

İSTİSNA AKDİ (ESER SÖZLEŞMESİ)

I- Kavram , Unsurları ve benzeri sözleşmelerden ayırılması

1) Tanımı ve unsurları

a) Tanım

BK.m.355'deki tanıma göre "İstisna bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit) , diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder."

İstisna akdi bir iş göreme sözleşmesi olmakla birlikte bu sözleşmede önemli olan çalışmanın kendisinden çok , bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak görülmesi kabil olan sonuçtur.

b) Unsurları

ba) Eser

Eser BK.m.58'de anılan sadece imal olunan şey kavramını son derece aşmaktadır.İstisna akdi arz bağlı taşınmaz eşyaları da kapsadığı gibi , arza bağlı olmayan taşınır şeyleri ve emek ürünü olup maddi bir varlığı bulunmayan sonuçları da kapsamaktadır.

Ancak Yargıtay eser kavramının çok da geniş tutulmayıp bu kavramı yalnız malzeme ile ilgisi olan maddi eserlere hasretmek yanlısıdır.

Türk Hukukunda baskın görüşe göre maddi bir şeyde tecessüm etmeyen fikir sanat veya spor çalışmaları veya gösterilerine ait sözleşmelere istisna akdinin değil vekalet akdinin hükümlerinin uygulanması uygun bulunmaktadır.

bb) İmal ortaya çıkarma

Yeni bir şeyin vücuda getirilmesi , mevcut bir şeye parça ilave etmek ya da onu tamir etmek , şeklini değiştirmek ya da temizlemek imal kavramına girmektedir. Burada önemli olan verilen emek sonucunda ortaya çıkan şeyin az ya da çok kendine özgü bir şekli olmasının işlenen maddeye göre az ya da çok değer taşıması değil tarafların niyetlerine ve işlerde yaygın olan inanışlara göre eskisinden farklı bir hukuki varlık ortaya çıkmasıdır.

bc) Ücret vaadi

İstisna akdi ivazlı bir akittir.İvazsız olarak belli bir neticenin meydana getirileceği kararlaştırılmışsa burada kural olarak vekalet sözleşmesinden söz edilebilir.Taraflar ücret konusunda açık ya da zımni olarak uyuşabilirler. Ayrıca karşı edimin mutlaka para olması da gerekmez.

bd) Taraflar arasındaki anlaşma

İstisna akdi rızai bir akittir.Tarafların , müteahhit tarafından yapılacak olan eser niteliğini taşıyan somut olarak belirlenmiş iş görme sonucu üzerinde anlaşmaları istisna

akdinin tamam olması için yeterlidir.İstisna akdi kural olarak bir geçerlilik şartına bağlanmamış olmakla birlikte kat karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekli ve zorunludur.

2) İstisna akdinin benzer sözleşmelerden ayırılması

İstisna akdini hizmet sözleşmesinden ayıran başlıca unsurlar bir bütün teşkil eden sonuç ve bağımsızlık unsurlarıdır.

Vekalet sözleşmesinin de konusu bir iş görmektir ancak bu akitte ne hizmet akdine ait zaman unsuru ne de istisna akdine ait eser unsuru vardır.Vekaletin konusu istisna akdinden daha genel bir nitelik taşır.Vekil belli bir sonucun elde edilmesi için değil , belli bir yönde çalışmak üzere taahhüt altına girer.Bu nedenle çalışma sonucunda istenilen sonucun meydana gelip gelmediği önem taşımaz ve vekalet istisna akdinden farklı olarak ücretsiz de olabilmektedir.

Satış sözleşmesinde de bir bedel karşılığında teslimi taahhüt edilen şey , istisna akdinin aksine , sözleşmenin yapıldığı anda mevcuttur.

Yayınlayanın eseri yayma yükümlülüğü olduğu halde müteahhitin bu yükümlülüğü olmaması , eser sözleşmesini yayın (neşir) sözleşmesinden ayırır.Bir istisna akdi yaparak eserini çoğalttıran onu kendi hesabına piyasaya arz edip çoğaltma işini görene bir ücret öder , yayın sözleşmesinde ise , çoğaltma ve yayma işinin yarar ve hasarı kural olarak yayınlayana aittir ve yayınlayan o çoğu zaman yazara bir bedel veya bedava nüshalar verir.

II- Müteahhitin borçları

1) İşi sadakat ve özenle yapma borcu

a) Sadakat borcu

Sadakat borcu iş görenin , iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak borcu anlamını taşır.

BK.m.357 sadakat borcunun iki özel görüntüsünü düzenlemiştir.Bunlardan biri : malzeme iş sahibi tarafından verildiği takdirde müteahhitin malzemenin kullanılışı hakkında hesap vermek ve artanı iade etmekle mükellef olmasıdır (BK.m.357/II).

Diğeri ise : iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın eserin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye sokacak ayıplardan müteahhitin iş sahibini haberdar etmekle yükümlü tutulmasıdır.Buradan müteahhit adına genel bir ihbar yükümlülüğü de karşımıza çıkmaktadır.

Ayrıca müteahhit iş sahibinin akdin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye düşürecek maksada elverişli olmayan talimatı karşısında onu uyarmakla da yükümlüdür. Müteahhit bu yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde iş sahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerini ileri sürebilir ve tazminat isteyebilir.

Müteahhitin sadakat borcu , ona , imali kendisine bırakılmış olan şeylerin yapılmasında uygulanan yeni bulunmuş fikri , bir ihtira beratına konu olsun olmasın kendi hesabına kullanmamak ve başkasından da saklı tutmak mükellefiyeti yükler.Bu külfet istisna akdinin sona ermesinde sonra da geçerlidir.

Müteahhit sadakat borcunu ihlal ederse bu yüzden doğan zararların tazmini , eser akde uygun imal edilmiş olsa dahi , müteahhitten istenebilir.Hatta müteahhit bundan bir kar elde etmiş ise BK.m414 kıyasen uygulanarak iş sahibi bu kârın kendisine devredilmesini de isteyebilir.

Eğer iş sahibi eserin imali sırasında müteahhitin sadakat borcunu ağır suretle ihlal ettiğini görürse , BK. m.369 veya BK.m.358/II ile birlikte BK.m.106 gereğince akitten dönebilir.Bu halde iş sahibi sadakat borcuna uyulmamasından doğan tazminat alacağı ile sözleşmenin eser tamamlanmadan feshi dolayısıyla müteahhitin ileri sürebileceği alacağı takas edebilir.

b) Özen borcu

Eserin vaktinde tamamlanıp ayıpsız olarak teslimi normal hal iken , eserin tamamlanmadan akdin sona erdiği pek çok durum mevcuttur.Eser tamamlanmadığı için ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamayacaktır.İşte bu hallerde işin özenle görülmemiş olması nedeni ile iş sahibi akdin feshi anına kadar yapılmış olan ve bazen bedelini ödemek zorunda kalacağı iş için müteahhiti sorumlu tutabilecektir.Ayrıca iş tamamlanmış ve teslim edilmiş olsa bile işin özensiz olarak imalinden dolayı iş sahibi ya da onun zararını tazminle yükümlü olduğu kişiler için bir zarar ortaya çıkabilir.Ya da eser ayıplı olsa da , bu ayıptan ileri gelmeyen fakat özen yükümlülüğüne aykırı hareketten doğmuş olan zararlar da olabilir.

