, vadeyi beklemeden iş sahibi temerrüt hükümlerinden yararlanması düzenleme ile sağlanmıştır. Böylece iş sahibi TBK.m.117 vd. çerçevesinde seçimlik haklara sahip olur⁵².

Her halükarda ortak olan yan iş sahibinin sözleşmeden dönebilme imkanına sahip olmasıdır. Bu hakkın doğması ya da TBK.m.473/1’in (OR.Art.366/1) uygulanabilmesi için

⁵⁰ ÖZ, İş Sahibinin, s. 49; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 128, 129; GÜMÜŞ, II, s. 20.

⁵¹ Ancak burada teslimde temerrüt yerine eseri meydana getirme borcunda temerrüt söz konusudur. Bkz. ZINDEL/PULVER, Art. 366, Nr.8, s. 1994; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 510.

⁵² GAUCH, Nr. 668 vd., s. 190 vd.; BÜHLER, Art. 366, Nr.8, s. 150; HUGUENIN, C. : Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. Zürich 2004, Nr.630, s. 93; SELİÇİ, Ö.: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 22; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, BHD, s.525; ZINDEL/PULVER, Art. 366, Nr. 1, s. 1993 ; ARAL/AYRANCI, s. 345; TANDOĞAN, II, s. 113; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 509; KARADAŞ, s. 139; UYGUR, T. : Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 7, Ankara 2003, C.7, s. 7718.

diğer koşullarla⁵³ birlikte “yüklenicinin eseri kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açık olması” koşulu yerine gelmelidir. Bu koşul yüklenici işe başladıktan sonra gerçekleşebilir. Burası eserin tamamlanma oranıyla yakından ilgilidir. İş belli oranda tamamlanmıştır, fakat tam olarak eser imal edilmemiş, fakat kalan süre zarfında eserin meydana getirilmesi mümkün olmaktan çıkmıştır⁵⁴, kaçınılmaz olarak gecikme gerçekleşecektir. Bu noktada eserin tamamlanma oranı TBK.m.473/1’deki (OR.Art.366/1) yaptırım açısından önemli hale gelmektedir.

Eserin kalan sürede tamamlanamayacağını anlaşılmaması teknik bilirkişilerin⁵⁵ farklı etkenleri birlikte değerlendirmesiyle anlaşılır. Bu etkenlerden bazıları şöyle ifade edilebilir:

- Eserin tamamlanan ve tamamlanmayan kısmının büyüklüğü⁵⁶,
- Kalan süre⁵⁷,
- İş programının varlığı ve buna uyulup uyulmadığı,
- Yüklenicinin iş görme hızı⁵⁸,
- Yüklenicinin iş görme kapasitesi⁵⁹ ve olanakları⁶⁰,

⁵³ Diğer koşullar için bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, BHD, s. 525; **GÜMÜŞ**, II, s. 21 vd.

⁵⁴ Burada zamana bağlı şekilde ve belirlenen zamanda eserin meydana getirilmesinin mümkün olmaktan çıkması söz konusudur. Belirlenen zamandan sonra da eserin meydana getirilmesi mümkün değilse, burada ifa imkansızlığı olacaktır ve TBK.m.136 uygulanabilecektir. Bkz. **ÖZ**, İnşaat Sözleşmesi, s. 135.

⁵⁵ “Kalan sürede işin yapılıp bitirilmesinin mümkün olup olmadığı, teknik ve fenni bilgiyi gerektirir” **Yargıtay** 15. HD., 6.5.1996 T., E. 2285, K.2402 sayılı karar için bkz. **UYGUR**, C.7, s. 7774. .

⁵⁶ “...Dava, inşaat süresinin bitme tarihine (5) gün kala 14.11.1994 tarihinde açılmıştır. İnşaatın seviyesinin %40 olduğu ve ayrıca inşaatın durduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda tapuda davalı adına olan hissenin iptali ile, davacılar adına tesciline ve sözleşmenin iptaline karar verilmelidir” (**Yargıtay** 15. HD., 13.11.1995 T., E.4975, K.6388 sayılı karar için bkz. **UYGUR**, C.7, s. 7773).

⁵⁷**Yargıtay** 15. HD. 02.06.1978 T., 466/1201 sayılı kararı için bkz. **KARADAŞ**, s. 139. Yine **Yargıtay** 15. HD., 18.9.1989 T., E. 4243, K. 3651 sayılı karar için bkz. **UYGUR**, C.7, s. 7771. Yine **ARAL/AYRANCI**, s. 345. İşin geciktirilmesi sebebiyle TBK.m.473/1’e gidilmesi ve sözleşmeden dönülmesi ancak eserin teslim edilmesi için tarafların belirli bir süre kararlaştırmaları halinde mümkündür (**ÖZ**, İş Sahibinin, s. 59; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 512; **GÜMÜŞ**, II, s. 23) Bu nedenle belirlenen süreden geçen süre çıkarılacak, kalan süre elde edilecektir. İş sahibinin ek süre vermesi ihtimali her zaman mevcuttur. Bu durum kalan süre hesabında zorunlu olarak dikkate alınır. Eserin teslimi için belli bir sürenin kararlaştırılmaması halinde TBK.m.473/1 uyarınca dönme yerine genel hükümlere başvurulacak, TBK.m.125 çerçevesinde seçimlik hakların kullanılması, bu arada sözleşmeden dönülmesi mümkün olacaktır (**YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, BHD, s. 525; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 512; **ÖZ**, İş Sahibinin, s. 59; makul bir sürenin tanınması yoluyla **KARADAŞ**, s. 141; **UYGUR**, C.7, s. 7718). Fakat bu kez genel hükümler çerçevesinde temerrüt koşulları ve sürelerle uyulacak, özellikle eserin meydana getirilmesi sürecinin yavaş yürütülmesi noktasında (**ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 512) eserin o iş için lazım gelen sürede bitmeyeceğinin açıkça anlaşılması aranmayacaktır (dolaylı şekilde bkz. **ÖZ**, İş Sahibinin, s. 59).