Müteahhit BK.m.356/I gereğince işi ifa ederken hizmet akdinde işçiden beklenen derecede özen göstermeye mecburdur.

Müteahhit sözleşmeyi yaparken kendi bilgi, uzmanlık ve parasal gücünün o iş için iyice yeterli olup olmadığını iyice tartmalı bunlar yeterli ise sözleşmeyi yapmalıdır.Aksi halde özen borcuna aykırı hareket etmiş sayılır.Ayrıca müteahhit ısmarlanan eserin vücuda getirilmesi için gerekli ön şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini de araştırmalıdır. Müteahhit plan , proje , hesaplar ve malzemenin maksada elverişli olup olmadığını da incelemekle mükelleftir.

Özen borcu işin başlangıcında gerekli tedbirleri alma hususu yanında eserin tamamlanıp teslim edilmesine kadar da devam eder.

c) Özen borcunun yerine getirilmemesinin sonuçları

ca) Akdin müsbet ihlalli nedeni ile tazminat

Müteahhitin özen borcuna aykırı hareketi eserin ayıpsız olarak teslimini etkilemeyecek fakat iş sahibinin başka zararına yol açacak ise iş sahibi akdin müspet ihlalini teşkil eden bu hareketten doğan zararının tazminin BK.m.96 hükmüne dayanarak isteyebilir.

cb) İşin müteahhitin kendisine düzeltilmesi veya başkasına yaptırılması

İş tamamlanmadan iş sahibi BK.m.358/II gereğince imal sırasında müteahhitin kusuru nedeniyle işin ayıplı veya akde aykırı bir suretle yapılacağını kesinlikle tahmin etmek mümkün olursa , iş sahibi bunlara engel olmak için , müteahhite uygun bir mehil tayin edebilir veya Hakim vasıtası ile tayin ettirebilir . Bu mehil ile müteahhite bu mehil içinde işi gereği gibi yapılmasını sağlamadığı takdirde masrafları ve hasarı ona ait olmak üzere ayıpların giderilmesinin veya işe devamın bir üçüncü kişiye tevdi olunacağı ihtar edilir.Bu ihtar sonuçsuz kalırsa iş sahibi işi başkasına yaptırabilir.

Ancak bu halde iş sahibi işi mutlaka başkasına yaptırmak zorunda da değildir.İş sahibi BK.m.106 da belirlenen üç haktan birini tekrar mehil vermeye gerek kalmadan kullanabilir.

cb) Akdin feshi

Müteahhit verilen mehil içinde gereken düzeltmeyi yapmaz veya imalatı sözleşmeye uygun biçimde yapmaya girişmez ise iş sahibi işi başkasına yaptırmak yerine fesih yolunu da tercih edebilir.

2) İşi kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmak borcu

a) Kural

Müteahhit BK.m.67deki kuralın aksine işi bizzat yapmaya ya da denetimi altında yaptırmaya mecburdur.Fakat işin mahiyetine göre kişisel becerisinin önemi yoksa işi başkasına da yaptırabilir.

Şahsen ifa borcunun bulunduğu hallerde müteahhit işi bizzat yapmaz ya da denetimi altında yaptırmaz ise bundan dolayı doğan zararlardan sorumlu tutulur.İş sahibi BK.m.106 vd. Hükümlerinden yararlanarak akdi feshedebilir.

b) İşi kendi yönetimi altında yardımcı kişilere yaptırması

Müteahhit eseri meydana getirirken yardımcı kişilere başvurabilir.

Müteahhit hem işi kendi yönetimi altında yaptırma borcunun yerine getirilmemesi yüzünden doğrudan doğruya kendi davranışından doğan sorumluluğu mevcuttur ve hem de yardımcı kişilerin kendilerine bırakılan işi gereği gibi ifa etmemeleri yüzünden onların davranışından dolayı sorumludur.

c) İşin tamamını veya bir kısmını alt müteahhitlere yaptırması

Alt müteahhit asıl müteahhitin eseri meydana getirme borcunun ifasını kendi adına ve hesabına yaptığı bir istisna sözleşmesi ile ona bıraktığı kendi hesabına çalışan bir yardımcı kişidir.

Müteahhit yüklendiği işi kısmen ya da tamamen yapılmasını kendisine tabi durumda olmayan bağımsız bir alt müteahhite ancak iş sahibinin rızasıyla veya BK. m.356/II'de ifade edildiği gibi işin mahiyeti başkası tarafından yapılmasına elverişli ise devredebilir.

Alt müteahhit yalnız ilk müteahhite karşı işin yapılmasından sorumlu olup , iş sahibine karşı borçlu değildir.İş sahibi de eser sözleşmesi ile yalnız ilk müteahhite karşı borç altına girer.Alt müteahhitin kanuni ipotek hakkı buna bir istisnadır.

Alt müteahhit asıl iş sahibinin taşınmazı üzerindeki bir yapı veya başka bir eser yapımında malzeme vererek veya vermeyerek çalışmış ise ilk müteahhitten olan ücret alacağı için söz konusu taşınmaz üzerinde TMK.m.893 ve m.895 vd.uyarınca kanuni bir ipotek hakkının tescilini isteyebilir.Alt müteahhitin bu hakkı işin ona devri caiz olmasa hatta ilk müteahhit kendi ücret alacağı için kanuni ipotek hakkını tescil ettirmiş ve bu ücret hesaplanırken alt müteahhite ödenecek tutar da göz önüne alınmış olsa bile vardır.

İlk müteahhit alt müteahhite yaptırdığı işler için de asıl iş sahibinden ücret istemek hakkına sahiptir.Asıl iş sahibinin söz konusu işler için doğrudan doğruya alt müteahhite ödemedede bulunması bu yönde anlaşma olmadıkça müteahhitin ücret alacağını etkilemez , ancak kendisi bu ödeme oranında alt müteahhite borcundan kurtulur. Bu yüzden asıl iş sahibi bu tutarı veya hiç olmazsa ilk müteahhitin zenginleştiği tutarı vekaletsiz iş görme hükümlerine göre ondan isteyebilir.

d) Müteahhitin iş sahibi adına işi başkasına bırakması , sözleşmenin tümüyle devri

İşin mahiyetine göre müteahhitin kişisel nitelikleri işin yapılmasında önem taşımasa dahi , müteahhitin işi iş sahibi adına tümüyle başkasına devredemez.Aksi halde asıl eser sözleşmesine aykırı davranmış ve yetkisiz temsilci sıfatıyla hareket etmiş olur.BK.m.38 ve m.39 gereğince iş sahibi buna icazet vermedikçe müteahhitin 3.kişi ile yaptığı sözleşme iş sahibinin bağlamaz.

e) Birden çok müteahhitin işi birlikte üstlenmeleri

Büyük yapı (bayındırlık) işlerinin yapılmasında birden fazla müteahhit işi birlikte üstlenmek üzere bir adi ortaklık kurarlar (müteahhitler konsorsiyumu-joint venture)

3) Araç gereç ve malzemeye ilişkin borçlar

a) Araç ve gereçlerin sağlanması

Aksine adet ve sözleşme yoksa imal olunacak şeyin yapılması için gerekli araç ve gereçleri müteahhit sağlamaya mecburdur (BK.m.356/III).Çalışma araçlarının yalnız sağlanması değil masrafları da müteahhite aittir.

b) Malzemenin sağlanması

Malzeme , kendisinden eserin imal edildiği ve onun içinde kalan maddelerdir.Malzeme de kural olarak müteahhit tarafından temin edilir.

ba) Malzemeyi kendisi veren müteahhitin yükümlülükleri

Müteahhitin getirdiği malzeme eserin sözleşmede aranan nitelikleri taşıyacak biçimde imaline elverişli olmalı aksine anlaşma yapılmadıkça en az orta kalitede bulunmalıdır (BK.m.70) BK.m.357/I malzemeyi sağlayan müteahhitin bundaki ayıplardan satıcı gibi

tekeffül borcunu öngördüğünden , müteahhit malzemedeki ayıplardan doğrudan doğruya doğan zararlardan da bunları kendi imal etmese ve seçmede kusuru olmasa bile BK.m. 205/II hükmünden kıyasen sorumludur.

İş sahibi eser için elverişli olmayan belli bir malzeme çeşidinin kullanılmasında müteahhitin ihtarına rağmen ısrar ederse müteahhitin tekeffülü ortadan kalkar (BK.m.361)

bb) Malzemenin iş sahibi tarafından verilmesinde müteahhitin yükümlülükleri

_____ bba) Malzemenin elverişliliğini tespit yükümlülüğü

Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa müteahhitin işe başlamazdan önce malzemeyi muayene ederek akitte öngörülen işin yapılmasına elverişli olup olmadığını tespit etmesi , malzeme ayıplı ise bunu iş sahibine bildirmesi gerekir.Malzemenin ayıplarının veya arsanın elverişsizliğinin işin devamı esnasında ortaya çıkması halinde de müteahhit derhal iş sahibine haberdar etmeye ve onun talimatını beklemeye mecburdur , aksi takdirde bundan doğacak zararı BK.m.96 gereğince tazminle yükümlüdür.

_____ bbb) Kullanma ve muhafazada özen gösterme yükümlülüğü

Müteahhit iş sahibi tarafından verilen malzemenin kullanılmasında ve muhafazasında gerekli özeni göstermekle de yükümlüdür.Aynı yükümlülük yalnız malzeme için değil iş sahibi tarafından tamire verilen şeyler teslim edilen arsa daha önceki alt müteahhitlerin yaptığı kısımlar için de söz konusudur.Bu yükümlülüğe aykırı hareket yüzünden malzeme veya şey telef olacak yahut zarara uğrayacak yahut kaybolacak olursa BK.m.96 gereğince müteahhitin zararı tazmin etmesi gerekir

Ancak malzemenin hasarına onu sağlayan iş sahibinin katlanması gerekmektedir.

_____ bbc) hesap verme kalanı iade etme yükümlülüğü

Müteahhit malzemenin sarfi hakkında hesap vermek ve kalanı iade etmekle yükümlüdür (BK.m.357/III) Müteahhitin bu yükümlülüğü eser tamamlanmadan sözleşme sona erse dahi yine de mevcuttur.

4) Genel ihbar yükümlülüğü

Müteahhit işin devamı esnasında yalnız malzemede meydana çıkan ayıpları veya arsada kendini gösteren elverişsizliği değil akdin gereği gibi veya vaktinde ifasını tehlikeye koyan diğer halleri de derhal iş sahibine haber vermeye mecburdur.

Müteahhit eser yaklaşık maliyet tahminlerini aşırı derecede aşacak bir fiyata mal olacak ise (BK.m.367/I) bunu iş sahibine bildirmekle mükelleftir.Bunun yanında eserin kullanım biçimi ya da çalışması için gerekli malzemeler hakkında da bilgi vermek zorundadır.

5) İşe zamanında başlama ve devam etme borçları

a) Teslim süresi belli olan işlerde

Müteahhit işe zamanında başlamaz , veya sözleşme şartlarına aykırı olarak işi geciktirir yahut da tahminlere nazaran işi belli zamanda bitirmesinin imkansız olduğu

görülürse iş sahibi teslim için tayin olunan zamanı beklemezsiniz BK.m. 358/I gereğince sözleşmeyi feshedebilir.

aa) İşin ifasında temerrüt dolayısıyla feshin şartları

aaa) Objektif olarak yükümlülüğe aykırı biçimde eserin imalinde gecikmiş olmak

Müteahhit ya eserin yapılmasını o kadar geciktirmiştir ki tahminlere göre artık sözleşmede belirtilen sürede işi bitirmesine imkan yoktur , yahut işe zamanında başlamamıştır , ya da işe başlamıştır ama sözleşme şartlarına aykırı olarak ifayı geciktirmiştir.Bu sonuncu hale sözleşmede imalatın belli aşamaları için kararlaştırılan ara vadeleri geçirmesi bağlayıcı olan bir inşaat programına uymaması , birden fazla vardiya çalıştırması gerekirken tek vardiya ile yetinmesi örnek gösterilebilir.

aab) İşin gecikmeden ifası için ihtarda bulunulması ve mehil verilmesi

Müteahhite fesih için önce ihtarda bulunulması ve mehil verilmelidir.Erken fesih hakkının kullanılabilmesi için mutlaka müteahhite ihtarda bulunulması ve BK.m107'de belirlenmiş şartlar olmadıkça muhik bir mehil verilmesi gereklidir.

Eğer işin yapılmasındaki gecikme bütün tahminlere göre müteahhitin işi belli zamanda bitirmesine imkan vermeyecek derecede ise mehil tayinine gerek olmaksızın sözleşmenin erken feshi yoluna gidilebilir.

ab) İşin tesliminde temerrüdün özellikle feshin sonuçları

Müteahhite işe başlaması veya devam etmesi için verilen mehil faydasız kalmışsa iş sahibi dilerse BK.m. 358/I uyarınca akdi fesheder , dilerse BK.m.106'daki iki yoldan birine özellikle ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini isteme yoluna başvurabilir.

BK.m. 358/I gereğince yapılan erken fesih (dönme) kural olarak geriye etkili olarak sonuçlarını doğurur.Ancak yeni dönme kuramına göre : sözleşme hiç yapılmamış gibi ortadan kalkmaz, dönme beyanının müteahhite varması ile sözleşme ilişkisi içeriği değişmiş olarak devam eder , tarafların daha önce verdiklerinin geri alınmasına ilişkin alacakları sebepsiz zenginleşmeye değil ortadan kalkan sözleşmeye dayanır , iş sahibinin BK.m.108'e göre menfi zararının tazminine ilişkin alacağı sözleşmeye kanunun bağladığı hükümden doğan bir alacak yani aki bir alacak niteliğini taşır.Müteahhit BK.m.358/I'e göre erken dönme halinde BK.m.369'da olduğu gibi zararının tazminini isteyemez , kendisine karşı iş sahibinin menfi zararının tazmini için ileri sürülen istemi yerine getirmekten kusuru olmadığını kanıtlayarak kurtulabilir (BK.m.108/II).

b) Teslim süresi belli olmayan işlerde

ba) İşe başlamada gecikme

Eserin teslimi için sözleşmede belli veya belli edilebilir bir süre kararlaştırılmamışsa ve işin mahiyetinden aksi çıkarılmıyorsa işe sözleşme yapılır yapılmaz hemen başlanması gerekir.