⁵⁸ Buna rağmen yüklenicinin faaliyetlerini hızlandırması halinde eseri belirlenen tarihe yetiştirmesi mümkün ise, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmayacağı da belirtilmektedir (Bkz. **ÖZ**, İş Sahibinin, s. 61; işin yavaş yürütülmesinin dönme hakkı vermeyeceği şeklinde **UYGUR**, C.7, s. 7717). Ancak bu değerlendirmenin yüklenicinin işgörüme kapasitesi ve olanaklarının denetiminden geçmesi gerekir. Daha hızlı çalışmayı sağlayacak personel, araç ve gereçler, en nihayetinde mali olanaklardan yoksun bir yüklenicinin daha hızlı çalışsa eseri belirlenen tarihe yetiştireceği varsayımına gerçekçi olmadığı için itibar etmemek gerekir (nitekim **KARADAŞ** işin yavaşlamasını sermaye ve işgücü yetersizliğine bağlamaktadır, bkz. s. 138). Öte yandan iş sahibi lehine TBK.m.473/1 ile getirilen koruma düzeni ciddi zayıflayacaktır. **ÖZ** bir başka eserinde “Ancak somut olayın özellikleri yüklenicinin çalışmaları ifanın vadeye yetişmesi için gereken düzeye çıkarmayacağı veya çıkarmayacağına ortaya koyuyorsa, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.” demiş, bu noktaya işaret etmiş gözükmektedir (Bkz. İnşaat Sözleşmesi, s. 136). İşgörmenin yetersiz yürütümünün gecikmeye kaçınılmaz olarak sebebiyet vereceği yönünde bkz. **ZINDEL/PULVER**, Art. 366, Nr.11, s. 1995; **GÜMÜŞ**, II, s. 22.

⁵⁹ Eleman temin edememe halinde yüklenicinin sorumlu olduğu yönünde bkz. **Yargıtay** 15.HD., 10.2.1993 T., E.2696, K.540 (**UYGUR**, C.7, s. 7775). İşin icrasının sözleşmeye aykırı olarak geciktirilmesi haline örnek olarak yetersiz işgücü ile araç ve gereçlerin sağlanmamasını belirtmek suretiyle **ARAL/AYRANCI**, s. 344.

-İşin niteliği⁶¹ ve diğerleri.

Böylece kural olarak yüklenicinin işgörme hızıyla (veya tam kapasite çalışması halindeki hızı ile) ile kalan sürede eserin tamamlanmayan kısmı meydana getirilebilecek ise, iş sahibi sözleşmeden dönemez; aksi durum açıkça tespit edilebiliyorsa, sözleşmeden dönmek mümkün olacaktır⁶². Görüldüğü üzere eserin tamamlanmış oranı, dolaylı olarak tamamlanması gereken oranın belirlenmesine sebebiyet vermekte, bu oranda TBK.m.473/1'de (OR.Art.366/1) öngörülen yaptırımın uygulanmasında önemli rol oynamaktadır.

TBK.m.473/1'de (OR.Art.366/1) iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı düzenlenmiştir. İş sahibinin dönme hakkının mutlak olmadığı, bunun yerine sözleşmeyi feshedebilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Böylece iş sahibi seçme hakkına sahip olacaktır. Yine bu görüş çerçevesinde iş sahibinin sözleşmeden dönmesi yükleniciye açık ve ağır zarar verecekse, seçme hakkı bulunmamalı, sadece sözleşmenin feshi kabul edilmelidir⁶³. Örneğin, eserin büyük ölçüde tamamlandığı durumda fesih yolu zorunlu yol olarak kabul edilmelidir⁶⁴. Eser sözleşmelerinde dönme yerine feshin genellikle yüklenicinin yararına sonuçlar doğurması dikkate alındığında bu yaklaşımların isabeti anlaşılacaktır.

Yukarıda ortaya konulduğu üzere fesih kabul edilecek olursa, fesih anında eser ne oranda meydana getirilmiş ise, bu haliyle yükleniciye teslim edilecek; yüklenici de bu kısma

⁶⁰ **Yargıtay** 15. HD. bir kararında “...Davacının sözleşmeden dönmesinin haklı olup olmadığının tespiti için yüklenicinin çalışma tarzı ve tutumu işin niteliği ve yüklenicinin mali gücü itibarıyla geride kalan sürede işin bitirilip tamamlanmasına imkanı bulunmadığı uzman bilirkişilerden sorularak buna göre uyumsuzluğun çözülmesi gerekir” dediği görülmektedir (Bkz. 02.06.1978 T., 466/1201 sayılı kararı için bkz. **KARADAŞ**, s. 139).