İşin niteliği sözleşmenin yapılmasından bir süre sonra işe başlanmasını gerektirmiyorsa ve müteahhit hemen işe girişmemişse iş sahibi onu bir ihtarla temerrüde düşürür ve vereceği mehil sonunda işe başlamazsa ise müteahhite karşı BK.m.106'da sayılan haklardan birini kullanır.

bb) İşin icrasında gecikme

Teslim tarihi belli olmamakla müteahhit başladığı işi benzer işlerdeki normal tempo ile yürütmüyorsa iş sahibi yine ona ihtarla bulunup işin tamamını bitirmesi için uygun bir mehil verir ve bu mehil içinde eser tamamlanmazsa BK.m.106'daki seçimlik haklardan birini kullanabilir.

6) Eseri teslim borcu

a) Ne suretle yerine getirileceği

Teslim genellikle tamamlanmış olan eserin sözleşmenin ifası amacıyla verilmesi anlamını taşır Teslim borcu iş sahibinin esere doğrudan doğruya zilyed olmasını sağlamak veya onun zilyedliğini rahatsız edici durumu ortadan kaldırmak sureti ile yerine getirilir.

b) İfa yeri

Taşınmaz şeyler hakkında teslim borcu bu şeylerin bulunduğu yerde meydana gelir.Malzemesinin iş sahibinin getirdiği eserler ile tamir edilen şeyler tamamlanınca iş sahibi tarafından aranmalıdır.Malzemeyi müteahhit temin etmişse eseri iş sahibine götürmesi ya da hasarı ona ait olmak üzere göndermesi gerekir.

c) İfa zamanı

Eser ancak tamamen bittikten sonra teslim edilebilir. Teslim tarihi sözleşmede kararlaştırılmış olabilir. Kararlaştırılmamış ise somut olaydaki eseri vücuda getirmek için deneyimli bir uzmanın normal halde işe başlayıp devamlı bir çalışma ile mutad çalışma araçlarını ve gücünün kullanarak ne kadar zaman harcaması gerektiği göz önünde tutulmalıdır.

d) Müteahhitin ifada temerrüdü ve sonuçları

da) Teslim borcunu ifada temerrüdün şartları

Teslim borcunu ifada temerrüdün iki şartı mevcuttur.

A) Teslim tarihinin gelmesine rağmen eserin henüz tamamlanmış ya da teslim edilmemiş olması gereklidir.

B) Müteahhite teslim borcuna yerine getirmesi için ihtarla bulunulması gereklidir.

db) Temerrüdün sonuçları

Temerrüde düşen müteahhit teslim borcunun gecikerek ifasından dolayı iş sahibinin uğradığı zararı tazminle yükümlü olduğu gibi kazaen meydana gelecek zarardan da sorumludur.

Müteahhit iş sahibi tarafından tayin edilen uygun bir süre sonunda teslimde bulunmazsa iş sahibi BK.m106'da anılan şu hakları kullanabilir.:

- A) gecikmiş ifa ile gecikme tazminatı ve varsa cezai şartın ödenmesini isteme
- B) İfadan vazgeçip müsbet zararın tazminini isteme
- C) Sözleşmeden dönme

dc) Sözleşmeden dönme ve sonuçları

İş sahibi teslim borcunu yerine getirmekte mütemerrid olan müteahhite ifa için uygun mehil verirken (BK.m.106) mehilin sonunda mehil yararsız kaldığında sözleşmeyi feshettiğini (sözleşmeden döndüğünü) beyan edebileceği gibi ; mehil vermenin yararsız kalacağı hallerde (BK.m.107) derhal ifadan vazgeçtiğini ve sözleşmeyi feshettiğini (sözleşmeden döndüğünü) bildirmek yolunu da seçebilir.

BK.m.108'e göre sözleşmeden dönme ; BK.m.358/I'e dayanan erken dönmede olduğu gibi kural olarak sonuçlarını geriye etkili (ex tunc) olarak doğurur.

- dd) İş sahibinin arsası üzerine yapı ve özellikle arsa payı karşılığı bağımsız bölüm yapım sözleşmelerinde müteahhitin yapıyı tamamlamadan temerrüde düşmesi halinde feshin (dönmenin) sonuçları

Müteahhitin kişisel nitelikleri göz önüne tutularak girişilen bir yapı sözleşmesinin onun ölümü veya kusuru olmaksızın işi bitmesinde aciz kalması yüzünden müfesihi olması halinde BK.m.371/II uyarınca yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeye mecburdur.Bu kural müteahhitin kusuru olmadan yapıyı bitiremediği temerrüde düştüğü ve sözleşmenin iş sahibince feshedildiği istisnai durumlarda kıyas yoluyla uygulanabilir.Buna karşılık müteahhitin kusuruyla işi tamamlayamadan temerrüde düşmesi nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden döndüğü hallerde 25/1/1984 tarih ve 1983/3 K , 1984/1 K sayılı İçtihatı Birleştirme Kararına göre : Uyuşmazlığın kural olarak BK.m.106-108 maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenecek olup , ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda TMK.m.2 hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmiştir.

7) Ayıba karşı tekeffül borcu

- a) Mahiyeti

Bu borç müteahhitin eseri tamamlayıp teslim etmesi borcunun bir parçasıdır.Teslim edilen eser müteahhitin zikrettiği vasıfları ve akitte öngörülen tahsis yönü bakımından gerekli vasıfları taşımalıdır.Eser bu vasıfları taşııyorsa müteahhit bundan sorumlu tutulur.

- b) Şartları

Ayıba karşı tekeffül borcunun iki şartı mevcuttur.

- A) Eser tamamlanarak teslim edilmiş olmalıdır

B) Eser ayıplı olmalıdır.

c) İş sahibinin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi

BK.m.359/I gereğince eserin tesliminden sonra iş sahibi işlerin mutat cereyanına göre imkan bulur bulmaz onu muayene etmeye ve bulduğu ayıpları müteahhite bildirmeye mecburdur.

Gizli ayıplar halinde ise iş sahibi bunların farkına varınca önemleri ve kapsamaları hakkında mutlak bir kanaat sahibi oluncaya kadar beklemeksizin hemen ayıp ihbarını yapmak zorundadır.

Müteahhit ayıbı kasten saklamış ise iş sahibi ayıbı bildirmekte gecikmiş olsa bile ayıba tekeffülden doğan hakları düşmez.

Ayıp vaktinde bildirilmediği takdirde iş sahibinin ayıba tekeffülden doğan hakları düşer. Bu husus Hakim tarafından re'sen nazara alınır.

d) İş sahibinin ayıba tekeffülden doğan hakları

da) Eseri kabulden kaçınmak (sözleşmeden dönme) :

BK.m.360/I gereğince yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya sözleşme şartlarına aykırı ise iş sahibi o şeyi kabul etmeyebilir , müteahhitin taksiri var ise zarar ve ziyan da talep edebilir.

BK.m.360/III gereğince eser iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da kaldırılması ve yıkılması fazla bir zarara yol açacak ise iş sahibi ancak ücretin indirilmesini veya eserin tamir ya da düzeltilmesini isteyebilir.

Eser iş sahibinin kusuru nedeni ile yok olursa , iş sahibi eseri temlik eder veya şeklini değiştirirse ya da iş sahibi ayıbı bilerek ayıplı eseri kullanmışsa . artık dönme hakkı kullanılamaz.

db) Ücretin indirilmesi

Eserdeki ayıp kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede önemli değilse iş sahibi ücretin kıymet noksanında indirilmesini isteyebilir (BK.m.360/I). Bu hak öncelikle kabulden kaçınmanın haklı olduğu hallerde de kullanılabilir, yalnız indirilecek miktar ücrete eşit ise BK.m.202/III'e göre kıyasen sadece eseri kabulden kaçınma yoluna gitmek gerekmektedir..

dba) Ücretin indirilmesinin şartları

Ücretin indirilmesini isteme hakkının kullanılması ayıba karşı tekeffülün genel şartlarından başka şu özel şartların gerçekleşmesine de bağlıdır.