⁶¹ **Yargıtay** 15. HD. 02.06.1978 T., 466/1201 sayılı kararı için bkz. **KARADAŞ**, s. 139.

⁶² Eserin normal bir çalışma temposu ile meydana getirilmesi için gerekli olan zamandan fazlası vade yoluyla yükleniciye tanınmış olabilir. Böyle bir durumda geçen zaman meydana getirilen eser oranına göre fazla olmasına rağmen kalan süre eserin tamamlanması için yeterli olabilir. Bu durumda TBK.m.473/1 uygulanamayacaktır. Örneğin, 10 günde meydana getirilebilecek bir eser için 18 günlük vade öngörülmesi halinde on gün geçmiş fakat eser % 50 oranda tamamlanmışsa, kalan 8 günlük sürede eserin diğer kısmının meydana getirilmesi mümkün olduğundan (zira esasen 5 günlük süre yeterli) yüklenicinin erkenden temerrüde düşmesi söz konusu olmayacaktır. İş sahibi TBK.m.473/1 çerçevesinde hareket edemeyecektir.

⁶³ **ZINDEL/PULVER**, Art. 366, Nr.21, 23, s. 1997; **GAUCH**, Nr. 688, s. 196; **ARAL/AYRANCI**, s.346 ; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA**, s. 511; yine **GÜMÜŞ**, II, s. 24.

⁶⁴ **GÜMÜŞ**, II, s. 24, 25.

isabet eden eser bedelini ödeyecektir⁶⁵. Eserin meydana getirilen kısmı veya tamamlanma oranı bedelin tespitinde belirleyici olacaktır⁶⁶.

Görüldüğü üzere eserin büyük ölçüde tamamlanması dönme yerine feshi zorunlu yol haline getirmesinde de eserin tamamlanma oranının etkisini görmekteyiz.

B. Vadenin Dolmasından ve Teslim Borcunun Muacceliyetinden Sonra Eserin Tamamlanma Oranının Etkisi

Yüklenici belirli ya da belirsiz vadeli eser sözleşmesinde temerrüde düşebilir. Eserin teslim edilmesi anı gelmiş, muacceliyet kazanmış olmasına rağmen yüklenici eseri tamamlamamış veya tamamlamakla birlikte teslim etmemişse, diğer temerrüt koşullarının oluşmasıyla birlikte borçlunun temerrüdüne düşmesi söz konusu olacaktır.

Doktrin bu durumu ifade etmek üzere “*teslim borcunu ifada temerrüt*” başlığını tercih etmektedir⁶⁷. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin gerçek temerrüdünü teslim borcu bakımından ele almaktadır. Durum bu olmakla birlikte, bu başlık altında ele alınan borca aykırılık durumunun açıklanmasında, teslim zamanı gelmesine rağmen eserin tamamlanmamasına da yer verilmektedir. Bu yaklaşım zorunludur. Zira eserin teslim edilememesinin sebebi, eserin meydana getirilmemiş olması da olabilir. Böyle bir halde eseri borca uygun olarak teslim etmek mümkün olmayacaktır. Durum bu olmakla birlikte tamamlanan eserin sırf teslim edilmemesi de yüklenicinin temerrüde düşmesine sebebiyet verir.

⁶⁵ ZINDEL/PULVER, Art. 366, Nr.21, s. 1997.

⁶⁶ *Götürü bedel halinde tamamlanan kısmın eserin tamamına oranı, bedele uygulanarak, yükleniciye ödenecek bedel belirlenecektir. Yargıtay 15. HD. bir kararında bunu şöyle ortaya koymuştur: “O halde mahkemece dairesimizin bozma ilamına uyulduğuna göre, bozma ilamında yazılı olduğu şekilde, işin bedeli götürü olduğundan, davalının işi getirdiği fiziki seviye yüzde olarak bulunmalı, bulunacak oran götürü bedele uygulanarak davalı alacağı saptanmalı, yapılan ödemeler dikkate alınarak davacı iş sahibine iadesi gereken bir bölüm varsa bu hüküm altına alınmalıdır.” (E. 2006/7361, K. 2007/1286, T. 28.2.2007 T.li karar için bkz. Kazancı-İBB). Yine Yargıtay 15. HD. bir başka kararında, “...Şöyle ki, iş bedeli taraflarca götürü olarak kararlaştırılmıştır. Tespit sırasında tayin edilen aynı bilirkişi mahkemece yapılan keşif sırasında da dinlenmiş, aynı veriler gözetilip rapor hazırlanmıştır. Sözleşme bedeli götürü olarak kararlaştırıldığına göre bu kapsamda yapılan ve yapılmayan işin durumu belirlenip buna göre hesap yapılması gerekmektedir. Yapılması gereken iş, yerinde tekrar keşif yapıp tayin edilecek uzman teknik bilirkişi vasıtasıyla gerekli uygulama sağlanmalı, yapılan işin tüm işe göre seviyesi ve oranı hesaplanmalı, sözleşmede belirlenen götürü bedele uygulanmalı, davalı taşeronun yaptığı iş bedeli belirlenmeli, ödeme miktarı da düşüldükten sonra davalı taşeronun alacağı saptanmalı, keza davacı yüklenici yönünden yapılmayan iş miktarının bu seviye ve orana göre durumu hesaplanmalı, elde edilecek sonuç dairesinde karar vermekten ibaret olmalıdır” (E. 2011/235, K. 2011/7010, 29.11.2011 t.li kararı için bkz. Kazancı-İBB). Başka bir kararında Yargıtay 15. HD. şunları belirttiği görülmektedir: “Uyuşmazlık eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanmış olup, davada bakiye iş bedelinin tahsili istenmiştir. Yanlar arasındaki sözleşmede işin bedeli götürü olarak kararlaştırıldığından davacının hak kazandığı iş bedelinin, yapılan işin sözleşme konusu tüm işe göre fiziki gerçekleşme seviyesinin % olarak bulunması ve sözleşmedeki götürü bedele oranlanması suretiyle hesaplanması gerekir. Yapılan işlerde nefaset kesilmesi ya da düzeltilerek giderilmesi gereken bir kusur varsa seviye tespitinde bunların da dikkate alınması, havuz işlerinde uzman makine, elektrik ve inşaat mühendislerinden oluşturulacak üç kişilik bilirkişi kurulundan yerinde keşif yapılmak suretiyle rapor alınarak yanlar arasındaki taşeronluk sözleşmesinin kapsamını, sözleşme uyarınca yapılacak işlerin neler olduğunu ve metrajlarını ayrıntılı bir şekilde belirlemek gerekir” (E. 2010/6405, K. 2012/118, 18.1.2012 t.li kararı için bkz. Kazancı-İBB). Buna karşın bedelin belirlenmediği ya da yaklaşık olarak belirlendiği durumda eserin tamamı için TBK.m.481'e elde edilecek rakama, tamamlanan kısmın eserin tamamına oranı uygulanarak nihai bedel belirlenecektir.*

⁶⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 483.

Şu halde eserin teslim zamanı geldiği halde tamamlanmamış olması eserin tamamlanma oranıyla doğrudan bağlantılı bir durumu ifade edecektir. Eserin tamamlanma oranının temerrüt bakımından etki doğurduğu durumları şöyle ifade edebiliriz:

-Teslim zamanı geldiği halde eser % 100 tamamlanmamış olması temerrüde sebebiyet verir.

-Temerrüde bağlı olarak seçimlik haklar çerçevesinde olumlu zararının tazminini talep eden yüklenici, eserin kullanılması mümkün olan kısımlarını kabul etmek zorunda olması ve bedelini ödemesi zorunlu olabilir (TBK.m.486-OR.Art.379).

-Eserin tamamlanma oranının yüksekliğine bağlı olarak dönme beyanı yerine fesih hakkının kullanılabilmesidir.

Eserin teslim edilebilmesi ve işsahibinin kabul etmek zorunluluğunun doğması eserin % 100 tamamlanmasına ya da bitirilmesine bağlıdır. Daha az oranda tamamlanmış eser, eksik işi ifade eder ve işsahibinin bunu kabul etme zorunluluğu yoktur. Bundan dolayı işsahibi temerrüde düşmez.

Yüklenici teslim borcunu eser tamamlanmadığı için yerine getirememesi temerrüt hükümlerinin uygulanmasına sebebiyet verecektir. Bu çerçevede işsahibi TBK.m.125, 126 çerçevesinde seçimlik haklara sahip olacaktır. İşsahibi aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir⁶⁸. Bu noktada *doktrin* işsahibinin eserin kullanılması mümkün olan kısmını kabul etmek zorunda olduğunu, bu kısma ilişkin olarak bedel ödeme yükümünün devam ettiğini ileri sürmektedir⁶⁹. Bu görüş TBK.m.486/son'un (OR.Art.379/2) böylesi hallere kıyasen uygulanmasını teklif eder. Bize de isabetli gelen bu yaklaşım kabul edilecek olursa, eserin kullanılması mümkün olan kısmının tespiti gerekecektir. Eser tamamen bitirilmemiş olmasına rağmen kullanılabilmesinin mümkün olması bölünebilir edim içeren eserler sözleşmelerinde kolaylıkla rastlanabilir. Örneğin, 100 adet masanın imalatında 70 adedinin imal edilmesi halinde, bu kısmın kabul edilmesi gerekir, zira imal edilen masaların kullanılabilirliği vardır. Bölünemez edim içeren eser sözleşmelerinde de benzer duruma rastlayabiliriz. Örneğin, dört bloktan oluşan bir site inşaatında, üç blokun tamamlanmış olması diğer blokun inşaatının devam etmesi halinde, tamamlanan blokların işsahibince kullanılması mümkündür. Bu çerçevede eserin büyük oranda tamamlanmasını TBK.m.486/son'daki (OR.Art.379/2) işsahibinin yararlanabilmesi koşulunun yerine gelmesi için yeterli görmek mümkündür.