Bu şartlar :

A-Ayıplı eserin değeri ayıpsız olsaydı taşıyacağı değerden objektif olarak daha düşük olmalıdır.

B-Bu hakkın kullanılabilmesi için ayıplı eserin tamamen değersiz olmaması az çok bir değer taşıması gerekir

dbb) Ücretten indirilecek tutarın hesaplanması :

İndirim eserin sözleşmeye göre kararlaştırılan veya kanuna göre (BK.m.366) tayin edilen tam bedeli üzerinden yapılır. , sözleşme ile veya BK.m.365/II uyarınca bir ücret artıma söz konusu ise bu da hesaba katılır.Ücretin müteahhitin masraflarına (BK.m.366) veya brim fiyatlara göre tespit edildiği hallerde ayıpsız eser ayıplıya oranla daha çok masrafı veya brim fiyatların uygulanacağı daha çok miktarı gerektiriyorsa indirim bu daha yüksek tutarlar üzerinden uygulanmalıdır.Daha önce başka bir ayıp için indirim yapılmışsa sonradan ortaya çıkan bir ayıp için yeni indimin yapılmasında ilk indirimde bulunan tutar esas alınmalıdır.

Hesaplama metodu olarak uygulamada nispi metot uygulanmaktadır.Bu metoda göre ayıplı ve ayıpsız değer arasındaki oran karşılaştırılan veya kanuna göre tayin olunan ücrete uygulanarak ödenecek indirilmiş ücret bulunur.

$$\text{Ödenecek indirilmiş Ücret} = \frac{\text{Kararlaştırılan ücret} \times \text{ayıplı değer}}{\text{Ayıpsız değer}}$$

dc) Eserin tamir ve ıslahını talep

Eserin ayıplı olması halinde iş sahibi BK.m.360/II gereğince eserin bir karşılık ödenmeksizin tamir ve ıslahını (ayıbın giderilmesini) istemek hakkına sahiptir.

Bu hak edime yönelik bir alacak hakkıdır ve varması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır.Ancak müteahhit teklif etse dahi iş sahibi eserin tamir ve ıslahını kabul etmek zorunda değildir.

dca) Eserin tamir ve ıslahının özel şartları :

A-Ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkün olmalıdır.

B-Ayıbın giderilmesi aşırı masrafı gerektirmemelidir.

dcb) Müteahhitin ayıbın giderilmesinde temerrüdü :

BK.m.74 gereğince iş sahibi ayıbın giderilmesini isteyince müteahhit derhal ayıbı giderme çalışmalarına başlamalı ve normal bir müteahhitten bu çeşit bir ayıbı gidermesi için objektif olarak beklenebilecek süre içinde bu çalışmalarını tamamlamalıdır. Müteahhit bu süre içinde ayıbın giderilmesini tamamlayamazsa iş sahibi onu ihtarla temerrüde düşürmelidir.İş sahibi müteahhite ayıbın giderilmesi için muhik belli bir süre vermişse BK.m.101/II hükmüne kıyasen müteahhitin ayrıca bir ihtarla gerek kalmaksızın bu süre sonunda temerrüde düştüğü kabul edilmelidir.

Müteahhit ayıbı gidermek için vaktinde işe başlamaz , işi geciktirir ya da bu gecikme dolayısıyla bütün tahminlere göre işin zamanında bitmeyeceği belli olursa ayıp giderme süresi beklenmeksizin müteahhit bir ihtarla temerrüde düşürülebilir.

Müteahhit ayıbı giderme borcunu ifada temerrüde düşerse iş sahibi ona uygun bir mehil vererek BK.m.106'da sayılan haklardan birini kullanabilir.BK.m107'de anılan hususlar mevcut ise yeniden bir mehil vermeye gerek olmaksızın bu haklar kullanılabilir.

Bu borç bir yapma borcu olduğundan iş sahibi bu borcun ifası için dava açabilir fakat ayıbın giderilmesi masraflarını karşılayacak bir miktar para ödenmesini müteahhitten talep edemez.Bunun yerine BK.m.106/II uyarınca ifadan vazgeçip ayıbın giderilmesi borcunun yerine getirilmemesinden doğan zararının tazminini isteyebilir.

dd) Ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazminin talep etme hakkı

İş sahibi müteahhitten BK.m.360 gereğince ayıp sonucu ortaya çıkan zararın tazminini de isteyebilir.Burada sadece ayıp sonucu ortaya çıkan zarar istenebilir . böylece ayıp sonucu zarar iş sahibinin ayıbın daha sonraki bir sonucu olarak ortaya çıkan fakat ayıbın ilişkin olduğu eserde doğurduğu kıymet düşüklüğü dışında kalan her türlü zarar olarak tanımlanmaktadır.

e) Bu hakkın ortadan kalkması ve zamanaşımına uğraması

ea) Eserin ayıplı olmasının iş sahibine yüklenebilmesi

BK.m.361 uyarınca yapılan şeyin kusurlu olması bir yandan ayıbın iş sahibine izafe edilebilecek bir nedenden gelmesi halinde , diğer yandan ayıbın müteahhitin açıkça uyarmasına rağmen iş sahibince verilen talimattan kaynaklanması halinde müteahhitin ayıba karşı tekeffül borcu ortadan kalkar.

Eserdeki ayıp iş sahibinin sağladığı malzeme veya arsanın ayıplı olmasından ileri gelmişse kural olarak müteahhit bundan sorumlu tutulamaz . yani iş sahibi ayıptan doğan haklarını ileri süremez

eb) İş sahibinin eseri kabul etmesi

BK.m.362/I c.1 hükmüne göre iş sahibi açık ya da örtülü bir irade beyanı ile işi kabul ettiği takdirde müteahhit sorumluluktan kurtulur.İşin kabulü müteahhitin yaptığı işin akde uygun görüldüğü ve ayıp iddiasında bulunulmayacağı konusunda iş sahibince yapılan bir irade açıklaması niteliğini taşır.

ec) zamanaşımı

BK.m.363/I tarafından yapılan atıfla BK.m.207/I gereğince eserin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin hakları teslimden itibaren 1 yılda zamanaşımına uğrar

Taraflar tacir ise TTK.m.25 b4 gereğince burada zamanaşımı 6 aydır.

Taşınmaz mallara ilişkin ayıplardan dolayı BK.m.363/II teslimden itibaren 5 yıllık zamanaşımı öngörmüştür.

III- İş sahibinin boçları ve hakları

1) Genel Olarak

İş sahibi yapılan işin ücretinin ödemek , malzemeyi sağlamak , malzemenin veya tamir edilecek şeyin kendisince bilinen ve müteahhitin gözüne çarpmayacak tehlikeli veya işi etkileyecek diğer vasıflarından müteahhiti haberdar etmek , eserin ayıplı olup olmadığını muayene ve ayıp mevcut ise müteahhite bunu ihbar etmekle mükelleftir.

2) Ücreti ödeme borcu

a) Ücretin tayini usulleri ve götürü ücret

Ücret sözleşme belirlenmiş ya belirlenmemiş olabilir. Ücret sözleşmede götürü olarak veya yaklaşık (takribi) olarak belirlenmiş olabilir.