İşsahibinin aynen ifadan vazgeçmesi, bunun yerine olumlu zararının tazmin edilmesini talep etmesi halinde zarar, en azından eserin tamamen bitirilmesi için lazım gelen masrafı ifade eder⁷⁰. Bu noktada temerrüde düşen yüklenicinin eseri tamamlama oranı etkinleşmektedir. Eserin tamamlanmayan kısmı için lazım gelen ve karar tarihine en yakın bir anda yapılacak masrafları yüklenici işsahibine ödeyecektir. Şu halde eserin tamamlanma oranı olumlu zararın düşük ya da yüksek olmasına sebebiyet verecektir.

⁶⁸ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 484; ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 164; GÜMÜŞ, II, s. 37; KARADAŞ, s. 182, 183.

⁶⁹ GAUCH, Nr.662, s. 188; TANDOĞAN, II, s. 140; ARAL/AYRANCI, s. 350; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 484.

⁷⁰ ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 165; GÜMÜŞ, II, s. 37. Eserin tamamlanması için lazım gelen masrafı aşan olumlu zararın varlığı ispatlanabilirse bunların da talep edilebileceği yönünde bkz. ÖZ, İnşaat Sözleşmesi, s. 165.

Yüklenicinin temerrüde düşmesine bağlı olarak işsahibinin sözleşmeden dönmesi mümkündür (TBK.m.125)⁷¹. Ancak işsahibinin dönme hakkında bir mutlaklık söz konusu değildir. Nitekim doktrinin bir kısmı ve Yargı uygulaması yüklenicinin temerrüdüne bağlı olarak dönme yerine fesih hakkının olacağını ortaya koymaktadır. TBK’da m.126’de de sürekli borç ilişkilerinde dönme yerine fesih hakkına yer vermesi önemlidir. Bu konuya aşağıda değineceğimiz için şimdilik geçiyoruz.

VI. Tazminat Karşılığı Fesih

Eser sözleşmesi işgörme sözleşmesi olarak temelde güven ilişkisine dayanıyor olmasından hareketle işsahibine sözleşmeden dilediği vakit kurtulabilme, sonlandırabilme imkanının verilmesini gerekli kıldığı genellikle kabul edilir. Bu çerçevede TBK.m.484 (OR.Art.377) “*tazminat karşılığı fesih*” yolunu kabul etmiştir. Buna göre işsahibi, eser tamamlanmadan önce dilediği vakit sözleşmeyi tek taraflı olarak ve haklı sebep göstermeksizin sona erdirebilecektir. Ancak yüklenicinin bu nedenle uğradığı zararı da tazmin edecektir.

Bu imkan çerçevesinde eserin tamamlanma oranının *iki noktada* önplana çıktığını görebiliriz.

İlki bu hakkın doğum koşulunu oluşturur. İşsahibinin TBK.m.484’e (OR.Art.377) dayanarak sözleşmeyi feshedebilmesi için eserin tamamlanmamış olması gerekmektedir. Eserin teslim edilmemiş olması önemli değildir⁷². Dolayısıyla eserin tamamlanma oranı % 100 ise, işsahibinin sözleşmeyi feshetme yetkisi yoktur ve bunun ekonomik bir mantıklı yanı da yoktur.

İkincisi ise, sözleşmenin feshedilmesi halinde tazminat miktarının tayininde eserin tamamlanma oranının etkisidir. Tazminatın hesaplanmasında toplama metodu (olumlu yöntem) kabul edilecek olursa, fesih anına kadar tamamlanan eserin değeri (emeğin karşılığı) ve bunun için yapılan masraflar ile yüklenicinin bu işten elde edeceği kar eklenerek tazminat miktarı bulunacaktır⁷³. Yüklenicinin karı haricindeki kalemler fesih anı itibariyle eserin tamamlanma oranına göre şekillenecektir. Böylece eserin tamamlanma oranı tazminatın tespitinde belirleyici olmaktadır.

VII. Eserin Tamamlanma Oranının Sözleşmeyi Sona Erdirme Yönündeki İrade Beyanına Etkisi

Sözleşmenin sona ermesi bazen taraf iradesine dayanır. Yukarıda bir ölçüde ortaya konduğu üzere yüklenicinin erken temerrüde düşmesi (TBK.m.473-OR.Art.366) ya da genel mahiyette borçlunun temerrüde düşmesi veya yaklaşık bedelin aşırı surette aşılmasına bağlı olarak sözleşmenin sona erdirilmesi (TBK.m.482-OR.Art.375) mümkün olabilmektedir. Bu çerçevede sözleşmeyi sona erdirme hakkının doğması veya doğmasına rağmen nitelik ve isim değiştirmesi söz konusu olabilmektedir. Eserin tamamlanma oranının böylesi durumlarda belli bir rol oynadığını duraksama olmaksızın söyleyebiliriz.

Özellikle yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesine bağlı olarak genel hükümler uyarınca dönme hakkına sahip olduğuna yukarıda değinmiştik (TBK.m.125). Dönme hakkının

⁷¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 484.

⁷² BÜHLER, Art. 377, Nr. 21, 22, s. 438; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 565; GÜMÜŞ, II, s. 96.

⁷³ GÜMÜŞ, II, s. 99.

doğması şüphesiz temerrüde ilişkin koşulların birlikte oluşmasına bağlıdır. Ancak eser sözleşmesi bakımından dönme hakkının kullanılabilmesi için eserin tamamlanma oranı bakımından ek koşulun arandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu bağlamda iş sahibinin temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönme hakkını kullanması doktrininin oybirliğiyle benimsediği bir durum değildir. Bir kısım yazarlar ve Yargıtay uygulaması, eserin tamamlanma oranına göre iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini dönme yerine fesih olarak kabul edebilmektedir.

Klasik görüş diye adlandırabileceğimiz görüşe göre, eserin tamamlanma oranı ne olursa olsun sözleşmeden dönmek mümkündür⁷⁴. Buna karşın *hakim görüş* diyebileceğimiz diğer görüş, eser büyük oranda tamamlanmış ve eserin kaldırılması aşırı zarara sebebiyet verecekse veya dönme hakkının ileri sürülmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacaksa, dönme yerine fesih hakkının kullanılabilmesini, diğer bir ifadeyle sözleşmenin ileriye etkili şekilde sona ereceğini kabul etmektedir⁷⁵. Nitekim Yargıtay bu konuyla ilgili İçtihadı Birleştirme Kararında paralel sayılabilecek düşünceyi savunmuştur⁷⁶.

İçtihadı Birleştirme Kararında önemli yanları şöyle aktarabiliriz: "...B) İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak "ani edimli" sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri "geçici - sürekli karmaşığı" bir özellik taşımaktadır. Baskın olan bilimsel görüşler de bu yoldadır. Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri ise, ani edimli sözleşmelere ait kuralların doğuracağı sonuçlara göre düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları farklı olan iki ayrı kural karşılamaktadır. Aynı mesele hakkındaki bu zıt kuralların birbirini karşılıklı olarak yok edecekleri ve böylece örtülü bir kanun boşluğunun meydana geleceği öğretilde ifade edilmektedir. Karşılaşan bu iki zıt kuraldan hangisine üstünlük tanınacaktır?. Başka bir anlatımla, inşaat sözleşmelerinin borçlu temerrüdü nedeniyle feshi halinde, bu fesih (geriye mi, ileriye mi etkili) sonucu 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 bu kısmi ifasının karşılığı yalnızca 106-108. maddeler uyarınca belirlenirse, iş sahibi, normal hallerde sağlayamayacağı bir imkana (müteahhidin kusurundan amacı aşan bir şekilde yararlanmak suretiyle) kavuşmuş olur ve müteahhit de sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa, müteahhidin olaydaki kusuru; borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir. (Bk. m. 98/2, 43.).... Şayet, olayın niteliği (müteahhidin yapının tamamladığı kısmının kapsamı) ve özelliği (uyumsuzluğun yalnızca BK: 106-108. maddeleri uyarınca çözümlenmesini)

⁷⁴ TANDOĞAN, II, s. 148 vd. ; SELİÇİ, İnşaat, s. 76 vd.; geniş açıklama için bkz. ÖZ, İş Sahibinin, s. 188.

⁷⁵ SUNGURBEY, İ: "Arsa payı karşılığında kat yapımı (inşaat) sözleşmesinin, müteahhidin borçlu temerrüdüne düşmesi yüzünden feshi ve müteahhidin ölümüyle sona ermesi", Medeni Hukuk Sorunları, 4. Cilt, İstanbul 1980, s. 466 vd.; ERMAN, s. 97 ; geniş açıklama için bkz. ÖZ, İş Sahibinin, s. 194; bu yönde ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 485; KARADAŞ, s. 351.

⁷⁶ Yargıtay İBK.E. 1983/3, K. 1984/1, T. 25.1.1984 (Kazancı-İBB).

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

Görüldüğü üzere temerrüt halinde dönme hakkının varlığını sürdüreceği ve sözleşmenin geçmişe etkili olarak sonlanacağını savunan görüş bakımından, eserin tamamlanma oranı hakkın varlığında etkin ve belirleyici değildir. Buna karşın hakim görüş bakımından eserin tamamlanma oranı dönme yerine feshin kabul edilmesine sebebiyet verebilecektir⁷⁷. Diğer bir ifadeyle bu görüşe göre eserin büyük oranda tamamlanması dönme yerine feshin uygulanmasını gerektirecektir. Büyük oranda eserin tamamlanmasının ne anlama geldiğinin tayin edilmesi hakim takdirine bırakılmış bir husustur⁷⁸.

Yargıtay uygulamasında sözleşmeden dönme engelleyecek cinsten eserin büyük oranda tamamlanması anlamına gelecek **Yargıtay 15. HD**.nin şu örnek kararlarını sıralayabiliriz:

-“...Somut olayda, mahkemece inşaatın tamamlandığı % 96 oranına göre, ileriye etkili feshi karar verilmesi yerindedir.”⁷⁹.

-“...Gerçi, bu konuda, kıstas olarak belli bir oranı kabul etmek doğru değilse de, Dairemiz ve Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu -olayın özelliğine göre- % 90'ın üzerindeki bir oranın, ileriye etkili sonuç doğuracağını kabul etmektedir.”⁸⁰.

-“...Davalı yüklenicinin, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca üstlendiği edimini yerine getirmediği, kaçak olarak başladığı inşaatı yarım bırakarak, inşaat mahallini terk ettiği ve böylece kendi kusuruyla BK'nin 106. maddesi uyarınca borçlu temerrüdüne düştüğü tartışmasızdır. Ani edimli olan eser sözleşmelerinin feshi, kural olarak, geriye etkilidir (ex tunc). Somut olayda, inşaatın ruhsatsız olması ve geldiği seviye göz önünde bulundurulduğunda, feshin geriye etkili olduğu aşikârdır.”⁸¹.