Götürü ücret , imal olunacak eser bedelinin önceden ve kesin bir biçimde belirlenmiş olması demektir.Bu bedel toptan bir bedel olabileceği gibi birim fiyat üzerinden hesaplanacak bir rakam da olabilir.

b) Götürü ücretli sözleşmelerde önceden öngörülemeyen haller gereğince ücretin artırılması veya sözleşmenin feshi

BK.m.365/II müteahhite istisnai olarak bazı şartlar altında bedelin artırılmasını veya sözleşmenin feshini istemek yetkisi tanımıştır.

Bu hüküm sözleşmenin temelini teşkil eden koşullarda önceden görülemeyen önemli değişiklikler ortaya çıkması yüzünden edimler arasında dengenin aşırı ölçüde bozulması halinde iyiniyet kurallarına dayanılarak Hakim tarafından sözleşmenin değiştirilmesine olanak sağlayan “clausula rebus sic stantibus” kuralının , öngörememe (umulmazlık-imprevision) kuramının bir uygulamasını oluşturmaktadır.

bb) Götürü ücretli sözleşmelerde önceden öngörülemeyen haller gereğince ücretin artırılması veya sözleşmenin feshinin şartları :

A-Önceden tahmin edilemeyen veya öngörülüp de tarafların vukua gelmeyeceğini kabul ettikleri olağanüstü hallerin ortaya çıkması

B-Ortaya çıkan olağanüstü hal eserin tesbit edilen götürü ücretle tamamlanmasına engel olmalı veya bunu aşırı derecede güçleştirmiş olmalıdır.Burada müteahhit için mutad bir rizikonun değil aşırı bir rizikonun (Superrisiko) ortaya çıkması sözkonusudur.

C-Elverişli olmayan hallerin ortaya çıkması müteahhite isnat edilmemelidir.

D-Taraflar fesih veya bedelin artırılması yönüne gidilemeyeceğini sözleşmeye şart etmemiş olmalıdırlar.

bc) Götürü ücretli sözleşmelerde önceden öngörülemeyen haller gereğince ücretin artırılması veya sözleşmenin feshinin uygulanması :

Olağanüstü olay ortaya çıkınca müteahhit önce iş sahibine bu durumu geciktirmeksizin bildirerek bir ücret artırımını istemelidir.Bu talep vaktinde ileri sürülmezse müteahhitin ücret artırma talep hakkı düşer.Ücret artırma talebi iş sahibince kabul edilmezse , müteahhit ücret artırımını için hemen ya da haklarını saklı tuttuğunu iş sahibine ihtar ederek iş sonunda dava açmalıdır.İşi bırakma halinde ise müteahhit o ana kadar yaptığı işlerin hakkaniyet dairesinde tazmini için iş sahibine dava açacaktır.Bu arada iş sahibinin de müteahhite karşı BK.m. 365/II'nin şartlarının oluşmadığına ileri sürerek iş görme ve teslim borçlarının ihlali nedeniyle dava açması da mümkündür.

Ancak Hakim tarafından ücretin yükseltilmesi halinde sadece mutata riziko dışında kalan masraf artmaları hesaba katılacaktır.

c)Yaklaşık Ücret

Ücret tayin edilirken yaklaşık bir ücretin belirlenmesi veya muhtemel masraflara ilişkin bir keşif bedeli tespit edilmiş olabilir.Kanun koyucu masrafa göre tespit edilecek kesin ücretin yaklaşık keşif bedelini çok aşması ihtimaline karşı iş sahibini korumuştur.

BK.m.367/II gereğince götürü ücrette kural olarak işin kararlaştırılan ücretten pahalıya mal olmasının rizikosunu müteahhit taşır ve ancak olağanüstü haller dolayısıyla masraflarının aşırı derecede artması takdirinde ücretin artırılmasını veya akdin feshini isteyebilir.Yaklaşık ücrette ise bu bedelin aşırı olmayan derecede üstüne çıkılmasının rizikosunu iş sahibine yüklenmiştir.Yaklaşık keşif bedelinin çok aşılması halinde ise iş sahibi akdin feshini isteyebilir

ca) Yaklaşık keşif bedelinin çok aşılması halinde ise iş sahibi akdin feshinin şartları :

A- Keşif bedeli yaklaşık olarak tespit edilmiş olmalıdır.

B- Yaklaşık bedelin aşırı derecede üstüne çıkılmalıdır.İş sahibi belli bir oranda aşmaya katılmak , hoşgörü göstermek zorundadır.Aşırılığın tayininde meydana gelen eserin değeri dikkate alınır.

C- Müteahhit eseri yaklaşık bedelle yapmaktan kaçınmalıdır.

D- Yaklaşık bedelin aşılmasına iş sahibi sebebiyet vermemiş olmalıdır.

cb) Fesih hakkının kullanılması :

BK.m.367/I hükmünün şartları gerçekleştiğinde iş sahibi sözleşmeyi makul bir sürede feshetmelidir.Ancak daha sonra bu hükmün şartlarının oluşmadığı anlaşıldığı takdirde iş sahibi müteahhite BK.m.369 gereğince tam tazminat vermek durumunda kalabilecektir.

Burada fesih geriye yürürlü bir dönmedir.Burada geri verme yükümlülükleri sebepsiz zenginleşmeye değil içeriği değişen sözleşme ilişkisinin yeni aşamasına dayanır ve BK.m.126 b 4 uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabidir.

Müteahhitin yaklaşık ücreti aşmada kusuru bulunduğu takdirde sözleşmeyi fesheden iş sahibi ondan menfi zararının tazminini isteyebilir.

Ayrıca müteahhitin yaklaşık bedeli çok aşması onun akdi bir yükümlülüğüne aykırı bir davranışından ileri geliyorsa ve bu davranışının kusurlu olmadığını ispat edemezse iş sahibi sözleşmeyi feshedeceğine BK.m.96 gereğince müspet zararının tazminini müteahhitten isteyebilir.

İş sahibinin arsası üzerine bina inşası hali için yaklaşık ücreti aşırı derecede geçen ücretin indirilmesi istenebilir.Bu olanağın kıyasen diğer ilişkilerde de uygulanması gereklidir.

BK.m.367/II iş sahibinin arsası üzerinde yapılan yapının tamamlanması halinde fesih olanağını kaldırmış ve sadece bedelin indirilmesini istemek hakkı tanımıştır.Ancak aşmanın iş sahibine isnadı kabil olduğu veya onun aşmaya rıza gösterdiği veya aşama tutarını müteahhitin talep etmediği hallerde fesih hakkı gibi indirim hakkı da kullanılamaz.

Masrafların keşif bedelinin çok aşacağı yapı tamamlanmadan anlaşılırsa iş sahibi seçim hakkına sahiptir.Dilerse o zamana kadar yapılan kısım için hakkaniyete uygun bir tazminat ödeyerek sözleşmeyi derhal fesheder , dilerse yapının bitirilmesini bekler ve bitince bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebilir.Ancak bu halde iş sahibinin ücretin aşıldığını rıza göstermediğini ihtar etmesi uygun olur.İş sahibi eserin kalan kısmından tamamen vazgeçmek yerine kısmen yapılması yolunu da seçebilir , böyle bir kısmi fesih halinde yaptırdığı işlerin tam ücretinin ödemelidir.

d) Ücretin önceden tayin edilmemiş olması

Ücret sözleşmede hiç tayin edilmemiş ise BK.m. 366 uyarınca yapılan şeyin kıymetine göre ve müteahhitin masrafına göre belirlenir.Bu halde iş sahibi ücret umduğundan fazla olsa bile çıkan ücreti ödemek zorundadır.