-“ ...Yaptırılan bilirkişi incelemesine göre inşaatın gerçekleşen fiziki oranı % 93.75 tir. Eser bu oran itibariyle reddedilemeyecek düzeydedir. Davacı arsa sahipleri kalan

⁷⁷ Eser büyük oranda tamamlanmamasına rağmen işsahibinin dönme yerine sözleşmeyi feshedebilmesi kabul edilmektedir. Bu doğrultuda olmak üzere Yargıtay 15. HD. bir kararında aynen şunları belirttiği görülmektedir: “Teslim süresi geçtiği halde inşaat seviyesinin %20 olduğu anlaşılan yapının aynı zamanda ruhsatsız (kaçak) olduğu da gözetilerek, arsa (iş) sahiplerinin seçimlik haklarını akdin feshi doğrultusunda kullanabilecekleri gözetilerek, tasfiyenin doğal sonucu olarak, davalılar üzerine sözleşmeyle geçen (varsa) kayıtlarında arsa sahibi davacılar adına tesciline karar vermek gerekir.” (E. 2003/2679, K. 2003/6105, T. 8.12.2003 t.li kararı için bkz. Kazancı-İBB).

⁷⁸ Bu durumun sakıncalı olduğu yönünde eleştiriler için bkz. **ÖZ**, İş Sahibinin, s. 220.

⁷⁹ E. 1996/6770, K. 1997/1356, T.13.3.1997 (Kazancı-İBB).

⁸⁰ E. 1997/3723, K. 1997/5352, 12.12.1997 (Kazancı-İBB).

⁸¹ E. 1998/2147, K. 1998/2779, T. 24.6.1998 (Kazancı-İBB).

kısımların tamamlanması için gerekli bedelin ödetilmesini talep edebilirse de, ulaşılan seviyeye göre sözleşmenin ileri etkili olsa bile feshi mümkün değildir.”⁸².

-“...Yasal hale getirilebiliyorsa, yükleniciye bu hususta mehil verilip, inşaatın ulaştığı %88 seviye de nazara alınarak akid ileriye etkili biçimde feshedilmeli, inşaatteki eksiklikler oranında tapu iptaline karar verilmelidir.”⁸³.

-“...İnşaatın imara uygun hale getirilmesinin ve iskan ruhsatı 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...”⁸⁴.

-“ ...Teslim süresi geçmesine karşılık inşaat ancak % 52 seviyesine getirilmiş, yüklenici temerrüdü gerçekleşmiştir. Gerek Hukuk Genel Kurulu'nun, gerekse Dairemizin yerleşik uygulamasına göre, bu seviye feshin geriye etkili yapılmasını gerektirir.”⁸⁵.

-“ ...Yüklenicinin arsa sahiplerine ait parseller üzerinde yaptığı inşaatın seviyesinin %86 olması, sözleşme konusunun bütününe göre bu fiziki seviyenin çok daha düşük olacağı sonucunu ortaya koymakta ve bu haliyle borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin yapmayı tamamladığı kısmın kapsamına göre ileriye etkili feshin sonuçlarından yararlanma olanağı bulunmamaktadır.”⁸⁶.

-“ ... İddia edildiği gibi eser % 75 seviyede iken yüklenici, inşaatı terk etmiş ve seviye bu düzeyde kalmış ise kural olarak yükleniciye daha önce (bir bakıma avans olarak) geçirilen tapuların arsa sahibince geri istenmesi ve BK.nun 108.maddesine dayanılarak da devir aşamasına gelmiş arsa paylarının verilmesinden kaçınılması olanaklıdır. Çünkü, bu düzeye getirilen bir inşaatla fesih - kural olarak - geriye etkili sonuçlar meydana getirir. Bu gibi olaylarda 25.1.1984 tarih ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul kararının uygulanma olanağı yoktur.”⁸⁷.

-“ ...Bu nedenle mahkemece inşaatın getirildiği seviyedeki raporlarda mevcut çelişki yeni bir bilirkişi kurulundan alınacak raporla giderilmeli inşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konumları belirlenip akdin ileriye etkili feshine...”⁸⁸.

-“ ...Hukuki nitelendirme hakime ait olduğundan, yüklenici inşaatı % 70 oranına getirerek terketmişse; arsa sahibinin ileriye etkili fesih ve ifaya izin sözcüklerindeki asıl amacının, inşaatın tamamlanması olduğu kabul edilerek, menfi zararını ve verdiği isteyebileceği geriye etkili feshine karar verilmeli; ayrıca, noksanlıklar keşfen tek tek

⁸² E. 1999/2473, K. 1999/3735, T. 21.10.1999 (Kazancı-İBB).

⁸³ E. 2000/5230, K. 2001/1311, T. 15.3.2001 (Kazancı-İBB).

⁸⁴ E. 2001/4235, K. 2002/409, T. 30.1.2002 (Kazancı-İBB).

⁸⁵ E. 2003/1903, K. 2003/5288, T. 6.11.2003 (Kazancı-İBB).

⁸⁶ E. 2003/4328, K. 2004/1320, T. 10.3.2004 (Kazancı-İBB).

⁸⁷ E. 2003/4987, K. 2004/1909, T. 5.4.2004 (Kazancı-İBB).

⁸⁸ E. 2004/7507, K. 2005/505, T. 4.2.2005 (Kazancı-İBB).

saptanarak ve hüküm fıkrasında da gösterilerek, masrafları yükleniciden alınmak koşuluyla, inşaatın, arsa sahibi tarafından tamamlanmasına izin verilmelidir.”⁸⁹.

Görüldüğü üzere Yargıtay uygulaması eserin tamamlanma oranının % 90 civarında olması halinde dönme hakkının kullanımını kabul etmemekte, böyle bir iradeyi fesih olarak kabul etmektedir⁹⁰.

⁸⁹ E. 1996/3158, K. 1996/3503, T. 19.6.1996 (Kazancı-İBB).

⁹⁰ Dönme yerine feshin kabul edilmesi arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde şöyle bir önemli farklılık yaratmaktadır. Bu tip sözleşmede işsahibi yükleniciye eser bedeli olarak arsa payını devretmeyi vaadeder. Fesih halinde fesih iradesinin açıklandığı gün itibariyle eserin tamamlanma oranına isabet eden arsa payını işsahibi yükleniciye devretmek yükümü altında olacaktır. Bu durum yüklenicinin temerrüde düşmesine rağmen gerçekleşecektir. Sözleşmenin şerhi halinde, yükleniciye verilmesi gereken arsa payına isabet eden bağımsız bölümün üçüncü bir şahsa işsahibince devri halinde, bedel olarak verilecek olan bağımsız bölümün üçüncü şahıstan alınarak (tapu iptali yoluyla) yükleniciye verilmesi söz konusu olacaktır. Ancak işsahibinin yükleniciye verebileceği aynı arsa (veya bitişik vaziyette ve inşaatın yapıldığı başka arsa üzerinde) üzerinde başkaca paylar varsa, sözleşmenin şerhine rağmen üçüncü şahıstan bağımsız bölümü almak (tapu iptali sağlamak) yerine, işsahibinden payın devri yolunun tercih edilmesi isabetli yol olacaktır (Bu görüş için bkz. **SARI, S.:** “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, (İÜHF, C.LXIV, S.2, s.273-300, 2006, s. 298). Bu durum hem alacak haklarının nisbiliği ilkesiyle paralellik gösterir hem de yeni uyumsuzlukların (zapt sebebiyle) doğmasına engel olması bakımından usul ekonomisine uygundur. En nihayetinde payı devretmekle yükümlü olan arsa sahibidir, üçüncü şahıs değildir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ACAR, F.** : Kira Hukuku Şerhi, İstanbul 2013.
- ARAL, F.** : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.
- ARAL, F./AYRANCI, H.** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara 2012, s. 210.
- BAYGIN, C.** : Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.
- BUCHER, E.** : Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. Zürich 1988.
- BÜHLER, T.** : Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2d, Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Aufl. Zürich 1998.
- ERMAN, H.** : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Basım, İstanbul 2007.
- GAUCH, P.** : Der Werkvertrag, Vierte überarbeitete und erweiterte Aufl. Zürich 1996.
- GAUTSCHI, G.** : Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Art.363-379 OR, Bern 1967.
- GÜMÜŞ, M.A.** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, II, İstanbul 2012.
- GÜRPINAR, D.** : Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006.
- HIGI, P.** : Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V 2b, Die Miete, Erste Lieferung, Art. 253-265 OR, Dritte, völlig neu bearbeit. Aufl., Zürich 1994.
- HUGUENIN, C.** : Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl. Zürich 2004.
- KARADAŞ, İ.** : Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2013.
- KOLLER, A.** : Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Band VI, 2. Abteilung, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Werkvertrag, Art.363-366 OR, Bern 1998.
- LEHMANN, P.** : Kurzkomentar OR Art. 1-529, (Herausgeber: Heinrich Honsell) 2008 Basel.
- ÖZ, T.** : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013.

- ÖZ, T.** : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- SARI, S.** : “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkın Şerhi”, (İÜHFİM, C.LXIV, S.2, s.273-300, 2006.
- SELİÇİ, Ö.** : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.
- SUNGURBEY, İ.** : “Arsa payı karşılığında kat yapımı (inşaat) sözleşmesinin, müteahhidin borçlu temerrüdüne düşmesi yüzünden feshi ve müteahhidin ölümüyle sona ermesi”, Medeni Hukuk Sorunları, 4. Cilt, İstanbul 1980.
- ŞAHİNİZ, S.** : Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara 2008.
- TANDOĞAN, H.** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987.
- UYGUR, T.** : Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 7, Ankara 2003.
- WEBER, R.** : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 3. Aufl. 2003.
- YAVUZ, C./ACAR, F.
/ÖZEN, B.** : Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 12.Baskı, İstanbul 2013.
- ZEVKLİLER, A.
/GÖKYAYLA, K.E.** : Borçlar Hukuku özel Borç ilişkileri, 12. Bası, Ankara 2013.
- ZINDEL, G.G.
/PULVER, Ü.** : Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529, 3. Aufl. Basel 2003.