İşin değeri müteahhitin yaptığı iş karşılığı elde edeceği kar ve o işe düşen genel giderler payıdır.Ancak müteahhitin kötüniyetle yaptığı objektif bakımdan yararsız giderler bedelin tespitinde hesaba katılmaz.Müteahhit kötüniyetli olmasa bile özen borcuna uygun olarak harcanması gereken emek ve malzemeyi aşan gereksiz masraflar ücretin tayininde hesaba katılmaz.Ayrıca giderlerin fiilen yapıldıkları zamanki tutarı göz önüne alınır.

3) Ücreti ödeme zamanı , ödemede gecikme ve zamanaşımı

Sözleşmede aksine bir hüküm olmadıkça ücret eserin teslimi anında ödenir.Sözleşmede hüküm var ise ücret işin kısmen ya da tamamen teslimden önce de ödenebilir.

Taşınır mallarda hapis hakkı (TMK.m.950) ile , taşınmaz mallarda kanuni ipotek hakkından (TMK.m.893) yararlanarak müteahhit alacağını güvence altına alabilir.Müteahhit eser sözleşmesini yapar yapmaz Kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebilir , ancak bu hak en geç işlerin bitiminden 3 ay içinde kullanılmak zorundadır.

Aksine sözleşme yoksa ücret müteahhitin ikametgahında ödenir.

BK.m.364/II hükmüne göre yapılan şey parça parça teslim edildikçe bedeli ifa olunmak üzere anlaşma yapılmış ise her kısmın bedeli o kısmın teslimi zamanında ödenir.

Ücret alacağıın muacceliyet kazanması için kural olarak müteahhitin eseri ayıpsız ve sözleşmeye uygun surette tamamlanmış olarak teslim etmesi gerekir.İş sahibi ayıplı eserin teslim edilmek istendiği hallerde akdin gereği gibi ifa edilmediği defini ileri sürmek veya ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına defî olarak dayanarak ayıp giderilmeden ücreti ödemekten kaçınabilir.Ayrıca iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan ücretin indirilmesi talebini takas yoluyla defî olarak da ileri sürebilir.

İş sahibi ücretin ödenmesinde temerrüde düşerse Müteahhit BK.m106'da yer alan seçimlik haklardan birini bu arada fesih hakkını kullanabilir.

BK.m.364/II'ye göre kısmi teslimlerde kısmi ödemelerin yapılacağı sözleşmede kararlaştırılmış ise , müteahhit kısmi ödeme ya da avanslardan birinin zamanında ödenmemesi halinde sonraki teslimlerden ya da işe devamdan kaçınabilir (BK.m.81)

Taşınmaz inşaatında ücret ödenmesi halinde müteahhit kullandığı malzeme ve harcadığı emek için ancak tazminat isteyebilir.yoksa TMK.m.724 gereğince mülkiyetin kendisine verilmesini isteyemez.

Müteahhitin ücret alacağı muaccel olmasından 5 yıl sonra zamanaşımına uğrar.

IV- İstisna akdinin sona ermesi

1) İfanın kusursuz imkansızlığı

a) Sözleşme konusuna ilişkin ifa imkansızlığı ve hasar

BK.m.368/I hükmüne göre yapılan şey teslimden önce telef olmuş ise müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masrafını isteyemez.Ücret kısmen ya da tamamen daha önce ödenmişse bun iade etmekle de yükümlüdür.

Eser tamamlandıktan sonra kısmen telef olursa ücret alacağı da bu kısma ilişkin olarak ortadan kalkar.

Ancak iş sahibi eseri teslim almakta temerrüd ederse temerrüden başladığı andan itibaren hasar ona ait olur (BK.m..368/I) .

Malzemenin hasarı da onu sağlayana aittir (BK.m. 368/II).Malzeme iş sahibine ait ise hasar ona ait olacaktır.

Eser iş sahibine isnadı kabil sebeplerden telef olursa bu zarara iş sahibi katlanmak zorundadır (BK.m.368/III). Mesela :

-İş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın ayıplı olması

-İş sahibi tarafından imal ve inşa tarzı hakkında eseri tehlikeye sokan emirler verilmiş olması.

-İş sahibinin kusuru gibi.

Bu halde iş sahibi sözleşmede kararlaştırılan bedelin tamamını değil ancak müteahhitin işinin değerini ve buna girmeyen giderlerini ödeyecektir. Ancak iş sahibi kusuru var ise müteahhit iş sahibinden müspet zararını talep edebilecektir.

İş sahibi nezdinde ortaya çıkan bir kaza yüzünden işin yapılması veya tamamlanması mümkün olmazsa müteahhit yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilecektir.

b) İş sahibinin şahsını ve riziko alanını ilgilendiren imkansızlık veya sözleşmeye devamının ondan beklenememesi

BK.m.370/I hükmüne göre taahhüt olunan şeyin yapılması iş sahibi nezdinde meydana gelen bir kaza yüzünden mümkün olamıyorsa müteahhit yaptığı işin bedelini ve buna dahil olmayan masrafını alabilir. Yani iş sahibinin şahsını ilgilendiren veya onun ilişkileri çevresine , ona ait rizikolar çevresine giren bir kaza , iş sahibinin kusuru bulunmayan bir olay işin ifasına engel olur , onu objektif olarak imkansızlaştırırsa bu hüküm uygulanmalıdır.

Bu hüküm geniş anlamda iş sahibine önemli sebepler dolayısıyla fesih yetkisi tanımaktadır. Burada geriye yürürlüğü olmayan ileri için geçerli bir fesih söz konusudur.

İş sahibi bu halde müteahhitin o zamana kadar yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödemededir.

c) Müteahhitin şahsını ilgilendiren imkansızlık

BK.m.371/I hükmüne göre işin bitirilmesi müteahhitin ölümü veya kusuru olmaksızın iş yapmakta aciz kalması yüzünden mümkün olmaz ise müteahhitin kişisel nitelikleri göz önünde tutularak yapılan istisna akdi müfeseh olur.

ca) Müteahhitin şahsını ilgilendiren imkansızlık halinde akdin feshinin şartları :

A- Müteahhitin kişisel nitelikleri göz önüne alınarak yapılmış bir istisna akdi olmalıdır.

B- İşin bitirilmesi müteahhitin ölümü veya kusuru olmaksızın işi yapmaktan aciz kalması dolayısıyla mümkün olmamalıdır.

cb) Müteahhitin şahsını ilgilendiren imkansızlık halinde akdin feshinin sonuçları :

A- Bu halde istisna akdi kendiliğinden sona erer.

B- İş sahibi müteahhitin ölümü ya da aczi dolayısıyla tamamlanamamış olan eserin bitmiş kısmını kendisi için kullanılması mümkün olduğu takdirde kabule ve bedelini vermeye mecburdur.

C- Müteahhitin kusuru nedeni yüzünden işi tamamlamaktan aciz kalması ve onun haleflerinin veya yardımcılarının işe devamının iş sahibinin istememesi halinde iş sahibine de ifaya olan menfaatinin tazmini yerine , müteahhite bir tazminat ödemeksizin sözleşmeyi feshedip kendi menfi zararının tazminini de isteyebilir.

2) Borç ödemededen aciz dolayısıyla fesih (dönme)

a) İş sahibinin borç ödemededen aczi

İş sahibinin iflası halinde iflasın açılması anında eser henüz tamamlanmamışsa akitten dönüldüğü karine olarak kabul edilmelidir , ancak iflas masası akde girmek hakkını kullandığını beyan ederse akit İİK.m.198 gereğince devam edebilecektir.

b) Müteahhitin iflası

Müteahhitin iflası vekilin iflasından farklı olarak Kanun'da sözleşmenin sona ermesi sebebi olarak öngörülmemiştir.Bu yüzden müteahhitin iflasına rağmen istisna akdinin devam edip etmeyeceğini alacaklılar toplantısının göre müflisin sanat veya ticaretinin devam edip etmemesi konusunda alacağı karara göre tayin etmek uygun olur.

Alacaklılar toplantısı müflisin işletmesine devam etmemesine karar verirse (ölümü ya da kusuru olmaksızın aczi hali gibi) BK.m371/I uygulama alanı bulur

Aksi karar ile müflisin işletmesine iflas idaresinin denetiminde devam etmesine karar verdiği takdirde iflas dairesi iflas eden müteahhitin kişisel nitelikleri önemli değilse onun yerine akde girebilir.

3) Müteahhitin zararını tamamen tazmin sureti ile fesih (dönme)

BK.m.369 gereğince yapılan şey bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmının bedelini vermek ve müteahhitin zararını tamamen tazmin etmek şartıyla sözleşmeyi feshedebilir.

a) Müteahhitin zararını tamamen tazmin sureti ile feshin şartları

aa) İşin tamamlanmamış olması

ab) Fesih beyanında bulunulması

ac) Müteahhitin yaptığı kısmın bedelinin verilmesi ve zararının tamamen tazmin edilmesi

b) Müteahhitin zararını tamamen tazmin sureti ile feshin sonuçları

Burada fesih eser sözleşmesini ileriye etkili olarak sona erdirir. İş sahibi dönme beyanının müteahhite ulaşmasına kadar eserin yapılmış kısmının bedelini müteahhite ödemekle yükümlüdür.Bu halde iş sahibi o ana kadar yapılmış eserin kendisine verilmesini isteyebilir. Müteahhit de iş sahibinin malzemesinden kalanı iade ile yükümlüdür.Müteahhit yapmadığı kısmın ücretini alamaz fakat zararının tazminini talep edebilir.

Burada tazmin edilecek meblağ onun sözleşmeyi tamamen yerine getirilmesine olan menfaatidir.Bunun hesabı için iki yöntem vardır :

A) Kesinti yöntemi (menfi usul) : Eserin bedelinden müteahhitin işi tamamlaması dolayısıyla sağladığı tasarruf ve boş kalması yüzünden başka iş bularak elde ettiği kar veya böyle bir iş yapmaktan kasten kaçınarak kazanamadığı miktar çıkarılarak iş sahibinin ödeyeceği tazminat bulunur (iş aktindeki BK.m325 hükmüne kıyasen)

B) Toplama yöntemi (müspet usul) : Müteahhitin fesih anına kadar yaptığı gerçek giderler , eser bitmiş olsaydı o işten elde edeceği safi olmayan kâr ile toplanarak tazminat miktarı bulunur.

4) Karşılıklı anlaşma ile sözleşmenin sona erdirilmesi

Taraflar her zaman karşılıklı anlaşarak eser sözleşmesini sona erdirebilirler.Taraflar anlaşmada işin bedelinin ve ayrıca bir tazminatın ödenip ödenmeyeceğini anlaşmada belirleyebilirler.Belirtilmemişse sözleşme iyiniyet kuralları çerçevesinde yorumlanır ve tamamlanır.

5) Haklı sebepler dolayısıyla fesih

Bu konuda Kanun'da önemli bir boşluk bulunmakla birlikte :

a) İş sahibinin haklı sebepler dolayısıyla akdi feshi :

Bu halde haklı sebebin varlığı halinde yapılan fesih ileriye yöneliktir.BK.m.370/I gereğince iş sahibi mteahhitin yaptığı işin değerini ve masraflarını ödeyerek ve fakat yoksun kaldığı kârın tamamının tazmini söz konusu olmadan akdi feshedebilecektir.

b) Müteahhitin haklı sebepler dolayısıyla akdi feshi :

Sürekli borç doğruran sözleşmeler için tanınan haklı sebepler için ileriye fesih ilkesi burada kıyasen uygulanabilmelidir.

6) Ücret miktarı ile ilgili fesih işleri

A) Götürü ücrette olağanüstü haller nedeni ile fesih (BK.m.365/I)

B) Yaklaşık ücretli işlerde keşif bedelinin çok aşılmış olması nedeni ile fesih (BK.m.367/II)

7) Temerrüd ve ifa etmeme dolayısıyla akdin feshi

A)Müteahhitin eseri teslimde temerrüdü (BK.m.106-108)

B) Gecikme dolayısıyla fesih (BK.m.358/I)

C) İşin ayıplı olması nedeniyle fesih ve menfi zararın tazminini talep (BK.m.360/I ve m108)

D) İmal sırasında işin müteahhitin kusuru nedeni ile ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak yapılacağıının anlaşılması dolayısıyla ve işin 3.kişiye tevdiinin mümkün olmaması nedeni ile fesih (BK.m.358/II ve m.106)

E) İş sahibinin malzemeyi sağlamakta veya müteahhitin ücretinin ödemekte temerrüdü nedeniyle fesih (BK.m.160-108)

V- Genel olarak kat karşılığı inşaat sözleşmeleri

Kat karşılığı inşaat sözleşmesi niteliği itibari ile ne tek başına istisna akdi ne de taşınmaz satış akdidir. Bu akit karma nitelikli bir akit olup , müteahhit iş sahibinin arsası üzerine yapılacak bağımsız bölümlerden belirli bir oranı almak karşılığında inşaat yapmayı yükümlenmiştir. İş sahibi de müteahhitin kendi arsası üzerine yaptığı inşaat karşılığında ona belirlenmiş oranda bağımsız bölümün ferahını verme mükellefiyeti altındadır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin Noterler tarafından düzenleme şeklinde , yani resmi yazılı şekilde yapılması geçerlilik koşuludur.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerine uygun olduğu oranda Borçlar Kanunu'nun istisna akdi hükümleri uygulanır.

İstisna akdinin genel kurallarından farklı olarak , Yüksek Yargıtay kararları ışığında , akdin ileriye etkili feshi için inşaatın asgari %85 oranında tamamlanması koşulu aranmaktadır.

Arsa sahipleri ile müteahhit arasında yapılan sözleşme gereğince müteahhit edimini tam olarak ifa edip inşaatı bağımsız bölümlere hak kazanana kadar müteahhidin halefi olarak temlik alan üçüncü şahsın arsa sahiplerine her hangi bir talep hakkı mevcut değildir. Yani , 3. kişilerin müteahhitten satın aldıkları taşınmaz malların arsa payı ile birlikte adlarına tescilini isteyebilmeleri için müteahhidin arsa sahiplerine karşı eser sözleşmesi ile üstlendiği edimini yerine getirmiş ve dolayısıyla kişisel hak kazanmış olması gerekmektedir.